

Santiago de Cali, Diciembre de 2020

Señor

Juez Primero Administrativo de Cali

E. S. D.

Ref.	Radicación	: 2019 – 00181-00
	Demandante	: LA NACIÓN – DIAN – SECCIONAL CALI
	Demandados	: BETTY SAAVEDRA GARCIA, ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO y otros
	Medio de control	: ACCION DE REPETICION
	Asunto	: <u>CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA</u>

Respetado Señor Juez:

FERNEY EDINSON BENAVIDES CUELLAR, abogado titulado e inscrito, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.273.204 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 97.519 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, actuando en nombre y representación de **BETTY SAAVEDRA GARCIA** y **ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO**, ciudadanos colombianos, mayores de edad, identificados con las cédulas de ciudadanía Nos. 16.719.773 y 31.916.069, conforme al poder allegado al plenario, en su condición de afectados directos, acudo a Usted en ejercicio del derecho de defensa para contestar la demanda de la referencia que en acción de repetición la Nación DIAN – Seccional de Cali, ha incoado en contra de mis representados, entre otros, para que se declare su responsabilidad administrativa por los daños y perjuicios causados a la sociedad Global Gaming S.A., según la sentencia de 10 de Mayo de 2018 proferida por el Consejo de Estado dentro del radicado 7600123310002007-**00452-01** con ponencia de la Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, que resolvió el recurso de apelación en el sentido de revocar la impugnada.

I. Oportunidad

El pasado 13 de Octubre de 2020, los señores **BETTY SAAVEDRA GARCIA** y **ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO**, ciudadanos colombianos, mayores de edad, identificados con las cédulas de ciudadanía Nos. 16.719.773 y 31.916.069, a través de poder otorgado al suscrito se notificaron de la demanda en cuestión, por lo que el plazo para contentarla vence el 27 de Enero de 2021, y así este memorial resulta oportuno.

II. De los fundamentos fácticos de la demanda

Frente a los hechos los contesto así:

Primero. Es cierto.

Segundo. Es cierto.

Tercero. Es cierto.

Cuarto. Es cierto.

Quinto. Es cierto.

Sexto. Es cierto.

Séptimo. Es cierto.

Octavo. Es cierto.

Noveno. Es cierto.

Décimo. Es cierto.

Décimo primero. Es cierto en cuanto a que se produjo la sentencia de segunda instancia en el sentido aquí señalado. En cuanto a la argumentación del Consejo de Estado es oportuno observar que lo traído en este hecho como fundamento, es sacado de contexto, como se probará en esta contestación.

Décimo segundo. Es cierto.

Décimo tercero. Conforme a los documentos aportados con la demanda es cierto.

Décimo cuarto. Es cierto de acuerdo con los documentos allegados con la demanda.

Décimo quinto. Según documentos adjuntos al libelo es cierto.

Décimo sexto. Es cierto de acuerdo con lo aportado.

III. De las pretensiones

Considerando que son infundadas, no sustentadas e inespecíficas toda vez que se echa absolutamente de menos la responsabilidad endilgada a mis representados por carecer de causa, de nexo causal y sobre todo de dolo o culpa grave **NOS OPONEMOS** a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, por lo que desde ya pedimos, respetuosamente al Despacho, que en sentencia de mérito las niegue en su integridad y como consecuencia se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

Resulta oportuno, en este momento, señalar que pretende derivarse una responsabilidad administrativa patrimonial por unos aducidos perjuicios ocasionados a la DIAN, sin fundamento alguno ni prueba que así lo acredite y sí por el simple hecho de lo decidido por el Consejo de Estado en sentencia de Mayo 10 de 2018 que revocó la de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el No. 7600233100020070045201 iniciado a instancia de la sociedad Global Gaming S.A. en su condición de importadora de los bienes involucrados en la definición de situación jurídica que culminó con su decomiso en favor del Estado.

Desde ya es pertinente señalar, lo que consideró el Consejo de Estado en la citada providencia, al definir el tema de las costas, cuando señaló:

“Bajo ese panorama, a juicio de este ad quem, el comportamiento de la parte demandada, no estuvo precedido de la mala fe, ni la intención de entorpecer el proceso, pues si bien resultó vencida en juicio, ello no conlleva automáticamente la pretendida condena, comoquiera que se actuación se enmarcó en los principios que gobiernan la actividad judicial y los compromisos que le asisten a las partes para con aquella.”

IV. Excepciones de mérito

A continuación propongo las siguientes:

1. Ausencia de causa para demandar

Pues bien, en desarrollo del artículo 90 de la Constitución Nacional se expidió la Ley 678 de 2001, *“Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”* El legislador así introdujo aspectos tanto sustanciales como procesales, a efectos de regular, **íntegramente**, la figura jurídica de la acción de repetición.

La fuente directa de la acción de repetición es el inciso segundo del artículo 90 Constitucional, que señala:

“En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Esta norma establece las características básicas para su procedencia. Pero, además, debe tenerse en cuenta que existen otras disposiciones de igual rango normativo, que regulan la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos y, por tanto, sus postulados adquieren relevancia al interponer la acción de repetición, más aún, al momento de calificar subjetivamente la

conducta del agente estatal. Bajo este entendido, el artículo 6° de la Constitución expresa:

*“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**”* (Negrilla son ajenas al texto)

Entonces, la acción de repetición se erige como el mecanismo procesal especial con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, pues, sustentado en la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex-servidores públicos, tiene el derecho-deber de accionar judicialmente para que se declare responsable al sujeto, que con su actuar **doloso o gravemente culposo**, ha causado un daño antijurídico por el cual el Estado ha respondido, luego se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública.

Ahora bien, para la prosperidad de la acción de repetición se requiere que la entidad pública demandante acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en la Constitución Política, y desarrollados por la ley y la jurisprudencia. Estos son:

- i) Debe existir una condena judicial previa en contra de la entidad pública, a efectos de materializar el daño antijurídico que se le imputa, ya sea mediante sentencia, acta de conciliación o cualquier otro mecanismo de terminación de los conflictos;
- ii) **Que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa** de un servidor o exservidor público, o de un particular que cumple funciones públicas, que se encuentren relacionados mediante un vínculo, sea laboral o contractual, a la entidad pública condenada; y
- iii) Que la entidad estatal demuestre el pago de la indemnización a favor de la víctima, el cual implica la declaración de recibido por parte de ésta.

En el presente caso, de acuerdo con los documentos aportados con la demanda, podemos, en principio, considerar acreditados la existencia de la condena judicial previa en contra de la DIAN, que ésta la pagó y que la víctima acreditó haber recibido la indemnización. No así se prueba o se echa de menos la acreditación o el establecimiento de que el daño antijurídico sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de mi representado.

Sobre este último requisito, debe advertirse que está relacionado directamente con la responsabilidad del agente estatal, esto es, con el **resultado de un juicio subjetivo** sobre su conducta –positiva o negativa-, como fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado, y en caso de no

determinarse bajo estos criterios, el Estado no tiene derecho a la reparación de su patrimonio.

La Ley 678 de 2001 construyó un concepto –normativo-, y señaló algunas circunstancias en las cuales se presume que la conducta ejercida por el agente estatal es dolosa o gravemente culposa.

Respecto al dolo, el inciso primero del artículo 5 prescribe:

“La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.”

Y así mismo dispone las situaciones frente a las cuales se presumirá, estas son:

1. Obrar con desviación de poder;
2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento;
3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración;
4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado y;
5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

Por otro lado, el artículo 6, dispuso que:

“La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o exlimitación en el ejercicio de las funciones.”

Y se presumirá en los siguientes casos:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho;
2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable;
3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error –inexcusable y;
4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

Estas presunciones – de las llamadas “presunciones legales”, que admiten prueba en contrario-, se establecen como **criterios de juicio** con los que cuentan las entidades públicas y el Juez Contencioso Administrativo, para calificar la conducta del agente estatal.

La jurisprudencia ha estructurado los conceptos de dolo y culpa grave a partir del artículo 63 del Código Civil, el cual señala respecto a la segunda –culpa grave–, que se constata cuando los negocios ajenos no son manejados, siquiera, con aquella diligencia que una persona negligente o de poca prudencia suele emplear en los suyos, esto es, aquel **descuido o desidia inconcebible**, que sin implicar intención alguna de inferir un daño, lo produce.

En cuanto al dolo, prescribe que se constituye cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el **ánimo consciente de inferir daño a otro** o a sus bienes.

Sobre el particular el Consejo de Estado en sentencia de Noviembre 27 de 2006, Exp. 31.975, ha calificado estos conceptos en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta las anteriores manifestaciones, se concluye que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave; igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa-, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.” (El destacado es ajeno al texto)

Es así como para determinar el juicio subjetivo de responsabilidad que recae sobre el agente estatal demandado en acción de repetición debe construirse bajo diversos criterios, pues para determinar la existencia del dolo o de la culpa grave, el juez debe observar lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, además interpretar y aplicar el artículo 63 del Código Civil, y armonizar éstas con los fundamentos Constitucionales de esta acción patrimonial, pero enfatizando en los postulados de los artículos 6, 91 y 123 de la Carta, los cuales le imponen a los agentes estatales la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, situación que lleva a considerar lo dispuesto, incluso, desde los manuales de funciones de la respectiva entidad.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-484 de Junio 25 de 2002, ha expuesto:

*“Siendo ello así, si por su propia decisión el servidor público **opta por actuar en forma abiertamente contraria al ordenamiento jurídico**, con la intención positiva de inferir daño a la persona o a la propiedad de alguien, o en atropello y desconocimiento deliberado de sus derechos fundamentales, o **incurre en un error de conducta en que no habría incurrido otra persona en el ejercicio de ese cargo**, resulta evidente que no desempeña sus funciones de conformidad con la Carta, y en cambio, sí lo hace contrariándola, o quebrantando la ley o el reglamento y en todo caso en perjuicio de los intereses de la comunidad o de sus*

asociados, y no al servicio sino en perjuicio del Estado.” (El destacado es ajeno al texto)

En el presente caso, desde el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la DIAN celebrado el 19 de Junio de 2019, estimó procedente incoar la acción de repetición frente a todos los involucrados, así:

En primer lugar, respecto del señor Albeiro Freddy Patiño Velasco, quien fue comisionado para la visita de inspección, se consideró:

desvirtuada en este caso, para lo que concierne al presente acápite, porque los motivos que justificaron las resoluciones acusadas adolecen de falsedad o error de orden estructural que son insoslayables, pues, más allá de lo que le incumbía probar a la sociedad demandante, quedó en evidencia que decomisar las máquinas bajo la idea de que eran usadas al momento de la importación constituyó un exceso en la medida en que tal conclusión no se compadece con las circunstancias de hecho y de derecho que interesaban al cuestionado trámite de fiscalización aduanera realizado ex post.”

Lo anterior conlleva la responsabilidad de los funcionarios que adelantaron las actuaciones cuestionadas por el Consejo de Estado, así:

El funcionario que realizó la aprehensión, ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO, fue comisionado por el Jefe de la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Local de Aduanas de Cali, mediante auto No. 779 de junio de 2006, con el fin de verificar las formalidades aduaneras de las mercancías importadas que se encontraban en el domicilio del HOLLIWOOD CASINO Y CONCIERTO ubicado en el C.C. CHIPICHAPE PORTERIA 4 de CALI – VALLE DEL CAUCA, quedando según el **COMISORIO**, investido de facultades para adelantar las diligencias necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas aduaneras y levantamiento de pruebas, de conformidad con los artículos 470, 471 y 472 del Decreto 2685 de 1999, diligencia dentro de la cual levantó **ACTA DE HECHOS** y registra la situación por la cual se aprehende que corresponde a encontrarse descritos en las declaraciones de importación años 1997 y 1998 pero todas sus partes responden los años 1989, 1990 y 1991.

Como resultado de la diligencia y la razón de aprehensión de las mercancías, el funcionario aprehensor, levanta el ACTA DE APREHENSIÓN No. 302 de junio 12 de 2006 dónde selecciona dentro de las causales de aprehensión descritas, el numeral 1,6, la descripción de la mercancía, cantidad unitaria de mercancía, forma de notificación, pruebas que se adjuntan entre otros datos, no obstante de acuerdo con lo demostrado ante el Consejo de Estado, al analizar la legalidad de los actos, advierte que existen diferencias entre el acta de aprehensión con la que se conformó el expediente administrativo y la copia notificada al momento de la diligencia de aprehensión, situación censurada por el alto tribunal y que toma como elemento indicativo de las falencias en el proceso de definición de situación jurídica, análisis que en conjunto incidió en afectar la legalidad de los actos.

Respecto de los demás involucrados, en particular de la señora BETTY SAAVEDRA GARCIA, señaló:

Los funcionarios responsables de la expedición del acto de decomiso, JAVIER ZULUAGA MONTERO (Jefe División de Fiscalización Aduanera), INOCENCIO GRANADOS SANABRIA (Proyectó Resolución de Decomiso), AIDEE LÓPEZ INFANTE (Jefe Grupo Infracciones Aduanera, quien revisó), encontramos que existe responsabilidad en quien proyecta en calidad de asignado del estudio del proceso de definición de situación jurídica y quien revisa en su calidad de jefe de Infracciones Aduaneras, así como del jefe de división de fiscalización aduanera, todos de acuerdo con las funciones que desempeñaban en ese momento.

Los funcionarios de la División Jurídica, AIDEE LÓPEZ INFANTE (Jefe Grupo Infracciones Aduanera, quien revisó), BETTY SAAVEDRA GARCIA (Jefe División Jurídica Aduanera) y DIEGO PABÓN RINCÓN (Abogado que proyectó la Resolución que Resolvió el Recurso) quienes de acuerdo con sus funciones debieron advertir la existencia de falencia que traía el trámite desde su inicio y frente a la resolución que ordenó el decomiso, las cuales fueron señaladas por el Consejo de Estado con fundamento en las que declaró nulidad de los actos y condenó a la entidad.

