

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

San Andrés Isla, veinticinco (25) de octubre de dos mil doce (2012)

MAGISTRADO PONENTE: JOSE MOW HERRERA

EXPEDIENTE No.: 05-001-23-31-000-2000-03324-00
CLASE DE PROCESO: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO
DEMANDANTE: INTERTEK TESTING SERVICES
INTERNATIONAL
DEMANDADO: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES - DIAN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de mayo de 2011, PSAA11-9100 del 23 de diciembre de 2011, y PSAA12-9540 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 INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL, contra la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN, con el objeto que se declare lo siguiente:

1. PRETENSIONES

“1.1 Que se declare nulo el acto administrativo que consta en la Resolución 000051 del 23 de febrero de 1999 de División de Liquidación Aduanas de la Administración de Aduanas Nacionales de Medellín (ANEXO No. 3), por medio del cual se declaró responsable a ITS por la clasificación incorrecta de la mercancía inspeccionada y le impuso una multa equivalente a cuatro millones cuarenta y cinco mil treinta y cinco pesos (\$4.045.035), así como del Pliego de Cargos No. 0577 del 25 de junio de 1998, por cuanto fueron expedidos con violación de las normas nacionales a las cuales han debido sujetarse.”

1.2 Que se declare nulo el acto administrativo que consta en la Resolución 000005 del 10 de mayo de 1999 de la División de Liquidación de la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas – Regional Noroccidente de Medellín (ANEXO No. 4), por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución 000051 del 23 de febrero de 1999, por cuanto fue expedido con violación de las normas nacionales a las cuales ha debido sujetarse.

1.3 Que se declare nulo el acto administrativo que consta en la Resolución 8311072-1099 del 30 de marzo de 2000 de la Administración de Aduanas Nacionales de Medellín (ANEXO No. 5), por medio de la cual se confirmó en todas sus partes la Resolución 000051 del 23 de febrero de 1999, por cuanto fue expedido con violación de las normas nacionales a las cuales ha debido sujetarse.

1.4 Que a título de restablecimiento del derecho, se declare nula la sanción que determinó la Resolución 000051 del 23 de febrero de 1999, confirmada por las Resoluciones 000005 del 10 de mayo de 1999 y 8311072-1099 del 30 de marzo de 2000, y se confirmen los argumentos de hecho y de derecho alegados por ITS conforme a los cuales no le asisten razones legales a la División de Liquidación de la Administración de Medellín – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para aplicar la sanción comentada.

1.5 Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se ordene a la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales por medio de la Administración de Aduanas de Medellín enviar copias de la sentencia a las Divisiones de Liquidación y Cobranzas y a las oficinas de procesamiento y archivo que correspondan, para que procedan de conformidad.”

2. HECHOS

La apoderada judicial de la sociedad demandante señala que:

1. INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LIMITED antes denominada INCHCAPE TESTING SERVICES INTERNATIONAL (“ITS”), es una sucursal de una sociedad extranjera con domicilio principal en Santafé de Bogotá y que su objeto social es desarrollar la actividad de una sociedad certificadora. Agrega que, como sociedad certificadora, ejerce actividades de inspección preembarque de las mercancías objeto de importación y expedición del certificado de inspección.
2. El siete (7) de noviembre de 1997, la sociedad Siglo XXI International Ltda. le solicitó a ITS la inspección de la mercancía que se encontraba en la ciudad de Pusan Korea (sic), solicitud que fue radicada bajo el No. A000121, y que en dicha solicitud identificaban la mercancía bajo el código de clasificación arancelaria de la mercancía No. 64.03.19.00.000 y como “peak SKT – 3361-1 (...) calzado deporte con

suela de caucho, cuero natural o regenerado y parte superior con cuero natural”.

3. ITS el 15 de diciembre de 1997, luego de realizar la inspección de la mercancía a ser importada por la sociedad Siglo XXI International Ltda., expidió el certificado de inspección No. 0202617004065.
4. Una vez realizada la inspección física de la mercancía, la describió como: “marca peax modelo air max jogging para hombre calzado de deporte tennis zapatilla con parte superior en cuero (9019) y suela de caucho talla 6 ½ a 10 ½”, y que de conformidad con ello, determinó que la clasificación arancelaria que correspondía de manera correcta era la “64.03.19.00.00” (sic), por corresponder ésta a la mercancía que iba a ser importada a Colombia, que corresponde a “los demás, calzado con suela de caucho, plástico, cuero natural, o regenerado y parte superior en cuero natural”.
5. El importador, clasificó la mercancía referida en la declaración de importación No. 0143203051232 bajo la subpartida “64.04.11.00.00” (sic), la cual corresponde a “los demás, calzado deportivo con suela de caucho plástico, cuero natural o regenerado y parte superior en materia textil para hombre...”.
6. De acuerdo a el pliego de cargos No. 0577 de junio cinco (5) de 1998, notificado por correo el nueve (9) de junio del mismo año, mediante oficio de fecha enero 16 de 1998 la División Técnica puso en conocimiento de la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando de la Administración de Aduanas de Medellín, que “el certificado de inspección 0202617004065 de diciembre 15 de 1997, clasificaba incorrectamente la mercancía”, señalando que dicha inconsistencia, radicaba en la falta administrativa establecida en el numeral 14 del artículo 6 del Decreto 1131 de 1995.
7. ITS presentó dentro del término legal respuesta al pliego de cargos, alegando indebida motivación del pliego de cargos No. 59-11-77-0577, correcta clasificación arancelaria en el certificado de inspección 0202617004065, y expedición extemporánea del pliego del referido pliego de cargos.

