

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá D.C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

**REF: Expediente No. 130012331000200400482 01
Recurso de apelación contra la sentencia de
25 de enero de 2008, proferida por el
Tribunal Administrativo de Bolívar.
Actor: TV CABLE PROMISIÓN S.A.**

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la Sentencia de 25 de enero de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar por medio de la cual se deniegan las pretensiones de la demanda instaurada en vigencia del anterior Código Contencioso Administrativo, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contra las Resoluciones

1934 de 25 de septiembre de 2003 y 2453 de 28 de noviembre de 2003, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena.

I-. ANTECEDENTES

1.1-. La Sociedad TV Cable Promisión S.A., actuando por medio de apoderado, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar¹, tendiente a que mediante sentencia, se decretara la nulidad de las Resoluciones No. 1934 de septiembre 25 de 2003 y 2453 de noviembre 28 del mismo año, expidas por la División de Liquidación y División Jurídica, respectivamente, de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que no se haga efectiva la garantía contenida en la póliza No. 236539 expedida por la Compañía Liberty Seguros S.A., en reemplazo de la mercancía aprehendida.

¹ Folios 1 a 14 del cuaderno principal del expediente.

1.2. En apoyo de sus pretensiones señala la actora, en síntesis, los hechos que a continuación se relacionan advirtiéndole que la Sala ha reordenado la exposición que de estos se efectúa en la demanda, para efectos de lograr mayor claridad:

1.2.1. Mediante el BL 12502 de julio 19 de 2002 y manifiesto de carga No. 010316 de julio 23 del mismo año, la demandante introdujo equipos de codificación para señal de televisión por cable.

1.2.2. En desarrollo de un trámite de inspección previa al levante amparado con la declaración de importación No. 0708502022148-7 de septiembre 12 de 2002, el inspector constató que se trataba de aparatos usados y decide aprehender la mercancía mediante acta No. 00040C del 17 de octubre de 2002 con fundamento en: a) la descripción consignada en la declaración de importación era incompleta, y b) que no se aportó dentro de los 5 días siguientes a la suspensión de la diligencia de inspección la licencia de importación por tratarse de aparatos usados según el artículo 128 numeral 9° del Decreto 2685 de 1999.

1.2.3. Manifiesta que una vez abierto el expediente administrativo No. A0020350075 para la definición de la situación jurídica de la mercancía, y luego de proferido el requerimiento especial aduanero 0074 de 7 de marzo de 2003, la División de Liquidación decide archivar la investigación por improcedente sin devolver la mercancía tal como lo ordena el artículo 512 del E.A. Al mismo tiempo, se remite copia del expediente a la División de Fiscalización para lo de su competencia.

1.2.4. Posteriormente, la División de Fiscalización abre el expediente No. A0020350425 en contra de la actora y en el marco de este se expide el requerimiento especial aduanero No. 0319 del 17 de julio de 2003 con fundamento en el artículo 502 numeral 1.6., es decir, por considerar la mercancía como no declarada al no encontrarse amparada por la declaración de importación. Luego, la DIAN autoriza la constitución de una póliza en reemplazo de la aprehensión y ordena la entrega de la mercancía.

1.2.5. El 30 de septiembre de 2002, el INCOMEX, en atención a una solicitud presentada con anterioridad a la nacionalización, otorga la licencia No. 018964 para material

usado, vigente hasta el 30 de septiembre de 2003, lo cual, constituye prueba de que la actora tuvo la intención de soportar y obtener el levante de la mercancía con la respectiva autorización del Ministerio.

1.2.6. Mediante la Resolución 1934 del 25 de septiembre de 2003 proferida por la División de Liquidación Aduanera se resuelve decomisar la mercancía aprehendida con acta No. 00040C de octubre 17 de 2002 con fundamento en los artículos 232-1 y 502 numeral 1.6 del Decreto 2685 de 1999. Contra esta Resolución se presentó recurso de reconsideración, el cual fue resuelto desfavorablemente a través de la Resolución 2454 de 28 de noviembre de 2003, proferida por la División Jurídica Aduanera.

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación, se sintetizan así:

1.3.1. Artículos 476 sobre legalidad de las causales de aprehensión y decomiso y el 502 numeral 1.6 del decreto 2685 de 1999, por indebida aplicación y falsa motivación.

Afirma que los actos administrativos se motivan en el hecho según el cual la descripción dada en la declaración de

importación no corresponde con la mercancía declarada, ya que se señaló como nueva mientras que era usada, y por ende se necesitaba de licencia de importación, pero como no se presentó ese documento soporte dentro del término de cinco días, se configura para la DIAN la invalidez de la declaración al tenor del artículo 132 del E.A. De ahí, que según la Administración, proceda el decomiso en aplicación del artículo 502 numeral 1.6., lo cual resulta equívoco pues esta causal se refiere exclusivamente a la descripción, peso o unidades.

Manifiesta que tanto el acta de aprehensión como el primer requerimiento especial aduanero se basan única y exclusivamente en la afirmación según la cual la mercancía no corresponde con la descrita en el texto de la declaración de importación. Pero esta posición la DIAN la cambió porque se demostró que la subpartida arancelaria aplicable en su descripción mínima no requiere indicar si la mercancía es nueva o usada.

Explica que cuando la División de Liquidación profirió el auto de archivo, consideró que hubo ambigüedad de parte del inspector ya que no precisa si la causa del motivo de la aprehensión es que la mercancía no está amparada en una declaración de importación o que no corresponda con la

descripción declarada. De ahí que la DIAN construye un nuevo argumento basándose en que la falta de la presentación dentro del término de cinco días hace que la declaración quede sin efecto al tenor de los artículos 121 numeral 1, 132 y 232-1 del E.A. (SIC).

Acota que dicho razonamiento no es repetido en el segundo requerimiento aduanero, sino que en este se afirma simplemente que la mercancía no se encuentra amparada por una declaración de importación, pero se basa en el acta 00040C en la cual el inspector había tipificado la causal al señalar que la mercancía no correspondía con la descrita en la declaración.

Alega que lo anterior configura la causal de nulidad por falsa motivación pues la Administración se basó en un hecho falso cuando de manera ilegal archivó el primer expediente y a renglón seguido remite copia del expediente a la División de Fiscalización alegando que el incumplimiento del término para presentar la licencia de importación conlleva que la declaración de importación quede sin efecto, y por ende, que la mercancía ya no esté amparada por la respectiva declaración.

Sostiene que se viola el artículo 476 del E.A., pues la DIAN no puede sancionar haciendo interpretaciones extensivas y menos analógicas de las normas.

Arguye que dentro de las causales de aprehensión y decomiso del artículo 502 del E.A., no se establece ninguna en que se diga que la presentación extemporánea de la licencia de importación se erige como tal; salvo que se haga una interpretación analógica, la cual está prohibida en los términos del artículo 472 ibídem.

Afirma que cuando la administración profiere el segundo requerimiento modifica la causal que había señalado el inspector en el acta 00040C del 17 de octubre de 2002 ya que este había invocado el artículo 501 numeral 1.6., por considerar que la mercancía no corresponde con la descripción declarada debido a que se trata de unos decodificadores de señal para televisión por cable usados y en saldos, y se declaran como nuevos y además anota que se requiere la licencia de importación.

Recalca que lo así anotado por el inspector fue modificado por la DIAN al decir que la mercancía no está amparada por una

declaración de importación porque no se presentó dentro de los cinco (5) días la licencia de importación.

1.3.2. Violación de los artículos 2 del Decreto 2685 de 1999 y 3 del C.C.A

Indica que el principio de justicia establecido en el artículo 2° consiste en no exigir al particular más de lo que las normas establecen, es decir, si no hay norma que consagre expresamente como sanción la presentación extemporánea de una licencia de importación, no debe sufrir menoscabo patrimonial alguno. Agrega que se viola el principio de economía pues lo procedente era archivar y entregar la mercancía al administrado teniendo en cuenta que la licencia de importación se había presentado y los tributos aduaneros también se habían pagado.

1.4.- La Administración Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena, mediante apoderado, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

1.5.1. Manifiesta que la causal esgrimida por el inspector no es que "la mercancía no corresponde con la descripción

declarada”, tal como afirma el demandante, sino que aquel marcó como causal para la aprehensión el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, que expresa que procede la aprehensión cuando la mercancía “no se encuentre amparada en una declaración de importación”.

1.5.2. En cuanto a los problemas jurídicos planteados por el demandante, comienza por manifestar que sí es posible que las divisiones de liquidación y fiscalización desconozcan la causal de aprehensión consagrada en el artículo 502 numeral 1.6 del E.A., señalada por el inspector del Acta de Aprehensión, adelantando un proceso basando en otra causal pero soportado en la misma acta. Al respecto, advierte que la División de Fiscalización Aduanera con la expedición del requerimiento especial aduanero puede variar la causal de aprehensión y alude a la naturaleza del acta de aprehensión señalada en el artículo 1º ibídem, como acto de trámite. Agrega que contra esta no proceden recursos y por ello el derecho de defensa del administrado se ejerce mediante la presentación de descargos al requerimiento.

1.5.3. Sobre la reapertura de un proceso que la Administración había cerrado, basándose en los mismos hechos y en la misma acta de aprehensión archivada, expresa que ello es posible, y

al efecto explica que la Administración declaró improcedente la propuesta de decomiso realizada por la División de Fiscalización, pues consideró que no obstante se podía configurar una infracción, las razones esgrimidas por la Unidad Fiscalizadora no se adecuaban a la situación de hecho y de derecho que se estudiaba. Es decir, que el requerimiento contenía un error en la tipicidad del acto al adecuar una conducta a una infracción que realmente no se había cometido, existiendo en su defecto, otra norma que sí establecía la conducta como infracción (SIC).

Alega que la situación de ilegalidad de la mercancía en el país persistía por lo que era necesario elevar una nueva propuesta de decomiso, así que remitió la actuación a la División competente para que elevara nuevos cargos.

1.5.4. Sobre la falta del documento soporte de la declaración de importación, sostiene que la omisión en otorgar la licencia previa dentro del término otorgado por el inspector da lugar a que la declaración de importación no produzca efectos y por tanto se configura la causal de mercancía no declarada establecida en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Señala que dentro del término otorgado, el importador no aporta la licencia ni legaliza, por lo que a la declaración no se le otorga levante. Al respecto, alude al artículo 121 literal a) del E.A., y al numeral 9 del artículo 128 del E.A.

1.5.5. Frente al análisis anterior adiciona que la mercancía se considera como no declarada de acuerdo con el numeral 1.6 del artículo 502 del E.A., no obstante esta haya sido inicialmente presentada y se encuentre aun en zona primaria aduanera.

Recalca que en el presente caso, la mercancía fue presentada al momento de su llegada y luego fue iniciada la etapa de declaración, la cual no se cumplió en razón a que no se aportó la licencia previa requerida para la mercancía usada.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Bolívar, decidió denegar las súplicas de la demanda, con fundamento, en esencia, en lo siguiente:

2.1. Luego de referirse a los artículos 121 y 128 del E.A., indica que en el presente caso al momento de ingresar la mercancía al país, el usuario aduanero se encontraba en la

obligación de aportar la documentación necesaria cuando así lo requiriera la autoridad aduanera.