Y para justificar el nexo causal, luego de simplemente citar apartes del fallo de segundo grado proferido por el Consejo de Estado, se adujo:

Dentro las actuaciones se encuentran, el Acta de Aprehensión, la Resolución que ordenó el decomiso de las máquinas tragamonedas y la Resolución que resolvió el recurso de reconsideración confirmando el decomiso, en las cuales, según lo considerado por el Consejo de Estado, se encuentran falencias antes citadas que afectan las mismas.

Así las cosas resulta claro que en este evento aplica la presunción de dolo establecida en la Ley 878 de 2001 artículo 5º, numeral 3º, como quiera que de la actuación ejecutada por el funcionario aprehensor al adicionar o registrar datos que no fueron consignados en el documento notificado a la persona que atendió la visita de inspección, así como de los funcionarios que ordenaron el decomiso y quienes lo confirmaron en el recurso de reconsideración dentro del procedimiento administrativo, se puede inferir la existencia de elementos que demuestran que el actuar de los mismos se dieron bajo los supuestos de dolo, el cual se colige del conocimiento que en su calidad debían tener al momento de valorar las pruebas y documentos frente a las mercancías, situación fáctica y de derecho que de haberse cumplido con rigurosidad, la realidad hoy de los actos sería otra, así como las consecuencia que derivaron tales falencias.

Existiendo nexo causal entre la conducta de los funcionarios que expidieron los actos de aprehensión, decomiso y la confirmación del mismo que conllevó el pago del valor de la mercancía y teniendo en cuenta que los funcionarios contaban con el procedimiento y directrices dadas en el memorando 0269 del 4 de mayo de 2006, para tomar decisiones acertadas y debidamente motivadas, a través de una argumentación soportada sin falencia y sin las falsedades que literalmente señala el Consejo de Estado, quien como tribunal supremo de lo contencioso administrativo en su fallo así lo concluyó, se presenta el elemento subjetivo requiendo para el ejercicio de la acción de repetición como quiera que la misma es consecuencia de una conducta reprochable de los funcionarios a título de dolo.

Por lo tanto, se decide:

Y así se decide iniciar la acción de repetición en contra de todos los funcionarios.

Contextualizando el tema de la conducta de los funcionarios dentro de la actuación administrativa, es preciso señalar que:

1. El 1 de Junio de 2006, el funcionario de la DIAN, señor Albeiro Freddy Patiño, fue comisionado para realizar una diligencia de verificación aduanera en el establecimiento Hollywood Casino y Concierto.
2. En la anotada fecha, el mencionado funcionario se hizo presente en el lugar para adelantar la diligencia de fiscalización a las máquinas utilizadas allí. Luego de inventariarlas, solicitó la documentación soporte de su legal introducción a territorio aduanero nacional y concedió plazo hasta el 6 de Junio siguiente para que la acreditara respecto de 49 unidades y de las máquinas IGT nacionalizadas en 1998.
3. El 12 de Junio de 2006 se continúa con la diligencia y se levanta el acta No. 302 en la que se relaciona la aprehensión de 24 máquinas por tener partes o piezas de años anteriores a su importación (1997 y 1998). En la casilla denominada "EXPLICACIÓN DE LA CAUSAL DE APREHENSIÓN Y OBJECIONES", se consigna la siguiente información: *"Num 1.6 Art. 502 Decreto 2685/99 mercancía importada en el año 1997/98 como nueva – siendo usadas años 89/90/91, aspecto evidente mayoría de sus componentes internos: Kit Hopper – mecanismo de la palanca, soporte de la puerta – ad soportan los cables- chasis (cajón) de la máquina conforme concepto 095 de 1996 se cancela la autorización de levante por no acreditar licencia previa por tanto la declaración (es) no produce efectos legal alguno"*.
4. El acta de aprehensión 306 fue notificada personalmente al señor IVAN MONTOYA M., el mismo día de la diligencia (12 de Junio de 2006)
5. La misma acta, igualmente fue notificada por estado fijado el 28 de Junio de 2006 y desfijado el 30 siguiente.
6. Previa a la presentación oportuna de objeciones por parte de Global Gaming S.A., empresa fiscalizada, el 23 de Octubre de 2006 el jefe de la División de Fiscalización la DIAN profirió la Resolución No. 0507021063600005783 mediante la cual se ordena el decomiso de la mercancía aprehendida según Acta No. 306 de 12 de Junio de 2006 por estar incurso en la causal prevista en el numeral 1.6 del Artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 (máquinas tragamonedas).
7. Dentro del plazo legal la sociedad Global Gaming S.A. interpuso el respectivo recurso de reconsideración.

8. El 5 de febrero de 2007, la División Jurídica de la DIAN, expidió la Resolución No. 05072200760125 por medio de la cual resolvió el recurso interpuesto en el sentido de confirmar en todas sus partes el acto recurrido.
9. En Junio de 2007, la sociedad Global Gaming S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demandó la actuación administrativa contenida en las Resoluciones Nos. 0507021063600005783 de 23 de Octubre de 2006 y 05072200760125 de 5 de febrero de 2007.
10. El 11 de Diciembre de 2011 el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, falló la demanda en el sentido de negar las pretensiones al considera que el accionante no probó que las máquinas hubiesen ingresado nuevas a territorio aduanero nacional y las facturas aportadas no logran identificarlas ni se probó con facturas o documentos contables la compra de las piezas usadas ni que las cambiadas estuviesen averiadas.

Dentro de este marco fáctico, en el presente caso resulta oportuno destacar que el control que ejerce la autoridad aduanera tiene un claro fin que se traduce en la defensa del mercado interno de bienes y servicios y la adecuada protección de la industria nacional de manera que si, por ejemplo, en el proceso de importación se superan las etapas que lo conforman ante las respectivas autoridades es porque precisamente al darse aplicación al fin mencionado se evaluaron los **requisitos formales y sustanciales** que lo regulan y se concluyó con **la conformidad del mismo frente a las normas aduaneras** previniendo así, de un lado, el deterioro de la economía interna y de otro, facilitando y dinamizando el comercio exterior que es esencial en el desarrollo y crecimiento del país.

Por otra parte, es sabido que la Constitución Nacional determina la responsabilidad tanto de particulares como de los servidores públicos, así:

*“ARTICULO 6º. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa** y por omisión o **extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**” (El destacado y subrayado no es original del texto).*

Lo anterior se traduce en **el cumplimiento de las funciones señaladas en la Ley entendida ésta en su sentido más amplio, sin desbordarla**, pues de hacerlo se incurría en una actuación generadora de responsabilidad la cual se sometería a las consecuencias legales establecidas para el caso.

Pues bien, la Autoridad Aduanera -en particular mis representados- cumplen una importantísima labor para la economía del país, como ya se advirtió, y sus funciones están determinadas, entre otras normas, en el Decreto 1909 de 1992, vigente al momento de la importación de marras y por el Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999), a su vez vigente para la época de la diligencia de inspección aduanera, con todas sus modificaciones y reglamentaciones.

Esta regulación es especial, no solo desde el punto de vista normativo, sino desde el teleológico dado que pretende brindar transparencia, claridad y certeza a los usuarios del comercio exterior. Es así como desde la expedición de la Ley 7 de 1991, **vigente al momento de la importación**, en el artículo 2º se dispuso, entre otros principios rectores, los siguientes:

*“**ARTÍCULO 2º.** Al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, el Gobierno Nacional deberá hacerlo con sometimiento a los siguientes principios:*

1. Impulsar la internacionalización de la economía colombiana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo.

(...)

*5. **Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada**, en particular, contra las prácticas desleales de comercio internacional.*

(...)

7. Coordinar las políticas y regulaciones en materia de comercio exterior con las políticas arancelaria, monetaria, cambiaria y fiscal.

(...)

Los anteriores principios se aplicarán con arreglo a los criterios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan las actuaciones administrativas.” (Lo subrayado y destacado es ajeno al texto)

De la misma forma el Decreto 2685 de 1999, conocido como Estatuto Aduanero, **vigente al momento de la inspección aduanera** reconoce en sus considerandos lo siguiente:

“Que con el propósito de brindar transparencia, claridad y certeza a los usuarios del comercio exterior, las operaciones aduaneras deben armonizarse y simplificarse a través de una legislación que las recoja en su integridad y consulte las tendencias legislativas internacionales;

Que para el efecto y en cumplimiento de nuestra Carta Política, en la elaboración del presente Decreto se atendieron las Leyes Marco en materia aduanera y de comercio exterior y los convenios internacionales; y se consultó la legislación comparada y las propuestas del sector privado, para garantizar un equilibrio entre el fortalecimiento del control, la fiscalización aduanera y la eficiente prestación del servicio” (Lo destacado y subrayado es ajeno al texto).

Pues bien, el funcionario comisionado -hoy demandado-, señor Albeiro Freddy Patiño al momento de la inspección de la mercancía en las instalaciones del casino y hasta el momento de la notificación del acta de aprehensión basó su actuación en lo que observó directamente, esto es: *“mercancía importada en el año 1997/98 como nueva – siendo usadas años 89/90/91, aspecto evidente mayoría de sus componentes internos: Kit Hopper – mecanismo de la palanca, soporte de la puerta – ad soportan los cables- chasis (cajón) de la máquina”* y así lo consignó en dicha acta, ya que el concepto de mercancía usada no fue desvirtuada con prueba documental alguna, de donde surge, sin hesitación alguna, que su obligación era levantar la medida cautelar por estas razones:

- a. La mercancía no se describe **EXPRESAMENTE** en la declaración de importación (DI), bajo tal naturaleza (USADA), por lo que se presume que es diferente a la descrita, en la medida que la declarada se entiende como nueva, por tanto la mercancía inspeccionada se tiene como no declarada dada tal inconsistencia. Sobre el particular es procedente lo señalado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 26 de febrero de 2015, Exp. 2014-01114-01, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Barcenás, respecto de un vehículo, cuando expresó:

“Como se ve, la Sección Primera del Consejo de Estado ha advertido que el modelo es una característica esencial para la identificación de un vehículo, pues sirve para determinar el régimen de importación aplicable: el de vehículos nuevos o el de vehículo usados. En ese sentido, esa sección dijo que si no coincide el modelo del vehículo con el modelo reportado en la declaración de importación debe entenderse que no se encuentra amparado, esto es, debe concluirse que no fue legalmente ingresado al territorio nacional.”

- b. Consecuentemente con la condición de usada, para entonces el importador tenía la obligación de licencia previa, que de no acreditarse con documento idóneo deja incurso la mercancía en causal de aprehensión. Atendiendo la doctrina oficial, obligatoria para los funcionarios en ese momento conforme a lo previsto en el artículo 264 de la Ley 223 de 1995 en concordancia con la sentencia C-487 de 1996, es oportuno lo dicho por la misma entidad, así:

“(…)



Unidad Informática de Doctrina

Area del Derecho

CONCEPTO 201 DE 1999 JUNIO 25

Aduanero

Banco de Datos

[Consultar Documento Jurídico](#)

Aduanas

Problema Jurídico ES POSIBLE ACCEDER A LOS BENEFICIOS CONSAGRADOS EN EL DECRETO 554 DE 1999 Y DEMÁS DISPOSICIONES QUE LO MODIFICAN REGLAMENTAN Y ADICIONAN, RESPECTO DE MERCANCÍA **USADA?**.

Tesis Jurídica ES POSIBLE ACCEDER A LOS BENEFICIOS CONSAGRADOS EN EL DECRETO 554 DE 1999 Y DEMÁS DISPOSICIONES QUE LO MODIFICAN REGLAMENTAN Y ADICIONAN, RESPECTO DE MERCANCÍA **USADA**.

▼ Descriptores

MERCANCIA - LEGALIZACION
MERCANCIAS **USADAS**

▼ Fuentes Formales

DECRETO 554 DE 1999 ART 1
CIRCULAR 01 DE 1995

▼ Extracto

De conformidad con la Circular 01 de 1995 del Consejo Superior de Comercio Exterior la mercancía **usada** requiere la **Licencia** Previa. El Decreto 554 de 1999 en su artículo 1º al indicar que toda mercancía que se encuentre en el país sin el cumplimiento de los requisitos legales puede ser legalizada, excepto entre otras excepciones, las **sometidas al régimen de licencia previa, salvo las licencias no reembolsables**.

Lo anterior nos permite afirmar que, respecto a la mercancía **usada**, si es objeto de **Licencia** previa no reembolsable, puede ser legalizada.

En los anteriores términos se adiciona el concepto jurídico 188 de 1999.



Unidad Informática de Doctrina

Area del Derecho

OFICIO 863 DE 2001 DICIEMBRE 20

Aduanero

Banco de Datos

[Consultar Documento Jurídico](#)

Aduanas

Problema Jurídico

Tesis Jurídica

▼ Descriptores

IMPORTACION DE MERCANCIAS

▼ Fuentes Formales

DECRETO 2685 DE 1999 ART. 121
DECRETO 2685 DE 1999 ART. 129

▼ Extracto

Consulta sobre los documentos que se necesitan para importar una motocicleta de alto cilindraje de Estados Unidos o de Europa.

Al respecto le informo que de acuerdo a lo dispuesto en el Capítulo V Decreto 2685 de 1999, el cual regula la importación ordinaria, toda mercancía extranjera que ingrese al país debe ser declarada por el importador o por la persona por cuya cuenta se realiza la operación de importación. Para tal efecto debe diligenciar y presentar ante las autoridades aduaneras la declaración de importación junto con los documentos soporte señalados en el artículo 121 del decreto citado, a saber:

- a) Registro o **licencia** de importación que ampare la mercancía, cuando a ello hubiere lugar. En el caso de mercancía **usada**, se requiere **licencia** previa ante el Ministerio de Comercio Exterior. Si es nueva, registro ante esa Entidad.
- b) Factura comercial cuando a ello hubiere lugar;
- c) Documento de Transporte
- d) Certificado de origen cuando se requiera para la aplicación de disposiciones especiales;
- e) Certificado de Sanidad y aquellos documentos exigidos por normas especiales, cuando a ello hubiere lugar;
- f) Lista de empaque, cuando a ello hubiere lugar;
- g) Mandato cuando no exista endoso aduanero y la declaración de importación se presente a través de una Sociedad de Intermediación Aduanera o apoderado y,
- h) Declaración Andina del Valor y los documentos soporte cuando a ello hubiere lugar.

Así mismo le informo que la declaración de importación debe presentarse dentro del término de dos meses de almacenamiento que tiene para realizar los trámites para obtener su levante, contados a partir de la fecha de llegada de la mercancía al país, o en forma anticipada a la llegada de la mercancía, con una antelación no superior a 15 días. Dentro de este plazo deben pagarse los tributos aduaneros correspondientes en las entidades financieras autorizadas por la DIAN, como lo señala el artículo 129 del Estatuto en mención.

Unidad Informática de Doctrina

Area del Derecho

CONCEPTO 112 DE 1999
ABRIL 19

Aduanero

Banco de Datos

[Consultar Documento Jurídico](#)

Aduanas

Problema Jurídico

¿ES PROCEDENTE LA APREHENSION DE UNA MERCANCIA **USADA** A LA CUAL FUE OTORGADO EL LEVANTE ANEXANDO COMO DOCUMENTO SOPORTE UN REGISTRO DE IMPORTACION, SIN TENER EN CUENTA QUE PARA LA EPOCA DEL LEVANTE, LAS MERCANCIAS **USADAS** DEBIAS OBTENER **LICENCIA** PREVIA?

Tesis Jurídica

SI ES VIABLE LA APREHENSION DE MERCANCIA DE PROCEDENCIA EXTRANJERA PRESUNTAMENTE INTRODUCIDA DE CONTRABANDO POR INDEBIDA UTILIZACION DE LOS REGISTROS O **LICENCIAS** DE IMPORTACION OTORGADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE.

▼ Descriptores

MERCANCIA APREHENDIDA - CAUSALES
MERCANCIA APREHENDIDA

▼ Fuentes Formales

DECRETO 1909 DE 1992 ART. 62 LITERALES b) y k)
DECRETO 1800 DE 1994 ART. 1
DECRETO 0444 DE 1967 ART. 74

▼ Extracto

Conforme a las facultades de fiscalización otorgadas a las autoridades aduaneras, éstas tienen plena competencia para adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la práctica de hechos que impliquen la inobservancia de los procedimientos aduaneros para la cual puedo tomar las medidas cautelares

necesarias para la debida conservación de la prueba, incluyendo la aprehensión de la mercancía (Literales b) y k) del artículo 62 del Decreto 1909 de 1992.)

Por ser la aprehensión una simple medida cautelar que permite a la DIAN la debida conservación de la prueba, es decir, la conservación del objeto del contrabando, la situación de la mercancía debe entrar a definirse adelantando el procedimiento que para el efecto fue adoptado en el artículo 1o. del Decreto 1800 de 1994.

Teniendo en cuenta que el artículo 74 del Decreto 444 de 1967 prescribe que se considera contrabando la introducción al país de cualquier otra mercancía sin previo registro o **licencia** de importación, según el caso; constituye presunta infracción al régimen aduanero y en especial a esta norma, la utilización indebida de registros o **licencias** de importación otorgados por la autoridad competente, y con los cuales se pretende amparar mercancía que por disposición legal estaba sujeta a la obtención de la **licencia** previa pero fue nacionalizada con un registro de importación, siendo por lo tanto procedente su aprehensión.

En la investigación que se adelanta sobre este asunto, la División de Control Aduanero, Represión y Penalización del Contrabando se deberá establecer la fraudulenta utilización del documento obtenido por la autoridad competente, para lo cual entonces, se podrá acudir ante el INCOMEX para que conceptúe si dicho documento permite o no la importación de la mercancía objeto de cuestionamiento y así mismo valerse de todos los medios probatorios posibles para demostrar la ilegalidad introducción de la mercancía al País.

Unidad Informática de Doctrina

Area del Derecho

CONCEPTO 227 DE 1994
DICIEMBRE 21 

Aduanero

Banco de Datos

[Consultar Documento Jurídico](#)

Aduanas

Problema Jurídico

SE PUEDE CONSTITUIR GARANTIA EN REEMPLAZO DE APREHENSION DE MERCANCIA **USADA**, QUE HABIA SIDO DECLARADA BAJO LA MODALIDAD DE IMPORTACION TEMPORAL SIN EL LLENO DE LOS REQUISITOS LEGALES ?

Tesis Jurídica

SI ES POSIBLE CONSTITUIR GARANTIA EN REEMPLAZO DE APREHENSION DE MERCANCIA **USADA**, QUE HABIA SIDO DECLARADA BAJO LA MODALIDAD DE IMPORTACION TEMPORAL SIEMPRE Y CUANDO LA MERCANCIA NO TENGA RESTRICCION ALGUNA PARA SU IMPORTACION POR ESTA MODALIDAD.



Descriptor

GARANTIAS - CONSTITUCION
IMPORTACION TEMPORAL



Fuentes Formales

DECRETO 1909 DE 1992 ARTS. 39, 47
RESOLUCION 0408 DE 1992 ARTS. 5, 17



Extracto

La importación temporal se encuentra regulada en los artículos 39 al 47 del Decreto 1909 de 1992; en los artículos 5° al 17 de la Resolución 408 con sus respectivas adiciones o modificaciones.

Cualquier modalidad de importación debe observar todos los requisitos para obtener el levante de la mercancía; so pena de incurrir en una falta administrativa al régimen aduanero.

Respecto a la posibilidad de constituir garantías para mercancías que fueron introducidas al territorio nacional y declaradas bajo la modalidad de importación temporal y se encuentran aprehendidas encontramos que el artículo 24 de la Resolución 1794 de 1993, preceptúa:

"Garantía en reemplazo de **aprehensión**.

Cuando exista mercancía aprehendida y aún no se haya ejecutoriado la resolución ordenando el decomiso podrá constituirse garantía bancaria o de compañía de seguros, si la División de Comercialización o quien haga sus veces lo autoriza, previo concepto favorable de la División de Fiscalización o de Liquidación, según el caso. Esta garantía se constituirá por el cien por ciento (100%) del valor aduanero de la mercancía, por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha de la autorización respectiva y podrá renovarse si fuere necesario

El objeto de la garantía es respaldar en debida forma la obligación de poner la mercancía a disposición de la Aduana cuando en el proceso administrativo se ordene su decomiso, o se permita declararla bajo una modalidad de importación.

Esta garantía deberá constituirse por quien se haga parte dentro del proceso administrativo".

Es decir que con relación a las mercancías **usadas** no hay restricción para constituir garantía en reemplazo de **aprehensión** siempre y cuando no existan restricciones para su importación. La constitución de garantías se debe cumplir de conformidad con lo establecido en la Resolución 1794 de 1993 y sus modificaciones al no efectuarse excepción alguna respecto de la constitución de garantía salvo cuando se encuentre la resolución de decomiso ejecutoriada en cuyo caso no procederá su constitución.

No sobra advertir que el objeto de la garantía es respaldar en debida forma la obligación de poner la mercancía a disposición de la Aduana cuando en el proceso administrativo se ordene su decomiso o se permita declararla bajo una modalidad de importación.

De otra parte se consulta sobre la posibilidad de reembarcar mercancías; al respecto considera este despacho que:

El artículo 281 del Decreto 2666 de 1984 establece:

"Requisitos.- Los Administradores de aduana podrán autorizar el reembarque de las mercancías importadas antes de la presentación de la declaración o antes de la expiración del término legal de abandono, pero siempre que el declarante preste una fianza por el doble de los derechos de aduana correspondientes para garantizar la presentación de la prueba de la llegada de esa mercancía a país extranjero, la cual deberá acreditarse dentro de los cinco (5) meses siguientes a la autorización de reembarque.

Solo se autorizará el reembarque, cuando se reúnan los requisitos exigidos para el régimen aduanero a que iba destinada la mercancía y que del reconocimiento se establezca que la misma corresponde a la declarada en los documentos de importación correspondientes. La fianza antes mencionada, deberá constituirse por un plazo de ocho (8} meses."

...

(Subrayo)

De acuerdo a lo anterior se pueden presentar dos eventos:

- 1- Si la mercancía reúne los requisitos del régimen aduanero declarado, procedería el reembarque.
- 2- Si las mercancías no cumplen con los requisitos establecidos de acuerdo con el artículo 281 citado no procede el reembarque, en primer lugar porque se trata de mercancías en proceso de definición jurídica y en segundo lugar porque el reembarque exige unos requisitos especiales para su procedencia tales como que el mismo se autorice antes de la presentación de la declaración o antes de la expiración del término legal de abandono siendo indispensable que, las mercancías reúnan los requisitos de la modalidad a que se iba a destinar y que corresponda a los documentos soporte de la importación.

Respecto a la posibilidad de presentar declaración de legalización cuando se omitieron o cometieron errores en la descripción de la mercancía, es posible legalizar de acuerdo con lo establecido por el artículo 82 del Decreto 1909 de 1992, modificado por los Decretos 2614 de 1993 y 1672 de 1994 siempre y cuando no existan restricciones legales o administrativas para su importación.

Cabe anotar que la figura de legalización de mercancías es facultativa para el declarante, el objeto es permitir que las mismas estén en poder de su propietario o tenedor y terminar anormalmente el proceso por infracción administrativa de contrabando.

Este Despacho se ha pronunciado sobre los temas materia de consulta mediante los conceptos Nos. 71, 76 y 109 de 1994.

(...)"

De otra parte, el fallo de segunda instancia, insumo único y directo de la DIAN para incoar esta acción de repetición, otorga una relevancia suprema a la información superpuesta en el acta de aprehensión, calificándola de "*falsedad*", sugiriendo que el funcionario Albeiro Freddy Patiño Velasco es el artífice, y, que como se advirtió de la conclusiones del Comité de Conciliación que recomendó la acción en su contra, es de donde la DIAN deriva la presunción de dolo, siendo que se trata de **un hecho del cual es absoluta la carencia de prueba sobre su autoría**, pues sin más que calificaciones y juicios subjetivos se le atribuye, reitero, sin pruebas que acrediten quien intervino directa o indirectamente en él, más aun cuando tal funcionario solo intervino hasta la notificación del acta de aprehensión mas no en la resolución de los hechos materia de litigio. Amén que, ese hecho, en manera alguna vulneró los derechos del investigado -como lo reconoce el mismo Consejo de Estado al analizar en detalle el tema-, al punto que oportunamente presentó su documento de objeción e hizo valer sus argumentaciones ante los funcionarios subsiguientes.

Ahora bien, en la instancia en la cual intervino la señora BETTY SAAVEDRA GARCIA, en su condición de Jefe de la Oficina Jurídica, es relevante observar que ni con el recurso de reconsideración ni durante la investigación previa, la empresa investigada presentó los documentos que acreditaran lo contrario a lo observado durante la inspección y que fue consignado en el Acta.

Por el contrario, en el fallo de segunda instancia se cuestiona que en sede administrativa no se diera plena validez a la prueba testimonial, lo que aquél si hizo y con base en ello fundamentó la nulidad de la actuación impugnada. Sin embargo, esta consideración desconoce abiertamente lo dispuesto en el artículo 505-1 del Decreto 2685/99 (Estatuto Aduanero), que determina:

"ARTÍCULO 505-1. DOCUMENTO DE OBJECCIÓN A LA APREHENSIÓN.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del Acta de Aprehensión, el interesado o responsable de la mercancía aprehendida deberá acreditar la legal introducción o permanencia

de la misma en el territorio aduanero nacional o desvirtuar la causal que generó la aprehensión. Para tal efecto deberá presentar el Documento de Objeción a la Aprehensión.

*En el Documento de Objeción a la Aprehensión el titular de derechos o responsable de la mercancía, expondrá ante la autoridad aduanera sus objeciones respecto de la aprehensión, **anexando las pruebas que acrediten la legal introducción o permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional.** Este documento deberá cumplir con los siguientes requisitos:*
(...)

PARÁGRAFO. *Al Documento de Objeción a la Aprehensión se deberán anexar **los documentos que acrediten la legal introducción** o permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional o que desvirtúen el hecho que generó la aprehensión, los cuales se consideran parte integrante del mismo.”* (Lo destacado es ajeno al texto)

Si bien, en el marco del proceso de fiscalización y la posterior apertura de investigación aduanera, el artículo 471 del Decreto 2685 de 1999 determina con claridad absoluta que en la actuación administrativa aduanera se permiten todos los medios de prueba, con remisión de manera supletoria para dilucidar aspectos relacionados con los principios y el procedimiento, es claro, conforme a la norma transcrita que la prueba que acredita la legal importación de una mercancía de origen extranjero es de tipo documental y no testimonial. Es así como la infracción administrativa de que trata el numeral 1.6 se refiere a que se considera mercancía no amparada a aquella que no se encuentre debidamente descrita en una declaración de importación, entre otros hechos normativos.

En el caso en debate al tratarse de mercancía nacional u objeto de otras nacionalizaciones, referente a los repuestos, partes y piezas que datan de fechas diferentes al modelo de las máquinas han debido acreditarse las pruebas de uso común en tales operaciones, en otras, las declaraciones de importación, las facturas de compra, los contratos relacionados con su mantenimiento, los registros en inventarios o los soportes similares que son irremplazables por una prueba testimonial.

Como se observa, en su momento la DIAN y en particular la Jefe de la Oficina Jurídica, se adecuó a los canales que ofrecía el orden jurídico con el fin de determinar si las pruebas practicadas como soporte de la importación de las piezas y de las máquinas catalogadas como usadas, correspondían a los que exige la Ley como idóneas, pues conforme al artículo 752 del Estatuto Tributario, regulación de la misma categoría que el Estatuto Aduanero, dispone

la inadmisibilidad de la prueba testimonial cuando el hecho que pretende probarse puede acreditarse por medios documentales.

Debe observar el Despacho que si bien el acto de aprehensión en sí no es definitivo ni inmodificable, en tanto puede ser objeto de controversia a través del mecanismo de objeción del cual puede hacerse uso dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que aquel se notifica, si la DIAN establece que la mercancía se introdujo y permanece legalmente en el territorio nacional aduanero o se desvirtúa la causal de aprehensión, debe proceder a la devolución de aquella, de lo contrario, será su deber decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía, tal y como lo refieren en forma concreta los artículos 506 y 512 del Decreto 2685 de 1999.

Se observa entonces de esta normativa, según su redacción y su alcance que los “tipos aduaneros” se estructuran en términos objetivos de actividad, en el cotejo entre los hechos acontecidos y las pruebas practicadas, para determinar su encuadramiento en la tipicidad de la norma aduanera que prevé la consecuencia de aprehensión y posterior decomiso o de levante o devolución de la mercancía.

Siguiendo al Consejo de Estado, la aprehensión aduanera como medida cautelar gravita dentro de los supuestos del decomiso, que es en últimas la medida definitiva, y es dentro de este marco fáctico y jurídico que la Jefe de la Oficina Jurídica de la DIAN, hoy demandada, actuó pues la carga de la prueba estaba en el interesado y debió hacerlo con el recurso de reconsideración pero no lo hicieron, como se observa en los antecedentes administrativos, vale decir omitieron aportar nuevos elementos que le permitieran revocar la decisión de fondo, y por el contrario se mantuvieron los mismos argumentos y pruebas traídas con ocasión del documento de objeción.

Ni siquiera la prueba pericial logró su cometido al carecer de acreditación sobre su calidad como tal amén de su carácter conceptual, vale decir, no necesariamente obligatorio pues, como se indicó son documentales las pruebas que logran acreditar la legal introducción de la mercancía a territorio aduanero nacional, y así desvirtuar puntualmente las glosas propuestas por la Autoridad Aduanera que condujo al decomiso de la mercancía.

2. Inexistencia total de dolo o culpa grave

Para contextualizar el tema, es pertinente recordar que en el régimen de importación regulado en el Decreto 1909 de 1992, vigente para la época en que se llevó a cabo la operación de comercio exterior que da origen a este proceso, se advierte en el artículo 2º que la obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional y que aquella comprende la presentación de la Declaración de Importación, el

pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como **la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación**, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

De otra parte, si bien al momento de la diligencia de inspección aduanera ya estaba vigente el artículo 1º del Decreto 2685 de 1999, esta regulación se ajusta con mayor precisión a la anterior en cuanto define con total precisión cuándo se inicia un proceso de importación y cuándo termina. Dice así la norma:

“PROCESO DE IMPORTACION

*Es aquel que se inicia con el aviso de llegada del medio de transporte y **finaliza con la autorización del levante de la mercancía**, previo el pago de los tributos y sanciones, cuando haya lugar a ello. Igualmente finaliza con el vencimiento de los términos establecidos en este Decreto para que se autorice su levante.”* (El destacado y subrayado es ajeno al texto).

Es así que, debe entenderse legalmente la importación como la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, y que ese proceso se inicia con el aviso de llegada del medio de transporte y termina con el levante de la mercancía, actuación esta última que implica que la autoridad aduanera permite a los interesados su disposición por haberse cumplido previamente con los requisitos legales para su introducción al territorio aduanero nacional.

Ahora bien, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto 1909 de 1992, vigente al momento de la operación de comercio exterior (léase importación), se preveía como causales, entre otras, para rechazar el levante, la siguiente:

*“**Artículo 30. Eventos para rechazar el levante.** No procederá el levante de la mercancía cuando se presente uno de los siguientes eventos:*

(...)

*e) Cuando la mercancía declarada **no esté amparada con licencia de importación**, certificado de sanidad o certificado de origen, cuando las normas lo exijan;”* (El destacado y subrayado es ajeno al texto)

En el artículo 31 de esa remota regulación se preveía un procedimiento para rechazar el levante.

Empero, al momento de practicarse la inspección aduanera (junio de 2006), se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, que regula el tema del levante, así:

“ARTICULO 1. DEFINICIONES PARA LA APLICACIÓN DE ESTE DECRETO. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina:

(...)

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.

(...)”

Definido así legalmente el instituto del levante, en el artículo 128 *ibídem*, se regula la procedencia de la autorización del mismo en forma expresa y en los casos allí previstos, vigentes para el momento de la práctica de la inspección aduanera.

Así mismo, para entonces (2006) era claro que el instituto del levante tenía unas connotaciones legales a las cuales tanto la Doctrina de la DIAN –por demás obligatoria para los funcionarios conforme al artículo 264 de la Ley 223 de 1995-, como la jurisprudencia habían hecho referencia.

A manera de ejemplo en el Concepto 030 de 19 de Mayo de 2003, se consideró:

“CONCEPTO 030 DE 2003 MAYO 19 Aduanero

Problema Jurídico: ES PROCEDENTE CANCELAR UN LEVANTE QUE HA SIDO PRECEDIDO DE INSPECCIÓN FÍSICA DE LA MERCANCIA, CUANDO SE DETECTE POSTERIORMENTE QUE NO SE DIERON LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 128 DEL DECRETO 2685 DE 1999, O QUE SE CONFIGURA ALGUNA DE LAS CAUSALES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 502 DEL MISMO DECRETO?

Tesis Jurídica SI ES PROCEDENTE CANCELAR UN LEVANTE QUE HA SIDO PRECEDIDO DE INSPECCIÓN FÍSICA DE LA MERCANCIA, CUANDO SE DETECTE POSTERIORMENTE QUE NO SE DIERON LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ARTICULO 128 DEL DECRETO 2685 DE 1999, O QUE SE CONFIGURA ALGUNA DE LAS CAUSALES SEÑALADAS EN EL ARTICULO 502 DEL MISMO DECRETO.

Descriptores LEVANTE DE LA MERCANCIA Fuentes Formales DECRETO 2685 DE 1999 ART DECRETO 2685 DE 1999 ART. 125 DECRETO 2685 DE 1999 ART. 128 DECRETO 2685 DE 1999 ART. 502 DECRETO 1232 DE 2001

Según las definiciones que consagra el artículo 1 del Decreto 2685 de 1999, la Ins

pección **Aduanera** puede ser física o documental según implique el reconocimiento de las mercancías o, solamente el cotejo de la información contenida en la Declaración con los documentos que la acompañan. Cualquiera de las dos modalidades de inspección puede darse durante el proceso de importación, una vez se haya efectuado y acreditado el pago a través del sistema informático según lo previsto en el artículo 125 ibídem, como también determinarse la autorización del levante automático de la mercancía. **No está prevista en la legislación aduanera limitante alguna que impida a la autoridad aduanera en el evento en que la autorización de levante haya estado precedida de la inspección física, ejercer con posterioridad sus facultades de fiscalización y control, para verificar el cumplimiento de los requisitos que debieron acreditarse para la importación de la mercancía. Al contrario, como se sostuvo en el concepto jurídico # 095 de 1996, el levante es una autorización cuya vigencia está sometida a la satisfacción continua de los requisitos que sirvieron de base para su otorgamiento aunque permite suponer "por lo menos en principio (basados en la buena fe), que el importador cumplió con los requisitos y procedimientos exigidos en la legislación aduanera, es claro que el cumplimiento de tales requisitos permanece en el tiempo y que por lo tanto puede acreditarse en el momento en que las autoridades aduaneras así lo requieran conforme al fortalecimiento del control de fiscalización posterior, pues de no hacerlo, es claro que la autorización de levante carece de los fundamentos fácticos y jurídicos que dieron lugar a su otorgamiento".** Así lo entendió también el Consejo de Estado cuando denegó las súplicas de la demanda de Nulidad que se interpuso contra el mencionado concepto y manifestó que **"si la ley faculta a las autoridades aduaneras para adelantar investigaciones a fin de establecer la inobservancia de los procedimientos aduaneros y, a su vez le impone la obligación al importador de conservar por un período de cinco años, contados a partir de la presentación de importación, los documentos relacionados con la importación, PARA PONERLOS A DISPOSICION DE LA AUTORIDAD ADUANERA CUANDO ESTA ASI LO REQUIERA, y prevé que corresponde al investigado presentar los documentos que acrediten en que la importación de la mercancía al territorio nacional se realizó conforme a las normas correspondientes (artículos 32 y 65, inciso 2, ibídem), ello supone necesariamente que aquella puede revisar los documentos y dejar sin efecto el acto de levante, cuando advierte irregularidades aduaneras"** Como puede observarse, en el texto transcrito no se hace diferencia entre el levante automático y el que está precedido o por la inspección documental o física de la mercancía y debe ser así por cuanto sus efectos son los mismos. Además, no obstante los artículos a que se refiere el fallo corresponden al Decreto 1909 de 1992, en el Decreto 2685 de 1999 se consagran disposiciones en igual sentido relativas a los documentos que se debe conservar (artículo 121), pruebas en la investigación **aduanera** (artículo 506, modificado por el artículo 49 del Decreto 1232 de 2001) y **facultades** de fiscalización (artículos 470 y 472). En relación con la viabilidad de aprehender una mercancía que obtuvo autorización de levante en vigencia del Decreto 1909 de 1992, cuando con ocasión de un control posterior la **autoridad aduanera** establezca la no procedencia del levante conforme a lo establecido en el artículo 128 del citado Decreto o la tipificación de alguna de las causales previstas en el artículo 502 ibídem, le remito los conceptos jurídicos números 511 de 2000 y 117 de 2002"

Como se indicó al reseñar los presupuestos fácticos, la Administración dio inicio a la investigación por la causal prevista en el numeral 1.6 del artículo 502 del

Decreto 2685 de 1999, por tanto para desarrollar este tema debe precisarse en primer lugar que es éste y solo éste el motivo por el cual la DIAN tomó la decisión de decomisar la mercancía en cuestión lo que implica que este es el marco fáctico y jurídico dentro del cual tanto la Administración como el interesado hicieron girar sus argumentaciones.

Es oportuno reiterar que el control que ejerce la autoridad aduanera tiene un claro fin que se traduce en la defensa del mercado interno de bienes y servicios y la adecuada protección de la industria nacional de manera que si, por ejemplo, en el proceso de importación se superan las etapas que lo conforman ante las respectivas autoridades es porque precisamente al darse aplicación al fin mencionado se evaluaron los requisitos formales y sustanciales que lo regulan y se concluyó con **la conformidad del mismo frente a las normas aduaneras** previniendo así, de un lado, el deterioro de la economía interna y de otro, facilitando y dinamizando el comercio exterior que es esencial en el desarrollo y crecimiento del país.

Igualmente, conforme al mismo Estatuto vigente al momento de la inspección aduanera (2006), debe entenderse que para que la mercancía haya logrado llegar a estar en libre disposición, vale decir para que se haya autorizado su levante cuando se surtió la operación de comercio exterior (1998 y 1999), previamente debió ser puesta a disposición de la autoridad aduanera en la debida oportunidad quien en principio verificó que estuviera relacionada en los documentos soporte, lo que se traduce en que, también en principio, la mercancía fuera legalmente presentada en cumplimiento de las normas aduaneras pero esta satisfacción debe ser continúa en el tiempo, vale decir que en cualquier momento posterior la autoridad aduanera los puede exigir y el investigado está obligado nuevamente a acreditar su cumplimiento.

Ahora bien, es incuestionable que la aprehensión de la mercancía tiene un único fin y es el de definir la situación jurídica de la misma cuando se configura cualquiera de las causales previstas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, medida que permite retirarla del mercado cuando en el curso de una inspección aduanera se encuentran posibles irregularidades en su ingreso al País. El Estatuto vigente al momento de la diligencia de inspección define así la aprehensión:

“Es una medida cautelar consistente en la retención de mercancías respecto de las cuales se configure alguno de los eventos previstos en el artículo 502 del presente Decreto.”

Se advierte entonces conforme a la misma definición legal que la procedencia de la aprehensión está sujeta a la configuración de la causal. Esta retención de mercancías puede derivar en su decomiso, que según el Estatuto Aduanero vigente al momento de la inspección aduanera, es el acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, **respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su presentación y/o declaración ante las autoridades aduaneras**, por

presentarse alguna de las causales previstas en el artículo 502 del mismo, esto está catalogado como una infracción aduanera que, según la norma, es toda acción u omisión que conlleva la transgresión de la legislación aduanera.

Conforme con lo anterior, puede reiterarse que, en su momento la DIAN y en particular la Jefe de la Oficina Jurídica, se adecuaron a los canales que ofrecía el orden jurídico con el fin de determinar si las pruebas practicadas como soporte de la importación de las piezas y de las máquinas catalogadas como usadas, correspondían a los que exige la Ley como idóneas, pues conforme al artículo 752 del Estatuto Tributario, regulación de la misma categoría que el Estatuto Aduanero, dispone la inadmisibilidad de la prueba testimonial cuando el hecho que pretende probarse puede acreditarse por medios documentales.

3. Ausencia de desviación de la realidad

En el caso concreto es menester **resaltar** los siguientes hechos incontestables:

1. La actuación gubernativa de la DIAN a través de todos sus respectivos funcionarios estuvo enmarcada dentro del ámbito de sus competencias.
2. Se surtieron con todo rigor los procedimientos señalados en la ley (en su sentido más amplio) hasta culminar con la expedición de los actos administrativos objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
3. Dentro de su legítimo derecho la sociedad GLOBLA GAMING S.A., ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo del Valle.
4. Con ocasión de la aludida acción, el (ella) o los (las) abogados (as) de la DIAN, reconocidos (as) como tales dentro del proceso, defendieron la legalidad de los actos administrativos a través de todo el procedimiento, vale decir, en sus argumentos se insistió en el pleno acatamiento dentro de la actuación administrativa a los postulados fijados en la Ley especial (normas aduaneras) y en la General Adjetiva (medios de pruebas).
5. Surtidas las diferentes y subsecuentes etapas del procedimiento, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, decidió negar las pretensiones para lo cual, entre otras consideraciones, señaló que:

“... i) la parte actora no probó que las mercancías importadas fueran nuevas, pues de las facturas de venta anexadas con el escrito de objeción al acta de aprehensión, no logra identificarse las máquinas; ii) tampoco acreditó, que las piezas usadas fueron cambiadas por las nuevas y éstas estuviesen amparadas en alguna declaración de importación; iii) no probó

con documentos contables la compra de las piezas usadas, ni constancia en su contabilidad”

Y resaltó de la diligencia practicada a instancias de la DIAN que:

“... que las máquinas aprehendidas hubiesen ingresado nuevas al territorio nacional, pues (...) no logró encontrarse la plaqueta de identificación, así como tampoco el año de fabricación...”

Se itera entonces, que para la época de la operación de comercio exterior (importación - 1997 y 1998), estaba vigente el Decreto 1909 de 1992 y cuando se practicó la diligencia de inspección aduanera (2006) regía el Decreto 2685 de 1999, con las modificaciones hasta tal fecha y con base en tales regulaciones la Dirección de Impuestos y Aduanas de Cali, a través de sus Divisiones, era y es la competente para decidir sobre la debida o no nacionalización de las máquinas introducidas a territorio aduanero nacional.

Así las cosas, es claro que el funcionario inspector encontró máquinas que figuraban como importadas en los años 1997 y 1998, ensambladas con piezas de los años 1989 a 1991, vale decir anteriores a la fecha de la operación de comercio exterior por lo que concluyó que eran usadas (NO NUEVAS), y en esa medida requerían licencia previa para su ingreso al país, hecho que nunca se acreditó, luego se canceló el levante lo que a su vez condujo a la inexistencia de la declaración de importación.

Tal proceder encuentra pleno respaldo a la normatividad y en la doctrina vigente, a saber:

En efecto, en la Ley 7ª de 1991 reglamentada mediante la Resolución 01 de 1995, se exige licencia previa, entre otros bienes, para mercancía usada, así:

*“Artículo 7º. En las solicitudes de registro o licencia de importación como parte de la descripción de las mercancías deberá indicarse si se trata de **mercancía usada**, imperfecta, saldos de inventario, desperdicios o sobrantes, **señalando la clase de imperfección, el año de referencia o de fabricación**, el valor que tenía cuando nueva y el que pudiera corresponder normalmente si fuera mercancía de primera calidad o de temporada. Cuando no se haya declaración expresa en la solicitud de registro o licencia de importación de las circunstancias a que se refiere el inciso anterior, se entenderá para todos los efectos legales a que hubiere lugar, que se trata de mercancías de primera calidad y de temporada. Las solicitudes de registro o licencia de importación que amparen mercancías imperfectas, saldos de inventario, desperdicios o sobrantes, que estén sometidas al cumplimiento de normas técnicas oficiales colombianas obligatorias, serán evaluadas al amparo de las mismas para su aprobación por parte del Comité de Importaciones.*

Parágrafo: Para los efectos previstos en el presente artículo se considera saldo la mercancía cuyo año de fabricación sea anterior al de presentación de la solicitud

de importación, por cuanto pertenece a un inventario que corresponde a un ejercicio cerrado. Tratándose de vehículos automóviles, tractores, ciclos y demás vehículos terrestres, constituyen saldo aquellos cuyo modelo sea anterior al año en que se radica la solicitud de importación. Artículo 8º. En la casilla denominada" (Lo destacado y subrayado es ajeno al texto).

No es objeto de discusión que las máquinas inspeccionadas estaban ensambladas con piezas de años anteriores (1989, 1990 y 1991), al de su importación (1997 y 1998), razón absolutamente válida para glosar la operación de comercio exterior y darle la oportunidad al investigado para justificar con pruebas tal situación.

El actuar del inspector de entonces, además, está respaldada con la Doctrina Oficial contenida, entre otros, en el siguiente concepto:

"CONCEPTO 038 DE 2004 AGOSTO 4 Aduanero

Problema Problema Jurídico ¿LA NORMATIVIDAD ADUANERA PROHIBE LA COMERCIALIZACIÓN DE PARTES Y REPUESTOS USADOS DE VEHÍCULOS IMPORTADOS ORDINARIAMENTE Y ADQUIRIDOS EN LA VENTA DE SALVAMENTOS EFECTUADA POR UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA? Tesis Jurídica LA NORMATIVIDAD ADUANERA NO PROHIBE LA COMERCIALIZACIÓN DE PARTES Y REPUESTOS USADOS DE VEHÍCULOS IMPORTADOS ORDINARIAMENTE Y ADQUIRIDOS EN LA VENTA DE SALVAMENTOS EFECTUADA POR UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA.

El Decreto 2685 de 1999 define en su artículo 1 a la mercancía nacionalizada como aquella "mercancía de origen extranjero que se encuentra en libre disposición por haberse cumplido todos los trámites y formalidades exigidos por las normas aduaneras". Define igualmente la mercancía en libre disposición como aquella "mercancía que no se encuentra sometida a restricción aduanera alguna." Adicionalmente, la citada norma define el levante como "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." De igual manera, la norma en comento establece que el proceso de importación se inicia con el aviso de llegada del medio de transporte y finaliza con la autorización del levante de la mercancía, previo el pago de los tributos y sanciones, cuando haya lugar a ello. Del texto de las normas citadas se desprende con claridad que aquella mercancía nacionalizada con el pleno cumplimiento de los requisitos y trámites aduaneros, se encuentra en libre disposición dentro del territorio aduanero nacional, razón por la cual su enajenación no se encuentra limitada ni prohibida por la normatividad aduanera vigente. Así pues, la adquisición que haga un comerciante de los salvamentos de vehículos enajenados por las compañías de seguros legalmente establecidas, es perfectamente válida, así se trate de salvamentos correspondientes a vehículos importados, siempre y cuando estos hayan sido debidamente nacionalizados y como consecuencia de la misma, se encuentren en libre disposición dentro del territorio aduanero nacional. En este orden d

e ideas, la venta que el comerciante haga de las partes reutilizables de dicho salvamento es igualmente válida, a la luz de la normatividad aduanera. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que le asiste, tanto a la compañía aseguradora que vende el salvamento, como al comerciante que comercializa sus partes, de dar cumplimiento a las obligaciones establecidas por la normatividad tributaria vigente. **Ahora bien, para efectos de la correspondiente verificación por parte de la autoridad aduanera sobre si los repuestos usados que enajena el comerciante fueron extraídos de los salvamentos adquiridos a la aseguradora o si corresponden a la introducción ilegal de repuestos usados al territorio aduanero nacional, es menester recordar las facultades otorgadas a las dependencias de fiscalización aduanera en el Título XIV del Decreto 2685 de 1999, específicamente en el artículo 470 del mismo, reglamentado por los artículos 430 y 431 de la Resolución 4240 de 2000, las cuales son de obligada aplicación para efectos de la verificación de la legal introducción y permanencia de mercancías de origen extranjero dentro del territorio aduanero nacional.**” (El destacado y subrayado es ajeno al texto)

Resulta pertinente recordar que los conceptos expedidos por la DIAN son obligatorios para sus funcionarios, según lo señalado, entre otros, en la Circular 175 del 29/10/01 sobre seguridad jurídica; en el oficio No.040411 del 17/05/2006, y en el Oficio No. 055884/040912, para citar solo unos ejemplos.

Así las cosas, al enmarcarse dentro de la noción de mercancía usada, el investigado tenía la obligación legal de aportar, entre otros documentos, la licencia previa, hecho que no ocurrió, lo que permitía, sin hesitación alguna, aplicar lo previsto en la doctrina y jurisprudencia sobre la cancelación de la autorización del levante, su cancelación y como no lo hizo, fue entonces que, en su momento la DIAN y en particular la Jefe de la Oficina Jurídica, se adecuaron a los parámetros legales con el fin de determinar si las pruebas practicadas como soporte de la importación de las piezas y de las máquinas catalogadas como usadas, correspondían a los que exige la Ley como idóneas, pues conforme al artículo 752 del Estatuto Tributario, regulación de la misma categoría que el Estatuto Aduanero, dispone la inadmisibilidad de la prueba testimonial cuando el hecho que pretende probarse puede acreditarse por medios documentales.

Como respaldo de esta actuación, resulta pertinente lo considerado por el Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, Expediente 6664, en sentencia de 4 de Mayo de 2001, en la que precisó:

“Un breve recuento de la evolución jurisprudencial en punto a la naturaleza de la disposición de Levante de Mercancía emitida por la autoridad aduanera dentro del proceso de importación, permite observar la elaboración de la acepción inicial de dicho acto como “una mera autorización administrativa para retirar la mercancía del depósito de almacenamiento o de la Aduana, a la concepción del mismo como

“un acto administrativo de carácter definitivo, pues con él se concluye el procedimiento de importación, explicando como particularidad del mismo, que: “En relación con el levante esta Corporación ha precisado que si bien es cierto que **tal acto es de carácter definitivo, no lo es menos que se halla condicionado, es decir, que está sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas aduaneras en el trámite de la importación y permanencia de mercancías en el país, cumplimiento de los requisitos este que puede verificarse en cualquier momento por parte de las autoridades aduaneras,** de conformidad con la facultad de fiscalización y control que les asignó el artículo 62, literales c) y d) del Decreto 1909 de 1.992..3..... De esta manera, la Sala reitera la posición jurisprudencial sostenida por esta Corporación, en el sentido de considerar que **el acto de Levante participa de la naturaleza de los actos - condición, pues, si bien permite al importador, previo pago de los tributos y de constitución de garantías, disponer de la mercancía, no define la situación de la misma;** por ello, nada impide su posterior revisión y la imposición de las sanciones a que hubiere lugar, en ejercicio de las atribuciones de fiscalización propias de la autoridad aduanera. **Resulta de la mayor importancia precisar, a la luz de las disposiciones legales atinentes al régimen de importación, como de la jurisprudencia que se ha traído a colación, que dentro de las obligaciones aduaneras consagradas en el Decreto 1909 de 1.992, se destaca la de conservación de los documentos que soportan la operación, entre otras razones, porque la misma norma ha facultado a la autoridad aduanera para "Ordenar EN CUALQUIER TIEMPO la inspección física de las mercancías de procedencia extranjera, aun cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías"** (Lo destacado y subrayado es ajeno al texto).

En consecuencia, al carecer de licencia previa o por lo menos no acreditarse la misma dentro de las oportunidades legales, procedía la cancelación del levante sobre las declaraciones de importación, causando inexorablemente, conforme a la Ley vigente entonces (art. 132 Dto. 2685/99) que se tuvieran éstas como inexistentes al **NO PRODUCIR EFECTO ALGUNO.**

Así lo prevé la norma es cuestión:

“ARTICULO 132. DECLARACIONES QUE NO PRODUCEN EFECTO. No producirá efecto alguno la Declaración de Importación cuando:

a) **No se haga constar en ella la autorización del levante de la mercancía;**

(...)” (Lo destacado y subrayado es ajeno al texto)

Corolario de lo anterior, es incuestionable que la aprehensión de la mercancía que se efectuó con el Acta No. 302 de Junio 12 de 2006 tuvo como único fin el de definir su situación jurídica al configurarse una de las causales previstas en

el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, que para el caso fue la prevista en el numeral 1.6, hecho que fue reconocido por el Tribunal Administrativo del Valle al fallar en primera instancia negando las pretensiones y defendido durante todo el trámite por los apoderados (as) de la DIAN y que durante la vía gubernativa, en particular ante la Oficina Jurídica, se ajustó a la Ley con el fin de determinar si las pruebas practicadas como soporte de la importación de las piezas y de las máquinas catalogadas como usadas, correspondían a los que exige la Ley como idóneas, en este caso documentales, conforme al artículo 752 del Estatuto Tributario, ya citado sobre la inadmisibilidad de la prueba testimonial cuando el hecho que pretende probarse puede acreditarse por medios documentales.

Así elucubró el Juez Colegiado de primera instancia, sobre el particular:

Considera la Sala, que no le asiste razón a la entidad accionante, toda vez que de las pruebas obrantes en el cuaderno de antecedentes administrativos, no se probó que las máquinas hubiesen ingresado nuevas al país, pues tal como se constató en la inspección realizada no se encontraron plaquetas de identificación, en las facturas aportadas no logran distinguirse la maquinaria, pues tiene varias piezas usadas y de años anteriores al de importación, tampoco logra probarse el año de fabricación de las mismas; así mismo, no se acreditó que las piezas se hubiesen cambiado por el uso de las máquinas, ya que no aportó las facturas o documentos contables concernientes a la compra de las piezas usadas, tampoco se demostró que las nuevas estuviesen averiadas, por lo tanto le asiste razón a la demandada en sostener que las máquinas fueron importadas como saldos, pues no eran nuevas cuando ingresaron al país y por lo tanto requerían de la licencia de previa.

También evaluó en detalle los motivos de inconformidad de la sociedad GLOBAL GAMING S.A., para concluir:

Conforme con los argumentos anteriormente expuestos, es fácil colegir, que representan un resumen de todos los cargos expuestos anteriormente, por lo tanto, se reiterarán las premisas básicas: i) En el acta fiscal #302 del 12 de junio de 2006, sí se estipuló la causal de aprehensión, tal como se explicó en líneas anteriores; ii) no se aplicó retroactivamente la legislación aduanera; iii) No hubo quebrantamiento del Debido Proceso; y, iv) De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, la entidad demandante no probó que las máquinas hubiesen ingresadas nuevas al país, toda vez que de las facturas aportadas no logra establecerse si son o no las aprehendidas, de la inspección realizada no se pudo establecer la plaqueta de identificación, ni el año de fabricación de las máquinas, tampoco se probó que las piezas cambiadas en las máquinas obedecieran al uso de las mismas, pues no se aportaron las facturas de compra respectiva de los repuestos, ni un documento contable que respaldara tal afirmación y no se demostró que las piezas que fueron cambiadas estuviesen averiadas. En ese orden de ideas, le asiste razón a la entidad demandada en establecer que no se cumplió con el requisito de licencia previa, de conformidad con la Resolución 001 de 2005.

Ahora bien el Consejo de Estado, estudió el tema sobre la base de los motivos de inconformidad que planteó el recurrente, y que el *a quem* sintetizó así:

“2.2.2. Para tal efecto, es necesario establecer si los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad, lo cual impone abordar los siguientes planteamientos, de cara a las censuras detalladas por la parte actora en su escrito de alzada, que la Sala, por razones metodológicas, relaciona en el siguiente orden:

- i. Notificación del acta de aprehensión.*
- ii. Normativa vigente al momento de la importación y de la diligencia de aprehensión.*
- iii. Aplicabilidad de la causal 1.6. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.*
- iv. Individualización y prueba del estado de las máquinas tragamonedas al momento de la importación.*
- v. Firmeza de las declaraciones de importación y del levante.*

- vi. *Exigibilidad de los documentos que soportan la declaración cuando expira el término legal de conservación.*”

Abordados cada uno de los motivos de inconformidad así planteados, el Consejo de Estado, finalmente, concluyó:

“(…)

- *En el acta de aprehensión notificada personalmente a uno de los empleados de la sociedad actora se marca con una equis (x) el recuadro correspondiente a la causal 1.6. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, como fundamento de esa medida.*
- *No obstante, la copia de este documento que obra en el expediente administrativo contiene expresiones sobrepuestas, que reflejan **inconsistencias en el manejo de la fase de notificaciones** en sede gubernativa.*
- *La fijación del acta No. 302 de 16 de junio de 2006 en el estado de 23 de junio de 2006 no impidió que GLOBAL GAMING S.A. objetara en debida forma dicha acta.*
- ***Los supuestos del 1.6. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, en los que la DIAN fundamentó los actos administrativos demandados, no se avienen al sub lite**, pues la mercancía sí estaba amparada en una declaración de importación.*
- *En todo caso, **la causal que debió imputársele de acuerdo a la justificación esbozada por la autoridad aduanera para proferir los actos demandados, era la del numeral 1.25 del mismo Estatuto**, pero ello no fue lo que ocurrió.*
- *Las máquinas tragamonedas estaban debidamente individualizadas al momento de la importación, no solo con el número de serial, sino con muchas otras especificaciones que no tuvo en cuenta la DIAN en el control posterior.*
- *Está probado en el plano documental que las máquinas eran nuevas cuando ingresaron al país; y existen fuertes indicios (antecedentes, certificaciones, testimonios) que, desde el punto de vista fáctico, sugieren lo mismo, o que, por lo menos, explican razonablemente por qué las máquinas fueron encontradas, 9 años después de su importación, con piezas de distintas fechas, anteriores y posteriores a este último evento. Ello le da **validez a los argumentos expuestos por la parte demandante**.*

- *En contraposición a lo anterior, **la argumentación ofrecida por la DIAN en los actos administrativos demandados denota serias falencias (falsedades y deficiencias) en materia de motivación, que afectan su legalidad.***
- *Lo máximo que se puede inferir de lo advertido por la entidad demandada es que las máquinas eran usadas al momento de la aprehensión.*
- *Las piezas que la administración identificó genéricamente como usadas en 2006, no son confrontables con las amplias especificaciones puestas de manifiesto en las declaraciones de importación y en sus documentos soporte.*
- *La DIAN aprehende las máquinas por encontrar componentes de los años 1989 a 1991, pero se probó que además de estas habían algunas de fechas muy próximas a la de la importación, otras tantas de fechas concomitantes a dicha operación, e incluso unas con datación posterior.*
- *La firmeza de la declaración de importación y del levante no impiden a la autoridad aduanera ejercer el control posterior que concluya en la aprehensión y decomiso de la mercancía, siempre respete los límites jurídicos que el ordenamiento le impone al ejercicio de tal atribución.*
- *La definición de la situación jurídica de las mercancías importadas no depende de la exigibilidad de los documentos soportes de la declaración de importación u otros similares.*

A partir de todo lo anterior se infiere que si bien no todos los reproches que desató la Sala están llamados a prosperar, existen razones suficientes para concluir que la Resolución No. 0507021063600005783 del 23 de octubre de 2006 y la No. 05072200760125 del 5 de febrero de 2007 proferidas por la DIAN se encuentran viciadas de nulidad, en tanto incurrieron en violación de normas superiores, así como en falsa y deficiente motivación, principalmente en cuanto concierne a (i) las inconsistencias frente al contenido y notificación del acta de aprehensión, (ii) la adecuación típica de los hechos que condujeron al decomiso y (iii) la forma en la que fueron analizadas las pruebas relacionadas con la importación de la mercancía.” (Lo destacado es original del texto).

Para arribar a tales conclusiones se consideró, en cuanto a los tres primeros puntos relacionados con el acta de aprehensión y su notificación que existe prueba de que **la DIAN sí señaló en forma expresa**, en dicha acta, la causal en la que se sustentó tal medida, lo cual fue puesto en conocimiento

de la empresa. Que si bien existen diferencias entre el acta con la que se conformó el expediente administrativo y la copia aportada por la sociedad en cuestión, puntualmente, sobre la explicación de la causal aplicada por la autoridad aduanera, se observa la expresión "**Num 1.6 art. 502 Decreto 2685 de 1999**" contenida en aquélla, sobrepuesta, y que se encuentra ausente en la aportada por la empresa accionante, que es idéntica en todo lo demás, pero **por sí solo este hecho, no logra enervar el cumplimiento de la finalidad atribuida a la notificación del documento**, no obstante califica tal hecho como un elemento indicativo de falencias en el proceso de definición de la situación de la mercancía aprehendida y posteriormente decomisada. Finalmente en cuanto al último punto la objeción contra el acta fue radicada ante la DIAN por el apoderado de GLOBAL GAMING S.A. el 23 de junio de 2006, es decir, antes de que tuviera lugar la publicación y ello se hizo con base en la copia del acta suministrada al trabajador de la empresa que se encargó de atender la diligencia.

Respecto de los subsiguientes dos puntos, señala que no le asiste razón a la parte demandante cuando afirma que le endilgaron una causal inexistente al aprehenderla con base en el hecho de que se importó como nueva, cuando, según dicha entidad, era usada, aunque la Sala consideró que este aserto no se exhibe como una causal propiamente dicha, sino como la justificación que ofreció la DIAN para encuadrarla en el precitado numeral, porque, según afirma, desde la diligencia de aprehensión quedó en evidencia que las máquinas tragamonedas estaban amparadas con sus respectivas declaraciones de importación y porque en la actuación oficial jamás se hizo referencia a que las máquinas tragamonedas no fueran las que allí aparecían y lo que se sostuvo a lo largo del proceso gubernativo adelantado en 2006, fue que no eran nuevas al momento de la importación y que, por ello, requerían licencia previa. Supone que, al estar respaldada en los registros, la importación cumplió con la presentación de los documentos que la ley exige como soportes de esta operación, aunque para la DIAN era indispensable la licencia previa, frente a lo cual señala que le asiste razón a la demandante, en cuanto a que la hipótesis normativa que gobierna este supuesto de hecho es la contenida en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, como fue adicionado por el artículo 10 del Decreto 4431 de 2004, que es la que mejor se aviene a la censura estructurada por la DIAN.

En cuanto a los puntos seis a once, señala que obran las declaraciones de importación, acompañadas de sus respectivas actas de inspección y levante, registros de importación, facturas comerciales, declaraciones andinas del valor en aduana y guías aéreas con base en los cuales estima que el cargamento estaba compuesto por unidades nuevas, lo que descarta, por lo menos desde el plano documental, que fueran usadas, como lo arguyó la DIAN a lo largo del trámite de aprehensión y decomiso, que según la inspección física se determina el levante, luego de constatar que no se encuentra incurso en ninguna de las causales previstas para su rechazó, hecho indicativo de la forma en la que se introdujo la mercancía al país que **conducen a la Sala a**

un grado de convicción frente a la alta probabilidad de que las máquinas tragamonedas eran nuevas al momento de su arribo a tierras nacionales, que la visita realizada el 1º de junio de 2006 por la autoridad aduanera en la que se autorizó plazo hasta el 6 de junio/06 para acreditar documentación pendiente de 49 unidades (de inventario de 222) constituye una circunstancia que debe interpretarse como un hecho que fortalece la tesis de que las máquinas eran nuevas cuando ingresaron al país, de manera que frente a un conjunto de máquinas tragamonedas de similares características que fueron importadas en el mismo procedimiento aduanero y que fueron documentadas como nuevas ante el funcionario de la DIAN que adelantó la inspección respectiva en 1997 y con base en ello autorizó su levante, el hecho de que se señale **8 años más tarde** que unas fueron importadas como nuevas y otras no, si bien no permite descartar por sí mismo las razones en que la DIAN sustenta el decomiso de marras, sí constituye otro indicio que debilita su aserto y pone en entredicho la legalidad de los actos administrativos acusados.

Con fundamento en el testimonio da luces sobre los cambios que pudieron sufrir desde entonces, lo cual explica el estado en el que fueron encontradas al momento del control posterior efectuado por la DIAN. **En cuanto al nivel de uso de las máquinas afirma que lo máximo que puede inferirse es que eran usadas al momento de la aprehensión**, pero ello no resulta un motivo lógico para concluir que por ser usadas en 2006, lo eran también en 1997 y 1998. Se aparta de la tesis del Juez *a quo*, al estimar que supeditar la legalidad de la actuación a la trazabilidad de todas y cada una de las piezas que las componen **podría resultar imposible**, por cuanto la forma cómo ingresaron las piezas, ya que si debían ser objeto de importación o si podían ser adquiridas en el mercado nacional, o si la empresa cumplió con la normativa contable que permitiera el seguimiento de cada componente de las tragamonedas no es materia de estudio en este proceso, pues, ni esa fue la causal bajo la cual se aprehendió la mercancía. Finalmente considera desvirtuada la legalidad de los actos administrativos porque decomisar las máquinas bajo la idea de que eran usadas al momento de la importación constituyó un exceso en la medida en que tal conclusión no se compadece con las circunstancias de hecho y de derecho que interesaban al cuestionado trámite de fiscalización aduanera realizado *ex post*.

Finalmente, respecto de los dos últimos puntos (12 y 13) señala que la autoridad aduanera tiene la competencia y las herramientas jurídicas para la aprehensión y decomiso dentro de los lineamientos que le impone el orden jurídico, y que el control posterior de la autoridad aduanera ejercido después de transcurridos los cinco años, no significa que lo hubiera hecho por fuera de la oportunidad prevista por la ley, pues claramente, en estos eventos no opera

la caducidad, amén de que no se opone a que la DIAN, mediante los distintos medios con los que cuenta pueda definir la situación legal de la mercancía.

Pues bien, frente a lo así considerado en el fallo del Consejo de Estado caben las siguientes consideraciones.

La importación entendida como la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional, se dio bajo la vigencia del artículo 30 del Decreto 1909 de 1992, que preveía como causal para rechazar el levante, cuando aquéllas **no estuvieren amparadas con licencia de importación**, y luego de practicarse la inspección aduanera (junio de 2006), se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, que define el levante como 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 y para entonces (2006) era claro que el levante podía cancelarse aún habiendo sido precedido de una inspección física de la mercancía, cuando con posterioridad se detectara que no se dieron los supuestos previstos en el artículo 128 de esta última regulación o que se configurara algunas de las causales señaladas en el artículo 502 ibídem, como en este caso la prevista en el numeral 1.6 ya que el control que ejerce la autoridad aduanera tiene un claro fin que se traduce en la defensa del mercado interno de bienes y servicios y la adecuada protección de la industria nacional previniendo así, de un lado, el deterioro de la economía interna y de otro, facilitando y dinamizando el comercio exterior que es esencial en el desarrollo y crecimiento del país.

En consecuencia el que la mercancía fuera presentada en cumplimiento de las normas aduaneras *ab initio* (1997 y 1998) implica también que dicha satisfacción debe ser continua en el tiempo, vale decir en cualquier momento posterior en que la autoridad aduanera lo exija.

Si ello no se cumple, procede la medida cautelar de la aprehensión sujeta a la configuración de la causal.

4. Buena fe de los funcionarios

Es así como la actuación gubernativa de la DIAN a través de todos sus respectivos funcionarios estuvo enmarcada dentro del ámbito de sus competencias quienes, con todo rigor siguieron los procedimientos señalados en la ley hasta culminar con la expedición de los actos administrativos, cuya legalidad fue mantenida por el *a quo* porque el entonces demandante, no

probó que las mercancías importadas fueran nuevas, pues de las facturas de venta anexadas, no logran identificarse las máquinas ni acreditó que las piezas usadas fueron cambiadas por las nuevas y éstas estuviesen a su vez amparadas en alguna declaración de importación ni no probó con documentos contables la compra de las piezas usadas, más aún nunca se logró encontrar la plaqueta de identificación, ni pudo determinarse el año de fabricación.

Todo el actuar administrativo fue reconocido por el Consejo de Estado al decidir el recurso de apelación como ausente de mala fe y sin la intención de entorpecer el proceso, pues la actuación de la DIAN se enmarcó en los principios que gobiernan, por una parte la actividad judicial y, por otra, los compromisos que le asisten a las partes para con aquella,

Entonces, la diligencia de verificación aduanera en el establecimiento Hollywood Casino y Corcierto a las máquinas utilizadas allí corroboró, según se consignó en el Acta de Aprehensión No. 302, respecto de 24 máquinas que tenían partes o piezas de años anteriores a su importación (1997 y 1998) y así se expresó en la correspondiente casilla denominada "EXPLICACIÓN DE LA CAUSAL DE APREHENSIÓN Y OBJECIONES".

Siguiendo el procedimiento, previa presentación oportuna de las objeciones y de la práctica oficiosa y de parte de las pruebas solicitadas y pertinentes para decidir el caso, se concluye que no se desvirtuó la glosa que originó la aprehensión por lo que la División de Fiscalización la DIAN profirió la Resolución No. 0507021063600005783 que ordena el decomiso por estar incurso la investigada en la causal prevista en el numeral 1.6 del Artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. Y pese a lo argumentado con el recurso de reconsideración, el 5 de febrero de 2007, la División Jurídica de la DIAN, expidió la Resolución No. 05072200760125 que lo resolvió en el sentido de confirmar en todas sus partes el acto recurrido.

Este proceder, es pertinente reiterarlo, fue confirmado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al negar las pretensiones porque, en concreto, el accionante no probó que las máquinas hubiesen ingresado nuevas a territorio aduanero nacional y las facturas que aportó no lograron identificarlas ni se acreditó con facturas o documentos contables la compra de las piezas usadas ni que las cambiadas estuviesen averiadas.

No es objeto de discusión que el funcionario inspector encontró máquinas que figuraban como importadas en los años 1997 y 1998, ensambladas con piezas de los años 1989 a 1991 por lo que requerían licencia previa para su ingreso al país (Ley 7 de 1991 en conc. Res. 01/95), documento que nunca se acreditó y originó en consecuencia la cancelación del levante lo que a su vez condujo a la inexistencia de la declaración de importación.

Entonces, aplicando por obligación, como corresponde, los conceptos expedidos por la DIAN, frente a la noción de mercancía usada, el investigado

tenía la obligación legal de aportar, entre otros documentos, la licencia previa, hecho que no ocurrió, pues el levante otorgado en el momento de la operación de comercio exterior (1997 y 1998), es un acto condicionado, es decir, que está sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas aduaneras en el trámite de la importación y permanencia de mercancías en el país, cumplimiento de los requisitos que puede verificarse en cualquier momento por parte de las autoridades aduaneras, con las consiguientes obligaciones aduaneras consagradas en el Decreto 1909 de 1.992, entre otras, la de conservación de los documentos que soportan la operación, porque la misma norma ha facultado a la autoridad aduanera para "*Ordenar EN CUALQUIER TIEMPO la inspección física de las mercancías de procedencia extranjera, aun cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías*", como lo puntualizó el Consejo de Estado en la providencia atrás citada.

En consecuencia, al carecer de licencia previa o por lo menos no acreditarse la misma dentro de las oportunidades legales, procedía la cancelación del levante sobre las declaraciones de importación, causando inexorablemente, conforme a la Ley vigente entonces (art. 132 Dto. 2685/99) que se tuvieran éstas como inexistentes al **NO PRODUCIR EFECTO ALGUNO** (Art. 132).

De manera que, frente a lo considerado por el Consejo de Estado al decidir el recurso de apelación, debe indicarse que si bien se presentó una doble notificación del Acta de Aprehensión con agregado en la copia que se publicó en edicto, ello, lejos de ser indicativo de falencias en el proceso de definición de la situación de la mercancía aprehendida y posteriormente decomisada, garantizó en sumo grado la finalidad de la diligencia de notificación que es enterar al destinatario del contenido y objeto del acto que se pone en su conocimiento.

Por otra parte, ante la inexistencia o no exhibición de la licencia previa para el ingreso al país de la mercancía aprehendida por estar catalogada como usada (Ley 7 de 1991 en conc. Res. 01/95), fue imperativa la cancelación del levante que condujo inexorablemente a la inexistencia de la declaración de importación y así la hipótesis normativa que gobierna el supuesto de hecho contenido en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 10 del Decreto 4431 de 2004, no aplica, pues éste hace clara referencia a las posibles inconsistencias en los documentos soporte no a su ausencia, que fue lo que ocurrió, pues no pueden verificarse inconsistencias sobre la nada y así se derrumba el denominado grado de convicción alto de que las máquinas tragamonedas eran nuevas al momento de su arribo a tierras nacionales, máxime cuando independientemente del tiempo transcurrido entre la operación de comercio exterior (1997 y 1998) y el de la inspección aduanera (2006), la investigada estaba obligada a acreditar que las máquinas eran nuevas cuando ingresaron al país o que los cambios advertidos por el inspector estaban razonablemente justificados por el uso de las mismas, más aun cuando el testimonio oscurece en vez de aclarar pues señala que las máquinas "***desde que llegan y comienzan su operación requieren de***

mucho mantenimiento” lo que no se compadece con máquinas nuevas, menos cuando afirma que no ha tenido relación con la entonces investigada (GLOBAL GAMING S.A.), que cuando llegaron las máquinas nuevas importadas objeto de debate, como se argumentan que estaban, las revisó y verificó con un número de control, que jamás apareció en ninguna de las máquinas, y porque afirma que la investigada no es la importadora, que ***“generalmente”*** son nuevas, afirmaciones del único testigo que, reitero, oscurecen la verdad por sus imprecisiones y contradicciones, lo que no explica el estado en el que fueron encontradas al momento del control posterior efectuado por la DIAN. Luego la máxima de que las máquinas eran usadas se ajusta, no solo a lo que se observó dentro de la diligencia sino a la ausencia de prueba en contrario sobre la trazabilidad de todas las piezas que las componen, actuación que se ajusta a lo considerado en la providencia citada atrás del mismo Consejo de Estado y a la Doctrina de la entidad de obligatoria aplicación. Por lo que la actuación constituyó una medida acorde con las circunstancias de hecho y de derecho que interesaban al cuestionado trámite de fiscalización aduanera realizado *ex post*.

Corolario de lo anterior es que la Administración (DIAN) procedió a la aprehensión y al posterior decomiso por haberse configurado la causal prevista en el ordinal 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), al no encontrarse la mercancía amparada en una declaración de importación, pues la exhibida carece de efecto alguno por carecer de levante.

Resulta pertinente señalar en cuando al tema de la declaración de importación como documento soporte, lo considerado en la Sentencia de 9 de Diciembre de **2004**, C.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont, Sección Primera del Consejo de Estado, aplicable para la fecha de los hechos, en la que se sostuvo:

*“En este orden, para efectos de la legalización correspondiente, no desconoce esta Corporación el papel que juega la declaración de importación en el manejo y tráfico de la mercancía importada en el territorio nacional, que la Sala ha descrito como “fundamental ... **para amparar o acreditar la legalidad de las mercancías de origen extranjero que se encuentren en el territorio nacional, tanto que, haciendo un símil, se puede decir que ésta es la cédula de ciudadanía de las mismas**”. Sin embargo, tampoco puede la Sala pasar por alto que la presentación de la declaración de importación incumbe al importador de la mercancía, y consecuentemente a él también le corresponde acreditar su legalidad, afirmación que encuentra respaldo legal en los artículos 23, 32 y 28 del Decreto 1909 de 1992...”* (Lo destacado no es original del texto)

Así las cosas, como puede observarse, sin hesitación alguna, es diáfana la configuración de una infracción administrativa que dio lugar al decomiso, actuación que se fundamentó en la normatividad vigente y aplicable al caso.

En consecuencia, y sobre la conducta de los funcionarios, es pertinente lo considerado tanto por la Corte Constitucional en Sentencia C-396 de 2006, como por la Procuraduría Primera Delegada de la Vigilancia Administrativa en

Concepto de 11 de Octubre de 2006, vigentes para la época de los hechos, cuando, en su orden, señalaron:

La Corte Constitucional:

“Las funciones públicas otorgadas a los órganos del Estado deben estar previamente señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento. En consecuencia, cualquiera acción que ejecute un órgano del Estado sin estar previamente indicada en las normas mencionadas constituye una acción inconstitucional, ilegal o irreglamentaria por falta de competencia. Igualmente cualquier acción que provenga de un desbordamiento de la función asignada constituye una extralimitación de la función pública.”

La Procuraduría:

“Al respecto es importante hacer algunas precisiones de orden jurídico:

El artículo 6 de la Carta Política prevé la cláusula general de responsabilidad de los ciudadanos y, la específica y excluyente de los servidores públicos, los cuales deben responder ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, norma que en consonancia con el artículo 122 ibídem, armoniza su contenido al determinar que no existirá cargo o empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y todo servidor público, deberá ejercer su cargo jurando cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Así las cosas, para determinar la responsabilidad de cualquier servidor público, es indispensable precisar el ámbito de sus deberes funcionales, de tal suerte que, se pueda establecer cuándo se está ante una omisión o una extralimitación.” (El resaltado es original del texto).’

Siendo entonces que la autoridad aduanera tiene la competencia y las herramientas jurídicas para la aprehensión y decomiso dentro de los lineamientos que le impone el orden jurídico, y que el control posterior se ejerció después de transcurridos más de los cinco años, no significa que lo hubiera hecho por fuera de la oportunidad prevista por la ley pues cuenta con los distintos medios para definir la situación legal de la mercancía.

Ajustada a la situación fáctica y jurídica aquí debatida, son las consideraciones traídas en la Sentencia de 3 de Marzo de 2011 de la Sección Primera del Consejo de Estado, C.P. Dra. María Elizabeth García González, Exp. 2002-01123-02 en las que se consideró:

“Las precisiones hechas en la sentencia transcrita, que la Sala prohíja, ponen de manifiesto que las mercancías remanufacturadas se consideran usadas, por lo que al tenor de lo dispuesto por la Resolución núm. 001 de 2 de enero de 1995, corresponden al régimen de licencia previa.

Siendo ello así, el Oficio acusado núm. 8019068 0798 de 16 de agosto de 2002, por medio del cual no se aceptó el ingreso de la mercancía contenida en las declaraciones allí mencionadas, por tratarse de bienes remanufacturados, como lo aceptan la actora, los conceptos y peritazgos, no viola la Resolución núm. 001 de enero de 1995, en la medida en que para efectos de su aplicación legal, los términos “usado” y “remanufacturado” son similares, en cuanto difieren de algo nuevo.

Es lógico que la declaración de importación de una mercancía sin que se haya obtenido la licencia previa que se requiere, no puede ser nacionalizada, aunque dicho documento en apariencia reúna todos los requisitos de ley y la mercancía haya sido descrita en todos los elementos que la naturaleza de la misma exija para su individualización.

Para la Sala dichas mercancías remanufacturadas por la actora, no serían de licencia previa sino de prohibida importación; como bien lo señaló la entidad demandada el objeto social de la empresa actora no ha sido cambiado, sólo que Colombia y los países pertenecientes a la Comunidad Andina tienen restricciones al respecto. Precisamente, esta Sección en providencia de 9 de noviembre de 2006 (Expediente núm. 2005-00287, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón), suspendió provisionalmente los efectos de unos actos administrativos que otorgaron registros de importación, por violar el Convenio de Complementación en el Sector Automotor, que para el área andina prohíbe la importación de partes y piezas usadas de vehículos.” (Lo destacado y subrayado es ajeno al texto)

Así las cosas, la responsabilidad del agente estatal, esto es, el **resultado del juicio subjetivo** sobre su conducta –positiva o negativa–, como fuente del daño antijurídico por el cual resultó condenado el Estado, debe determinarse en cada caso concreto con sujeción a la Ley 678 de 2001 y en especial en cuanto se refiere a las llamadas “presunciones legales”, que admiten prueba en contrario–.

Reitero, en cuanto al dolo, se constituye cuando la persona ejerce su actuación u omisión, con el ánimo consciente de inferir daño a otro o a sus bienes. De manera que, siguiendo al Consejo de Estado en la sentencia citada atrás, **el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave; igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa-, o si al actuar, pudo prever la irregularidad en la que incurriría y el daño que podría ocasionar, y aún así no lo hizo, o confió en poder evitarlo -actuación culposa–.**

Entonces, de acuerdo con los documentos aportados con la demanda, en el caso del señor ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO, se tienen como funciones para la época en que se produjo su actuación, las siguientes:

Dependencia: Donde se ubique el cargo

Misión: para qué existe el empleo.

Apoyar eficazmente la realización de operativos de control a nivel Nacional ordenados por el superior competente con el apoyo de la Policía Fiscal Aduanera para controlar el ingreso ilegal de mercancías de procedencia extranjera al territorio Nacional.

Descripción de funciones esenciales:

1. Participar activamente en operativos de control realizados en establecimientos de comercio, carreteras, puertos y aeropuertos con el fin de controlar y evitar el contrabando de mercancías.
2. Realizar las aprehensiones, inventarios y reconocimientos y avalúos de las mercancías e inmovilizaciones a que haya lugar para compulsar el proceso de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas y/o Liquidación Oficial de Corrección de Valor.
3. Elaborar los respectivos inventarios de mercancías aprehendidas y/o inmovilizadas para mantener un debido control del tipo, cantidad y calidad de mercancías.
4. Verificar la legalidad de los documentos aportados con el fin de determinar si procede o no la aprehensión o inmovilización de la mercancía.
5. Instaurar la denuncia pertinente de acuerdo a los ilícitos evidenciados con ocasión del procedimiento con el fin de dar cumplimiento a la normatividad pertinente.
6. Aprehender mercancías puestas a disposición de la DIAN por distintas entidades y la mercancía que se encuentre de contrabando dentro del territorio aduanero nacional para iniciar el proceso correspondiente.
7. Realizar visitas a los depósitos con el fin de inspeccionar mercancías con perfil de alto riesgo las cuales hayan sido objeto de levante automático.
8. Analizar y verificar posibles fraudes en declaraciones de importación y documentos soportes para programas de control posterior.
9. Recibir del jefe inmediato las quejas y reclamos para validar dicha información y determinar si procede para acciones de control o programas de control posterior.
10. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.

De aquí surge, sin hesitación alguna, que el funcionario comisionado durante la visita que practicó a partir del 1 de Junio de 2006 y que culminó con el Acta de Aprehensión No. 302 de 12 de Junio de 2006, se ajustó a lo que por Ley y reglamento le correspondía hacer, como en efecto lo hizo y lo dejó constatado allí y en nada afectó los derechos del investigado la anotación que apareció posteriormente –que por lo demás nunca se ha probado quién la colocó–, ya que pudo ejercer a plenitud su derecho de defensa presentando el escrito de objeciones oportunamente y sustentando sus argumentos de inconformidad.

En consecuencia mal puede elaborarse un juicio subjetivo de responsabilidad del señor ALBEIRO FREDDY PATIÑO VELASCO, cuando solo hizo constar lo que observó personalmente y que trasladó al acta, siendo del resorte de otras dependencias la evaluación documental que en su momento aportó el investigado en su favor para desvirtuar lo constatado, esto es que las máquinas aprehendidas tenían piezas de diferentes años al de su importación, inclusive anteriores lo que permitía catalogarlas como usadas y por tanto con la obligación de aportar la respectiva licencia previa de importación, que nunca hizo.

De igual forma, cuando la señora BETTY SAAVEDRA GARCIA, en su condición de Jefe de la División Jurídica, al resolver el recurso de reconsideración en el sentido de confirmar el Acto de la División de Fiscalización, se ajustó en un todo a las funciones, que según el documento aportado en la demanda, le correspondían. Allí se dice:

Misión: para qué existe el empleo.

Gerenciar el talento humano, los recursos físicos, financieros y tecnológicos asignados para el cumplimiento de las funciones señaladas por las normas a la dependencia a cargo, en concordancia con las políticas y directrices institucionales, y las instrucciones del jefe del proceso a que pertenece y/o el superior inmediato, con el fin de lograr los resultados asignados en el mapa estratégico de la Entidad.

Descripción de funciones esenciales

Corresponde a quienes ejerzan la dirección o jefaturas, de la DIAN y sus dependencias, además de las que les compete en forma específica, las siguientes:

1. Dirigir, coordinar, vigilar y controlar la ejecución de las funciones, planes y programas de la dependencia a su cargo.
2. Ejecutar los planes de la dependencia a su cargo, y efectuar los seguimientos, ajustes y evaluación correspondiente, de conformidad con el plan estratégico de la Entidad.
3. Ejercer las funciones que en materia de carrera administrativa le han sido asignadas por la ley, y las demás relacionadas con el gerenciamiento del talento humano asignado a su dependencia.
4. Formular y ejecutar las acciones de mejoramiento y demás relacionadas con la administración del sistema de Gestión de Calidad y control interno de la dependencia a su cargo.
5. Administrar los recursos físicos y financieros asignados a su dependencia.
6. Supervisar los procesos y actividades de la dependencia o personas a su cargo.
7. Garantizar la eficiente y correcta implantación del Sistema de Gestión de Calidad y Control Interno en lo de su competencia.
8. Proponer indicadores que permitan medir y evaluar la eficiencia y eficacia de la dependencia a su cargo.
9. Coordinar sus funciones con las de otras dependencias relacionadas y promover la cooperación con las mismas.
10. Suministrar la información requerida para la rendición de cuentas conforme al sistema de contabilidad de gestión de la Entidad.
11. Garantizar la aplicación de los procesos, procedimientos, manuales y demás instructivos que garanticen el cumplimiento de las funciones de la dependencia su cargo, de acuerdo con las directrices señaladas por las

Página 10 de 102



UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
SUBSECRETARIA DE DESARROLLO HUMANO

DESCRIPCION DE FUNCIONES Y PERFIL DEL ROL DE JEFES

Código	Nivel :	Nombre :
152	Profesional	JEFE DIVISION JURIDICA ADUANERA
Area Funcional:	Proceso:	Sub - Proceso:
Misional	Gestión jurídica	Gestión jurídica

respectivas dependencias del Nivel Central y la Administración correspondiente.

12. Desarrollar actividades para determinar y racionalizar las cargas de trabajo de acuerdo a la capacidad operativa de la dependencia a su cargo.
13. Desempeñar las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato, de acuerdo con la naturaleza del empleo.

Educación Formal:

Título:
Profesional: formación universitaria y práctica profesional que le da suficiencia y conocimiento del negocio de la DIAN

Experiencia:

2 años de experiencia

Disciplinas:

Derecho

Otras:

En efecto, como lo defendió la DIAN a través de sus apoderados y lo advirtió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la primera instancia:

Conforme con los argumentos anteriormente expuestos, es fácil colegir, que representan un resumen de todos los cargos expuestos anteriormente, por lo tanto, se reiterarán las premisas básicas: i) En el acta fisca #302 del 12 de junio de 2006, sí se estipuló la causal de aprehensión, tal como se explicó en líneas anteriores; ii) no se aplicó retroactivamente la legislación aduanera; iii) No hubo quebrantamiento del Debido Proceso; y, iv) De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, la entidad demandante no probó que las máquinas hubiesen ingresadas nuevas al país, toda vez que de las facturas aportadas no logra establecerse si son o no las aprehendidas, de la inspección realizada no se pudo establecer la plaqueta de identificación, ni el año de fabricación de las máquinas, tampoco se probó que las piezas cambiadas en las máquinas obedecieran al uso de las mismas, pues no se aportaron las facturas de compra respectiva de los repuestos, ni un documento contable que respaldara tal afirmación y no se demostró que las piezas que fueron cambiadas estuviesen averiadas. En ese orden de ideas, le asiste razón a la entidad demandada en establecer que no se cumplió con el requisito de licencia previa, de conformidad con la Resolución 001 de 2005.

Reitero, no es objeto de discusión que el funcionario inspector encontró máquinas que figuraban como importadas en los años 1997 y 1998, ensambladas con piezas de los años 1989 a 1991 por lo que requerían licencia previa para su ingreso al país (Ley 7 de 1991 en conc. Res. 01/95), documento que nunca se acreditó y originó en consecuencia la cancelación del levante lo que a su vez condujo a la inexistencia de la declaración de importación y pese a las pruebas practicadas a instancias de la misma Autoridad Aduanera no se acreditó que las máquinas fueran nuevas, como se analizó atrás respecto del único testimonio de quien se dijo las había recibido cuando fueron importadas y a las que individualizó con una placa, que jamás apareció.

Luego, igualmente, mal puede elaborarse un juicio subjetivo de responsabilidad de la señora BETTY SAAVEDRA GARCIA, cuando solo hizo evaluar las pruebas que obraban en el plenario, tanto las aportadas por el investigado como las practicadas a instancias de la propia DIAN, mismas que no desvirtuaron lo constatado, esto es que las máquinas aprehendidas tenían piezas de diferentes años al de su importación, inclusive anteriores lo que permitía catalogarlas como usadas y por tanto con la obligación de aportar la respectiva licencia previa de importación, que nunca se acreditó.

Por manera que tanto lo expuesto durante el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la DIAN, como en la demanda en el sentido de que el funcionario aprehensor adicionó o registró datos que no lo fueron en el acto notificado al investigado, carece de sustento y así el hecho presumido desaparece siguiendo en consecuencia el mismo curso la inferencia que de allí derivó.

De igual forma lo considerado durante el mismo Comité como en la demanda, en el sentido de que la señora BETTY SAAVEDRA GARCIA, debió advertir la falencia que tenía el trámite desde su inicio y frente a la Resolución que ordenó el decomiso, pierde todo sustento dejando a la misma suerte la inferencia de allí derivada.

5. Conducta cuidadosa y diligente de los funcionarios

A pesar de haberse concluido en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que los actos administrativos demandados estaban viciados de falsa motivación, dicha consideración no probaba por sí sola la materialización de la imputación subjetiva elevada en contra de mi representado, ni de los otros funcionarios demandados en el proceso de repetición.

En relación con lo anterior, es preciso poner de presente el criterio del Consejo de Estado en sentencia de Mayo 7 de 2008, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, Exp. 19.307, acerca del alcance probatorio en los juicios de repetición –en relación con las posibles conductas dolosas o gravemente culposas de los demandados– de las sentencias que condenan al Estado en el curso de un trámite ordinario:

"Se equivoca el a quo al deducir la responsabilidad del demandado, teniendo como prueba de la misma, la valoración probatoria que realizó el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en la sentencia que declaró la nulidad de la resolución de insubsistencia; y aunque en el mencionado proceso de nulidad se demostró la desviación de poder y por tal razón se anuló el acto, las pruebas aportadas en ese proceso no pueden ser valoradas en este, toda vez que su traslado no fue solicitado por las partes.

Sobre el valor probatorio de las providencias judiciales se ha afirmado lo siguiente:

'... aunque entre tales documentos se encuentra también la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial con sede en esta ciudad.... no puede perderse de vista que la copia de una decisión jurisdiccional de tal naturaleza, como lo ha reiterado la Corte, acredita su existencia, la clase de resolución, su autor y su fecha, excluyendo las motivaciones que le sirvieron de soporte, doctrina con arreglo a la cual puede afirmarse que la copia de dicha providencia demuestra que se trata de una sentencia desestimatoria de la pretensión..., proferida por dicha

Corporación, en la fecha mencionada, mas no sirve para la demostración de los hechos que fundamentaron tal resolución... pues como lo ha reiterado la Sala tener como plenamente acreditados los hechos tenidos como ciertos en la motivación de una sentencia proferida en otro proceso, podría suscitar eventos '... incompatibles con principios básicos de derecho procesal, pues entonces no sería el juez de la causa a quien correspondería valorizar y analizar las pruebas para formar su propia convicción sobre los hechos controvertidos, desde luego estaría obligado a aceptar el juicio que sobre los mismos se formó otro juez, y las partes en el nuevo litigio no podrían contradecir la prueba ni intervenir en su producción...Sentencia S-011 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del seis de abril de 1999).

En línea con lo anterior, la Sala ha expuesto:

'(...) la motivación de la sentencia judicial que imponga una condena patrimonial a cargo de una entidad pública y el pago de la misma no son pruebas idóneas para establecer per se la responsabilidad del demandado en acción de repetición. En efecto, en aquellos casos en los cuales la acción de repetición se fundamenta únicamente en las consideraciones que dieron lugar a la imposición de una condena, la Sala ha sostenido que estas no son suficientes para comprometer al demandado ni para concluir que su actuación hubiere sido dolosa o gravemente culposa, dado que la conducta imputada debe ser demostrada en el proceso de repetición en aras de garantizar a favor del demandado el debido proceso, puesto que la acción de repetición es autónoma e independiente respecto del proceso que dio origen a la misma'.

De conformidad con la pauta jurisprudencial en cita, se tiene que la sentencia de 10 de Mayo de 2018, proferida por el Consejo de Estado, no puede demostrar, **por sí sola**, que la conducta de los entonces demandados hubiera sido dolosa o gravemente culposa, sino que le correspondía a la ahora parte demandante en el proceso de repetición, además, justificar las razones de su imputación, lo que no hizo.

Cabe reiterar que para determinar el juicio subjetivo de responsabilidad que recae sobre el agente estatal demandado en acción de repetición debe construirse bajo diversos criterios, pues para determinar la existencia del dolo o de la culpa grave, el juez debe observar lo dispuesto en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, además interpretar y aplicar el artículo 63 del Código Civil, y armonizar éstas con los fundamentos Constitucionales de esta acción patrimonial, pero enfatizando en los postulados de los artículos 6, 91 y 123 de la Carta, los cuales le imponen a los agentes estatales la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico, situación que lleva a considerar lo dispuesto, incluso, desde los manuales de funciones de la respectiva entidad.

Así las cosas, es claro que el funcionario inspector encontró máquinas que figuraban como importadas en los años 1997 y 1998, ensambladas con piezas de los años 1989 a 1991, vale decir anteriores a la fecha de la operación de comercio exterior por lo que concluyó que eran usadas (NO NUEVAS), y en esa medida requerían licencia previa para su ingreso al país, hecho que nunca se acreditó a lo largo del proceso gubernativo, luego se canceló el levante lo que a su vez condujo a la inexistencia de la declaración de importación, ya que si bien la mercancía fuera presentada en cumplimiento de las normas aduaneras *ab initio* (1997 y 1998) implica también que dicha satisfacción debe ser continúa en el tiempo, vale decir en cualquier momento posterior en que la autoridad aduanera lo exija.

Es así como tanto en la actuación gubernativa de la DIAN a través de todos sus respectivos funcionarios como de aquellos que la defendieron estuvo enmarcada dentro del ámbito de sus competencias quienes, con todo rigor siguieron los procedimientos señalados en la ley hasta culminar con la expedición de los actos administrativos, cuya legalidad fue mantenida por el *a quo* porque el entonces demandante, no probó que las mercancías importadas fueran nuevas, pues de las facturas de venta anexadas, no logran identificarse las máquinas ni acreditó que las piezas usadas fueron cambiadas por las nuevas y éstas estuviesen a su vez amparadas en alguna declaración de importación ni probó con documentos contables la compra de las piezas usadas, más aún nunca se logró encontrar la plaqueta de identificación, ni pudo determinarse el año de fabricación.

6. Genéricas

Pido, igualmente, se reconozcan oficiosamente todos aquellos hechos exceptivos de connotación genérica que resulten probados.

V. Pruebas

Solicito evaluar tanto el expediente administrativo que culminó con la Resolución que resolvió el recurso de reconsideración dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como las allegas por la parte demandante dentro del presente trámite judicial.

El poder debidamente otorgado para contestar esta demanda ya fue aportado a su Despacho con ocasión de la notificación personal.

VI. Notificaciones

Las recibiré en la **Carrera 5 No. 12 – 28, Oficina 211** del Centro Comercial Plaza Caicedo en la ciudad de Cali (Valle del Cauca).

Celular: **315 – 4629791**

Correo electrónico: **febecu_04@hotmail.com**

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ferney B. Cuellar', with a long horizontal line extending to the right.

FERNEY EDINSON BENAVIDES CUELLAR

C.C. No. 80.273.204 de Bogotá
T.P. No. 97.519 del C. S. de la J.
Correo: febecu_04@hotmail.com