

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, cuatro (04) de octubre de dos mil doce (2012)

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JOSÉ MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. No. 05-001-23-15-000-2000-337100
CLASE DE PROCESO : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE : INCOLMOTOS YAMAHA S.A.
DEMANDADO : U.A.E. DIAN

1. OBJETO.

Procedente del Tribunal Administrativo de Antioquia, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en los Acuerdos Nos. PSAA11-8151 del 31 de mayo de 2011, PSAA11-9100 del 23 de diciembre de 2011 y PSAA12-9549 del 21 de junio de 2012, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en punto de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho incoado, a través de apoderado judicial, por la sociedad Incolmotos Yamaha S.A., en contra de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN.

2. HECHOS

Los hechos narrados por el demandante objeto la presente demanda se pueden resumir de la siguiente manera:

1°. El Gobierno Nacional con el fin de facilitar y dinamizar el Comercio Exterior, dispuso que todas las mercancías que ingresen al territorio nacional, deben trasladarse a depósitos habilitados o autorizados por la Aduana, con el fin de que allí se realicen los procedimientos para la nacionalización y pago de Tributos Aduaneros e Impuestos (IVA).

2°. Incolmotos Yamaha S.A., por ser gran importador y por el objeto social que desarrollan requieren de sitios para almacenamiento de mercancías extranjeras, como es el caso de las ensambladoras de vehículos y un sitio especial para el desaduanamiento de partes y repuestos de motocicletas.

3. Es así como el Gobierno Nacional ha establecido la figura de los Depósitos privados para transformación y ensamble, que permiten el ingreso de mercancía extranjera que después será sometida al proceso de ensamble o transformación.

4°. Con el fin de hacer control a las mercancías que ingresan a los depósitos privados ubicados en las propias instalaciones del importador, la DIAN ideó la figura de los Convenios Privados entre los Depósitos Privados y la DIAN.

5°. Por instrucción interna de la Institución Aduanera, número 0010 del 18 de Julio de 1995, vigente para la época de los hechos, se consideró una serie de obligaciones, multas y sanciones, por el incumplimiento de los convenios, las que debían quedar consignadas en cada uno de los convenios privados.

6°. Esos Convenios Privados, como todo Contrato que se celebre con el Estado, debe estar Debidamente Regulado en la Ley, y es así como el anexo de la Instrucción No. 0010, dice textualmente: "A continuación presentamos una descripción general de obligaciones de los depósitos y las respectivas sanciones que se derivan del incumplimiento de las cláusulas incorporadas en los convenios". Cabe destacar que a partir del momento en que entren en vigencia los nuevos convenios y el respectivo decreto sobre sanciones a depósitos estos deberán aplicarse.

7°. . Los convenios fueron elaborados y firmados por las partes, pero el Decreto que los avalara nunca fue expedido, por lo que no existía posibilidad para aplicar las sanciones prescritas en los convenios.

8°. A pesar del hecho anterior, la DIAN de Medellín formuló pliego de cargos No. U.A.E. DIAN 11-48-74-5-1031 del 13 de Noviembre de 1996 por Incumplimiento del Convenio Privado entre Incolmotos Yamaha S.A. y la DIAN, por violación al Literal c) de la Cláusula Segunda del Convenio.

9° El pliego de cargos fue respondido, basados en el principio del derecho de que "*A LO IMPOSIBLE NADIE ESTA OBLIGADO*". Por motivo de que no era posible cumplir con el Convenio, que copió el Art. 2° Literal c) de la Resolución 1536 de 1994 de la DIAN, y que establece la obligación para los depósitos privados de entregar a la Aduana las Declaraciones De Importación, de las mercancías que tuvieron almacenadas y que tuvieron el levante o autorización de libre disposición de las mercancías dentro del territorio nacional. La obligación de entregar dichos documentos era hasta el segundo día hábil de la semana siguiente a la fecha del Levante.

10°. En Medellín, esto no era posible porque la entonces Jefa de la División Operativa (LUZ AMPARO GIL A.) hoy de Servicio al Comercio Exterior, lo

prohibía, al establecer que si en un paquete conteniendo las declaraciones con destino a la Aduana existiere una sola, que arrojare verificación e inspección física por parte de la Aduana, las demás así tendrían que serlo, y por este motivo no se podían entregar todas las declaraciones dentro del tiempo establecido, es decir, hasta antes de los dos días hábiles de cada semana, porque era necesario esperar el Levante físico de todas las mercancías, por parte de un inspector de la Aduana.

