

OBLIGACIONES ADUANERAS – Responsables / DECLARACION DE IMPORTACION – Le es exigible al importador / DIAN – Facultad de verificar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones aduaneras / ADQUIRENTE DE BUENA FE / DECOMISO DE MERCANCIA – No constituye una sanción

El obligado a declarar es el importador, entendido éste como quien realiza la operación de importación o aquella persona por cuya cuenta se realiza. La presentación de la declaración de importación es obligación del importador. Sin embargo, la DIAN tiene la facultad de verificar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones aduaneras sobre las mercancías de origen extranjero, sin importar en qué manos se encuentren; en consecuencia, si se llegara a establecer la ilegal introducción de la mercancía al País, esta puede ser decomisada sin que interesen las circunstancias que tenga la persona en cuyo poder se encuentre. Por lo anterior, la DIAN tenía la facultad de verificar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones aduaneras sobre las mercancías de origen extranjero propiedad del actor, sin importar su situación de adquirente de buena fe.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 3 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 4 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 87 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 118 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 469

NOTA DE RELATORIA: Decomiso de mercancía, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 4 de octubre de 2007, Rad. 2001-02752-01, MP. Marco Antonio Velilla Moreno.

DEBIDO PROCESO - Se vulnera cuando se cambia la causal en el acto que ordena el decomiso sin dar oportunidad al interesado para que la desvirtúe / DECOMISO DE MERCANCIA – La existencia de otra causal implica realizar nueva acta de aprehensión

Para la Sala en la resolución que ordenó el decomiso, hubo un cambio de causal (causal 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999), específicamente para las mercancías señaladas en los ítems 13, 14, 18, 19, 21, 26, 28, 38, 39, 48, 49, 50 y 52 del acta de aprehensión No. 834-0268 Física del 14 de abril de 2007, sin que se le diera la oportunidad al actor de presentar escrito de objeción y solicitar pruebas a fin de desvirtuar la nueva causal de conformidad con el artículo 505-1 de Decreto 2685 de 1999, violando así el debido proceso y derecho de defensa del actor ya que correspondía a la DIAN, en su facultad de control posterior, realizar una nueva acta de aprehensión, señalando en ella la nueva causal e iniciar el proceso, para darle al actor la oportunidad legal de defensa, y no endilgar una nueva causal de aprehensión y decomiso en la resolución que ordena el decomiso de la mercancía, no siendo de recibo el argumento que indica que el actor tuvo la oportunidad de defensa dentro del recurso de reconsideración ya que la oportunidad y términos procesales no son los mismos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 504 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 505-1 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 502 NUMERAL 1.6

DECOMISO DE MERCANCIA – No se configuró silencio administrativo positivo

No prospera el argumento del actor en cuanto al silencio administrativo positivo, al manifestar que la administración dejó pasar los términos para pronunciarse sobre la legalidad de la mercancía, ya que la Sala coincide con el Tribunal al manifestar que los 30 días para decidir de fondo se cuentan a partir de la presentación del escrito de objeción del acta de aprehensión de conformidad con el artículo 512 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 4431 de 2004, pero si se decreta la práctica de pruebas, se comienza a contar desde el día siguiente al vencimiento del término para practicar pruebas, es decir, como en este caso se practicaron pruebas, el vencimiento de dicho término fue el 24 de julio de 2007, por lo que la DIAN tenía hasta el 6 de septiembre de 2007 para decidir de fondo la situación jurídica de la mercancía y la Resolución que ordenó el decomiso de la mercancía es de 30 de agosto de 2007, por lo que no se configura el silencio positivo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 512

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., seis (6) de noviembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2008-00176-01

Actor: NELSON ANDRIAN DUQUE ZULUAGA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

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

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 10 de diciembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la parte demandante la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 03-070-213-636-1 004152 de 31 de agosto de 2007 por medio de la cual se decomisa una mercancía; la nulidad de los artículos primero y tercero de la Resolución 0372-193-601 001568 de 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración modificando parcialmente la resolución anterior; la nulidad del artículo segundo la Resolución 03-072-193-605-000027 por la cual revoca parcialmente la Resolución 0372-193-601 001568 con el fin de corregir errores aritméticos y de hecho; y la nulidad de los artículos primero y cuarto de la Resolución 03-072-193-670-000036 de 16 de enero de 2008, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra el artículo quinto –que negó la ocurrencia del silencio administrativo- de la Resolución 03-072-193-601-001568 del 19 de diciembre de 2007, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

A título de restablecimiento del derecho solicita se reintegre la mercancía decomisada o, en el evento en que se haya vendido o enajenado la mercancía por parte de la demandada, el valor comercial actualizado correspondiente a dichos productos al momento de su aprehensión y se condene a la DIAN a reconocer y pagar a título de lucro cesante, los intereses corrientes conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del C.C. hasta la fecha en que se efectúe el pago y los perjuicios adicionales de cualquier tipo que resulten probados dentro del proceso.

1.2. Hechos

Los hechos relatados por el actor se resumen de la siguiente manera:

El 13 de abril de 2007 funcionarios de DIAN revisaron e inventariaron la mercancía, propiedad del actor, almacenada en las bodegas 604, 605, 606, 607 y 608 del complejo comercial Virrey Solís; una vez terminada la diligencia expidieron el acta de aprehensión 834-0268 de 14 de abril de 2007, siendo ésta objetada por el actor.

Mediante Resolución 03-070-213-636-1 004152 de 31 de agosto de 2007 se ordenó el decomiso de la mercancía aduciendo que con los documentos aportados no se demostró su legalidad, además se vinculó al proceso a la sociedad ZONOPRINTER S.A. EN RESTRUCTURACIÓN, en calidad de importadora. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de reconsideración el cual fue resuelto por Resolución 0372-193-601 001568 de 19 de diciembre de

2007, por medio de la cual la DIAN modificó la resolución 03-070-213-636-1 004152 ordenando la entrega de parte de la mercancía y el decomiso de la restante, además, negó la ocurrencia del silencio administrativo positivo aducido por el actor; decisión que fue recurrida en lo que respecta a la negativa del reconocimiento del silencio positivo y resuelta por Resolución 03-072-193-670-000036 de 16 de enero de 2008.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Las normas que la actora considera violadas son los artículos 1, 2, 13, 15, 21, 29, 34, 58 y 83 de la Constitución Política, el artículo 4 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 831 del Código de Comercio, y los artículos 2, 3, 228, 229, 231, 232-1, 502, 502-1, 504, 511, 512, 519, 520 y 563 de la Resolución 2685 de 1999.