8. Los argumentos presentados en respuesta al pliego de cargos, no fueron acogidos por la DIAN, imponiéndole a su representada mediante Resolución 000051 del 23 de febrero de 1999, una multa por la suma de \$4.045.035. Que en dicha Resolución, la DIAN señaló que se encontró una inconsistencia en la clasificación arancelaria señalada en el certificado de inspección preembarque, la cual se materializa en la falta administrativa descrita en el numeral 14 del artículo 6 del Decreto 1132 de 1995, ya que ITS clasificó incorrectamente la mercancía, y que el término señalado en el artículo 7 del mismo estatuto, no es preclusivo sino conminatorio.
9. Su representada presentó dentro del término legal, recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 000051, insistiendo en la improcedencia de imponer una sanción pecuniaria a la sociedad porque la clasificación arancelaria es correcta, la motivación de dicha resolución es indebida, el acto fue expedido irregularmente, y el acto administrativo contenido del pliego de cargos fue extemporáneo por cuanto este había sido expedido por funcionario que carecía de competencia por razón del tiempo lo cual generó su nulidad.
10. La División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Medellín, mediante Resolución 000005 de mayo 10 de 1999 confirmó la Resolución No. 000051 del 23 de febrero de 1999, por considerar que, hay debida motivación del acto porque se hace una exposición clara de los hechos y se indica la norma vulnerada, el término señalado en el artículo 7° del Decreto 1132 no es preclusivo, el acto fue proferido dentro de la oportunidad legal y el funcionario era competente, y la correcta clasificación arancelaria es la consignada en la declaración de importación de conformidad con la inspección física realizada al levante de la misma; y que dicha Resolución a su vez, concedió el recurso de apelación.
11. Finalmente, expone que el recurso de apelación fue resuelto por la DIAN mediante la Resolución 1099 de marzo 30 de 2000, en la cual confirmó en todas sus partes la Resolución 00005 del 23 de febrero de 1999.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

La Apoderada Judicial de la sociedad demandante, señala de la siguiente manera las normas violadas y el concepto de su violación:

Disposiciones Demandadas: Pliego de Cargos 59-11-77-0577 de junio 25 de 1998 y las Resoluciones No. 000051 del 23 de febrero de 1999, No. 000005 de mayo 10 de 1999 y No. 1099 del 30 de marzo de 2000.

Primer Cargo: Expedición Irregular del Acto Administrativo

Norma Violada: Artículo 7 del decreto 1132 de 1995

Manifiesta que el acto contentivo del Pliego de Cargos fue expedido de manera irregular, por un funcionario que carecía de competencia por razón del tiempo, pretermitiendo y violando el procedimiento administrativo especialmente establecido por el Decreto 1132 de 1995.

Señala, que un acto administrativo puede violar la legalidad cuando omite o inobserva las formalidades y procedimientos impuestos por la Ley; y que la sanción de la violación al principio de legalidad es la nulidad del acto ilegal, y por consiguiente supone que el mismo nunca ha existido.

Indica, que el artículo 7° del decreto 1132 de 1995 señala un procedimiento especial e imperativo para la determinación de las faltas administrativas de las sociedades certificadoras, y el procedimiento que deberá seguirse para la aplicación de las sanciones correspondientes.

Que de acuerdo a lo establecido por la DIAN en auto No. 59-11-77-0577 de junio 25 de 1998, por oficio de enero 16 de 1998 la División Técnica de la Administración de Aduanas de Medellín puso en conocimiento de la División de Control Aduanero, represión y Penalización del Contrabando, acerca de “la supuesta” (sic) inconsistencia y falta administrativa de ITS en la expedición del certificado de inspección preembarque, y que de ello se desprende que la DIAN tuvo conocimiento de los hechos que fundamentan la sanción desde el 16 de enero de 1998.

Pero, que solamente hasta el 25 de junio de 1998 la DIAN formuló el correspondiente Pliego de Cargos, y notificado por correo el 29 de junio siguiente; que de ello se observa que para la fecha de expedición y notificación de dicho auto, ya había transcurrido el término de 10 días

hábiles señalado de manera imperativa por la Ley para que la administración elevara el Pliego de Cargos a su representada.

Que así las cosas, la administración inobservó el procedimiento especial establecido en el artículo 7° del Decreto 1132 de 1995, ya que no formuló el Pliego de Cargos contra ITS dentro del término de 10 días hábiles, norma que establece un término perentorio de conformidad con el artículo 118 del CPC, y por lo tanto es improrrogable salvo que la Ley disponga lo contrario. Que de esta manera, habiéndose precluído la oportunidad legal para formular los cargos, en consecuencia, se configuró un vicio de forma en la expedición del acto administrativo, y que por lo tanto, dicha ilegalidad genera la nulidad del acto.

Adicionalmente, explica que debe tenerse en cuenta que al ser expedido el acto administrativo contentivo del pliego de Cargos de manera extemporánea, se precluyó la oportunidad legal para ello y que así resultó emitido por un funcionario que carecía de competencia por razón del tiempo.

Finalmente agrega, que a pesar de que el Pliego de Cargos sea considerado como un acto de trámite, éste, al ser un acto preparatorio de la decisión contenida en el acto impugnado, por ser nulo vicia igualmente de nulidad a éste último. Que lo anterior, teniendo en cuenta que el procedimiento sancionatorio es un acto complejo, conformado por varios actos necesariamente articulados en orden a la producción de un acto final, en donde si uno de ellos adolece de nulidad no puede ser válido el acto en que se basó aquel para imponer una sanción, y que por consiguiente, tanto el pliego de cargos como la Resolución que en virtud del mismo impone la sanción a su representada, y las que las confirman, se encuentran viciados de nulidad.

Disposición Demandada: Resolución No. 000005 de mayo 10 de 1999

Segundo Cargo: Violación a la Ley

Norma Violada: artículo 15 de la resolución 2962 de 1995 y artículos 2 y 3 inciso 7 del C.C.A.

Señala, que de conformidad con la Resolución No. 000005, en el anverso de la declaración de importación No. 0413203051232 de diciembre 16 de 1997, indica que en la inspección física de la mercancía el funcionario de la DIAN colocó la siguiente anotación: *“En la inspección se determinó que en*

la parte superior, la mayor superficie que determina el material es la textil, por lo tanto la subpartida declarada es la correcta aunque tenga otros materiales sintéticos”.

Que en el mismo sentido, mediante Auto y Acta de Inspección No. 0595651 de diciembre 17 de 1997, la DIAN manifiesta que en la inspección física se había determinado que la subpartida correcta era la declarada y no la expresada en el certificado de inspección, diligencia de inspección de cuya ocurrencia nunca fue informado a ITS. Que de acuerdo a esto, la DIAN realizó la inspección física de las mercancías sin el lleno de los requisitos legales, desconociendo de esta manera lo ordenado en el artículo 15 de la Resolución 2962 de 1995 y violando flagrantemente el debido proceso administrativo.

Que por lo anterior, afirma la violación de la Ley por falta de aplicación del artículo 15 de la Resolución 2962 de 1995, lo cual conllevó al hecho de que la sanción que se le pretende aplicar a su representada se fundamentó en una prueba ilegalmente allegada, violando el derecho de contradicción que la ley le confiere.

Disposiciones Demandadas: Resoluciones 00005 y 8310721099 del 10 de mayo de 1999 y 30 de marzo respectivamente.

Tercer Cargo: Violación de la Ley.

Norma Violada: Artículo 187 del C.P.C.

Manifiesta, que la DIAN trae como prueba que avala la clasificación arancelaria bajo el No. 64.04.11.00.00, la inspección de la mercancía realizada por la Administración de Aduanas de Cartagena, la cual es violatoria de las normas que señalan como derecho la posibilidad legal de controvertir las pruebas, y en particular del artículo 15 de la Resolución 2962 de 1995, de conformidad con lo señalado en el cargo anterior.

Que no obstante la ilegalidad de la prueba, la DIAN al valorar y apreciar la prueba, la toma como la que determina que la clasificación arancelaria otorgada por ITS es incorrecta, y que la correcta es la señalada en la declaración de importación. Agrega, que en adición de lo anterior, mediante Resolución 8311072 de marzo 30 de 2000, la DIAN señala el hecho de que su representada no realizó la inspección física de la mercancía, sino que determinó su clasificación arancelaria con base en otros indicios y documentos que fueron aportados como prueba por ITS

al dar respuesta a la Resolución No. 00051 del 23 de febrero de 1999, dentro de los cuales se encuentran: copia de la solicitud de inspección preembarque No. A000121, copia de la comunicación del 12 de noviembre de 1997 de Sigo XXI International Ltda. Dirigida a ITS.

Indica, que de la comunicación antes mencionada la DIAN hizo una apreciación, de la cual se puede inferir que en opinión de la DIAN, ITS no realizó la inspección física de la mercancía, y que esta apreciación no tiene en cuenta la prueba aportada por la sociedad que representa, al mismo tiempo que las otras pruebas señaladas en la apreciación de la demandada, consistente en la copia de la comunicación de ITS proveniente de un funcionario de ITS en Korea (sic) de nombre MICHELLE LEE del 15 de diciembre de 1997, en la cual se manifiesta que de conformidad con la inspección realizada por su representada, es calzado con suela de caucho y arriba cuero, y por lo tanto la clasificación 6403.19.00.00 es la correcta, y en consecuencia, la sociedad que representa si realizó la inspección física de la mercancía, y de conformidad con ello y con las otras pruebas allegadas, determinó que la clasificación arancelaria correcta era la 6403.19.00.00.

Que la falta de apreciación de dicha prueba, llevo a la demandada a concluir erróneamente que ITS no había realizado la inspección física de la mercancía, cuando en efecto sí la realizó. Y que en efecto, la errónea apreciación y valoración de las pruebas por parte de la DIAN, violó el artículo 187 del C.P.C., lo que conllevó a la incorrecta formulación de una sanción en contra de la sociedad que representa.

Disposiciones Demandadas: Resoluciones No. 000051 del 23 de febrero de 1999, No. 000005 del 10 de mayo de 1999 y No. 1099 del 30 de marzo de 2000.

Cuarto Cargo: Violación de la Ley.

Norma Violada: Artículo 29 de la Constitución Nacional (sic).

Indica, que teniendo en cuenta que con posterioridad a la presentación de la reclamación administrativa se expidió el Decreto 2615 de diciembre de 1999 que derogó de manera expresa los Decretos 1132 de 1995 y 2531 de 1994, que establecían las faltas administrativas y las sanciones aplicables a las sociedades de certificación, así como el criterio para calcular el monto de las mismas, los cuales constituyeron el

fundamento normativo para la imposición de la sanción a su mandante, considera pertinente destacar lo siguiente:

La resolución No. 000051 a través del cual propone la imposición de una sanción a la sociedad ITS, se fundamenta en el numeral 14 del artículo 6 y en el artículo 7 del Decreto 1132 de 1995; a su vez, dicha Resolución se apoya en la Resolución 5624 de 1994 que estableció las condiciones de operación para las sociedades de certificación previstas en el Decreto 2531 de 1994, para determinar el monto de la sanción supuestamente (sic) aplicable a ITS.

Que a través de las resoluciones que se impugnan, pretenden imponerle a su mandante una sanción por una infracción que actualmente no se encuentra tipificada en la Ley, debido a que la norma que establecía la conducta sancionable y la respectiva sanción fue expresamente derogada mediante el Decreto 2654 de 1999. Que por lo tanto, teniendo en cuenta que los Decretos 1132 de 1995 y 2531 de 1994, han dejado de regir como consecuencia de su derogatoria, considera que resulta improcedente imponerle una sanción a la sociedad ITS con fundamento en los mismos.

Manifiesta, que lo anterior en aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual es aplicable al presente caso, consistente en aplicar la Ley permisiva o favorable aunque sea posterior, frente a la restrictiva o desfavorable.

Señala, que así las cosas, debido a que se suprimió el trámite de certificación y el régimen sancionatorio vigente, y por lo tanto los hechos definidos como infracciones dejaron de serlo, razón por la cual, en este caso, la DIAN deberá de aplicar la Ley más favorable aunque sea posterior a la ocurrencia de los hechos. Agrega, que en consecuencia, la Resolución del 30 de marzo de 2000 al confirmar la imposición de la sanción a cargo de ITS, contenida en las Resoluciones 000051 del 23 de febrero de 1999 y 000005 del 10 de mayo de 1999, violó el artículo 29 de la Constitución Política al no darle aplicación al principio de favorabilidad, vulnerando en consecuencia, el debido proceso.

4. TRÁMITE

Mediante providencia de fecha 16 de abril de 2001, fue admitida la demanda y notificada de manera legal a la parte demandada. Durante el término de fijación en lista la apoderada judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Medellín, presentó su correspondiente escrito de contestación.

Por auto adiado dos (2) de mayo de 2002, se abrió a pruebas el proceso y con providencia del 27 de enero de 2003, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, oportunidad procesal que fue aprovechada tanto por la sociedad demandante, como por la entidad demandada.

Finalmente, el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cumplimiento del Acuerdo No. PSAA11-8151 del 31 de Mayo de 2011 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, decide remitir el proceso de la referencia a este Tribunal, quien lo recibe el cinco (5) de julio de 2011 y avoca su conocimiento en auto de fecha dos (2) de agosto de 2011.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Señala la apoderada judicial de la entidad demandada, que en primer lugar alega la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa. Que constituye presupuesto procesal fundamental de la acción contenciosa administrativa, acorde con la exigencia establecida en el artículo 135 del C.C.A., toda vez que si bien es cierto se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución 000052 del 23 de febrero de 1999, en este no se alegó las siguientes consideraciones:

1. En ninguna etapa invocó el desconocimiento por parte de la administración de lo señalado en el artículo 15 de la Resolución 2962 de 1995, al no informarse a ITS sobre el lugar y la fecha en la cual se iba a llevar la diligencia física de la mercancía, realizando una inspección sin los llenos de los requisitos legales.
2. No solicitó en ninguna instancia del procedimiento administrativo, la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo

29 de la Constitución Nacional (sic), consistente en aplicar la Ley permisiva o favorable frente a la restrictiva o desfavorable.

Que por lo anterior, la administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones planteadas por la demandante, ya que las pretensiones propuestas con ocasión del recurso interpuesto no son las mismas invocadas en la demanda, ya que se presentaron argumentos nuevos que no fueron invocados con ocasión de la presentación del recurso de reconsideración.

Indica, que en el evento en que no se encuentre fundada la excepción propuesta y no se considere pertinente un fallo inhibitorio, manifiesta que es necesario reiterar que no resulta procedente la predicada invalidez del acto administrativo al expedirse por fuera del término legalmente establecido, toda vez que de la lectura de la norma que regula el procedimiento se dilucida claramente que no existe soporte legal que permita predicar la incompetencia del funcionario fallador, debido a que el legislador, la doctrina y la jurisprudencia, han sostenido que los términos en los procedimientos administrativos son indicativos, al no consagrarse sanción por su incumplimiento no genera silencio positivo, y se constituye en un término meramente conminatorio más no preclusivo de la actuación oficial.

Manifiesta, que respecto al tema sobre los efectos que tienen el haberse proferido el Pliego de Cargos por fuera del término establecido en la norma, es decir, después de vencidos los 10 días, el Concepto General No. 213 de julio ocho (8) de 1999 expedido por la Oficina de Normativa y Doctrina de la Subdirección Jurídica Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, señala que la tesis jurídica es que el pliego de cargos contra una sociedad de certificación, proferido por fuera del término de los 10 días, produce todos los efectos jurídicos, siempre y cuando se notifique en debida forma, que de los artículos 3° y 4° del Decreto 1132 de junio 30 de 1995, se deduce que la administración tiene dos años contados a partir de la comisión de alguna de las faltas administrativas a que hace referencia el artículo 6°, o cuando no fuere posible determinar la fecha se tomará aquella en que la DIAN la hubiere detectado, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad de la acción sancionatoria. Que en el evento en que no se haya elevado el pliego de cargos dentro de los 10 días, la actuación de la administración no puede ser sino una sola, la de

proferir a la mayor brevedad el pliego de cargos y proseguir con los trámites necesarios para la culminación del procedimiento administrativo, dentro del término que le impone la norma, antes de que opere la caducidad.

Que si bien es cierto que las sociedades de certificación fueron creadas con una finalidad específica, para la expedición del certificado de inspección preembarque, cuyo objeto es la agilización del proceso de importación obteniendo el levante automático de las mercancías previa entrega de la declaración de importación acompañada del certificado de inspección, el cual constituye documento soporte de la misma cuando se establezca que es obligatorio o cuando el declarante importador voluntariamente manifieste que dispone de dicho documento, para lo cual tendrán en cuenta la debida aplicación de las normas vigentes, no lo es menos que respecto de la solicitud y expedición del certificado de inspección preembarque, las sociedades de certificación son responsables ante la DIAN por violación a las normas aduaneras y las inconsistencias que se presenten frente a la mercancía declarada con base en los datos certificados.

Manifiesta, que el hecho de que en el presente caso no se hubiera procedido por parte de la administración a informar a la sociedad certificadora sobre la inspección a llevarse a cabo, a la mercancía inspeccionada y detallada en el Certificado de Inspección Preembarque No. 0202617004065, documento soporte de la importación No. 0143203051232 de diciembre 16 de 1997, no subsana el error cometido por la sociedad certificadora y mucho menos la exime de responsabilidad, porque como bien lo indica la norma, es potestativo de la administración si lo hace con o sin la presencia de la sociedad certificadora.

Que frente a los argumentos presentados por la demandante en relación con pretenderle imponer una sanción por una infracción que ya no se encuentra tipificada en la Ley, advierte que no existe ninguna irregularidad por parte de la administración, ni violación al debido proceso en aplicar las sanciones y régimen existentes para las sociedades certificadoras, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron en enero de 1998, es decir, en vigencia de los Decretos 2531 y 1132.

Concluye afirmando que todo lo anterior, se puede concluir que el

procedimiento seguido en las actuaciones administrativas impugnadas con esta acción, fueron emitidas por autoridad competente obedeciendo a un estricto cumplimiento de la normatividad aduanera vigente, al tiempo que en las mismas se respetaron los principios del debido proceso, justicia, buena fe y eficiencia, así como todos los principios que deben inspirar el rigor constitucional de las actuaciones administrativas.

Finalmente, solicita 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.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La apoderada judicial de Intertek Testing Services International, reitera lo esgrimido en el libelo de la demanda; asimismo, la apoderada de la entidad demandada- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, reitera los argumentos señalados en el escrito de contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esta oportunidad, corresponde a la Sala de Decisión de este Tribunal Contencioso Administrativo, determinar la legalidad del pliego de cargos No. U.A.E. DIAN 59-11-77 de junio cinco (5) de mil novecientos noventa y ocho (1998)¹, proferido por la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando de la DIAN Medellín, y las Resoluciones No. 000051² de febrero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferida por la División de Liquidación de Aduanas de la DIAN Medellín, mediante la cual impone a la sociedad certificadora INTERTEK TESTING SERVICES INTERNATIONAL LTDA., multa de \$4.045.035; la No. 000005³ de mayo diez (10) de mil novecientos noventa y nueve (1999), proferida por la División Liquidación de la DIAN Medellín, mediante la cual resolvió no acceder a la revocatoria directa formulada por ITS; y la No. 8311072 1039⁴ del treinta (30) de marzo de dos mil (2000), proferida por el

¹ Folio 29-30 del cuaderno principal.-

² Folio 32-35 del cuaderno principal.-

³ Folio 37-46 del cuaderno principal.-

⁴ Folio 48-53 del cuaderno principal.-

Despacho del Administrador de la DIAN de Medellín, mediante la cual resolvió confirmar en su integridad la Resolución No. 000051 de febrero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y nueve (1999)..

Previo a resolver sobre las pretensiones solicitadas en la demanda, la Sala de Decisión de este Tribunal en atención a lo consagrado en el inciso 2º del Artículo 164 del Código Contencioso Administrativo: **“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada”**, se procederá a decidir acerca de la excepción formulada por la Entidad demandada dentro de la oportunidad legal, referente al indebido agotamiento de la vía gubernativa. (Subraya negrilla fuera de texto).

La demandada propone la mencionada excepción, indicando que si bien interpusieron recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 000052 (sic) del 23 de febrero de 1999, en ellos no se alegaron el desconocimiento por parte de la administración de lo señalado el artículo 15 de la Resolución 2962 de 1995, al no informarse a ITS sobre el lugar y la fecha en la cual se iba a llevar la diligencia física de la mercancía, y que tampoco solicitó la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, consistente en aplicar la ley permisiva o favorable aunque sea posterior a la ley restrictiva. Que por lo anterior, la administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre dichas objeciones, ya que las pretensiones propuestas en el recurso no son las mismas invocadas en la demanda.

De acuerdo al artículo 135 del C.C.A., el agotamiento de la vía gubernativa constituye requisito de procedibilidad para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; la forma en que se da dicho agotamiento se encuentra regulado en el artículo 63 del mismo estatuto, al señalar: *“El agotamiento de la vía gubernativa acontecerá en los casos previstos en los numerales 1º y 2º del artículo anterior, y cuando el acto administrativo quede en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o de queja”*, y los incisos 1 y 2 del artículo 62 ibídem, establece: *“Los actos administrativos quedarán en firme: 1. Cuando contra ellos no proceda ningún recurso. 2. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido”*.

De los artículos antes señalados, se deduce que la vía gubernativa se entiende agotada en las siguientes situaciones: cuando contra los actos administrativos no procede recurso alguno, y cuando proceda, dichos

recursos hayan sido resueltos. No obstante, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha dicho que⁵: “la finalidad de ese requisito es dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, y de otra parte, brindar a la administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido; pero que vista las diferentes situaciones en que puede ocurrir, esa finalidad sólo encuadra en el caso del numeral 2° del artículo 63 del C.C.A. Respecto a la figura del indebido agotamiento de la vía gubernativa, ha indicado que, lo que se busca es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la administración, y que la identidad se debe dar en lo solicitado y no en los argumentos, es decir, que ante la jurisdicción se pueden plantear nuevos argumentos para defender la pretensión”.

La excepción propuesta se fundamenta en que la administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de las pretensiones planteadas en la demanda, en lo que tiene que ver a la aplicación del artículo 15 de la Resolución No. 2962 de 1995 y del artículo 29 de la Constitución Política. Motivo por el cual, corresponde a la Sala, determinar si dichas objeciones de acuerdo a lo establecido por el H. Consejo de Estado,

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de septiembre 20 de 2007, Rad.: 13001-23-31-000-1995-12217-01. CP: Dr. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA: “Lo anterior significa que el agotamiento de la vía gubernativa está determinado por diversas circunstancias, según lo visto en los artículos 63 y 135 del C.C.A., en concordancia con los artículos 51, in fine, y 62 ibídem, tal agotamiento se considera cumplido: i) Cuando el acto no es susceptible de recurso, caso en el cual cabe decir que la acción se puede ejercer de manera directa; ii) Salvo norma que señale lo contrario, cuando siendo susceptible únicamente de recurso de reposición, el interesado no lo interpone - sea que deje vencer el término, que renuncie a él o desista del mismo - o si lo interpone es resuelto mediante acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo; iii) Cuando siendo susceptible también del recurso de apelación, el interesado lo interpone directamente o de manera subsidiaria y es resuelto por acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo; y iv) Cuando la autoridad impide que el interesado haga uso de los recursos.

Está dicho por la jurisprudencia y la doctrina que la finalidad de ese requisito de procedibilidad de la acción es, de una parte, dar al administrado la oportunidad de obtener una revisión y corrección de la decisión contenida en ese acto, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la oportunidad de revisar su decisión y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, de manera tal que de encontrarla ilegal la modifique, aclare o revoque, evitando así, en últimas, la intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, que por lo mismo viene a ser subsidiaria, y una eventual condena que pueda afectar negativamente al erario con ocasión del ejercicio que de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho hiciera el administrado contra el acto ilegalmente expedido. Pero visto el panorama de las diversas situaciones jurídicas en que puede ocurrir el agotamiento de la vía gubernativa en el sentido expuesto, esa finalidad sólo encuadra en el caso a que se refiere el numeral segundo del artículo 63 del Código Contencioso Administrativo, es decir, cuando el interesado haga uso de los recursos procedentes contra el acto administrativo en mención, de los cuales, por regla general, está consagrado que el recurso de apelación es obligatorio. Lo anteriormente expuesto se explica en tanto se entienda la vía gubernativa como una de las especiales manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia y consecuentemente como un particular desarrollo del debido proceso administrativo, lo que en últimas se traduce en una potestad del administrado para controvertir las decisiones de la Administración y en un deber de ella en cuanto a su revisión.

La jurisprudencia igualmente ha acuñado la figura del debido o indebido agotamiento de la vía gubernativa, como una forma de delimitar la comprensión material o sustancial de ese presupuesto de la acción en comento, la cual aparece unificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 6 de agosto de 1991, expediente núm. S-145, consejera ponente doctora Clara Forero de Castro, con el siguiente alcance: “Ese control administrativo es obligatorio, como se desprende del artículo 135 del C.C.A. y debe ser también real y efectivo. Por esa razón, el artículo 52 del C.C.A. establece requisitos que deben cumplir los recurrentes, cuya finalidad es la de hacer posible y eficaz el control por parte de la Administración. Dispone entonces el mencionado artículo, que los recursos se interpongan por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o su apoderado, y que sean sustentados “con la expresión concreta de los motivos de inconformidad”. En resumen, lo que se busca con esta última exigencia para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración. La identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir, en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición. No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa.”

constituyen nuevos conflictos, o por el contrario son argumentos nuevos para defender la pretensión.

En el presente asunto, se tiene que mediante Resolución No. 000051 de febrero 23 de 1999 la Aduana de Medellín le impuso a la actora una multa por valor de \$4.045.035 porque *“la sociedad certificadora clasificó erróneamente dicha mercancía...”*, frente a esta decisión, la demandante interpuso dentro del término legal, recurso de reposición y en subsidio de apelación.

Teniendo en cuenta, que al resolverse los recursos la administración confirmó la Resolución No. 000051 de febrero 23 de 1999, mediante las Resoluciones No. 000005 de mayo 10 de 1999 y No. 83110721099 de marzo 30 de 2000, la Sociedad demandó ante esta jurisdicción la nulidad de dicho acto administrativo.

La demandante, en sede administrativa al interponer los recursos de Ley argumentó su inconformidad en la indebida motivación, por considerar que no se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 del C.C.A, en cuanto a la motivación que debe impulsar a la administración en la expedición de los actos administrativos, cuando afectan negativamente al administrado, que esto debido a que, la resolución que impugna no se pronunció respecto al argumento de indebida motivación presentado por ITS en los descargos; asimismo, alegó la expedición irregular del acto, indicando que no resulta procedente imponer a ITS una sanción pecuniaria, por cuanto el pliego de cargos fue expedido de manera irregular al pretermitir y violar el procedimiento administrativo establecido en el Decreto 1132 de 1995; entre otros argumentos.

Por lo tanto, el hecho de que ante la administración hubiese planteado unos argumentos y en sede jurisdiccional agrega o fundamenta su demanda en otros argumentos, esto no constituye un asunto o conflicto nuevo no debatido en vía gubernativa, sino que por el contrario, son nuevos argumentos o fundamentos jurídicos que sustentan su inconformidad del acto acusado, razón por la cual, la Sala considera que no hay indebido agotamiento de la vía gubernativa, y en tal sentido declarará no probada la excepción.

Ahora bien, una vez resuelta la excepción planteada, se continuará a resolver sobre las pretensiones del caso, analizando los cargos formulados por la actora en contra de los actos acusados.

Primer Cargo:

Alega la expedición irregular del acto administrativo, invocando como norma violada el artículo 7° del Decreto 1132 de 1995, señalando que el acto contentivo del pliego de cargos, fue expedido de manera irregular, porque pretermitió y violó el procedimiento administrativo especial establecido en dicha norma, debido a que el pliego de cargos no fue proferido dentro del término establecido en el Decreto.

Frente a este cargo, la demandada manifestó que no es procedente predicar la invalidez del acto administrativo al expedirse por fuera del término legalmente establecido, debido a que de la lectura de la norma que regula el procedimiento, se dilucida claramente que no existe soporte legal que permita predicar la incompetencia del funcionario fallador. Agrega que, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que los términos en los procedimientos administrativos son indicativos, y que al no consagrarse sanción por su incumplimiento no genera ni silencio positivo, y se constituye en un término conminatorio y no preclusivo de la actuación oficial.

El artículo 7° del Decreto 1132 de 1995 regula el procedimiento para establecer y aplicar las sanciones a las sociedades de certificación, y señala que *“el Jefe de la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales donde ocurrieron los hechos **de oficio o a petición de parte, formulará dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su ocurrencia, o a la fecha en que tuvo conocimiento de los mismos, pliego de cargos a la Sociedad de Certificación,** o a quienes ejerzan dicha actividad sin estar autorizado para ello, a través de su representante, según corresponda”*. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La anterior norma, establece de manera clara el procedimiento que debe seguir la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales-DIAN, para sancionar a una Sociedad de certificación, cuando cometa una de las faltas tipificadas en dicho Decreto, al indicar que dentro de los 10 días hábiles siguientes a la ocurrencia de la falta o desde la fecha en que tuvo conocimiento de ella el Jefe de la División de Fiscalización de la DIAN debe formular el pliego de cargos. Como se puede observar, el término señalado en esa norma es preclusivo, al no indicar ni siquiera prorroga y al no establecer que el pliego de cargos se pueda proferir en

cualquier tiempo dentro de los dos años que tiene la administración para ejercer la facultad sancionatoria.

En el caso sub lite, el pliego de cargos fue proferido el cinco (5) de junio de 1998, en el cual el Jefe División Control Aduanero, Represión y Penalización al Contrabando, señala: *“que con oficio del 16-01-98, emanada de la División Técnica, se informó a ésta División que el certificado de inspección 0202617004065 de diciembre 15 de 1997, clasifica incorrectamente la mercancía”*, de lo cual se deduce sin duda alguna que la División competente para realizar el procedimiento y sancionar a la Sociedades de Intermediación, tuvo conocimiento de la comisión de la falta cometida por ITS, la cual se encuentra tipificada en el Decreto 1132 de 1995, el día 16 de enero del año 1998, y aplicando en estricto sentido el artículo 7° del mismo estatuto, el cual establece un término preclusivo de 10 días para que la administración profiera el pliego de cargos, la DIAN de Medellín- Jefe División Control Aduanero, Represión y Contrabando, tenía hasta el 30 de enero de 1998 para proferir el pliego de cargos en contra de la actora, lo cual no ocurrió así, debido a que fue proferido después de haber ocurrido casi cinco (5) meses de que tuvo conocimiento de los hechos, violando de esta manera la demandada el procedimiento especial que debe realizar para sancionar a las sociedades de intermediación.

Ahora bien, el artículo 84 del C.C.A. señala: *“toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa...”*, este artículo consagra las causales por las cuales un acto administrativo puede ser declarado nulo, entre las cuales se encuentra, que el acto administrativo haya sido expedido en forma irregular, es decir que viole el procedimiento establecido para su expedición.

Así las cosas, la Corporación considera que al haberse expedido el Pliego de Cargos por fuera del término establecido para ello, constituye la causal en cometo-*expedido en forma irregular*, y al haber sido proferido contrariando la normatividad que lo regula, todo lo que continua dentro del procedimiento también está viciado de nulidad, esto, teniendo en cuenta que el pliego de cargos es de trámite que da impulso al procedimiento pero que no pone fin a una actuación administrativa.

No obstante lo anterior, el Decreto 1132 de 1995 en su artículo 3° regula la caducidad de la facultad sancionatoria, al establecer que el término de caducidad de dicha facultad es de dos (2) años contados a partir de la comisión de alguna de las faltas administrativas previstas

en el artículo 6 del presente Decreto, y que en caso de que no fuere posible determinar la fecha de la comisión, se tomará aquella en que la DIAN la hubiere detectado.

De la anterior norma, se infiere que la DIAN tiene el término de dos (2) contados a partir de la ocurrencia de la falta o desde que la detecto, para realizar todo el procedimiento sancionatorio. En el caso sub examine, como ya se señaló precedentemente, el Jefe División Control Aduanero, Represión y Contrabando, tuvo conocimiento de la comisión de la falta administrativa el día 16 de enero de 1998, lo que indica que tenía hasta el 16 de enero de 2000 para culminar todo el procedimiento, esto es, que el acto que imponga o no una sanción quede en firme.

Respecto al tema de la caducidad de la facultad sancionatoria, la demandada en su escrito de contestación hizo referencia al Concepto General No. 213 de julio ocho (8) de 1999 expedido por la Oficina de Normativa y Doctrina de la Subdirección Jurídica Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el cual señala: “...*la actuación administrativa no puede ser sino una sola: la de proferir a la mayor brevedad el pliego de cargos y **proseguir con los trámites necesarios para la culminación del procedimiento administrativo, dentro del término que le impone la norma, antes de que opere el fenómeno de la caducidad**”.* (Subraya y negrilla de la Sala).

En vista de lo anterior, entraremos a verificar si la DIAN de Medellín culminó el procedimiento administrativo dentro del término fijado en el Decreto 1132 de 1995, o si por el contrario opero el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria; se observa que el 23 de febrero de 1999 mediante Resolución No. 000051, la División Liquidación de Aduanas impuso a la demandante multa por incurrir en infracción administrativa, decisión contra la cual fue interpuesto oportunamente los recursos de reposición y apelación, el recurso de reposición fue decidido el 10 de mayo de 1999, y el de apelación el 30 de marzo de 2000, fecha en la que culminó el procedimiento administrativo, con la confirmación de la sanción impuesta a la actora por parte de la entidad demandada.

De las observaciones antes anotadas, se colige que el procedimiento administrativo culminó dos (2) años y (2) meses contados a partir de que la División competente de la DIAN de Medellín tuvo conocimiento de los hechos, lo que quiere decir que al quedar en firme la sanción

impuesta a INTERK TESTING SERVICES INTERNATIONAL, ya había operado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Por todo lo anteriormente expuesto, tiene vocación de prosperidad el cargo, razón por la cual la Sala se abstendrá de efectuar el estudio de los demás cargos formulados.

Así las cosas, es procedente la anulación de los actos administrativos demandados en el presente asunto, excluyendo el Pliego de Cargos No. U.A.E. DIAN 59-11-77 de junio cinco (5) de 1998⁶, expedido por la División Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando de la DIAN de Medellín, en vista de que es un acto de trámite y no es susceptible de control jurisdiccional⁷.

En tal sentido, se declarará la nulidad de los siguientes actos administrativos: las Resoluciones No. 000051 de febrero 23 de 1999⁸ proferida por la División Liquidación Aduanas; la No. 000005 del 10 de mayo de 1999⁹ dictada por la División Liquidación Aduanas; y la No. 8311072 1099 de marzo 30 de 2000¹⁰ expedida por el Despacho del Administrador, todas las anteriores divisiones de la DIAN de Medellín.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declarará la improcedencia de la multa impuesta a INTERK TESTING SERVICES INTERNATIONAL, con ocasión a este caso.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

⁶ Por medio del cual formula pliego de cargos a la sociedad certificadora ITS por incurrir en la falta estipulada en el numeral 14 del artículo 6 del Decreto 1132 de 1995.-

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia de febrero 20 de 2008, Rad.: 76001-23-31-000-1999-01853-01(15947). CP: Dra. LIGIA LOPEZ DIAZ: “Finalmente, la Sala anota que el pliego de cargos es un acto de trámite que no pone fin a una actuación administrativa, razón por la cual no es susceptible de control jurisdiccional, y toda vez que el *a quo* declaró su nulidad, habrá de revocar el numeral 2° de la sentencia apelada, declarándose inhibida la Sala para pronunciarse al respecto”.-

⁸ Por medio de la cual se impone una sanción a una sociedad certificadora.-

⁹ Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición y en subsidio apelación contra la Resolución No. 000051.-

¹⁰ Por medio de la cual confirma es su integridad la Resolución No. 000051.-

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

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE la Nulidad de los siguientes actos administrativos: las Resoluciones No. 000051 de febrero 23 de 1999 proferida por la División Liquidación Aduanas; la No. 000005 del 10 de mayo de 1999 dictada por la División Liquidación Aduanas; y la No. 8311072 1099 de marzo 30 de 2000 expedida por el Despacho del Administrador, todas las anteriores divisiones de la DIAN de Medellín.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, declárase improcedente la multa impuesta a INTERK TESTING SERVICES INTERNATIONAL, por la DIAN de Medellín mediante Resolución No. 000051 de febrero 23 de 1999.

TERCERO. Sin condena en costas.

CUARTO.- Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores 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,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