11º. La DIAN no aceptó ninguna explicación y sin tener en cuenta que debía existir una Ley que regulara los convenios, aplicó como es costumbre en dicha entidad, la Responsabilidad Objetiva y procedió a multar a Incolmotos Yamaha S.A., con DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/L. (\$2.131.875.00).

12º. Se formuló sanción y después se confirmó la misma. Cabe destacar que se negó el único recurso posible, el de Reconsideración, porque se dijo que el representante acreditado ante la DIAN del Usuario Aduanero Permanente UAP de Incolmotos Yamaha S.A., no podía hacerlo, sino un abogado o el representante legal de Incolmotos. Y en vista de tal injusticia, se propuso Acción De Revocatoria Directa, la cual fue fallada en contra de Incolmotos por la Resolución 8311072-1135 del Despacho de la Administradora la DIAN, y fue así como se negó el derecho a la defensa de Incolmotos S.A.; permitiendo fallar el recurso de Reconsideración interpuesto, mediante la Resolución No. 311072 1135, la cual se entendió notificada el 11 de Abril de 2000, agotándose la vía gubernativa.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

- A.** Los artículos 2o, 4o, 6o, 29,58 y 363 de la Constitución Nacional.
- B.** Los Artículos 3o, 5o, 6o, 7o, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27 y 35 de Código Contencioso Administrativo.
- C.** El Art. 2º Literal o), de la Resolución 1536 del 20 de Abril de 1994, de la DIAN; Del Gobierno Nacional-Ministerio De Hacienda.
- D.** Instrucción Administrativa 0010 de 1995, de la Subdirección de Fiscalización de la DIAN.

4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

EXCEPCION DE INAPLICABILIDAD DEL LITERAL C NUMERAL 4º DE LA INSTRUCCIÓN ADMINISTRATIVA 0010 DE 1995. EN ARMONIA CON EL LITERAL C) DE LA CLAUSULA SEGUNDA DEL CONVENIO PRIVADO ENTRE LA DIAN E INCOLMOLTOS YAMAHA S.A.

La Resolución número 26 del 30 de julio de 1997, de la DIAN por medio de la cual se establecen criterios generales para la expedición y publicidad de los actos administrativos, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que derogó la Resolución 007 de 1993, de la misma entidad; en algunos apartes del artículo 3o, dice lo siguiente: Las Resoluciones, ordenes administrativas e instrucciones deben ser elaboradas en formato diseñado exclusivamente con este propósito, considerando los siguientes aspectos:

- Los actos administrativos que extingan o modifiquen una situación jurídica ya creada, los que cambien una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento, en fin todo lo que cree situaciones que afecten al administrado, deben llevar una motivación o justificación de las decisiones tomadas.

El contenido debe ser preciso, claro, determinado y ajustado a las normas jurídicas superiores vigentes.

El pliego de cargos U.A.E. DIAN 11-48-74-5-1031 del 13 de Noviembre de 1996, así como la Resolución Sanción 000111 del 17 de Marzo de 1997, de la UAE DIAN, trata de aplicar supuestos de hecho y sanciones, contenidos en el documento privado llamado Convenio entre un depósito habilitado de carácter particular y la UAE DIAN, que no encuentra soporte legal alguno tanto en la normatividad aduanera general como en la Ley. Violentando de manera directa preceptos de rango Constitucional de inexcusable incumplimiento para los funcionarios públicos, entre ellos, los contenidos en los artículos 6o, 29, 83, 122 y 230 de la Constitución Política de 1991.

Dice el artículo 6o, de la C.N.: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

En el presente caso existe un evidente desbordamiento de la facultad sancionatoria de la UAE DIAN de Medellín - División Liquidación Aduanas, ya que el “Convenio” fundamento de la administración para sancionar, carece absolutamente de soporte legal, veamos:

Para que se pueda sancionar legalmente a una sociedad o una persona natural, es menester que exista previamente una Ley que regule lo concerniente al tema sancionatorio de que trata en algunas de sus cláusulas el Convenio, tanto el pliego de cargos como la resolución de multa no se fundamentan en la ley sancionatoria soporte del convenio, sencillamente porque todavía aún no se ha expedido.

Y como quiera que la Instrucción Administrativa número 0010 del 18 de julio de 1995 de la Subdirección de Fiscalización de la UAE DIAN, el Director de Fiscalización imparte las instrucciones generales para controlar el cumplimiento de las cláusulas estipuladas en los convenios firmados por la UAE DIAN con los depósitos privados, considerando las obligaciones, multas y sanciones que se deriven de su incumplimiento.