Sustenta la violación de las normas anteriormente mencionadas con las siguientes afirmaciones:

-Manifiesta el actor que se violó su derecho de defensa por cuanto se le negaron las pruebas encaminadas a demostrar que la mercancía estaba nacionalizada, en especial la prueba de la inspección administrativa sobre el cargamento aprehendido, para la práctica del cotejo físico documental y demostrar que el mismo estaba nacionalizado.

La mercancía fue aprehendida a pesar de haber demostrado al momento de su aprehensión que contaba con la documentación que amparaba su ingreso legal al territorio nacional, lo cual demuestra que la causal de aprehensión aducida por la DIAN esto es la del numeral 1.6 del artículo 502 del Estatuto Aduanero no era procedente violando igualmente el debido proceso.

Se violó también el debido proceso por cuanto se profirió decisión sin que previamente se hubieran resuelto aspectos tales como la solicitud de pruebas o el reconocimiento de personería los cuales, de acuerdo con las normas procesales, deben ser resueltos en forma previa al pronunciamiento de fondo.

Indica que en el proceso aduanero existe el principio de la duda a favor del administrado del cual no se dio aplicación.

-Señala el actor que hubo un tratamiento discriminatorio por parte de la DIAN ya

que en otros casos similares, correspondientes, al parecer, a la aprehensión de mercancías ocurrida el mismo día de la aprehensión de las del demandante, se resolvieron dichos casos sin decretar el decomiso de mercancía respectivo.

- Indica igualmente que existe una falta de congruencia entre los cargos formulados en la aprehensión y en el decomiso ya que la primera se hizo invocando la causal 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 y lo segundo se basó en lo contemplado en el numeral 1.25 de la misma norma, lo cual es contrario a derecho porque una vez trabada la litis al notificarse el acta de aprehensión solo se puede fallar con base en el cargo en el que está expresamente formulado.

Finalmente expresa el actor que el legislador estableció unos términos perentorios para que la administración se pronuncie de fondo sobre la legalidad de una mercancía en el país y en el presente caso es claro que la administración perdió competencia para ello por haber operado el silencio administrativo positivo.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, pues considera que, contrario a lo manifestado por el actor en el momento de la aprehensión de la mercancía no se le presentó documento alguno que amparara la entrada legal de la mercancía al territorio nacional, tal como se desprende del acta No. 2321 de 14 de abril de 2007 y del acta de aprehensión 834-0268 Física de 14 de abril de 2007, la cual se realizó de conformidad con lo estipulado en el artículo 504 del Estatuto Aduanero.

Agrega que en el proceso aduanero no se puede hablar de “nimias falencias” ya que la descripción precisa de la mercancía reviste gran importancia pues con esta se logra identificar plenamente la mercancía que entra al país y diferenciarla de las demás, de tal manera que se logre establecer que la mercancía descrita en una declaración de importación es una y solo una, diferente de cualquier otra que circule en el territorio nacional.

Respecto de la falta de reconocimiento de personería, por auto 03-07-213-143-1-2708 de 14 de mayo de 2007, se le reconoció personería al apoderado del actor y se decretó la práctica de unas pruebas de acuerdo con el escrito de objeción presentado por el actor.

Frente a la prueba de inspección administrativa solicitada por el actor, la demandada señala que la misma se negó por cuanto ya existía en el expediente toda vez que esa es la finalidad del acta de aprehensión.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda de conformidad con las siguientes consideraciones:

Manifiesta el actor que la DIAN desconoció el postulado de la duda razonable pues no había certeza sobre la procedencia ilegal de las mercancías.

Al respecto advierte el Tribunal que mediante Resolución 1568 de 19 de diciembre de 2007 la DIAN modificó la Resolución 4152 de 31 de agosto de 2007 en el sentido de devolver una parte de la mercancía inicialmente decomisada porque el actor aportó los documentos para demostrar la legalidad de la misma; sin embargo, mantuvo la medida de decomiso respecto de la restante porque no logró acreditar la legalidad de su permanencia en territorio aduanero nacional.

Sin embargo, sostiene el actor que se mantiene la duda sobre el resto de la mercancía, esto es sobre aquella porción respecto de la cual se mantuvo la medida de decomiso. Considera debe favorecerle dicha duda, tal como lo dispone el Estatuto Tributario en su artículo 745: *“las dudas provenientes de vacíos probatorios existentes en el momento de practicar las liquidaciones o de fallar los recursos, deben resolverse, si no hay modo de eliminarlas a favor del contribuyente, cuando éste no se encuentre obligado a probar determinados hechos de acuerdo con las normas del capítulo III de este título.”*

Para el a quo, en este caso, no puede aplicarse dicha norma, ya que no puede hablarse de la existencia de dudas provenientes de vacíos probatorios existentes al momento de fallar los recursos en el procedimiento administrativo, porque lo que se advierte es una falencia probatoria por parte del infractor aduanero al momento de aportar los medios para demostrar que la mercancía si podía acreditar su permanencia legal en territorio colombiano. En efecto le correspondía al actor, de conformidad con el artículo 502 del decreto 2685 de 1999, como propietario de la mercancía, demostrar su legalidad y como ello no ocurrió porque carecía de los documentos respectivos no puede ahora invocar su propia culpa para reclamar por una duda probatoria que él mismo propició.

Por otro lado, bien pudo el demandante acompañar con destino a la presente causa judicial, los medios documentales o pedir otros medios de prueba tendientes a demostrar la validez de sus afirmaciones y, por ende, la legalidad de la mercancía decomisada; sin embargo teniendo la oportunidad para ello no acreditó los medios documentales pertinentes ni desplegó la actividad probatoria necesaria para lograr este propósito, por lo que el Tribunal negó la prosperidad del argumento de que se trata.

Según obra en el cuaderno de antecedentes administrativos, luego de la aprehensión de la mercancía y, por supuesto, antes de la adopción de la medida de decomiso, la DIAN dictó el auto de pruebas 2708 de 14 de mayo de 2007 por medio del cual decretó la práctica de unas pruebas, teniendo en cuenta lo solicitado por el interesado en el escrito de objeción al acta de aprehensión, acto que fue notificado por estado.

Quiere decir lo anterior que sí hubo acto procesal por medio del cual se consideraron las peticiones de índole probatoria, que fueron planteadas por el demandante; las mismas fueron resueltas y debidamente notificado el acto al interesado.

