

7339

92



GOBIERNO DE COLOMBIA

www.dian.gov.co

San Juan de Pasto, 24 de mayo de 2018

25 MAY 2018

Hora 4:00

Doctora

Adriana Cervantes Alomia

Juez Segunda Administrativa Oral del Circuito de Pasto

Ciudad

Radicación 2018-00020

Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante Comercializadora ERMO S.A.S.

Demandado Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

Actuación Contestación a la demanda

Maira Cecilia Ortega López, identificada con la cédula de ciudadanía número 27.090.003 de Pasto, y portadora de la tarjeta profesional de abogado número 119.812 del Consejo Superior de la Judicatura, solicito el reconocimiento de personería adjetiva para actuar en defensa de los derechos e intereses de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, de conformidad con el poder que adjunto y procedo a contestar la demanda de la referencia oponiéndome a sus pretensiones

Formule su petición, queja, sugerencia o reclamo en el Sistema PQSR de la DIAN

Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pasto

Calle 17 N° 24-35 PBX 729 32 83
Código postal 520002

93

y solicitando la confirmación de la legalidad de los actos administrativos demandados, con apoyo en los siguientes argumentos:

1. Síntesis de la demanda

El libelo presentado, a través de apoderado judicial, por el señor Juan Manuel Erazo Morillo, en calidad de Representante Legal de la sociedad ERMO S.A.S., se dirigió a que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 1-35-238-419-636-1-238 del 31 de marzo de 2017, proferida por la Jefe del G.I.T Infracciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización, de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, por la cual se ordenó el decomiso de motocicletas Mini Cross y Minicuatrimotos.
- Resolución No. 135-201-236-601-000831 del 02 de octubre de 2017, proferida por la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, confirmando la decisión de decomiso.

Además, solicitó el demandante:

94

“.. Como consecuencia de lo anterior y a título del restablecimiento del derecho, se condene a la demandada DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN, a pagar a título de restablecimiento del derecho las siguientes sumas de dinero:

- a) La suma de **\$33.914.811** o la que se demuestre en el proceso, por concepto de daño emergente que corresponde al valor en aduanas de la mercancía relacionada en la declaración de importación No.352017000029072-5 del 23/01/2017 y que objeto de decomiso.
- b) La suma de **\$5.035.144** o la que se demuestre en el proceso, pagados por concepto de transporte internacional desde China hasta Buenaventura
- c) La suma de **\$143.680** o la que se demuestre en el proceso, pagados por concepto de seguros para el trayecto de transporte de la China a Buenaventura.
- d) La suma de **\$26.664.383** o la suma que se establezca en el proceso, por concepto de IVA, arancel, almacenaje, liberación de guía, devolución de contenedor, diligencia de reconocimiento de la mercancía, registro de importación, póliza de seguros, 4/100, agenciamiento aduanero, formularios y gastos de operación.
- e) La suma de **\$158.282** o la suma que se establezca en el proceso, por concepto de uso de infraestructura portuaria de Buenaventura.
- f) La suma de **\$1.056.790** o la suma que se establezca en el proceso, por concepto de almacenaje, uso de infraestructura, cuadrilla de desembalaje, materiales, pesaje, servicio de montacargas, copias, descargue de contenedor,

3

cargue de contenedor, clasificación de mercancía, cargue o despacho de contenedor vacío.

g) La suma de **\$3.085.337** o la suma que se establezca en el proceso, por concepto de servicio de contenedor.

h) La suma de **\$3.400.000** moneda legal o la que se demuestre en el proceso, por concepto de daño emergente que corresponde al valor de los honorarios ocasionados en la defensa jurídica y profesional en el Expediente PF-2017-2017-00081 a razón del 10% del valor en aduanas de la mercancía.

i) Los intereses comerciales sobre las sumas anteriores por concepto de lucro cesante causados desde la fecha de la aprehensión.

TERCERO: Se condene en costas a la parte Demandada por cuanto en la vía gubernativa existieron suficientes fundamentos y elementos probatorios para devolver la mercancía en esas instancias.

CUARTO: Para dar cumplimiento de la Sentencia, se ordenará dar aplicación a los artículos 192 y siguientes del C.P.A.C.A..."

2. Respuesta a las pretensiones

La Entidad que represento se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda.

3. Respuesta a los hechos de la demanda

Con respecto a los hechos de la demanda, manifiesto lo siguiente:

Al hecho No. 1. No me consta lo referente al objeto social del demandante; es cierto que mediante la factura No. 16HPY139-1 del 06 de diciembre de 2016, la Comercializadora ERMO S.A.S., adquirió del proveedor HIGH PER CORPORATION LIMIED, la mercancía importada con declaración de importación con aceptación No. 352017000029072 del 23 de enero de 2017, con un valor FOB de USD 9,780,00. Sobre las demás afirmaciones del demandante, no es posible pronunciarse en esta parte de la contestación, habida cuenta que no se trata de hechos, sino de argumentos que esgrime como sustento de sus pretensiones.

Al hecho No. 2. Es cierto.

Al hecho No. 3. Es cierto en cuanto a los trámites adelantados.

Al hecho No. 4. Es cierto.

Al hecho No. 5. Me consta la liquidación de los valores que aparecen en la declaración de importación con aceptación No. 352017000029072 del 23 de enero

de 2017 y sus documentos soporte; su efectivo pago y los demás gastos que enuncia el demandante, no me constan, deberán probarse en el proceso.

Al hecho No. 6. Es cierto que una vez otorgado el levante, la mercancía es sometida a control posterior, por parte de los funcionarios de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, control en el que se encuentra la irregularidad que dió lugar a la aprehensión y posterior decomiso, quedando constancia de sus actuaciones en los actos administrativos mencionados, cuyo contenido es el que puede leerse en las piezas procesales, aportadas con esta contestación.

Al hecho No. 7. Es cierto.

Al hecho No. 8. Es cierto.

Al hecho No. 9. Es cierto que la situación jurídica de la mercancía aprehendida fue definida mediante la Resolución No. 1-35-238-419-636-1-238 del 31 de marzo de 2017, proferida por la Jefe del G.I.T Infracciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización, de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura; más NO es cierto que esto haya sido "*de plano*", como lo señala el demandante, pues el acta de aprehensión fue notificada en debida forma a los interesados, sobre esto no hay discusión, y ellos no ejercieron su derecho de defensa, que si bien es un derecho, es facultativo su ejercicio; en el acto en

comento, se encuentra plasmada la motivación que da sustento a la decisión adoptada, como puede apreciarse en las piezas procesales aportadas con esta contestación.

Al hecho No. 10. Es cierto, en el escrito contentivo del recurso, el apoderado plasmó sus motivos de inconformidad, los cuales pueden leerse en el cuerpo de dicho memorial y que es aportado con esta contestación, aportando y solicitando la práctica de pruebas.

Al hecho No. 11. Es cierto que mediante la Resolución No. 135-201-236-601-000831 del 02 de octubre de 2017, proferida por la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, se resolvió el recurso de reconsideración, confirmando la decisión de decomiso, bajo la motivación contenida en dicho acto administrativo; sobre este hecho es de advertir que el que, en la resolución mencionada, no se haga alusión a la fecha de admisión del recurso de reconsideración o el auto de pruebas, no demuestra nada ya que el acto administrativo, fue expedido oportunamente y en cualquier caso, de conformidad con las prescripciones legales pertinentes, bajo las circunstancias de la mercancía decomisada, no es jurídicamente posible la configuración del silencio administrativo positivo, como adelante se explicara en detalle.

Al hecho No. 12. No me consta si a los demandantes se les ha ocasionado los

perjuicios mencionados. Lo que es cierto es que, aun de haberse producido, no son imputables a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las razones que más adelante se expondrá.

4. Respuesta a las normas violadas y concepto de la violación

Según el apoderado, los actos administrativos enjuiciados están viciados por diferentes motivos, al respecto se puede afirmar que no hay nada más alejado de la realidad como más adelante se explicara en detalle, dejando al descubierto la confusión de los argumentos en los que se han edificado las pretensiones de la demanda.

Luego entonces, se dará respuesta al concepto de violación manifestado por la parte demandante, en armonía con la situación fáctica expuesta, acudiendo al estudio de la normatividad aduanera aplicable al caso, de la doctrina interna de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, todo lo cual permitirá concluir que los actos administrativos enjuiciados se profirieron con apego a la legalidad y respetando el debido proceso.

Primeramente, es preciso tener en cuenta que la norma que faculta a la autoridad aduanera para adoptar las medidas administrativas de aprehensión y decomiso

con ocasión de la importación de mercancías, aplicable a este caso, es del siguiente tenor:

Decreto 390 de 2016.

"Artículo 550. Causales de aprehensión y decomiso de mercancías. Dada lugar a la aprehensión y decomiso de la mercancía, la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos.

...

3. Cuando en control posterior se encuentre que los documentos soporte no corresponden con la operación de comercio exterior declarada; o no son los originalmente expedidos; o se encuentran adulterados; o corresponden a un importador o declarante inexistente al momento de su otorgamiento o no demuestran el cumplimiento de la restricción legal o administrativa..."

Así entonces, encuadrada como se encuentra la controversia en un proceso administrativo de decomiso y teniendo en cuenta que el demandante señala que atendiendo a lo establecido en la Ley 1609 de 2013, Ley marco de Aduanas, en los procesos aduaneros operan principios del derecho penal y que estos son de aplicación inmediata y no requieren norma reglamentaria, es preciso traer a colación el pronunciamiento de la Corte Constitucional acerca de las diferencias existentes en cuanto a la observancia del derecho al debido proceso en materia

administrativa y penal. Así lo ha dicho la Corte:

"3.3.4. La Corte también ha resaltado que, en materia sancionatoria administrativa, las garantías del debido proceso no tienen el mismo alcance que en el ámbito penal. Por ello, reiteró que "La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías –quedando a salvo su núcleo esencial– en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido".

Del anterior texto se colige que no todos los principios y garantías propios del derecho penal pueden trasladarse al procedimiento administrativo sancionatorio, puesto que en este no operan de la misma manera, en virtud de la especial naturaleza de los primeros.

Previamente al estudio anunciado, se puntualizarán las actuaciones cumplidas dentro del trámite administrativo sancionatorio radicado con el número PF 2017 2017 00081, así:

Mediante formato de solicitud de investigación No. FT-FL-1561-164 del 15 de

¹ Sentencia T-145 de 1993; M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

102

febrero de 2017, el Jefe de la División de Control Operativo de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, remitió a la División de Gestión de Fiscalización, el Acta de Aprehensión No. 51 del 06 de febrero de 2017, a fin de que se adelante el trámite tendiente a la definición de la situación jurídica de la mercancía a que dicho documento se refiere.

Además del acto administrativo enunciado, se remitió los siguientes documentos:

Autos comisorios Nos. 10 y 11 del 16 de enero de 2017 y del 01 de febrero de 2017; con base en los cuales se verificó la unidad de carga No. CAIU304198-3, la cual contenía en su interior, mercancía de procedencia extranjera, correspondiente a "CUATRIMOTOS Y MINICROSS", relacionados en la declaración de importación con aceptación No. 352017000029072 del 23 de enero de 2017, frente a la cual no se acreditó la obtención de licencia previa, documento requerido de conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto 925 de 2013, toda vez que conforme el estudio técnico, proporcionado por el Subintendente Carlos Eduardo Sanchez Rodriguez, Técnico Profesional en Identificación de Automotores, adscrito a la Policía Fiscal y Aduanera de Cali, se determinó que el año o modelo de las mercancías corresponde a 1996, por lo cual los automotores importados, corresponden a saldos, los cuales requieren la obtención de licencia previa para su nacionalización.

103

Estos hechos se encuentran relacionados en las Actas Nos. 405 del 30 de enero de 2017.

Las mercancías fueron aprehendidas mediante acta No. 51 del 06 de febrero de 2017, con fundamento en la causal de aprehensión y decomiso establecida en el numeral 3 del artículo 550 del Decreto 2685 de 1999, acto administrativo en el cual fueron vinculadas la Agencia de Aduanas Cargo Aduanas Ltda. identificada con NIT. 800.240.972, en calidad de declarante y el importador Comercializadora ERMO S.A.S., identificado con NIT. 900.862.999, siendo notificada la medida, al declarante personalmente, y al importador por estado No. 45, fijado el día 08 de febrero de 2017 y desfijado el día 10 del mismo mes y año.

Mediante Auto No. 0134-0081 del 21 de febrero de 2017, el Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, ordenó la apertura del expediente No. PF 2017 2017 00081, a fin de definir la situación jurídica de la mercancía aprehendida mediante acta No. 51 del 06 de febrero de 2017.

Dentro del término legal, los interesados no presentaron escrito de objeción a la aprehensión.

Mediante la Resolución No. 1-35-238-419-636-1-238 del 31 de marzo de 2017, la

12

Jefe del G.I.T. Infracciones Aduaneras I de la División de Gestión de Fiscalización, de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida.

Mediante escrito radicado como 00002187 de fecha 28 de abril de 2017, el apoderado de la Comercializadora ERMO S.A.S. interpuso recurso de reconsideración contra el acto administrativo mencionado, exponiendo sus motivos de inconformidad, aportando y solicitando la práctica de pruebas.

Una vez surtido el trámite pertinente, dentro de la investigación se profirió la Resolución No. 135-201-236-601-000831 del 02 de octubre de 2017, proferida por la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración, confirmando la decisión de decomiso.

Ahora bien, los cargos planteados por la parte demandante se abordarán de la siguiente manera, tal como ella los ha denominado:

4.1 "LOS CARGOS FORMULADOS EN LA APREHENSION COMO LOS MOTIVOS DEL ACTO DE DECOMISO CARECEN DE FUNDAMENTOS LEGALES. DE MODO QUE SE INCURRE EN FALSA O ERRONEA MOTIVACIÓN LO CUAL ES CAUSAL DE NULIDAD"

Los aspectos en los cuales el apoderado demandante fundamenta este cargo pueden sintetizarse en los siguientes apartes que se transcriben a continuación:

"...Pero, según la misma DIAN mediante Circular 00003 de 22 de marzo de 2016; en su numeral 5º precisó que las causales del artículo 502 continúan vigentes...

...

Esta Circular se encuentra vigente, no ha sido demandada, suspendida, ni anulada por un fallo judicial. Por lo anterior, era evidente que no se podían aplicar las causales del artículo 550 del Decreto 0390 de 2016 que se aplicó en este caso, con la cual se formularon los cargos en el acta de aprehensión y se declaró el decomiso con los actos demandados, de modo que dicha sanción de decomiso carece de fundamento legal, adolece de sustento legal.

...

Pero si en la citada acta se anuncia que existe una infracción a una norma que aún no está vigente estamos en presencia de una conducta que no constituye infracción..."

Con relación a lo argumentado, es preciso mencionar que la interpretación que el apoderado trata de imponer, aprovechando que la entrada en vigencia del Decreto 390 de 2016 fue escalonada, carece de total sustento, y trata de basarla en lo establecido en el artículo 5 de la Circular 00003 del 22 de marzo de 2016, que se señala:

106

"...Frente al artículo 550 relacionado con las causales de aprehensión, el cual entra en vigencia de conformidad con el numeral 1 del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, se precisa que en los numerales 1, 2, 4, 7, 11, 13, y 16, la causal de aprehensión está condicionada a otros artículos que entran en vigencia en virtud de los numerales 2 o 3 del artículo 674; en consecuencia, se debe entender que las causales de aprehensión antes citadas, no entrarán en vigencia. En virtud de lo expuesto, las causales de aprehensión previstas en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, quedarán vigentes, excepto los numerales 1.24, 1.26, 1.29 (adicionado por el artículo 30 del Decreto 602 de 2013) y 2.5."

Al respecto se puede decir que de una lectura atenta de la norma, se colige las causales de aprehensión mencionadas, de las cuales se dice en dicha circular del año 2016, que se encuentran vigentes las establecidas en los numerales 1, 2, 4, 7, 11, 13, y 16, del artículo 550 del Decreto 390 de 2016; no tiene ninguna aplicación a este caso, debido a que la causal por la cual se aprehendió la mercancía y posteriormente fue base de su decomiso, está tipificada en el numeral 3 del mentado artículo 550 del Decreto 390 de 2016, por lo tanto, ya en el momento de la expedición de dicha circular, **la norma era vigente y aplicable.**

Ahora bien, sin perderse de vista que la medida cautelar de aprehensión fue tomada en este caso, mediante acta No. 51 del 30 de enero de 2017, vale la pena traer a colación la interpretación que sobre la vigencia de la normatividad

167

contenida en el Decreto 390 de 2016, concretamente, sobre las causales de aprehensión contenidas en el artículo 550 de dicho articulado, elaboró la Subdirección de Gestión de Normativa y Doctrina de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, señalando que esta es la dependencia facultada para resolver las consultas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, en el marco de la competencia asignada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; la cual se pronunció sobre este tema, en el oficio No. 000313 del 05 de enero de 2017, de la siguiente manera:

"...Mediante el correo electrónico con el radicado de la referencia se consulta ¿Aquellos artículos que a la fecha no han sido reglamentados se deben considerar vigentes o quedan pendientes de reglamentación?

Sobre la particular conviene referir el artículo 674 del Decreto 390 de 2016, el cual dispuso:

"Aplicación escalonada. La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

1. *En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del artículo 35; 36 a 41; 43,*

44; 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; 505 a 510; 550 a 561; 611 a 673.

2. Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto.

3. En caso de requerirse la incorporación de ajustes al sistema informático electrónico de la DIAN, o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá hacerlo en un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses, con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses. En este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático. (Subrayado es nuestro)

Conforme la norma expuesta se advierte que el decreto está vigente

109

después de transcurridos los quince (15) días comunes después de su publicación y la aplicación del mismo estableció de manera progresiva, así:

a) El numeral 1º expresamente estableció los artículos entraban a regir desde la entrada en vigencia del decreto.

b) El numeral 2º señaló que los demás artículos entraban a regir una vez fueran reglamentados, para lo cual se concedió un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del decreto, en cumplimiento de lo dispuesto la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió las resoluciones 41, 42, 64 y 72 todas del año 2016.

c) El numeral 3º estableció que las normas que estuvieran relacionadas con ajustes al sistema informático electrónico o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, comenzaran a regir una vez entre en funcionamiento dichos sistemas, para lo cual otorgo un término no mayor a veinticuatro (24) meses.

Así las cosas, se colige que los artículos que a la fecha se encuentran vigentes y rigiendo son los señalados en el numeral 1º y los señalados en las resoluciones reglamentarias antes citadas, conforme el numeral 2º; todos los demás artículos tienen vigencia, pero no han entrado a regir, toda

28

vez que requieren de la implementación de sistemas aduaneros, conforme a lo dispuesto en el numeral 3º de artículo 674 de Decreto 390 de 2016.

Por lo anterior, concluimos respondiéndole que los artículos que no se encuentren señalados en el numeral 1º o reglamentados en los términos señalados en el numeral 2º, se encuentran vigentes pero no se pueden aplicar, ya que entraran a regir una vez la Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales realice los ajuste al sistema informático electrónico o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, para lo cual tiene un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses, contados a partir de la entrada en vigencia del Decreto 390 de 2016..."

En ese entendido, tenemos que a la fecha de configuración de los hechos que tipifican las causales para la aprehensión y decomiso que sirvieron de base para la toma de la medida cautelar mediante acta No. 51 del 30 de enero de 2017, la causal de aprehensión tipificada en el numeral 3 del artículo 550, e incluso todas las contenidas en el mismo, se encontraban vigentes al estar incluidas entre las relacionadas en el numeral 1 del artículo 674 del Decreto 390 de 2016, cuya vigencia comenzaba dentro de los 15 días comunes siguientes a la publicación del mencionado decreto, lo cual se hizo en el Diario Oficial No. 49808 del 07 de marzo de 2016.

Esta es la interpretación que la oficina competente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, realizó al respecto de la vigencia del artículo 550 del Decreto 390 de 2016, teniendo en cuenta las diferentes disposiciones reglamentarias existentes al momento de dicho análisis.

En los anteriores términos queda desvirtuado el cargo planteado por el demandante, pues los actos administrativos se basaron en las normas vigentes para el momento de la aprehensión y, en consecuencia, estos se motivaron de manera suficiente y adecuada.

**4.2 "LOS HECHOS QUE FORMUN EN LOS CARGOS NO SON CLAROS,
LO CUAL ES CAUSAL DE NULIDAD POR CUANTO AFECTA EL
DRECHO DE DEFENSA" (Sic)"**

Este cargo puede sintetizarse de la siguiente manera:

"...De lo expuesto, se argumentó que el registro de libre importación aportado No. 21884378-16012017 de 18/01/2017 y que obra a folios 37-40, no corresponde a dicha operación, lo cual no es cierto por cuanto es muy claro que dicho documento fue aportado y declarado en la casilla 86 de la declaración de importación 352017000029072-8, de modo que no es cierto que corresponda a otra operación de comercio exterior y no a esta.

(...)

De modo, que apenas al imponer la sanción de decomiso se alude a que falta un requisito, es decir, pretende aplicar la norma en razón del último evento previsto en ella, con lo cual se cambia la calificación jurídica dada inicialmente, cuando se decía que este documento no corresponde a esta operación, sino a otra que jamás fue señalada.

(...)

...al no precisar en forma clara la norma infringida vulneran el derecho de defensa, y por tal motivo al imponer una sanción en esas condiciones equivale a imponer sanciones de plano, es decir, sin previa formulación de cargos ni con derecho a la defensa...

(...)

...violando de esta forma el derecho de defensa y el debido proceso, lo cual es otro motivo de nulidad de los actos demandados...

Señala entonces el Demandante que en su criterio, existe una falta de claridad en la justificación de la causal de aprehensión y sus fundamentos normativos, contenidos en la correspondiente acta y para el efecto, transcribe un aparte de la misma, intentando demostrar dichas afirmaciones, sin embargo si se lee la

mencionada sección del acta de aprehensión en su integridad, se observa que la aplicación brindada en la misma, claramente expresa que el motivo por el cual se adoptó la medida cautelar, es que no se demostró el cumplimiento de una restricción legal o administrativa, cual es el sometimiento de la mercancía al régimen de licencia previa, lo cual se evidencia en el hecho de que el importador no demostró documentalmente el haber obtenido dicho documento teniendo obligación de hacerlo por tratarse de saldos, la mercancía importada, dando lugar a la configuración de uno de los supuestos que tipifican la causal de aprehensión y decomiso establecida en el numeral 3 del Decreto 390 de 2016, tal como se lee en el acta, seguidamente a lo transcrito por el demandante en el libelo, que curiosamente solo abarca hasta cierta parte dejando incompleta la explicación plasmada. Así entonces, se puede leer a folio 5 del expediente administrativo lo siguiente:

"...Por consiguiente se toma de la medida cautelar de aprehensión fundamentada en el numeral 3 del decreto 390 de 2016 CUANDO EN CONTROL POSTERIOR SE ENCUENTRE QUE LOS DOCUMENTOS SOPORTE NO CORRESPONDEN CON LA OPERACIÓN DE COMERCIO EXTERIOR DECLARADA; o no son originalmente expedidos; o se encuentran adulterados; o corresponden a un importador o declarante inexistente al momento de su otorgamiento; o no demuestran el cumplimiento de la restricción legal o administrativa."

Reiterando que toda la justificación de la toma de la medida cautelar gira entorno a la ausencia de cumplimiento de la restricción legal o administrativa mencionada,

(no siendo trascendente la parte que quizá por error de digitación, está en letra mayúscula), y en ese mismo orden siguió su curso la investigación y se prohirieron los actos administrativos en cada etapa del proceso, como fácilmente lo puede comprobar su Señoría, con la sola lectura de las piezas procesales.

De tal suerte que, no existe la mentada violación al derecho de defensa deprecada por el Demandante, pues como se observa, desde un comienzo se puso en conocimiento del importador, el motivo de la aprehensión de las mercancías y este activamente participó de la discusión.

Por lo explicado, el cargo propuesto por el demandante, no está llamado a prosperar.

**4.3 "EN ESTE CASO EXISTE UNA CONTROVERSIA DE CLASIFICACION
ARANCELARIA LA CUAL NO ES CAUSAL DE DECOMISO, PUES SE
TRATA DE JUGUETES Y NO ME MEDIOS DE TRANSPORTE" (Sic)**

Con relación a este cargo, el apoderado argumenta:

"...Respetuosamente, consideramos que la clasificación arancelaria dada por quien primeramente hizo la solicitud del registro de importación y luego realizada por la agencia de Aduanas declarante a esta mercancía fue errada, ya que no se trata de vehículos para uso en calles y carreteras, pues la plaqueta puesta en cada artículo claramente dice "OFF ROAD USE ONLY", es decir que traducido del

115

inglés al español indica que es sólo para uso fuera de carreteras, lo cual en efecto se trata de artículos o modelos contruidos en modelos reducidos o a escala menor de un vehículo, tal como se explicó en el numeral 1º del capítulo de los hechos, se puede corroborar en la ficha técnica y en la certificación anexada al proceso y expedida por el fabricante, que no estamos en presencia de un medio de transporte, sino un artículo para la recreación para uso de los niños y en el deporte de motocross pero bajo la condición de estar reducida a menor escala, motivo surge la equivocación de considerarlo como vehículo.

Frente a estas afirmaciones, es necesario realizar una precisión y es la siguiente: de conformidad con lo establecido en el Decreto 390 de 2016, el declarante en los regímenes aduaneros, ya no es la agencia de aduanas, como estaba contemplado en el Decreto 2685 de 1999; el declarante, entonces es, el importador, el exportador, así como el operador de tráfico postal, el operador de envíos de entrega rápida o mensajería expresa o el transportador en los regímenes de transbordo y cabotaje cuando corresponda.

En este entendido, se debe tener en cuenta lo regulado por el Decreto 390 de 2016, en tratándose de la denominada "Obligación Aduanera", la cual es concebida como el vínculo jurídico entre la administración aduanera y cualquier persona directa o indirectamente relacionada con cualquier formalidad, régimen, destino u operación aduanera, derivado del cumplimiento de las obligaciones correspondientes a cada una de ellas, quedando las mercancías sometidas a la

116

potestad aduanera y los obligados, al pago de los derechos e impuestos, intereses, tasas, recargos y sanciones, a que hubiere lugar, tal como se lee en el artículo 17 del mencionado decreto.

Según el artículo 18 ibídem, la obligación aduanera comprende el cumplimiento de las formalidades aduaneras que debe adelantar cada uno de los obligados aduaneros, y de todas aquellas obligaciones que se deriven de actuaciones que emprenda la administración aduanera; según el artículo 19 del mismo articulado, la obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que pueda hacerse efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella; es así como el artículo 20 señala que, el importador será responsable de acreditar la legal introducción de las mercancías al territorio aduanero nacional, con el lleno de los requisitos exigidos y el pago de los derechos e Impuestos a la importación a que haya lugar de conformidad con lo previsto en este Decreto.

Particularmente, en lo que se refiere a la obligación aduanera en la importación, el artículo 21 del Decreto 390 de 2016, establece que la obligación aduanera nace con las formalidades que deben cumplirse de manera previa a la llegada de la mercancía al territorio aduanero nacional; comprende el suministro de información y/o documentación anticipada, las formalidades aduaneras y requisitos que deben cumplirse al arribo de las mercancías, la presentación de la mercancía a la autoridad aduanera, la presentación de la declaración aduanera, el pago de los

25

117

derechos e impuestos causados por la importación y de los intereses, el valor de rescate y las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requiera la autoridad aduanera, atender las solicitudes de información y pruebas, y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes y enfatiza, esta norma, que son responsables de la obligación aduanera en la importación: el importador de las mercancías, el declarante y los operadores de comercio exterior respecto de las actuaciones derivadas de su intervención.

Por su parte el Artículo 33 del Decreto 390 de 2018, precisa que los importadores, son obligados aduaneros directos.

Así entonces, no es dable al Demandante en este punto, pretender alegar su "*propio error*", si considera que la clasificación arancelaria no corresponde con la mercancía importada, pues es como se observa, titular de varias obligaciones de las que no se puede desligar, culpando a la agencia de aduanas que él mismo contrató para el trámite de la operación o incluso a terceros, a fin de sustentar sus pretensiones.

Seguidamente señala el demandante:

...Como se observa, la tesis no se edifica sobre bases técnicas, sino simplemente sobre el hecho de haber inspeccionado físicamente unas motos...

Afirmación que como se ve, es contradictoria, porque inicialmente, admite que la clasificación arancelaria fue señalada por quien primeramente hizo la solicitud del registro de importación de su mercancía y luego por la Agencia de aduanas contratada por la sociedad importadora, hoy demandante, ente técnico, especializado en el trámite de la importación de mercancías; esto con el evidente ánimo de brindar una versión acomodaticia a sus pretensiones.

Por otra parte, señala que:

*...Situaciones como las que se expresa han sido así tratadas por la DIAN como se ilustra en la declaración de importación No. 012012000021180-9 del 04/12/2012 del importador **Importaciones VARSITI LTDA** con NIT 816.00.588-2 con levante físico autorizado por funcionarios de la DIAN luego de inspeccionar físicamente la mercancía, lo cual es un precedente del que se reclama similar tratamiento en los términos del artículo 10 del C.P.A.C.A, cosa que al respecto se guardó silencio, violando el derecho de defensa...*

Ahora bien, en cuanto a la anterior afirmación, se debe mencionar que, dicha norma se refiere a la aplicación de las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado, y una declaración de importación, no tiene tal calidad, por lo tanto, no es pertinente aplicar lo establecido en la norma en comento, a saber:

"Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia.

Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas."

De esta manera, queda desvirtuado el cargo planteado por el demandante.

**4.4 "ANTES DE RESOLVER EL RECURSO, SE SOLICITO QUE SE
AUTORICE LA LEGALIZACIÓN O LA CORRECCION DE LA
DECLARACION DE IMPORTACION, FRENTE A LO CUAL NO
EXISTIO RESPUESTA Y SE VIOLÓ LOS DERECHOS DE PETICIÓN Y
DEFENSA."**

En esta parte de la demanda, el apoderado manifiesta:

120

"Si bien es cierto que en la declaración se le denominó motocicletas, de ninguna manera cumplen la función de tales por las explicaciones ya dadas, motivo por el cual no se puede considerar como un vehículo, sino como un artículo de esparcimiento para recreo o deporte. Precisamente el mismo Capítulo 87 que comprende la clasificación de los vehículos en la Sección XVII de MATERIAL DE TRANSPORTE, claramente expresa en el numeral 1o. que "Esta Sección no comprende los artículos de las partidas 95.03 ó 95.08 ni los toboganes, «bobsleighs» y similares (partida 95.06)" de modo que expresamente descarta los artículos reducidos para recreo y el deporte.

(...)

Luego, la mercancía no siendo vehículos, no le es exigible una licencia de importación, quedando desvirtuada la causal de aprehensión, no obstante que se trata de fabricación 1996, sino 2016 como igualmente lo certifica el fabricante.

(...)

Pero también si bien cierto que existió error en la clasificación arancelaria, este error no es causal de aprehensión de la mercancía, sino que amerita una corrección, junto con las sanciones a que haya lugar...

(...)

121

*...por lo tanto, respetuosamente consideramos que es viable concluir que era posible el RESCATE o la LEGALIZACIÓN de la mercancía con el pago del 65% del valor en aduanas en la cual igualmente se consigne la clasificación arancelaria correcta en aras de perfeccionar dicha importación. Sin embargo, con respecto a esta solicitud **se guardó silencio**, motivo por el cual ha vulnerado el derecho de petición y el derecho de defensa, motivo por el cual existe otra causal de nulidad de los actos demandados."*

Frente a lo expresado en este cargo por parte del apoderado, es preciso recordar tal como se expuso en el cargo anterior, que la clasificación arancelaria fue otorgada por el mismo importador y por la agencia de aduanas, aunque ahora, convenientemente se pretenda negar la correspondencia de la misma con los productos importados, así entonces, siendo consecuentes con lo afirmado, tampoco es cierto que la Administración haya invocado un supuesto error en la clasificación arancelaria, (lo cual dicho sea de paso es alegado únicamente por el Demandante), como una causal de aprehensión, pues al respecto, las piezas procesales dan fe que el motivo por el cual se tomó la medida cautelar y se ordenó posteriormente el decomiso, es la establecida en el numeral 3 del artículo 550 del Decreto 390 de 2016 y específicamente en lo relacionado al hecho de que de acuerdo al análisis de los documentos soporte, se observa que no se demuestra el cumplimiento de una restricción legal o administrativa, toda vez que el importador presentó un registro de libre importación, cuando para el tipo de mercancía importado, se requería la consecución de Licencia Previa, por constituir saldos.

Por otra parte, es preciso mencionar que el objeto del proceso de definición de situación jurídica de mercancías no versa sobre la clasificación arancelaria de las mismas, su objeto se restringe a determinar la legal introducción y/o permanencia de los productos en el Territorio Aduanero Nacional; tampoco es su objeto, autorizar la legalización de las mercancías, que ese es un trámite que, cumpliendo con las exigencias de orden normativo, le correspondía adelantar al importador, es decir, es potestativo suyo adelantar las diligencias correspondientes ante la División de Gestión de la Operación Aduanera, dependencia competente para la realización del trámite y su aprobación y aportar, de ser el caso, los documentos que demuestren si así procedía, que la mercancía había sido legalizada, lo cual no sucedió en este caso.

De cualquier manera, es dudoso que la legalización o el rescate haya procedido en este caso, pues el apoderado lo pretende argumentando querer subsanar algunos errores de descripción, sin embargo, nada dice de corregir lo relacionado con la licencia previa echada de menos, y en ese punto, de conformidad con lo establecido en el artículo 229 del Decreto 390 de 2016, el rescate se utiliza frente a las mercancías de procedencia extranjera, respecto de las cuales se hubiere incumplido alguna obligación aduanera, precisando que la declaración aduanera que ampare mercancías rescatadas no determina la propiedad o titularidad de las mismas, ni subsana los ilícitos que se hayan presentado en su adquisición.

Agrega la norma en comentario que el rescate no procede en los siguientes eventos: Mercancías no presentadas; mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas (como en este caso), según lo establecido en el último inciso del artículo 148 de este Decreto para su importación, salvo que se acredite el cumplimiento del respectivo requisito, lo cual no hizo el importador; es decir, el Demandante pretende hacer valer los efectos de una posible legalización, sin haber adelantado el trámite respectivo, que de todas formas era improcedente.

De conformidad con lo argumentado, este cargo no está llamado a prosperar.

4.5 "EN GRACIA DE DISCUSIÓN, LA INFRACCION FUE COMETIDA POR LA AGENCIA DE ADUANAS Y SOBRE ELLA DEBIO ASUMIR LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA"

Al respecto, en la demanda se indica que:

"...Finalmente quiero poner de presente que la clasificación arancelaria no es de manejo y de responsabilidad del importador, sino de la agencia de aduanas las cuales son vigiladas por la misma DIAN, motivo por el cual existe falla del servicio en la vigilancia de estos organismos auxiliares de la función aduanera y tampoco pues no es aceptable manifestar que se trate de una operación de contrabando mal intencionada o premeditada..."

(...)

*Con la finalidad de salvaguardar la imagen del Importador es importante considerar que la **responsabilidad objetiva** se encuentra proscrita por normas nacionales e internacionales...*

Del análisis de las pruebas se observa que existe una falla meramente formal, puesto que a pesar de que se erró en la clasificación arancelaria, el error obedece a la impericia del declarante, pero en todo lo demás se han suministrado satisfactoriamente y ellos permiten inferir con seguridad que la mercancía importada corresponde a la que se encuentra aprehendida..."

Pues bien, este cargo no tiene ninguna fundamentación y queda desvirtuado con tan solo observar cómo se desarrolló la actuación administrativa; al respecto es preciso tener en cuenta que en materia aduanera se puede afirmar que existen dos formas de responsabilidad objetiva: en primer lugar la llamada aparente o tácita, de la cual se dice que no es técnicamente responsabilidad objetiva sino *imputación objetiva* y que se refiere a eventos consagrados por la ley en que el análisis de la situación que amerita sanción se estudia a partir de hechos objetivos, tales como no presentar una declaración, reportar una información con errores, entre otros; entonces, esta "imputabilidad objetiva", no incide en los resultados aplicativos de la norma, ni en la manera de interpretar su aplicabilidad pues dicha consagración no conduce a que se penalice al sujeto por el solo hecho

de imputársele la conducta sancionable, sino que debe garantizársele su derecho a la defensa, lo que se realiza a través del pliego de cargos, brindar las oportunidades probatorias y valorar las circunstancias que hayan movido a su incumplimiento. Por otra parte, se ha consagrado la responsabilidad objetiva, la cual significa otorgar facultad al funcionario para que sancione sin tomar en cuenta las circunstancias subjetivas, sin darle posibilidad al sujeto imputado de entregar causales justificativas que lo eximan de su responsabilidad lo que conduce a presumir la culpa del sujeto.

Con el anterior panorama, se observa en el caso de marras, que no se ha aplicado una responsabilidad objetiva, toda vez el decomiso de la mercancía, no se impuso de plano, se dio el trámite al procedimiento respectivo con plena observancia del debido proceso y otra cosa es que los argumentos planteados por el importador no sean de recibo. Así pues, no existe la pregonada violación al artículo 29 de la Constitución y del Artículo 4° de la Ley 1609 o ley marco de aduana.

Por otra parte, el demandante solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, a lo cual no es posible acceder, según se explicará enseguida.

En primer lugar, la excepción de inconstitucionalidad o control de constitucionalidad por vía de excepción, deviene de las previsiones contenidas en el artículo 4° de la Carta Política en el siguiente sentido:

"Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales..."

En virtud del control de constitucionalidad las autoridades administrativas están facultadas para dejar de aplicar una norma jurídica cuando la encuentren contraria a la Carta Política, en un caso concreto y particular y tal decisión solo tiene efectos *inter partes*.

El control por vía de excepción resulta ser una facultad de la administración al cual la DIAN no acudió debido a que los fundamentos del acto mediante el cual se determinó la procedencia de aplicar la sanción, no se opone a las previsiones Superiores ni a otra norma que resulte aplicable, además, la parte interesada se limitó a señalar una supuesta contradicción sin argumentar ni menos aún, demostrar la alegada oposición.

Siendo así, no resulta viable que en sede judicial se determine la inaplicación ninguna disposición normativa relacionada con este caso, puesto que, como se dijo, la mismas se amparan en el sistema normativo vigente y resulta acorde con las previsiones normativas que rigen el tema.

De otra parte y frente a la afirmación que realiza el Demandante sobre el hecho de que la presunta falla (acción solo imputable al importador), relacionada con la

127

clasificación de las mercancías, es meramente formal, no es más que una afirmación para crear confusión, pues como arriba se aclaró, la aprehensión no se basa en una indebida clasificación arancelaria, sino en que no se acreditó el cumplimiento de una restricción legal y administrativa cual es, no tener la licencia previa requerida.

Ahora bien, en cuanto a la presunta falla del servicio que el Demandante pretende endilgar a Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales, por el supuesto error en que incurrió la Agencia de Aduanas por la clasificación arancelaria dada a la mercancía objeto de la litis, clasificación con la cual no está de acuerdo, a pesar de que el mismo haya tramitado el registro de importación con la sub partida que hoy rechaza, hay que mencionar que el apoderado no presenta prueba o argumento que demuestre alguna responsabilidad de mi representada.

Respecto de lo anterior, cabe recordarse que conforme lo establecido en el artículo 54 del Decreto 390 de 2016, una agencia de aduanas es la persona jurídica autorizada por la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales para prestar servicios de representación a los importadores, exportadores o declarantes en el desaduanamiento de las mercancías y demás formalidades aduaneras conexas con el mismo, en las condiciones y bajo la observancia de los requisitos establecidos en dicho decreto y que en ejercicio de su autorización, podrán desarrollar las actividades relacionadas con el agendamiento aduanero, actividad

220

128

de naturaleza mercantil y de servicio, orientada a garantizar que se cumpla con la legislación aduanera y de comercio exterior vigentes y con cualquier trámite o procedimiento para la adecuada aplicación de los destinos aduaneros, incluidos los regímenes aduaneros.

Seguidamente, en el artículo 55 ibídem, se establece que la agencia de aduanas será responsable ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el cumplimiento de las formalidades aduaneras derivadas de su actuación y por las infracciones derivadas del ejercicio de su actividad conforme a la regulación aduanera, esto, en caso de probarse que hubo una falla en el cumplimiento de sus obligaciones, lo procedente frente a la misma es la imposición de una sanción (artículo 511 y ss. del Decreto 390 de 2016), en el correspondiente proceso administrativo. Cabe aclararse que, de lo visto en este caso, no se encuentra que la agencia de aduanas haya incurrido en algún incumplimiento.

Aun así se itera que cosa distinta al proceso sancionatorio que recae sobre la responsabilidad que en determinado momento pueda llegar a tener la agencia de aduanas, es el proceso de decomiso, el cual se surte sobre la mercancía, esto es, busca determinar la situación jurídica de la mercancía, si fue ingresada al Territorio Aduanero Nacional con el cumplimiento de los requisitos legales o no, sin establecer responsabilidades personales del importador o la agencia de aduanas, para lo cual existen otros procesos independientes.

33

Así entonces, no es apropiado decir que es la agencia de aduanas la que debía responder en este caso y no el importador, por cuanto, en primer lugar, no se ha advertido infracción por parte de la misma y el proceso dentro del cual se profirieron los actos acusados recae sobre la mercancía y su objeto no es establecer responsabilidades de los implicados, solo decidir si se devuelve o se decomisa los productos, dependiendo si en el trámite se cumplió o no con los requerimientos de la normatividad aduanera.

De conformidad con lo argumentado, este cargo no está llamado a prosperar.

4.6 "SE HA CONFIGURADO UN SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EVENTO EN EL CUAL LA DIAN HA PERDIDO COMPETENCIA SANCIONATORIA"

Como sustento de este cargo, se señala lo siguiente:

"El 28/04/2017 con radicado No. 00002187 por medio de apoderado el importador presentó recurso de reconsideración. La respuesta se obtuvo con la Resolución No.135-201-236-601-000831 del 02/10/2017 la cual por correo fue notificada el 05/10/2017 según Guía No. 130004917911 de Inter Rapidísimo. En todo caso, desde la fecha de la presentación del recurso y fecha de la respuesta han transcurrido 5 meses y 7 días. Pero como el acto demandado no se hace alusión a la fecha de admisión del recurso de reconsideración, ni al acto por el cual se decretan o se niegan pruebas, por ahora resulta imposible precisar que existe un silencio administrativo positivo fundado en el artículo 609 del Decreto 390 de 2016,

130

lo cual configuraría una pérdida de competencia del poder sancionatorio siendo otro motivo de nulidad de los actos demandados, motivo por el cual me reservo el derecho a alegarla en la oportunidad legal su probable existencia una vez conocido el expediente administrativo con la contestación de la demanda..."

Al respecto, se debe recordar que señala el artículo 601 del Decreto 390 de 2016, que, entre otros actos administrativos, contra las resoluciones que ordenan el decomiso de mercancías, procede el recurso de reconsideración, que se interpondrá dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su notificación. En el presente caso, el importador, hoy demandante, interpuso el recurso de reconsideración el día 28 de abril de 2017, mediante escrito radicado como 0002187 en la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Ipiales, el cual fue remitido a la Dirección de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, mediante oficio No. 137201235-310 1213 del 02 de mayo de 2017 y recibido el 04 de mayo del mismo año, con radicación 011716.

Manda la norma que una vez presentado el respectivo recurso la dependencia competente para resolverlo, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su recibo y del expediente, dictará un auto mediante el cual se admite o inadmite el mismo. En este caso, el 19 de mayo de 2017, se profirió el Auto Admisorio No. 106, ordenando lo propio, el cual fue notificado mediante estado No. 159 fijado el día 22 de mayo de 2017 y desfijado el día 06 de junio de 2017.

39

131

Por su parte, el artículo 606 del mismo articulado establece que dentro del mes siguiente, contado a partir de la notificación del auto Admisorio, se decretará la práctica de las pruebas solicitadas o las que de oficio se consideren necesarias. Es así como con fecha 05 de septiembre de 2017, la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, profirió el auto No. 000898, mediante el cual se abre periodo probatorio.

Indica el Estatuto Aduanero que el auto que decreta las pruebas se notificará por estado. Contra el auto que niegue las pruebas procederá el recurso de reposición, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación, y se resolverá dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su interposición. En este caso, el auto de pruebas se notificó por Estado No. 281, fijado el día 08 de septiembre de 2017 y desfijado el día 12 del mismo mes y año, quedando ejecutoriado el día 13 de septiembre de 2017.

La norma indica que ejecutoriado el auto que decreta pruebas, el término para su práctica será de dos (2) meses si es en el país, y de tres (3) meses, cuando alguna deba practicarse en el exterior. En este caso, el periodo probatorio fue aperturado por el término de dos (2) meses.

Continúa la ley indicando que vencido el periodo probatorio o antes de ello, cuando se hubieren practicado todas las pruebas decretadas, mediante auto se ordenará el cierre de dicho periodo. Para el caso de marras, el periodo probatorio fue cerrado el día 19 de septiembre de 2017, mediante Auto No. 001116, notificado mediante Estado No. 311 fijado el día 20 de septiembre de 2017 y desfijado el día 22 del mismo mes y año.

Contra este auto no procede recurso alguno. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de dicha providencia, el interesado podrá presentar, a manera de alegatos de conclusión, un escrito donde se pronuncie en relación con las pruebas allegadas al proceso, sin que ello dé lugar a la suspensión de los términos procesales. Al respecto es de anotar que, en este caso el interesado no presentó alegatos de conclusión.

Por su parte, el artículo 607 de Estatuto Aduanero, establece que el término para decidir el recurso de reconsideración será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio. En este caso, tenemos entonces que notificado el auto admisorio del recurso de reconsideración, el 06 de junio de 2017, como arriba se vio, contaba la administración con cuatro meses para su resolución contados a partir del día siguiente de su notificación, esto es hasta el 07 de octubre de 2017 y que la Resolución No. 135-201-236-601-000831, fue proferida el 02 de octubre de 2017, estando evidentemente dentro del término legal. Al respecto se debe recordar que la misma norma indica que dentro de los

términos para decidir de fondo no se incluyen los requeridos para efectuar la notificación de dicho acto administrativo, aunque en este caso, incluso la notificación de la resolución que falló el recurso de reconsideración, efectuada el 05 de octubre de 2017, se encuentra dentro de los cuatro meses.

Finalmente, se puede puntualizar que la norma aduanera establece que el termino para fallar el recurso de reconsideración se suspenderá por el mismo tiempo que dura el periodo probatorio, contado a partir de la fecha de ejecutoria del auto que decreta las pruebas.

Como se observa, no existe ningún incumplimiento de términos en el trámite procesal, sin embargo ha de tenerse se en cuenta que a pesar de que el artículo 609 del mencionado estatuto, señala que transcurrido el plazo para expedir el acto administrativo que resuelve de fondo un proceso de fiscalización relativo al decomiso o el término para resolver el recurso de reconsideración previstos en el, dará lugar la ocurrencia del silencio administrativo positivo, más adelante, la misma norma indica que **NO** se configurará el silencio administrativo positivo cuando no se haya presentado el documento de objeción a la aprehensión, se trate de mercancías respecto de la cual no procede su rescate o de aquellas sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación, a menos que en este último evento se acredite su cumplimiento. En el evento de no configurarse el silencio administrativo positivo, se proferirá la decisión de fondo, aun estando fuera del término para ello.

En este caso, aún si hubiera existido incumplimiento de términos, lo cual, no ocurrió como queda demostrado, no habría lugar a que se configure silencio administrativo positivo, pues dentro del proceso, no se presentó documento de objeción a la aprensión; no procedía rescate, como se indicó al desvirtuar el cargo anterior, y frente a la mercancía existía una restricción legal o administrativa que era tener licencia previa, sin que se acreditara su cumplimiento.

En estos términos, queda desvirtuado el cargo propuesto por el Demandante.

5. Excepciones

5.1. Falta de agotamiento de la etapa de conciliación prejudicial

Al respecto es de anotar que en el libelo, el demandante hace la siguiente advertencia:

"Igualmente, se aclara que, por tratarse de una controversia de tipo tributario, sobre la legalidad o ilegalidad de una declaración de importación, no es necesario agotar una conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad"

Frente a lo anterior, me permito realizar las siguientes precisiones:

El asunto no es de tipo tributario, el tema del proceso gira entorno a determinar la legal introducción y/o permanencia de la mercancía en el Territorio Aduanero Nacional, dentro de un proceso de decomiso, dentro del cual no se determina ni

discute sobre tributos, el tema es netamente de tipo aduanero, esto es, la definición de la situación jurídica de mercancías.

Junto a lo arriba anotado, cabe agregar que la situación jurídica de una mercancía por parte de la DIAN, tiene una esencia totalmente aduanera y no tributaria, esto debido a que, aunque a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales le competen los temas de impuestos, aduanas y control cambiario, esto no quiere decir que todos los asuntos relacionados con su competencia se puedan clasificar como tributarios, pues son tres regímenes distintos con normatividad especializada para cada uno, atendiendo a su naturaleza particular.

Es entonces menester, diferenciar entre cada uno de los temas de competencia de la Entidad, porque la prohibición legal para someter a conciliación es solo para los temas tributarios y no en general para los temas aduaneros o cambiarios del resorte de la Entidad.

Con relación a lo anterior, es preciso comentar, que si bien existen temas aduaneros que tienen que ver con el recaudo de tributos, a los cuales si se les da tratamiento de temas tributarios, aplicando la restricción; el decomiso, que es una de las formas de definir la situación jurídica de las mercancías aprehendidas, NO es un asunto de carácter tributario; incluso si el proceso nace de hechos relacionados con el pago de tributos aduaneros y más aún en este caso, porque finalmente el conflicto gira alrededor del establecimiento de una causal de

136

aprehensión y decomiso de una mercancía y las normas aplicadas son de índole aduanera, las del Estatuto Aduanero, específicamente las causales de aprehensión y decomiso establecida artículo 550 del Decreto 390 de 2016.

Sobre este particular, se pronunció recientemente el Consejo de Estado, unificando la jurisprudencia y señalando que la conciliación extrajudicial, constituye requisito de procedibilidad para demandar el acto que define la situación jurídica de las mercancías, tal como se expresó en fallo del veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), dentro del Expediente No. 760001233300020130009601, con ponencia del consejero Roberto Augusto Serrato Valdés, como puede apreciarse a continuación:

"...Con base en lo anterior, es pertinente resaltar que ni el decomiso aduanero ni la definición de la situación jurídica de la mercancía son asuntos de naturaleza tributaria, en tanto que, no tienen una vocación general, tampoco surgen de la realización actual o potencial de obras públicas o actividades estatales de interés colectivo y, mucho menos, contribuyen a la recuperación total o parcial de los costos en que incurre el Estado, para asegurar la prestación de una actividad pública.

(...)

En este mismo sentido, cabe traer a colación que el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, mediante el Acta 111 de 12 de julio de 2009, estableció su posición institucional respecto de los asuntos que, en su consideración, no resultan ser conciliables conforme a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, al establecer lo siguiente:

"[...] Los asuntos de carácter tributario comprenden tanto los tributos internos como externos (asuntos aduaneros); así como el cumplimiento de los mecanismos para su adecuado recaudo y control (sanciones).

[...]

Con fundamento en los anteriores elementos de juicio, [...] la Dirección Jurídica sugiere que no serán susceptibles de ser conciliadas, las solicitudes que versen sobre los siguientes temas:

- *Las liquidaciones oficiales de impuestos nacionales de que trata el Estatuto Tributario Título IV Capítulo II, es decir:*

Artículo 697 y ss. Liquidación de corrección aritmética.

Artículo 702 y ss. Liquidación de revisión.

Artículo 715 y ss. Liquidación de aforo.

- *Las sanciones definidas en el Título III del Estatuto Tributario, a saber:*

1. Artículo 634 y ss. Sanción por mora en el pago de impuestos, anticipos y retenciones.

Artículo 636. Sanción por mora en la consignación de los valores recaudados por entidades autorizadas.

2. Sanciones relacionadas con las declaraciones tributarias (Artículo 641 y ss. Del Estatuto Tributario)

3. Sanciones relativas a informaciones y expedición de facturas (Artículo 651 y ss. del Estatuto Tributario)

4. Sanciones relacionadas con la contabilidad y de clausura del establecimiento (Artículo 655 y ss. del E.T.)

5. Sanciones relativas a las certificaciones de contadores públicos (Artículo 659 y ss. Del E.T.).

6. Sanciones específicas para cada tributo. (Artículo 662 y ss. Del E.T.).

7. Sanciones a notarios y a otros funcionarios. (Artículo 672 y ss. Del E.T.).

- Las liquidaciones oficiales de Tributos Aduaneros que trata el Decreto 2685 de 1999, "Estatuto Aduanero" en el Capítulo XIV Sección II, a saber:

Artículo 513. Liquidación oficial de corrección.

Artículo 514. Liquidación oficial de revisión de valor.

- *Los procesos que versen sobre devoluciones o compensaciones de impuestos nacionales o tributos aduaneros [...]*”.

Como puede apreciarse, en dicha Acta el Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la DIAN, no incluyó los asuntos aduaneros, como aquellos asuntos que por ser de naturaleza tributaria “no serán susceptibles de ser conciliadas”.

(...)

Por lo anterior, cuando se pretenda impetrar demandas en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, respecto del decomiso de mercancías, resulta procedente agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 161 del CPACA dado el contenido económico de la controversia, el cual se encuentra relacionado con el valor de la mercancía y los perjuicios que se reclamen a título de resarcimiento patrimonial.”

Todo lo expuesto justifica que se declare la configuración de la excepción propuesta, con las consecuencias que legalmente le corresponden, por lo cual respetuosamente se solicita a su Señoría disponer lo pertinente.

5.2. La innominada

Señor Juez, respetuosamente solicito se declare la excepción que logre probarse con el acervo probatorio del expediente.

6. Petición

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, respetuosamente solicito se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que no se ha demostrado que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sea administrativa o patrimonialmente responsable de los perjuicios deprecados por la parte demandante y, por el contrario, queda claro que los actos administrativos fueron expedidos con total apego a la ley.

7. Anexos

Poder debidamente otorgado con sus anexos en treinta y tres (33) folios

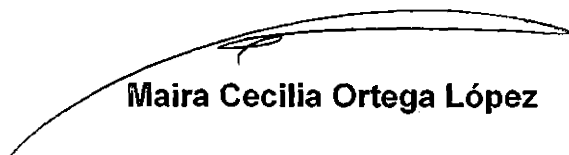
Copia autentica de los antecedentes administrativos consistentes en copias del expediente PF 2017 2017 00081 en 254 folios.

8. Notificaciones

Recibiré notificaciones en la secretaría de su despacho y/o en las oficinas de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pasto, ubicadas en la Calle 17

número 24 - 35 de esta ciudad y al correo electrónico:
notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co.

Atentamente,



Maira Cecilia Ortega López

C.C. 27.090.003 Pasto

T.P. 119.812 del C.S. de la J.