REPÚBLICA DE COLOMBIA

JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 57

Santiago de Cali, abril veinticinco (25) de dos mil dieciocho (2018).

Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho - Tributario
Radicación	76001-3333-005-2015-00372-00
Demandante	PRODUCTOS OSA E.U
Demandado	NACIÓN – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario, instaurado a través de apoderado judicial, por parte de PRODUCTOS OSA E.U, en contra de la NACIÓN – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar que el auto inadmisorio No. 105-0084 del 1 de julio de 2015 proferido por el grupo interno de trabajo de devoluciones de la división de Gestión de recaudo de la Dirección seccional de impuestos de Cali, que resolvió una solicitud de devolución de un IVA pagado en la declaración de importación identificada con el No. 23029012754223 por valor de $12.700.000, presentando argumentos de fondo, sea nulo.

1.2. Restablecer el derecho que le asiste a la demandante disponiendo la devolución del IVA pagado en la declaración de importación No.23029012754223.

2. HECHOS

Los hechos invocados a manera de resumen son:

2.1. El 22 de diciembre de 2011, PRODUCTOS OSA E.U., importo alcohol etílico. Esta nacionalización se encuentra amparada en la declaración de importación No. 23029012754223. Con esta declaración se pagó un IVA equivalente a $12.700.000. IVA que no estaba obligado a pagar, en consideración a que el alcohol etílico importado se encontraba excluido de dicho impuesto y por lo tanto su pago corresponde a un pago de lo debido.

2.2. El alcohol etílico importado es utilizado en PRODUCTOS OSA E.U. como materia prima para producir el medicamento alcohol antiséptico.

2.3. El 11 de marzo de 2014 el Departamento de Farmacia de la facultad de ciencias de la Universidad Nacional emitió un concepto técnico mediante el cual se certifica que el alcohol antiséptico es un medicamento, que concluye que *"El alcohol etílico utilizado en solución acuosa con concentraciones superiores al 70% y con indicación antiséptica y desinfectante, es considerado un medicamento tanto a nivel nacional como en Cuba, Costa Rica y Bolivia, de acuerdo al reconocimiento dado por organismos mundiales".*

2.4. El 12 de junio de 2015 el demandante presentó ante la Dirección seccional de impuestos de Cali una solicitud de devolución por pago de lo no debido del IVA pagado en la declaración de importación No. 23029012754223.

2.5. La DIAN profirió el Auto inadmisorio No. 105-0082, el cual fue notificado el 3 de julio de 2015. Cuya parte considerativa en decisión de fondo estableció: "PRODUCTOS OSA E.U, "debió haber solicitado el cambió del valor del IVA del dieciséis (SIC) porciento (16%) al cero por ciento (SIC) (0%), situación que en su momento oportuno en aplicación de esta norma no se realizó". Contra el acto no procede recurso alguno. No obstante, lo anterior, en el acto se señaló que se tenía un mes para subsanar la solicitud de devolución, le estaba obligando a lo imposible, pues PRODUCTOS OSA E.U no podía presentar una liquidación oficial de corrección porque no estaba obligado a ello.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

3.1. Invoca como transgredidos los artículos 29, 84, 228 y 229 de la Carta Política; artículos 236 y 548 del decreto 2685 de 1999 (estatuto aduanero). Decreto 2317 de 1995; los artículos 28 y 29 del Código Civil. Decreto 677 de 1995. Los artículos 5, 42, y 43 del CPACA; articulo 857 del Estatuto Tributario; y los artículos 2, 4, 16 del Decreto 2277 de 2012.

3.1.1. señala el apoderado de PRODUCTOS OSA E.U, que se presentó una solicitud de devolución, cumpliendo con los requisitos señalados en los artículos 2 y 4 del decreto 2277 de 2012, modificado por el decreto 2877 de 2013. Que no es aplicable para ellos lo establecido en el artículo 548 del Estatuto Aduanero, ya que consagra los requisitos de una devolución, cuando se trata de un pago en exceso. En esa medida, dicho artículo no es aplicable al caso concreto y por lo tanto no se requiere la presentación de una liquidación oficial de corrección.

Como así lo considero la DIAN mediante el auto inadmisorio demandado, que productos OSA E.U, debió haber presentado una liquidación oficial de corrección, además de haber presentado una modificación a la tarifa del IVA del 16% al 0%, en ese sentido expone que la DIAN consideró que la importación del alcohol etílico si estaba gravada de IVA, pero a una tarifa del 0%, siendo esto incorrecto pues, el pago del IVA constituyo un PAGO DE LO DEBIDO como quiera que la importación se encontraba excluida.

3.1.2. El demandante manifiesta que se encontraba imposibilitada para subsanar la inadmisión, pue no podía presentar la liquidación oficial de corrección, como quiera que no estaba obligada a ello, pues el pago de IVA constituyo un pago de lo no debido.

3.1.3 Que de conformidad con el artículo 43 del CPACA la DIAN tomó una decisión de fondo e imposibilitó la continuación de la actuación en la etapa administrativa, ya que resolvió la solicitud de devolución considerando que el IVA pagado había sido un pago en exceso y expresamente señalo que no procedía recursos.

3.1.4 lo anterior colige un argumento de fondo y no de simple forma. Por lo anterior expone el demandante que la DIAN no debió haber inadmitido la solicitud de devolución, sino que debió haberla rechazado, otorgándole la posibilidad a PRODUCTOS OSA, de presentar el recurso de reconsideración defendiendo su posición.

3.1.5 El acto que se demanda inadmitió la solicitud de devolución argumentando que PRODUCTOS OSA E.U no había adjuntado la liquidación oficial de corrección proferida por la DIAN, desconociendo el pago de lo no debido y sosteniendo que se trataba de un pago en exceso, en virtud a que el alcohol antiséptico es un medicamento clasificable en la partida 30.04 del Arancel de Aduanas, la importación del alcohol etílico (materia prima) se encuentra excluida del IVA. Por lo tanto, el IVA cancelado en la declaración de importación No. 23029012754223 no tenía causa legal, en la medida que cuando un bien se encuentra excluido, quiere decir que no está sujeto al impuesto. En consecuencia, el pago del IVA fue un pago de lo no debido y no un pago en exceso.

3.1.6 el apoderado del demandante señala que desde el auto inadmisorio, está decidiendo de fondo una solicitud, obstruyendo el acceso a la justicia y con ello violando el artículo 229 de la constitución política, e incumpliendo lo establecido en el artículo 857 del Estatuto Tributario[1] .

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, dio respuesta a la demanda precisando que es la autoridad que determina oficialmente e Colombia la subpartida arancelaria por la que se clasifica una mercancía a efectos de determinar las tarifas de los tributos aduaneros (arancel e IVA) que deben cancelar cuando se presenta la declaración de importación que determina su legal ingreso y permanencia dentro del territorio.

El demandado se opone a las pretensiones de la demanda, en razón a que el acto administrativo demandado fue expedido con el fundamento legal que le corresponde, como auto de trámite que es y no adolece de vicio alguno en el procedimiento para su expedición y notificación. Además solicita que no se restablezca en el derecho a la sociedad Productos Osa E.U, ordenando la devolución del IVA pagado en la declaración de importación No. 23029012754223 por no haber lugar a ello, además solicita no se condene en costas y agencias en derecho.

[1] Causales de inadmisión de una solicitud de devolución.

El fundamento esgrimido para la negación de las pretensiones se fundamenta en que la inadmisión o rechazo de una solicitud de devolución y/o compensación de tributos aduaneros, se encuentra establecida en el art. 857 del Decreto 624 de 1989, y la cita; argumenta que como se observa la normatividad prevé la figura del rechazo y la figura de la inadmisión cada una con sus causales expresas y sus efectos y consecuencias para el contribuyente. En el caso que se trata en este proceso mediante el Auto No. 0084 de julio 1 de 2015, se inadmitió la solicitud de devolución porque no había cumplido con lo indicado en el artículo 548 del Decreto 2685 de 1999. Teniendo dos posibilidades el demandante, presentar voluntariamente una declaración de corrección de conformidad con el art. 234 del Estatuto Aduanero corrigiendo la subpartida arancelaria y la tarifa para declarar el alcohol etílico como lo discute la subpartida 30.04 que está excluida del IVA, o solicitar a la DIAN la expedición de una declaración de corrección para efectos de devolución de conformidad con el artículo 513 del Estatuto aduanera demostrando en cada caso los fundamentos legales y razone de la procedencia de corrección, antes de quedar en firme la declaración de importación, en el término establecido en el artículo 131 ibídem. Para el caso se le concedió un plazo de un (1) mes para que subsanara las deficiencias advertidas, tal como se le indicó en el art. 2° del auto inadmisorio No. 0084 de julio 1 de 2015, termino en el cual no se reiteró la solicitud, no se subsano, ni se presentó prueba alguna que demuestre que a la DIAN que el alcohol etílico está excluido del IVA y que se clasifica en la partida 30.04.

El demandado además propone excepciones:
Ineptitud de demanda por requisitos formales (Falta de agotamiento del procedimiento en sede administrativa), e indica que el usuario aduanero tenía 3 años para solicitar la liquidación de corrección con fines de devolución ante la administración, la cual no presentó en el término estipulado por la legislación aduanera.

Ineptitud de demanda por demandar un auto de trámite el cual no es demandable ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, esto en virtud a que el auto inadmisorio es un auto de trámite y por ende no es susceptibles de control jurisdiccional, es un acto previo a la expedición de la decisión definitiva sobre la procedencia de la devolución; arguye que sólo los actos definitivos son demandables ante la jurisdicción, por lo tanto el despacho debe inhibirse de pronunciarse al respecto.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes demandante y demandada exponen sus alegatos de conclusión, a folios 294 a 316, reiteran respectivamente, los argumentos planteados en la demanda y en la contestación de la demanda. El Ministerio Público, no conceptuó.

6. CONSIDERACIONES

6.1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control, y atendiendo la fijación del litigio hecha en la audiencia inicial llevada a cabo el 2 de mayo de 2017, el cual se estableció así: ***"¿en este caso se debe determinar si el alcohol etílico (etanol) en los términos expuestos en la demanda, se encuentra excluido de pagar el IVA debido a que se utilizó para la fabricación de un medicamento y en tal sentido, si la respuesta a este interrogante es afirmativa, se entrará a determinar si es procedente o no, declarar la nulidad del auto inadmisorio No. 105-0084 del 1 de julio de 2015 y por ende, la devolución del pago de lo no debido realizado por dicho concepto?***

6.2. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO:

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

6.2.1. Efectuar una relación de los hechos probados en el presente asunto;

6.2.2. Analizar el marco normativo respecto a si el alcohol etílico, conforme se expuso en la demanda se encuentra excluido de pagar el IVA, en virtud a que se utilizó para la fabricación de un medicamento.

6.2.3. Determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la demandante el restablecimiento del derecho reclamado.

7. HECHOS DEBIDAMENTE PROBADOS

7.1. Con el escrito de demanda se allegó al proceso:

- Copia de los actos demandados[2].
- Declaración de importación[3]
- Resolución No. 2008028714 de 8 de octubre de 2008 del INVIMA (concesión de Renovación del Registro Sanitario para el producto ALCOHOL ANTISEPTICO OSA®, en la modalidad de fabricar y vender por el término de diez (10) años. (contiene los principios activos, cada 100ml contiene ALCOHOL ETILICO 96° G.L. 72,90 mL)

7.2. Con el escrito de contestación de demanda se allegó:

- Copia del Expediente contentivo de todas las actuaciones adelantadas dentro del trámite de devolución y/o compensación No, DA 2011 2015 1365 presentada por el contribuyente PRODUCTOS OSA E.U Nit. 814.006.360[4].
- Resolución No. 03225 de abril 28 de 2014, por el cual se expide una clasificación arancelaria
- Declaración de importación formulario No 882011000107148-1[5]

7.3 prueba de oficio.

[2] Folio 43 al 45 Cuaderno No. 1
[3] Folio 46 cuaderno No. 1
[4] Folios 173 al 189 Cuaderno No. 1
[5] Folio 207-208 cuaderno No. 1

- Informe técnico realizado por el INVIMA, en el que responden a la petición así: *"En atención al asunto, se verificó la información que reposa en el expediente 30321, evidenciándose que la sustancia alcohol etílico 96° G.L., relacionada en la declaración de importación que adjunta en su petición corresponde al principio activo con el cual se fabrica el producto alcohol antiséptico OSA, con Registro sanitario INVIMA 2008M-009828-R1, cuya vigencia vence el 23 de octubre de 2018. Dicho producto se encuentra clasificado como medicamento".*

8. ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 3733 de 2005, por medio del cual "se fijan condiciones para la exclusión del impuesto sobre las ventas para materias primas químicas utilizadas en la fabricación de medicamentos, plaguicidas e insecticidas y fertilizantes", en el artículo 1° se reza: "*Materias primas químicas para la elaboración de medicamentos. Las materias primas químicas destinadas a la síntesis o elaboración de medicamentos correspondientes a las partidas 29.36, 29.41 , 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06 del actual Arancel de Aduanas, clasificables en los capítulos 11, 12, 13, 15, 17, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 38, 39 y 72 para medicamentos de uso humano y en los capítulos 13, 15, 16, 17, 21, 23, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35 y 38 para los de uso veterinario, están excluidas del impuesto sobre las ventas si se cumplen las condiciones establecidas en el presente decreto, según el caso." (subrayado fuera de texto)*

ARIAN	**3004.10.10.00**	01-ene-2007	...	
Descripción	Productos farmacéuticos Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 ó 30.06) constituidos por productos mezclados o sin mezclar, preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados (incluidos los destinados a ser administrados por vía transdérmica) o acondicionados para la venta al por menor. - Que contengan penicilinas o derivados de estos productos con la estructura del ácido penicilánico, o estreptomicinas o derivados de estos productos: - - Para uso humano	01-ene-2007	...	
Unidad física	kg - Kilogramo	01-ene-2007	...	

[6]

También el Estatuto Tributario en su artículo 424, establece aquellos bienes que no causan el impuesto sobre las ventas, y en la nomenclatura arancelaria andina[7] aparece registrado de la siguiente manera:

[6] https://salidademercancias.dian.gov.co/WebArancel/DefConsultaGeneralNomenclaturas.faces

[7] La nomenclatura que a nivel mundial rige actualmente es el del sistema armonizado que corresponde a un modelo desarrollado en 1988 por la Organización Mundial de Aduanas OMA.18. Este sistema creó un estándar uniforme multi-propósito y de lenguaje común para la clasificación de los bienes que se comercian a nivel mundial. No sólo tiene aplicación para el cobro de impuestos de importación, sino que es utilizado para elaboración de estadísticas de comercio internacional, monitoreo de productos controlados y establecimiento de políticas arancelarias, entre

30.04	Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 ó 30.06) constituidos por productos mezclados o sin mezclar preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor.

Es de anotar que el importador o vendedor de Alcohol Etílico Extra-neutro y Alcohol Etílico Industrial al 96% debe probar, de manera previa a la importación o a la venta, que dicha materia prima se destinará a la producción de los medicamentos previstos en el artículo 424 del Estatuto Tributario, so pena de que la misma no sea considerada como un bien excluido del impuesto sobre las ventas, en los términos de los artículos 1, 3, 4 y 5 del Decreto 3733 de 2005.

En efecto, estas normas disponen:
"ARTÍCULO 3. IMPORTACIONES. Para las importaciones, se requerirá visto bueno previo del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, o del Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, según el caso, conforme al procedimiento establecido para el efecto. Cuando se trate de importaciones efectuadas por comercializadores, para obtener el visto bueno anterior, deberá acreditarse que tal materia prima será destinada a productores de medicamentos de uso humano o veterinario o de plaguicidas e insecticidas y fertilizantes según corresponda y en sus posteriores ventas en el país se sujetará a lo dispuesto en el artículo 4° del presente decreto.

PARÁGRAFO. El registro o licencia de importación, así como la declaración de importación respectiva, contendrán exclusivamente mercancías para las cuales se solicita la exclusión del impuesto sobre las ventas (IVA).

ARTÍCULO 4. VENTAS EN EL PAÍS. En el caso de ventas en el país, el adquirente deberá entregar al proveedor nacional, o importador: a) Certificación de su registro vigente, sanitario o de productor, como fabricante de medicamentos de uso humano o veterinario, de plaguicidas e insecticidas, o fertilizantes, expedida por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos 3 y Alimentos, INVIMA, o por el Instituto Colombiano Agropecuario, ICA, según el caso, con el primer pedido del año gravable; b) Manifestación suscrita por el fabricante, o su representante legal, en el sentido de que la materia prima solicitada será destinada por su empresa a la fabricación de medicamentos o de plaguicidas e insecticidas o fertilizantes, según el caso.

Ahora bien, en relación con el pago de lo no debido, el código civil colombiano, lo define en el artículo 2313 como "el que por error ha hecho un pago, prueba que no lo debía, tiene derecho para repetir lo pagado".

El Decreto 1000 de 1997 en el artículo 21 reglamento la figura del pago de lo no debido, para permitir su solicitud de devolución o compensación. Señalando que

---

otras. La nomenclatura que se diseñó y que se mantiene actualizada es lo suficientemente amplia y estructurada para clasificar a cada mercancía en una y sólo una subapartida arancelaria. Para ello, existen las notas legales, las reglas generales de interpretación del sistema armonizado, las nomenclaturas, las notas explicativas, el índice de criterios y el índice alfabético. Adicionalmente, el Arancel está organizado de manera progresiva con arreglo al grado de elaboración: materias primas, productos en bruto, productos semi elaborados y productos terminados. A medida que el grado de elaboración aumenta, la clasificación arancelaria obedece a la función que caracteriza a la mercancía.

“habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento…”

Y el Estatuto Tributario en su artículo 850 dispone en el inciso segundo que la DIAN “deberá devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos en exceso o de lo no debido, que estos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras cualquiera que fuera el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor”.

9. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, el Despacho observa lo siguiente:

9.1 Que de acuerdo a la calificación que realiza el INVIMA, el alcohol antiséptico ha sido calificado como medicamento según como consta en el Registro Sanitario M-009828R-1 del 8 de octubre de 2008, y lo establecido en la Resolución No. 2008028714 de la misma fecha, en donde se dice que con base en el decreto 677 de 1995, y la norma farmacológica No. 13.1.6.0.N.10

13.1.6. Antisépticos y desinfectantes

13.1.6.0.N10 Se aceptan:

ID	ATC	PRINCIPIO ACTIVO	FORMA FARMACÉUTICA	CONCENTRACIÓN
2598	D08AX08	ALCOHOL ETILICO	GEL	64.9% de alcohol al 96%
2599	D08AX08	ALCOHOL ETILICO	SOLUCIÓN	64.9% de alcohol al 96%
		ALCOHOL ETILICO (70%) + GLICERINA	SOLUCIÓN	96% + 4%
	D08AX08	ALCOHOL ETILICO	GEL	65%
	D08AX08	ALCOHOL ETILICO	SOLUCIÓN	70%
		ALCOHOL ETÍLICO + MENTOL	LOCIÓN	70% + 0.5%
		ALCOHOL ETÍLICO + MENTOL	LOCIÓN	70% + 0.39%
		ALCOHOL ETÍLICO + YODO + YODURO DE POTASIO	LOCIÓN	70% + 2% + 2.4%
		ALCOHOL ISOPROPILICO + YODO	LOCIÓN	74% + 0.7%
2944	D08AJ91	BENZETONIO CLORURO	LOCIÓN	0.133%
		BENZETONIO CLORURO + CLOROCRESOL+ DIÓXIDO DE TITANIO	CREMA	0.08% + 0.1% + 20%
		BENZETONIO CLORURO + CRORocRESOL + CLORURO DE CETILPIRIDINIO	LOCIÓN	0.25% + 0.025% + 0.025%
2524	D08AD91	BÓRICO ÁCIDO	CREMA	2%
2525	D08AD91	BÓRICO ÁCIDO	CREMA	5%
2526	D08AD91	BÓRICO ÁCIDO	POLVO MEDICADO	2 - 5g
2527	D08AD91	BÓRICO ÁCIDO	POMADA	0.1g
		BÓRICO ÁCIDO + ÓXIDO DE ZINC	CREMA	2% +2%
		BÓRICO ÁCIDO + KETOCONAZOL + ÓXIDO DE ZINC	POLVO	3.8% + 1% + 8%
3357	D08AJ04	CETRIMIDA	LOCIÓN	3%

Ahora bien, teniendo en cuenta que como quiera que el alcohol antiséptico, es considerado como un medicamento, y en virtud a que su principio activo es el alcohol etílico, se encontraría de conformidad con lo establecido en el Decreto 3733 de 2005, en el artículo 1° que establece que : “*Las materias primas químicas destinadas a la síntesis o elaboración de medicamentos correspondientes a las partidas 29.36, 29.41 , 30.01, 30.03, 30.04 y 30.06 del actual Arancel de Aduanas, clasificables en los capítulos 11, 12, 13, 15, 17, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 38, 39 y 72 para medicamentos de uso humano y en los capítulos 13, 15, 16, 17, 21, 23, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35 y 38 para los de uso veterinario, están excluidas del impuesto sobre las ventas si se cumplen las condiciones establecidas en el presente decreto, según el caso.” (subrayado fuera de texto.*

Ahora bien, si se revisa la declaración de importación formulario No. 882011000107148-1[8] presentada en la DIAN en el acápite de descripción de las mercancías dice:

"D.O. 3387/2011, -39615 LTS. NOMBRE TECNICO DEL PRODUCTO=ALCOHOL ETILICOSIN DESNATURALIZAR /ALCOHOL ETILICO (ETANOL) RECTIFICADO. EXTRANEUTRO. PORCENTAJE DE ALCOHOL= 96% GL X20C. MIN. TIEMPO DE AÑEJAMIENTO= NO APLICA. FORMA DE PRESENTACIÓN= LIQUIDO A GRANEL. GRADO ALCOHOLICO VOLUMETRICO= SUPERIOR O IGUAL A 80%. EMPRESA FABRICANTE Y PAIS =SOCIEDAD DEDESTILACIÓN S.A. SODERAL S.A – ECUADOR. CERTIFICADO DE ORIGEN No.=13107269 USO=PARA LA ELABORACIÓN DE MEDICAMENTOS OSA®. REGISTRO SANITARIO INVIMA No. INVIMA M-009828-R1 VIGENTE HASTA OCTUBRE 23 DE 2018. EXPEDIENTE No. 30321. CERTIFICADO INVIMA No. 2010026525 DEL 29/10/2010 NOS ACOGEMOS AL DECRETO 3733/2005. LEY 788/2002, VALIDO PARA LA EXCLUSION DEL IVA. GRAVAMEN 0% NOS ACOGEMOS AL DEC. 1949 DE 1980. CAN;XXXXXXX"

Aunado a lo anterior, el informe técnico emitido por el Director Técnico de Medicamentos y Productos Biológicos del Instituto Nacional de Vigilancia y Medicamentos y Alimentos – INVIMA, respondió que *"En atención al asunto, se verificó la información que reposa en el expediente 30321, evidenciándose que la sustancia alcohol etílico 96° G.L., relacionada en la declaración de importación que adjunta en su petición, corresponde al principio activo con el cual se fabrica el producto Alcohol antiséptico OSA, con Registro Sanitario INVIMA 2008M-009828-R1. Cuya vigencia vence el 23 de octubre de 2018. Dicho producto se encuentra clasificado como medicamento"*[9].

En consecuencia, respecto al interrogante de sí ¿el alcohol etílico el cual fue importado por PRODUCTOS OSA E.U, es la materia prima o principio activo del alcohol antiséptico y si este es considerado como un medicamento?, se concluye que efectivamente si es el principio activo de un medicamento, por lo tanto se encuentra excluido de pagar el IVA.

9.2. Respecto a las devolución de pago de lo no debido, este despacho se pronuncia en el siguiente sentido, se establece que constituye pago de lo no debido en dos sentidos, el primero es cuando no se realiza el hecho generador de un determinado impuesto, el pago que se realice por tal concepto constituye un pago de lo no debido, pues adolece de causa legal toda vez que no nace la obligación jurídico tributaria y el segundo también se configura pago de lo no debido, cuando a pesar de que se presentan todos los elementos de la obligación tributaria, el legislador determina que un contribuyente debe tener un trato preferencial, como es el caso de la exención, y en desconocimiento de ese mandato, se realiza el pago.

[8] Fl. 207-208
[9] Fl. 291 c-1A

Conforme a lo anterior, el elemento esencial para que se presente el pago de lo no debido es que dicho pago adolezca de causa legal.

Como se había mencionado anteriormente, el artículo 850 del Estatuto Tributario consagra en su inciso segundo, que la Administración Tributaria debe devolver oportunamente a los contribuyentes, "los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor."

El Consejo de Estado, ha reiterado en diferentes providencias[10] que las disposiciones tributarias no señalan un término para solicitar la devolución del pago en exceso o de lo no debido, por tanto, debe aplicarse la norma general de prescripción consagrada en el artículo 2536 del Código Civil, en virtud de la cual, la acción ejecutiva prescribe en cinco (5) años a partir de la vigencia de la Ley 791 de 2002. La razón por la cual se aplica este término de prescripción para ejercer el derecho a solicitar lo indebidamente cancelado, radica en el hecho de que quien realiza el pago debe acreditar un título que permita verificar la existencia de la obligación.

En 1997 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1000, mediante el cual reglamentó el procedimiento de devoluciones y compensaciones consagrado en el Estatuto Tributario y en donde reiteró que el término para pedir la devolución de los saldos a favor es de dos años después del vencimiento del término para declarar (artículo 4º), y el de solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido, es el de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil (artículo 11).

Como consecuencia de lo anterior, mientras el término para solicitar la devolución no esté vencido, no existe situación jurídica consolidada y procede la solicitud de reintegro del pago realizado.

En el sentido expresado, el Despacho considera que si existe pago de lo no debido por lo tanto se declarara la nulidad del auto inadmisorio y por ende el restablecimiento del derecho al demandante.

10. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre ***dispondrá*** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

---

[10] -CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA, Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO, Radicación número: 25000-23-27-000-2006-00806-01(16576) Actor: BANCO DE LA REPUBLICA, Demandado: DISTRITO CAPITAL

-CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diez (2010).Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Radicación: 13001-23-31-000-2005-01822-01, Actor: Syngenta S.A., Referencia: Número Interno 17352.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.[11], entre otras cosas, establece que:

"(…) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (…)".

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación[12]:

"(…) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la ***errónea*** *interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma* ***objetiva****, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular,* ***lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (…)"*** (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

*"**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

> *"(…) **8.** Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la *litis*, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo dicho, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Santiago de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de fondo propuestas por el apoderado judicial de la entidad demandada.

---

[11] Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.
[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del acto administrativo contenido en el Auto Inadmisorio no. 105-0084 del 1 de julio de 2015 expedida por la Dirección Seccional de Impuestos de Santiago de Cali GIT devoluciones División de gestión de Riesgos.

TERCERO: Consecuente con las declaratorias de nulidad precedentes y a título de restablecimiento del derecho que le asiste a PRODUCTOS OSA E.U, identificada con Nit No. 814.006.360-7, **DEVOLVER** la suma pagada por concepto de IVA, Tributo aduanero año gravable 2011, originado en la declaración de importación identificada con No. 23029012754223 del 22 de diciembre de 2011 por valor de DOCE MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/CTE ($12.700.000).

CUARTO: ORDENAR dar cumplimiento a esta providencia con observancia a lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA.

QUINTO: NO CONDENAR en costas en esta instancia, según lo expuesto en la parte motivada de proveído.

SEXTO: Cumplido lo anterior, **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
Juez

Yaom