Ahora bien, si las pruebas que según el actor le fueron negadas eran de tal entidad, como para variar el sentido de la decisión de decomiso que adoptó la DIAN, bien pudo, en el presente trámite judicial, solicitar su decreto y práctica a efectos de que el juez administrativo pudiera examinar la incidencia de tales medios en la determinación que adoptó el ente demandado, por lo que concluye que no prospera el argumento aducido según el cual al demandante se le negaron unos medios de prueba en la actuación administrativa.

Además, vale la pena señalar que la inspección administrativa sobre el cargamento decomisado, que tanto reclama el demandante, requería necesariamente del aporte de los medios documentales que permitieran acreditar la legalidad de la mercancía decomisada, llámese manifiestos de carga, planillas de envío, etc, pues con su ausencia habría hecho prácticamente inane la realización de tal diligencia de inspección que requiere el cotejo físico de la mercancía con los documentos que respaldan la legalidad de su permanencia en territorio aduanero.

En mismo auto en el que se decretaron pruebas dentro de la actuación

administrativa, se le reconoció personería al abogado para representar los intereses del demandante dentro de la actuación administrativa, por lo que carece de fundamento la afirmación de la parte actora según la cual no se le reconoció personería a su apoderado.

Respecto a la afirmación del actor en el sentido de que hubo tratamiento discriminatorio por parte de la DIAN, por cuanto en casos similares se resolvieron sin decretar el decomiso y para probarlo, solicitó en la demanda que se le pidiera a la DIAN el envío de la copia de una serie de expedientes administrativos en los que constarían tales hechos, el a quo consideró que el auto que decretó las pruebas negó tal petición de medios de prueba sin que la demandante recurriera tal decisión.

Por otro lado, considera el a quo que carece de fundamento lo afirmado por el actor en el sentido de que no hubo congruencia entre los cargos formulados en el acta de aprehensión y la causal por la cual se ordenó el decomiso de la mercancía porque, según puede observarse, en un caso como en el otro se tuvo como base para la medida que adoptó la DIAN la infracción del numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por los artículos 49 del Decreto 1232 del 2001 y 6 del Decreto 1161 de 2002, a saber, que la mercancía no se encontraba amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación.

Finalmente respecto a la manifestación del demandante en el sentido de que se configuró el silencio administrativo positivo que no fue reconocido por la DIAN, fundada en que el legislador estableció unos términos perentorios para que la administración se pronuncie de fondo sobre la legalidad de una mercancía en el país y en el presente caso es claro que la administración perdió competencia para ello por haber operado el silencio administrativo positivo, el Tribunal desestimó la prosperidad de este argumento señalando que de conformidad con el artículo 512 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 20 del Decreto 4431 de 2004, la administración tiene 30 días para decidir de fondo, a partir de la presentación del escrito de objeción del acta de aprehensión; pero si se decreta la práctica de pruebas, lo que ocurrió en el presente caso, el plazo para decidir comienza a contarse desde el día siguiente al vencimiento del término para practicar los medios de prueba correspondientes.

Teniendo en cuenta que en el presente caso se decretaron pruebas y que el auto

que ordenó la práctica de las mismas, por un término de 2 meses, quedó ejecutoriado el 24 de mayo de 2007, el término para la práctica de pruebas venció el 24 de julio de 2007; y dado que los 30 días para decidir de fondo deben contarse a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo para practicar las pruebas, el término para dictar la decisión de fondo vencía el 6 de septiembre de 2007, es así que la entidad expidió el acto que ordenó el decomiso el 31 de agosto de 2007 por lo que no hay lugar a que se decrete el silencio administrativo positivo por cuanto el acto de decomiso se expidió en el término establecido por el Estatuto Aduanero.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación con los siguientes argumentos:

Al haberse aportado al proceso en la vía gubernativa las declaraciones de importación, que acreditan la nacionalización del cargamento, era deber de la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica de las mercancías analizarlas en su totalidad, lo cual omitió respecto a las que figura como proveedor en el extranjero la empresa ORWI INTERNACIONAL S.A., lo que tampoco fue tenido en cuenta por el Tribunal, ya que es el principal motivo de inconformidad porque no fueron analizadas en su conjunto y en sana crítica para proferir el fallo de fondo.

En el presente caso con el simple análisis formal del expediente DM200720070940, se concluye que la DIAN, profirió la resolución de decomiso, sin tener en cuenta las declaraciones de importación aportadas, ordenando el decomiso de la mercancía por presuntas falencias en la descripción de cada una de las prendas aprehendidas y por cuestionamientos hechos al proveedor en el extranjero ORWI INTERNACIONAL S.A., lo que evidencia una falta de congruencia entre los cargos formulados en la aprehensión y en el decomiso ya que la aprehensión se hizo imputando la causal 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 y el decomiso se basa en el numeral 1.25 de la misma norma, lo cual es contrario a derecho ya que una vez trabada la litis al notificarse el acta de aprehensión solo se puede fallar con base en el cargo en el que está expresamente formulado.

En el presente caso toda la documentación aportada acredita que el cargamento estaba lícitamente en el país, lo que fue suministrado por los proveedores, en atención a que el actor no es importador directo, lo cual no fue valorado ni por la DIAN ni por el Tribunal, contraviniendo el principio de confianza legítima que ampara al comerciante nacional que de buena fe adquirió las mercancías cuestionadas con el convencimiento que estaban debidamente nacionalizadas, por estar en libre disposición en zona secundaria aduanera al momento en que las adquirió.

El decomiso de marras obedece a presuntas falencias en cuanto a la descripción de las prendas de vestir que componen el cargamento, alegando que son mercancía genérica, que al carecer de referencia o etiquetado no permite individualizarlas lo cual es abiertamente contrario a derecho, ya que es la misma DIAN, la que concedió el levante y libre disposición a estas mercancías, sin tomar los correctivos pertinentes para su eventual y posterior control, ya que al hallarse en zona secundaria aduanera amparados con facturas suministradas por proveedores del mercado nacional, lo procedente sería un control posterior a los importadores directos y no a los revendedores como es el caso del actor.

Partiendo de los hechos planteados en la demanda y su contestación, se decanta lo realmente acontecido dentro de este proceso, esto es que el demandante actuó de buena fe, aportó en su momento toda la documentación que acredita que el cargamento aprehendido y decomisado si fue nacionalizado y se encontraba en forma lícita al momento de efectuarse la aprehensión.

Los actos acusados fueron expedidos violando el derecho al debido proceso y a la defensa del actor porque los funcionarios de la DIAN, que intervinieron y decidieron de fondo las diferentes etapas procesales, no respetaron la legislación aduanera, al aprehender una mercancía lícitamente nacionalizada, con base en una causal inaplicable. No se respetaron los términos y etapas procesales al fallar de plano sin antes proferir y notificar en debida forma el auto de pruebas para que el interesado pudiera recurrirlo, al igual que se fallo sin la más mínima motivación.

Insiste en que la causal de aprehensión invocada por los funcionarios aprehensores de la DIAN, en el Acta de aprehensión fue la estatuida en el numeral 1.6 del decreto 2685 de 1999 que a la letra estatuye:

"1.6. Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una declaración

de importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la señalada en la declaración de importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, salvo que se configuren los eventos previstos en los numerales 4º y 7º del artículo 128 y en los párrafos primero y segundo del artículo 231 del presente decreto, en cuyo caso no habrá lugar a la aprehensión."

Con base en la formulación de este cargo es claro que al notificarse el acta de aprehensión se trabó la relación jurídico procesal para la definición de la situación jurídica de la mercancía, perdiendo competencia la DIAN, para formular o adicionar nuevos cargos dentro del proceso administrativo, por tanto el administrado únicamente tenía que desvirtuar este y no otro cargo para obtener la devolución del cargamento, pero en los actos administrativos demandados se fundamentó el decomiso pero por cuestionamientos al proveedor en el extranjero, ORWI INTERNACIONAL S.A., que corresponderían a la causal contemplada en el numeral 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, sobre el cual el actor no tenía ningún tipo de injerencia, por tanto es claro que la causal aplicada de hecho por la DIAN, al no ser imputada en el acta de aprehensión, es atípica para sustentar el decomiso.

La legislación tributaria aplicable en materia aduanera estatuye que toda duda probatoria se resuelve a favor del administrado, lo cual brilla por su ausencia en este caso ya que sí se aportaron las declaraciones de importación que acreditan la legalidad del cargamento en el país, pero que no fueron tenidas en cuenta argumentando que el proveedor en el extranjero, la empresa ORWI INTERNACIONAL S.A., no factura, lo cual no es cierto, ya que su representante legal declaró lo contrario mediante certificación consularizada cuya copia fue aportada al proceso de definición de la situación jurídica del cargamento, lo que no fue tenido en cuenta por la DIAN, máxime cuando el actor adquirió el mismo en el mercado nacional, por tanto con el decomiso se le violó su derecho a la propiedad, a la libre empresa y al debido proceso, el cual es prenda de garantía constitucional y derecho fundamental de todo ciudadano colombiano.

Los actos demandados y, en consecuencia la sentencia censurada, adolecen por tanto de un análisis en conjunto y en sana crítica de todas las pruebas incorporadas legalmente al expediente, al no haberse tenido en cuenta las declaraciones de importación donde aparece la empresa panameña ORWI INTERNACIONAL S.A. como proveedor, la cual según la DIAN, no factura, no obstante haberse aportado certificación debidamente consularizada de su

representante en sentido contrario la cual tiene presunción de validez, lo cual no ha sido desvirtuado por la administración, ya que el derecho es en ambas vías, esto es que si bien la carga de la prueba es en principio a cargo del administrado y la responsabilidad en el ámbito aduanero es de carácter objetivo, esto cambia al momento de aportarse las declaraciones y facturas que acreditan tanto la importación como el vínculo comercial con el importador, documentos que no han sufrido ningún tipo de tacha al punto que la misma DIAN, los tiene en sus archivos lo cual en concordancia con la Ley anti trámites obliga que el ente oficial las convalide si están en su poder, con lo cual se deja sin soporte fáctico y legal el decomiso al carecer de una real y justa motivación.

En el proceso dentro del cual se proferieron los actos administrativos por la presente demandados, se violó el principio constitucional de legalidad, al sancionar una operación mercantil de comercio exterior ajustada a derecho, cuestionada sin el menor fundamento por la DIAN, por ser atípica para la misma, ya que pasó por alto, en forma flagrante y violó con sus decisiones el principio de legalidad consagrado en el artículo 6 de la Carta Política en concordancia con lo consagrado en el artículo 476 del Estatuto aduanero.

Conforme al artículo 27 del Código Civil, los términos jurídicos deben ser interpretados en su sentido gramatical; para el caso en estudio, la administración estaba impedida constitucional y legalmente para ampliar las prohibiciones en materia aduanera a capricho del funcionario de turno como en el caso en estudio, en el cual se pretende dar un alcance extensivo y meramente subjetivo, contrario al tenor literal a la citada restricción.

IV.- MINISTERIO PÚBLICO.

La Agencia del Ministerio Público en esta instancia, guardó silencio.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada presentó alegatos de conclusión solicitando la conformación del fallo de primera instancia y argumentando, en resumen, lo siguiente:

Es importante puntualizar que el demandante considera equivocadamente que el proceso de definición de situación jurídica de las mercancías es un proceso

sancionatorio que se adelanta en relación con algún contribuyente, desconociendo que tal proceso se adelanta para definir la situación jurídica en que se encuentran en el territorio nacional unas mercancías de procedencia extranjera, lo que constituye que dentro del mismo no pueda hablarse de la aplicación del principio según el cual las dudas deban resolverse en favor del administrado.

En este proceso sino se demuestra la legal importación y permanencia de las mercancías, como en este caso, lo que procede es la aprehensión y decomiso de las mismas por una de las causales a que se refiere el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, en este caso por la señalada en el numeral 1.6.

Por otra parte y en lo que se relaciona con la aducida violación del debido proceso por haber denegado unas pruebas, hay que señalar que la negativa motivada a practicar unas pruebas por inconducentes e impertinentes no entraña tal violación máxime sí, como ocurrió en este evento y fue reconocido por el a *quo*, por no existir documentos que ampararan las mercancías, no existía la posibilidad de hacer un cotejo entre ellos y las que fueron aprehendidas.

En lo que se refiere a la supuesta falta de congruencia entre la causal que originó la aprehensión y aquella por la que se ordenó el decomiso resulta evidente, como se resalta en el fallo, que la misma no existe porque en las dos oportunidades se invocó la misma por cuanto no se demostró que la mercancía estuviera amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación.

Por último, en lo que toca con la supuesta ocurrencia del silencio administrativo positivo el cómputo de los términos demuestra que el mismo no ocurrió como se decidió en primera instancia y, además, de acuerdo con lo establecido por el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, no habría lugar al mismo porque respecto de la mercancía aprehendida no era posible su legalización.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a examinar las argumentaciones expuestas por la parte actora en el recurso de apelación, y de conformidad el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil ésta providencia se limitará a conocer solamente 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.

