

CONCILIACION / MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS – Normatividad. Evolución legislativa

Conforme lo ha observado la Sala en casos similares, la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto 2282 de 1989. Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001, la figura de la conciliación se extendió al Derecho Administrativo. Allí se precisó que en los procesos Contencioso Administrativos dicha figura solo es procedente en los conflictos de carácter particular y de contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A. En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos Contencioso Administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituía un requisito de procedibilidad de la acción. Por su parte, la Ley 446 de 1998, que modificó la Ley 23 de 1991, estableció en su artículo 70, que el artículo 59 de la anterior Ley quedaría así: Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así: “Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo. Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito. Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. Insiste la Sala en que en ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción. Así mismo, según se infiere del texto transcrito, solo era viable para los asuntos de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario. En dicho momento legislativo, la conciliación, como requisito de procedibilidad, solo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales (artículos 86 y 87 del C.C.A.). De tal forma, que solo con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

CONCILIACION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA / DECOMISO DE MERCANCIAS – Procedencia conciliación

Como ya se dijo, los actos administrativos cuya nulidad se pretende, ordenaron el decomiso de unas mercancías, esto es, se trata de un asunto aduanero, a cuyo respecto esta Sala ha precisado lo siguiente: “Conforme lo precisó la Sala en proveído de 18 de febrero de 2010 (Expediente núm. 2009-00232, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), del texto de los artículos 38 de la Ley 863 de 2003 y 6º del Decreto núm. 412 de 2004, se infiere que respecto de los actos de definición jurídica de la mercancía, no procede la conciliación. Dichas consideraciones resultan aplicables al caso concreto, lo que conduce a concluir que la materia que

aquí se discute no es conciliable.

CONCILIACION PREJUDICIAL / MECANISMO DE PROCEDIBILIDAD – Suspensión término

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 establece lo siguiente: “ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente: “Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.” La norma exige la celebración de una audiencia de conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad de las acciones en materia de lo contencioso administrativo allí indicadas, cuando los asuntos sean conciliables. Ello quiere decir que si el asunto objeto de la acción no es conciliable, como ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, en el cual se discute la orden de decomiso de unas mercancías (asunto aduanero), dicho requisito no se exige. En ese sentido, es claro que los jueces de lo Contencioso Administrativo no pueden rechazar demandas, aduciendo la falta de la conciliación prejudicial, cuando ésta no es exigible por ser un asunto no conciliable. Al efecto, la Sala advierte que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, transcrito en párrafos precedentes, la solicitud de conciliación prejudicial, sólo suspende el término de caducidad, en los siguientes casos: a) hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley, b) hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley y c) hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior. Dicho en otras palabras, cuando se presenta una solicitud de conciliación prejudicial y el asunto no es conciliable, como ocurre en este caso, por tratarse de actos relativos a la definición de la situación jurídica de la mercancía, dicha solicitud solo suspende el término de caducidad hasta el día en que se expide la certificación de que trata el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 640 de 2001. Como corolario de lo anterior, la Sala deja claro, porque así está expresamente regulado en la Ley, que la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial en asuntos no conciliables, sí suspende el término de caducidad de la acción correspondiente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-31-000-2011-01243-01

Actor: MAQUINAS DALCA LTDA.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN- SECCIONAL MEDELLIN

Referencia: APELACION AUTO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto la parte actora contra el proveído de 17 de abril de 2012, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que rechazó la demanda.

I-. ANTECEDENTES.

La Sociedad **MAQUINAS DALCA LTDA**, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Seccional Medellín), tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de las **Resoluciones núms. 1-90-238-419-0636-00-1844 de 27 de mayo de 2 de 2010**, emanada de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas Medellín, por medio de la cual se ordenó el decomiso de las máquinas tragamonedas y **1-90-201-236-408-4402 de 29 de octubre de 2010**, expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de dicha Seccional de Aduanas, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la decisión inicial, en el sentido de confirmarla.

A título de restablecimiento del derecho, pretende que se condene a la demandada al pago de los perjuicios materiales sufridos con los actos administrativos acusados.

II-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA APELADA.