Expresa que al momento de ingresar la mercancía al país de destino el declarante presenta la declaración de importación pero lo hizo de manera incompleta ya que en la identificación colocaron "nuevo", siendo que eran usados (SIC). Seguidamente, transcribe el artículo 232 del E.A., sobre mercancía no presentada o no declarada a la autoridad aduanera.

Señala que en el sub lite se observa que al momento de presentar la declaración hubo omisión en la descripción de la mercancía en el sentido que los decodificadores eran usados y no nuevos como erróneamente se adujo en la declaración, generando la aprehensión y el decomiso.

Manifiesta que, aunado a lo anterior, la licencia previa del INCOMEX hace parte de los documentos soporte de la declaración de importación y al momento de haberse solicitado la autorización del levante no se presentó la documentación requerida por ser mercancía usada, lo cual constituye una irregularidad que debió ser subsanada dentro del término exigido por el artículo 128 del E.A.

Alude al tema de las declaraciones que no producen efecto, previsto en el artículo 132 del E.A. para señalar que en el presente caso la declaración de importación es de aquellas, pues en la misma no se pudo hacer constar el levante al no haber aportado el documento soporte exigido.

2.2. En cuanto a la violación de los artículos 2 del Decreto 2685 de 1999 y 3 del C.C.A señala que este cargo no prospera, pues la Administración actuó en cumplimiento del Decreto 2685 de 1999, y en este caso, la licencia previa que se exigía como documento soporte de la declaración de importación que presentó el declarante de la Sociedad actora, no fue allegada dentro del término establecido por la DIAN.

Agrega que la aprehensión y decomiso se generó como consecuencia de la no declaración de la misma en los términos del numeral 1.6 del Decreto 502 del E.A.

Precisa que si bien la División de Fiscalización al momento de formular los cargos no los tipificó de manera correcta, es claro que hubo una infracción a la legislación aduanera que debía ser sancionada con las normas aplicables al caso concreto.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la parte demandante apeló la decisión de primera instancia, en los términos que a continuación se resumen:

3.1. Alude a las consideraciones de la decisión recurrida para cuestionarlas, y al efecto, indica que no acepta el que en la sentencia se diga que la actora anotó textualmente en las declaraciones de importación que se trataba de mercancía nueva. Afirma que no existe el mínimo error en la descripción recalcando que en ella no se afirma que la mercancía sea nueva como lo señala la sentencia para justificar la causal. Al efecto, transcribe la descripción de la mercancía efectuada en la respectiva declaración.

3.2. Alega que el presente caso versa exclusivamente sobre la falta de la licencia de importación y no se refiere a la descripción equivocada de la mercancía como lo quiere hacer ver la DIAN y se indica en la sentencia.

Advierte que el declarante e importador realizaron esfuerzos para obtener la licencia dentro del término ordenado por el inspector, sin embargo, el plazo del Ministerio para su expedición corresponde al del derecho de petición de 15 días, por lo que la misma fue emitida por fuera del término requerido por la DIAN. Ante ello, la Administración procede a un decomiso ilegal al considerar que la falta de la licencia y el no haberla obtenido dentro de los 5 días otorgados por el inspector, es un error en la declaración.

Explica que la declaración y su descripción no habían sido objeto de cuestionamiento, para luego aducir el absurdo según el cual la actora manifestó torticeramente que la mercancía era nueva cuando en realidad era usada.

Aduce que para ajustarse al supuesto error en la descripción de la mercancía como causal de decomiso, se debe atacar la descripción efectuada en la declaración, pues sólo así se podrá tipificar el numeral 1.6. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999. De ahí que se asuma que la actora dijo "nuevo" cuando tenía que decir "usado"; y señala que al respecto no indicó nada en la declaración.

Luego, hace un recuento de lo que debió ocurrir en la actuación para señalar que si el usuario no puede obtener la licencia dentro del término estipulado, lo procedente es que la mercancía continúe en almacenamiento según el artículo 115 del E.A., mientras la misma es aportada, y si definitivamente aquella no es allegada, la mercancía queda en abandono legal, pero no procede el decomiso.

3.3. Sobre la afirmación de la sentencia referente a que si bien los cargos no fueron tipificados inicialmente de manera correcta, pero que hubo una infracción a la legislación aduanera que debía ser sancionada, aclara, en primer lugar, que el decomiso y el abandono no son sanciones.

Cuestiona la conclusión de la sentencia según la cual la falta de un documento soporte tipifica la causal del numeral 1.6 del artículo 502, por no estar amparada la mercancía en una declaración de importación, pues la declaración existe y se ejecutó conforme los procedimientos, sujetos y oportunidad previstas en el Decreto 2685 de 1999. Agrega que los documentos soportes son otro aspecto de la declaración de importación que no afectan la descripción, peso y cantidad y por ende no pueden tipificar el numeral 1.6 citado.

3.4. Reprocha el que la sentencia le hubiere restado importancia a la tipificación de los cargos de la División de Fiscalización, pues fueron estos respecto de los cuales la parte actora se defendió. En este orden, y según la sentencia, es claro que hubo una infracción que debía ser sancionada; pero, cuestiona el apelante, no importa para efectos del juzgamiento que el cargo y la defensa se haya hecho sobre la base de una hipótesis equivocada, pues el fallador en el momento de tomar la decisión puede variar el cargo soportado en la norma que considera correcta. En este punto, sugiere que se violó el derecho de defensa, el del debido proceso y el principio de legalidad.

Recalca que es inaceptable que la falta de un documento soporte pueda tipificar el artículo 502 numeral 1.6 del E.A. y atribuir sin ningún fundamento probatorio que el declarante anotó "nuevo" cuando debía decir "usada".

3.5. Alega que en la demanda se solicitó como prueba documental el expediente tramitado en vía gubernativa en la DIAN, correspondiente al No. A0020350425. Sin embargo, el Despacho pide por equivocación otro expediente, cual es el A0020350265 sin que tal situación hubiere sido advertida por ninguna de las partes. De ahí que la decisión se toma con

fundamento en este último expediente que se refiere a los mismos sujetos pero sobre operaciones diferentes a las juzgadas en la demanda.

Afirma que por la razón anotada existe una decisión soportada en pruebas que refieren a hechos diferentes, generando una nulidad insalvable que es necesario reconocer. No obstante, por economía procesal solicita en esta instancia que se oficie a la DIAN para que remita el expediente A0020350425 en aplicación del artículo 169 del C.C.A., dado que a pesar del mencionado error, los argumentos de fondo expuestos en el recurso pueden fácilmente verificarse con base en este último expediente.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso², la Sala se limitará a conocer de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

2.- Cuestión previa.

En consideración a que el recurrente advierte la ocurrencia de una situación generadora de nulidad, debe la Sala, por razones de economía procesal, abordar su estudio con ocasión de la alzada; pues en caso tal que la misma prospere, no habría lugar a continuar con la evaluación de los demás aspectos formulados por el apelante contra la sentencia del *a quo*.

La circunstancia irregular denunciada por el recurrente, consiste en que el expediente administrativo solicitado por el *a quo* como prueba y allegado por la DIAN, corresponde a otro asunto distinto del que es objeto de litis; de modo que respecto de tal asunto se habrá de verificar si se configuró una nulidad procesal originada en la sentencia del Tribunal,

² Equivalente al 357 del C. de P. C.

por haberse fundado esta en pruebas que no se relacionan con la materia allí decidida.

Pues bien, consta en el expediente judicial que el Despacho sustanciador de la primera instancia ofició a la Administración Especial de Aduanas Nacionales de Cartagena para que remitiera con destino al proceso, copia del expediente No. AO020350265 a nombre de TV Cable Promisión S.A³, el cual reposa en aquel como cuaderno de pruebas número I⁴. No obstante, la parte actora había solicitado, en el acápite de pruebas de la demanda, el envío de copia autenticada del expediente No. AO020350425⁵, por lo que es constatable, que, en efecto, el expediente administrativo allegado al proceso judicial no fue el solicitado por la demandante.

Es del caso, entonces, verificar si la circunstancia así advertida cuenta con la potencialidad de anular el proceso a partir de su etapa probatoria, y para ello es preciso acudir al artículo 140 del C. de P. C., por haber sido éste el estatuto procesal bajo el cual se sustanció el proceso

³ Folio 103 del cuaderno principal del expediente.

⁴ Consta de 583 folios.

⁵ Folio 14 ibídem.

judicial y resultar aplicable al presente caso por remisión expresa del artículo 267 del anterior C.C.A.

Así, la causal de nulidad asociada al aspecto probatorio se halla contemplada en el numeral 6° del artículo 140 del C. de P. C. en los siguientes términos:

"Artículo 140. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

(...)

6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión..."

Nótese que la norma no se refiere al hecho de que verse en el expediente una prueba distinta de la solicitada sino a la omisión de los términos probatorios pertinentes al proceso; luego, en estricto sentido, y bajo un entendimiento exegético de la disposición legal no habría lugar a reconocer la nulidad, pues las etapas para solicitar y recaudar las pruebas en primera instancia se cumplieron sin alteración alguna. Además, en atención al principio de taxatividad que rige en materia de nulidades, es claro que la situación advertida no halla consagración legal expresa.

Sin embargo, y a fin de garantizar el derecho de defensa y al debido proceso frente a las pruebas que soportan la decisión judicial, es preciso acudir a lo señalado por la Corte Constitucional en Sentencia C-491 de 1995, que al decidir sobre la exequibilidad del artículo 140 del C. de P.C., morigeró la aplicación taxativa de las causales de nulidad al indicar que también puede alegarse como tal la prevista en el artículo 29 constitucional referida a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso⁶.

En este orden, es menester examinar si la circunstancia anotada se erige en una prueba violatoria del debido proceso, pues en caso tal que así sea, la nulidad habría de prosperar.

Pues bien, la Sala observa que, en el presente caso, la decisión plasmada en la sentencia de primera instancia tuvo como fundamento probatorio los actos demandados, los cuales obran en el cuaderno principal del expediente⁷. A su vez, el fallo apelado adopta su decisión judicial acudiendo al análisis sobre la procedencia de la causal de aprehensión y decomiso allí impuesta en confrontación con los planteamientos de hecho y de derecho formulados por las partes. De este modo,

⁶ Léase también la sentencia C-713 de 2008.

⁷ Folios 15 y siguientes.

no se advierte que la decisión judicial se hubiere soportado en pruebas que no conciernan a la situación fáctica y jurídica controvertida en el proceso.

Es claro, entonces, que la ausencia del expediente administrativo solicitado por la actora, no implicó vulneración alguna del artículo 29 de la C.P., en la medida en que ello no trascendió a la afectación del derecho fundamental al debido proceso, pues, como se anotó, los elementos probatorios esenciales a la decisión obraron en el expediente judicial, y la misma se fundó tanto en estos como en los hechos que por haber sido aceptados por las partes, constituyeron el fundamento fáctico de la situación debatida, como lo fue, por ejemplo, el que la falta de la licencia de importación condujo al decomiso, y el análisis jurídico relativo a establecer si tal situación encuadra en la causal endilgada por la Administración.

Ahora, la Sala no desconoce que la irregularidad advertida permite entrever una lamentable negligencia procesal por parte del Tribunal, que desafortunadamente, no fue alegada por ninguna de las partes, lo cual, dicho sea de paso, hace que la misma se entienda saneada en los términos del párrafo del

artículo 140 del C. de P. C.⁸, en el sentido que por no hallarse dicha situación dentro de las causales de nulidad que expresamente consagra la misma norma, aquella debía ser alegada en el momento procesal oportuno, so pena de su saneamiento.

En este orden, es de acotar que la falta del expediente administrativo correspondiente al caso no amerita declarar la nulidad procesal por cuanto, por un lado, ello no configuró una violación al debido proceso en los términos anotados; y, por el otro, al haber constituido la situación advertida, una irregularidad no tipificada como nulidad en el artículo 140 del C. de P. C., permite que la misma se considere saneada al no alegarse por las partes, en el momento procesal pertinente dentro del trámite de la primera instancia.

No sobra agregar, en todo caso, que el expediente perteneciente al procedimiento administrativo objeto de la presente Litis, fue requerido por el actor en esta instancia, y el mismo fue solicitado a la Administración y recaudado como prueba por el Despacho sustanciador, de modo que este reposa

⁸ “Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece”.

en el expediente del proceso judicial como "Anexo Copia Expediente A0020350425".

3. Así las cosas, la Sala procederá a desarrollar el estudio de la alzada, sin que se advierta vicio alguno que lo impida. Para el efecto, es del caso precisar que el recurrente controvierte la decisión de primera instancia con fundamento, en esencia, en que éste admitió la ocurrencia de la causal de decomiso prevista en el numeral 1.6 del artículo 502 del E.A., por considerar que la declaración de importación relacionó la mercancía como nueva, cuando la misma era realmente usada. Alega reiteradamente que aquella no plasma la palabra "nueva" para efectos de su descripción y que la mercadería se halla debidamente descrita, por lo que la causal endilgada no es procedente, al referirse ésta a defectos en esa materia.

En concordancia con lo anotado, el recurrente aduce que la falta de la licencia de importación no constituye un defecto en la descripción ni da lugar a considerar la mercancía como no declarada, y por tanto, no debe dar lugar al decomiso.

De lo anteriormente sintetizado la Sala ha de identificar, como punto de partida, si la falta de la licencia de importación que condujo al decomiso resultaba procedente como

causal para el efecto, en aplicación del numeral 1.6 del artículo 502 del Estatuto Aduanero. Esta norma disponía, en su versión vigente para la época de los hechos, lo siguiente:

"Artículo 502. Causales de aprehensión y decomiso de mercancías.

Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

1.6. Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Planilla de Envío, Factura de Nacionalización o Declaración de Importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la señalada en la Declaración de Importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, salvo que estos últimos se hayan subsanado en la forma prevista en los numerales 4 y 7 del artículo 128 y en los parágrafos primero y segundo del artículo 231 del presente decreto, en cuyo caso no habrá lugar a la aprehensión." (Subrayado fuera de texto).

Pues bien, es claro que el importador no aportó la licencia de importación requerida para mercancía usada consistente en decodificadores eléctricos dentro del término otorgado por la Administración, como prerrequisito para el otorgamiento de levante de la mercancía, tal como en efecto, lo admite la parte actora. De ahí que la DIAN estime, según se lee en la Resolución de Decomiso, que *"la mercancía no está amparada en documento alguno que acredite su legal introducción al país,*

*configurándose la falta administrativa de mercancía no declarada establecida en el artículo 232-1 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el 1132 de junio 20 de 2001 en concordancia con el numeral 1.6 del Artículo 502 ibídem*⁹.

Ahora, a fin de vislumbrar si la falta de la licencia de importación ubica a la mercancía en la situación de no declarada, es preciso transcribir lo dispuesto por el artículo 232-1, por regular la materia así:

"Mercancía no declarada a la autoridad aduanera.

Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando:

- a) No se encuentre amparada por una Declaración de Importación;*
- b) No corresponda con la descripción declarada;*
- c) En la Declaración de Importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía, o*
- d) La cantidad encontrada sea superior a la señalada en la Declaración de Importación.*

Sin perjuicio de lo establecido en los numerales 4 y 7 del artículo 128 del presente decreto, siempre que se configure cualquiera de los eventos señalados en el presente artículo, procederá la aprehensión y decomiso de las mercancías. Cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la

⁹ Resolución de Decomiso No. 1834 de septiembre 25 de 2003, folios 15 a 36 del cuaderno principal del expediente. El aparte transcrito se lee a folio 35 ibídem.

declaración, la aprehensión procederá sólo respecto de las mercancías encontradas en exceso. Sin perjuicio de lo previsto en los literales b) y c) del presente artículo, cuando habiéndose incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía en la Declaración de Importación, la autoridad aduanera pueda establecer, con fundamento en el análisis integral de la información consignada en la Declaración de Importación y en los documentos soporte de la misma, que la mercancía corresponde a la inicialmente declarada, y los errores u omisiones no conlleven que la Declaración de Importación pueda amparar mercancías diferentes, no habrá lugar a su aprehensión, pudiéndose subsanar los errores u omisiones a través de la presentación de una Declaración de Legalización sin el pago de rescate".
(Subrayado fuera de texto).

A su vez, el Estatuto Aduanero, en su artículo 1º, establece como mercancía declarada la definición que a continuación se transcribe:

"Mercancía declarada. Es la mercancía nacional o extranjera que se encuentra descrita en una Declaración de Exportación, de Tránsito Aduanero o de Importación". (Subrayado fuera de texto).

Como se observa, para que una mercancía se estime como no declarada es menester, esencialmente, que la misma no se encuentre descrita en la respectiva declaración de importación, vale decir, que aquella no halle coincidencia con los productos que se relacionan o describen en dicho documento, bien porque este se refiere a otra mercadería no

identificable con la que ha de ser materia de importación, o por omisión de la respectiva descripción¹⁰.

De acuerdo con lo expuesto, es de colegir que la ausencia de la licencia de importación, como documento soporte de la declaración, no redundaría en que la mercadería se estime como no declarada, pues la misma se encuentra plenamente allí descrita tal como lo acepta la Administración en el auto de archivo que profirió con ocasión del requerimiento aduanero formulado inicialmente¹¹. En efecto, este documento indica textualmente lo siguiente:

"4. LA CONDICIÓN DE NUEVO O USADO NO IDENTIFICA LA MERCANCÍA NI ES CAUSAL DE APREHENSIÓN.

(...)

Si tomamos la declaración que nos ocupa, y analizamos la descripción de la mercancía vemos que con este documento sólo podemos amparar la mercancía ahí descrita y no otra, pues sólo existe físicamente un decodificar (SIC) marca GI GENERAL INSTRUMENT, modelo CFT - 2024, serial (...), etc., indistintamente que esté USADO o NUEVO, pues es y será el único con estas características".

¹⁰ Sobre mercancía no declarada se ha pronunciado esta Sección en varias oportunidades de las que se destaca lo señalado Sentencias de 23 de agosto de 2007, Exp. No. 1997-01380-01, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno; 30 de octubre de 2008, Exp. No. 1998-01749-02, M.P. Dra. Martha Sofía Sanz Tobon; 16 de septiembre de 2010, Exp. No. 2001-3463-01, M.P. Dra. Maria Claudia Rojas Lasso, entre otras.

¹¹ Folios 119 a 135 del cuaderno "Anexo copia expediente A0020350425".

Por su parte, el artículo 121 del E.A., contempla el registro o licencia de importación como un documento soporte de la declaración, de forma tal que este no constituye un elemento que conduzca a calificar la mercancía como declarada o no pues el mismo no interfiere en la descripción o identificación del respectivo producto. Al efecto, es preciso considerar que la obtención de la licencia previa¹², como su nombre lo indica,

¹² El Decreto 444 de 1967 señala lo siguiente sobre el régimen de licencia previa:

Artículo 7. A través del requisito de licencia previa, el Gobierno regulará las importaciones en la medida en que lo juzgue necesario, para lograr los siguientes objetivos:

- a) Graduar la demanda futura de cambio exterior;*
- b) Restringir los consumos superfluos, y*
- c) Coordinar la política de importaciones con los planes de desarrollo económico y social.*

Por su parte, el numeral 20 del artículo 2 del Decreto 210 de 2003 radica en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la facultad de regular lo concerniente a la licencia previa o de importación así:

“Artículo 2º. Funciones Generales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tendrá las siguientes funciones generales:

(...)

20. Establecer los trámites, requisitos y registros ordinarios aplicables a las importaciones y exportaciones de bienes, servicios y tecnología, y aquellos que con carácter excepcional y temporal se adopten para superar coyunturas adversas al interés comercial del país. Todo requisito a la importación o exportación en tanto es una regulación de comercio exterior, deberá establecerse mediante decreto suscrito por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro del ramo correspondiente”.

De otro lado, la Resolución 001 de 1995 de dicha Entidad, y vigente para la época, disponía:

“Artículo 21º. Además de los bienes incluidos en la lista de licencia previa se consideran dentro de este régimen: las solicitudes del régimen de libre que sean no reembolsables; aquellas en que se solicite exención de derechos de aduana; las que amparen mercancías imperfectas, usadas o saldos; las que utilicen el sistema de licencia anual” (Subrayado fuera de texto).

es un requisito que debe cumplir el importador para efectos de nacionalizar la mercancía; pero, en caso tal que aquella no se hubiere obtenido con anterioridad al levante frente a una mercadería sometida a ese requisito, el interesado debe proceder o bien a reembarcar la carga hacia el exterior, en los términos permitidos por el artículo 115 del E.A., o la Administración deberá concederle el lapso de treinta (30) días previsto en el numeral 6 del artículo 128 ibídem, con el fin de que el usuario aporte el documento tendiente a acreditar el cumplimiento de la restricción legal o administrativa. Tales disposiciones legales señalan, en lo pertinente, lo siguiente:

Artículo 115. "Permanencia de la mercancía en el depósito.

Para efectos aduaneros, la mercancía podrá permanecer almacenada mientras se realizan los trámites para obtener su levante, hasta por el término de dos (2) meses, contados desde la fecha de su llegada al territorio aduanero nacional. (...)

El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado hasta por dos (2) meses adicionales en los casos autorizados por la autoridad aduanera y se suspenderá en los eventos señalados en el presente Decreto.

Parágrafo. Vencido el término previsto en este artículo sin que se hubiere obtenido el levante, o sin que se hubiere reembarcado la mercancía, operará el abandono legal. El interesado podrá rescatar la mercancía de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 231° del presente

Decreto, dentro del mes siguiente a la fecha en que se produzca el abandono.

*Transcurrido el término establecido para rescatar la mercancía, sin que se hubiere presentado la respectiva Declaración de Legalización, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá disponer de la mercancía por ser ésta de propiedad de la Nación.”
(Subrayado fuera de texto).*

“Artículo 128. Autorización de levante.

