



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 1

SALA DE DECISIÓN No. 2

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Sentencia 2ª Instancia

Magistrado ponente: **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**
Acción : **Nulidad y restablecimiento del derecho**
Demandante : **MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA**
Demandado : **DIAN**
Expediente : **13-001-33-31-005-2011-00079-01**

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por los acuerdos Nos. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha veintiséis (26) de julio de dos mil trece (2013), por medio de la cual el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

La sociedad MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S, por conducto de apoderado judicial, instauró proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Dirección de Impuestos Nacionales-DIAN, tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 01676 del 24 de septiembre de 2010, y 0039 del 13 de enero de 2011, expedidas por la División de Gestión de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena y la Dirección Seccional de Aduanas y División Jurídica Aduanera, respectivamente.

Como consecuencia de la anterior y, a título de restablecimiento del Derecho, se declare la firmeza de la declaración de importación con autoadhesivo



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ANREC LTDA VS DIAN
Página 2

07500290071463 a la que se otorgó levante 062007100202319 del 15 de Agosto de 2007.

HECHOS

Se narra en la demanda que, el día 3 de Agosto de 2007, arribó a la Sociedad Portuaria de Cartagena, procedente de México, motonave que transportaba mercancía de propiedad de MAYEKAWA S.A.S. antes ANREC LTDA, con un peso de 1.800 Kilos correspondientes a 6 unidades de evaporadores.

Que mediante manifiesto de carga y el documento de transporte BL 4861045956 quedó registrado ante la DIAN con el número de manifiesto de carga 062007100004155 del 3 de agosto de 2007, como se puede observar a folio 19 del expediente administrativo, la entrega de los documentos se realizó de manera extemporánea 9 horas y 4 minutos respecto del paquete consolidado 4122787.

El día 10 de agosto de 2007 el importador a través del agente autorizado GESTIÓN TRANS SIA legalizó EN FORMA VOLUNTARIA la mercancía con la declaración de importación con autoadhesivo 07500290071463 a la que se le otorgó el levante 062007100202319 del 15 de agosto de 2007, pagando el 20% por concepto de rescate.

Sostiene que funcionarios de la División de Servicio al Comercio Exterior hoy operación Aduanera, elaboraron un acta de aprehensión numerada 141 donde relaciona la mercancía del demandante, la cual reposa a folio 26 en forma manual, a 28 y 29 la misma acta pero en computador sin que en ninguna de los dos aparezca la fecha de elaboración, solamente 2007/08 sin especificar el día, ni la firma del depósito, en el caso concreto Sociedad Portuaria de Cartagena, ni del interesado.

La pretendida medida cautelar, aprehensión, jamás se llevó a cabo toda vez que la mercancía nunca fue retenida físicamente por la DIAN y mucho menos custodiada para su traslado a algún depósito autorizado; razón por la cual no se realizó la correspondiente diligencia de reconocimiento y avalúo. El acta de aprehensión jamás fue notificada. Pese a lo anterior, se dio apertura del expediente administrativo No. AO2007200850513.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 3

Por medio de auto 151 del 28 de enero de 2008, la administración ordeno el archivo de la investigación por improcedente, al encontrar que la medida cautelar nunca se llevó a cabo, porque la mercancía no se encontraba bajo la custodia de la DIAN, por lo que el proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía era inocuo. En este auto se tuvo consideración que el importador presentó declaración de legalización con el pago del 20% por concepto de rescate, sin embargo ordenó remitir copia del auto a su mismo grupo para estudiar la posibilidad de emitir liquidación oficial de corrección, por considerar que existía un expediente abierto.

Luego el 25 de Febrero de 2010 la misma funcionaria del Grupo de Investigaciones Aduaneras que había ordenado el archivo del expediente por improcedencia de la investigación, propone liquidación oficial de corrección, mediante el requerimiento especial aduanero No. 055 en contra del declarante autorizado, por considerar que el rescate correspondía al 50% y no al 20%, proponiendo un pago adicional por la suma de \$14.688.162, en la declaración de legalización.

El día 29 de julio de 2010, la División de Fiscalización investigaciones Aduaneras propone nuevamente liquidación oficial de corrección en contra de ANREC LTDA, en un nuevo expediente administrativo el RA-2007201001085.

Mediante Resolución 1676 del 24 de septiembre de 2010, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, profiere liquidación oficial contra ANREC LTDA.

La decisión adoptada en primera instancia fue confirmada con la Resolución 0039 del 13 de enero de 2011, expedida por la División por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, Dicha actuación fue notificada por correo certificado con el oficio No. 1-48-235-402-0106- del 17 de enero de 2011-0000325, el que fue recibido en la oficina de la demandante el día 18 de enero de 2011.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Señala que, como normas violadas las siguientes disposiciones:

Constitución Política de Colombia: 1, 13, 22, 23, 29, 60, 83, 123 y 228 de nuestra Constitución Política.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 4

Código Contencioso Administrativo: Art. 1, 2, 3, 34

Decreto 2685 de 1999 y sus modificaciones Art. 1, 230 513, Resolución 4240 Art. 432.

Aduce, que se violó el debido proceso, por improcedencia de la liquidación oficial por no ser el valor del rescate objeto de liquidación oficial, toda vez que aplicó el Art. 513 del Decreto 2685 de 1999, para proferir una liquidación oficial de corrección sobre un rescate, cuando la norma en forma expresa señala que la misma solo procede para errores...*"Subpartida arancelaria, tarifas, tasas de cambio, sanciones, operaciones aritméticas, modalidad o tratamiento preferenciales."*

Como puede observarse la norma es taxativa y no trae la posibilidad de realizar una liquidación oficial por concepto del RESCATE.

Continúa argumentando que la misma entidad ha explicado de manera reiterativa que el rescate no es una sanción, en el concepto 0843 de junio 4 de 2002.

"... la reducción de la sanción tiene plena aplicación en relación con las multas, no así para las sumas pagadas por rescate de la mercancía por cuanto dicha suma no constituye multa sino el precio que debe cancelar el infractor para la legalización de mercancía y recuperada."

El pago del rescate fue correcto-inaplicabilidad del concepto 111 del 23 de noviembre de 2005, vale la pena recordar los siguientes conceptos:

APREHENSIÓN-Retención de mercancías.

LEGALIZACIÓN: Declaración de las mercancías que habiendo sido presentadas a la Aduana al momento de su introducción al territorio aduanero nacional, no han acreditado el cumplimiento de los requisitos para su legalización de las mercancías que se encuentren en abandono legal, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del Art. 115 del presente decreto.

LEVANTE<: Es el acto por el cual la autoridad aduanera permite a los interesados la disposición de la mercancía, previo el cumplimiento de los requisitos legales o el otorgamiento de garantía, cuando a ello haya lugar.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC L TDA VS DIAN
Página 5

Como segundo argumento de la ilegalidad, sostiene la parte actora que la entidad demandada olvida que la aprehensión no se dio, pues NO HUBO RETENCIÓN de la mercancía, solo se realizó un documento que no es ciertamente la medida que define el Artículo primero del Decreto 2685 de 1999 al definir aprehensión.

Artículo 230 Retiro de la Mercancía: *...Esta actuación de la Aduana conllevará la cesación automática de los procedimientos administrativos que se encuentren en curso.* “

Finalmente, expone que también se violó el derecho a la igualdad.

LA DEFENSA

El apoderado de la entidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, y presenta como excepción de fondo las siguientes:

- Caducidad de la Acción-No se requería agotar previamente la conciliación.
- Inepta demanda-con la contestación de la demanda se están alegando hechos nuevos no discutidos envía gubernativa-Falta de Agotamiento de la vía gubernativa respecto a esos hechos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, en sentencia de 26 de julio de 2013 (folios 406-434) decidió:

... De lo anterior, es claro que en el presente caso se dio la medida cautelar de aprehensión, con la que se inicia el proceso definición jurídica de la mercancía que culminó con la legalización de la misma. Y la Declaración de Legalización No. 07500290071463 fue presentada el día 10 de Agosto de 2007 (l.128), probando con esto que efectivamente existió intervención por parte de la autoridad aduanera, en el proceso de aprehensión de fecha 8 de Agosto de 2007, por ende se debía tener en cuenta las cuatro oportunidades de rescate, cada una con su monto a pagar, el cual se reduce dependiendo del estado de la mercancía y del grado de intervención de la autoridad aduanera i) para la mercancía que se encuentre en situación de abandono legal, el valor de rescate es del 15% del valor en aduana de la mercancía; ii) frente a otros casos de legalización, cuando la declaración se presente voluntariamente, sin intervención de la autoridad



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 6

aduanera, el rescate será del 20% del valor en aduana de la mercancía; iii) si la mercancía ha sido aprehendida pero no se ha expedido la resolución de decomiso el valor de rescate será del 50%; iv) cuando se ha emitido la resolución de decomiso pero esta no ha adquirido ejecutoria, el valor de rescate equivaldrá al 75% del valor aduanero de la mercancía.

Es evidente que ante la regulación de etapas procesales específicas, que gradúan el valor del rescate dependiendo del momento en que se actúe, no es de recibo correspondiente a la situación específica.

Finalmente concluye, que al no haberse desvirtuado la legalidad de los actos administrativos acusados, no había lugar a declarar la nulidad de los actos demandados, por lo que niega las pretensiones de la demanda.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada especial del demandante, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 26 de julio de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, manifestando entre otros, los siguientes motivos de inconformidad con la decisión:

Manifiesta que el juez de primera instancia al negar la suplicas de la demanda viola el principio al debido proceso al realizar interpretaciones erradas de las normas aplicables para el caso bajo estudio, comoquiera que parte de supuestos facticos errados al categorizar el rescate de mercancía como una sanción pecuniaria a cargo del importador que desea legalización de la misma.

Afirma que lo anterior obedece a que por voluntad del legislador la actuación procesal “Rescate” no se encuentra inmerso dentro del capítulo sancionatorio del Estatuto Aduanero, por el contrario delimitó su aplicación en la Sección Primera, relativa a la “Declaración de Legalización”, Capítulo VII de “Declaración de Legalización y Corrección y Modificación de la Declaración”, correspondiente al Título V, denominado “Régimen de Importación”, por lo tanto, no siendo el Rescate una sanción es improcedente aplicar el Artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, el cual tipifica la liquidación oficial de corrección y trae consigo causales taxativas en las que no está contemplada por concepto de Rescate.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC L TDA VS DIAN
Página 7

De otra parte, alega que la sentencia recurrida no estudió los conceptos de aprehensión, legalización y levante de la mercancía a fin de determinar que la misma nunca estuvo retenida físicamente por la Dian, pues con estos hechos se puede establecer la oportunidad procesal en la cual se solicitó la legalización y con la cual se aplicó objetivamente el porcentaje del 20% y no del 50% como lo pretende la parte demandada.

En efecto no habiendo estado la mercancía custodiada por la Dian, no se procedió a realizar la correspondiente diligencia de reconocimiento y avalúo, por el contrario si bien existió acta de aprehensión la misma nunca se materializó, comoquiera que la mercancía se legalizó con anterioridad, razón por la cual la definición de la situación jurídica de la misma terminó por Auto No. 151 del 28 de enero de 2008, expedido por la administración en el cual ordenó el archivo de la investigación improcedente.

Arguye que lo expuesto indica claramente que el 20 % pagado por el valor del rescate de la mercancía, se ajustó a lo contemplado en la norma, debido a que la oportunidad legal en que fue solicitada la legalización de la misma, la declaración se presentó voluntariamente sin intervención aduanera.

Lo anterior, también se encuentra sustentado por el Concepto 111 de 2003 y el Artículo 230 del Estatuto Aduanero al señalarse que la intervención de la autoridad aduanera se dan con la retención de la mercancía y el retiro de la misma conlleva a la cesación automática de los procedimientos administrativos que se encuentre en curso, respectivamente, por lo tanto, una razón más para no haberse proferido liquidación oficial de corrección.

Finalmente, sostiene que con relación al principio de igualdad, el aquo omitió resoluciones de otras administraciones aduaneras que sobre las mismas circunstancias han autorizado la continuación de trámite de nacionalización, en el que ni siquiera fue necesario el pago del rescate de mercancía, sin embargo, habiéndose pagado el 20 % más de lo valores calculados para una nacionalización, no sería justo que los actos demandados eleven tal cuantía a un 50%, lo cual desdibujaría la estabilidad jurídica y la unificación de criterios.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 8

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes tanto demandante como demandado, reiteraron en sus escritos los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y el recurso de apelación respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El agente del Ministerio Público, no rindió concepto en segunda instancia.

TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de 29 de octubre de 2013 (folio 2), se ordenó admitir el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 26 de Julio de 2013, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

En auto de 29 de noviembre de 2013 (folio 5), se ordenó correr traslado a las partes por el término común de diez (10) días, para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera concepto.

CONSIDERACIONES

Competencia

Es competente este Tribunal para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, por tratarse del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena.

Actos Acusados

La demandante pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las siguientes resoluciones:



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 9

- **Resolución número 001676 del 24 de septiembre de 2010**, proferida por la jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, por medio de la cual se profiere Liquidación Oficial de Corrección..

- **Resolución número 000039 de 13 de Enero de 2011**, proferida por el jefe de la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración, confirmando la Resolución No. 001676.

Caducidad de la Acción

En el caso de autos, la Resolución No. 00039 de fecha 13 de enero de 2011, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, y quedó agotada la vía gubernativa, fue notificada el día 18 de enero de 2011 (fl.351), de donde se concluye que la parte actora tenía hasta el 19 de mayo de 2011, para ejercer la acción judicial de marras. Sin embargo; presentó solicitud de conciliación el día 12 de abril de 2011, cuando faltaba un mes y seis días para el vencimiento del término regulado en el numeral 2º del Artículo 136 del C.C.A, siendo expedida la constancia de que trata el artículo 1º de la Ley 640 de 2001, el día 30 del mes de junio de la misma anualidad. Por consiguiente, como quiera que la demanda se impetró el día 12 de Julio de 2011, se entiende que fue presentada oportunamente. A

Problema Jurídico.

El punto central de la discusión se contrae a determinar si el rescate liquidado y pagado por el actor correspondía al 20% ò al 50%. Para ello, la Sala deberá establecer en el caso de autos, si el rescate tiene la categoría de sanción y por ello, le es aplicable la liquidación oficial de corrección, así como también, si en este asunto la mercancía fue aprehendida.

Para resolver el problema jurídico planteado, es menester analizar la normatividad aduanera vigente al momento de la ocurrencia de los hechos que dieron origen a la presente controversia.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Pagina 10

Marco Jurídico y Jurisprudencial

El Decreto 2685 de 1999, respecto de la Legalización de las mercancías, establece:

“Artículo 228. Procedencia de la Legalización.

Las mercancías de procedencia extranjera, presentadas a la Aduana en el momento de su importación, respecto de las cuales se hubiere incumplido alguna obligación aduanera que dé lugar a su aprehensión, podrán ser declaradas en la modalidad de importación que corresponda a la naturaleza y condiciones de la operación, en forma voluntaria o provocada por la autoridad aduanera, según se establezca en el presente Decreto.

También procede la Declaración de Legalización respecto de las mercancías que se encuentren en una de las siguientes situaciones:

a) Cuando habiendo sido anunciada la llegada del medio de transporte y transmitida electrónicamente la información de los documentos de viaje a la Aduana, se descargue la mercancía sin la entrega previa del Manifiesto de Carga y los documentos que lo adicionen, modifiquen o expliquen, siempre que se entreguen los mismos, junto con los demás documentos de viaje, dentro del día hábil siguiente a la aprehensión y que la mercancía corresponda a la información transmitida electrónicamente.

b) Cuando habiendo sido oportunamente informados los excesos o sobrantes, no se justifiquen por el transportador, en las condiciones previstas en artículo 99° del presente Decreto.

c) Cuando se configure su abandono legal.

No procederá la Declaración de Legalización, respecto de las mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación, salvo que se acredite el cumplimiento del respectivo requisito.

De ser procedente la Declaración de Legalización, la mercancía en ella descrita se considerará, para efectos aduaneros, presentada, declarada y rescatada.

Por su parte, en el artículo 229 del mismo estatuto, se consagra:

“Artículo 229. Declaración de Legalización.

Para los efectos previstos en el artículo anterior, se presentará la Declaración de Legalización con el cumplimiento de los requisitos y el pago de los tributos aduaneros a que hubiere lugar, más el valor del rescate establecido en el artículo 231° del presente Decreto, cuando a ello hubiere lugar.

A las declaraciones de legalización se les aplicarán las disposiciones y el procedimiento previsto en lo pertinente, en los artículos 120° y siguientes y en el artículo 230° del presente Decreto.

La legalización de mercancías no determina la propiedad o titularidad de las mismas, ni subsana los ilícitos que se hayan presentado en su adquisición.”



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 11

En cuanto al rescate de la mercancía, el **Artículo 231** del Estatuto Aduanero, prescribe:

“Artículo 231. Rescate.

La mercancía que se encuentre en abandono legal, podrá ser rescatada presentando Declaración de Legalización, dentro del plazo previsto en el parágrafo del artículo 115°, en la cual se cancele, además de los tributos aduaneros, por concepto de rescate, el quince por ciento (15%) del valor en aduana de la mercancía. También deberá acreditarse el pago de los gastos de almacenamiento que se hayan causado.

Las mercancías importadas por la Nación, por las entidades de derecho público, por organismos internacionales de carácter intergubernamental, por misiones diplomáticas acreditadas en el país, así como las mercancías importadas en desarrollo de convenios de cooperación internacional celebrados por Colombia con organismos internacionales o gobiernos extranjeros, que se encuentren en abandono, podrán ser rescatadas dentro del término previsto en el parágrafo del artículo 115° del presente Decreto, con la presentación de la Declaración de Legalización, sin el pago de sanción alguna por este concepto, pagando los tributos aduaneros correspondientes, cuando hubiere lugar a ello.

Cuando la Declaración de Legalización se presente voluntariamente sin intervención de la autoridad aduanera, deberá liquidarse en la misma, además de los tributos aduaneros que correspondan, el veinte por ciento (20%) del valor en aduana de la mercancía por concepto de rescate.

La mercancía aprehendida podrá ser rescatada, mediante la presentación de la Declaración de Legalización, en la cual se cancele, por concepto de rescate, el cincuenta por ciento (50%) del valor en aduana de la mercancía, sin perjuicio del pago de los tributos aduaneros correspondientes, salvo que se trate del evento previsto en el numeral 7 del artículo 128° del presente Decreto.

Expedida la resolución que ordene el decomiso y siempre que no se encuentre ejecutoriada, podrá rescatarse la mercancía, presentando la Declaración de Legalización, en la cual se cancele, además de los tributos aduaneros, el setenta y cinco por ciento (75%) del valor en aduana de la misma, por concepto de rescate.

Parágrafo 1º. *Cuando los errores u omisiones parciales en la descripción, número, referencia y/o serie que figuren en la Declaración de Importación, no generen la violación de una restricción legal o administrativa o el pago de unos menores tributos aduaneros, el declarante dentro de los quince (15) días siguientes al levante, podrá presentar voluntariamente una Declaración de Legalización sin sanción, corrigiendo los errores u omisiones. Para todos los efectos legales, dicha mercancía se considerará declarada.*

Parágrafo 2º. *Cuando con posterioridad al levante de la mercancía, se presente voluntariamente Declaración de Legalización con el objeto de subsanar errores u omisiones parciales en la descripción, número, referencia y/o serie que la identifican, que generen la violación de una restricción legal o administrativa o el pago de unos menores tributos, se cancelará por concepto de rescate, el diez por*



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01

MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN

Página 12

ciento (10%) del valor en aduana de la mercancía, sin perjuicio del pago de los tributos aduaneros a que hubiere lugar y siempre que con la legalización se acredite el cumplimiento de los correspondientes requisitos.”

En cuanto a la Liquidación oficial de corrección se encuentra regulada en el artículo 513 del Estatuto Aduanero, en los siguientes términos:

“Artículo 513. Liquidación Oficial de Corrección.

La autoridad aduanera podrá expedir Liquidación Oficial de Corrección cuando se presenten los siguientes errores en las declaraciones de importación: subpartida arancelaria, tarifas, tasa de cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad o tratamientos preferenciales.

Igualmente se podrá formular Liquidación Oficial de Corrección cuando se presente diferencia en el valor aduanero de la mercancía, por averías reconocidas en la inspección aduanera.

En ese sentido, procede la expedición de liquidación oficial de corrección por parte de la Administración de Aduanas, cuando se incluya información errada en la declaración de importación relacionada entre otros aspectos, con la tarifa del arancel o con tratamientos preferenciales declarados, sin que se sea necesario que la liquidación de corrección con los nuevos datos beneficie a la administración y no al importador.

A su vez, la Resolución 4240 de 2000 “Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999”, expedida por la Directora General de Impuestos y Aduanas Nacionales, establece lo siguiente:

“Artículo 438°. Liquidación oficial de corrección. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 513 del Decreto 2685 de 1999, la liquidación oficial de corrección, procederá a solicitud de parte, dirigida a la División de Liquidación, o a dependencia que haga sus veces, cuando:

(...) se trate de establecer el monto real de los tributos aduaneros, en los casos en que se aduzca pago en exceso...” (Subrayado y negrilla fuera de texto).



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS. DIAN
Página 13

ANÁLISIS DEL CASO

Para resolver el caso concreto, considera oportuno la Sala realizar un recuento histórico de cómo la propia DIAN ha abordado el estudio de la figura del Rescate, teniendo en cuenta que es éste uno de los aspectos que se encuentran cuestionados en la demanda.

Siguiendo este hilo conductor se tiene que la entidad demandada mediante Concepto No. 037 de 2002, sobre el particular, se pronunció en el siguiente sentido: *"(...) siendo el rescate una carga pecuniaria que paga el usuario aduanero para recuperar la mercancía y legalizarla, sin que tal pago implique el reconocimiento de la falta en los términos del Artículo 521 del D. 2685 de 1999, este despacho concluye que es improcedente aplicar las reducciones previstas en dicho decreto a los montos que por rescate prevé el artículo 231 del mismo decreto"*.

No obstante; posteriormente, mediante Concepto No. 050485 de 2009, la DIAN concluyó que *"(...) el rescate es el precio que debe cancelar el infractor para la legalización de la mercancía y su recuperación (...)"* concluyendo que la misma constituye una sanción que no tiene la categoría de las multas a que hace referencia el Artículo 521 del Decreto 2685 de 1999.

Finalmente, en el Concepto 030594 de 2011, decidió modificar el anterior criterio, considerando lo siguiente: el Rescate *"es el precio que debe cancelar el infractor para la legalización de las mercancías y su recuperación y, no constituye una sanción en los términos a que hace referencia el artículo 521 del Decreto 2685 de 1999"*.

Así las cosas, se percibe que el pago por concepto de **RESCATE** de la mercancía no obedece a una sanción generada en una infracción administrativa, pues tales sanciones y el pago de las mismas son de carácter obligatorio, en tanto, el rescate de la mercancía representa una facultad o posibilidad del importador y no constituye el tratamiento legal directo frente a la comisión de una falta al régimen aduanero, esto es, el rescate no implica la imputación de una conducta constitutiva de infracción aduanera.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC L.TDA VS DIAN
Página 14

Sobre el particular es importante anotar, que la jurisprudencia lo ha catalogado como un beneficio, y no una sanción, como se advierte, entre otros, en la Sentencia de 24 de abril de 2008, Exp. No. 1996-02620-01, M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade,¹ que aunque no se refiere específicamente a la naturaleza de la legalización y rescate de la mercancía, hace alusión a ella en esos términos:

“...Que el importador no hizo uso dentro de la oportunidad legal del beneficio otorgado por el artículo cuarto del Decreto 1672 de 1994 (1 agosto), esto es, rescate de la mercancía, mediante la presentación de la declaración de legalización en la cual se cancelaría además de los tributos aduaneros la respectiva sanción...” (Subrayado fuera de texto).

En virtud de lo anterior, es de advertir que la figura del rescate ha sido concebida más bien como un beneficio que la ley previó para el administrado que decida recuperar la mercancía aprehendida o en abandono legal. Sencillamente denota la obligación pecuniaria a cargo del usuario que pretenda acceder al rescate, sin que ello tenga el alcance de ubicarlo dentro de la categoría jurídica de una penalización por infracción administrativa, que son reguladas en la normativa aduanera.

En lo relativo a la Aprehensión de la Mercancía, según las definiciones que trae el artículo 1o del Decreto 2685 de 1999, se denomina aprehensión a la medida de carácter cautelar que consiste en la retención de mercancías por parte de la autoridad aduanera, que procede en los casos especialmente determinados en la ley.

Ahora bien; según las normas relacionadas en acápite precedente, la aprehensión de las mercancías en el régimen de importación, procede, entre otros eventos, cuando *“las mercancías sean descargadas sin que el transportador haya entregado previamente el Manifiesto de Carga a la autoridad aduanera o cuando no se entreguen los documentos de transporte en la oportunidad prevista en el artículo 96° del Estatuto Aduanero.*

¹ Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO de fecha tres (3) de noviembre de dos mil once (2011)-Radicación número: 11001-03-24-000-2006-00212-00 –Consejo de Estado Sección Primera.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 15

En el presente caso la DIAN en los actos acusados justifica la orden de corregir la cuantía liquidada por concepto de rescate por la parte actora, por considerar que en este caso se configuraba la situación prevista en el inciso cuarto del artículo 271 del E.A., pues habiéndose aprehendido la mercancía, podía ser rescatada, mediante la presentación de la Declaración de Legalización, en la cual se cancelara, por concepto de rescate, el cincuenta por ciento (50%) del valor en aduana de la mercancía, sin perjuicio del pago de los tributos aduaneros correspondientes, salvo que se trate del evento previsto en el numeral 7 del artículo 128° del mismo Decreto.

Pues bien; para decidir si el valor que debía cancelar la demandante por concepto de rescate correspondía a lo pagado por ella, es decir, el 20% del valor aduanero de la mercancía o el 50% que afirma la DIAN en los actos que se acusan, debe establecerse en el caso concreto cual es el supuesto de hecho que se dio, según las pruebas recaudadas en el plenario. Sobre el particular es importante anotar que con la contestación de la demanda, la entidad demandada allegó copia auténtica del expediente administrativo a nombre de la sociedad actora, que contiene la actuación que se controvierte en esta instancia.

Al respecto, se observa a folio 122, oficio No. 0006-197-00228 de fecha 27 de Marzo de 2008 mediante el cual la Directora o jefe G.I.T., Importaciones le responde solicitud realizada por la Jefe de División Fiscalización Aduanera de la misma Administración, quien le informa que el acta de Aprehensión No. **141 COMEX 08/08/2007**, no se llevo a cabo debido a que la mercancía fue nacionalizada.

Por su parte, a folio 138 del expediente, se observa Acta de Aprehensión No. 141 Comex, firmado solo por el funcionario de la Dian- Cartagena, y con ausencia de la firma del declarante/transportador/consignatario/depósito/tenedor/poseedor, autoridad de apoyo y/o de la Autoridad que retuvo la mercancía.

Adicionalmente, la Dian dispuso archivar la investigación adelantada en contra de MAYEKAWA (antes ANREC LTDA), con fundamento en los siguientes argumentos: ***“no es viable definir la Situación Jurídica de una mercancía que no se encuentra en custodia del estado, por lo que la presente investigación se archiva y se remite al grupo de investigaciones Aduanera para lo de su***



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 16

competencia, lo anterior dada la improcedencia de adelantar alguna investigación bajo los parámetros antes planteados.”(f.161 – 172)

Por lo anterior, la Sala advierte que efectivamente la Dian-Cartagena-ordenó el archivo del expediente por improcedente, por no haberse materializado la aprehensión de la mercancía, es decir, no hubo medida cautelar, retención o aprehensión de la misma, y que si bien es cierto hubo intervención de la entidad demandada, la misma no produjo efectos jurídicos, tal y como la propia DIAN lo reconoce en el auto anterior y en el oficio que corre a folio 122.

En ese sentido, si bien como alega la entidad demandada, la tarifa correspondiente al rescate de la mercancía para su legalización responde proporcionalmente al grado de intervención de la entidad pública, en aras de su menor desgaste, lo cierto es que la Aprehensión de las Mercancías se concreta, no sólo jurídicamente, sino en la materialización de la medida, es decir, en la retención física de la mercancía.

En el caso de autos no ocurrió ni lo uno ni lo otro, pues la misma DIAN reconoce en sus actuaciones que el Acta respectiva regulada en el artículo 504 del E.A., ni siquiera llegó a notificarse, así como tampoco fue posible retener la mercancía, debido a que el interesado presentó la declaración de legalización y pagó el rescate, obteniendo el levante, es decir, la autorización para retirar las mercancías por haber sido nacionalizadas antes de que las autoridades aduaneras las retuvieran.

Así las cosas, en el caso concreto, lo que realmente sucedió es que el interesado legalizó voluntariamente los bienes introducidos en territorio nacional, configurándose el supuesto de hecho contemplado en el inciso tercero del artículo 231 del Decreto 2685 de 1999.

Respecto del particular la Sala considera oportuno precisar que la expresión “*sin la intervención de las autoridades aduaneras*” no puede entenderse en un sentido amplio como lo pretende la DIAN, pues es lógico que ésta interviene en todas las etapas del proceso de importación, desde el momento mismo en que se anuncia el arribo de las mercancías. Si no se entendiera así, en la misma disposición no se hubiere establecido una tarifa distinta para aquellos casos en que la mercancía



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ARNEC LTDA VS DIAN
Página 17

efectivamente se hubiera aprehendido, que es la que en este asunto particular, la DIAN le liquida a la parte actora en el acto demandado.

En ese orden de ideas, y sin necesidad de ahondar en mayores argumentaciones, debe concluirse que la suma cancelada por SOCIEDAD MAYEKACA S.A., antes ARNEC LTDA – por concepto de rescate en cuantía del 20% del valor aduanero de la mercancía regulado en el inciso tercero del artículo 231 del Decreto 2685 de 1999, era la procedente en este caso, mas no del 50% como lo indica la entidad demandada, lo que da al traste con la legalidad de los actos demandados, haciendo obligatoria su anulación.

Por consiguiente, y atendiendo a que en el caso de autos quedó demostrada el desconocimiento de las normas que regulaban la situación particular en este caso, la Sala deberá revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará la nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho se dirá que la firma MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. antes ANREC LTDA., no está obligada a pagar suma alguna de dinero adicional por concepto de rescate de las mercancías legalizadas con Declaración No. 07500290071463 de agosto 10 de 2007.

Por último, no habrá condena en costas, en esta instancia de conformidad con el Artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998, debido a que las actuaciones de la entidad pública demandada se limitaron al legítimo ejercicio de su derecho de defensa.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 26 de Julio de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negó las pretensiones de la demanda instaurada por la sociedad MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S., contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN.**



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

NRD 005-2011-0079-01
MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. ANTES ANREC LTDA. VS DIAN
Página 18

SEGUNDO: En consecuencia, se declara la nulidad de la Resoluciones Nos. 1676 del 24 de septiembre de 2010 y 0039 del 13 de enero de 2011.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, se declara que la firma MAYEKAWA COLOMBIA S.A.S. antes ANREC LTDA., no está obligada a pagar suma alguna de dinero adicional por concepto de rescate de las mercancías legalizadas con Declaración No. 07500290071463 de agosto 10 de 2007.

CUARTO: Sin costas.

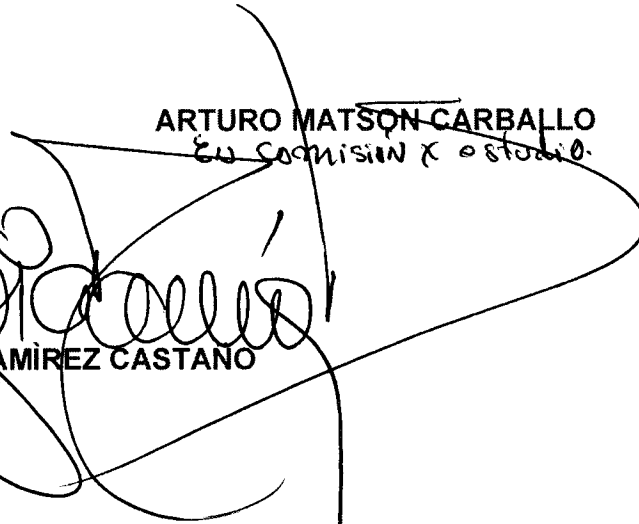
QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor el sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia. El proyecto de esta Sentencia fue considerado y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO
En Comisión x estudio.


LIGIA RAMÍREZ CASTANO