

CONCILIACION PREJUDICIAL – Si la solicitud se presenta en asuntos que no son conciliables, se suspende de todos modos el término de caducidad hasta cuando se expida la constancia respectiva por el conciliador

Observa la Sala que el acto administrativo demandado, que agotó la vía gubernativa, la Resolución núm. 01301 de 2 de junio de 2009, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la actora contra la Resolución núm. 00417 de 24 de febrero de ese año, se notificó el 5 de junio de 2009, por lo que el término de caducidad (cuatro meses) para promover de manera oportuna la acción de nulidad y restablecimiento del derecho vencía el 6 de octubre de dicho año. Conforme consta a folio 4 del cuaderno principal, la solicitud de conciliación fue radicada ante la Procuraduría el 24 de julio de 2009, esto es, dentro del término de caducidad, fecha a partir de la cual se suspendió dicho término, el cual se extendió hasta el 13 de octubre de ese mismo año, día en el que la Procuraduría emitió la respectiva constancia de conciliación fallida entre las partes, y sin que se haya advertido por parte de dicha Agencia que el asunto no era conciliable. En este orden de ideas, el día 14 de octubre de 2009 se reanudaron los términos de caducidad de la acción impetrada, lo que a todas luces evidencia que dicho fenómeno no se configuró, habida cuenta de que la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2009.

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 – ARTICULO 13 / LEY 640 DE 2001 – ARTICULO 21 / LEY 640 DE 2001 – ARTICULO 23

NOTA DE RELATORIA: Conciliación en materia aduanera, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 3 de marzo de 2011, Rad. 2009-00110-01, MP. María Elizabeth García González; sentencia de 23 de mayo de 2003, Rad. 1999-00947-01, MP. Camilo Arciniegas Andrade; sentencia de 25 de junio de 2004, Rad. 2000-00811-01, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Conciliación prejudicial en asunto no conciliable, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 4 de octubre de 2012, Rad. 2012-00272-01, MP. María Elizabeth García González.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 76001-23-31-000-2009-01122-01

Actor: R&M ASOCIADOS Y CIA LTDA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca - Sala de Descongestión, por medio de la cual se declaró inhibida para conocer la legalidad del acto acusado, por caducidad de la acción.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La sociedad **R&M ASOCIADOS Y CÍA LTDA.**, actuando a través de apoderado judicial, y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran, entre otras, las siguientes declaraciones y condenas:

“1. Declarar la nulidad de la Resolución núm. 00417 del 24 de febrero de 2009, suscrita por la Jefe de División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, por medio de la cual se ordena el decomiso de la totalidad del cargamento aprehendido mediante Acta núm. 0004 POLFA de 2009, valuadas en la suma de Doscientos Cincuenta y Cinco Millones Seiscientos Treinta y Un mil Ochocientos Pesos moneda legal colombiana (\$255'631.800 m/l).

2. Declarar la nulidad de la Resolución núm. 01301 del 2 de junio de 2009, suscrita por la Jefe de Gestión Jurídica de la misma entidad, mediante la cual se confirma en todas sus partes el anterior acto administrativo, agotando con ésta la vía gubernativa.

3. Se condene a la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)-, Seccional Buenaventura, que restituya a favor de mi representada la mercancía aprehendida mediante Acta de Aprehesión núm. 0004POLFA de 2009, decomisada mediante los actos administrativo demandados en el presente proceso, que como consecuencia de lo anterior se autorice si la mercancía está en buen estado (...).

4. Que en el evento en que la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)-, Seccional Buenaventura, haya enajenado a cualquier título, perdido

o dañado las mercancías decomisadas, se ordene el pago de las mismas, en efectivo, a favor de la sociedad demandante, su valor comercial al momento de su aprehensión, actualizado a la fecha de la sentencia que dé por terminado este proceso (...).

5. A título de lucro cesante se liquiden, reconozcan y se ordene el pago de los intereses corrientes vigentes, conforme lo establece el artículo 1617 del Código Civil, sobre la suma de dinero a devolver, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia y/o el día en que se efectúe realmente su pago.

6. Que se condene a la demandada a pagar a mi representada los perjuicios adicionales de cualquier tipo que resulten probados dentro del proceso y los que legal y jurisprudencialmente se presuman.

7. Que se ordene a la parte demandada el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

8. Que se ordene a la parte demandada pagar a la demandante los gastos y costas de este proceso, incluyendo los honorarios del abogado que se causen”.

I.2- Los hechos de la demanda.

La Sala resume los fundamentos fácticos de la demanda, así:

Que al amparo del documento de transporte núm. B/L 857687426 de 2009, ingresó por el Puerto de Buenaventura el contenedor de cuarenta (40) pies KNLU5128145 ML-PA0021287 SHIPPER-SEAL, con mercancías varias descritas en forma genérica, con 2167 cartones y 26.588 kilos, con documento andino de transporte multimodal núm. 7590 de 2009, con destino final hacia el depósito autorizado GREEN CARGO DE COLOMBIA S.A., en la Ciudad de Bogotá D.C.

Que, cumplidas las formalidades aduaneras, la dependencia competente de la Administración de Aduanas de Buenaventura, autorizó la continuación de viaje del citado cargamento con aceptación y autorización núm. 13509000551 de 8 de enero de 2009, siendo inspeccionado el referido contenedor por la Policía Fiscal y Aduanera –POLFA-, quienes, no obstante existir plena concordancia entre lo

declarado e inspeccionado físicamente en cuanto al contenedor, número de cartones, peso y tipo de mercancía, procedieron a dejar parte del cargamento, consistente en CD, que según su criterio no estaba amparado, expidiendo el Acta POLFA núm. 0004 de 16 de enero de 2009, con fundamento en las causales 1.6 y 1.27 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Que dentro del término de ley, la sociedad **R&M ASOCIADOS Y CÍA LTDA.**, a través de apoderado, se opuso al acta de aprehensión, peticionando la práctica de pruebas consideradas necesarias para su defensa.

Que la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura , expidió la Resolución núm. 00417 de 24 de febrero de 2009, por medio de la cual se ordena el decomiso de la mercancía aprehendida, providencia que no se le notificó al apoderado de la interesada, razón por la cual, al tener conocimiento de su existencia, se notificó por conducta concluyente y, debidamente fundamentado, interpuso el recurso de reconsideración solicitando la práctica de pruebas para que se revocara el decomiso.

Que la Administración Aduanera, sin expedir ni notificar el correspondiente auto que decretara o negara la práctica de las pruebas solicitadas por el Administrado en el recurso enunciado, falló de plano mediante Resolución núm. 01301 de 2 de junio de 2009, confirmando en todas sus partes la Resolución de decomiso.

Argumenta que la sociedad actora, en razón de la arbitraria aprehensión y decomiso, se ha visto perjudicada al no poder cumplir con los compromisos comerciales que involucraban el cargamento encartado.

Manifiesta que dentro del término legal para dar cumplimiento al requisito de procedibilidad, con las formalidades de Ley, se convocó a la otra parte a audiencia de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Regional Cali ante lo Contencioso Administrativo, diligencia que se declaró fallida el día 13 de octubre de 2009, por falta de ánimo conciliatorio por parte de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

Finaliza señalando que dentro del término legal procedió a demandar el acto de decomiso, y su confirmatorio, lo cual está llamado a prosperar conforme a los argumentos de hecho y de derecho aportados en la demanda.

I.3- Considera la parte actora que con la expedición de los actos administrativos acusados se violaron las siguientes normas:

- Constitución Política de 1991, artículos 1º, 2º, 13, 15, 21, 29, 34, 58 y 83.
- Código de Comercio, artículo 831.
- Código de Procedimiento Civil, artículos 4º, 174, 175, 187 y 227.
- Decreto 2685 de 1999, artículos 1º, 2º, 3º, 115, 121, 364, 476, 502, 504, 511, 512, 519, 520 y 563.
- Resolución 4240 de 2000, artículo 315.
- Concepto núm. 01 de 2005, expedido por la DIAN.

Adujo, en síntesis, el siguiente **Concepto de Violación**:

Manifiesta que el Estado Colombiano, a través de la autoridad aduanera, con motivo de las Resoluciones demandadas, violó flagrantemente las disposiciones constitucionales y legales enunciadas al ordenar irregularmente el decomiso de las mercancías encartadas, violando el derecho al debido proceso y a la defensa del Administrado, generando, a su vez, un enriquecimiento indebido a favor del

Estado, y a que en dichos actos administrativos se incurre en una falsa motivación, por una errónea apreciación de los hechos y las pruebas.

Asegura que con los actos demandados se atenta contra el buen nombre de la sociedad accionante, ya que se está cuestionando su intachable proceder al decomisar la citada mercancía con base en una causal inaplicable para el hecho génesis del proceso de definición de situación jurídica de la mercancía, dentro del cual se promulgaron las Resoluciones enjuiciadas.

Indica que dichos actos violan el derecho al debido proceso y a la defensa de la demandante, porque los funcionarios de la DIAN que intervinieron y decidieron de fondo las diferentes etapas de la actuación administrativa violaron la legislación aduanera, al aprehender injustificadamente una mercancía con base en causales atípicas para el presente caso.

Sostiene que en la práctica lo que se dio fue una confiscación y enriquecimiento indebido por parte del Estado, ya que sin tener en cuenta que la mercancía fue presentada legalmente, se aprehende de manera arbitraria, contraviniendo los artículos 364 del Decreto 2685 de 1999, 831 del Código de Comercio y el Concepto núm. 001 de 2005, expedido por la **DIAN**.

A su juicio, la **DIAN** incurrió en violación directa de la Ley al no aplicar la disposición del artículo 2º del Decreto 2685 de 1999, ya que los principios orientadores de la legislación aduanera son los de eficiencia y justicia, los cuales, en su orden, estatuyen que las operaciones aduaneras a cargo de la **DIAN** deben realizarse teniendo en cuenta la prevalencia del servicio ágil y oportuno al usuario aduanero, para facilitar y dinamizar el comercio exterior.

Destaca que los actos acusados se fundamentaron en apreciaciones subjetivas no obstante las pruebas obrantes dentro del expediente, en especial el documento de transporte y los documentos que acreditan la licitud de la operación, la cual, dentro de un verdadero análisis, desvirtúa los cargos en que se fundamenta la aprehensión y el decomiso, adoleciendo este último de una sana valoración integral y crítica de las pruebas obrantes en la actuación administrativa y en las que se observa que existe plena congruencia entre lo declarado y lo realmente transportado.

Aduce, igualmente, que se violó el artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, ya que dicha disposición consagra el ámbito de aplicación de las sanciones aduaneras, dejando en claro que éstas no se imponen a capricho de la Administración pública, lo que no se cumple en el proceso de referencia, debido a que se fundamentó la aprehensión y el decomiso en las causales 1.6 y 1.27 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, las cuales son atípicas para el caso en estudio.

Concluye reiterando que la **DIAN** no respetó el procedimiento aduanero establecido para la definición de la situación jurídica de las mercancías, porque realizó una aprehensión arbitraria, con base en causales atípicas, no citó al importador o consignatario de la mercancía para notificarle el acta de aprehensión personalmente, profirió el acto de decomiso sin pronunciarse sobre uno de los cargos formulados en la misma, no notificó el mismo a la dirección informada por el apoderado de la accionante y resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto del decomiso, sin expedir ni notificar el correspondiente auto por el cual negaba u otorgaba la práctica de pruebas al Administrado, lo cual en su conjunto evidencia que las Resoluciones demandadas fueron expedidas con clara violación al debido proceso y al derecho de defensa, por tanto, son ilegales.

I.4- En la oportunidad procesal correspondiente, la demanda no fue contestada por la entidad pública demandada. Sin embargo, vencido el término de fijación en lista, por Auto núm. 030 de 14 de enero de 2011, se convocó a la audiencia de que trata el artículo 211-A del Código Contencioso Administrativo, agregado por el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010, y en ella la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales **-DIAN-**, a través de apoderada judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando, entre otras cosas, que “...*en cuanto a su solicitud de nulidad de los actos administrativos, manifiesto que fueron proferidos por funcionarios competentes, con la legislación existente en el momento de ocurrencia de los hechos, los cuales se aplican a todos los regímenes de importación en materia sancionatoria cuando se encuentra mercancía en exceso, como es el caso de que se trata el presente proceso*”.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca –Sala de Descongestión-, mediante la sentencia apelada, se declaró inhibido para conocer de la legalidad de los actos demandados, con base en las consideraciones que la Sala resume a continuación:

Consideró el Tribunal que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, vigente desde el 22 de enero de 2009, señaló que cuando los asuntos sean conciliables, requerirá como requisito de procedibilidad para acudir ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, adelantar el trámite de la conciliación extrajudicial en las acciones de que tratan los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

Señaló que, de conformidad con los artículos 512 y 515 del Estatuto Aduanero, los actos administrativos acusados en el presente proceso son de aquellos destinados a resolver la situación jurídica de una mercancía decomisada.

Estableció que para este evento específico, valga decir, la definición de la situación jurídica de una mercancía, el trámite de la conciliación prejudicial en materia aduanera, no constituye requisito de procedibilidad para acceder a esta Jurisdicción a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Observó que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 136 del C.C.A., la mencionada acción caduca al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.

Expresa que, en la actuación administrativa de definición de situación jurídica de mercancía que se siguió contra la sociedad demandante, los actos administrativos expedidos fueron debidamente notificados el 27 de febrero de 2009 y el 5 de junio de 2009, mediante las Guías de SERVIENTREGA núms. 1011316285 y 1016523813.

Concluyó el *a-quo* que, teniendo en cuenta que en asuntos como el que nos ocupa la conciliación prejudicial no es requisito de procedibilidad, la conciliación que se realizó por parte del demandante no interrumpió el término legal con que contaba para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues al vencimiento de la caducidad ya se encontraba vigente la Ley 1285 de 2009 y esta Jurisdicción se regía por un nuevo régimen, quedando desplazado lo referente a la conciliación que operó bajo la vigencia de las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001, para los efectos de lo contencioso administrativo.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN.

La parte demandante, dentro del término procesal correspondiente, interpuso el

recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentado lo siguiente:

Manifiesta que ninguna norma jurídica general, ni especial, establece que la suspensión del término de caducidad procede únicamente en aquellas situaciones en que el asunto sometido a la misma ostente el carácter de conciliable, pues donde el Legislador no ha introducido distinciones, no le es dable al intérprete judicial realizar la misma, máxime si se tiene en cuenta que las autoridades se encuentran sometidas al principio de legalidad en sus diferentes actuaciones, esto es, que únicamente les es posible realizar aquello para lo que se encuentren previamente autorizadas por las leyes en forma expresa.

Resalta que la Ley es clara al indicar que la suspensión, en este caso del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se sucede una vez es presentada la solicitud de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 23 de la Ley 640 de 2001.

Así las cosas, sostiene, una vez presentada la solicitud de conciliación ante la Procuraduría, es ella quien ha de determinar si el asunto es o no conciliable, puesto que en el segundo de los casos ella deberá, dentro de los diez (10) días siguientes, proceder a expedir la certificación de que trata el numeral 3 del artículo 2º de la Ley 640 de 2001, puesto que entre la época de presentación de la solicitud de conciliación y la de expedición del acta que indica que la materia no es conciliable tiene lugar la suspensión del término de caducidad de la respectiva acción.

Agrega que siempre que se decida llamar a conciliar a una entidad en materia contenciosa administrativa, deberá ser la Procuraduría, en primer lugar, quien

determine si el asunto es conciliable, y de no considerarlo así, habrá de expedir la constancia en dicho sentido.

Señala que el *a-quo* incurrió en error al equiparar dos cuestiones bien diferentes, como son el establecimiento de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad (artículo 13 de la Ley 1285 de 2009) y la suspensión del término de caducidad que esta produce (artículo 21 de la Ley 640 de 2001), pues claro es que si bien se encuentran relacionadas no puede entenderse que ambas constituyen un mismo fenómeno jurídico, ya que la una se encarga de indicar en qué casos es obligatorio el acudir a la conciliación prejudicial como requisito para acceder a la Administración de Justicia, al paso que la otra indica el efecto que produce el solicitar la conciliación extrajudicial en derecho.

Por estos motivos, solicita que el fallo de primera instancia *“se revoque y, en su reemplazo, se decrete que no operó la caducidad de la acción, y se ordene a la primera instancia fallar de fondo la misma mediante nueva sentencia, para que se dé oportunidad a las partes de recurrirla en segunda instancia o, en forma subsidiaria, se falle directamente por ésta y se acceda a las pretensiones de la demanda”*.

IV.- ALEGATOS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La agencia del Ministerio Público, en la oportunidad procesal correspondiente, guardó silencio (folios 5 y 20 del cuaderno núm. 2).

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En orden a estudiar el asunto que nos ocupa, la Sala analizará los siguientes temas: 1). Del contenido de los actos administrativos demandados; 2). El problema

jurídico en la apelación; y, 3). De la caducidad de la acción en el caso concreto.

1). Del contenido de los actos administrativos demandados.-

Los actos administrativos demandados están integrados por la **Resolución núm. 00417 de 24 de febrero de 2009**, *“por medio de la cual se ordena el decomiso de una mercancía”*, expedida por la Jefe de la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, en cuya parte resolutive se lee, entre otras cosas, *“ARTÍCULO PRIMERO.- Decomisar, a favor de la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-, la mercancía aprehendida mediante acta de aprehensión número 0004POLFA de 16 de enero de 2009, del importador R&M ASOCIADOS Y CÍA LTDA., identificado con el NIT. 900.103.512, [...]”*.

Se demandó, igualmente, la **Resolución núm. 01301 de 2 de junio de 2009**, *“por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 0163 de 28 de enero de 2009, por medio de la cual se ordena el decomiso de una mercancía”*, expedida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura, y en cuya parte resolutive se lee, entre otras cosas, *“ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todas y cada uno de sus partes la Resolución No. 00417 de 24 de febrero de 2009, mediante la cual la División de Gestión de Fiscalización de esta Dirección Seccional, decomisó mercancía en exceso de propiedad del importador R&M ASOCIADOS Y CÍA LTDA., identificado con el NIT. 900.103.512, por valor de DOSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y UN MIL OCHOCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$255'631.800 M/L), por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo. ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificar por correo esta providencia, al doctor Álvaro Ibáñez Grimaldos, (...), en calidad de apoderado especial de R&M ASOCIADOS Y*

CÍA LTDA., a la carrera 10 No. 16-39, Oficina 911 Edificio Seguros Bolívar en la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 567 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 56 del Decreto 1232 de 2001 y artículo 2º del Decreto 143 de 2006. [...]”.

2). El problema jurídico en la apelación.

El problema jurídico que se plantea en esta instancia consiste en determinar si, no siendo la conciliación requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción incoada por la actora en asuntos de definición de la situación jurídica de las mercancías, como el que nos ocupa, tendría la capacidad, dicho trámite, de suspender el término de caducidad de la misma.

Por lo anterior, el estudio de la Sala en el presente asunto girará en torno al referido problema.

3). De la caducidad de la acción en el caso concreto.

Precisa la Sala que a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, previstas en los artículos 84 y 85 del C.C.A., la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá examinar la petición de nulidad contra actos administrativos incursos en alguna de las causales establecidas en la Ley, con el propósito de que a través de sentencia judicial sean retirados del ordenamiento jurídico.

Señaló esta Corporación que *“a través de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho sólo se puede pretender la preservación del ordenamiento jurídico y del principio de legalidad”*¹.

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, uno de los requisitos para demandar en acciones en la que se controvierte la legalidad de actos administrativos, consiste en agotar, previamente, el requisito de la conciliación. A la letra señala la norma que: *“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”*.

Como puede observarse, la acción por medio de la cual se ataca, en el ordenamiento jurídico colombiano, el contenido material o formal de un acto administrativo de carácter particular, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho, deberá, en principio, se repite, agotar el requisito previo de la conciliación, en los términos y condiciones previstos en la Ley y demás normas reglamentarias.

Ahora bien, en tratándose de procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, en los que esté en discusión la definición de la situación jurídica de las mercancías, por su naturaleza misma, debido a que culminan con el decomiso de éstas, se ha establecido, por parte de esta Sala, que el agotamiento de la conciliación, como requisito de procedibilidad para la interposición de la acción, no es obligatorio para la parte demandante.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de mayo de 1998.

En efecto, la Sala en sentencia de 3 de marzo de 2011², al respecto precisó:

"De esta manera, encuentra la Sala que el artículo 38 de la Ley 863 de 2003, por la cual se establecen normas aduaneras, tributarias y fiscales expresamente dispone que:

"[...]

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

En el mismo sentido, el artículo 6° del Decreto núm. 412 de 2004, que reglamenta la Ley anteriormente mencionada, expresa que:

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

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

Ahora, el Decreto núm. 2685 de 28 de diciembre de 1991, define el significado de decomiso, así:

Es el acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su presentación y/o declaración ante las autoridades aduaneras, por presentarse alguna de las causales previstas en el artículo 502 de este Decreto".

Posición reiterada por la Sala en las sentencias de 23 de mayo de 2003³ y 25 de junio de 2004⁴.

Sin embargo, considera la Sala que no debe confundirse el requisito de la conciliación como requisito de procedibilidad previsto en el artículo 13 de la norma estatutaria citada, con la figura de la conciliación prevista en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, el que dispone: "*La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o*

² Consejo de Estado, Sección Primera, Magistrada ponente: Dra. María Elizabeth García González, Expediente 2009-00110-01.

³ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade, Exp.: 1999-00947-01.

⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Exp.: 2000-00811-01.

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”.

En este sentido, presentada la solicitud de conciliación ante la respectiva Agencia del Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del mismo cuerpo normativo, se suspende el término de caducidad de la acción respectiva, y hasta que tenga ocurrencia uno cualquiera de los siguientes hechos:

1. Que se logre acuerdo conciliatorio;
2. Que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por Ley;
3. Que se expidan las actas de que trata el artículo 2º de la Ley 640 de 2001; y,
4. Que se cumpla el término de tres (3) meses sin que se hubiese efectuado la audiencia conciliatoria.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, establece en su numeral 2, para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho un término de caducidad de “... *cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. [...]”*.

Observa la Sala que el acto administrativo demandado, que agotó la vía gubernativa, la Resolución núm. 01301 de 2 de junio de 2009, que resolvió el

recurso de reconsideración interpuesto por la actora contra la Resolución núm. 00417 de 24 de febrero de ese año, se notificó **el 5 de junio de 2009**, por lo que el término de caducidad (cuatro meses) para promover de manera oportuna la acción de nulidad y restablecimiento del derecho vencía el **6 de octubre de dicho año**.

Conforme consta a folio 4 del cuaderno principal, **la solicitud de conciliación fue radicada** ante la Procuraduría **el 24 de julio de 2009**, esto es, dentro del término de caducidad, fecha a partir de la cual se suspendió dicho término, el cual se extendió hasta **el 13 de octubre de ese mismo año**, día en el que la Procuraduría emitió la respectiva constancia de conciliación fallida entre las partes, y sin que se haya advertido por parte de dicha Agencia que el asunto no era conciliable.

En este orden de ideas, el día **14 de octubre de 2009** se reanudaron los términos de caducidad de la acción impetrada, lo que a todas luces evidencia que dicho fenómeno no se configuró, habida cuenta de que la demanda se presentó el **30 de noviembre de 2009**⁵.

Es de resaltar que la Sala ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la materia que ahora ocupa su atención, esto es, en proveído de 4 de octubre de 2012 (Expediente núm. 2012-00272-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), que ahora se prohija, en el que sostuvo que cuando se presenta una solicitud de conciliación prejudicial y el asunto no es conciliable, como ocurre en el caso bajo examen (dado que los actos acusados definen la situación jurídica de la mercancía aprehendida a la actora)⁶, dicha solicitud solo

⁵ Folio 55 del cuaderno principal.

⁶El artículo 38 de la Ley 863 de 29 de diciembre de 2003, consagra: "Conciliación contencioso-administrativa. ... En materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de la situación jurídica de las mercancías. ...".

Por su parte, el artículo 6º del Decreto 412 de 2004, que reglamentó la Ley mencionada, dispuso lo siguiente:

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

(...)

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

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 2001⁷.

Asimismo, precisó que si la entidad conciliadora supera el término de diez días, previsto en la disposición precitada, para expedir la constancia correspondiente, por cuanto no advirtió que se trataba de un asunto no conciliable, mal podría atribuírsele a la parte actora el vencimiento del término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por haber presentado la demanda por fuera del término.

Así discurrió la Sala, en esa oportunidad:

“... cuando se presenta una solicitud de conciliación prejudicial y el asunto no es conciliable, como ocurre en este caso, por ser materia tributaria, 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 Tercera Judicial Administrativa ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expidió la siguiente certificación, visible a folio 63:

“En los términos de la Ley 640 de 2001, la Procuraduría Tercera Judicial Administrativa expide la siguiente

CONSTANCIA:

1. Que mediante apoderado judicial AGENCIA NACIONAL DE HIDROCARBUROS, presentó solicitud de conciliación extrajudicial el día 8 de febrero de 2012 contra CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

2. Que el objeto de la conciliación era la nulidad de los actos administrativos resoluciones No. 0191 del 22 de noviembre de 2010, 0017 del 7 de marzo de 2011 y 0454 del 28 de septiembre

⁷ Disposición que prevé: “**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:

... 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**”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

de 2011, por medio de las cuales se fijó la tarifa de control fiscal para la vigencia fiscal de 2010.

3. **Que para el día 12 de marzo de 2012 se fijó audiencia de conciliación y celebrada esta el apoderado de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA manifestó no tener ánimo conciliatorio.**

4. Que **teniendo en cuenta lo anterior, se dio por fallida la diligencia y cumplido el requisito de procedibilidad** exigido en la Ley 640 de 2001 y artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, para acudir a la jurisdicción.

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

6. Dada en Bogotá D.C., a los doce de marzo de dos mil doce (2012).” (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 treinta y tres días (33) 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 2°, núm. 3°, L. 640/01), no por culpa de la actora, menos aún si, como quedó visto, ésta presentó la solicitud correspondiente el 8 de febrero de 2012 y la oportunidad legal para presentar la demanda se extendía hasta el 1o. 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 instaurar 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. ...”.

Ahora bien, no obstante que el último inciso del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establece: *“Cuando se hubiere apelado una sentencia*

inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aún cuando fuere desfavorable al apelante”, es pertinente advertir que dicha norma fue introducida en ese estatuto procesal por disposición del numeral 175 del artículo 1º del Decreto 2282 de 1989, es decir, cuando aún no se había expedido la Constitución Política de 1991, la cual señaló en su artículo 31, inciso primero: *“Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley”*.

La regla general de las dos instancias contenida en el artículo 31 de la Constitución Política no solo es de rango superior, también es un derecho fundamental por encontrarse enlistado como de esa categoría en el Capítulo I, Título II de la Carta Política. Además, el artículo 85 de la misma lo señala expresamente, entre otros, como de aquellos derechos constitucionales fundamentales que son de aplicación inmediata.

Cabe señalar que la Sala en sentencia de 26 de abril de 2013 (Expediente núm. 2006-01004-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), sostuvo que en tratándose de recursos de apelación respecto de fallos inhibitorios injustificados, se debe devolver el expediente al *a quo* para que estudie los cargos de la demanda que no realizó, pues resolver de fondo la controversia en segunda instancia, equivaldría a convertirla en única instancia, privando de esta manera a la parte desfavorecida del derecho fundamental de ejercer legítimamente su defensa, íntimamente ligado al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia.

En igual sentido, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de 23 de enero de 2014⁸, señalando lo siguiente:

⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Magistrada Ponente: Dra. María Elizabeth García González, Exp.: 2006-00652-01.

“De consiguiente, habida cuenta de que la Jurisprudencia ha admitido la procedencia de control jurisdiccional de los actos de ejecución cuando la Administración desborda, va más allá o da un alcance diferente a la decisión judicial impartida, porque creó un nuevo acto administrativo al ser una situación diferente a la ordenada en el fallo judicial, que es lo que se alega en la demanda, la Sala considera que en el presente caso, en garantía del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia, se impone la revocatoria de la sentencia recurrida para disponer, en su lugar, que el a quo se pronuncie de fondo respecto de las pretensiones de la demanda, conforme se ha dispuesto en similares situaciones.

En efecto, la Sala en sentencia de 26 de abril de 2013 (Expediente núm. 2006-01004-01, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), que en esta oportunidad se reitera, sostuvo que en tratándose de recursos de apelación respecto de fallos inhibitorios injustificados, como ocurre en el sub lite, se debe devolver el expediente al a quo para que estudie los cargos de la demanda que no realizó, pues resolver de fondo la controversia en segunda instancia, equivaldría a convertirla en única instancia, privando de esta manera a la parte desfavorecida del derecho fundamental de ejercer legítimamente su defensa, íntimamente ligado al debido proceso y al acceso a la Administración de Justicia”.

Consecuente con lo anterior, procede la Sala a revocar el fallo apelado en cuanto se abstuvo de resolver sobre el fondo del asunto frente a las Resoluciones demandadas, para, en su lugar, disponer que el a quo proceda a dictar la sentencia respectiva mediante el análisis de fondo que corresponda.

En mérito de 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,

F A L L A:

PRIMERO: REVÓCASE la sentencia de 10 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca –Sala de Descongestión, en cuanto se abstuvo de resolver las pretensiones de la demanda respecto de las Resoluciones

núms. 00417 de 24 de febrero y 01301 de 2 de junio de 2009, expedidas por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Buenaventura.

SEGUNDO: ORDÉNASE al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca pronunciarse de fondo respecto de las pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 18 de septiembre de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO