LEGIS móvil
www.legismovil.com

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 68001233100020030144 9-01
AUTORIDADES NACIONALES
Actor: TIRES GROUP LIMITADA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 26 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

La sociedad demandante solicita declarar la nulidad de la Resolución 04-64-00-0636-003648 de 10 de diciembre de 2002, proferida por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Bucaramanga, por medio de la cual se decomisó a favor de la Nación la mercancía aprehendida mediante Acta No. 1103 del 6 de junio de 2002; y de la Resolución 000013 de 7 de marzo de 2003 proferida por el mismo funcionario, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la resolución anterior, confirmándola en todas sus partes.

Como consecuencia de dicha nulidad y a título de restablecimiento del derecho, solicita la actora se condene a la entidad demandada a devolver en forma definitiva las mercancías decomisadas, o en caso de que estas hayan sido enajenadas o rematadas, el correspondiente valor comercial indexado o actualizado a valor presente para el momento en que se haga efectivo el pago.

Igualmente solicita condenar a la Nación a pagar a la sociedad actora la suma de dinero que se determine, por medio de peritaje, por concepto de daños y perjuicios de orden material y moral ocasionados con la aprehensión de las mercancías y sus correspondientes ajustes de valor derivados de la disminución del poder adquisitivo de la moneda, a partir del momento en que estos se causaron, hasta cuando se produzca la sentencia respectiva y se haga efectivo su cumplimiento, con base en la variación porcentual del índice de precios al consumidor, como lo dispone el artículo 178 del C.C.A., igualmente solicita la condena en costas.

Hechos

De acuerdo con el texto de la demanda, se pueden resumir en los siguientes:

El día 10 de mayo de 2002 arribó al país por el Puerto administrado por la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena una mercancía consignada a nombre de la Sociedad **TIRES GROUP LTDA.,** amparada por el documento de transporte BL57D012192, siendo presentada y registrada, con el lleno de las formalidades legales previstas en el Título V, Capítulos I y II del Decreto 2685 de1999.

El día 15 de mayo de 2002, el intermediario aduanero autorizado – SIA COLADUNAS S.A -, presentó la Declaración de Importación identificada con el stíker No. 23 830 03 135739-4 la cual fue aceptada bajo el número 06001141086 del 15 de mayo de 2002.

La mercancía obtuvo el levante automático, el día 16 de mayo de 2002, bajo el número 1400481517, quedando así a libre disposición de los interesados, para su circulación en el territorio nacional.

La mercancía importada consiste en neumáticos o llantas neumáticas recauchutadas, nuevas, de caucho del tipo de los utilizados en los automotores y camiones para uso con o sin cámara de caucho y protector, cuyas referencias y especificaciones técnicas se precisan en la declaración de importación y sus anexos, entre ellos la factura comercial expedida por el proveedor INDUSTRIAS DEL NEUMÁTICO S.A en el extranjero.

Luego de haberse obtenido el levante automático y durante el transporte de la mercancía a la ciudad de Bogotá, los vehículos transportadores fueron objeto de un operativo por parte de la DIAN de Bucaramanga,

inmovilizándolos el día 18 de mayo de 2002 y posteriormente, fueron aprehendidas las mercancías en su totalidad mediante acta No. 1103 de 6 de junio de 2002, siendo ingresadas a bodegas de depósito de aduanas.

La causal esgrimida por la DIAN para proceder con la aprehensión de la mercancía fue la establecida en el numeral 1.6 del artículo 502 del decreto 2685 de 1999: "... *la mercancía no se encontraba amparada en la declaración de importación, toda vez que en este documento vienen declaradas llantas neumáticas nuevas",* y los funcionarios aprehensores concluyeron de manera equívoca, con base en un peritaje realizado por una empresa competidora de la actora (Goodyear de Colombia S.A.) que ésta correspondía a LLANTAS RECAUCHUTADAS y, que por ende, requerían de licencia previa para su legal importación.

El 5 de junio de 2002, se hizo llegar al Jefe de Fiscalización Aduanera el original de la certificación del fabricante, debidamente autenticada y apostillada, en la que se explica con detalle el proceso de fabricación de los neumáticos, en los cuales solo interviene en el producto final un 10% de carcasa reconstruida, obteniendo de esta manera y acorde con las normas internacionales -ISO 9002, DOT, AENOR, IQNET - HOMOLOGACIÓN COMO LLANTAS IGUAL QUE LAS NUEVAS.

Aun sin estar de acuerdo con la tesis manejada por la autoridad aduanera respecto de la calidad de la mercancía (recauchutada no nueva), la sociedad actora optó por solicitar ante el Ministerio de Comercio Exterior la licencia previa correspondiente, con el fin de proceder a legalizar la mercancía incautada de conformidad con los artículos 228 y siguientes del Decreto 2658 de 1999, por lo cual el Ministerio de Comercio Exterior autorizó la licencia previa con el No 015315A del 8 de agosto de 2002.

Posteriormente el Ministerio de Comercio Exterior, manifestó que hubo error - inducido por el importador - al otorgar la solicitud de licencia previa, y pretendió dejar sin efectos la licencia ya aprobada, omitiendo el procedimiento consagrado en el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo violando así el derecho de contradicción y defensa de la sociedad demandante. No obstante, al no revocar el acto administrativo en cuestión, le dejó a la DIAN de Bucaramanga la interpretación y aplicación, en caso de que la mercancía aprehendida correspondiera o no, físicamente, con la descrita en el documento.

En virtud de lo anterior la declaración de legalización fue denegada y finalmente se decretó el decomiso de la mercancía aprehendida.

Normas violadas y concepto de la violación

La actora invoca como normas vulneradas la Constitución Política en el inciso 2 del artículo 2, y los artículos 6, 29,58, 83, 90 y 333; el Estatuto Aduanero en sus artículos 2, 116, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 126, 128 numeral 7°, 228, 231, 232-1, 233, 469 inciso 4 literal a) y 506; el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 187, 236, 237 y 238 y el Código Contencioso Administrativo en sus artículos 3, 9, 35 y 84.

Manifiesta que el proceso de importación de las llantas se ajustó a los formalismos y requisitos legales hasta obtenerse el levante automático, y fue esta circunstancia la que imposibilitó, que en el lugar de ingreso al territorio nacional se pudiera realizar la inspección física de la mercancía por parte de un servidor público de la DIAN.

La mercancía obtuvo levante automático el día 16 de mayo de 2002, siendo inmovilizada por los funcionarios de la DIAN local de Bucaramanga el día 18 de

mayo del mismo año. En virtud de lo anterior, y no habiendo transcurrido los 5 días siguientes al levante automático otorgado por el sistema informático de la DIAN de Cartagena, al detectarse los errores u omisiones en la descripción de la mercancía encartada, según el criterio de los servidores públicos que actuaron como inspectores en Bucaramanga, el importador hubiera podido presentar en ese interregno la correspondiente declaración de legalización que los subsanara, cancelando el 10% del valor aduanero, oportunidad que fue cercenada y vulnerada por los funcionarios de la DIAN de Bucaramanga, que no obstante haber retenido las mercancías desde el mes de mayo de 2002, tan sólo hasta el 6 de junio del mismo año vinieron a oficializar la aprehensión, explicando sus móviles, como errores de descripción por ellos "detectados". De manera que con ese proceder no se le permitió a la sociedad importadora, presentar en tiempo (dentro de los cinco días), la declaración de legalización con el pago del diez por ciento (10%) del valor aduanero de la mercancía, sino que pasaron por alto el principio de celeridad que debe regir todas las actuaciones administrativas, consagrado en el inciso 3 del artículo 3º del Código Contencioso Administrativo.

Esta situación, también constituye una flagrante violación al principio del debido proceso, contemplado en el artículo 29 de la C.N., pues la actuación arbitraria de la administración impidió al importador de las mercancías acogerse al beneficio establecido por el ya citado numeral 7 del artículo 128 del Decreto 2685 de 1999.

El debido proceso no fue garantizado por los servidores públicos de la DIAN de Bucaramanga, toda vez que, a pesar de haberle formulado al administrado un requerimiento especial fuera de términos, no acogieron las peticiones ni atendieron las pruebas solicitadas, pues en torno a las mismas no se realizó ningún pronunciamiento y se decretaron otras que no fueron comunicadas al importador o a su representante, como tampoco se le corrió traslados durante el

término legal para permitirle ejercer el derecho de contradicción, violando los artículos 29 de la C.P y 84 del C.C.A por falsa motivación del acto administrativo que impuso el decomiso.

Sostiene que el dictamen pericial emitido por empleados de la empresa - GOODYEAR S.A - que se constituye como competencia de TIRES GROUP LTDA no se ajustó a los principios consagrados por el Código de Procedimiento Civil, en especial al de IMPARCIALIDAD, toda vez que los peritos tienen un interés real de proteger los intereses de las empresas para las cuales trabajan.

Tampoco se decretaron, ni practicaron ninguna de las pruebas solicitadas por el apoderado de la Sociedad afectada en el memorial de respuesta al Requerimiento Aduanero Especial, y en el caso particular de la solicitud de dictamen pericial rendido por un auxiliar de la justicia o, en su defecto por un laboratorio o sociedad certificadora internacional radicada en Colombia, la DIAN Local de Bucaramanga solicitó un supuesto experticio rendido en términos de total parcialidad por ICOLLANTAS, sin haber dado traslado del mismo a la sociedad demandante, para que dentro del término legal tres días lo hubiera objetado o solicitado aclaraciones o complementaciones, tal como lo prevé el artículo 238 del C.P.C..

A pesar de los abusos y extralimitaciones de los funcionarios de la DIAN de Bucaramanga, el importador igualmente se acogió, en el memorial de respuesta al requerimiento aduanero especial, a la figura del rescate por legalización, establecida en el Artículo 228 del Decreto 2685 de 1.999.

Esta norma fue desconocida por la administración de la DIAN de Bucaramanga, y no valieron las súplicas elevadas por el apoderado de la sociedad importadora, ya que el requisito de la licencia previa se acreditó con ocasión de la respuesta al requerimiento especial a fin de legalizar la mercancía y con todo jamás se emitió

pronunciamiento alguno, al menos para permitir la entrega de la mercancía mediante la constitución de una garantía otorgada por una Compañía de Seguros que cubriera el valor total de la mercancía y el ciento por ciento de los tributos aduaneros, multas y sanciones a las que hubiera lugar.

La oportunidad para presentar la declaración de legalización con el objetivo de subsanar el yerro en que supuestamente se incurrió, fue truncada y vulnerada por los funcionarios de la DIAN Bucaramanga, así mismo fue desconocida la figura de RESCATE POR LEGALIZACIÓN.

Fue igualmente desconocido el artículo 58 de la Constitución Política y el principio de la buena fe, toda vez que la mercancía materia de la litis fue adquirida con justo título al obtener los permisos para el levante de la misma y se pagaron los derechos de importación, por lo tanto no se había incurrido en algún fraude.

1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada DIAN, se opone a todas las pretensiones de la demanda haciendo un recuento de los hechos y sostiene que la decisión de la DIAN es ajustada a derecho, producto del análisis de las pruebas y por lo tanto el particular debe soportar las consecuencias que sobrevengan del incumplimiento de los requisitos establecidos en la normas materia de importación, ya que se pretendió introducir una mercancía señalando determinada característica y calidad, cuando en realidad no la tenía.

El proceso seguido en relación con bienes de procedencia extranjera tienen como finalidad definir la situación jurídica del bien desde el punto de vista de su legal importación e independiente de la persona que haya sido su

Importador, tenedor o propietario; correspondiendo a la DIAN, examinar la legalidad de la importación del bien.

Es por eso que en los actos demandados no se presenta violación a los artículos del Decreto 2685 de 1999, que cita el demandante, puesto que los bienes se decomisaron porque no estaban amparados por declaración, resultando entonces desacertadas las afirmaciones de la parte actora, cuando indica que la administración quebrantó los artículos 21, 58 y 83 de la Constitución, cuando está plenamente demostrado que la DIAN, actuó en cumplimiento de un deber legal y conforme a la facultad otorgada por la ley, respetando desde luego los lineamientos existentes sobre el debido proceso y en pro de mantener el orden económico.

No hubo violación al debido proceso, ni indebida motivación, ni desconocimiento de los principios orientadores de eficiencia, justicia y demás que señala el demandante; por cuanto el mismo se tramitó acorde con la ley, y con base en el principio de la buena fe; no puede escudarse el demandante para pretender la entrega de una mercancía irregularmente introducida al país, pues ello sería patente, para legalizar en el territorio nacional bienes de origen extranjero en total desconocimiento del orden económico; además que la buena fe es un principio aplicable para analizar las conductas de las personas y, por ende, determinado grado de responsabilidad, lo que como ya se anotó, no fue el objeto del proceso.

Los bienes que se trataron de introducir al territorio, no podían ingresar por la existencia de las restricciones citadas, que no las señala la DIAN, sino el Ministerio de Comercio Exterior, correspondiendo a dicho ente, velar por el cumplimiento de la medida y así lo evaluó en los actos demandados; de manera tal que la afirmación del demandante en cuanto a que habiendo presentado la licencia no se dijo nada al respecto, resulta equivocado; ya que

ante la manifestación hecha en el proceso administrativo, se le adujo que no correspondía la DIAN definirlo, pues no era de su competencia, además el Ministerio de Comercio Exterior, le precisó a la DIAN los alcances de la licencia previa y por ello no pudo aceptar la declaración de legalización.

No existió violación al debido proceso, ni indebida motivación, ni desconocimiento de los principios orientadores de eficiencia, justicia y demás que señala el demandante, como tampoco existió violación derecho de petición, el cual fue ampliamente ejercitado por el accionante.

II. **SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Santander, denegó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el Tribunal hace un recuento probatorio del que se destaca:

> *"Declaración de importación número 20022090486837 visible a folio 275, donde se lee en el numeral 43 "NEUMÁTICOS (LLANTAS NEUMÁTICAS) NUEVAS DE CAUCHO DEL TIPO DE LOS UTILIZADOS EN AUTOMÓVILES DE TURISMO INCLUIDOS LOS DE TIPO FAMILIAR... MARCAS, CONFOR, AUTO IHONE, INSA. TURBO...) y numeral 65 "NEUMÁTICOS (LLANTAS NEUMÁTICAS) NUEVAS DE CAUCHO DEL TIPO DE LOS UTILIZADOS EN AUTOBUSES Y CAMIONES USO CON Y SIN CÁMARA DE CAUCHO... MARCA MARSHALL, INSA TURBO DISEÑO, POWER GRANDE...)*
>
> *Informe de revisión a las llantas almacenadas en la Bodega de Almagro, realizado por el representante de ventas GOODYEAR S.A. señor Juan Carlos Arozemena, en donde se observa "las llantas de marca INSA TURBO de acuerdo con el análisis visual y las especificaciones descritas en los catálogos del producto encontrados, son REENCAUCHADAS, se utiliza una carcasa que ya cumplió un primera vida (nueva) y se recubre con caucho para ser utilizada en una segunda vida..." (folio 314) y ampliación de dicho peritaje a folio 492.*

Declaración de importación número autoadhesivo 23830031357394, en la cual se describe la mercancía como "NEUMÁTICOS LLANTAS NEUMÁTICAS NUEVAS DE CAUCHO DEL TIPO DÉ LOS UTILIZADOS EN AUTOMÓVILES DE TURISMO..." (folio 323)

Comunicado del Ministerio de Comercio Exterior (folio 504) donde se informa que: "El Comité de Importaciones no aprueba la importación de neumáticos, llantas recauchutadas, reconstruidos ni usados. Teniendo en cuenta lo anterior no existe ningún porcentaje a tomar en consideración respecto a materia prima nueva o usada, colombiana o extranjera".

Comunicado del agente de aduanas SIA - COLADUANAS S.A. a folio 509, en el cual se describe el procedimiento de importación, y afirma que no se realizó la pre-inspección de la mercancía debido a que el cliente por escrito no autorizó dicha diligencia en razón a los costos operativos que ello implicaba.

Comunicado de la representante legal de TIRES GROUP LTDA, donde informa al agente de aduanas -SIA -COLADUANAS- que no se autorización la pre - inspección, (folio 533).

Registros fotográficos (folios 603 a 606) donde se puede observar las características y el estado de la mercancía incautada."

Indica el Tribunal que los actos administrativos acusados decomisaron mercancía perteneciente a la sociedad TIRES GROUP Ltda., por no encontrarse amparada en la declaración de importación de conformidad con la causal de decomiso contenida en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Consideró el a quo que para el caso en concreto se debe tener en cuenta que dentro del proceso de nacionalización de mercancía, el Ministerio de Comercio recomienda a las sociedades intermediadoras aduaneras solicitar autorización para realizar una pre-inspección con anterioridad a la presentación de la Declaración de Importación y demás documentos, esto cuando surjan dudas acerca de la descripción, números de serie o identificación o cantidad, del material objeto de importación. En el caso bajo estudio, se puede observar, que la sociedad intermediadora ISA Coladuanas

S.A. presenta un informe del procedimiento llevado a cabo y resalta que "3. *No se realizó la pre - inspección debido a que el cliente por escrito NO AUTORIZÓ dicha diligencia debido a los costos operativos que ello implicaba"*[1], y a folio 533, se encuentra comunicado de la representante legal de TIRES GROUP Ltda., en el cual no autoriza la pre-inspección, sin embargo, y siendo la pre-inspección facultativa del importador, este no puede pretender que no recae sobre él la responsabilidad cuando desiste de realizarla y surgen al momento de la presentación de la mercancía para su nacionalización problemas; la actuación no reviste obligatoriedad alguna, pero sí, constituye una posibilidad para sanear cualquier inconsistencia.

Existe una aplicación informática diseñada para determinar si es viable el levante automático y opera con base en los perfiles de riesgo predeterminados por el comité de selectividad de la DIAN y si la mercancía no cumple con dichos perfiles, se procede al levante automático, esto sin perjuicio de que la autoridad aduanera pueda realizar revisiones de manera aleatoria o selectiva cuando lo considere conveniente, por lo tanto, consideró el a quo que el actor de manera equívoca, está endilgando su error en la declaración de importación, a la DIAN, cuando él también se encontraba facultado en ese momento del trámite para solicitar la pre-inspección y así evitar un perjuicio mayor.

Indica el Tribunal que la litis del asunto se concentra en la calidad de los neumáticos importados, esto es, nuevos, usados o recauchutados por lo que se hace necesario analizar el material probatorio allegado al expediente.

La declaración de importación (folio 341) señala que la mercancía corresponde a neumáticos NUEVOS, por lo cual deben pertenecer a las partidas arancelarias 40.11.10.00.00 y 40.11.20.00.00, como en efecto se observa en las casillas 25 y 46 del documento; sin embargo, en los folletos

aportados por la parte actora (folios 358 a 378 y 414 a 421) es visible que el proceso que se realiza con las llantas es el RECAUCHUTADO y, contrario a lo que argumenta el accionante, el hecho de estar amparadas en normas que le otorgan la homologación como nuevas, su proceso no es el mismo que el utilizado en las llantas totalmente nuevas, por lo tanto, consideró el a quo, que no se pueden entender como NUEVAS; por otro lado, las partidas arancelarias, para materiales neumáticos nuevos, son diferentes a las utilizadas en neumáticos recauchutados, por lo tanto, el yerro se exhibe desde el momento mismo en que el importador usó las partidas arancelarias 40.11.10.00.00 y 40.11.20.00.00 correspondientes a neumáticos nuevos, por cuanto debió citar las correspondientes a la clase de neumáticos objeto de importación esto es 40.12.11.00.00 y 40.12.12.00.00.

Son de vital importancia los registros fotográficos que reposan a folios 603 y 606, en los cuales se hace visible que la mercancía incautada no corresponde en ningún momento a material NUEVO, pues se observan alteraciones en la superficie y el interior de las llantas y los dictámenes periciales realizados por GOODYEAR (folio 314) e ICOLLANTAS (folio 597), sostienen que los neumáticos INSA TURBO, no son nuevos, y ya han tenido una primera vida útil.

En cuanto a los cuestionamientos relativos a la parcialidad del dictamen pericial realizado en vía gubernativa, consideró el Tribunal que no existe prueba alguna dentro del plenario que acredite que GOODYEAR es directa competencia de la sociedad TIRES GROUP LTDA; además la DIAN ordenó la práctica de otro dictamen dando cumplimiento al auto que decretó pruebas de 06 de septiembre de 2002; en consecuencia, se solicitó a INCONTEC la práctica de un experticio técnico al material, en su respuesta INCONTEC manifiesta que existen dos laboratorios acreditados para realizar el análisis

los cuales son INCOLLANTAS y UNIROYAL, por lo que se solicita a ICOLLANTAS la práctica del peritaje técnico a la mercancía y como resultado del dictamen se observa que *"las llantas verificadas marca INSA TURBO, en diferentes referencias de automóvil, camioneta y camión, no son llantas nuevas, estas llantas ya tuvieron una primera vida útil…"* por lo tanto, de conformidad con los artículos 232 y 232-1 del Decreto 2685 de 1999, no es posible reconocer como declarada y presentada la mercancía objeto de Litis ya que la descripción Neumáticos NUEVOS, no corresponde con la mercancía decomisada.

En cuanto a la imposibilidad del actor de realizar la declaración de legalización, el parágrafo del artículo 228 del Decreto 2685 de 1999 señala que *"No procederá la Declaración de Legalización, respecto de las mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación, salvo que se acredite el cumplimiento del respectivo requisito",* así mismo el artículo 233 ibídem indica que "*La autoridad aduanera podrá autorizar la entrega de las mercancías aprehendidas, cuando sobre estas no existan restricciones legales o administrativas para su importación…"*

En cuanto a las restricciones legales o administrativas, para su importación la Resolución 001 de 1995 del Ministerio de Comercio Exterior señala:

> *CAPITULO III.*
>
> *RÉGIMEN DE LICENCIA PREVIA*
>
> *Artículo 21°. 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 reembolsabas; 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; y las presentadas por las entidades oficiales con excepción de las de gasolina y urea"*

Por lo tanto era requisito para realizar la importación la obtención de una licencia previa, la cual fue otorgada al importador de manera equívoca, como lo hace saber el Ministerio de Comercio Exterior, y resulta extraño que el importador solicite el 8 de agosto de 2002, licencia previa para mercancía nueva, si al momento de la aprehensión el 14 de mayo, el motivo fue no estar declarada como recauchutada, por lo cual, si a su parecer quiso y consideró solucionar el problema presentado, debió solicitar al MINCOMEX licencia previa por el motivo que le estaba siendo aprehendida la mercancía, esto es recauchutada.

II. APELACIÓN

Solicita la parte actora la revocatoria de la sentencia argumentando lo siguiente:

Manifiesta el recurrente que el Tribunal no tuvo a bien tener en consideración las normativas de calidad de carácter internacional ISO 9002, DOR, AENOR, IQ-NET, ya que obra en el expediente la certificación expedida por el fabricante de las llantas objeto del litigio en la cual se detalla el proceso de fabricación de estos bienes de acuerdo con las mencionadas normas de calidad, además de cumplir con los estándares de calidad de las Naciones Unidas, de acuerdo con sus reglamentos 108 y 109, y las homologa como llantas nuevas. Por lo que la mercancía incautada estaba legítimamente amparada por la Declaración de Importación 23 830 03 135739-4 y aceptada por la autoridad aduanera con el número 06001141086 del 15 de mayo de 2002.

Manifiesta que, en gracia de discusión, si se trata de mercancía usada, lo cierto es que la demandante procedió a solicitar la licencia previa que amparara los bienes en cuestión y el Ministerio de Comercio Exterior aprobó

dicha licencia con el número 015315A del 8 de mayo de 2002, lo que la convierte en un acto administrativo de carácter particular y concreto y sobre el cual se predica la presunción de legalidad**,** a la luz del artículo 66 del C.C.A.

Indica que la licencia previa no fue anulada ni suspendida por la autoridad competente, es decir, por la jurisdicción contencioso administrativa, simplemente la autoridad aduanera desconoció la existencia de un acto legítimo bajo el argumento esgrimido por el Ministerio de Comercio Exterior, a través de la asesora del comité de Importaciones, quien en oficio del 24 de septiembre de 2002 manifestó *que hubo error al aprobar dicha solicitud, inducido por el importador, toda vez que en el cuerpo de la licencia de importación se lee con toda claridad en la hoja principal, casilla 17 renglón 3, la leyenda NEUMÁTICOS NUEVOS y en la hoja principal adicional No.* 2, *casilla 17, renglón 7, la leyenda NEUMÁTICOS NUEVOS..".*

Advierte que en el cuerpo de la licencia previa aprobada, consta que se trata de llantas recauchutadas**,** por lo que el argumento invocado por la asesora del comité, en el sentido de haber inducido a error a esa entidad para obtener la aprobación es totalmente falaz.

Indica que el importador obtuvo la licencia previa no para llenar un requisito que debió haber obtenido con anterioridad a la aprehensión de la mercancía, sino para hacer uso del mecanismo de la legalización de la mercancía previsto el Estatuto Aduanero, presentando la declaración de legalización identificada con el número 20022090029873 a través de la sociedad de intermediación aduanera COLADUANAS S.A., toda vez que había lugar para ello, de acuerdo con lo establecido en el artículo 228 del citado Decreto 2685 de 1999 y en el presente caso la mercancía, cumplía los requisitos para ser objeto de legalización, pues había sido introducida por un lugar habilitado,

con toda la documentación exigida para tal fin.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por auto de 21 de noviembre de 2013, en esta instancia se corrió traslado para alegar a las partes y al Procurador Delegado. Al respecto la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando todos los argumentos de la apelación y por lo tanto solicita revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrtivo de Santander y en consecuencia acceder a las pretensiones de la demanda.

Por su parte la DIAN presentó documento contentivo de sus alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia apelada y señalando respecto del recurso de apelación lo siguiente:

No le asiste razón al recurrente cuando afirma que obra en el expediente la certificación expedida por el fabricante de las llantas en el cual se detalla el proceso de fabricación de estos bienes de acuerdo con las normas de calidad internacional y que cumplen con los estándares de calidad de las naciones unidas, pues no basta que las mismas estén amparados en normas que le otorgan la homologación como nuevas, toda vez que su proceso no es el mismo que el utilizado en las llantas totalmente nuevas, las cuales pueden ser nacionalizadas sin requisitos adicionales, para el caso, eran llantas recauchutadas, sobre las cuales existían restricciones administrativas, como era una licencia previa a la importación.

Sobre la licencia, tampoco le asiste razón al recurrente cuando afirma que se solicitó la licencia previa que ampara las llantas al Ministerio de Comercio Exterior y que este la aprobó, lo que lo convierte en un acto administrativo de carácter particular y concreto y sobre el cual se predica presunción de

legalidad, pues precisamente se rechazó la legalización de la mercancía por cuanto la licencia de importación No. 015315A del 8 de agosto del 2002 expedida por el MINCOMEX, no amparaba la mercancía decomisada, entre otras cosas, porque al confrontarse la información suministrada por el declarante en la licencia se inferia que la mercancía no correspondía con la que se prentendía nacionalizar.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar los argumentos expuestos por la actora en el recurso de apelación y de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 320 del Código General del Proceso se limitará a conocer de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae dicho recurso, pues los mismos, en el caso de apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

La recurrente manifiesta en su escrito de apelación que el Tribunal no tuvo en cuenta el certificado del fabricante que señalaba que la mercancía estaba homologada por normas de calidad internacional como nueva. Señala igualmente que la licencia previa obtenida, para legalizar la mercancía es un acto administrativo plenamente válido sobre el que recae la presunción de legalidad, puesto que no fue revocada por la autoridad jurisdiccional competente siguiendo el trámite que el Código Contencioso Administrativo establece para tal fin y que por lo tanto se debió permitir a la sociedad actora acogerse al mecanismo de legalización de la mercancía previsto en las normas aduaneras.

Caso concreto

La sociedad actora realizó una importación de mercancia con Declaración de Importación No. 2383003135739-4[1] cuya descripción es la siguiente:

> *"NEUMATICOS (LLANTAS NEUMATICAS) NUEVOS DE CAUCHO DEL TIPO DE LOS UTILIZADOS EN AUTOMOVILES DE TURISMO INCLUIDOS LOS DEL TIPO FAMILIAR, BREAK, STATION WAGON Y LOS DE CARRETERAS CONTRUCCIÓN RADIAL…."*
>
> *"NEUMATICOS (LLANTAS NEUMATICIAS) NUEVOS DE CAUCHO DEL TIPO DE LOS UTILIZDOS EN AUTOBUSES Y CAMIONES USO CON Y SIN CAMARA DE CAUCHO Y PROTECTOR…"*

Y las subpartidas arancelarias señaladas fueron las 4011100000 y 4011200000 que de conformidad con en el Arancel Armonizado de Colombia vigente para la época de los hechos (Decreto 2008 de 20 de diciembre de 2001), capítulo 40 "Caucho y sus manufacturas", se describen como "Neumáticos (llantas neumáticas) nuevos de caucho, del tipo de los utilizados en automóviles" y "Neumáticos nuevos de caucho, del tipo utilizado en autobuses o camiones" respectivamente.

Con base en las facultades[2] de fiscalización y control de la DIAN, entre otras, la de adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el cumplimiento efectivo de las normas aduaneras mediante la fiscalización posterior, facultades con las que la DIAN puede verificar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, luego de haberse llevado a cabo el levante automático de la mercancía importada por la sociedad actora, durante su transporte hacia la ciudad de Bogotá, los vehículos que llevaban la carga fueron objeto de un operativo por parte de funcionarios de la División de Fiscalización de la Administración de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga los días 17 y 18 de mayo de 2002.

---

[1] Folio 175 CP.
[2] Artículo 469 del Decreto 2685 de 1999

Como resultado del operativo, fue retenida a prevención la mercancía concluyendo con su aprehensión el día 6 de junio de 2002 como consta en el Acta de Aprehensión[3] No. 1103, indicando como causal de la medida, la contenida en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

La medida fue sustentada en documento[4] que obra dentro del expediente administrativo y en ella se indica como razón de la aprehensión la siguiente: *"La mercancía no corresponde a la relacionada en la declaración de importación 2383003135739-4 de 15 de mayo de 2002, por cuanto la misma ampara según la descripción de mercancías de las casillas 43 y 64 Neumáticos (Llantas neumáticas), nuevas de caucho… y de acuerdo a la verificación física…se estableció que las mercancías transportadas y relacionadas en el Acta de Aprehensión No. 1103 del 06 de junio de 2002…corresponde a llantas RECAUCHUTADAS…".*

La demandante, según narra, aun sin estar de acuerdo con lo concluido por la administración optó por solicitar ante el Ministerio de Comercio Exterior la licencia previa para la importación de su mercancía, la cual fue concedida con el No 015315A del 8 de agosto de 2002[5], con el fin de proceder a legalizar la mercancía incautada de conformidad con el artículo 228 del Decreto 2658 de 1999.

La DIAN en oficio de 10 de septiembre de 2002[6], solicitó explicaciones respecto de la expedición de la licencia previa concedida a la sociedad actora, considerando que 13 de junio de 2002 la asesora del Comité de Importaciones del Ministerio de Comercio Exterior en respuesta a la consulta elevada por la DIAN respecto de la viabilidad de la expedición de una

[3] Folio 474 del CP.
[4] Folio 441 del CP.
[5] Folios 564 a 566 CP
[6] Folio 568 CP

licencia previa para la importación de neumáticos recauchutados o reconstruidos, respondió que no aprobaba la importación de neumáticos o llantas recauchutadas, reconstruidas ni usadas.

El Ministerio de Comercio Exterior respondió a la solicitud de explicaciones de la DIAN por oficio[7] recibió el 24 de septiembre de 2002, y en él que manifestó:

> *"Tal como se le comunicó telefónicamente y vía correo electrónico, el Comité de Importaciones reconoce que hubo error al aprobar dicha solicitud, error inducido por el importador, toda vez que en el cuerpo de la licencia de importación se lee con toda claridad en la hoja principal, casilla 17 reglón 3, la leyenda NEUMATICOS NUEVOS y en la hoja principal adicional No. 2, casilla 17, reglón 7, la leyenda NEUMATICOS NUEVOS . Afirmaciones que fueron sólo tenidas en cuenta para aprobar los documentos en mención, razón por la cual el Comité de Importaciones impuso en las licencias el sello de MERCANCIA NUEVA.*
>
> *Si la observación Física de la mercancía amparada por dicha licencia, comprueba que no corresponde a la descrita en el formulario, es decir, no es nueva, ese hecho invalida el documento aprobado. Será, en consecuencia, la respectiva autoridad competente que investigue el posible hecho punible de contrabando, confirmando o no el contrabando técnico que pudiera configurarse.*
>
> *En consecuencia, la actuación que se surta y la decisión que se adopte por parte de su dependencia, es valida en cualquier sentido que se tome, toda vez que en acervo probatorio documental (licencia) considera que no existe armonía entre la mercancía existente y la descrita en el documento, es decir las mismas se encuentran subjudice."*

De conformidad con lo anterior, la DIAN no aceptó la legalización de la mercancía solicitada por la actora, con fundamento en la licencia previa otorgada por el Ministerio de Comercio Exterior, por cuanto la mercancía aprehendida tampoco estaba amparada en la declaración de legalización y se ordenó su decomiso.

---

[7] Folio 582 CP

Problema Jurídico

El problema jurídico consiste en determinar, si de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, la DIAN definió acertadamente que en efecto no se trataba de mercancía nueva. Además, si le era dado a la DIAN resolver la situación jurídica de la mercancía con el decomiso, habiendo sido otorgada una licencia previa para la importación de la mercancía por parte del Ministerio de Comercio Exterior.

Análisis del caso

Determinación de la clase de mercancía (Llantas nuevas o Llantas recauchutadas)

Según el artículo 469 del Decreto 2685 de 1999, en ejercicio de las facultades de fiscalización y control la DIAN podrá, entre otras, adelantar las investigaciones y desarrollar los controles necesarios para asegurar el cumplimiento efectivo de las normas aduaneras simultáneamente al desarrollo de las operaciones de comercio exterior, o mediante la fiscalización posterior que se podrá llevar a cabo para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, o integralmente, para verificar también el cumplimiento de las obligaciones tributarias y cambiarias de competencia de la entidad.

Para el ejercicio de sus funciones, la DIAN contará con amplias facultades de fiscalización e investigación, pues es la única autoridad competente para verificar la legalidad de la importación de las mercancías que se introduzcan o circulen en el territorio aduanero nacional.

En su función la DIAN observó que la mercancía aprehendida correspondiente a la declaración de importación numero 2383003135739-4 de 15 de mayo fue descrita como mercancía nueva (LLANTAS NUEVAS); sin embargo, determinó por medio de peritajes, documentación y registros fotográficos que la mercancía no se encontraba amparada en la declaración de importación por corresponder a llantas recauchutadas y no nuevas.

Junto con las llantas se encontraron e igualmente aprehendieron[8] los catálogos de los neumáticos INSAN TURBO, catálogos que se anexaron al expediente[9] y de cuyo contenido se puede extraer lo siguiente:

> *"Certificado ISO 9002: AENOR Concede el certificado de registro de empresa y distribución de neumáticos* ***recauchutados****"…"Compromiso Ecológico: Nuestro compromiso fundacional de respeto al medio ambiente:* ***El reciclaje es el alma del funcionamiento de nuestra empresa****"...4 La estructura de la construcción interna de la carcasa se mantiene intacta en su estado original, para dar las mismas prestaciones que en su primera vida"*[10]*.*
>
> *"…*
>
> *"Control de calidad de cáscara:* ***Apartado importante de la confección de un buen recauchutado****, cada cascara es sometida a rigurosos exámenes por personal totalmente cualificado, siendo revisadas milimétricamente tanto el interior como el exterior; INSA TURBO rechaza un 60% de todas las entradas diarias."* "…"[11] (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Se encuentra igualmente allegado al expediente documento[12] denominado *"ISA TURBO – Industrias del Neumático S.A." – "PROCESO DE FABRICACIÓN DE LOS NEUMÁTICOS DE TURISMO, INSA TURBO Y ZHONE 2000"*, en su contenido se lee: ***"El proceso de recauchutado consiste en sustituir la gomas viejas del neumático y reconstruir su***

[8] Folio 471 del expediente
[9] Folio 358 - 378
[10] Folio 359 del Cuaderno Principal
[11] Folio 365 del Cuaderno Principal
[12] Folio 428 del Cuaderno Principal

estructura original, convirtiéndolo en un neumático de <u>características similares al nuevo</u>". (Subrayado y resaltado fuera de texto)

En efecto la empresa española fabricante de la mercancía encartada se presenta como una empresa productora de llantas recauchutadas y no nuevas, como se observa del proceso de producción contenido en el documento anteriormente descrito.

Además, se observa dentro del expediente un peritaje[13] solicitado por la DIAN a la empresa GOODYEAR DE COLOMBIA S.A., de mayo 28 de 2002, la cual concluye en su experticio:

> *"De acuerdo con la solicitud de peritaje fechada el 24 de mayo de 2002, comunicación 81-04-210-0337, nos permitimos informar que realizada la revisión técnica a una muestra de las llantas inmovilizadas por la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de Bucaramanga, mediante acta No. 459 del 17 de mayo de 2002 que se encontraban en las bodegas de Almagro en la Ciudad de Bucaramanga el día 27 de mayo de 2002, se determina lo siguiente:*
>
> *"Las llantas de marca ISA TURBO de acuerdo con el análisis visual y las especificaciones descritas en los catálogos de producto encontrados son REENCAUCHADAS; cuya definición técnica es carcasa que ya cumplió una primera vida (nueva) que se cubre de caucho a través de cualquiera de los métodos existentes en la industria del reencauche como pueden ser el precurado, moldeado, pestaña a pestaña, etc.., para ser utilizada en segunda vida o posteriores.*
>
> *"…*
>
> *"La empresa que reconstruye las carcasas cumplen con las normas ISO9002, DOT, AENOR, IQNET y DOT, estas normas certifican el proceso de aseguramiento de calidad y cumplimiento de especificaciones nacionales e internacionales en el proceso de conversión de materiales iniciales en el producto terminado, en ningún*

[13] Folio 497 del Cuaderno Principal.

momento certifican que las llantas son de primera vida o de segunda vida (Reencauchadas).

"…"

Obra igualmente dentro del expediente peritaje realizado por la Empresa Industria de Llantas Colombianas S.A. ICOLLANTAS, peritaje llevado a cabo como resultado de la práctica de pruebas ordenadas dentro de la vía gubernativa, mediante auto de 6 de septiembre de 2002[14], donde se decreta el experticio solicitado por la parte actora para que sea realizado por Bureau Beritas o ICONTEC laboratorios y sociedades avaladas mundialmente; sin embargo, ICONTEC, por documento[15] recibido por la DIAN el 20 de septiembre de 2002, informó que los laboratorios acreditados para realizar las pruebas solicitadas eran ICOLLANTAS y UNIROYAL, por lo que la DIAN solicitó a ICOLLANTAS realizar la práctica del peritaje decretado en auto de pruebas. En dicho experticio[16] el perito concluyó:

*"1.Las llantas verificadas marca INSATURBO en diferentes referencias de automóvil, camioneta y camión, **no son llantas nuevas**, estas llantas ya tuvieron una primera vida útil, la cual(sic) se les realizó un proceso de reencauche en caliente, el cual fue realizado por la misma empresa en mención.*

2.Las dos llantas marca MICHELIN, que se revisaron también son reencauchadas pero su proceso se realiza en frio. "…" (Subrayado y resaltado fuera de texto)

Igualmente aparece en el plenario un registro fotográfico[17] de las llantas indicadas en el inventario y avalúo de la mercancía aprehendida No. 3904104376 (mercancía decomisada), donde se puede observar a simple vista los detalles que caracterizan a una llanta que ha tenido una primera

[14] Folio 574 del Cuaderno Principal.
[15] Folio 581 del Cuaderno Principal.
[16] Folio 597 del Cuaderno Principal.
[17] Folio 603 a 606 del Cuaderno Principal.

vida, como parches para despinchar, que hasta la persona mas inexperta lo notaría.

Ahora bien, el recurrente manifiesta que el Tribunal no tuvo en cuenta las normativas de calidad de carácter internacional ISO 9002, DOR, AENOR, IQ-NET con que fueron fabricadas las llantas; sin embargo, como ya se determinó dentro de los catálogos del fabricante se señaló que el *"Certificado ISO 9002: AENOR Concede el certificado de registro de empresa y distribución de neumáticos recauchutados",* asunto que no está en discusión, es decir que las llantas recauchutadas hayan sido reconstruidas o reacondicionadas con las mencionadas normas de calidad internacional.

También indica el recurrente que obra en el expediente la certificación expedida por el fabricante de las llantas objeto del litigio, que tampoco fue tenida en cuenta por el Tribunal, en la cual se detalla el proceso de fabricación de estos bienes de acuerdo con las normas de calidad anteriormente mencionadas, que además cumplen con los estándares de calidad de las Naciones Unidas de acuerdo con sus reglamentos 108 y 109, y las homologa como llantas nuevas.

Al respecto, en efecto obra en el expediente comunicación[18] de de 21 de mayo de 2002 suscrito por el Representante Legal de INSA TURBO, Industrias del Neumático S.A. con sede en Aspe-España, en el que manifiesta:

> *"Expedimos la presente certificación a solicitud de nuestro representante en Colombia TIRES GRIPE(sic) LTDA, para presentación de autoridades aduaneras: Certificamos: que las llantas neumáticos vendas por nosotros según factura E/150 de Abril 4 del 2002 Referencias descritas, son llantas neumáticas producidas en nuestra planta bajo normas internacionales, ISO 9002, DOT, AENOR, IQNET, las citadas llantas se fabrican en base al*

[18] Folio 427 del Cuaderno Principal.

*reglamento 108 y 109 de Naciones Unidas**, obteniendo la Homologación como llantas igual que las nuevas**, que aunque en el proceso de fabricación interviene una carcasa reconstruida la cual representa el 10% del producto final adicionando 90% con materiales de alta calidad….".*

Lo anterior resulta contradictorio con lo señalado en el documento anteriormente analizado[19] denominado *"ISA TURBO – Industrias del Neumático S.A." – "PROCESO DE FABRICACIÓN DE LOS NEUMÀTICOS DE TURISMO, INSA TURBO Y ZHONE 2000"*, en el que se indica: ***"El proceso de recauchutado consiste en sustituir la gomas viejas del neumático y reconstruir su estructura original, convirtiéndolo en un neumático de características similares al nuevo"***, y no iguales a nuevos.

Y es que la propia Comisión de las Comunidades Europeas, el 6 de diciembre de 2004, en la propuesta[20] de decisión del Consejo Europeo, realizada con el objeto de conferir carácter obligatorio a los Reglamentos 109 y 108 de la CEPE/ONU (Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas) sobre neumáticos recauchutados, reglamentos a que alude la parte actora como fundamento de la homologación de la mercancía encartada - como nueva- indica claramente en su exposición de motivos:

"EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Los neumáticos recauchutados en la comunidad El objeto de la presente Decisión consiste en conferir carácter obligatorio a las disposiciones comunitarias sobre la homologación de la producción de neumáticos recauchutados para turismos y vehículos industriales incluidas, respectivamente, en los Reglamentos modificados de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE/ONU) n° 108 (sobre la homologación de la producción de neumáticos recauchutados para los vehículos automóviles y sus remolques)y n° 109 (sobre la homologación de la producción de neumáticos recauchutados para los vehículos industriales y sus remolques). Por tanto, los Estados miembros permitirán la comercialización de los neumáticos recauchutados en la Comunidad sólo si han sido fabricados

[19] Folio 428 del Cuaderno Principal
[20]http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2004)0774_/com_com(2004)0774_es.pdf

con arreglo a los requisitos establecidos en dichos Reglamentos. Actualmente, no existen disposiciones uniformes de carácter obligatorio para la fabricación de neumáticos recauchutados destinados a la venta y puesta en servicio en la Comunidad. Es necesario evitar la existencia de requisitos para la fabricación de neumáticos recauchutados que sean diferentes en los distintos Estados miembros, ya que dichas divergencias dificultan la comercialización de dichos productos y plantean obstáculos al comercio interior. Los neumáticos recauchutados constituyen una parte importante del mercado posventa de la industria de los vehículos de motor en la Comunidad. ***Este tipo de neumáticos tiene por objetivo aumentar el período de utilización de los neumáticos y el kilometraje efectuado con los mismos. Entre sus ventajas conocidas figuran el ofrecer el mismo kilometraje que unos neumáticos nuevos comparables manteniendo un alto nivel de prestaciones y seguridad.*** *Además, este producto contribuye a la protección del medio ambiente y permite ahorrar energía con respecto a la fabricación de neumáticos nuevos, con un precio inferior al de éstos. La aplicación obligatoria de los requisitos que figuran en los Reglamentos CEPE/ONU para la fabricación de neumáticos recauchutados contribuirá a garantizar la calidad, integridad y prestaciones de dicho producto.*

"…

La CEPE/ONU ha adoptado dos Reglamentos en el ámbito de los neumáticos recauchutados en el marco del Acuerdo de 1958, a saber, los Reglamentos no 108 y 109. Ambos entraron en vigor para las partes contratantes el 23 de junio de 1998. El 28 de octubre de 2001, la Comunidad se adhirió a éstos mediante las Decisiones 2001/509/CE y 2001/507/CE del Consejo, respectivamente.

Los Reglamentos prevén medidas relativas a las características técnicas y a la capacidad de fabricación actual para la producción de neumáticos recauchutados. ***Las disposiciones incluyen los métodos empleados por el fabricante para producir el neumático y se refieren a la homologación de la empresa de recauchutado más que a la homologación del neumático recauchutado en sí.***

"…

No obstante, los Reglamentos no 108 y 109 de la CEPE/ONU no son obligatorios automáticamente en las partes contratantes y, por tanto, en los Estados miembros de la CE. En algunos Estados miembros, la conformidad con los requisitos de los Reglamentos es obligatoria, como en Francia o España. No obstante, los Estados miembros tienen la posibilidad de contar con disposiciones nacionales de carácter paralelo que constituyen una alternativa a lo dispuesto en los Reglamentos y que varían de un Estado miembro a otro. Por ello, no existen normas comunes obligatorias acerca de la seguridad y de los requisitos para la fabricación de neumáticos recauchutados destinados a la venta y puesta en servicio en la Comunidad.

3. Propuesta de Decisión presentada por la Comisión

En sus Decisiones de 26 de junio de 2001 por las que la Comunidad Europea se adhería a los Reglamentos no 108 y 109 de la CEPE/ONU, el Consejo anunció la intención de regular posteriormente, mediante una Directiva, la aplicación uniforme de ambos Reglamentos en la Comunidad. A la vista de lo limitado del ámbito de aplicación de la regulación necesaria, conviene introducir este tipo de disposición modificando las Decisiones 2001/509/CE y 2001/507/CE del Consejo.

La propuesta de Decisión no se integrará en el procedimiento comunitario de homologación de tipo de vehículos de motor y sus remolques creado en virtud de la Directiva 70/156/CEE, tal y como se establece en el considerando 3 de las Decisiones 2001/509/CE y 2001/507/CE del Consejo, respectivamente. ***No existen tipos de neumáticos recauchutados, ya que son productos reelaborados a partir de neumáticos usados. Además, no son productos nuevos, ya que son productos reelaborados y, por tanto, no se han puesto en circulación en el mercado por primera vez."***

El fabricante puede informar y vender su mercancía como nueva pero existe la facultad de la administración de verificar tal información, como en efecto aquí lo hizo con la mercancía encartada.

Por todo lo anterior, se determina que la mercancía aprehendida y luego decomisada con los actos acusados no es un producto nuevo, específicamente no son llantas nuevas sino recauchutadas o reencauchadas y por lo tanto la mercancía incautada no estaba legítimamente amparada por la Declaración de Importación 23 830 03 135739-4.

Licencia Previa – Legalización de la Mercancía

Manifiesta el recurrente que la licencia previa obtenida para legalizar la mercancía es un acto administrativo plenamente válido sobre el que recae la presunción de legalidad, puesto que no fue revocado por la autoridad jurisdiccional competente siguiendo el trámite que el Código Contencioso Administrativo establece para tal fin y que por lo tanto se debió permitir a la sociedad actora acogerse al mecanismo de legalización de la mercancía

previsto en las normas aduaneras.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

La DIAN por oficio de 28 de mayo de 2002[21], consultó a la Asesora del Comité de Importación del Ministerio de Comercio Exterior, la viabilidad de la *"…obtención de la licencia previa para la importación de neumáticos recauchutados o reconstruidos, en el mismo sentido solicitó el criterio del comité frente al concepto de recauchutado y si al resolver las solicitudes presentadas por los usuarios de Comercio Exterior, se considera un porcentaje específico de materia prima usada versus la materia prima nueva".*

En respuesta a la anterior consulta el Ministerio de Comercio Exterior por oficio[22] de 20 de junio de 2002, manifestó: *"De acuerdo con su consulta de la referencia, nos permitimos informarle que el Comité de Importaciones no aprueba la importación de neumáticos, llantas, recauchutados, reconstruidos ni usados. Teniendo en cuenta lo anterior, no existe ningún porcentaje a tomar en consideración respecto de la materia prima nueva o usada, colombiana o extranjera."*

La actora manifiesta haber solicitado la licencia previa[23] de la mercancía encartada indicando la clase de solicitud como ORDINARIA (casilla 4) y el régimen PREVIA (Casilla 5) y en la descripción de las mercancías (casilla 17) de la solicitud de licencia señaló:

> *"NEUMÁTICOS (llantas neumáticas)* ***recauchutados*** *de los tipos utilizados en el turismo incluidos los de tipo familiar "breack o statiton wagon" y los de carrera****). Neumáticos nuevos*** *marca: Insa –Turbo:….."*
>
> *"Neumáticos (llantas neumáticas)* ***recauchutados*** *de los tipos utilizados en*

[21] Folio 320 del cuaderno principal.
[22] Folio504 del cuaderno principal.
[23] Folio 564

autobuses o camiones. ***Neumáticos Nuevos*** *Marca: Insa- Turbo;….”*

En la casilla No. 28 de la solicitud esta firmada del importador con la que declara*: “DECLARO BAJO LA GRAVEDAD DEL JURAMENTO QUE LOS PRECIOS, CANTIDADES, UNIDADES Y DEMAS DETALLES CITADOS SON CORRECTOS Y LA FIEL EXPRESIÓN DE LA VERDAD. AUTORIZO AL MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR DE COLOMBIA – MINCOMEXCOLOMIBA…”.*

La DIAN, por oficio de 10 de septiembre de 2002[24], solicita explicación al Ministerio de Comercio Exterior sobre la licencia previa otorgada, en consideración a que con anterioridad ese Ministerio se había pronunciado sobre la negativa a las importaciones de neumáticos recauchutados. El Ministerio contestó por oficio de 24 de septiembre de 2004[25], manifestando que ***“…el Comité de Importaciones reconoce que hubo un error al aprobar dicha solicitud, error inducido por el importador…Si la observación física de la mercancía amparada por dicha licencia, comprueba que no corresponde a la descrita en el formulario, es decir no es nueva, este hecho invalida el documento aprobado…” “…”.***

Se determina entonces que el usuario aduanero buscó la licencia previa para llantas recauchutadas, conociendo que la DIAN había rechazado su mercancía como nueva y, aun así, describe la mercancía, en la solicitud de licencia previa como **nueva** y a la vez **recauchutada** (mercancías cuyas partidas arancelarias son diferentes), quedando en la solicitud una clara ambigüedad e imprecisión en la descripción de la mercancía, asunto que si afecta o no la legalidad o no de dicho acto no es materia del presente proceso; sin embargo, para la Sala es claro que la solicitud de licencia previa fue aceptada como mercancía nueva, ya que los sellos son contundentes y

[24] Folio 568 del cuaderno principal.
[25] Folio 582 del cuaderno principal.

determinantes en este caso, porque denotan la intención clara de la administración de otorgar una licencia previa de “MERCANCIA NUEVA”.

La DIAN, acertadamente y de acuerdo con los sellos puestos por el Ministerio en la licencia previa, “MERCANCIA NUEVA”, observa que la mercancía aprehendida no corresponde a la mercancía a la que se ha otorgado la licencia previa, pues no se trata de llantas nuevas sino de llantas recauchutadas y por lo tanto estaba en la obligación de rechazar la declaración de legalización presentada por la parte actora con base en la licencia previa.

Es importante tener cuenta el Convenio de Complementación en el Sector Automotor suscrito por Colombia, Ecuador y Venezuela en noviembre de 1993, ampliado en mayo 1994 y actualizado en setiembre de 1999, dentro del marco jurídico de la Comunidad Andina, que pasó a ser parte del ordenamiento jurídico comunitario, de conformidad con los artículos 1 a 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y que de acuerdo con el efecto directo del principio de aplicación inmediata, debe ser acatado por los países suscriptores, y en el que, se infiere, se basó el Ministerio de Comercio para dar respuesta negativa a la DIAN respecto de la consulta sobre la viabilidad de una licencia previa para la mercancía “llantas recauchutadas”. En dicho convenio se estableció:

> ***“Convenio de Complementación en el Sector Automotor***
>
> ***Los Gobiernos de Colombia, Ecuador y Venezuela.***
>
> *VISTOS: Los artículos 62 y 63 del Acuerdo de Cartagena, las Decisiones 298, 370 y 444 de la Comisión, las Resoluciones 355 de la Junta y 163 de la Secretaría General y los artículos 1 y 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena modificado por el Protocolo de Cochabamba;*
>
> *CONSIDERANDO:*
>
> *Que los avances registrados en la integración andina requieren instrumentos para promover acciones que faciliten una mayor articulación de los procesos*

productivos y especializaciones industriales con miras a contribuir con los objetivos económicos y sociales previstos en el Acuerdo de Cartagena;

Que se hace necesario fortalecer e impulsar el desarrollo de la industria automotriz en la subregión, aprovechar el mercado ampliado subregional, promover las exportaciones de los productos automotores, atender las exigencias de los acuerdos de integración regionales y aprovechar las oportunidades derivadas de los mismos;

Que los países participantes en el Convenio han decidido poner en marcha una estrategia integral orientada a proyectar una industria automotriz acorde con las exigencias internacionales;

APRUEBAN:

Artículo 1. - Celebrar el siguiente Convenio de Complementación Industrial en el Sector Automotor que tiene por objeto la adopción de una política comunitaria con el fin de facilitar una mayor articulación entre los productores subregionales, aprovechar los mercados ampliados de la región, así como propiciar condiciones equitativas de competencia en el mercado subregional y un aumento de la competitividad y la eficiencia.

"…

Artículo 6.- Con el propósito de garantizar condiciones mínimas de seguridad, de protección del medio ambiente, de defensa del consumidor y de propiedad industrial, los Países Participantes sólo autorizarán la importación de vehículos nuevos, del año-modelo en que se realiza la importación o siguiente. Igualmente sólo se autorizarán importaciones de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar.

Artículo 10.- ***El presente Convenio será puesto en conocimiento de la Comisión y tendrá una vigencia de diez años, prorrogables automáticamente por períodos iguales. Cualquiera de las partes podrá retirarse del Convenio, para lo cual comunicará su intención a los Países Participantes por conducto de la Secretaría General con una anticipación no inferior a un año a la fecha de su retiro.***

Artículo 11.- Los acuerdos que suscriban los Países Participantes para la aplicación y desarrollo del presente Convenio, serán publicados mediante Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Artículo 12.- El presente Convenio se publicará en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena modificado por el Protocolo de Cochabamba y ***entrará en vigencia a partir del 1º de enero del 2.000.***

Lima, 16 de setiembre de 1999

"…"

Ahora bien, la actora pretendió la legalización de la mercancía de conformidad con el artículo 228 del Decreto 2685 de 1999 que prevé:

> *Artículo 228. Procedencia de la Legalización.*
>
> *Las mercancías de procedencia extranjera, presentadas a la Aduana en el momento de su importación, respecto de las cuales se hubiere incumplido alguna obligación aduanera que dé lugar a su aprehensión, podrán ser declaradas en la modalidad de importación que corresponda a la naturaleza y condiciones de la operación, en forma voluntaria o provocada por la autoridad aduanera, según se establezca en el presente Decreto.*
>
> *También procede la Declaración de Legalización respecto de las mercancías que se encuentren en una de las siguientes situaciones:*
>
> *a) Cuando habiendo sido anunciada la llegada del medio de transporte y transmitida electrónicamente la información de los documentos de viaje a la Aduana, se descargue la mercancía sin la entrega previa del Manifiesto de Carga y los documentos que lo adicionen, modifiquen o expliquen, siempre que se entreguen los mismos, junto con los demás documentos de viaje, dentro del día hábil siguiente a la aprehensión y que la mercancía corresponda a la información transmitida electrónicamente.*
>
> *b) Cuando habiendo sido oportunamente informados los excesos o sobrantes, no se justifiquen por el transportador, en las condiciones previstas en artículo 99º del presente Decreto.*
>
> *c) Cuando se configure su abandono legal.*
>
> ***No procederá la Declaración de Legalización, respecto de las mercancías sobre las cuales existan restricciones legales o administrativas para su importación, salvo que se acredite el cumplimiento del respectivo requisito.***
>
> *De ser procedente la Declaración de Legalización, la mercancía en ella descrita se considerará, para efectos aduaneros, presentada, declarada y rescatada."*

Según lo previsto en el Convenio de Complementación en el Sector Automotor, vigente para la época de los hechos, los países suscriptores solo

podrán autorizar la importación de componentes, partes y piezas nuevos y sin reconstruir o reacondicionar, por lo tanto en cumplimiento del convenio suscrito por Colombia, no procedía la declaración de legalización debido a esta restricción legal.

De conformidad con todo lo expuesto, la Sala concluye que las resoluciones acusadas se ajustan a derecho y, por lo tanto, deberá confirmarse la sentencia de primera instancia por las consideraciones expuestas en esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de fecha 26 de agosto de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por las consideraciones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ**

Presidenta

GUILLERMO VARGAS AYALA **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**