



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA

Santa Marta D.T.C.H., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Magistrada Ponente:
MARTHA LUCÍA MOGOLLÓN SAKER

Asunto: Resuelve solicitud revocatoria medida cautelar y fija fecha audiencia inicial
Radicado: 47-001-2333-001-2015-00376-00
Medio de control: N y R. del derecho
Demandante: Importaciones y Representaciones Industriales de Colombia S.A.
Demandado: Dian

SISTEMA DE ORALIDAD -Ley 1437 de 2011-

Visto el informe secretarial que antecede, procede la Sala a resolver la solicitud de modificación o revocatoria de la medida cautelar decretada mediante auto del 9 de noviembre de 2015, presentada por el apoderado judicial de la DIAN en el escrito de contestación de la demanda (fls. 256-257).

I. ANTECEDENTES:

- Mediante auto del 9 de noviembre de 2015 el Despacho resolvió la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante, tendiente a suspender los efectos jurídicos de los actos administrativos enjuiciados (fls. 23-31 cuaderno medidas cautelares).

Petición a la cual accedió el Despacho, disponiendo suspender provisionalmente los efectos jurídicos de La Resolución No. 1034 del 6 de agosto de 2014 expedida por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Seccionales de Santa Marta, por medio de la cual se ordena el decomiso a favor de la Nación de las mercancías relacionadas en el acta de aprehensión No. 019-01738 – FISCA de fecha 10 de mayo de 2014, valorada en la suma de \$866.344.752; y de la Resolución No. 1646 del 24 de noviembre de 2014 proferida por la misma División, por medio de la cual se confirma la anterior Resolución.

En la providencia también se fijó como caución título de depósito judicial por el cero punto cinco por ciento (0,5%) del valor de la mercancía aprehendida (que se encuentra valorada en \$866.344.752), equivalente a CUATRO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS (\$4.331.723,76).

- A través de memorial obrante a folio 69 del cuaderno de medidas cautelares, el apoderado judicial de la parte demandante acredita el pago de la caución.
- No se advierte que la entidad demandada haya interpuesto recurso de apelación en contra de la decisión que dispuso el decreto de la medida cautelar.
- Finalmente, el apoderado judicial de la DIAN en el escrito de contestación de la demanda, solicita la modificación o revocación de la medida cautelar decretada en auto del 9 de noviembre de 2015 (fl. 256-257 cuaderno principal).

Asunto:	Resuelve solicitud revocatoria medida cautelar y fija fecha audiencia inicial
Radicado:	47-001-2333-001-2015-00376-00
Medio de control:	N y R. del derecho
Demandante:	Importaciones y Representaciones Industriales de Colombia S.A.
Demandado:	Dian

II. FUNDAMENTO SOLICITUD MODIFICACION O REVOCATORIA MEDIDA CAUTELAR

El apoderado judicial de la parte demandada expone como sustento de la solicitud de revocatoria, que la parte actora reconoció y acepto que en su poder mantuvo la disposición de la mercancía objeto de la litis al haber sido reemplazada por la póliza de seguros No. 15-43-101002219 del 4 de agosto de 2014, en cuantía de \$866.344.752.

Afirma que así quedó evidenciado en el acuerdo conciliatorio logrado entre las partes, en el cual la parte accionante no pretendió el reconocimiento de perjuicios de ninguna índole por no haber sido objeto del agotamiento en sede administrativa; en consecuencia estima que era improcedente solicitar medida cautelar para evitar la restricción de disponer de la mercancía, toda vez que siempre estuvo en su poder.

En virtud de lo expuesto, pide la modificación o revocatoria de la cautela decretada, de conformidad con lo consagrado en el inciso 2º del artículo 235 del C.P.A.C.A..

III. CONSIDERACIONES

3.1 De la solicitud de modificación o revocatoria de medida cautelar

Atendiendo la solicitud de revocatoria de medida cautelar impetrada por la parte accionada en la presente contienda, es preciso traer a colación la disposición normativa que regula tal situación procesal.

En efecto, el artículo 235 del C.P.A.C.A. señala que el afectado con el decreto de la medida cautelar puede solicitar el levantamiento, modificación o revocatoria en cualquier estado del proceso, siempre y cuando (i) se evidencie el incumplimiento de los requisitos necesarios para su decreto; (ii) que hayan desaparecido tales presupuestos; (iii) que se haya superado la causa que originó su otorgamiento; o (iv) que sea necesario modificar la decisión para garantizar la cautela.

La norma en comento prevé:

“Artículo 235. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el inciso anterior.

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales.” (Negrita del Despacho)

Se desprende del contenido normativo transcrito, que la decisión cautelar puede ser modificada o revocada, a fin de garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la

efectividad de la sentencia, así como que las decisiones adoptadas frente a medidas cautelares se ajusten a la realidad fáctica.

Es por ello, que el legislador faculta al juez a modificar o revocar la medida cautelar previamente decretada, en aquellos eventos en que desaparecen o varían los fundamentos de hecho que gestaron la cautela, lo que hace necesario tomar las acciones necesarias que den crédito a la proporcionalidad y razonabilidad de la decisión judicial que se adoptó de forma temporal y que afecta directamente a las partes procesales; por lo que esta potestad también se erige como una manifestación de los principios del debido proceso, equidad y proporcionalidad respecto de los derechos tanto de la parte demandante, como de la demandada.

Sobre este asunto, en reciente pronunciamiento precisó el H. Consejo de Estado¹, en Sala Unitaria, recordando que la modificación o revocatoria de la medida cautelar es una garantía de la tutela judicial efectiva y para impedir que el juez imponga cargas excesivas a alguna de las partes, al expresar:

“El artículo 235 faculta al juez administrativo para modificar o revocar la medida cautelar previamente decretada, no solo para garantizar la tutela judicial efectiva, sino para controlar que la decisión provisional se ajuste a las situaciones particulares de cada proceso judicial.

Todo eso porque es natural que cambien las condiciones que justificaron la decisión de decretar la medida cautelar, ora porque se presta caución, ora porque desaparecen o cambian los hechos que la justificaron, o porque sea necesario tener en cuenta circunstancias especiales, como los plazos para tornar razonable esa medida. En esos escenarios, el juez administrativo puede adoptar las decisiones correctivas para que la medida cautelar siga siendo eficaz y necesaria, pero también para que se conserven los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, que son los límites que se deben tener en cuenta al momento de decidir sobre una medida cautelar.

Dicho de otro modo: el artículo 235 procura que en el proceso judicial se mantengan medidas cautelares que sean acordes con el riesgo latente y eficaces para asegurar, así sea provisionalmente, la tutela judicial efectiva. Pero también son instrumentos para controlar que el juez no imponga cargas inequitativas y desproporcionadas a la parte afectada con la cautela ni haga nugatorias las potestades administrativas ni los derechos de las partes.

Aquí interesa el inciso 2° del artículo 235, pues fue el que invocó el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para pedir que se module y ajuste la medida cautelar decretada el 14 de mayo de 2015. Esa norma permite al juez administrativo, de oficio o a petición de parte y en cualquier estado del proceso, modificar, revocar o variar la tutela cautelar, en los siguientes casos:

- I) Cuando advierta que no se cumplieron los requisitos para ordenar la medida cautelar.*
- II) Cuando desaparecen o se superan los hechos que justificaron la medida.*
- III) Cuando deba variarse la cautela para facilitar su cumplimiento.”*
(Subrayado del Despacho)

Planteados los eventos en los cuales es procedente la modificación o revocatoria de la medida cautelar, procederá el Despacho a estudiar el argumento esbozado por la parte demandada para que en este caso se modifique o revoque la decisión de suspender provisionalmente los efectos jurídicos de los actos administrativos demandados mediante la acción de nulidad y restablecimiento de la referencia.

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS. Sentencia de fecha once (11) de agosto de dos mil quince (2015). Radicación número: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025).

Asunto: Resuelve solicitud revocatoria medida cautelar y fija fecha audiencia inicial
Radicado: 47-001-2333-001-2015-00376-00
Medio de control: N y R. del derecho
Demandante: Importaciones y Representaciones Industriales de Colombia S.A.
Demandado: Dian

Previo a ello, es preciso encuadrar el fundamento del solicitante en una de las causales que señala el artículo 235 del C.P.A.C.A.. En este caso, indica la DIAN que como quiera que la mercancía siempre estuvo a disposición de la parte actora, no podía solicitar la medida cautelar con el mismo propósito – disponer de la mercancía –; por lo que su inconformidad se sujeta a la primera causal que atañe al no cumplimiento de los requisitos para ordenar la cautela.

Bajo tal posición, se analizará la decisión preliminarmente adoptada por este Despacho en auto del 9 de noviembre de 20

3.2 Revocatoria de la medida cautelar por el no cumplimiento de los requisitos para ordenar la medida cautelar

En los términos del extremo pasivo de la litis, la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados no debió decretarse, debido a que la sociedad IMPORTACIONES Y REPRESENTACIONES INDUSTRIALES DE COLOMBIA S.A. siempre tuvo a su disposición las mercancías, que según las Resoluciones impugnadas ordenaban el decomiso a favor de la Nación de las mercancías relacionadas en el acta de aprehensión No. 019-01738-FISCA de fecha 10 de mayo de 2014.

Bajo tal afirmación, entiende el Despacho que es del parecer de la demandada que con la suspensión de los actos administrativos no se iba impedir la disposición de las mercancías de propiedad de los accionantes, pues estos nunca dejaron de tener la disposición de la mercancía, tornándose inocua la medida.

En sustento de esta posición, señaló que en el acuerdo conciliatorio la sociedad no convino el reconocimiento de perjuicios, precisamente porque siempre tuvo a su disposición las mercancías, al haber sido remplazada por la póliza de seguros.

Examinada el acta de conciliación de fecha 4 de junio de 2015 suscrita entre las partes procesales (fls. 208-209 cuaderno principal), se advierte que la formula conciliatoria presentada por la DIAN y aceptada por la sociedad, precisó *“la formula conciliatoria consiste en conciliar los efectos económicos de los actos administrativos proferidos por la dirección seccional de impuestos y aduanas de santa marta, resoluciones 1034 del 6 de agosto de 2014 y 1646 del 24 de noviembre de 2014, en el sentido que se continúe con el proceso de legalización de la misma sin pago de rescate, con el fin de que la solicitante pueda disponer de la mercancía y en consecuencia la DIAN no hará efectiva la póliza número 15.43-101002219 del 4 de agosto de 2014 de la compañía de seguros del Estado S.A. en cuantía de \$866.344.750, lo anterior sin reconocimiento de los perjuicios de ninguna índole, teniendo en cuenta que la sociedad Importaciones y Representaciones Industriales de Colombia S.A. tiene en su poder la mercancía por lo que no hay lugar al pago de los perjuicios (...)”*(Subrayado del Despacho)

Obsérvese que la redacción de la formula conciliatoria pareciera contradictoria, al aseverarse en principio que la DIAN no exigirá el pago del rescate de la mercancía, a fin de que la sociedad pueda disponer libremente de la misma; sin embargo más adelante se señala que no serán reconocida la indemnización de perjuicios, por cuanto la demandante siempre ha tenido en su poder la mercancía.

Lo que se desprende del acta de conciliación, así como de los antecedentes administrativos que acompañan el expediente principal, es que la sociedad tuvo bajo su disposición la mercancía objeto del procedimiento sancionatorio, lo cual obtuvo luego de la constitución de la póliza de reemplazo de aprehensión que debió suscribir con la aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., y que fue presentada a la DIAN-SECCIONAL SANTA MARTA el 5 de agosto de 2014 mediante oficio No. 016747 del (ver folios 184-192 del cuaderno de anexos); lo que además implicó asumir un costo por valor de \$28.295.676.

Empero, ello no es óbice para entender que la Resolución No. 1034 del 6 de agosto de 2014 y la Resolución No. 1646 del 24 de noviembre de 2014 proferidas por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Seccionales de Santa Marta, no siguiera produciendo efectos jurídicos; pues bien el artículo 5º del primero de los actos administrativos, confirmado por el segundo de los actos, dispone:

“ARTICULO QUINTO: Una vez ejecutoriado el presente acto y si el interesado no ha demostrado la legal introducción de la mercancía el (sic) territorio aduanero nacional deberá poner la a disposición de la Dirección Seccional de Santa Marta en la Bodega de Almaviva ubicadas en el KM3 vía Gaira – Santa Marta, en las mismas cantidades y condiciones en tal sentido deberá informar a este despacho, conservando prueba de tal hecho.

Siendo consecuente con la anterior disposición, en el artículo 4º de la Resolución No. 001646 del 24 de noviembre de 2014, se estableció:

ARTICULO CUARTO: La sociedad recurrente, a efectos de acatar lo aquí resuelto, deberá poner las mercancías a disposición de la Dirección Seccional de Santa Marta en las bodegas de Almaviva ubicadas en el KM3 vía Gaira – Santa Marta, dentro de los 10 días hábiles siguientes, en las mismas cantidades y condiciones presentadas con ocasión de la entrega por la garantía constituida y aceptada, en tal sentido deberá informar a este despacho, conservando prueba de tal hecho, so pena de hacer efectiva la póliza en reemplazo de aprehensión No. 15-43-10100220 con fecha de expedición 04/08/2014 constituida a través de la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A. Nit. 860.009.578-6.” (Destacado del Despacho)

En ese sentido, la póliza de reemplazo de aprehensión que adquirió la sociedad demandante le permitió disponer de la mercancía (artículo 674 E.A.), toda vez que la finalidad de dicha garantía es precisamente evitar temporalmente la aprehensión, no obstante, la DIAN podía hacer efectiva la póliza, de continuarse con el trámite administrativo y no probarse por la demandante la legal introducción de las mercancías, tal como lo consagró el artículo 4º de la Resolución No. 1646 del 24 de noviembre de 2014.

Entonces, la disposición o no de las mercancías por parte del declarante, que por demás se efectuó haciendo uso de los mecanismos alternos que le ofrece el procedimiento administrativo sancionatorio aduanero, no conlleva a concluir que los actos administrativos enjuiciados no producen efectos jurídicos en la realidad práctica; pues como se demostró en los mismos se establecieron otras órdenes que afectaban no la disposición de los bienes, sino la economía de la sociedad, al hacerse efectiva la póliza, entre otras consecuencias que se predicen de este tipo de acciones pecuniarias.

En ese orden de ideas, la medida cautelar que solicitó la parte demandante no resultaba insustancial, habida cuenta que los actos demandados aún se encontraban produciendo efectos jurídicos, por lo que se decidió por parte de este Despacho el suspender mediante el decreto de la medida cautelar en proveído del 9 de noviembre de 2015, considerándose que estaban y siguen estando cumplidos los requisitos para mantener vigente la cautela; conservando la intención de asegurar el objeto del litigio y la propia efectividad de la sentencia, por razones de aparente ilegalidad de los actos administrativos, lo cual justifica la decisión de suspender sus efectos hasta tanto se dicte el fallo definitivo.

3.3 Fija fecha audiencia inicial

Efectuada la revisión pertinente y con la observancia de los trámites surtidos dentro del proceso, el Despacho procede a fijar fecha para la celebración de la audiencia prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

Asunto: Resuelve solicitud revocatoria medida cautelar y fija fecha audiencia inicial
Radicado: 47-001-2333-001-2015-00376-00
Medio de control: N y R. del derecho
Demandante: Importaciones y Representaciones Industriales de Colombia S.A.
Demandado: Dian

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta la cantidad de procesos que se tramitan en el Despacho los cuales se encuentran con fechas previamente fijadas, se asignará para la realización de dicha diligencia el día que se encuentra inmediatamente disponible, esto es, el día 24 de mayo de 2016 a las 10:30 am.

Es de advertir a los apoderados de las partes que su asistencia es de carácter obligatorio y en caso de no concurrir a ella, tal inasistencia podrá acarrear sanciones pecuniarias según lo dispuesto en los numerales 2° y 4° del citado artículo.

Así mismo, considera oportuno esta Agencia Judicial recordar a los apoderados de las partes tener en cuenta lo establecido en el numeral 8° de la precitada normativa, que enuncia la posibilidad de conciliación dentro de la audiencia inicial, por lo tanto, se solicita al apoderado de la parte demandada instar al Comité de Conciliación de la respectiva entidad estudiar la viabilidad de conciliar en el presente proceso previo a la fecha de celebración de la audiencia inicial y así mismo, es su deber de aportar en la diligencia el acta que fue proferida en el trámite interno. En mérito de lo expuesto este Despacho,

DISPONE:

1.- Negar la solicitud de modificación o revocatoria de la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados, decretada en auto de fecha 9 de noviembre de 2015.

2.- Señálese el día 24 de mayo de 2016 a las 10:30 am, a efectos de llevar a cabo audiencia inicial, a la cual pueden asistir la parte demandante, los terceros interesados y el Ministerio Público. Será de carácter **obligatorio** la asistencia de los apoderados de las partes.

3.- Se insta a las partes para que con anticipación a la celebración de la presente diligencia, se acerquen a las instalaciones de la Secretaría del Tribunal Administrativo del Magdalena, a fin de verificar que reposen en el expediente todos los documentos aportados y los antecedentes administrativos, y así, hacer más eficiente y efectivo el decreto de pruebas.

4.- Teniendo en cuenta que dentro del proceso de la referencia existe la posibilidad de tomar alguna decisión de Sala de acuerdo a lo previsto en el inciso final del artículo 179 y 180 del C.P.A.C.A., **infórmese** a los magistrados de este Cuerpo Colegiado la fecha de realización de la audiencia inicial.

5.- Reconózcase personería al Dr. **ALFREDO DE JESUS MERIÑO OSORIO** identificado con C.C. No. 5.122.593 de Santa Marta y T.P. No. 68.956 del C. S. de la J. como apoderado judicial de la DIAN, en los términos del poder conferido.

6.- Contra la decisión que fija fecha de audiencia inicial **no procede ningún recurso** de acuerdo a lo dispuesto en el numera 1° del artículo 180 del C.P.A.C.A. y el inciso 2° del artículo 236 del C.P.A.C.A..

7.- Por **Secretaría** notifíquese la presente providencia por estado electrónico, de conformidad con lo establecido en el artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARTHA LUCÍA MOGOLLÓN SAKER
Magistrada