El recurso de apelación

Básicamente la inconformidad del recurrente con la sentencia del primera instancia radica en que el Tribunal no analizó en conjunto y en sana crítica las pruebas para proferir el fallo y en consecuencia afirma:

1.- La DIAN profirió la resolución de decomiso, sin tener en cuenta las declaraciones de importación aportadas que acreditaban que el cargamento se encontraba lícitamente en el país, declaraciones que fueron suministradas por sus proveedores, ya que el actor no es el importador directo, contraviniendo el principio de confianza legítima que ampara al comerciante que de buena fe adquirió las mercancías cuestionadas con el convencimiento que estaban debidamente nacionalizadas.

2. La resolución de decomiso se profirió por presuntas falencias en la descripción de cada una de las prendas aprehendidas y por cuestionamientos hechos al proveedor en el extranjero ORWI INTERNACIONAL S.A., lo que evidencia una falta de congruencia entre los cargos formulados en la aprehensión y en el decomiso ya que la cautela se hizo imputando la causal 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 y el decomiso se basa en el numeral 1.25 de la misma norma, lo cual es contrario a derecho ya que una vez establecida la causal al notificarse el acta de aprehensión, solo se puede fallar con base en el cargo en el que está expresamente formulado. En cuanto a la descripción de las prendas de vestir que componen el cargamento, la DIAN alegó que son mercancía genérica, pero la misma DIAN concedió el levante y libre disposición a estas mercancías, sin tomar los correctivos pertinentes para su eventual y posterior control, ya que al hallarse en zona secundaria aduanera, amparados con facturas suministradas por proveedores del mercado nacional, lo procedente sería un control posterior a los importadores directos y no a los adquirentes de buena fe como es el caso del actor.

3. No se respetaron los términos y etapas procesales al fallar de plano sin antes proferir y notificar en debida forma el auto de pruebas para que el interesado pudiera recurrirlo, al igual que se emitió la resolución acusada sin la más mínima motivación; resolución recurrida y cuya confirmación no se ajusta a derecho ya

que el proceso era violatorio de la Constitución y la ley.

4. Los actos demandados y, en consecuencia, la sentencia censurada, adolecen por tanto de un análisis en conjunto y en sana crítica de todas las pruebas incorporadas legalmente al expediente, al no haberse tenido en cuenta las declaraciones de importación donde aparece la empresa panameña ORWI INTERNACIONAL S.A. como proveedor, la cual según la DIAN no factura, no obstante haberse aportado certificación debidamente consularizada de su representante en sentido contrario la cual tiene presunción de validez, lo cual no ha sido desvirtuado por la administración.

Los actos acusados

De acuerdo con las pretensiones de la demanda se solicitó:

1.- La nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 03-070-213-636-1 004152, "por medio de la cual se decomisa una mercancía":

"ARTICULO SEGUNDO: DECOMISAR a favor de la Nación-Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la mercancía aprehendida relacionada en el acta No. 834-0268 FISICA del 14 de abril de 2007, evaluada en la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$264.924.224), por encontrarse incurso en la causal de aprehensión y decomiso de mercancías consagrada en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por los artículos 48 del Decreto 1332 de 2001 y 6 del Decreto 1161 de 2002, de conformidad con los argumentos expuestos en este proveído"

2.- La nulidad del artículo primero y tercero de la Resolución 0372-193-601 001568 de 19 de diciembre de 2007, por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración modificando parcialmente la resolución anterior:

"ARTICULO PRIMERO.- MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución No. 03-070-213-636-1-004152 del 31 de agosto de 2007, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, el cual quedará así:

"ARTICULO SEGUNDO: ORDENASE EL DECOMISO a favor de la Nación de la mercancía aprehendida mediante acta No. 834-0268 FÍSICA DEL 14-04-07 SIC(del) descrita en los ítem Nos. 2,7,9,13,14,17, 18, 19, 21, 22, 26, 28, 30, 32, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50 y 52 del DIAM No. 39031112635 del 07-05-07 por un valor de \$141.205.352.00 de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta Resolución".

"...

“ARTICULO TERCERO.- CONFIRMAR las demás partes de la Resolución No. 03-070-213-636-1-004152 del 31 de agosto de 2007 de conformidad con lo expuesto en la parte maotiva de la presente providencia.”

3.- La nulidad del artículo segundo la Resolución 03-072-193-605-000027 por la cual revoca parcialmente la Resolución 0372-193-601 001568 con el fin de corregir errores aritméticos y de hecho:

“ARTICULO SEGUNDO: ORDENASE EL DECOMISO a favor de la Nación de la mercancía aprehendida mediante acta No. 834-0268 FÍSICA DEL 14-04-07 SIC(del) descrita en los ítem Nos. 2,7,9,13,14,17, 18, 19, 21, 22, 26, 28, 30, 32, 39, 40, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50 y 52 y en cuanto al ítem 38 se decomisan 1.800 unidades, correspondientes al DIAM No. 39031112635 del 07-05-07 por un valor de \$141.708.240.00 de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta Resolución”.

4.- La nulidad de los artículos primero y cuarto de la Resolución 03-072-193-670-000036 de 16 de enero de 2008, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra el artículo quinto –que negó la ocurrencia del silencio administrativo- de la Resolución 03-072-193-601-001568 del 19 de diciembre de 2007:

“PRIMERO: CONFIRMAR el artículo 5º de la Resolución No. 03-072-193-601-001568 del 19 de dieimbre de 2007, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

“...

“ARTICULO CUARTO: COMPULSAR por la División de Documentación las copias ordenadas en el artículo 8º de la Resolución No. 03-072-193-601-001568 del 19 de diciembre de 2007.

Problema jurídico

El problema jurídico radica en establecer: 1) si la DIAN podía decomisar una mercancía que se encontraba en manos de un tercero de buena fe, en este caso el comprador de una mercancía ya nacionalizada, por infracción de las normas aduaneras; 2) si la DIAN, podía proferir el acto de decomiso de la mercancía por una causal diferente a la endilgada en el acta de aprehensión y, finalmente 3) si la mercancía aprehendida se encontraba debidamente individualizada en las respectivas declaraciones de importación.

1) Para el presente caso se tiene que el decomiso se produjo en vigencia del Estatuto Aduanero contenido en el Decreto 2685 de 1999, que de acuerdo con su artículo 87, establece que la obligación aduanera nace por la introducción de la

mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional y dicha obligación comprende, entre otras, la presentación de la declaración de importación.

El artículo 3 ibídem, señala que de conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el exportador, el propietario, el poseedor o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, el agente de carga internacional, el depositario, intermediario y el declarante.

El artículo 4º ibídem determina que la obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que se pueda hacer efectivo su cumplimiento sobre la mercancía, mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.

Según el artículo 469 ibídem, 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 cuenta 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.

El artículo 118 del Decreto 2685 de 1999, señala que el obligado a declarar es el importador, entendido éste como quien realiza la operación de importación o aquella persona por cuya cuenta se realiza. La presentación de la declaración de importación es obligación del importador. Sin embargo, la DIAN tiene la facultad de verificar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones aduaneras sobre las mercancías de origen extranjero, sin importar en qué manos se encuentren; en consecuencia, si se llegara a establecer la ilegal introducción de la mercancía al País, esta puede ser decomisada sin que interesen las circunstancias que tenga la persona en cuyo poder se encuentre.

En diferentes oportunidades esta Corporación se ha pronunciado sobre los adquirentes de buena fe dentro del procedimiento para definir la situación jurídica de la mercancía y el hecho de que el decomiso no constituye una sanción, de la siguiente forma¹:

Es preciso advertir que la Sala en diversos pronunciamientos ha determinado que el hecho de que se adquiriera de buena fe, en este caso, un automotor, no hace desaparecer la causal de decomiso ni exime al interesado de responder ante las autoridades aduaneras en el evento de que la mercancía se encuentre en su poder y haya ingresado al país sin el lleno de los requisitos legales, no obstante que haya obtenido el levante.

En sentencia de 10 de mayo de 2007 (Expediente 00855, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Sala reiteró las sentencias de 4 de febrero de 1999 (Expediente núm. 5088, Consejero ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz); de 27 de enero de 2000 (Expediente núm. 5425, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); y de 4 de mayo de 2001 (Expediente núm. 6664, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), para señalar que el levante es un acto sujeto a condición, pues no obstante su expedición, si con posterioridad al mismo las autoridades aduaneras advierten la comisión de una infracción, mediante la facultad de fiscalización que tienen, deben proceder a imponer las sanciones correspondientes.

*Ello con fundamento, entre otras normas, en los artículos 66 del Decreto 1909 de 1992, en armonía con lo previsto por el artículo 62, literal d), ibídem, en donde se precisa que la facultad de la DIAN para realizar inspecciones aduaneras puede ejercerse **en cualquier momento**, aún cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías” (negrillas fuera de texto).*

Ahora, en relación con el cargo de caducidad de la acción sancionatoria, cabe advertir que conforme lo precisó la Sala en sentencia de 11 de diciembre de 2006 (Expediente 2001-00952, Consejero ponente doctor Rafael Ostau de Lafont Planeta), “...conviene poner de presente que el procedimiento administrativo surtido en este caso es el correspondiente a la definición de la situación jurídica de la mercancía”.

El Decreto 1800 de 1994, vigente cuando se le notificó a la actora el pliego de cargos y citado, entre otros, como soporte de este acto de trámite (folio 87 del cuaderno de antecedentes), claramente consagra los distintos procedimientos en materia aduanera y, en el artículo 1º alude al PROCEDIMIENTO PARA DEFINIR LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA

¹ Sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 68001-23-15-000-2001-02752-01 Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno

MERCANCÍA, cuyos supuestos fácticos corresponden a la conducta de que tratan los actos acusados, que es diferente de la situación regulada en el artículo 2º, ibídem, relativa a PROCEDIMIENTOS PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES Y MULTAS.

Igualmente, la Sala en sentencia de 22 de junio de 2006, (Expediente 02240, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), precisó que **“el decomiso no constituye una sanción, sino la medida tendiente a definir la situación jurídica de la mercancía, razón por la cual la Administración está habilitada en cualquier tiempo para aprehender determinada mercancía..., y, luego de surtido el respectivo procedimiento disponer su decomiso, no pudiendo, entonces, alegarse que caducó la acción para ordenarlo, pues dicha caducidad se predica de las sanciones, como por ejemplo de las multas”.**

Finalmente, es oportuno resaltar que no le asiste razón a la actora en cuanto a que la actuación administrativa debió dirigirse contra la importadora, pues el artículo 3º del Decreto 2685 de 1999 señala como responsables de las obligaciones aduaneras, entre otros, al poseedor o tenedor de la mercancía; y si éste resulta afectado por la actuación del importador o del anterior tenedor del vehículo tiene a su favor la acción de repetición contra los mismos. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Por lo anterior, la DIAN tenía la facultad de verificar en cualquier momento el cumplimiento de las obligaciones aduaneras sobre las mercancías de origen extranjero propiedad del actor, sin importar su situación de adquirente de buena fé.

2) Se observa en el Acta de Aprehesión 834-0268 de 14 de abril de 2007 (folio 12 del cuaderno número 1 de antecedentes administrativos), que la causal de aprehensión de la mercancía, propiedad del actor, fue la contenida en el numeral 1.6. del artículo 502 del Decreto de 1999, modificado por el Decreto 1161 de 2002:

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

A folio 20 del cuaderno No. 1 antecedentes administrativos, aparece copia del documento de objeción al acta de aprehensión anteriormente mencionada en la que el actor: 1) aporta como prueba copias de declaraciones de importación de la mercancías señaladas en el acta de aprehensión 834-0268 con los items, 7, 16,

32, 38, 40, 43 a 47, 49 y 50; copias de las facturas cambiarias de compraventa de las mercancías señaladas con los items 4, 8, 12 a 15, 17 a 21, 23, 24, 26 a 30, 35 a 37, 39, 41, 48, 50 y 51; y copia de las remisiones de Sonoprinter dirigidas al actor de las mercancías señaladas con los items 1 a 3, 5, 6, 9 a 11, 25, 31,33, 34, 42 y 52; y 2) solicitó la práctica de una inspección ocular y/o administrativa sobre la mercancía aprehendida.

El artículo 511 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 19 del Decreto 4431 de 2004, dispone:

"Artículo 511. *Período probatorio. Dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción de la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero o del Documento de Objeción a la Aprehensión, se decretará mediante auto motivado la práctica de las pruebas solicitadas que sean conducentes, eficaces, pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, se denegarán las que no lo fueren y se ordenará de oficio la práctica de las que se consideren pertinentes y necesarias, distintas a las relacionadas en el Requerimiento Especial Aduanero o en el Acta de Aprehensión.*

En el mismo auto se ordenará la nueva práctica o el perfeccionamiento de las pruebas allegadas en el Acta de Aprehensión o relacionadas en el Requerimiento Especial Aduanero, cuando no se hubieren practicado en debida forma o requieran su perfeccionamiento.

*El auto que decrete las pruebas se deberá notificar por estado conforme a lo establecido en el artículo 566 del presente Decreto. **Cuando se denieguen pruebas procederá el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y resolverse dentro de los tres (3) días siguientes a su interposición.***

El término para la práctica de las pruebas será de dos (2) meses si es en el país, y de tres (3) meses cuando deban practicarse en el exterior, y correrá a partir de la ejecutoria del acto que las decretó."

"Artículo 566. *Notificación por estado.*

La notificación por estado se practicará un día después de proferido el acto, mediante la inserción en el estado del número y fecha del acto que se notifica, nombres de las partes que estén identificadas, la clase de proceso, un resumen de la decisión, fecha del estado y firma del funcionario.

El estado se fijará por el término de tres (3) días en un lugar visible de la respectiva Administración de Aduanas, según el caso.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Por auto No. 03-070-213-143-1 de 14 de mayo de 2007, se abrió el proceso a período probatorio, resolviendo reconocer personería al apoderado del actor, y decretando pruebas de oficio y teniendo como pruebas las obrantes en el expediente administrativo DM07070940, que tengan relación directa con el hecho investigado y las que se obtengan con ocasión del período probatorio. Este auto fue notificado por estado fijado el 16 de mayo de 2007 y desfijado el 18 de mayo de 2007 (folio 117 a 124 del cuaderno 1 de antecedentes administrativos).

De conformidad con lo anterior, no le asiste razón al demandante al afirmar que no se respetaron los términos y etapas procesales al fallar de plano sin antes proferir y notificar en debida forma el auto de pruebas para que el interesado pudiera recurrirlo, ya que dicho auto no solo fue emitido por la administración sino que fue notificado en debida forma, teniendo la oportunidad el actor para recurrirlo en el caso de que se hubieran negado y omitido las pruebas solicitadas, y no lo hizo.

3) Ahora bien, para establecer si le era dado a la DIAN, definir la situación jurídica de la mercancía y ordenar el decomiso por una causal diferente a la establecida en el acta de aprehensión de la mercancía, es importante analizar la normatividad pertinente y aplicable al caso concreto:

Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 4431 de 2004:

"Artículo 504. Acta de Aprehensión. El proceso para definir la situación jurídica de mercancías se inicia con el acta de aprehensión.

Establecida la configuración de alguna de las causales de aprehensión y decomiso de mercancías de que trata el artículo 502 del presente Decreto, la autoridad aduanera expedirá un acta con la que se inicia el proceso para definir la situación jurídica de mercancías y que contenga: lugar y fecha de la aprehensión; **causal de aprehensión**; identificación del medio de transporte en que se moviliza la mercancía, cuando a ello hubiere lugar; identificación y dirección de las personas que intervienen en la diligencia y de las que aparezcan como titulares de derechos o responsables de las mercancías involucradas; descripción de las mercancías en forma tal que se identifiquen plenamente; cantidad, peso cuando se requiera, precio unitario y precio total de la mercancía, las objeciones del interesado durante la diligencia, la relación de las pruebas practicadas por la Administración o

aportadas por el interesado durante la diligencia de aprehensión.

Para efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, el acta de aprehensión es un acto administrativo de trámite y contra él no procede recurso alguno en la vía gubernativa.

Surtida la notificación del Acta de Aprehensión por cualquiera de los medios enunciados en el inciso tercero del artículo 563 del presente Decreto, empezarán a correr los términos para adelantar el proceso de definición de situación jurídica de las mercancías aprehendidas".

“Artículo 505-1º. Documento de Objeción a la Aprehensión. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del Acta de Aprehensión, el interesado o responsable de la mercancía aprehendida deberá acreditar la legal introducción o permanencia de la misma en el territorio aduanero nacional o desvirtuar la causal que generó la aprehensión. Para tal efecto deberá presentar el Documento de Objeción a la Aprehensión.

En el Documento de Objeción a la Aprehensión el titular de derechos o responsable de la mercancía, expondrá ante la autoridad aduanera sus objeciones respecto de la aprehensión, anexando las pruebas que acrediten la legal introducción o permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional. Este documento deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad con el acta de aprehensión;

b) Relacionar y solicitar las pruebas que se pretende hacer valer;

c) Indicar el nombre y la dirección de la persona que objeta el acta de aprehensión y su apoderado para efecto de las notificaciones;

d) Que se firme por el titular de derechos o responsable de las mercancías aprehendidas, o por su apoderado o representante legal, según el caso;

El Documento de Objeción a la Aprehensión podrá ser presentado por el titular de derechos o responsable de la mercancía, sin necesidad de

abogado;

Parágrafo. Al Documento de Objeción a la Aprehensión se deberán anexar los documentos que acrediten la legal introducción o permanencia de la mercancía en el territorio aduanero nacional o que desvirtúen el hecho que generó la aprehensión, los cuales se consideran parte integrante del mismo. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Como ya se estableció, la causal endilgada en la aprehensión de la mercancía propiedad del actor es la contenida en el numeral 1.6. del artículo 502 del Decreto 1685 de 1999, modificado por el Decreto 1161 de 2002: ***Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Planilla de Envío, Factura de Nacionalización o Declaración de Importación, o no corresponda con la descripción declarada...”.***

El actor en su escrito de objeción a la aprehensión y dentro del término de ley, se opuso al decomiso de la mercancía aportando y solicitando pruebas, fundamentando su escrito de oposición orientado a desvirtuar la causal contenida en el numeral 1.6. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

El auto de pruebas emitido por la DIAN también es proferido bajo el parámetro de haber establecido la causal de aprehensión y posible decomiso de la mercancía contenida en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999; en ningún aparte del auto de pruebas se menciona la causal 1.25 del mencionado decreto.

Sin embargo, la Resolución 004152 de 31 de agosto de 2007, por la cual se ordenó el decomiso de la mercancía, dentro de sus consideraciones trae como fundamento el Memorando No. 0228 de 16 de abril de 2007, emitido por el Sudirector de Fiscalización Aduanera, en él se indica:

*“me permito comunicarles que la Dirección General de Aduanas de la República de Panamá, remitió la siguiente información como respuesta a las solicitudes de asistencia, la cual resulta de gran interés dentro de los procesos y acciones de fiscalización: Mediante NOTA 709-04-80 DAP-DGA del 4 de diciembre de 2006, suscrita por la Auditora Arysly Francis, infirma que la empresa ORWIN INTERNACIONAL S.A. no confecciona facturas de venta y se dedica a consolidar y reempacar todo tipo de mercancía marítima y aérea”. Junto con esa nota se nos hizo llegar escrito de fecha noviembre 27 de 2006, suscrito por WILSAL ABOUZZENN Gerente General de la empresa ORWIN INTERNACIONAL S.A., quien afirma: “Nuestra empresa se caracteriza por brindar servicio de movimiento de mercancía marítima y aérea y no a la venta al por mayor de mercancía en el área de la Zona Libre de Colón. **“.....“A criterio de la Sudirección, en estos eventos pueden***

concurrir las causales 1.6 y 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero)..” (Negrilla y subraya fuera de texto)

En efecto en las consideraciones de la resolución en comento se tuvieron en cuenta dichas recomendaciones así: “...la mercancía relacionada en los ítems 13, 14, 18, 19, 21, 26, 28, 38, 39, 48, 49, 50 y 52 del acta de aprehensión No. 834-0268 Física del 14 de abril de 2007, aparece como exportador o proveedor en el exterior la sociedad ORWIN INTERNACIONAL S.A, empresa que de acuerdo al memorando No 0228 del 16 de abril de 2007 no confecciona facturas ni vende al por mayor mercancías y su función es consolidar la carga a sus clientes, por tanto este Despacho concluye que las facturas de compra en el exterior No....., no fueron expedidas por la empresa ORWIN INTERNACIONAL.”, concluyendo entonces con la orden de decomiso de las mercancías señaladas, entre otras.

En efecto, para la Sala en la resolución que ordenó el decomiso, hubo un cambio de causal (causal 1.25 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999), específicamente para las mercancías señaladas en los ítems 13, 14, 18, 19, 21, 26, 28, 38, 39, 48, 49, 50 y 52 del acta de aprehensión No. 834-0268 Física del 14 de abril de 2007, sin que se le diera la oportunidad al actor de presentar escrito de objeción y solicitar pruebas a fin de desvirtuar la nueva causal de conformidad con el artículo 505-1 de Decreto 2685 de 1999, violando así el debido proceso y derecho de defensa del actor ya que correspondía a la DIAN, en su facultad de control posterior, realizar una nueva acta de aprehensión, señalando en ella la nueva causal e iniciar el proceso, para darle al actor la oportunidad legal de defensa, y no endilgar una nueva causal de aprehensión y decomiso en la resolución que ordena el decomiso de la mercancía, no siendo de recibo el argumento que indica que el actor tuvo la oportunidad de defensa dentro del recurso de reconsideración ya que la oportunidad y términos procesales no son los mismos.

Por lo anterior se anulará la orden final de decomiso de la mercancía relacionada con los ítems 13, 14, 18, 19, 21, 26, 28, 38, 39, 48, 49, 50 y 52 del acta de aprehensión No. 834-0268 Física del 14 de abril de 2007, contenida en los actos acusados.

Ahora bien, respecto de la mercancía decomisada relacionada en los ítems 2, 7, 9, 17, 22, 30, 32, 40, 43, 44, 45, 46 y 47 del acta de aprehensión No. 834-0268 Física del 14 de abril de 2007, la Sala observa que el actor presentó ante la DIAN

(folio 21), como pruebas de la legalización de esta mercancía, documentos obrantes en el cuaderno 1 de antecedentes administrativos. Sin embargo, en lo que respecta a los ítems 2, 9 y 30 no se presentan declaraciones de importación sino documentos de remisión del importador Sonoprinter dirigidos al actor (folio 25) o facturas de compra venta (folio 73). En cuanto a la mercancía señalada en los ítems 7, 32, 40, 43, 44, 45, 46 y 47, según el actor se encuentra soportada por declaraciones de importación 062006000218506-5 (folio 32), 062007000060646-8 (folio 79), 062007000060636-4 (folio 90), 062007000033568-7 (folio 95), 062007000060941-6 (folio 96), 022006000052817-1 (folio 97), 032006000829305-0 (folio 99), pero se determina que la descripción en las declaraciones de importación no coincide con la descripción realizada en el acta de aprehensión o la descripción no existe. En el caso del ítem 22 la mercancía no está soportada en declaración de importación.

Finalmente, respecto del ítem 17 se puede observar la declaración de importación 032006000829202-6 en el folio 48 del cuaderno 1 de antecedentes administrativos; se lee en la respectiva descripción: "PANTY PARA DAMA 65% ALG 25% POLI 10% ELASTINO ROMANTICA BLU 0301" y la descripción en el acta de aprehensión es la siguiente: "PANTY DIF COLORES MARCA ROMANTICA REF. BLU 0301", luego es una mercancía que se puede individualizar ya que las descripciones coinciden y puede predicarse que fue legalmente introducida al país y, por lo tanto, respecto de ella, habrá de declararse la nulidad del decomiso.

No prospera el argumento del actor en cuanto al silencio administrativo positivo, al manifestar que la administración dejó pasar los términos para pronunciarse sobre la legalidad de la mercancía, ya que la Sala coincide con el Tribunal al manifestar que los 30 días para decidir de fondo se cuentan a partir de la presentación del escrito de objeción del acta de aprehensión de conformidad con el artículo 512 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 4431 de 2004, pero si se decreta la práctica de pruebas, se comienza a contar desde el día siguiente al vencimiento del término para practicar pruebas, es decir, como en este caso se practicaron pruebas, el vencimiento de dicho término fue el 24 de julio de 2007, por lo que la DIAN tenía hasta el 6 de septiembre de 2007 para decidir de fondo la situación jurídica de la mercancía y la Resolución que ordenó el decomiso de la mercancía es de 30 de agosto de 2007, por lo que no se configura el silencio positivo.

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:

PRIMERO: REVÓCASE parcialmente la sentencia de 10 de diciembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por lo tanto: Declárase la nulidad del artículo segundo de la Resolución No. 03-070-213-636-1 004152, de los artículos primero y tercero de la Resolución 0372-193-601 001568 de 19 de diciembre de 2007 y del artículo segundo corregido de la Resolución 03-072-193-605-00027 por la cual revoca parcialmente la Resolución 0372-193-501 001568, todos estos artículos, solamente en lo relacionado con los ítems 13, 14, 17, 18, 19, 21, 26, 28, 38, 39, 48, 49, 50 y 52 del acta de aprehensión No. 834-0268 Física del 14 de abril de 2007. EN CONSECUENCIA, se ordena la devolución al actor de la mercancía aludida en los ítems señalados, o el valor de la misma, debidamente indexado a la fecha de pago. A título de lucro cesante, se ordena el pago de intereses corrientes sobre el valor de dicha mercancía desde la fecha de la aprehensión de la mercancía a la fecha en que efectivamente se haga el pago.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en todo lo demás la sentencia de 10 de diciembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO