

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés Isla, Septiembre treinta (30) de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

EXPEDIENTE No. : 13-001-23-31-000-2004-00450-00

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

DEMANDANTE: Tetra Pak Ltda

DEMANDADO: UAE DIAN.

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el artículo 46 del Acuerdo No. PSAA14-10156 del 30 de mayo de 2014 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura y el Acuerdo No. 0094 del 11 de junio de 2014 del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Surtido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso instaurado en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por Tetra Pak Ltda contra la DIAN.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

“1. Declarar la nulidad del requerimiento especial aduanero 000048 del 13 de febrero de 2003, proferido por el Jefe del Grupo de Infracciones de la División de Fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-, por medio del cual se propuso el decomiso de la mercancía en él descrita.

2. Declarar la nulidad de la Resolución 0766 del 29 de abril de 2003, expedida por el Jefe de la División de liquidación Aduanera (a) de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, por medio de la cual se definió la situación jurídica de una mercancía y se procedió a su decomiso administrativo.

3. Declarar la nulidad del auto No. 001410 de junio 5 de 2003, proferido por la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante el cual se ordenó la entrega de una mercancía por presentación de declaración de legalización.

4. Declarar la nulidad de la Resolución 1196 del 27 de junio de 2003 proferida por el Jefe de la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN-, “Por medio de la cual se resolvieron los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución 0766 de abril 29 de 2003”

5. A título de restablecimiento del derecho, condénese a la Nación – Dirección de Impuestos y ADUANAS Nacionales - DIAN-, a pagarle a TETRA PAK LTDA las siguientes sumas de dinero:

5.1. La suma de cuatrocientos ochenta y dos millones trescientos ochenta y un mil ochocientos pesos m/cte (\$482.381.800) equivalente al 75% del valor en aduana de la mercancía decomisada a través de la Resolución 0766 del 29 de abril de 2003, y que TETRA PAK LTDA pagó a la Nación para obtener su rescate, debidamente actualizada desde el 23 de mayo de 2003 hasta la fecha en que se efectuó el pago.

5.2 La suma de veintiocho millones cuatrocientos cuarenta y dos mil doscientos noventa y cuatro pesos (\$28.442.294), debidamente actualizada desde el 9 de junio de 2003 hasta que se verifique su pago, correspondiente al valor que TETRA PAK LTDA tuvo que cancelar al Almacén General de Depósito Almagrario S.A. por concepto del bodegaje desde el 4 de diciembre de 2002 hasta el 9 de junio de 2003, de la máquina aprehendida por la DIAN – Administración Especial de Aduanas de Cartagena- a través del acta 0048C del 2 de diciembre de 2002 y decomisada mediante resolución 0766 del 29 de abril de 2003.

5.3 La suma de seis millones trescientos treinta y dos mil trescientos sesenta y tres pesos (\$6.332.363) correspondiente al valor que TETRA PAK LTDA tuvo que pagar por concepto de alquiler del contenedor en que se albergó la máquina aprehendida por la DIAN- Administración Especial de Aduanas de Cartagena- a través del acta 0048C del 2 de diciembre de 2002 y decomisada mediante la Resolución 07866 del 29 de abril de 2003, debidamente actualizada desde el 9 de junio de 2003 hasta cuando se verifique el pago.

5.4 La suma de catorce millones trescientos veintiséis mil pesos (\$14.326.000) pagada por TETRA PAK LTDA a DELOITTE ASESORES LEGALES Y TRIBUTARIOS S.A. por concepto de honorarios profesionales por la atención en vía gubernativa del proceso relacionado con la aprehensión y decomiso de la máquina modelo TBA/19 200SL para envases de productos alimenticios líquidos, debidamente actualizada desde el 15 de septiembre de 2003 hasta cuando se verifique su pago.

5.5. Las demás sumas de dinero que logren demostrarse en el proceso y que correspondan a los perjuicios irrogados a TETRA PAK LTDA con los actos administrativos impugnados.

6. Condénese a la Nación – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN- a pagar las costas del proceso y las agencias en derecho.

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se resumen así:

1. Con documento de transporte Master C-8000 del 26 de octubre de 2002, llegó al país mercancía consignada a BRAVE LOGISTICS DE COLOMBIA LIMITADA consistente en una máquina para envasado de productos alimenticios líquidos en envases de cartón marca TETRA BRINK.
2. El mencionado documento MASTER no hacía descripción de la mercancía por considerarse consolidado. La mercancía soportada fue descargada el 26 de octubre de 2002.

3. El documento derivado B/L SSZ1 193 fue presentado el 28 de octubre de 2002.
4. La maquinaria descrita en la documentación antes mencionada fue aprehendida mediante acta de aprehensión del 2 de diciembre de 2002, conforme lo dispuesto en el numeral 1.3 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 .
5. La División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena mediante Resolución 0766 del 29 de abril de 2003, definió la situación jurídica de la mercancía aprehendida con el decomiso administrativo en favor de la Nación. Dicha resolución fue notificada a BRAVE LOGISTIC DE COLOMBIA por correo certificado del 2 de mayo de 2003.
6. El 29 de abril de 2003 fue interpuesto por parte de BRAVE LOGISTIC DE COLOMBIA y TETRA PAK recursos de reconsideración en contra de la resolución 0766 del 29 de abril de 2003.
7. El 23 de mayo de 2003 TETRA PAK Ltda a través la sociedad de intermediación aduanera SIACO SIA LTDA, presentó declaración de legalización cancelando la suma de \$622.594.110, por concepto de rescate de la maquina aprehendida con acta 048C del 2 de diciembre de 2002.
8. Mediante auto número 01419 del 5 de junio de 2003 la División de Fiscalización aduanera ordenó el archivo del expediente AO 0202 50644 y la entrega de la mercancía al interesado. Dicho auto fue remitido a la División Jurídica quien mediante resolución 01196 del 27 de junio de 2003 declaró la terminación del proceso AO 0202 50644 en razón a la legalización de la mercancía por parte de tetra Pak.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política Artículos 4, 6, 29, 83, 84, 123 y 209.

Código Contencioso Administrativo Artículos 3, 28, 35, 43 y 59

Estatuto Aduanero 2,3, 96, 228 y 504.

El apoderado judicial de la parte demandante, señala en su concepto de violación que la aprehensión de la maquinaria relacionada en la demanda se fundamentó en el Memorando 0443 de junio 20 de 2002, suscrito por la Subdirectora de Comercio Exterior de la DIAN, dirigido a las Administraciones Especiales de Aduanas de Cartagena, Buenaventura, Barranquilla, Santa Marta, Turbo, San Andrés, Riohacha y Tumaco que dio alcance a lo establecido en el literal a) del artículo 228 del Decreto 2685 de 1999 de tal forma que : *“ en el evento en que los documentos de transporte hijos no hayan sido oportunamente entregados por el agente de carga internacional a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la mercancía deberá ser aprehendida en virtud de lo establecido en el numeral 1.3 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999”* .

Expone que el memorando 0443 de junio 20 de 2002 impone un requisito para la nacionalización de mercancías no previsto en el Decreto 2685 de 1999, al exigirle a los responsables aduaneros de la nacionalización de las mercancías transportadas un documento master y uno hijo sin tener en cuenta si la carga es consolidada o no, contrariando lo dispuesto en el artículo 96 del estatuto aduanero

que dispone tal documentación únicamente en el evento de que la carga sea consolidada.

Aunado a lo anterior, alega que el memorando 0443 antes mencionado no fue publicado y por ende no conocido por los administrados lo que lo hace inoponible a ellos de conformidad a lo estatuido en el artículo 43 del C.C.A.

Afirma que la carga amparada en el B/L C-8000 no era consolidada, pues no era carga suelta, es decir no se agrupó o consolidó con otra mercancía amparada por el mismo B/L master, la carga venía consignada a un solo consignatario (Brave Logistic de Colombia) y para ser notificada a un solo usuario y se transportó bajo la modalidad FCL/FCL, de modo que por este aspecto la Resolución 766 del 29 de abril de 2003 incurre en falsa motivación cuando afirma que dicha carga si era consolidada y sobre esa base decide decomisar la máquina aprehendida mediante acta del 2 de diciembre de 2002.

Alude la parte demandante que nunca le fue notificada la existencia del procedimiento administrativo de aprehensión de la mercancía, evento que representó el menoscabo de su derecho a la defensa, aun cuando TETRA PACK LTDA oficiaba en calidad de sociedad propietaria e importadora del bien aprehendido y por ende interesada directa en las resultas del mencionado procedimiento administrativo, es más, la Resolución 1196 del 2 de junio de 2003 no se pronunció sobre el recurso de reconsideración interpuesto por Tetra Pak Ltda en contra de la Resolución 0766 del 29 de abril de 2003.

Expresa que existe incongruencia entre los motivos de aprehensión descritos en el requerimiento especial aduanero (Descargue sin entrega de manifiesto de carga en la oportunidad prevista en el art. 96 D2685 de 1999) y los supuestos finales que determinaron el Decomiso de la mercancía señalados en la resolución 0766 del 29 de abril de 2003 (presentación inoportuna de los documentos hijos de carga consolidada) imposibilitando la identificación procesal de la tipicidad de la conducta sancionada, añade también que inclusive el acta de aprehensión no especificó la causal de aprehensión de la maquinaria, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 504 del Estatuto Aduanero (D2685 de 1999).

Formula que la DIAN resolvió un caso de idéntica situación fáctica de distinta manera cuando a través de auto del 21 de agosto de 2002 dentro del expediente AO-02-02-1453 dejó sin efectos el acta de aprehensión de una mercancía por considerar que la carga no era consolidada y por ello no le eran exigibles la utilización de los documentos B/L hijos como sub-clasificación del documento Master, de tal manera que para el caso concreto se otorgó un trato distinto sin que la administración adujera para ello una justificación razonable, generando con ello un trato discriminatorio.

3. TRÁMITE Y ALEGACIONES

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 10 de noviembre de 2003 correspondiéndole reparto a la Sección Cuarta, Subsección "A" quien una vez analizado el asunto a tratar dispuso por auto del 10 de diciembre de 2003 su remisión por competencia a la Sección Primera de esa misma corporación, esta a su vez remitió por competencia al Tribunal Administrativo de Bolívar en auto del 19 de febrero de 2004.

El proceso de la referencia arribó al tribunal administrativo de Bolívar el 29 de marzo de 2004, correspondiéndole su reparto al Honorable Magistrado Javier Ortiz del Valle quien mediante auto del 1 de julio de 2004 dispuso su admisión.

Mediante auto del 3 de septiembre de 2007 se abrió a pruebas.

En cumplimiento del acuerdo PSAA 83427 de julio 29 de 2011 se remitió el presente expediente al Despacho de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar quien mediante auto del 2 de octubre de 2011 avocó conocimiento y posteriormente el 9 de septiembre de 2013 dio por concluida la etapa probatoria corriendo traslado a las partes a fin de que allegaran sus alegatos finales, oportunidad procesal que sólo fue utilizada por la parte demandada.

En cumplimiento de las medidas de descongestión adoptadas por el acuerdo PSAA14-10156 del 30 de mayo de 2014 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto fechado el 16 de junio de la presente anualidad fue remitido a esta corporación el presente litigio, arribando el 7 de julio.

Mediante auto del 11 de julio se avocó conocimiento del proceso de la referencia y el 29 de septiembre se registró proyecto de fallo.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN inicia su argumentación defensiva alegando que el acto de legalización de la mercancía generó el decaimiento de los efectos del acto de decomiso por cuanto desaparecieron las razones de hecho que le dieron origen, en consecuencia el acto de decomiso no puede ser demandado porque no obstante existir, no produce ningún efecto ya que a la luz del artículo 228 del Decreto 2685 de 1999, las mercancías legalizadas se entenderán presentadas, declaradas y rescatadas.

Propone las excepciones de caducidad, falta de agotamiento de la vía gubernativa e inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones.

Con respecto a la oportunidad en la presentación de la demanda alega la parte demandada que la resolución 1196 que dio por terminado el proceso de definición de situación jurídica de la mercancía aprehendida fue notificada el 6 de julio de 2003, lo anterior indica que la demanda debió interponerse hasta el 6 de noviembre de 2003, evento que solo ocurrió hasta el 10 de noviembre de esa anualidad, 4 días después de ocurrido el fenómeno jurídico de la caducidad.

Con relación al agotamiento de la vía gubernativa, aduce que la misma no se surtió pues no fue posible fallarse el recurso de reconsideración en virtud de la figura de la legalización, lo que impediría a la jurisdicción contenciosa pronunciarse al respecto.

Al respecto de la indebida acumulación de pretensiones expone lo siguiente:

“ ..Al presentar en forma simultánea las pretensiones de nulidad contra el acto de decomiso 0766 del 29 de abril de 2003 el cual no posee ningún efecto, a pesar de existir; El acto de archivo 01410 del 3 de junio de 2003 (verdadera decisión de fondo) y la Resolución 1196 (que reconoció la terminación del

proceso expedida por el 1410 del 5 de junio de 2003, se produce una indebida acumulación de pretensiones por ser excluyentes.

Acumular las pretensiones en la forma como el actor lo hace rebasa el límite de la acción, pues no puede la jurisdicción contenciosa revocar el acto de decomiso sin dejar a la administración inerte ante el accionante, pues nunca hasta el momento se ha debatido el acto de decomiso por la legalización de la mercancía por parte del importador.”

Por otro lado, afirma la legalidad de la actuación surtida por la DIAN en atención que el acto de legalización de la mercancía estando en curso el recurso de reconsideración incoado en contra de la Resolución 0766 del 29 de abril de 2003 constituye la admisión en forma anticipada sobre los hechos que constituyeron el Decomiso de la mercancía aprehendida y que por tanto la introducción de la mercancía a territorio nacional se realizó sin cumplir con la presentación del B/L hijo, tal como se describe en el acto de Decomiso.

Señala que el artículo 230 del Decreto 2685 de 1999 dispone que siempre que la declaración de legalización sea aceptada y se otorgue el levante, todos los procesos aduaneros que están en curso deben cesar de inmediato, consecuente a ello, el concepto 018 de 2000 expedido por la División de Doctrina de la Oficina Jurídica expresa:

“evidentemente la aplicación de la legalización en la medida que se encuentren cumplidas todas las obligaciones inherentes a la importación de la mercancía aprehendida, dentro de un proceso administrativo en curso lleva implícitamente a la finalización de la investigación, acarreado consecuentemente la terminación anormal dicha causa.”

Defiende la legalidad del acto 0766 por incumplimiento de los requisitos descritos en el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999 ya que corresponde al agente de carga internacional la correcta y oportuna transmisión o incorporación al sistema informático aduanero de la información contenida en los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos, así mismo será responsable por la entrega de los documentos hijos que amparan la carga consolidada, el manifiesto de la carga consolidada y por la justificación de las inconsistencias de la mercancía, eventos que no ocurrieron, haciéndose aplicable la causal 1.3 del artículo 502 para efectos del decomiso de la mercancía.

Sobre la calidad de la mercancía consolidada expone que para el caso concreto la mercancía vino consignada a BRAVE LOGISTIC DE COLOMBIA, agente de carga internacional bajo la modalidad de contenedor completo (FCL: full Container Load), de acuerdo con los documentos de transporte en donde el documento B/L y el manifiesto de carga tenían sello de B/L Master, es decir un B/L que se subdivide en otros hijos.

Dicha modalidad de transporte significa que el agente de carga suscribió un contrato de transporte con varios consignatarios que se puede cargar en un contenedor y por tanto es responsable por su desconsolidación en el puerto de destino, por cuanto viene consignada a varios consignatarios y para notificar a varios usuarios en los términos previstos en el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999.

Señala que la mercancía con conocimiento de embarque C8000 es consolidada, pues las condiciones del contrato (FCL/FCL) se ajustan a las exigencias del concepto, más si se considera que la carga arribó consignada a un agente de

carga, quien sin embargo, por virtud de lo previsto en los memorandos 147 y 443 expedidos por la subdirección de comercio exterior de la DIAN tiene el deber, sin importar la modalidad en que se realice el contrato de transporte o si actúa como embarcador directo o consolidador de carga, de presentar los B/L hijos a fin de que sean utilizados para la nacionalización de la mercancía a nombre del importador.

Dicho esto, la no presentación de los B/L hijos por parte del agente de carga (Brave Logistics) dentro del término establecido en el artículo 96 del decreto 2685 motivó la aprehensión y posterior decomiso de la mercancía, partiendo del hecho que el transportador sí presentó los documentos de embarque respectivos.

Sobre la supuesta violación al debido proceso aduce que tanto el auto de apertura como el acta de aprehensión de la mercancía son autos de mero trámite, que no contienen ninguna decisión de fondo y cuya falta de notificación no es causal de nulidad alguna, por su lado, afirma que el requerimiento especial aduanero fue resuelto por el importador de la mercancía (Tetra pak) luego no se transgredió ni violentó el principio aludido.

Desdice sobre las alegaciones referentes a la incongruencia entre el las causales del acta de aprehensión, el requerimiento especial aduanero y el decomiso de la mercancía exponiendo que la causal aducida por la administración siempre fue la misma: "mercancía no presentada por no haber presentado el agente consolidador los documentos de transporte que corresponden"

Finalmente ataca la supuesta violación al derecho a la igualdad en la solución de eventos similares por parte de la administración por cuanto los actos mencionados difieren en sus presupuestos de hecho, por lo tanto no podrían servir como fundamento de legalidad del acto acusado.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La apoderada judicial de la entidad demandada reiteró los argumentos esgrimidos en la contestación de la demanda; por su lado, la parte demandante al igual que el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la presente demanda, se persigue la declaratoria de nulidad de los actos administrativos expedidos con ocasión de la aprehensión y posterior decomiso de una máquina para envases de productos alimenticios líquidos importados al territorio nacional por Tetra Pak Ltda. por intermedio del agente de carga internacional Brave Logistics de Colombia Ltda.

Dichos actos están conformados por las Resoluciones No.0766 del 29 de abril de 2003 expedida por el Jefe de la División de Liquidación Aduanera de Cartagena y 1196 del 27 de junio de 2003 por medio la cual el Jefe de la División Jurídica Aduanera de Cartagena dio por terminado el trámite del recurso de reconsideración instaurado en contra de la resolución No. 766 por haber sido legalizada la mercancía objeto del decomiso.

La Sala aclara que si bien en el libelo petitorio se incluyen los señalamientos al requerimiento especial aduanero 000048 del 13 de febrero de 2003, auto 001410 de junio 5 de 2003 proferido por la División de Fiscalización Aduanera por medio la

cual se ordena la entrega de la mercancía por haber sido presentada declaración de legalización y la Resolución 000680 del 14 de abril de 2004 mediante la cual la administración se abstuvo de resolver una revocatoria directa, dichos actos comportan estadios preparatorios dentro del trámite de situación jurídica de la maquinaria (requerimiento especial, orden de entrega), mientras que el restante compete el pronunciamiento sobre una actuación finiquitada en sede gubernativa del cual no es pasible su señalamiento en sede judicial.

Previo a la solución del problema jurídico fundamental la Sala da cuenta de las excepciones propuestas por la apoderada de la parte demandada y dispone el desarrollo de los argumentos descritos en ella.

Caducidad de la acción con respecto de los actos administrativos demandados (Resoluciones No.0766 del 29 de abril de 2003 expedida por el Jefe de la División de Liquidación Aduanera de Cartagena y 1196 del 27 de junio de 2003 expedida por el Jefe de la División Jurídica Aduanera).

Aduce la parte demandada que la Resolución 1196 del 27 de junio de 2003 (acto que cierra la discusión en sede administrativa) se notificó a Tetra Pak el 6 de julio de 2003, indicando que la demanda debió ser interpuesta a más tardar el 6 de noviembre de la misma anualidad, hecho que solo ocurrió hasta el 10 de noviembre de 2003, habiéndose producido el fenómeno de la caducidad de la acción.

Respecto a la caducidad de las acciones el C.C.A disponía:

Art. 136. Caducidad de las acciones.

...2. La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso...

A su vez, el Decreto 2685 de 1999 reza en su artículo 567 (modificado por el Decreto 1232 de 2001) lo siguiente:

La notificación por correo se practicara enviando copia del acto, mediante correo certificado a la dirección que corresponda, de acuerdo a lo previsto en el artículo 562 del presente decreto y se entenderá surtida en la fecha de entrega debidamente certificada del acto en la dirección respectiva, por parte de la administración Postal Nacional o de la entidad designada para tal fin....

Ahora bien, obra a folio 28 del cuaderno de pruebas acuse de recibo de correo certificado No. 29362 realizada a la sociedad demandante, mediante la cual se surtía la notificación por correo, del acto que resolvió el recurso de reconsideración y finiquitó la sede gubernativa que derivó en la presente controversia (Resolución 001196 del 2 de junio de 2003. En ella se puede apreciar como fecha de entrega el 9 de julio del 2003, por lo que el término de contabilización del fenómeno de la caducidad inició el 10 de julio de 2003, extendiéndose hasta el 10 de noviembre de la misma anualidad, fecha límite que fuera respetada por el accionante, según consta a folios 3 y 57 del cuaderno principal, de acuerdo a los sellos de recibo por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta para el trámite de la presente acción. En consecuencia, la Sala considera que no es de recibo el medio exceptivo propuesto por la parte demandada, prosiguiendo al estudio de los demás señalamientos procesales propuestos por el demandado.

Falta de agotamiento de la vía gubernativa

Alega la parte demandada que no fue agotada la vía gubernativa en relación con el acto de decomiso 0766 del 29 de abril de 2003 *“pues la legalización de la mercancía por parte del importador impidió que el acto quedara en firme”*.

Al respecto cabe señalar que la vía gubernativa halla su culminación en los eventos en que contra el acto no proceda recurso alguno, cuando siendo procedentes los recursos interpuestos hayan sido decididos, cuando no hayan sido interpuestos los recursos de reposición o de queja.

Ahora bien, se tiene que no existe controversia sobre la interposición del recurso de reconsideración en contra de la resolución 0766 que ordenó el decomiso de una mercancía, es por ello que el caso bajo estudio evade las situaciones adversas a las descritas en el artículo 63 del C.C.A., por cuanto en contraposición de lo alegado por la parte demandada, el hecho de ocurrir una terminación anormal del procedimiento de definición jurídica de una mercancía (legalización cursando el trámite del recurso de reconsideración) no resulta en la incuestionabilidad en sede jurisdiccional sobre el acto original de decomiso; La Resolución 1196 del 27 de junio de 2003 (y NO el auto de archivo 1410 del 5 de junio de 2003) concluyó la controversia en sede gubernamental sobre el decomiso de una mercancía, allanando el camino al examen jurisdiccional que nos ocupa, tornando en improcedente el medio exceptivo incoado.

Inepta demanda por Indebida acumulación de pretensiones

La parte demandada justifica la presente afirmación por cuanto:

“Al presentar en forma simultánea las pretensiones de nulidad contra el acto de decomiso 0766 del 29 de abril de 2003 el cual no posee ningún efecto, a pesar de existir, el acto de archivo 01410 del 3 de junio de 2003 (verdadera decisión de fondo) y la Resolución 1196 (que reconoció la terminación del proceso expedida por el 1410 del 5 de junio de 2003, se produce una indebida acumulación de pretensiones por ser excluyentes.

No halla la Sala el carácter exclusivo alegado por la apoderada de la parte demandada sobre las pretensiones de nulidad de los diferentes actos administrativos acusados, por cuanto lo pretendido por el actor en la demanda con el señalamiento individualizado de cada uno de los actos enunciados procura la nulidad primigenia del acto de decomiso No. 766 del 29 de abril de 2002 proferido por la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

Si bien es cierto fueron citados actos preparatorios en aras de la conformación del acto complejo a demandar (Resoluciones 766 y 1196 de 2003), ello no constituye impedimento al operador judicial a fin de realizar el depuramiento sobre los actos decisorios del objeto litigioso de la manera que ha sido circunscrita por esta Sala.

Dicho lo anterior, la apoderada del ente demandado parte del error sobre la individualización del acto que puso fin a la sede gubernativa, como tal señala al auto de archivo 01410 proferido por la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena el 5 de junio de 2003, pretendiendo esbozar la exclusión de las pretensiones alegadas por la parte demandante (y de paso la inexistencia de objeto litigioso) partiendo del hecho que los actos demandados son antagónicos en su sentido final (Decomiso- Legalización de mercancía), posición que no es de recibo por la Sala por cuanto se reitera:

- El acto que pone fin a la sede gubernativa y decide de fondo la situación jurídica de una mercancía es la resolución 1196 del 27 de junio de 2003 por

medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración instaurado en contra de la Resolución 766 del 29 de abril de 2003

- La enunciación in extenso realizada por el demandante de los actos expedidos en curso del proceso de decomiso y posterior legalización de una mercancía no restringe al operador judicial a la correcta discriminación entre actos meramente preparatorios y aquellos de carácter definitivo.
- La Resolución 1196 del 27 de junio de 2003 halló su nacimiento en la facultad libre del importador de hacer uso del procedimiento de legalización de mercancías sin que fueran desvirtuados los argumentos originales elevados en contra de la resolución que ordenó el Decomiso administrativo (Resolución 766 de 2003), lo anterior no constituye impedimento alguno a fin de cuestionar si la mercancía aprehendida atendió a una justa causa en primer lugar.

En consecuencia el medio exceptivo no está llamado a prosperar.

Caso Concreto:

El presente asunto se contrae a determinar la legalidad de las Resoluciones números 0766 del 29 de abril de 2003 y 1196 del 27 de junio de 2003, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, mediante las cuales, respectivamente, se definió la situación jurídica de una mercancía y se propuso su decomiso; y, se resolvió, el recurso de reconsideración interpuesto contra la primera Resolución.

La parte demandante precisó que el requerimiento solicitado por la División de Fiscalización Aduanera de Cartagena- no es procedente, toda vez que el Agente de Carga de la sociedad demandante no tenía la obligación de presentar la Guía Hija, por cuanto no se trataba de una mercancía consolidada, ya que el envío correspondió a un Contenedor Completo “FCL/FCL”, que al ser de un solo propietario y estar dirigido a un solo consignatario, solo es necesaria la presentación de un documento Master.

En este orden de ideas, entrará la Sala a determinar lo siguiente:

- a) Si la mercancía aprehendida a la sociedad actora tenía la calidad de mercancía suelta- sin agrupar- desconsolidada, o, por el contrario, se trata de carga agrupada o consolidada.
- b) Si el Agente de Carga Internacional cumplió con todos los requisitos establecidos por la legislación aduanera colombiana para el ingreso de dicha mercancía al país, o, en su defecto, se incurrió en alguna de las causales de aprehensión consagradas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Una vez establecido lo anterior, esta Corporación podrá determinar si es o no procedente la devolución del 75% de rescate de legalización consignado por la parte actora a favor de la DIAN, por constituirse “un pago de lo no debido” al igual que el reconocimiento de las sumas descritas en los numerales 5.3 a 5.4 del acápite de declaraciones y condenas.

De las pruebas aportadas al expediente, se observa a folio 185 del cuaderno de pruebas, el documento de transporte número C-8000, consignado a nombre del Brave Logistics Ltda., en el que se relacionó la mercancía enviada como contenedor “FCL/FCL” correspondiente a las siglas en inglés de Full Container Load, es decir, contenedor completo.

Con este documento se evidencia claramente sin lugar a dudas, que la carga objeto de controversia se envió en el citado contenedor completo (FCL) y, según lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, se entiende que por el FCL se envía la mercancía que está suelta- sin agrupar- a través de un embarcador directo **mas no la carga que es consolidada o agrupada.**

En efecto, en sentencia del 6 de agosto de 2004, Radicación número: 2002-0281-01 Actor: I.B.M. DE COLOMBIA S.A. Demandado: DIAN DE BOGOTA, Consejero ponente: doctor RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, se señaló lo siguiente:

“ (...)”

3.... conviene aclarar que en la normativa aduanera no hay definición del concepto de mercancía consolidada, de allí que la DIAN se apoye en la doctrina extranjera, y es así como en su Concepto 131 de 2 de enero de 2004 dice que ante esa circunstancia acude a definiciones como las siguientes:

De la Cámara de Comercio de Valencia, España, que precisa que “CARGA CONSOLIDADA es la actividad de agrupar en un contenedor o unidad de carga, bienes o mercancías de varios exportadores para ser transportadas a un destino específico”;

La dada por Bancomext de México, en el sentido de que “es el agrupamiento de mercancías pertenecientes a varios consignatarios, reunidas para ser transportadas en contenedores, siempre que estén amparadas en un mismo documento de transporte”;

La de la O.M.C. según la cual ‘se entiende por Carga unitarizada’ ‘el sistema empleado para transportar mercancías que siendo embaladas en pequeños grupos, se consolida o agrupa en un solo envase de gran tamaño, con el fin de evitar que las mercancías se destruyan o sean sustraídas con facilidad, y al mismo tiempo, para facilitar su manipuleo y lograr gran rapidez en las operaciones de carga o descarga’.

En dicho concepto la DIAN concluye que de esas definiciones el elemento más importante no es el que las mercancías vengan con destino a varios consignatarios. Lo determinante de cada una de las definiciones es que las mercancías sean agrupadas en un contenedor o unidad de carga, de ahí que la definición por excelencia a nivel mundial sea la de la O.M.C. en la que no se considera para nada, como presupuesto de esta actividad, que la mercancía venga dirigida a varios consignatarios.

(...)”. (Subrayas y Negrillas fuera del texto)

De lo anterior se concluye entonces, que según la noción aportada por la Organización Mundial del Comercio, para determinar que una carga es consolidada, es necesario tener en cuenta que la mercancía haya sido **agrupada** en un contenedor o unidad de carga.

Así mismo, en sentencia del 27 de marzo de 2008, Radicación número: 2001-00112-01, Actora: BAYER DE COLOMBIA S.A., Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- Consejero ponente: doctor CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE, señaló que para verificar que una mercancía es consolidada es necesario que así se indique en los documentos de transporte respectivos. La mencionada providencia precisó:

“En cuanto a la falta de descripción de la mercancía, la actora sostiene que cuando se trata de ‘carga consolidada’, debe indicarse de esa manera en el manifiesto de carga, sin requerir especificaciones que la identifiquen. **La Sala**

en sentencia de 22 de marzo de 2007¹ precisó que en el documento consolidador o guía general, y en las guías o documentos hijos debe indicarse que se trata de 'carga consolidada'. Dijo la Sala:

'El artículo 6° de la Resolución Núm. 371 de 30 de diciembre de 1992 fija los requisitos básicos mínimos de dicho manifiesto, a saber: Relación y peso de todos los bultos que conforman la carga que va a ser descargada en el lugar de arribo; Relación de todas las guías aéreas, conocimientos de embarque o cartas de porte, según el caso; **Indicación de 'carga consolidada' cuando así viniere; señalándose la guía general y las guías que conforman la carga consolidada**; Identificación y firma del capitán o conductor del medio de transporte; y En los eventos de trasbordo, la indicación de estas circunstancias.

(...)

Como se observa, **la guía aérea, o sus equivalentes (conocimiento de embarque o guía carta de porte), sirven de fundamento al manifiesto de carga y con él constituyen lo que se denomina "documentos de viaje", según la definición que de ese concepto trae el Estatuto Aduanero.**

(...)

Cuando la mercancía es consolidada, así debe indicarse tanto en el documento consolidador o guía aérea o general, y en las guías aéreas o documentos de transporte hijos o los documentos que les sirven de soporte, pues si así no se indica en todos ellos y la mercancía se discrimina en cualquiera de los mismos, especialmente en los segundos, la mercancía debe coincidir con su descripción genérica y relación en la guía aérea respectiva.' (negrilla fuera de texto)

De esa manera, **para tener la carga como 'consolidada', era necesario que la actora presentara entre otros documentos la guía hija, y que constara en la guía máster que se trataba de 'carga consolidada'**, pero no ocurrió de esa manera, incurriendo así en el supuesto fáctico establecido en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992." (Subrayas y negrillas fuera del texto).

Así las cosas, en el caso que nos ocupa se concluye entonces que la carga en cuestión no era consolidada, toda vez que en los documentos de transporte se indicó que se trataba de una carga "FCL/FCL" -Full Container Load- lo que traduce **contenedor completo**, es decir, que la mercancía allí contenida no había sido agrupada o consolidada, sino que por el contrario contenía carga suelta.

Ahora bien, con relación a la obligación en la presentación de los documentos hijos en cabeza de los agentes de carga, la parte demandada aduce que en aplicación de lo establecido en los memorandos 147 y 443, sin importar la modalidad en que se realice el contrato de transporte o si actúa como embarcador directo o como consolidador de carga, se deben siempre presentar los B/L hijos a fin de que sean utilizados para nacionalizar la mercancía a nombre del importador.

Los precitados memorandos describen lo siguiente:

"MEMORANDO 0147"

(...)

En atención a las inquietudes que se han presentado frente a las actividades que desarrollan los Agentes de Carga Internacional...

Por lo anterior, es necesario hacer las siguientes precisiones en cuanto a las modalidades del contrato de transporte pactado entre el transportador, el usuario y el Agente de Carga Internacional:

¹ Expediente: 2001-00184-01. Actora: PANALPINA S.A. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

a) Cuando se actúa como embarcador directo, los documentos de transporte a pesar de venir consignados a nombre de un Agente de Carga Internacional vienen negociados bajo la modalidad FCL/FCL (Full Container Load), CY/CY (Container Yard) o H/H (House to House), lo que significa que la carga no es consolidada, ya que viene consignada a un solo consignatario y para notificar a un solo usuario.

En este evento, el transportador es el único obligado a entregar el manifiesto de carga y los documentos de transporte por él expedidos a la autoridad aduanera, con los cuales se deberán efectuar los trámites inherentes al proceso de importación.”

“MEMORANDO 0443

(...)

Dando alcance al Memorando 0147 del 4 de marzo de 2002, emanado de este despacho, me permito precisar lo siguiente:

1°. Los Agentes de Carga Internacional, actúan como embarcadores directos, cuando a pesar de existir un documento de transporte master, hay un solo conocimiento de embarque hijo que ampara toda la mercancía que vienen en el contenedor, es decir, tanto el documento de transporte master como el hijo coinciden en cantidad y peso; igualmente este documento puede venir consignado al Agente de Carga Internacional.

2°. A pesar de que el Conocimiento de Embarque Master e hijo tengan la calidad de negociables, para efectos de la nacionalización de las mercancías el documento que se utiliza es el documento de transporte hijo.

3°. Por lo anterior, los Agentes de Carga Internacional en el modo de transporte marítimo, deberán presentar sus correspondientes documentos de transporte hijos, dentro de los términos establecidos en el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, modificado en el artículo 2 del Decreto 2628 de 2001, ya sea que actúen en su calidad de embarcadores directos o como consolidadores de carga, ya que dentro de la definición de Agentes de Carga Internacional, prevista en el artículo 1° del Decreto 2628 de 2001, también se incluye la actividad de embarcador directo; aclarando que, cuando se actué (sic) en calidad de consolidador de carga, adicionalmente deberá entregar los documentos consolidadores y el Manifiesto de Carga Consolidada.

4°. Dando alcance a lo establecido en el literal a) del Artículo 228 del Decreto 2685 de 1999, es pertinente aclarar que el evento en que los documentos de transporte hijos no hayan sido oportunamente entregados por el Agente de Carga Internacional a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la mercancía deberá ser aprehendida en virtud de lo establecido en el numeral 1.3 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. Sin embargo, la mercancía podrá ser legalizada si el documento master fue oportunamente entregado por el transportador, ya que con esa entrega se entiende que la mercancía ha sido presentada a la autoridad aduanera.

(...)”

De los apartes transcritos y teniendo en cuenta que efectivamente los Memorandos expedidos por la DIAN tienen una función meramente orientadora e **informativa**, se concluye que la carga FCL/FCL (Full Container Load) no es consolidada, por cuanto en dicho caso se actúa como embarcador directo, además que, como ya se dijo, no se trata de carga agrupada (o consolidada) sino de mercancía suelta.

Así mismo, se infiere que los Agentes de Carga Internacional actúan como embarcadores directos, cuando a pesar de existir un documento de transporte master, hay un solo conocimiento de embarque hijo que ampara toda la mercancía que viene en el contenedor, es decir que la información de los documentos master e hijo, coincide en la cantidad y peso.

Ahora, observa la Sala que en el Memorando 0443 transcrito, la DIAN señaló que los Agentes de Carga Internacional en el modo de transporte marítimo, debían presentar sus correspondientes documentos de transporte hijos, sin importar si ostentaban la calidad de embarcadores directos o de consolidadores de carga.

Al respecto, cabe anotar que el artículo 96 del Decreto 2685 de 1999, sólo impone dicha obligación a los que transportan carga consolidada, así:

“ARTICULO 96. TRANSMISIÓN Y ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS DE VIAJE A LA AUTORIDAD ADUANERA.

...

El Agente de Carga Internacional, en el modo de transporte marítimo, transmitirá electrónicamente la información relacionada con la carga consolidada, contenida en los documentos de transporte consolidadores y en los documentos hijos, o la incorporará en el sistema informático aduanero dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la finalización del plazo previsto en el inciso anterior. Dentro del mismo término establecido en el presente inciso, el Agente de Carga Internacional deberá entregar los documentos consolidadores y los documentos hijos y el Manifiesto de la carga consolidada.”

Lo anterior pone en evidencia que la Ley sólo impuso la obligación de presentar las Guías Hijas a los transportadores de carga agrupada o consolidada, pues en ningún momento estipuló dicho deber para los transportadores de carga suelta.

Es claro entonces, que si el legislador hubiese tenido la intención de imponer tal deber para todas las mercancías en general, no habría especificado la clase de sujeto pasivo de dicha obligación al señalar: “*cuando se trate de carga consolidada...*”.

Así mismo y en virtud de que el artículo transcrito no impuso la obligación de presentar documentos de transporte Hijos para las mercancías sin consolidar, resulta claro colegir que la conducta de la sociedad demandante tampoco se subsumió en ninguna de las causales de aprehensión consagradas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por lo que la entidad demandada no estaba facultada para aprehender la mercancía y por ende, la parte actora no estaba obligada a cancelar el 75% de sanción por concepto de rescate constituyéndose tal cancelación en “un pago de lo no debido”, pues es evidente que si la actora efectuó tal depósito lo hizo para agilizar y cumplir con sus obligaciones comerciales, además de impedir la extensión de los efectos del daño que se le estaba causando.

Consecuentemente con lo anterior, los cargos de la demanda están llamados a prosperar de ahí que a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el

reintegro debidamente indexado de la suma descrita en la declaración de legalización No. 0901911057744-9 del 23 de mayo de 2003, entiéndase la suma de cuatrocientos ochenta y dos millones trescientos ochenta y un mil pesos (\$482.381.000) (fl 62 y 63 con pruebas).

Así mismo, a título de restablecimiento del derecho, reconózcase los valores debidamente indexados por concepto de bodegaje de la mercancía aprehendida y por la mora en la entrega del contenedor que albergó la maquinaria decomisada que ascienden respectivamente a las sumas de veintiocho millones cuatrocientos cuarenta y dos mil doscientos noventa y cuatro pesos (\$28.442.294) (Folios 11 y 78 cuaderno de pruebas) y seis millones doscientos cuarenta y siete mil quinientos diecisiete pesos (\$6.247.517) (folio 5 cuaderno de pruebas).

Para la actualización de las sumas descritas se tendrá en cuenta la siguiente fórmula

$$Va = Vh \frac{\text{IPC Final}}{\text{IPC Inicial}}$$

Va = Valor actualizado

Vh= Valor Histórico

IPC Inicial = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes del pago.

IPC Final = Índice de precios al consumidor que corresponde al mes en que se profiere esta sentencia

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, no se encuentra conducta que así lo amerite.

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 la Resolución No. 766 del 29 de abril y 1196 del 27 de junio de 2003, proferidas respectivamente por la División de Liquidación Aduanera de y la División Jurídica Aduanera de Cartagena

SEGUNDO: - Como consecuencia de la anterior declaración y a título de Restablecimiento del Derecho, Reintégrese las siguientes sumas debidamente indexadas conforme a la parte motiva de esta providencia:

Cuatrocientos ochenta y dos millones trescientos ochenta y un mil pesos (\$482.381.000), por concepto del pago descrito en la declaración de legalización No. 0901911057744-9 del 23 de mayo de 2003.

por concepto de bodegaje de la mercancía aprehendida y por la mora en la entrega del contenedor que albergó la maquinaria decomisada las sumas de veintiocho millones cuatrocientos cuarenta y dos mil doscientos noventa y cuatro pesos (\$28.442.294) y seis millones doscientos cuarenta y siete mil quinientos diecisiete pesos (\$6.247.517).

TERCERO: - Sin condena en costas.

CUARTO.- Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de Bolívar. Desanotese en los libros correspondientes y archívese 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.

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
Magistrado

NOEMÍ CARREÑO CORPUS
Magistrada

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA
Magistrado