La autorización de levante procede cuando ocurra uno de los siguientes eventos:

(...)

*6. Cuando practicada inspección aduanera física o documental, se detecten errores en la subpartida arancelaria, tarifas, tasa de cambio, sanciones, operación aritmética, modalidad, tratamientos preferenciales y el declarante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la práctica de dicha diligencia, presente Declaración de Corrección en la cual subsane los errores que impiden el levante y que constan en el acta de inspección elaborada por el funcionario competente, o constituye garantía en debida forma en los términos y condiciones señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. En estos eventos no se causa sanción alguna. **El término previsto en este numeral será de treinta (30) días, siguientes a la práctica de la diligencia de inspección, si la corrección implica acreditar, mediante la presentación de los documentos correspondientes, el cumplimiento de restricciones legales o administrativas.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Obsérvese, entonces, que el proceder de la Administración fue errado al no otorgarle al importador el término de treinta (30) días previsto en la norma aplicable al caso, sino el de cinco (5) días relativo a las situaciones en que se presentan

deficiencias en la información consignada en la declaración de importación o no se allegan los documentos soportes de acuerdo con el numeral 9° ibídem¹³; lo cual, según se anotó, no corresponde a la situación acaecida en el sub lite, pues esta concierne específicamente al cumplimiento de restricciones legales o administrativas, cuya acreditación, se reitera, cuenta con el término antes anotado a favor del usuario aduanero.

Por otra parte, es de advertir que el no aportar los documentos que demuestran el cumplimiento de las restricciones legales o administrativas correspondientes a la mercancía, se erige en causal de aprehensión y decomiso de acuerdo con el literal 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, cuando se ha superado el término de treinta (30) días contemplado en el numeral 6° del artículo 128 del E.A., sin que aquellos se hubieren acreditado. La causal señala expresamente lo siguiente:

"Artículo 502. Causales de aprehensión y decomiso de mercancías.

¹³ El numeral 9° del artículo 128 establece:

"Cuando practicada inspección aduanera física o documental, se establezca la falta de alguno de los documentos soporte, o que estos no reúnen los requisitos legales, o que no se encuentren vigentes al momento de la presentación y aceptación de la declaración, y el declarante dentro de los cinco (5) días siguientes los acredita en debida forma..."

Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

1.25. Cuando dentro de los términos a que se refiere el numeral 9 del artículo 128 del presente Decreto, o dentro de los procesos de control posterior se determine que los documentos soporte presentados no corresponden con la operación de comercio exterior declarada o, cuando vencidos los términos señalados en los numerales 6 y 9 del mismo artículo no se presentaron en debida forma los documentos soporte que acreditan que no se encuentra incurso en restricción legal o administrativa..." (Subrayado fuera de texto).

Lo anotado permite colegir, de un lado, que existió un desacertado manejo procedimental de la situación fáctica acontecida al no conceder la DIAN el término dispuesto en el artículo 128 numeral 6°, como presupuesto indispensable para establecer la eventual configuración de la causal de decomiso del numeral 1.25 del artículo 502 ibídem; la cual, se recalca, hubiere sido la procedente, en el hipotético caso en que el importador no aportare el respectivo documento al vencimiento del mismo; y, por el otro, que dicho yerro procedimental redunda en violatorio del debido proceso, pues de haberse obrado de conformidad con la normativa aplicable al caso, el importador habría contado con un lapso de tiempo suficientemente amplio para allegar el registro de importación.

En este punto, es del caso considerar que los treinta (30) días contemplados en el plurimencionado numeral 6° del artículo 128 del E.A, son hábiles¹⁴ desde la fecha de la inspección aduanera; y, obra en el expediente la licencia o registro de importación otorgada por el Mincomex¹⁵ el 30 de septiembre de 2002¹⁶; por lo que es posible advertir que esta ya existía para la época de dicha diligencia y de la aprehensión de la mercancía¹⁷, sin que le hubiere sido posible al importador allegarla en el escaso término concedido para el efecto.

En este orden de ideas, la Sala concluye que el desatino procesal anteriormente descrito, aunado a que la causal del

¹⁴ Artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal.

¹⁵ Actual Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹⁶ Folio 66 del cuaderno Anexo Copia Expediente A0020350425.

¹⁷ En el expediente no obra el acta de la inspección aduanera practicada. Sin embargo, es claro que si la inspección ocurrió en un momento cercano y anterior al del acta de aprehensión de la mercancía, esto es, 17 de octubre de 2002, ya le había sido concedida al importador la licencia de importación para esa fecha, al ser esta de 30 de septiembre de 2002.

Sobre la proximidad entre las fechas de inspección aduanera y de aprehensión vale la pena tener en cuenta el artículo 85 de la Resolución 4240 del 2000, por la cual se reglamenta el Decreto 2685 del 2000 cuyo tenor señala:

"Acta de inspección. Una vez terminada la diligencia, el funcionario aduanero elaborará a través del sistema el acta de inspección, en donde dejará consignado los resultados totales o parciales de la diligencia, indicando si hubo autorización de levante, improcedencia del mismo y/o la aprehensión de las mercancías. En este último evento deberá diligenciar el acta de aprehensión". (Subrayado fuera de texto).

numeral 1.6 del artículo 502 del E.A., endilgada por la Administración, no se configuró por no tratarse de mercancía no declarada o no soportada en una declaración de importación, según se explicó, proporciona motivos suficientes para admitir que los actos acusados no se ajustan a derecho, y por ende, deben ser declarados nulos.

4. Finalmente, y en lo que respecta al restablecimiento del derecho solicitado por el demandante, consistente en que la DIAN se abstenga de hacer efectiva la póliza emitida por Liberty Seguros para garantizar la devolución de la mercancía en caso de decomiso, es de anotar que tal declaratoria no resulta procedente en el sub lite, dado que el efecto directo de la misma se habría de materializar en la esfera jurídica de la compañía aseguradora y no en la de la parte demandante¹⁸. Ello, considerando, además, que dicha Compañía no tuvo intervención alguna en el proceso.

¹⁸ Al respecto, es pertinente tener en cuenta que el siniestro entendido como el incumplimiento de la obligación garantizada afecta la póliza de seguro expedida por parte de la respectiva compañía y es a ella a la que se realiza su cobro. Conviene traer a colación la Sentencia de 21 de septiembre del 2000, Exp. No. 2000-N5796, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero:

"Para la Sala, el actor parte de una premisa errada cuando asevera que se está extendiendo la responsabilidad de la aseguradora, pues es claro que ésta se concreta a la ocurrencia del siniestro, que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada..."

Asimismo, léase la sentencia de Sentencia de 6 de junio de 2013, Exp. No. 2009-00245-01, M.P. Dra. María Elizabeth García González.

Sobre la intervención de la compañía de seguros en procesos de decomiso de mercancías respaldadas por una póliza en reemplazo de aprehensión, sea esta la ocasión para rectificar la posición jurisprudencial que anteriormente sostenía esta Sección, en el sentido que cuando la aseguradora no había sido vinculada al proceso se declaraba la nulidad de lo actuado, por considerarse aquella como un tercero interesado en las resultas del mismo¹⁹. En esta oportunidad, la Sala advierte que la no intervención de la aseguradora en este tipo de procesos no genera vicio alguno, en la medida en que su participación no halla una relación directa con el cuestionamiento de legalidad del acto de decomiso, sino que su interés versa concretamente sobre la efectividad de la póliza. En este orden, las pretensiones de la aseguradora a ese respecto, bien pueden ser planteadas ante esta Jurisdicción al demandar el acto por el cual se declara incumplida la

¹⁹ Se trae a colación, a manera de ejemplo, lo señalado en sentencia de 20 de enero de 2005, Expediente No. 1995-00459-01, M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade en la que se indicó:

"Llegada la oportunidad procesal para decidir, el Consejero Ponente advirtió que el auto admisorio de la demanda no había sido notificado a CONFIANZA COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A., tercero con interés directo en el resultado del proceso puesto que expidió la Póliza de Cumplimiento 01-028-1068608(...). Como quiera que la falta de notificación del auto admisorio de la demanda a la compañía aseguradora encuadra dentro de la causal de nulidad prevista en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse notificado todas las personas que pueden tener interés directo en las resultas del proceso, y teniendo en cuenta que conforme al artículo 144 ídem es saneable si la alega la persona interesada y afectada, mediante auto de 3 de abril de 2003 se ordenó ponerla en conocimiento del representante legal de CONFIANZA..." (Subrayado fuera de texto).

obligación de devolver la mercancía y se ordena hacer efectiva la respectiva garantía. Nótese, entonces, que en el proceso por el cual se controvierte el acto de decomiso, el eventual llamamiento de la aseguradora no es siquiera necesario al no adoptar ésta la calidad de tercero interesado en el proceso, por las razones anotadas.

De otra parte, la Sala no desconoce que el procedimiento por el que la DIAN declara el incumplimiento del deber de entregar la mercancía y ordena hacer efectiva la póliza, depende jurídicamente de la existencia de un acto administrativo en firme de decomiso; de forma tal que al declararse nulo este último, resulta obvio que no ha de tener lugar aquel, al desaparecer la causa de la obligación por ilegalidad²⁰. En otras palabras, al declararse la nulidad de los actos administrativos de decomiso, es claro que no le asiste al demandante la obligación de devolver la mercadería, y por contera, tampoco habrá de hacerse efectiva la póliza de seguro tendiente a garantizar el cumplimiento de tal deber.

No obstante lo anterior, se reitera, no es factible acceder a la solicitud sugerida por el demandante, mediante el

²⁰ Léanse las Sentencias de esta Sección de 3 de julio de 2014, Exp. No. 2001-00727, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, y de 26 de noviembre de 2008, Exp. No. 2001-00816, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

reconocimiento de la situación jurídica advertida a su favor, toda vez que la misma no comporta el resarcimiento de un derecho a aquel conculcado con ocasión de los actos declarados nulos.

Ahora, el eventual restablecimiento del derecho, entendido como el retrotraer las cosas al estado anterior a la emisión del acto ilegal, puede consistir en que la Administración devuelva al interesado lo que éste sufragó como prima por la póliza otorgada en reemplazo de la aprehensión, pues ello sí corresponde a un estipendio que afectó directamente su patrimonio, y que se generó en una actuación cuya nulidad prosperó. Sin embargo, en el presente caso, el actor no formuló solicitud alguna en tal sentido, por lo que la misma tampoco habrá de reconocerse.

En este orden de ideas, la Sala procederá a revocar la sentencia recurrida en apelación para declarar la nulidad de los actos acusados; y, denegar las demás pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta Providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO. REVÓCASE la sentencia recurrida en apelación; y, en su lugar se dispone:

SEGUNDO. DECLÁRESE la nulidad de las Resoluciones 1934 de septiembre 25 de 2003 y 2453 de noviembre 28 de 2003, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN - Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

TERCERO. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO. RECONÓCESE personería jurídica a la doctora Ángela María Rodríguez Hernández, con tarjeta profesional No. 125554-D1 del C. S. de la J., y Cédula de Ciudadanía No. 52.704.490, como apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

GUILLERMO VARGAS AYALA

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO