



LIBERTAD Y ORDEN

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI

A.I. No. 1307

PROCESO No. 76001-33-40-021-2016-00568-00
ACCIONANTE: MULTI SPORT PRO SHOP S.A.S.
ACCIONADO: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
D.I.A.N.
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DE DERECHO-
TRIBUTARIO. -

17 OCT 2018

Santiago de Cali, _____

ASUNTO

Se decide sobre la medida cautelar solicitada por la parte demandante MULTI SPORT PRO SHOP S.A.S., dentro del medio de control de Nulidad Y Restablecimiento de Derecho instaurado contra la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – D.I.A.N.**

ANTECEDENTES

El apoderado judicial de la empresa **MULTI SPORT PRO SHOP S.A.S.**, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho contra la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – D.I.A.N.**, solicitando la nulidad de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos ; asimismo solicito la nulidad de la Resolución No.003067 de fecha 26 de abril de 2016 que resolvió el Recurso de Reposición interpuesto por la actora en contra de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016, y de la Resolución No.003831 de fecha 26 de mayo de 2016 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016.

- Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos.
- Resolución No.003067 de fecha 26 de abril de 2016 que resolvió el Recurso de Reposición interpuesto por la actora en contra de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016.
- Resolución No.003831 de fecha 26 de mayo de 2016 que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016.

Al interior del Escrito de Demanda, la accionante solicita como medida cautelar la suspensión provisional de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos.

Sostiene que en tanto el actual proceso que se encuentra cursando es de carácter declarativo solicita su suspensión bajo los siguientes argumentos:

- Alude que se trata de un proceso declarativo que pretende el reconocimiento de un derecho que le negó la administración a través de acto administrativo proferido por el servicio de origen de la DIAN, indicando que la solicitud de medida cautelar encaja perfectamente al cumplir la condición de ser declarativo.
- Una vez la Administración a través de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos decide que no tiene derecho al trato preferencial arancelario, iniciando otros procesos administrativos cuya finalidad es darle aplicación al acto administrativo que niega el origen es decir la Resolución No.002096 , lo cual se concreta con la notificación de dos requerimientos especiales aduaneros Resolución 0069 del 26 de septiembre de 2017 y la Resolución No. 070 del 26 de septiembre de 2017 que aunque son actos de tramite estos conllevan a liquidación y cobro de unos valores que surtida esta etapa, la concretaría I División de Liquidación de Aduanas de Cali a través de un liquidación de tributos aduaneros bajo el postulado que la empresa **MULTI SPORT PRO SHOP S.A.S.**
- Lo anterior bajo el postulado no tiene derecho a los beneficios inmersos en el tratado de libre comercio con el país de México
- Señala se hace inefectiva la sentencia en el presente proceso porque a pesar de que se pretenda declarar ilegal el acto de la DIAN, esta entidad se encuentra aplicando los efectos de su pronunciamiento, es decir obligando a pagar a la empresa los valores que considera la aduana debió pagar agregando que d resultar favorable para la actora la decisión que adopte el Despacho sobre el acto sometido a medio de Control , y para ese entonces la aduana ha cobrado los dineros que considera necesarios y requeriría entonces de un nuevo desgaste y para el aparato contencioso administrativo debiendo volver a iniciar procesos dentro del mismo órgano para la declaratoria de nulidad y restablecimiento de esos nuevos actos administrativos, situación que se puede prevenir los efectos de la resolución ludida persuadiendo a la aduana de Cali hasta tanto no se tome una decisión judicial no puede seguir emitiendo actos administrativos que de resultar vencedor , quedarían sin sustento jurídico

TRÁMITE

Mediante auto No. 01156 de fecha 18 de septiembre de 2018, el Despacho dio traslado a las entidades demandadas de la solicitud de medidas cautelares solicitadas por la parte demandante¹, que fuera presentada como parte del contenido de la reforma de la demanda presentada por la actora.

Dentro del término de traslado, la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES D.I.A.N. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, recorrieron dentro del término legal el traslado.

¹ Ver folio 19 del cuaderno de medidas cautelares.

CONSIDERACIONES

Corresponde al Despacho determinar la procedencia de la medida cautelar solicitada por la parte demandante, consistente en la suspensión provisional del acto demandado mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos.

Sobre la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, dispone la Carta Política:

“Art. 238.- La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.”

Y en relación con el contenido, alcance y requisitos para decretar medidas cautelares, disponen los artículos 230 y 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Art. 230.- Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.” (Resaltado del Despacho).

“Art. 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:

a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o

b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

Del marco normativo transcrito, en concordancia con el artículo 229 del C.P.A.C.A., se desprende que en los procesos declarativos que se adelanten

ante esta Jurisdicción, procede a petición de parte, el decreto de medidas cautelares necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, las cuales pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y tener relación directa con las pretensiones de la demanda.

Al respecto ha expresado el Consejo de Estado ha señalado²:

- *“El Juez puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que **considere necesaria(s)** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.*
- *Las medidas **anticipadas** pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos.*
- *El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.***
- *La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.*
- *En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede decretar **de oficio** las medidas cautelares.*
- *El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.*
- *El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento**.- En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. (Resaltado y subrayado del original).*

Como se advirtió previamente, la demandante solicita la suspensión provisional de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos

Pues bien, cuando se pretenda la nulidad de actos administrativos, como ocurre en el presente asunto, la suspensión provisional de sus efectos procederá, por violación de las disposiciones invocadas en la demanda, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

En análisis reciente efectuado por el Consejo de Estado sobre la procedencia de las medidas cautelares ha expuesto:

“(…)

El marco general de las medidas cautelares descansa en el loci propuesto por Chiovenda según el cual: «el tiempo necesario para tener razón no debe causar daño a quien tiene razón»,¹⁵ de allí que la principal misión de esta interesante institución procesal es la tutela judicial efectiva, de tal suerte que se proteja y garantice el objeto del proceso, en forma temprana y provisional. En igual sentido, la norma en cita precisa que la medida cautelar principalmente propugna por la efectividad de la sentencia, esto es, que la decisión final,

² C.E. Providencia del 11 de marzo de 2014, Expediente 2013-00503-00, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala.

acompañada con la cautela, resuelva el litigio en sentido material y no como un simple formalismo sin alcances o incidencias en los derechos de los usuarios de la justicia.

*Se entiende que el objeto del proceso es la cuestión litigiosa o «*thema decidendi*» el cual se sustenta inicialmente en la demanda que contiene las pretensiones, los fundamentos de derecho y de hecho. Para el juez es un reto decidir la medida cautelar presentada antes de la notificación del auto admisorio de la demanda,¹⁶ puesto que tiene como fundamento esta propuesta primaria y algunas luces adicionales en el escrito de la contraparte al descorrer el traslado de la solicitud¹⁷. Prima facie, es cierto que la sola demanda podría ser un punto de partida precario, que lo es menos, si la petición de amparo temprano contiene argumentos sólidos y coherentes*

Por ello la primera condición de éxito de la solicitud la arraiga el artículo 229 del CPACA en que esté «debidamente sustentada», esto es, que tenga el potencial de convencer al juez, quien, por su parte, en actitud dialógica, estará dispuesto a escuchar los buenos argumentos y hacer la valoración de las pruebas aportadas -si fuere el caso-

Por lo dicho, la firmeza del punto de partida aquí señalado será la clave del ejercicio hermenéutico que ensamble los dos extremos -principio y fin del litigio-. Es el momento de advertir que, en ningún caso, la precoz decisión será la determinante de la sentencia, puesto que no implica prejuzgamiento. Este es un punto crucial, puesto que en derecho no hay respuestas únicas correctas y de allí que el margen de desviación interpretativa es una variable difícilmente controlable por los jueces. En consecuencia, es preclara la norma que permite al juez la oportunidad de ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir en la sentencia lo consignado en la decisión de la medida cautelar.

Algunos doctrinantes sostienen que la medida cautelar es para el juez como dictar una sentencia a ciegas, lo cual no es absolutamente cierto si la decisión se ajusta a lo indicado en el artículo 231 del CPACA, el cual exige un cuidadoso ejercicio argumentativo que permite avizorar la hermenéutica plausible y la incidencia de ella en la sentencia futura. Si el camino interpretativo es incierto o poco lúcido, ello debe conducir a la negativa de la medida...³

DEL TRASLADO CONCEDIDO A LAS DEMANDADAS.

• MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO.⁴ .

Se opone a las pretensiones formuladas teniendo en cuenta que no ha hecho parte de la expedición de los actos acusados, para responder por lo que aquí se pretende argumentando falta de legitimación de causa por pasiva, agregando que dentro de las competencias asignadas por la ley a esta cartera, (dcto 4712 de 2008, no se encuentra aquella en la que deba responder por presuntas irregularidades contenidas en los Actos Administrativos Expedidos por entidades que se encuentran adscritas esa entidad, como lo es la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN., que en el presente caso es la única llamada a responder.

Señala que la parte actora solicita la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos demandados sin argumento alguno que sustente la medida cautelar se limita a pedir situaciones que

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A CONSEJERO PONENTE: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá D.C., 23 de agosto de dos mil dieciocho Expediente: 11001-03-25-000-2017-00326-00 Interno: 1563- 2017

⁴ Ver folios 24 a 28 del cuaderno de medidas cautelares

podrían ser gravosas impidiendo el libre funcionamiento de la administración por lo que la solicitud debe ser negada

No argumenta el carácter irremediable o inminente que se desprenda de la solicitud de medida cautelar para suspender los actos demandados.

Relaciona los requisitos para decretar las medidas cautelares indicando que en la presente solicitud advierte una precaria y pobre fundamentación pues solo efectúa un conteo de solicitudes sin siquiera argumentar su necesidad y factibilidad, sin aportar sustento fáctico alguno por lo que solicita se abstenga de decretar la medida cautelar propuesta.

DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES D.I.A.N.⁵

Descorrió el traslado efectuando relación de los hechos, desarrollando a seguido un análisis de lo planteado por la actora en la solicitud de la medida, expresando que esa entidad tiene competencia para adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el cumplimiento de las normas aduaneras. (artículo 469 Decreto 2685 de 1999) .

Precisa que la empresa MULTI SPORT PRO SHOP S.A.S. identificada con el .NIT 900.203.189-1 importó mercancías clasificadas en las subpartidas arancelarias detalladas en el hecho primero y exportadas desde México por la EMPRESA COMERCIALIZADORA HABITAT S.A. de C.V. Acogiéndose al trato preferencial bajo el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Estados Unidos de México y Colombia.

Al estudio de la solicitud de medida cautelar, señala que no aportan elementos probatorios que demuestren la contradicción entre el acto administrativo demandado y la norma superior invocada ya que la actuación de la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES se basó en lo previsto en el numeral 1 del artículo 7 -06 de Tratado de Libre Comercio en aplicación , que establece que un exportador o productor que llene y firme un certificado de origen debe conservar mínimo cinco años contados a partir de la fecha de firma del certificado y proporcionar a la autoridad competente de la parte importadores, los registros y documentos relativos al origen del bien incluyendo los referentes a la adquisición, costos, valor y pago del bien que es exportado de su territorio y la producción del bien que se exporte de su territorio, requisito que no fue cumplido por la empresa COMERCIALIZADORA HABITAT S.A de C.V. ni el importador MULTISPORT PRO SHOP S.A.S. conllevando ello a la decisión de la Coordinación del servicio de origen de la DIAN Cali – negar el trato arancelario preferencial porque no se dio respuesta al respecto por parte de la actora.

Considera que es a través del presente proceso que se debe resolver la controversia surgida, añadiendo que la empresa actora tampoco ha demostrado que haya sufrido perjuicio irremediable que amerite medida cautelar.

Bajo las anteriores premisas normativas y fácticas pasa el Despacho a resolver sobre la solicitud en el *sub- lite*:

⁵ Ver folios 29 a 38 del cuaderno de medidas cautelares

DEL CASO EN CONCRETO

Pues bien, del análisis de la solicitud de medida cautelar -que de contera se advierte insuficiente e imprecisa en sus planteamientos-, las pruebas aportadas con la demanda y los fundamentos jurídicos de la misma, el Despacho considera que no es procedente la medida cautelar invocada por la demandante; toda vez que no se observa prima facie la violación de las normas que pregonan la demanda como vulneradas, esto es, que de la sola confrontación entre los actos cuestionados y las normas invocadas no resulta ostensible la infracción alegada.

Es de resaltar que no es objeto de la decisión de la medida cautelar propender por ahorrar a la administración a futuro un desgaste frente a posibles demandas en el mismo sentido tal como lo plantea en esencia la demandante en su solicitud, ya que los requisitos que contempla el artículo 231 del C.P.A.C.A. para que prospere la suspensión provisional del acto, imponen que la diferencia entre la norma y el acto surja evidente y se observe de entrada la amenaza al ordenamiento jurídico vigente, lo que para el caso no se cumple, especialmente porque la parte demandante no fue congruente en su solicitud con las pretensiones de la demanda como lo establece la jurisprudencia al tenor.

En el sub lite no se presenta tal diferencia, pues se tendría que entrar a hacer no sólo una confrontación de los actos con las normas que regulan la materia o con las pruebas allegadas, sino que también debe hacerse un estudio de fondo que implica un análisis de los antecedentes que dieron lugar a la expedición de los actos acusados, de la normatividad aplicable al caso, y la jurisprudencia que menciona es aplicable en su caso, razonamientos que solo son posibles de efectuar al desatar definitivamente la controversia, y no en este momento procesal, en especial porque es claro que a esta instancia del procedimiento no se cuenta con el suficiente acervo probatorio que ofrezca certeza para decidir sobre la suspensión de Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que se advierte necesario se trabe la Litis con el objeto de obtener elementos suficientes para decidir, de ser necesario, más adelante, sobre la misma.

Si bien con la Ley 1437 de 2011, se permite que el juez haga un análisis de las normas superiores invocadas como violadas y de las pruebas a efectos de determinar la procedencia de la suspensión provisional, no puede perderse de vista que dicho análisis no puede realizarse de una manera tan profunda que se convierta en un prejuzgamiento; por lo cual, si la violación de una norma superior no es clara y evidente y requiere de un estudio no solo legal sino hermenéutico y probatorio, no hay lugar al decreto de la medida aquí solicitada.

En síntesis, la solicitud de medidas cautelares elevada por el apoderado judicial de la empresa MULTI SPORT PRO SHOP S.A.S., no cumple con todos los requisitos establecidos para su procedencia, por lo que no será decretada.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI,**

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR LA MEDIDA CAUTELAR solicitada por la parte actora, de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 002096 de fecha 26 de mayo de 2016 mediante la cual se niega el trato preferencial arancelario a una mercancía importada al amparo del Tratado de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: Continúese con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE


CARLOS EDUARDO CHAVES ZÚÑIGA
Juez

NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRONICO JUZGADO VEINTIUNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI	
CERTIFICO: En estado No. <u>144</u>	hoy notifico a las partes el auto que antecede.
Santiago de Cali, <u>11/10/18</u>	a las 8 a.m.
ALBA LEONOR MUÑOZ FERNANDEZ Secretaria	