El ANEXO de dicha instrucción “DESCRIPCION GENERAL SOBRE OBLIGACIONES Y SANCIONES”, expresa en su parte introductoria:

“A continuación presentamos una descripción general de las obligaciones de los depósitos y las respectivas sanciones que se derivan del incumplimiento de las cláusulas incorporadas en los convenios. Cabe destacar que a partir del momento en que entren en vigencia los nuevos convenios y el respectivo decreto sobre sanciones a depósitos estos deberán aplicarse...”

Esto no es otra cosa que aplicar el principio de que NO PUEDE EXISTIR UNA SANCION SIN QUE PREVIAMENTE NO ESTE PREVISTA O TIPIFICADA EN LA MISMA LEY.

En consecuencia, al aplicar el convenio del depósito privado “Incolmotos Yamaha S.A.” con la DIAN, sin tener soporte legal alguno para los supuestos de hecho y las sanciones allí previstas resulta ilegal, lo que debe traducirse en una inmediata nulidad a toda la actuación, por violación de la Constitución y la Ley.

Violación Al Artículo 64 Del Decreto 1909 De 1992.

Esta norma corresponde al principio de justicia que deben aplicar los funcionarios aduaneros, impidiendo que se creen formalidades inexistentes en las normas dictadas por el legislador, en nuestro caso, el mismo Decreto 1909 de 1992, hoy derogado por el Decreto 2685 de 1999, que copió íntegramente dicho principio en su Artículo 2°.

Decía el artículo 64: “Principio De Justicia.- Los funcionarios aduaneros con atribuciones y deberes que cumplir en relación con las facultades de fiscalización y control deberán tener siempre como norma en el ejercicio de sus actividades, que son servidores públicos ,que la aplicación de las disposiciones aduaneras deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia, y tener en cuenta que el Estado no aspira a que el usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma Ley pretende, y que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objetivo detectar la introducción de mercancías sin el cumplimiento de las normas aduaneras, con relevancia sobre la realización de trámites meramente formales”.

En el caso presente, jamás se presentó una duda acerca de la Buena Fe con la que se actuó, presentó la totalidad de las declaraciones a la División Operativa de la Aduana, dentro de los dos días hábiles de la semana, no se pudo entregar dentro de la semana siguiente porque las declaraciones tuvieron Inspección Física y debieron esperar a que todas tuvieran el levante, para luego poder despacharlas a la Aduana, en el sobre correspondiente. Ningún argumento, ninguna explicación fue tenida en cuenta, ya que existió en la supuesta investigación, aplicación de la responsabilidad OBJETIVA respecto del al derecho aduanero, la cual está proscrita constitucionalmente.

Lo que quiere decir que los funcionarios desviaron su actuación, dejando de lado el principio de Justicia, y aplicando sólo la responsabilidad objetiva predicable del derecho tributario, entendible tal vez porque son ante todo, funcionarios de impuestos.

Violación Del Artículo 2o. Del Código Contencioso Administrativo.

Dice el artículo segundo del Código Contencioso Administrativo: “Los funcionarios tendrán cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados reconocidos por la ley.”

Como hemos demostrado, los derechos e intereses de la sociedad Incolmotos Yamaha S.A, fueron violados al no permitírsele ejercer una técnica defensa, al negársele pruebas, en fin; a aplicar inconsultamente la responsabilidad objetiva, sin medir las consecuencias que tal acto podía ocasionar, al buen nombre y patrimonio de la’ Empresa lesionada.

Violación De La Resolución 1536 De 1994, De La Dian

Dicen textualmente los artículos 1º y 2º de dicha Resolución:

“Artículo primero de la Resolución 1536 del 20 de abril de 1994 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Obligaciones de los depósitos habilitados.—Los depósitos habilitados deberán entregar a la División Operativa de la Administración de Impuestos y Aduanas de su jurisdicción, los originales de las declaraciones de importación, los recibos oficiales de pago en bancos y las declaraciones de valor, cuando los hubiere, de las mercancías que tuvieron almacenadas, cuyo levante se haya autorizado.

Artículo segundo.— Los documentos mencionados en el artículo primero de esta Resolución se entregarán a la División operativa semanalmente, en los horarios que ésta ‘indique y en la forma, formatos y plazos que a continuación se describen.

Para esto deberán:

a) Conformar diariamente un paquete con todos los originales de las declaraciones de importación cuyo levante se haya efectuado, acompañados de los recibos oficiales de pago en bancos y las declaraciones de valor si los hubiere, ordenados ascendentemente por número de levante (de menor a mayor).

b) Elaborar diariamente, por paquete, una planilla de control (anexo 1), en la que se consignen los siguientes datos:

1) Nombre y código del depósito.

2) Nombre y código de la Administración de impuestos y Aduanas.

3) Ciudad Municipio donde se encuentre ubicado el depósito.

4) Fecha de autorización de los levantes.

5) Número del paquete; este número estará compuesto por seis dígitos y corresponderá a una numeración consecutiva por depósito.

6) Números de autorización de levante de la primera y última declaración que conforma el paquete.

7) Total de formularios de declaración de Importación con autorización de levante que conforman el paquete.

8) Número total de recibos oficiales de pago en bancos y de declaraciones de valor, que fueron presentados con las declaraciones, cuando hubo lugar e ello.

9) Ante firmar, firma y documento de identidad de la persona autorizada para el diligenciamiento de la planilla.

c) Entregar el segundo día hábil de cada semana, los documentos mencionados en los literales a) y b) anteriores, correspondientes a los días de la semana Inmediatamente anterior (lunes a viernes o sábado si el depósito presta el servicio). La remisión semanal deberá acompañarse del formato de envío (anexo 2) el cual contendrá:

1) Nombre y código del depósito.

2) Nombre y código de la Administración de Impuestos y Aduanas.

3) Ciudad o municipio en donde se encuentra ubicado el depósito.

4) Número de los paquetes identificados en las planillas de control diario, con las informaciones allí contenidas en lo que respecta a: fecha de autorización de levante, total de declaraciones de importación que niegan

el paquete, total de recibos oficiales de pago en bancos del paquete, total de declaraciones de valor del paquete y número de levante de la declaración inicial y final de cede paquete.

5) Fecha de envío.

La resolución 1536 de 1994, es clara en el sentido de que debe *“entregar el segundo día hábil de cada semana los documentos mencionados en los literales a) y b), correspondiente a los días de la semana inmediatamente anterior.”*

Dentro de las normas de la interpretación de las leyes, se debe hacer ésta con el contexto de la ley que es el que sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre ellas la debida correspondencia y armonía) prohibiéndose inclusive las citas de normas y conceptos para evitar que al hacerlo en forma parcial, se le pueda dar una orientación por el funcionario; diferente al querer del legislador. Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir la norma) ya que se debe seguir su genuino sentido.

Lo mismo podemos manifestar de los códigos, los cuales están divididos en libros, capítulos, artículos, párrafos, literales, queriendo decir de la existencia de la concordancia del tema en el orden que se le quiso dar, no pudiéndose alterar por capricho del fallador, utilizando sólo lo restrictivo para imponer una sanción. Agreguémosle a esto el principio de Justicia en que se basan las del Decreto 1909 de 1992, en el artículo 64. Resalta que lo escrito por el funcionario es únicamente la parte final del artículo 2o. literal c) de la resolución 1536/94. Vemos claramente que el funcionario escribiente no leyó e interpretó ésta resolución desde el principio.

Estos funcionarios desconocen la visita de control que se realizó en Medellín, el día 12 de junio de 1997 encabezada por las doctoras Eldemira Franco, jefe control aduanero y Sandra Mora, jefe de operaciones aduaneras de la DIAN de Bogotá, con un grupo de funcionarios restante, los cuales conocieron y verificaron la existencia de ésta orden restrictiva que existía por parte de la señora LUZ AMPARO GIL y la forma como la aplicaba en la División Operativa de Medellín. Esta orden prohibitiva se encontraba dentro de otras varias anomalías encontradas a la Aduana de Medellín y cuya constancia reposa en el Despacho del Administrador Aduanas de la DIAN de Medellín.

(...)

Ahora bien, en el evento de que se entregue al depósito habilitado o a la Administración, según el caso; un paquete de declaraciones de importación amparando mercancías que correspondan a un sólo documento de transporte y para las cuales el sistema informático

aduanero arroje levante automático o inspección aduanera, el depósito o la Administración deben permitir el retiro de la mercancía que haya obtenido levante automático, siempre y cuando se trate de bultos completos y pueda determinarse con absoluta claridad mediante la lista de empaque la identidad de las mercancías, cuya Declaración de Importación ha sido objeto de levante automático.

En el evento que no sea posible identificar las mercancías respecto de las cuales el sistema arrojó levante automático, ya sea porque no se cuenta con la lista de empaque o, los bultos no son identificables o, no se trate de bultos completos, el depósito o la administración no podrá autorizar el retiro de la mercancía, hasta tanto no se realice por el funcionario competente de la División Operativa, la inspección de aquella que fue seleccionada por el sistema. Dicha inspección debe realizarse dentro del término de un día, tal como lo establece el Decreto 1909 de 1992 en su artículo 34, salvo cuando por razones justificadas se requiera de un periodo mayor.

En consecuencia, es claro que para aquellas Declaraciones de Importación para las cuales el sistema haya arrojado levante automático que hagan parte de un paquete y siempre y cuando se configuren las circunstancias planteadas en el párrafo segundo del presente Memorando, el depósito o la Administración está en la obligación de entregar la mercancía al declarante y/o importador.

Agotado este trámite, los depósitos deben dar cumplimiento a lo establecido en las Ordenes Administrativas números: 0003 y 0004 de 1994, atinentes a la obligación de hacer entrega de las Declaraciones de Importación a la Administración de impuestos y Aduanas Nacionales correspondiente, el segundo día hábil de la Semana siguiente a la fecha de la obtención de la autorización de levante de la mercancía.

El día 21 de abril de 1997, INCOLMOTOS elevó consulta a la Subdirección Operativa sobre el procedimiento que estaban haciendo para la entrega de paquetes semanales a la Aduana, y ésta consulta fue respondida el 8 de mayo de 1997. La respuesta también habla sobre la consulta enviada referente a la restricción que existía para la entrega de mercancías en la DIAN de Medellín.

El procedimiento que realizó Incolmotos Yamaha para que les fuera revisada la mercancía haciendo entrega de los originales de las declaraciones, a la División Operativa, siempre fue legal y como se debe realizar, acuerdo a consulta con la subdirección Jurídica y Operativa de la DIAN Bogotá. “El procedimiento que realizaban los inspectores por orden de la doctora Gil, en los depósitos al realizar las inspecciones de las mercancías con copias de los originales fue desde todo punto de vista ilegal, ya que se estaba cometiendo dos delitos de prevaricato; uno por

acción, porque estaban cumpliendo una orden presuntamente legal de la señora LUZ AMPARO GIL, dejando de aplicar la Resolución 1536/94 y siguientes; y por omisión al no cumplir con la obligación de realizar verificación e inspección física de las mercancías con los documentos originales en su poder ya que son los que exigen las propias disposiciones aduaneras, porque no es bien visto trabajar con documentos que no son originales, lo que permitiría toda clase de irregularidades” (Trascripción del recurso presentado por Incolmotos SA).

5. PRETENSIONES

5.1. Solicita el demandante que se declare la Nulidad de las Resoluciones 0200 del 16 de Diciembre 1998, proferida por la División Jurídica Aduanera, 000111 del 17 de Marzo de 1997 de la División de Liquidación, la 0011 del 11 de Junio de 1999 proferida por la Administración de Aduanas y la confirmatoria la numero 8311072-1135 del 03 de abril de 2000 esta ultima notificada el 11 de Abril de 2000, de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Administración de Aduanas de Medellín, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de las cuales se impone y confirma una sanción consistente en multa por Incumplimiento del Convenio DIAN-DEPOSITOS, y que asciende a la suma de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$2.131.875.00). Como consecuencia de la declaración anterior, se ordene que la sociedad Incolmotos Yamaha S.A, no adeuda suma alguna a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por concepto de sanciones relativas a los Actos Administrativos a declarar nulos, ni ha incumplido ninguna otra obligación legal.

5.2. Como efecto jurídico de las anteriores declaraciones, se ordene el restablecimiento del derecho, dejando sin efecto las providencias que ordenaron la multa por incumplimiento del régimen de tránsito aduanero, debiendo el Tesoro Nacional, pagar al demandante el Daño Emergente. Y conforme a lo anterior, ordenar a la Nación - Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a reconocer y pagar a favor del demandante:

5.2.1. Por concepto de Daño Emergente: Por la suma de DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M.L. (\$2.131.875.00), por concepto de la sanción que canceló la sociedad demandante Incolmotos Yamaha S.A. Dinero que fue cancelado en su totalidad a la UAE DIAN, según constancia de Recibo Oficial de Pago Tributos Aduaneros y Sanciones Cambiarias con sticker de pago en el Banco Bancolombia No 0701725073159-9, del 06 de Marzo de 2000.

5.2.2. Por concepto de Lucro Cesante: Los intereses mensuales moratorios de la suma de \$2'131.875.00, a la máxima tasa legal permitida o en su defecto la actualización de dicha suma de dinero, desde el 06 de marzo de 2000 hasta la fecha del pago por parte de la UAE DIAN al demandante, en la forma prevista en el artículo 178, del Código Contencioso Administrativo.

Por concepto de indemnización por Daños Morales, representados en perjuicio ocasionado al buen nombre e imagen comercial de Incolmotos Yamaha S.A., ganado por más de veinticuatro años de actividad comercial ininterrumpida, obligándolo a pasar de comerciante honesto a Contrabandista y figurar en los mapas de riesgo de la UAE DIAN. Comprometiendo su prestigio como Usuario Aduanero Permanente (UAP). Dichos perjuicios serán tasados por el Tribunal sobre una base de 1.500 gramos de oro fino.

5.3.- Que se condene en costas a la Nación-UAE DIAN de Medellín.

6. TRÁMITE PROCESAL

6.1. Una vez subsanados los errores advertidos en la presentación inicial de la presente demanda, el día 22 de septiembre de 2000, el Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de auto, procedió a Admitirla y a ordenar las notificaciones de ley (fl. 51).

6.2. Contestación de la Demanda.

Mediante escrito de contestación del 5 de diciembre de 2000, la U.A.E. DIAN, presentó sus argumentos de defensa respecto de los hechos de la demanda, de la siguiente forma: En primer lugar, la Autoridad Administrativa demandada, propone la excepción de "Indebido Agotamiento de la Vía Gubernativa" acorde con la exigencia establecida en el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo. Toda vez que si bien es cierto se interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución No. 0111 de marzo 17 de 1997, este fue rechazado con Resolución No. 0200 de diciembre 16 de 1998, por carencia de requisitos formales de procedibilidad del mismo. Por tanto en relación al caso sub judice la Administración no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones planteadas por el libelista, ya que el recurso interpuesto no fue decidido de fondo por interposición sin el lleno de los requisitos exigibles.

(...)

En cuanto al rechazo del recurso, vale la pena anotar que el mismo se hizo, toda vez que el recurrente señor Oscar Gómez Botero no ostentaba la calidad de abogado, incumpliendo así uno de los requisitos exigidos como presupuesto procedimental para la presentación del recurso,

acreditar la calidad de apoderado cuando se constituye mandatario, que para el caso sería dar prueba de que se es abogado en ejercicio.

En este punto es pertinente anotar que acorde con el Artículo 53 del Código Contencioso Administrativo, si el escrito en el cual se presenta el recurso no reúne los requisitos de Ley, el funcionario debe rechazarlo, tal como se hizo en el caso objeto de análisis; ello como consecuencia del principio de legalidad de las funciones públicas, garante del Estado de Derecho. Consideraciones que permiten sustentar la excepción propuesta y solicitar al Honorable Tribunal, se profiera fallo inhibitorio por indebido agotamiento de la vía gubernativa.

En cuanto a los aspectos de fondo, argumenta:

Propone como excepción el hecho de presentarse por parte del apoderado de la parte demandante, argumentos nuevos que no fueron invocados con ocasión de la presentación del Recurso de Reconsideración, tales como la invocada excepción de inaplicabilidad del literal c) numeral 4° de la instrucción administrativa 0010 de 1995. En armonía con el literal c) de la cláusula segunda del convenio entre la DIAN e Incolmotos S.A., por tanto en relación al caso sub judice, la Administración no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones planteadas por el libelista ya que el recurso interpuesto no fue decidido de fondo sin el lleno de los requisitos exigibles.

Como se dejara expresado en las cláusulas transcritas a la DIAN sí le está dada la facultad de sancionar, máxime cuando los convenios se tornan en ley para las partes derivada del acuerdo de voluntades que libremente se asumió. En ese mismo sentido se ha pronunciado la doctrina aduanera, cuando los depósitos en razón de las sanciones impuestas con ocasión del convenio, han querido desestimar las atribuciones y facultades de la Entidad.

De conformidad con lo expuesto, extraña entonces las consideraciones argumentadas por el representante con las cuales se pretende desconocer la aplicación del Convenio suscrito con la U.A.E DIAN, ya que este fue aceptado libremente y con conocimiento de causa por el respectivo depósito, el cual también libremente podría finiquitarse por acuerdo entre las partes si no se quisiera continuar como depósito habilitado y conectado aduaneramente, evitando así la posibilidad de ser sujeto de sanciones que considera injustas y violatorias de la Constitución y la ley.

Además, conviene recordar que los depósitos autorizados ejercen una función que le es propia a la autoridad aduanera y con base en ello, deben velar por el estricto cumplimiento de las normas aduaneras. Pues téngase en cuenta que se trata de una actividad que el Estado está cediendo a los particulares, es decir, que es una actividad de su resorte y de su directo

interés, por ende, de carácter público, ya que se halla referida a mercancías que están bajo control aduanero, esto es, del Estado, que es precisamente el titular de dicho control. Así las cosas, es claro a todas luces que el procedimiento surtido por la Administración Aduanera, se ajustó a la normatividad vigente al caso, respetando la legalidad y los principios del debido proceso. Las anteriores argumentaciones son amplias y suficientes para solicitar que se denieguen las súplicas de la demanda por cuanto el proceder de la Administración en los actos impugnados fue conforme a derecho y no violó norma legal alguna, menos aún, las demandadas por el actor.

6.3. La Sala Quinta del Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de auto del 19 de julio de 2001, ordenó la apertura de la etapa probatoria, teniendo como tales las aportadas tanto en la demanda como en la contestación de la misma (Fl. 74).

6.4. Mediante auto del 26 de noviembre de 2003, la Autoridad Judicial, ordenó el cierre de la etapa probatoria, corriendo traslado por el término legal, con el fin de que las partes alegaran de conclusión, la cual fue debidamente presentada por parte de la entidad aduanera demandada (fls. 80-85).

6.5. A través de auto del 10 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de mayo de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, dispuso el envío del proceso a este Tribunal Administrativo (fl. 87).

Revisadas las actuaciones hasta este estado del proceso, no se observa causal alguna que genere la nulidad del mismo, razón por la cual se procederá a adoptar la decisión que en derecho corresponda, previas las siguientes,

7. CONSIDERACIONES

7. Objeto de Estudio.

De conformidad con los argumentos puestos de presente tanto en la demanda como en la contestación, dentro del asunto que convoca la atención de esta Sala de Decisión, corresponderá el estudio pormenorizado de cada uno de los cargos formulados en la demanda, y los similares de defensa contenidos en el escrito de contestación, no sin antes referirse previamente, al examen de la excepción propuesta por la entidad aduanera, consistente en el “Indebido Agotamiento de la Vía Gubernativa”, por carencia de requisitos formales de procedibilidad del mismo, habida cuenta que la personas que interpuso el Recurso de Reconsideración no ostentaba la calidad de abogado, lo cual generó el rechazo del mismo, sin que existiera pronunciamiento de fondo.

7.2. Excepción de Indebido Agotamiento de la Vía Gubernativa.

Frente a este primer aspecto de debate, se dirá que el artículo 135 del CCA, consagra la obligación de agotar, previamente, la Vía Gubernativa antes de acudir a la Jurisdicción Administrativa cuando se pretenda demandar la nulidad de un acto. Señala el citado artículo:

“La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo...”.

Es así como el agotamiento de este requisito de procedibilidad persigue que la Administración tenga la oportunidad de revisar sus propias decisiones a fin de poder revocarlas, modificarlas o aclararlas, si hay lugar a ello, vale decir, que las Autoridades Administrativas tengan la oportunidad de rectificar sus propios errores, antes de ser objeto del proceso judicial.

En tono con lo expuesto, la Sección Cuarta, del H. Consejo de Estado, en sentencia No. 50001-23-31-000-1999-90093-01(15463), C.P. HECTOR J. ROMERO DIAZ, ha señalado:

“Como lo ha precisado la Sala <la necesidad de cumplir con los presupuestos procesales de la acción y de la demanda obedece al principio de seguridad jurídica y a la necesidad de establecer reglas estrictas para juzgar la validez de las actuaciones de la autoridades dentro de las cuales se encuentran los medios de impugnación en sede administrativa, que cuando son obligatorios por tratarse de recursos de alzada, como lo es el de reconsideración, implica el debido agotamiento de la vía gubernativa que se hace efectivo con la interposición en debida forma que incluye la presentación dentro de la oportunidad legal, amén de las demás condiciones señaladas en las normas pertinentes, como requisito previo establecido en el citado artículo 135 del C. C. A. para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

La razón de la exigencia legal del señalado agotamiento deviene del principio llamado de la decisión previa que permite antes de acudir al medio judicial, que la administración revise sus propios actos y otorga a los administrados una garantía sobre sus derechos al presentar motivos de inconformidad para que sea enmendada la actuación si es del caso, antes de que conozca de ella quien tiene la competencia para juzgarla>”.

En el caso sub examine, tenemos que en escrito del 17 de abril de 1997, visible a folios, del 56 al 59 del cuaderno No. 2 del expediente, el Sr. Oscar Gómez Botero, obrando en calidad de apoderado general de la sociedad Incolmotos S.A., presentó Recurso de Reconsideración en contra de la Resolución No. 000111 del 17 de marzo de 1997, proferido por la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Medellín, mediante la cual impuso sanción consistente en multa de 2.131.875.00; el Recurso interpuesto, fue rechazado por parte de la Entidad Aduanera mediante Resolución 0200 del 16 de diciembre de 1998, debido a la falta de requisitos formales contenidos en la ley, habida cuenta que el recurrente cumplía con los requisitos que la ley exige para presentar el Recurso de Reconsideración.

En este punto del análisis emprendido por esta Corporación, cabe precisar, en primer lugar, que según las voces artículo 515 del E.T.: *“Contra el acto administrativo que decida de fondo procede el Recurso de Reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los quince días (15) siguientes a su notificación”* (Resaltado Fuera del Texto), lo cual claramente denota la obligación para el administrado de presentar este recurso para así poder entenderse debidamente agotada la vía gubernativa como requisito de procedibilidad para acudir, de esta forma, a la Jurisdicción Administrativa.

Al tenor de lo anterior, la Sección Primera del H. Consejo de Estado, ha manifestado:

“La Jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en el sentido de que el recurso de reconsideración es obligatorio para los efectos de agotamiento de la vía gubernativa, pues se considera como un recurso de apelación, porque no es resuelto por el mismo funcionario que expide el acto administrativo y que habilita, en caso de ser desfavorable, para impetrar ante la instancia Jurisdiccional la nulidad del acto recurrido”.

Ahora, partiendo de la base de la obligatoriedad de presentar Recurso de Reconsideración, en materia aduanera, para cumplir con el requisito de procedibilidad, corresponderá, en segundo lugar, determinar a la persona legitimada para interponer el recurso. Entonces, de acuerdo con lo previsto en el inciso primero del artículo 516 del Estatuto Aduanero, de manera específica, en cuanto a la persona idónea para interponer el Recurso de Reconsideración, se señala:

“El recurso puede presentarse directamente por la persona contra la

cual se expidió el acto administrativo que se impugna, o a través de apoderado especial y deberá presentarse personalmente ante la autoridad aduanera a la cual se dirige, con exhibición del documento de identidad del signatario y si es apoderado especial, de la correspondiente tarjeta profesional de abogado” (Resaltado Fuera del Texto).

El texto normativo reseñado, claramente se establece la posibilidad de presentar el anotado recurso, de manera directa por la persona natural, o representante legal, si se trata de personas jurídicas, o a través de apoderado especial. En este caso, si bien es cierto que, según consta en el Certificado de Existencia y Representación obrante a folios, del 2 al 9 del expediente, observamos que, como representante legal de la Sociedad Incolmotos-Yamaha S.A., aparece registrado el nombre del Sr. Francisco José Sierra Arango, no lo es menos que, como ya se dijo, el Recurso de Reconsideración fue interpuesto por el Sr. Oscar Gómez Botero, obrando en calidad de apoderado general, quien no es abogado titulado ni está facultado mediante poder especial para actuar en sede administrativa, en los términos ordenados por el citado artículo 516 del Estatuto Aduanero.

Entonces, la sociedad demandante, ante los argumentos jurídicos que originaron el rechazo del Recurso de Reconsideración, le correspondía subsanar de inmediato el error advertido a fin de que la Autoridad Aduanera se pronunciara de fondo sobre la inconformidad planteada en contra de la Resolución No. 000111 del 17 de marzo de 1997, actuación que no se hizo, antes bien, lo que sí se aprecia a folios 14 y 15 del cuaderno No. 2 expediente, es que a través de apoderado judicial, Incolmotos S.A., el 17 de septiembre de 1999, es decir, aproximadamente dos años después, presentó Recurso Extraordinario de Revocatoria Directa en contra de la decisión que rechazó el recurso de reconsideración, el cual fue negado mediante Resolución No. 1135 del 3 de abril de 2000.

No está por demás precisarle al demandante que el Recurso Extraordinario de Revocatoria Directa interpuesto no puede ser considerado como válido para suponer agotada la vía gubernativa, por cuanto el mismo debe ser interpuesto ante la misma autoridad que dictó el Acto Administrativo objeto de reproche y, como quedó claramente expuesto, el Recurso de Reconsideración, en tratándose de asuntos aduaneros, es presentado ante otra autoridad que funge, para esos efectos, como segunda instancia, por lo cual, en este caso, desde ninguna óptica puede considerarse la Revocatoria Directa, como homologatoria del Recurso de Reconsideración.

Por lo tanto, al no existir pronunciamiento de fondo respecto del Recurso de Reconsideración interpuesto, por un hecho atribuible al administrado,

considera esta Sala de Decisión que en el presente asunto se configuró un indebido agotamiento de la vía gubernativa por parte de la sociedad Incolmotos Yamaha S.A., por consiguiente, se declarará probada la excepción propuestas por la Autoridad Aduanera demandada.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISION**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. DECLÁRESE probada la excepción de “Indebido Agotamiento de la Vía Gubernativa” planteada por la Autoridad Aduanera Demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en consecuencia, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO. Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia. Háganse en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadore de este Tribunal.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados,

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