Mediante proveído de 17 de abril de 2012, el a quo rechazó la demanda, por considerar que la acción incoada se interpuso por fuera del término de caducidad de cuatro (4) meses previsto en el artículo 136, numeral 2°, del C.C.A.

Al efecto señaló que la Resolución núm. 4402 fue notificada el 2 de noviembre de 2010, razón por la cual el término de caducidad pertinente vencía el 3 de marzo de 2011 y la demanda fue presentada el 24 de mayo del mismo año, es decir, por fuera de dicho término.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

La Sociedad demandante argumentó que el Tribunal no tuvo en cuenta, ni mencionó siquiera, en la providencia recurrida, el hecho de que en el caso examinado se promovió el trámite de la conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009.

Aseguró que el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, establece que la solicitud de conciliación prejudicial suspende el término de caducidad, entre otros casos, hasta cuando se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2° de dicha Ley.

Manifestó que, tal como se desprende de la demanda y sus anexos, el 28 de febrero de 2011 radicó la solicitud respectiva ante la Procuraduría General de la Nación y el 12 de abril del mismo año, la entidad conciliadora expidió la constancia de que trata la norma mencionada, lo cual, a su juicio, quiere decir que el término de caducidad estuvo suspendido entre esas fechas y se

reanudó el 12 de abril de 2011, día siguiente al de entrega de la citada constancia.

Concluyó, entonces, que la demanda no se interpuso por fuera del término de caducidad y, por lo tanto, no debió ser revocada.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Corresponde a la Sala verificar si le asistió razón al a quo para rechazar la demanda de la referencia, por haber operado la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada.

Al efecto, el Tribunal constató que la demanda se presentó por fuera del término de caducidad de cuatro (4) meses, previsto en el artículo 136, numeral 2º, del C.C.A., pues señaló que el acto administrativo definitivo, Resolución núm. 4402, se notificó el 2 de noviembre de 2010 y la demanda se interpuso el 24 de mayo del mismo año, es decir, por fuera de dicho término.

La actora asegura que no le asiste razón al a quo, pues éste no advirtió que en el presente asunto, el término de caducidad se suspendió con ocasión del trámite de la conciliación prejudicial, entre el 28 de febrero y el 11 de abril de 2011, por lo que no ha operado la caducidad de la acción.

Ahora bien, los actos administrativos cuya nulidad se pretende son las **Resoluciones núms. 1-90-238-419-0636-00-1844 de 27 de mayo de 2 de 2010**, emanada de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas Medellín, por medio de la cual **se ordenó el**

decomiso de las máquinas tragamonedas y 1-90-201-236-408-4402 de 29 de octubre de 2010 expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de dicha Seccional de Aduanas, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la decisión inicial, en el sentido de confirmarla.

En tales circunstancias el caso concreto plantea dos problemas jurídicos, a saber: 1) Si el objeto de demanda corresponde a un asunto conciliable o no, por tratarse de materia aduanera y 2) si la solicitud de conciliación prejudicial, como mecanismo de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, suspende el término de caducidad cuando el asunto discutido es **no conciliable**, los cuales se abordarán, previas las siguientes precisiones acerca del origen de la conciliación como requisito de procedibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de dar claridad sobre el asunto planteado para solución:

Conforme lo ha observado la Sala en casos similares¹, la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto 2282 de 1989.

Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001, la figura de la conciliación se extendió al Derecho Administrativo. Allí se precisó que en los procesos Contencioso

¹ Expediente 2002-00493, Consejero Ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, providencia de 30 de agosto de 2007.
Expediente 2009-00086, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno, providencia de 18 de marzo de 2010.

Administrativos dicha figura solo es procedente en los conflictos de carácter particular y de contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos Contencioso Administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Por su parte, la Ley 446 de 1998, que modificó la Ley 23 de 1991, estableció en su artículo 70, que el artículo 59 de la anterior Ley quedaría así:

Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.**

Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Insiste la Sala en que en ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Así mismo, según se infiere del texto transcrito, solo era viable para los asuntos **de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en**

asuntos de carácter tributario.

Solo fue a partir de la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, tal como fue publicada en el Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2º de éste, que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Allí se estableció:

“ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.²

En dicho momento legislativo, la conciliación, como requisito de procedibilidad, solo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales (artículos 86 y 87 del C.C.A.).

De tal forma, que solo con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

² El motivo de la corrección reseñada se presentó en la parte considerativa del citado Decreto 131 de 2001, así: “Que en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000” . El artículo 2º del mismo, que dispuso tal corrección, fue encontrado ajustado a derecho por esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2004, expediente núm. 6914, consejero ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad que se interpuso contra el mismo.

Ahora bien, sobre la aplicación de la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción, recuerda la Sala que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, estableció su obligatoriedad para los asuntos que sean conciliables.

“ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, **cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.**” (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el artículo 28 de la Ley 1285 de 2009 dispone que dicha exigencia **rige a partir de su promulgación** (22 de enero de 2009). Por lo tanto, al ser una norma procesal es de aplicación inmediata, según lo consagra el artículo 6° del Código de Procedimiento Civil y, dado que la demanda se interpuso el 24 de mayo de 2011, es claro que el asunto debe resolverse a la luz de los preceptos legales aludidos.

Precisado lo anterior, procede la a resolver los problemas jurídicos del caso concreto, en su orden, así:

1.- Del objeto materia del proceso.

Como ya se dijo, los actos administrativos cuya nulidad se pretende, ordenaron el **decomiso de unas mercancías**, esto es, se trata de un asunto

aduanero, a cuyo respecto esta Sala³ ha precisado lo siguiente:

“Conforme lo precisó la Sala en proveído de 18 de febrero de 2010 (Expediente núm. 2009-00232, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), del texto de los artículos 38 de la Ley 863 de 2003 y 6° del Decreto núm. 412 de 2004, se infiere que respecto de los actos de definición jurídica de la mercancía, no procede la conciliación.

En efecto, las citadas disposiciones prevén:

“ARTÍCULO 38. CONCILIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. Los contribuyentes, responsables y agentes retenedores de los impuestos nacionales, así como los usuarios aduaneros que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso-administrativa antes de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, respecto de la cual no se haya proferido sentencia definitiva dentro de las instancias del proceso, podrán solicitar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la conciliación hasta el día 30 de junio del año 2004, así:

Por el treinta por ciento (30%) del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se encuentre en única o primera instancia ante un Tribunal Administrativo, siempre y cuando el demandante pague el setenta por ciento (70%) del mayor impuesto en discusión.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en segunda instancia ante el Consejo de Estado, se podrá solicitar la conciliación por el veinte por ciento (20%) del mayor impuesto y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, siempre que el demandante pague el ochenta por ciento (80%) del mayor impuesto en discusión.

Si se trata de una demanda contra una resolución que impone una sanción independiente tributaria, aduanera o cambiaria, se podrá conciliar en cualquiera de las instancias del proceso contencioso-administrativo el cincuenta por ciento (50%) del valor de la misma y la actualización según el caso, para lo cual se deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) del valor de la sanción.

En cualquier caso, cuando el recurso de apelación ante el Consejo de Estado haya sido interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se podrá conciliar el setenta por ciento (70%) del mayor impuesto y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso o el setenta por ciento (70%) del valor de la sanción impuesta en resolución independiente, siempre que

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 2 de junio de 2011, proferido en el expediente núm. 2010-00421-01. M.P. Dra. María Elizabeth García González.

el demandante pague el treinta por ciento (30%) del mayor impuesto o de la sanción según el caso.

Para tales efectos se deberá adjuntar la prueba del pago de:

- a) La liquidación privada del impuesto sobre la renta por el año gravable 2002 cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;
- b) Las declaraciones del Impuesto sobre las Ventas correspondientes al año 2003, cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;
- c) Las declaraciones de retención en la fuente correspondientes al año 2003, cuando se trate de un proceso por este concepto;
- d) Los valores conciliados, según el caso.

La fórmula conciliatoria deberá acordarse y suscribirse a más tardar el día 31 de julio de 2004 y presentarse para su aprobación ante la respectiva corporación de lo contencioso administrativo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, demostrando el cumplimiento de los requisitos legales.

La sentencia aprobatoria prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo señalado en los artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario, y hará tránsito a cosa juzgada.

Lo no previsto en esta disposición se regulará conforme a la Ley 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias.

En materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de la situación jurídica de las mercancías.

Los procesos que se encuentren en recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado no serán objeto de la conciliación prevista en este artículo.

La conciliación de que trata el presente artículo no estará sujeta a las limitaciones porcentuales señaladas en los incisos anteriores cuando el impuesto discutido se haya ocasionado antes del treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil uno (2001). La conciliación será del cincuenta por ciento (50%) del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones e intereses.

PARÁGRAFO. La conciliación prevista en este artículo podrá ser solicitada por aquellos que ostenten la calidad de deudores solidarios o garantes del obligado." (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

"Artículo 6°. Improcedencia de la conciliación. No serán objeto de la conciliación prevista en este decreto:

1. Los procesos en los que se haya proferido sentencia definitiva.

2. Los procesos aduaneros de definición de la situación jurídica de las mercancías.

3. Los procesos originados en liquidaciones tributarias de aforo.
4. Los procesos que se encuentren en recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado.”

En este caso se trata de un proceso aduanero en el cual se involucra la definición jurídica de una mercancía, pues al no haber sido posible su aprehensión para su posterior decomiso, se dio paso a la sanción de multa.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Dichas consideraciones resultan aplicables al caso concreto, lo que conduce a concluir que la materia que aquí se discute no es conciliable.

2.- Preciado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si la solicitud de conciliación prejudicial, como mecanismo de procedibilidad en materia de lo contencioso administrativo, suspende el término de caducidad cuando el asunto discutido **no es conciliable**.

El artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 establece lo siguiente:

“**ARTÍCULO 13.** Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. *Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa.* A partir de la vigencia de esta ley, **cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad** de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

La norma exige la celebración de una audiencia de conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad de las acciones en materia de lo contencioso administrativo allí indicadas, **cuando los asuntos sean conciliables**. Ello quiere decir que si el asunto objeto de la acción no es

conciliable, como ocurre en el caso que ocupa la atención de la Sala, en el cual se discute la orden de decomiso de unas mercancías (asunto aduanero), dicho requisito no se exige.

En ese sentido, es claro que los jueces de lo Contencioso Administrativo no pueden rechazar demandas, aduciendo la falta de la conciliación prejudicial, cuando ésta no es exigible por ser un asunto no conciliable.

Pero ¿qué ocurre si, como en el presente caso, el demandante promueve el trámite de la conciliación prejudicial sin que éste sea necesario, por ser un asunto relativo a la definición jurídica de las mercancías, y durante el mismo caduca la acción correspondiente?

Al respecto, cabe tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 21 de la Ley 640 de 2001, prevé:

“ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Dicha disposición fue desarrollada en el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009, *“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”*, en los siguientes términos:

“Artículo 3º. Suspensión del Término de Caducidad de la Acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio o;

b) Se expide las constancias a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2001 o;

c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

En caso de que el acuerdo conciliatorio sea improbadado por el juez o magistrado, el término de caducidad suspendido con la presentación de la solicitud de conciliación se reanudará a partir del día hábil siguiente al de la ejecutoria de la providencia correspondiente.

La improbación del acuerdo conciliatorio no hace transitorio a cosa juzgada.

Parágrafo único: Las partes por mutuo acuerdo podrán prorrogar el término de tres (3) meses consagrado para el trámite conciliatorio extrajudicial, pero en dicho lapso no operará la suspensión del término de caducidad o prescripción.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Y el artículo 2º de la misma Ley prescribe lo siguiente:

“ARTICULO 2o. CONSTANCIAS. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.

2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.

3. **Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.**

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

En oportunidad anterior, la Sala había manifestado que en los asuntos no conciliables, como aquellos aduaneros concernientes a la definición jurídica de las mercancías, *“no había lugar a tener en cuenta el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009, relativo a la suspensión del término de caducidad, toda vez que, como ya se dijo, la conciliación no tiene cabida en este caso”*⁴.

Sin embargo, en este proveído la Sala rectifica el criterio aludido en el párrafo precedente, para, en su lugar, determinar el alcance de los artículos 2° y 21 de la Ley 640 de 2001 y 3° del Decreto 1716 de 2009, relativos a la suspensión del término de caducidad de la acción, con ocasión del trámite de la conciliación prejudicial, en aras de garantizar el derecho de Acceso a la Administración de Justicia y dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, en consideración a lo siguiente:

En el presente asunto, la demandante radicó la solicitud de conciliación prejudicial el **28 de febrero de 2011** y la Procuraduría 145 Judicial II para Asuntos Administrativos, expidió **la certificación** de que tratan los artículos 2° de la Ley 640 de 2001 y 3° del Decreto 1716 de 2009, el **11 de abril de 2011**, tal como consta a folio 33, esto es, cuarenta y dos días calendario después de presentada la solicitud.

El acto administrativo definitivo que se acusa, **Resolución núm. 4402 de 29 de octubre de 2010**, fue notificado por correo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 567 del Decreto 2685 de 1999, el **2 de noviembre de 2010**, día en que se introdujo en la oficina de correo, según consta a folio 54, lo cual indica que el término de caducidad de cuatro meses previsto en el

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto de 16 de marzo de 2012, proferido en el expediente núm. 2011-00520-01.

artículo 136, numeral 2°, del C.C.A., vencía el **3 de marzo de 2011** y, comoquiera que la demanda fue presentada el **24 de mayo del mismo año**, por fuera de dicho término legal, ello condujo al rechazo de la misma, en primera instancia.

La demandante afirma que el a quo erró en la providencia apelada, pues, a su juicio, la presentación de la solicitud de conciliación dentro del término de caducidad, el **28 de febrero de 2011**, suspendió dicho término hasta la fecha en que la Procuraduría expidió la certificación correspondiente (11 de abril de 2011).

Al efecto, la Sala advierte que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, transcrito en párrafos precedentes, la solicitud de conciliación prejudicial, sólo suspende el término de caducidad, en los siguientes casos: a) hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley, b) **hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley** y c) hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior.

En concordancia con la norma citada, el artículo 2° de dicha Ley, igualmente transcrito, prevé en su numeral 3°, que *“Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, **y el asunto de que se trate no sea conciliable** de conformidad con la ley. En este evento **la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario siguientes a la presentación de la solicitud.**”* (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Dicho en otras palabras, cuando se presenta una solicitud de conciliación prejudicial y el asunto no es conciliable, como ocurre en este caso, por tratarse de actos relativos a la definición de la situación jurídica de la mercancía, dicha solicitud solo suspende el término de caducidad hasta el día en que se expide la certificación de que trata el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 640 de 2001.

El término de diez días, ni el contenido a que alude la norma antes mencionada, fueron observados en el asunto que ocupa la atención de la Sala, habida cuenta de que la Procuraduría 145 Judicial II para Asuntos Administrativos, expidió la siguiente certificación, visible a folio 33:

“En los términos de la Ley 640 de 2001, la Procuraduría 145 Judicial II para Asuntos Administrativos expide la siguiente

CONSTANCIA:

1. Que mediante apoderada (o) el actor, presentó solicitud de conciliación extrajudicial el día 28 de febrero de 2011.
2. Que las PRETENSIONES Y HECHOS DE LA SOLICITUD eran las siguientes: La parte CONVOCANTE cita a la DIAN, con el objeto de conciliar aspectos como el derecho que le asiste al señor LUIS HERNANDO RAMIREZ GIRALDO, al reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante que se desatan en virtud de la Resolución No. 1-90-238-419-0636-00-1844 de fecha 27 de mayo de 2010 que ordena el decomiso de unas máquinas tragamonedas y la Resolución No. 1-90-201-236-408-4402 de fecha 29 de octubre de 2010 que confirma la anterior en virtud del recurso de reposición interpuesto. Se pretende obtener la devolución de las máquinas y el pago de los perjuicios materiales a título de lucro cesante de todo el tiempo que dejó de percibir las utilidades que éstas producían y que deberán pagarse con los respectivos intereses y de manera indexada al momento de cumplirse el pago. De manera específica se pretende: PRIMERA: Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en la Resolución No. 1-90-238-419-0636-00-1844 de fecha 27 de mayo de 2010, proveniente de la División de Gestión y Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas Medellín, en la cual se ordenó el decomiso de las máquinas tragamonedas aprehendidas. SEGUNDO: Que se declare la nulidad del acto administrativo

contenido en la Resolución No. 1-90-201-236-408-4402-4402 de fecha 29 de octubre de 2010 proveniente de la misma entidad. SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho que le asiste a ser indemnizado conforme a la Ley; esto es, pagando los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante realizando la devolución de las máquinas referidas. TERCERA: Que se ordene el reajuste del valor de las condenas de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., como apoderado del convocante y en esta oportunidad manifiesto que las máquinas aprehendidas fueron máquinas que entraron legalmente al país sobre las cuales, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a través de los funcionarios correspondientes, le hicieron la respectiva revisión, tal como consta en los manifiestos de aduana y de entrada sin que al momento de esa revisión hicieran reparo alguno por lo que no puede ahora la DIAN, luego de cinco años hacer extender la obligación aduanera hasta donde lo hizo tal y como quedó expresado en las Resoluciones atacadas y en las constancias y actas de cuando fueron aprehendidas las máquinas, por lo anterior me ratifico en lo pedido en la solicitud de conciliación.

3. Que fijada fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación, ésta se celebró el día 11 de abril de 2011, sin que se hubiese podido consolidar acuerdo conciliatorio porque la entidad convocada no considera pertinente conciliar. Teniendo en cuenta lo anterior, se da por fallida la diligencia y terminado este trámite conciliatorio.

4. Que conforme al artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 se da por cumplido el requisito de procedibilidad exigido para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

5. En los términos de la Ley 640 de 2001, se devuelve a la parte citante, los documentos aportados con la conciliación.

Dada en Medellín – Antioquia a los 11 días del mes de abril de 2011.” (Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Lo anterior indica que la entidad conciliadora no solo expidió una certificación que no correspondía al caso concreto (asunto no conciliable), sino que, además, lo hizo cuarenta y dos (42) días calendario después de presentada la solicitud, es decir, por fuera del plazo de diez (10) que establece el precepto legal aludido, conducta ajena a la parte actora.

En tales circunstancias, mal podría atribuírsele a la demandante el vencimiento del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por haber interpuesto la demanda por fuera del mismo, si se tiene en cuenta que en el caso concreto, el vencimiento de dicho término durante el trámite del requisito de procedibilidad de la

conciliación prejudicial, se produjo por la desatención del ente conciliador a la normativa pertinente (artículo 2º, núm. 3º, L. 640/01), no por culpa de la actora, menos aún si, como quedó visto, ésta presentó la solicitud correspondiente el 28 de febrero de 2011 y la oportunidad legal para presentar la demanda se extendía hasta el 3 de marzo del mismo año.

A este respecto, no sobra señalar que, si la entidad conciliadora hubiese expedido la certificación correspondiente a los asuntos no conciliables, dentro de los diez (10) días calendario, siguientes a la solicitud de la conciliación prejudicial, conforme lo ordena la norma mencionada en el párrafo precedente, la parte actora habría tenido a su disposición término suficiente para interponer la demanda en forma oportuna.

Como corolario de lo anterior, la Sala deja claro, porque así está expresamente regulado en la Ley, que la presentación de la solicitud de conciliación prejudicial en asuntos no conciliables, sí suspende el término de caducidad de la acción correspondiente.

En el caso concreto, la solicitud de conciliación prejudicial se presentó el 28 de febrero de 2011 y el término de caducidad debía suspenderse hasta que la entidad conciliadora expidiera la certificación de que el asunto no es conciliable, conforme lo ordena el artículo 2º, numeral 3º, de la Ley 640 de 2001.

Ahora bien, a 28 de febrero de 2011, habían transcurridos tres (3) meses y veinticinco (25) días del término de caducidad de cuatro meses, previsto para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, sin embargo, se repite, como en el caso concreto, la parte actora no instauró la acción de

nulidad y restablecimiento del derecho oportunamente, por causas atribuibles a la entidad conciliadora, quien expidió una certificación que no corresponde al caso y por fuera del plazo que la Ley le otorga para el efecto, no es posible atribuirle el vencimiento del término de caducidad a la demandante, lo cual impone revocar el auto apelado para, en su lugar, disponer que el a quo provea sobre la admisión de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVÓCASE el auto apelado y, en su lugar, **ORDÉNASE** al *a quo* proveer sobre la admisión de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión del día 4 de octubre de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ **MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO**
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO