

MERCANCIA APREHENDIDA - Correspondencia con mercancía declarada. Pruebas / PRUEBA MERCEOLOGICA - Objeto / IDENTIFICACION DE MERCANCIA APREHENDIDA - Pruebas idóneas. Pruebas irrelevantes / DOCUMENTACION CONTABLE - Impertinencia en asunto aduanero. No ampara mercancía importada / ACTUACION ADMINISTRATIVA ADUANERA - Práctica de pruebas

Conviene advertir que la prueba merceológica era la relevante y conducente, pues era la forma idónea de resolver el meollo del asunto en ese momento, es decir, que la mercancía aprehendida estuviese o no amparada en las declaraciones de importación exhibidas por la actora, que no era otra cosa que establecer que coincidiera con las características descritas en tales declaraciones. En ese orden, las declaraciones del aforador que intervino en el asunto que solicitó el apoderado de la actora era irrelevante, más cuando su testimonio estaba plasmado en sus informes producidos con ocasión de su intervención oficial en el asunto, y la circunstancia de que se hubiera tomado o no muestras al momento de la aprehensión no tiene incidencia en los exámenes o análisis que se hicieron sobre muestras tomadas por el profesional designado para ello en las dos ocasiones atrás reseñadas, según consta en autos. En cuanto a la inspección contable que solicitó la actora, también carece de pertinencia frente a la cuestión dilucidada, puesto que la información contable no es documentación aduanera y por lo tanto no sirve para amparar la importación de mercancías extranjera. El problema no era contable o financiero, sino técnico jurídico frente a una situación fáctica concreta, constituida por la mercancía aprehendida. Se observa entonces en el expediente que la prueba idónea y conducente para verificar lo reclamado por el memorialista sí se ordenó y practicó, incluso en tres oportunidades, tanto desde sus inicios como en el desarrollo de la actuación administrativa, al igual que en la vía gubernativa, con el objeto o finalidad pedida por la actora, esto es, verificar si la mercancía aprehendida guardaba o no correspondencia con la amparada por las declaraciones de importación que ella allegó como prueba; y sirvieron de fundamento a la decisión acusada, de suerte que la apreciación del a quo no guarda correspondencia alguna con la realidad del proceso, luego no es cierto que no se hubiera decretado y practicado la prueba que había pedido.

APREHENSION DE MERCANCIAS - Procedimiento / DECOMISO DE MERCANCIAS - Procedimiento / DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - En aprehensión y posterior decomiso de mercancía

¿Se siguió o no el procedimiento establecido para la etapa de aprehensión y decomiso, consagrado en el Decreto 2352 de 1989?. (...). Revisado detenidamente el diligenciamiento administrativo, la Sala encuentra que fue surtido con apego a esa normatividad, toda vez que consta en autos que la diligencia de inspección de la mercancía se realizó en bodegas que la actora tenía en su sede comercial, calle 76 Núm. 73-30 de la ciudad de Barranquilla, en las cuales tenía almacenada la mercancía objeto de la misma y aprehendida como consecuencia de los resultados de esa inspección. Además de que la diligencia, iniciada el 10 de octubre de 1991 y finalizada el 16 siguiente, se realizó con la presencia del Gerente de la Empresa y en ciertas condiciones o restricciones que éste impuso y que no son del caso comentar, la aprehensión también contó con la presencia de uno de los propietarios y representante legal de aquélla, MOHAMED AHMAD RAHAL a quien se le notificó personalmente el acta de aprehensión correspondiente (folio 149), de la cual se le entregó una copia (folios 151 y 152) y otra se fijó a la entrada del establecimiento para notificación por aviso (folio 150), con las advertencias previstas en las disposiciones pretranscritas, esto es, que vencido los 5 días hábiles después de la fijación de dicha copia, podía demostrar la legalidad de la mercancía, presentar y

pedir pruebas dentro de los 10 días hábiles siguientes. Luego de ello vino la práctica de pruebas según atrás se reseñó, repitiéndose el examen merceológico practicado en la diligencia de inspección de las bodegas de la actora, obteniéndose los mismos resultados de éste; y la expedición de los actos acusados en las circunstancias ya indicadas, en los cuales también se tuvieron en cuenta y examinaron las pruebas documentales que allegó la actora en las oportunidades que según la referida normatividad le fueron otorgadas. La Sala no evidencia, entonces, que el curso dado al informativo administrativo en todas sus etapas se hubiere apartado del camino trazado por el Decreto 2352 de 1989 para el trámite del presente caso. Por el contrario, lo que emerge de la revisión de su expediente administrativo es el estricto acatamiento o aplicación de lo dispuesto en él, luego no hay lugar a deducir violación del debido proceso a la luz del mismo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 6 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 7 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 8 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 9 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 10 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 11 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 12 / DECRETO 2352 DE 1989 – ARTICULO 13

APREHENSION DE MERCANCIAS - Práctica de diligencia de inspección / APREHENSION DE MERCANCIAS - Requiere previa orden administrativa / ORDEN DE APREHENSION DE MERCANCIAS - Naturaleza administrativa / FUNCION ADMINISTRATIVA - De inspección, control y vigilancia sobre importaciones y exportaciones / DILIGENCIA DE INSPECCION ADUANERA - No constituye allanamiento / IMPORTACION DE MERCANCIAS - Deber de acreditar legalidad de importación

Al momento de la diligencia de allanamiento e inspección se presentó o no alguna orden administrativa o judicial? ¿Esta debía ser específica y expresa, acorde con el artículo 28 de la Constitución Política, desarrollada por el artículo 343 del anterior Código Penal (Decreto 2700 de 1991)?. En el acta de inspección se lee claramente que desde el inicio, los funcionarios que la practicaron presentaron a la persona que oficiaba como Gerente del establecimiento comercial una orden administrativa para realizarla, tanto que dicha persona verificó su autenticidad mediante llamada telefónica a quien la suscribió e incluso fue autorizado para tomar fotocopia de la misma. (...) Esa acta fue firmada por la mencionada persona que oficiaba como Gerente de la Empresa, sin observación alguna sobre ese relato, y la actora no ha tachado en modo alguno la autenticidad y veracidad del Acta en ese aparte, ni en ninguno otro de su contenido. De modo que es fácil inferir del Acta que sí hubo orden administrativa para la comentada diligencia, que esa orden fue específica o particular en relación con el establecimiento comercial en que se realizó, e incluso, que lo fue en desarrollo de una misión de trabajo general que había dado el Director General de Aduanas, “en desarrollo de sus facultades conferidas por los art. 52 del Deto 051/87. Art. 332 del Código de Procedimiento Penal y Art. 3 del Dcto 2649/88.” (folio 133), y que le fue exhibida a quien gerenciaba la Empresa. Se trató de una orden administrativa, por corresponder al ejercicio de funciones administrativas y a actuaciones o procedimientos de la misma naturaleza, en cumplimiento de atribuciones de inspección, control y vigilancia de que están investidas las autoridades aduaneras respecto de toda actividad de importación y exportación de mercancías en el territorio nacional, para lo cual, incluso, el artículo 3º, literal j, del Decreto Ley 2649 de 1988, invocado en la misión de trabajo antes citada, le daba facultades de policía judicial al Director General de Aduanas, a efectos de “La prevención de las infracciones al Régimen de Aduanas y el Estatuto Penal Aduanero y la represión y aprehensión del contrabando”, asignada a la entonces Dirección General de Aduanas por el artículo 1º, literal c) del mismo decreto, del cual, el

Decreto 2352 de 1989 invocado por la actora, es un claro desarrollo. Por consiguiente, la autoridad aduanera estaba plenamente facultada para realizar la diligencia en cuestión. Por lo demás, no se trató de un allanamiento, sino de una visita con fines de inspección y verificación del cumplimiento de las normas aduaneras de la mercancía extranjera que la actora tenía en sus bodegas, pues se llevó a cabo con la previa información a la persona encargada del establecimiento comercial, quien en su calidad de gerente la permitió, como era su deber en virtud de las normas aduaneras, pues según éstas las personas, naturales o jurídicas, están en la obligación de acreditar la legal importación de las mercancías extranjeras que se encuentren en su poder, especialmente quienes las comercializan.

FUENTE FORMAL: DECRETO 051 DE 1987 – ARTICULO 52 / DECRETO 2700 DE 1991 – ARTICULO 332 / DECRETO LEY 2469 DE 1988 – ARTICULO 3 LITERAL J / DECRETO 2352 DE 1989 –ARTICULO 1 LITERAL C

MERCANCIA IMPORTADA - Definición de situación jurídica / PROCEDIMIENTO ADUANERO - Para definir situación jurídica de mercancía importada. Actos preparatorios o de trámite / ACTOS PREPARATORIOS O DE TRAMITE - En definición de situación jurídica de mercancía / PROCEDIMIENTO ADUANERO - Pruebas: exámenes físico-técnicos y económicos de mercancía / PRUEBAS EN PROCEDIMIENTO ADUANERO - Contradicción y publicidad / EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ADUANERO - Incorporación de pruebas técnicas. Contradicción y publicidad de pruebas / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ADUANERO - Actos objeto de notificación / PRUEBA MERCEOLOGICA - Posibilidad de contradicción

¿Los peritajes recaudados en el procedimiento administrativo debían ser trasladados para su conocimiento y contradicción a la demandante?. ¿Se surtieron o no esos traslados? En realidad, antes que peritajes, lo que realizan los profesionales especializados de la DIAN son análisis o exámenes físico-técnicos y económicos de las mercancías importadas, los cuales pasan a ser actos preparatorios dentro de los procedimientos tendientes a verificar la legal importación o definir la situación jurídica de las mercancías, de allí que se incorporan al expediente como fundamento de los actos de trámite o al definitivo. De modo que sí de traslado de sus resultados cabe hablar, como forma de publicidad y de hacer efectivo el principio de contradicción, ello se cumple a través de la incorporación al expediente administrativo y/o de la notificación del acto en el cual se subsume, como en este caso ocurrió primeramente con la notificación en diversas formas del acta de aprehensión, en lo que respecta al primer examen merceológico practicado en la visita de inspección de la mercancía en las bodegas de la actora. Luego, mediante la incorporación al expediente administrativo, al cual de suyo tienen acceso los interesados y está a disposición de ellos. Vinculados los afectados al diligenciamiento administrativo, el ámbito del debate procesal es justamente el expediente, y sólo las decisiones que señala la ley son las que se deben comunicar o notificar en la forma que señale la norma respectiva. Posteriormente, mediante la notificación del acto que puso fin a la actuación administrativa, en el que se hace expresa mención tanto del primero como del segundo examen practicado, y luego mediante la notificación de los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación que la actora interpuso contra aquéllas, sin que por lo demás, en ninguna de esas oportunidades la actora hubiera tachado u objetado tales exámenes, ni siquiera en este proceso. Por otra parte, la interesada nunca pidió la práctica de un peritaje como prueba para sustentar una tacha u objeción de los resultados de los exámenes practicados por profesionales de la DIAN. En ese sentido, sus solicitudes de nuevos exámenes nunca obedecieron a una tacha u observación específica de los antes practicados, sino que se limitó a solicitarlos para que se practicaran también con profesionales de la DIAN, para el

mismo objeto de los que se iban practicando. De suerte que sí se cumplió el principio de publicidad y contradicción de la prueba técnica constituida por los exámenes merceológicos realizados dentro del procedimiento administrativo objeto del sub lite, de allí que en este punto tampoco le asiste razón al quo, luego el cargo sobre el particular no tiene vocación de prosperar.

DECOMISO DE MERCANCIA - No constituye sanción aduanera / PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN SANCIONATORIA - Inaplicación de norma sobre prescripción

¿Había lugar a la prescripción de la acción aduanera para determinar la situación jurídica de la mercancía aprehendida? En caso de ser así, tuvo ocurrencia esa prescripción en este caso? El a quo sustenta la ocurrencia de esta figura en el artículo 14 del Decreto 1750 de 1991, que a la letra dice: “ARTICULO 14. PRESCRIPCIÓN. La acción administrativa sancionatoria prescribe en dos (2) años, contados a partir del momento de la realización del hecho. La sanción, en los casos correspondientes, prescribirá en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la aplique.” Para el efecto parte de la errónea idea de que la actuación administrativa surtida es sancionatoria y, por consiguiente, que la medida administrativa acusada es una sanción. Frente a esa incorrecta apreciación del a quo se ha de poner de presente que la actuación sub exámene no es sancionatoria, puesto que en ella no se valora ninguna conducta humana susceptible de configurar falta administrativa, sino una situación objetiva y concreta, cual es la situación jurídica aduanera de cosas de origen extranjero que configuran mercancías. En efecto, la Sala en reciente providencia, puso de presente que “La jurisprudencia de esta sección ha distinguido entre la actuación para definir la situación jurídica de la mercancía, por un lado y, la actuación para sancionar y multar al autor como consecuencia de la infracción aduanera que resultare de la actuación anterior”. Asimismo y en armonía con lo anterior, que “La Sala en sentencias de 25 de junio de 2004 y 22 de junio de 2006, ha sostenido que el decomiso no constituye una sanción, sino una medida tendiente a definir la situación jurídica de la mercancía, razón por la cual la Administración está habilitada en cualquier tiempo para aprehender determinadas mercancías.” Esa circunstancia significa que el artículo aducido por el a quo no es aplicable al presente caso, toda vez que no corresponde al ejercicio de facultad sancionatoria, sino de control de la legalidad aduanera de una mercancía importada, luego el fallo también resulta infundado en esta apreciación de la situación procesal bajo estudio, y el cargo de prescripción que aduce la actora tampoco prospera.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1750 DE 1991 – ARTICULO 14

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza de la medida administrativa de decomiso de mercancías y su carácter no sancionatorio, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 2002-00035, del 22 de abril de 2009, C.P. María Claudia Rojas Lasso; Rad. 2001-00195, del 22 de junio de 2006, C.P. Camilo Arciniegas Andrade; Rad. 0081, del 25 de junio de 2004, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta; y Rad. 2000-2240; del 22 de junio de 2006, C.P. Gabriel E. Mendoza Martelo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010)

Radicación número: 08001-23-31-000-1995-09830-01

Actor: ORGANIZACION RAHAL LTDA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes del proceso contra la sentencia proferida el **6 de noviembre de 2003** por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que resolvió la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que la actora presentó contra la DIAN.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La **ORGANIZACIÓN RAHAL LTDA.** demandó ante el tribunal Administrativo del Atlántico a la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., con el objeto de que accediera a las siguientes

1. 1. Pretensiones

Primera.- Declarar la nulidad de las Resoluciones Núms. 1914 de 30 de diciembre de 1991 del entonces Administrador de Aduana de Barranquilla, 0794 de diciembre de 1992, del mismo funcionario, y 0913 de 13 de febrero de 1995 del Grupo de Recursos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de las cuales, en su orden, se dispuso decomisar a favor de la Nación una mercancía, consistente en numerosos rollos de tela, avaluada en \$614.085.964.00, valor C.I.F., más los gravámenes respectivos para un total \$ 811.576.009.00; y se resolvieron los recursos de reposición y apelación que la actora interpuso contra la primera, en el sentido de confirmarla.

Segunda.- Declarar responsable a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público – U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Barranquilla, de los daños y perjuicios morales y materiales causados con motivo de la aprehensión y decomiso de las mercancías litigiosas.

Tercera. Como consecuencia, condenar a la entidad demandada pagarle el valor de las mercancías decomisadas, dejadas de entregar por efectos de la sentencia de tutela y fue hurtada de las bodegas de Almaviva; así como el valor de los daños y perjuicios materiales que le han sido causados, en monto de \$975.285.633.00; y perjuicios morales por el equivalente a 1.000 gramos oro, según certificación del Banco de la República; todo debidamente actualizado.

1. 2. Los hechos

Los hechos, en resumen, se refieren a la diligencia de inspección, de la que dice la memorialista que fue un allanamiento ilegal de las instalaciones de la actora, aprehensión y posterior decomiso de una mercancía de propiedad de ésta que se encontraba en sus instalaciones situadas en la ciudad de Barranquilla, que se concreta en 6.317 rollos de tela; así como al trámite del respectivo diligenciamiento administrativo, que incluyó la petición y práctica de pruebas y la expedición del primer acto acusado (resolución 1914 de 1991), contra el cual interpuso los recursos de reposición y apelación, a su turno decididos en la forma atrás anotada.

A una acción de tutela promovida por la actora, en cuya sentencia se ordenó devolverle la mercancía y suspender el trámite de la vía gubernativa, devolución que hizo la DIAN pero parcialmente, debido a que una parte de ella fue hurtada en las instalaciones de Almaviva. La mercancía no entregada consistió en 42.395 yardas, por valor de \$132.355.750.00.

La sentencia de tutela fue revocada por el *ad quem*, después de lo cual se reanudó el procedimiento en su etapa de la vía gubernativa, y la DIAN trató de recuperar la mercancía entregada a la actora, pero ésta ya la había comercializado en su mayor parte.

1. 3. Normas violadas y concepto de la violación.

La actora relaciona como infringidos los artículos 1º, 2º, 13, 29 y 58 de la Constitución Política; 2, 3, 33, 35, 38, 50, 59 y 76 del C.C.A.; 174, 175, 187, 220 del C. de P.C.; 332 del C. de P.P.; 334 del C. de R. P. M.; 2º del Decreto 1649 de 1991; 93 del Decreto 2117 de 1993; 14 del Decreto 1750 de 1991; 2512 y 2635 del Código Civil y Concepto 133 de 19 de agosto de 1993 por razones que se refieren a irregularidades que la memorialista le endilga a la entidad demandada en la diligencia de inspección, que califica de allanamiento ilegal; en la negación y el manejo de las pruebas tendientes a verificar la correspondencia de la mercancía aprehendida con las descritas en las declaraciones de importación que exhibió como documentos de amparo de dicha mercancía, lo cual resume en la violación del debido proceso y de su derecho de defensa; así como a una alegación de caducidad de la acción administrativa que no le fue resuelta en la decisión de los recursos y a un supuesto trato desigual que se le dio frente a otros casos similares.

2. Contestación de la demanda

La entidad demandada respondió en tiempo la demanda, en relación con la cual sostiene que actuó en cumplimiento de sus funciones y sus facultades; que las afirmaciones de la actora son inexactas e irrespetuosas, pues se le respetó el debido proceso y se actuó de conformidad con las normas aplicables a la situación examinada y los hechos examinados, sin que se hubiera encontrado respaldo alguno para la mercancía decomisada. Por lo tanto solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Está sustentada en las siguientes apreciaciones y conclusiones del a quo sobre la situación procesal del sub lite:

1. En cuanto hace a la violación del debido proceso:

1.1. Una prueba solicitada reiteradamente por la actora durante el procedimiento administrativo fue ignorada en la resolución de decomiso y negada en las

resoluciones que desataron los subsiguientes recursos de reposición y apelación en la vía gubernativa, la cual estaba dirigida a controvertir el estudio merciológico y otras actuaciones realizadas por la Aduana.

1.2. Al estudiar las condiciones fácticas en que se llevaron a cabo las diligencias de registro, inspección y aprehensión de la mercancía incautada y hacer el análisis jurídico las actuaciones anteriores, así como de las resoluciones que resolvieron los recursos, observa que esa prueba pedida, dirigida a arrojar claridad y mejores fundamentos a la decisión, no fue practicada por la DIAN, vulnerándose así el debido proceso y el derecho de defensa de aquella, pues no se siguió el procedimiento establecido para la etapa de aprehensión y decomiso, consagrado en el Decreto 2352 de 1989.

1.3. Al momento de la diligencia de allanamiento e inspección no se presentó ninguna orden administrativa o judicial específica y expresa, acorde con el artículo 28 de la Constitución Política, desarrollada por el artículo 343 del anterior Código Penal (Decreto 2700 de 1991), así lo corroboró el abogado sustanciador del proceso administrativo, quien dijo que sólo recuerda haber visto en el expediente la “Misión de Trabajo” de 4 de octubre de 1991, en la cual dice el a quo que en ninguno de sus apartes va dirigida contra la ORGANIZACIÓN RAHAL LTDA. ni a ninguna otra sociedad comercial, tal como se procede en estos casos. Esa actuación vicia de nulidad toda actuación administrativa referente a la aprehensión y decomiso de la mercancía y las pruebas obtenidas en esa diligencia, por violación del debido proceso administrativo.

1.4.- Los peritajes recaudados en el procedimiento administrativo no fueron trasladados para su conocimiento y contradicción a la demandante, y aun cuando ese punto no fue planteado en la demanda, hace parte esencia del debido proceso y del derecho de defensa, violación que fue corroborada por abogado sustanciador atrás mencionado al responder en este proceso que el resultado de esas pruebas nunca se les dio traslado al interesado, inclusive siete años después no le han dado traslado al interesado en la práctica de la prueba.

1.5. Por lo anterior, el cargo de violación del debido proceso y del derecho de defensa está llamado a prosperar.

2.- Por la simple comparación de la fecha del acto de aprehensión – 10 de octubre de 1991 – con el plazo señalado en la ley – dos años, se tiene que desde octubre 10 de 1993 había operado el fenómeno de la prescripción de decomiso de las mercancías litigiosas, pues la acción sancionatoria aduanera se encontraba prescrita en la fecha en que decidió el recurso de apelación contra la resolución de decomiso, conforme el artículo 14 del Decreto 1750 de 1991, pues a la actora se le impuso el castigo del decomiso de la mercancía por infringir supuestamente el régimen aduanero.

3. En consecuencia, declaró la nulidad del acto administrativo acusado, y a título de reparación del daño causado por el mismo, ordena a la entidad demandada pagar a la actora los siguientes valores:

- Por concepto de la mercancía incautada y no devuelta, \$ 132.355.750.00, que indexada asciende a \$ 537.601.165.73.

- Por concepto de intereses de mora liquidados sobre el valor histórico, a una tasa del doble del interés civil mensual, equivalente al 1% mensual, \$189.048.129.58.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

1. La entidad demanda apeló en tiempo contra la sentencia reseñada, en cuya sustentación, en resumen, aduce que:

La mercancía fue hurtada en las bodegas de la Almacenadora Almaviva, hecho que generó la obligación de dar y que la DIAN no desconoció, y fue así como ordenó a la Almacenadora darle cumplimiento, en desarrollo del contrato de depósito celebrado con el extinto Fondo Rotatorio de Aduanas; por ende, Almaviva debió haber sido vinculada al proceso, y el no haberlo hecho afecta al momento de proferir el fallo, ya que de haber sabido el Tribunal esa situación, la decisión hubiera sido otra, y ante ella resulta injusto condenar a la DIAN.

El monto de la condena no es correcto, puesto que el valor aduanero del faltante era de \$ 87.296.051.00, según consta en auto No. 003 de 26 de febrero de 1992.

No existe violación del debido proceso y del derecho de defensa por cuanto la entidad sí se pronunció con respecto a las pruebas solicitadas por el apoderado de la actora, y así está consignado en la providencia recurrida. Distinto es que esa prueba

no pudiera practicarse en la etapa en que se solicitó, y así lo hace ver el funcionario fundamentando su accionar en la Circular 013 de 1991, quien encontró improcedente la prueba porque se había efectuado el estudio merciológico de las telas investigadas, y se había comprobado que no eran las mismas que fueron relacionadas en las declaraciones de despacho para consumo. La solicitud de la prueba estudiada y negada por improcedente, y no ignorada como dice el a quo.

En el ordenamiento aduanero no existe la figura del allanamiento, por cuanto la DIAN no necesita de una orden expresa de autoridad competente para efectuar su función de control del contrabando, inherente a la función para la cual se creó la Aduana Nacional, siendo la autoridad competente para ello. La diligencia de inspección no fue un acto caprichoso, sino en cumplimiento de la orden de visita de Inspección No. 148 emanada de la Jefatura de la División de Operaciones Especiales de la Aduana, y en cumplimiento de la misión de trabajo expedida por la Dirección General de Aduanas, y la aprehensión se verificó en presencia del Gerente de la accionante. Luego no hay lugar a que se exija una previa orden de allanamiento, puesto que ella no existe en las actuaciones aduaneras.

En el argot aduanero se habla de estudio técnico y no de peritazgo (sic), y en este caso fueron estudios técnicos merciológicos y de ellos tuvo conocimiento el accionante en todas las etapas del procedimiento, para objetarlos.

No hubo prescripción alguna por cuanto el acto sancionatorio es distinto del acto que define la situación jurídica de la mercancía, y el Decreto 1750 de 1991 se refiere a las sanciones establecidas en él, pero no a los casos de investigación y definición de la situación jurídica de las mercancías. Además, se definió la situación jurídica de la mercancía, ordenando devolver la que se hallaba en poder de la Almacenadora y autorizando el pago de la mercancía faltante por hurto acaecido en ella, por lo que solicita que se tenga en cuenta que:

- La aduana expidió el auto que ordenó el pago del faltante por parte de la Almacenadora al abogado de la actora o a su representante legal, por auto No. 003 de 26 de febrero de 1992.
- Almaviva reconoce la responsabilidad del saldo de esa mercancía para con su propietario.
- La DIAN no se enteró que Almaviva no le pagó a la actora dicho saldo.
- La DIAN no es la deudora de esa obligación porque fue transferida a Almaviva.

- No se tuvo en cuenta en la sentencia el valor reconocido como faltante, \$ 87.288.959.54

Por lo anterior solicita que se le exonere de la obligación, ya que la obligada es ALMAVIVA, la cual tiene una poliza para el pago de esos siniestros.

2. La actora también impugnó en alzada la sentencia en comentario, cuyo apoderado en escrito posterior a la presentación del recurso dice que lo modifica como recurso de apelación adhesiva al presentado por la demandada, y que centra sus reparos en el no reconocimiento de intereses comerciales por las mercancías incautadas y devueltas en virtud del fallo de tutela; no reconocimiento de intereses por las mercancías no devueltas por su hurto en Almayiva, y el no reconocimiento de agencias en derecho por los honorarios profesionales a pagar a su apoderada.

Al efecto sostiene que la aplicación de intereses civiles es totalmente equivocado por el a quo, puesto que la mercancía decomisada es un objeto de un acto de comercio, por ende los intereses por lucro cesante debió ordenarlos con intereses comerciales, a la tasa de una y media veces del interés bancario corriente, al tenor del artículo 884 del C. de Co. Sobre el punto cita sentencia de 24 de septiembre de 2001, expediente 5876, Sala de casación Civil de la Corte Constitucional.

En caso extremo se debió como interés la tasa de la renta presuntiva del 50%, de que trata el artículo 760, inciso 2º, del Estatuto Tributario.

El valor inicial de la mercancía debió convertirse en dólares de los Estados Unidos, según los artículos 118 de la Ley 6ª de 1992 y 120 del Estatuto Tributario, por haber sido objeto de una operación de comercio exterior, y así haber establecido el valor histórico de la mercancía, con el consiguiente equilibrio económico.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION

La entidad demandada insiste en que cumplió con la normatividad y el procedimiento requerido, que encontró que la mercancía no estaba amparada en los documentos de importación presentados por la actora, y la consecuencia de ello era su aprehensión y decomiso, por efecto del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992, sin que hubiera lugar a prescripción puesto que no se trató de una decisión sancionatoria.

Que el valor tomado por el a quo no es el que corresponde al de la mercancía no entregada, niega que se hubiera violado el debido proceso en la expedición de los actos acusados, y pide que se revoque la sentencia y se nieguen las pretensiones de la demanda.

V.- EL CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad procesal.

VI.- DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto sub lite, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1ª. El acto acusado y sus fundamentos normativos específicos

El acto administrativo objeto de la litis está conformado por las Resoluciones Núms. 1914 de 30 de diciembre de 1991 del entonces Administrador de Aduana de Barranquilla, 0794 de diciembre de 1992, del mismo funcionario, y 0913 de 13 de febrero de 1995 del Grupo de Recursos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio de las cuales, en su orden, se dispuso decomisar a favor de la Nación una mercancía

2ª. Las cuestiones iniciales a despejar en la instancia

Visto el debate procesal traído a la Sala, se observa que las cuestiones a dilucidar en primer orden, se contraen a las conclusiones que sirven de fundamento al fallo apelado, puesto que todas se controvierten en el recurso de la entidad demandada, a saber:

2.1. ¿Se ignoró o no fue practicada una prueba solicitada reiteradamente por la actora durante el procedimiento administrativo en la resolución de decomiso y negada en las resoluciones que desataron los subsiguientes recursos de reposición y apelación en la vía gubernativa, dirigida a controvertir el estudio merceológico y otras

actuaciones realizadas por la Aduana y, de ser cierta, ello afecta de nulidad el acto administrativo acusado?.

2.2. ¿Se siguió o no el procedimiento establecido para la etapa de aprehensión y decomiso, consagrado en el Decreto 2352 de 1989?.

2.3. Al momento de la diligencia de allanamiento e inspección se presentó o no alguna orden administrativa o judicial? ¿Esta debía ser específica y expresa, acorde con el artículo 28 de la Constitución Política, desarrollada por el artículo 343 del anterior Código Penal (Decreto 2700 de 1991)?.

2.4.- ¿Los peritajes recaudados en el procedimiento administrativo debían ser trasladados para su conocimiento y contradicción a la demandante?. ¿Se surtieron o no esos traslados?

2.5.- ¿Había lugar a la prescripción de la acción aduanera para determinar la situación jurídica de la mercancía aprehendida? En caso de ser así, tuvo ocurrencia esa prescripción en este caso?

3ª. Consideraciones de la Sala

3.1. Respecto de la primera, la Sala observa en el plenario que la actora, mediante apoderado y en memorial presentado con ocasión de la aprehensión de la mercancía en el cual pide su devolución, ciertamente solicitó, palabra por palabra, *“Que con base en las muestras que militan en el expediente se efectúe un nuevo concepto químico, practicado por un profesional universitario, a fin de que con meridiana claridad aclare lo relacionada con mercancía. Ese funcionario **determinará si la misma se encuentra o no amparada, si hubo cambio de naturaleza, etc.”*** (Negritas son de la Sala - folio 240).

En memorial presentado el día siguiente, 2 de noviembre de 1991 (folio 262), solicitó que *“Se determine con base en la muestra tomada por el aforador al momento del reconocimiento de la mercancía amparadas por las declaraciones Nos. 008560, 008561, 008562, 008563 del 6 de junio de 1991; la No. 014590 del 13 de septiembre de 1991; la 014976 del 18 de septiembre de 1991 y las Nos. 015283 y 015284 del 24 de septiembre de 1991, a efecto de determinar si coinciden con la retenida y que forma parte del averiguatorio de rigor.”*

Con oficio de 22 de noviembre la División Legal de la Aduana de Barranquilla solicitó a su Merceólogo lo siguiente:

“su elaboración para que se determine la clasificación de las mercancías relacionadas en el Acta de Aprehensión No. 100 de Octubre 16 /91, que se encuentran depositadas en las bodegas de ‘Almaviva’.

Igualmente le solicito se determine si las mercancías relacionadas en el Acta de Aprehensión No. 100 están amparadas total o parcialmente en las declaraciones de Despacho para consumo Nos. 8560, 8561, 8562, 8563, 14590, 14976, 15283 y 15284 de 1991, anexas al expediente.” (folio 313)

Con fecha 10 de diciembre de 1991, el Merceólogo destinatario de la anterior solicitud, con el cargo de Químico de la Aduana de Barranquilla, envió los resultados de su experticia a la oficina solicitante, en los siguientes términos, en lo que interesa al punto bajo examen:

“En respuesta a su oficio No. 003-A02-DL. De noviembre 22-91, me permito presentar los siguientes resultados:

(...)

Ahora en lo que respecta a la pregunta de si las mercancías relacionadas en el Acta de aprehensión No. 100 están amparadas con las relaciones No. 8560, 8561, 8562, 8563, 14590, 14976, 15283 y 15284 se encontró lo siguiente:

Que las Declaraciones Nos 8560, 8561, 8562, 8563, 14590, 14976, 15283 y 15284 no amparan a ninguna de las mercancías relacionadas en el Acta Aprehensión No. 100 de octubre 16-41, por encontrar composiciones y pesos por metro cuadrado y clase de tejido diferente a las amparadas por las Declaraciones.” (folio 316)

En la resolución que puso fin a la actuación administrativa respectiva, Número 1914 de 30 de diciembre de 1991, se consigna lo siguiente sobre el particular, tomado textualmente:

“Que ordenada la práctica de las pruebas, se hizo el cotejo de las declaraciones de despacho para consumo, aportadas que reposan en el archivo de esta Aduana, encontrándose que efectivamente corresponden a las tramitadas por la Organización Rahal Ltda., pero que según dictamen del funcionario Mercicologo de esta Aduana, determinó que estas declaraciones de despacho para consumo no amparan las mercancías relacionadas en el Acta de Aprehensión No. 100 de Diciembre 16/91 visible a folio No. 194 del informativo” (folio 330)

Pero también que en la interposición del recurso de reposición y en subsidio apelación contra la precitada resolución, el apoderado de la actora solicitó pruebas con el mismo objeto, en los siguientes términos:

*“1.- Se oiga en declaración al aforador Eduardo Sarmiento y del ex - aforador José Orjuela para que certifique si al momento de reconocimiento y aforo de la mercancía amparada por las Declaraciones de Despacho para Consumo 8560, 8561, 8562, 8563, 14590, 14976, 15283 y 15284 de 1991 se tomaron muestras de las telas y en caso afirmativo, se ordene inspección ocular en la División de Aforo, para determinar si corresponden con las aprehendidas **y así se establece que la mercancía aprehendida fue presentada y declarada ante las autoridades aduaneras.**” (Negrillas son de la Sala)*

Seguidamente, mediante proveído de 27 de enero de 1992, el Administrador de la Aduana dispuso:

“Desígnase al Funcionario VICTOR RAUL PEÑA químico de esta aduana para que tome muestras y practique análisis químico ciento por ciento (100%) de las telas correspondientes al acta de ingreso No. 142 de octubre 31/91, de la División de Almacenamiento y Enajenaciones, encartadas dentro del expediente de la referencia y se determine si estas mercancías corresponden a las amparadas en las declaraciones de despacho para consumo Nos. 8560, 8561, 8562, 8563, 14590, 14976, 15283 y 15284 de 1991 tramitadas por la Organización Rahal Ltda..” (folio 343)

Según constancia visible a folio 344, se tomaron 280 muestras representativas del lote puesto a disposición del mencionado funcionario, quien mediante comunicación de 31 de julio de 1992 (folio 346 a 348), informó los resultados del análisis practicado a las mismas en las Bodegas de Almaviva, en escrito donde se lee:

“Por medio de la presente informo a usted los resultados del análisis practicados a las muestras de tela tomadas en las bodegas de Almaviva vía cuarenta encartadas en el expediente 283-91.

Los resultados se presentaron de la siguiente forma:

- 1) Resultado del análisis de las diferentes muestras:*
- 2) Especificaciones de los textiles amparados por las declaraciones referenciados en el auto No. S/N- de fecha enero 27 de 1992,*
- 3) Balance de los textiles analizados en el punto 1 que estarían amparados por las declaraciones descritas en el punto 2.*

Punto 1) Resultados del análisis de las diferentes muestras:

1.A.- Las muestras números 20, 164, 165... corresponden a tejido plano constituido de...

(...)

1.X- Las muestras números...corresponden a tejido...

PUNTO 2.

Lo que amparan las declaraciones de despacho para consumo adjuntas al expediente No. 283-91, lo describimos de la siguiente forma:

2.A- Las declaraciones números: 8560, 8563, 14976 y 15283 amparan a tejidos de punto constituido de fibras de...

2.B- Las declaraciones números: 8560, 8262, 8263, 14590, 14976 y 15283 amparan a tejido plan constituido de ...

2.C- Las declaraciones números 8561, 8563, 14976 y 15283 amparan a tejido plano constituido de fibra de algodón 80% ramio 20%...

2.D- La declaración numero 15284 ampara a tejido de punto constituido de ramio 100% estampado...

PUNTO 3.

Balance de los textiles analizados en el punto 1 que estarían amparados por las declaraciones descritas en el punto 2.

3. A- Las declaraciones descritas en el numeral 2, literal A amparan tejidos de punto de ramio 80% algodón 20% y de las muestras analizadas la unica que corresponde a tejido de punto es de poliéster 95% lino 5% y esta descrita en punto 1.W. por consiguiente las declaraciones descritas en el punto 2ª y específicamente lo referente a tejidos de punto ramio 80% algodón 20% no amparan a ninguna de las muestras analizadas en el punto 1.

3. B- Las declaraciones descritas en el punto 2, literal B amparan tejidos..., de las muestras analizadas no encontramos tejidos que tuviese igual composición así como tampoco encontramos tejidos de 700 gm/m².

3. C- Las declaraciones descritas en el punto 2 literal C amparan tejidos de..., de las muestras analizadas no se encontró tejido con esa composición así como tampoco hay muestras con un peso de 700 gm/m².

3. D- Las declaraciones descritas en el punto 2 literal D amparan tejidos...en forma similar al punto 3.A que en el punto 1.W aparece tejido de punto pero de poliéster 95% lino 5% por consiguiente las declaraciones del punto 2.D no amparan a ninguna de las muestras analizadas.

En conclusión podemos afirmar que las declaraciones adjuntas en el expediente 283/91 no amparan a ninguna de las muestras analizadas y descritas en la primera parte de este informe.”

Es menester poner de presente que dentro de la inspección judicial se hizo un primer análisis químico o merceológico¹, sobre muestras tomadas de la tela inspeccionada, el cual sirvió de fundamento para proceder a la aprehensión de la mercancía, de allí que sus resultados aparecen consignados en el acta de la diligencia (folio 138 *in fine*).

Por otra parte, en virtud de providencia en acción de tutela proferida por el Juez 1º de Instrucción Criminal de Barranquilla, el trámite de los recursos fue suspendido y la mercancía existente en el depósito aduanero (ALMAVIVA) le fue entregada a la actora.

Pero en razón de providencia de segunda instancia, del Tribunal Superior de Barranquilla, que revocó la antes anotada decisión judicial, se reanudó el diligenciamiento administrativo y se trató de reaprehender la mercancía, mediante orden de inspección y registro, efectuada el 28 de febrero de 1992 y atendida por el mismo gerente de la Empresa (folio 352), pero parte de ella ya había sido vendida por la actora. En esta oportunidad se lograron aprehender 60 rollos de tela, que supuestamente pertenecían al expediente administrativo que estaba en curso.

¹ La Merceología o Merciolgía, “en cuanto a ciencia de los objetos destinados al comercio, se ocupa principalmente de la cantidad de materia y energía que lleva la mercancía por unidad de peso, pero es también fácil extender el análisis comprendiendo también la cantidad y la composición ya sea de la materia que se “adquiere” de la naturaleza sin pagar precio alguno desde el punto de vista monetario, ya sea de los subproductos que no son intercambiado por dinero a nadie o que vienen inmersos directamente a expensas del medio ambiente” (Tomado de “DATO A MANO DEL COMERCIO EXTERIOR, Introducción al Comercio exterior, La Merceología, Guía Blog, datoamanodelcomercioexterior.blogspot.com/)

Conviene advertir que la prueba merceológica era la relevante y conducente, pues era la forma idónea de resolver el meollo del asunto en ese momento, es decir, que la mercancía aprehendida estuviese o no amparada en las declaraciones de importación exhibidas por la actora, que no era otra cosa que establecer que coincidiera con las características descritas en tales declaraciones.

En ese orden, las declaraciones del aforador que intervino en el asunto que solicitó el apoderado de la actora era irrelevante, más cuando su testimonio estaba plasmado en sus informes producidos con ocasión de su intervención oficial en el asunto, y la circunstancia de que se hubiera tomado o no muestras al momento de la aprehensión no tiene incidencia en los exámenes o análisis que se hicieron sobre muestras tomadas por el profesional designado para ello en las dos ocasiones atrás reseñadas, según consta en autos.

En cuanto a la inspección contable que solicitó la actora, también carece de pertinencia frente a la cuestión dilucidada, puesto que la información contable no es documentación aduanera y por lo tanto no sirve para amparar la importación de mercancías extranjera. El problema no era contable o financiero, sino técnico jurídico frente a una situación fáctica concreta, constituida por la mercancía aprehendida.

Se observa entonces en el expediente que la prueba idónea y conducente para verificar lo reclamado por el memorialista sí se ordenó y practicó, incluso en tres oportunidades, tanto desde sus inicios como en el desarrollo de la actuación administrativa, al igual que en la vía gubernativa, con el objeto o finalidad pedida por la actora, esto es, verificar si la mercancía aprehendida guardaba o no correspondencia con la amparada por las declaraciones de importación que ella allegó como prueba; y sirvieron de fundamento a la decisión acusada, de suerte que la apreciación del a quo no guarda correspondencia alguna con la realidad del proceso, luego no es cierto que no se hubiera decretado y practicado la prueba que había pedido. Por ende, el cargo no tiene vocación de prosperar.

2.2. ¿Se siguió o no el procedimiento establecido para la etapa de aprehensión y decomiso, consagrado en el Decreto 2352 de 1989?.

El referido decreto, *“por el cual se establece el procedimiento correspondiente a la aprehensión y al decomiso de mercancías”*, en lo que interesa a esa cuestión, dice:

“Artículo 6°. En los casos de aprehensión de mercancías efectuada en lugares de exhibición, venta o depósito, se entregará copia del acta de aprehensión a quien manifieste tener derechos sobre las mismas o tenerlas bajo su responsabilidad, o en su defecto, a una de las personas que allí se encuentren. En todo caso, se notificará por aviso, mediante fijación de copia del acta de aprehensión a la entrada del inmueble. Se entenderá surtida dicha notificación transcurridos cinco (5) días a partir de la fecha de fijación de la copia.

Se dejará constancia, por parte de la autoridad que realice la actuación de las diligencias correspondientes a la entrega y fijación de las copias del acta de aprehensión. Dicha constancia hará parte del expediente respectivo.

Artículo 7°. Vencidos los términos de notificación, comenzará a correr el plazo de que trata el artículo 10 de este Decreto.

Artículo 8°: El acta que elabore el funcionario competente en el momento de la aprehensión, deberá señalar:

1. La identificación de quien aparezca como titular de derechos u obligaciones sobre la mercancía que se aprehende.
2. La descripción de la mercancía aprehendida, indicando las características de la misma, con los detalles que sea posible señalar en ese momento.
3. La identificación de las personas que intervienen en la diligencia.
4. El lugar y la fecha de la aprehensión.

Además, en el acta se indicará la Administración de Aduana, ante la cual deberán ser adelantados los trámites relativos a la oportuna presentación de las pruebas que correspondan a su legal importación y permanencia en el país.

Artículo 9°. Las mercancías aprehendidas se entregarán inmediatamente al Fondo Rotatorio de Aduanas en las bodegas situadas en el ámbito de la jurisdicción de la Administración de Aduana competente.

A más tardar, al día hábil siguiente de haberse efectuado la aprehensión, el Administrador de Aduana o su delegado dispondrá las correspondientes diligencias de reconocimiento y avalúo.

Artículo 10. Cuando sean aprehendidas mercancías en lugares no habilitados por la Aduana para su ingreso y permanencia en el país, se dispondrá de diez (10) días hábiles para demostrar ante el Administrador de la Aduana competente, que las mismas fueron presentadas, declaradas y despachadas en la forma que exigen las normas aduaneras. Dentro del mismo término se podrá solicitar la práctica de pruebas.

Artículo 11. *Transcurrido el término anterior, el Administrador de la Aduana o su delegado examinará las razones y el material probatorio aportado y dentro de los dos (2) días siguientes, ordenará la práctica de las pruebas solicitadas que resulten conducentes y pertinentes. Además, podrá ordenar la práctica de las pruebas que estime necesarias.*

El plazo para llevar a cabo la práctica de las pruebas no podrá exceder de veinte (20) días, al término del cual el Administrador de Aduana tendrá tres (3) días para decidir.

Artículo 12. *En el momento en que se demuestre la legal importación, el Administrador de la Aduana, ordenará mediante providencia motivada la entrega de la mercancía.*

Cuando el valor de la mercancía aprehendida sea superior al equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, procederá la consulta ante la Subdirección Jurídica de la Dirección General de Aduanas, a menos que dicha providencia hubiere sido objeto de recurso de apelación.

Si en los términos previstos en los artículos precedentes no se demostrare la importación legal, el Administrador de Aduana expedirá la correspondiente resolución motivada de decomiso, en la cual se reconocerá, graduará y ordenará el pago de las participaciones a que hubiere lugar.

Artículo 13. *La resolución de decomiso de la mercancía será notificada personalmente a quien haya demostrado tener derechos sobre la misma o tenerla bajo su responsabilidad; y por estado que se fijará durante cinco (5) días en lugar visible de la División Legal y de Secretaría de la Administración de Aduana cuando no haya sido posible establecer la anterior situación.*

Contra dicha decisión procederá, dentro de los cinco (5) días siguientes, el recurso de reposición ante el mismo Administrador y el de apelación para ante el Subdirector Jurídico de la Dirección General de Aduanas, quienes deberán resolver dentro de los diez (10) y veinte (20) días calendario siguientes, respectivamente.”

Revisado detenidamente el diligenciamiento administrativo, la Sala encuentra que fue surtido con apego a esa normatividad, toda vez que consta en autos que la diligencia de inspección de la mercancía se realizó en bodegas que la actora tenía en su sede comercial, calle 76 Núm. 73-30 de la ciudad de Barranquilla, en las cuales tenía almacenada la mercancía objeto de la misma y aprehendida como consecuencia de los resultados de esa inspección.

Además de que la diligencia, iniciada el 10 de octubre de 1991 y finalizada el 16 siguiente, se realizó con la presencia del Gerente de la Empresa y en ciertas condiciones o restricciones que éste impuso y que no son del caso comentar, la

aprehensión también contó con la presencia de uno de los propietarios y representante legal de aquella, MOHAMED AHMAD RAHAL a quien se le notificó personalmente el acta de aprehensión correspondiente (folio 149), de la cual se le entregó una copia (folios 151 y 152) y otra se fijó a la entrada del establecimiento para notificación por aviso (folio 150), con las advertencias previstas en las disposiciones pretranscritas, esto es, que vencido los 5 días hábiles después de la fijación de dicha copia, podía demostrar la legalidad de la mercancía, presentar y pedir pruebas dentro de los 10 días hábiles siguientes.

Luego de ello vino la práctica de pruebas según atrás se reseñó, repitiéndose el examen merceológico practicado en la diligencia de inspección de las bodegas de la actora, obteniéndose los mismos resultados de éste; y la expedición de los actos acusados en las circunstancias ya indicadas, en los cuales también se tuvieron en cuenta y examinaron las pruebas documentales que allegó la actora en las oportunidades que según la referida normatividad le fueron otorgadas.

La Sala no evidencia, entonces, que el curso dado al informativo administrativo en todas sus etapas se hubiere apartado del camino trazado por el Decreto 2352 de 1989 para el trámite del presente caso. Por el contrario, lo que emerge de la revisión de su expediente administrativo es el estricto acatamiento o aplicación de lo dispuesto en él, luego no hay lugar a deducir violación del debido proceso a la luz del mismo.

2.3. Al momento de la diligencia de allanamiento e inspección se presentó o no alguna orden administrativa o judicial? ¿Esta debía ser específica y expresa, acorde con el artículo 28 de la Constitución Política, desarrollada por el artículo 343 del anterior Código Penal (Decreto 2700 de 1991)?.

En el acta de inspección se lee claramente que desde el inicio, los funcionarios que la practicaron presentaron a la persona que oficiaba como Gerente del establecimiento comercial una orden administrativa para realizarla, tanto que dicha persona verificó su autenticidad mediante llamada telefónica a quien la suscribió e incluso fue autorizado para tomar fotocopia de la misma. Para la conveniente ilustración, se trae el aparte respectivo, a saber:

“ACTA DE INSPECCION

A los diez (10) días del mes de Octubre de 1.991 mil novecientos noventa y uno, siendo las 10:00 horas, se reunieron en la calle 76 Nr. 73-30 de Barranquilla, sede de la empresa ORGANIZACIÓN RAHAL LTDA, el señor ROBERTO CAYON OSORIO CC. 819769 de Barranquilla en calidad de Gerente y los suscritos funcionarios de la Aduana, con el fin de dar inicio a la diligencia de inspección del inmueble, inventario de mercancías, toma de muestras para concepto de merceología, confrontación de documentos y revisión contable, de acuerdo a Orden de Visita de inspección Nr. 148 emanada de la Jefatura de la División de Operaciones Especiales de la Aduana y a misión de trabajo expedida por la Dirección general de Aduanas. Enterado el señor ROBERTO CAYON OSORIO sobre el propósito de la comisión, se comunicó telefónicamente con el Teniente ® GERMAN FRANCISCO GONZALEZ MARTINEZ jefe de la División de Operaciones Especiales Aduaneras para verificar la autenticidad de la orden de visita, manifestando el señor CAYON que había sido autorizado para tomar fotocopia de la orden de visita y que se atenía a las instrucciones de éste y que en tal virtud sólo permitía la actuación de los funcionarios que figuraban en ella, actitud que mantuvo a pesar de habersele hecho conocer la misión expedida por el Director General de Aduanas.” (folio 134)

Esa acta fue firmada por la mencionada persona que oficiaba como Gerente de la Empresa, sin observación alguna sobre ese relato, y la actora no ha tachado en modo alguno la autenticidad y veracidad del Acta en ese aparte, ni en ninguno otro de su contenido.

De modo que es fácil inferir del Acta que sí hubo orden administrativa para la comentada diligencia, que esa orden fue específica o particular en relación con el establecimiento comercial en que se realizó, e incluso, que lo fue en desarrollo de una misión de trabajo general que había dado el Director General de Aduanas, “*en desarrollo de sus facultades conferidas por los art. 52 del Deto 051/87. Art. 332 del Código de Procedimiento Penal y Art. 3 del Dcto 2649/88.*” (folio 133), y que le fue exhibida a quien gerenciaba la Empresa.

Se trató de una orden administrativa, por corresponder al ejercicio de funciones administrativas y a actuaciones o procedimientos de la misma naturaleza, en

cumplimiento de atribuciones de inspección, control y vigilancia de que están investidas las autoridades aduaneras respecto de toda actividad de importación y exportación de mercancías en el territorio nacional, para lo cual, incluso, el artículo 3º, literal j, del Decreto Ley 2649 de 1988, invocado en la misión de trabajo antes citada, le daba facultades de policía judicial al Director General de Aduanas, a efectos de “*La prevención de las infracciones al Régimen de Aduanas y el Estatuto Penal Aduanero y la represión y aprehensión del contrabando*”, asignada a la entonces Dirección General de Aduanas por el artículo 1º, literal c) del mismo decreto, del cual, el Decreto 2352 de 1989 invocado por la actora, es un claro desarrollo. Por consiguiente, la autoridad aduanera estaba plenamente facultada para realizar la diligencia en cuestión.

Por lo demás, no se trató de un allanamiento, sino de una visita con fines de inspección y verificación del cumplimiento de las normas aduaneras de la mercancía extranjera que la actora tenía en sus bodegas, pues se llevó a cabo con la previa información a la persona encargada del establecimiento comercial, quien en su calidad de gerente la permitió, como era su deber en virtud de las normas aduaneras, pues según éstas las personas, naturales o jurídicas, están en la obligación de acreditar la legal importación de las mercancías extranjeras que se encuentren en su poder, especialmente quienes las comercializan.

En esas circunstancias, la acusación sobre el particular resulta infundada.

2.4.- ¿Los peritajes recaudados en el procedimiento administrativo debían ser trasladados para su conocimiento y contradicción a la demandante?. ¿Se surtieron o no esos traslados?

En realidad, antes que peritajes, lo que realizan los profesionales especializados de la DIAN son análisis o exámenes físico-técnicos y económicos de las mercancías importadas, los cuales pasan a ser actos preparatorios dentro de los procedimientos tendientes a verificar la legal importación o definir la situación jurídica de las mercancías, de allí que se incorporan al expediente como fundamento de los actos de trámite o al definitivo.

De modo que sí de traslado de sus resultados cabe hablar, como forma de publicidad y de hacer efectivo el principio de contradicción, ello se cumple a través de la incorporación al expediente administrativo y/o de la notificación del acto en el cual se

subsume, como en este caso ocurrió primeramente con la notificación en diversas formas del acta de aprehensión, en lo que respecta al primer examen merceológico practicado en la visita de inspección de la mercancía en las bodegas de la actora.

Luego, mediante la incorporación al expediente administrativo, al cual de suyo tienen acceso los interesados y está a disposición de ellos. Vinculados los afectados al diligenciamiento administrativo, el ámbito del debate procesal es justamente el expediente, y sólo las decisiones que señala la ley son las que se deben comunicar o notificar en la forma que señale la norma respectiva.

Posteriormente, mediante la notificación del acto que puso fin a la actuación administrativa, en el que se hace expresa mención tanto del primero como del segundo examen practicado, y luego mediante la notificación de los actos que resolvieron los recursos de reposición y apelación que la actora interpuso contra aquéllas, sin que por lo demás, en ninguna de esas oportunidades la actora hubiera tachado u objetado tales exámenes, ni siquiera en este proceso.

Por otra parte, la interesada nunca pidió la práctica de un peritaje como prueba para sustentar una tacha u objeción de los resultados de los exámenes practicados por profesionales de la DIAN.

En ese sentido, sus solicitudes de nuevos exámenes nunca obedecieron a una tacha u observación específica de los antes practicados, sino que se limitó a solicitarlos para que se practicaran también con profesionales de la DIAN, para el mismo objeto de los que se iban practicando.

De suerte que sí se cumplió el principio de publicidad y contradicción de la prueba técnica constituida por los exámenes merceológicos realizados dentro del procedimiento administrativo objeto del sub lite, de allí que en este punto tampoco le asiste razón al quo, luego el cargo sobre el particular no tiene vocación de prosperar.

2.5.- ¿Había lugar a la prescripción de la acción aduanera para determinar la situación jurídica de la mercancía aprehendida? En caso de ser así, tuvo ocurrencia esa prescripción en este caso?

El a quo sustenta la ocurrencia de esta figura en el artículo 14 del Decreto 1750 de 1991, que a la letra dice:

“ARTICULO 14. PRESCRIPCION. *La acción administrativa sancionatoria prescribe en dos (2) años, contados a partir del momento de la realización del hecho. La sanción, en los casos correspondientes, prescribirá en tres (3) años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que la aplique.”*

Para el efecto parte de la errónea idea de que la actuación administrativa surtida es sancionatoria y, por consiguiente, que la medida administrativa acusada es una sanción.

Frente a esa incorrecta apreciación del a quo se ha de poner de presente que la actuación *sub exámine* no es sancionatoria, puesto que en ella no se valora ninguna conducta humana susceptible de configurar falta administrativa, sino una situación objetiva y concreta, cual es la situación jurídica aduanera de cosas de origen extranjero que configuran mercancías.

En efecto, la Sala en reciente providencia², puso de presente que *“La jurisprudencia de esta sección³ ha distinguido entre la actuación para definir la situación jurídica de la mercancía, por un lado y, la actuación para sancionar y multar al autor como consecuencia de la infracción aduanera que resultare de la actuación anterior”*.

Asimismo y en armonía con lo anterior, que *“La Sala en sentencias de 25 de junio de 2004⁴ y 22 de junio de 2006⁵, ha sostenido que el decomiso no constituye una sanción, sino una medida tendiente a definir la situación jurídica de la mercancía, razón por la cual la Administración está habilitada en cualquier tiempo para aprehender determinadas mercancías.”*

Esa circunstancia significa que el artículo aducido por el a quo no es aplicable al presente caso, toda vez que no corresponde al ejercicio de facultad sancionatoria, sino de control de la legalidad aduanera de una mercancía importada, luego el fallo también resulta infundado en esta apreciación de la situación procesal bajo estudio, y el cargo de prescripción que aduce la actora tampoco prospera.

² Sentencia de 22 de abril de 2009, expediente núm. 2002-0035, consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso.

³ Sentencia de 22 de junio de 2006. Expediente: 2001-00195. Actora: IN BOND DAVID'S S.A. M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

⁴ Expediente 0081. Actora: Suárez & Crespo Ltda. M.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁵ Expediente 2000-2240. Actor: Dimas Naranjo. M.P: Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

En resumen, no se configuran ninguno de los vicios o falencias procesales que el a quo le atribuye al acto administrativo acusado y de los que infiere la violación del debido proceso a la actora. Por el contrario, lo que se evidencia en el expediente administrativo es una situación jurídica distinta, en la que a la decisión acusada se llegó después de habersele dado cumplimiento a las disposiciones procedimentales vigentes para la época, a la luz de las cuales se le dio a la actora todas las oportunidades de audiencia y de defensa, pedir y aportar pruebas, como en efecto lo hizo y se le practicaron las que la sala encuentra que eran conducentes y pertinentes; e incluso la autoridad aduanera a cargo de la investigación desplegó una amplia actividad de acopio de elementos de juicio y de información. Además, la mercancía fue inventariada con los detalles y características necesarios para facilitar su confrontación con los documentos que fueren conducentes para verificar su situación jurídica, lo cual favorece el derecho de defensa de la interesada.

En consecuencia, el recurso tiene vocación de prosperar, de donde se ha de revocar la sentencia apelada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

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,

F A L L A :

Primero.- REVÓCASE la sentencia apelada, proferida el **6 de noviembre de 2003** por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que declaró la nulidad de la Resolución Núm. 1914 de 30 de diciembre de 1991 del entonces Administrador de Aduana de Barranquilla, y sus confirmatoria núms. 0794 de diciembre de 1992, del mismo funcionario, y 0913 de 13 de febrero de 1995 del Grupo de Recursos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, demandadas en acción de nulidad y restablecimiento del derecho que la actora promovió contra la DIAN, y en su lugar **NIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

Segundo.- RECONÓCESE al abogado **HERMES ARIZA VARGAS**, identificado con la C. de C. Núm. 79.043.397 y tarjeta profesional 129.522, como apoderado

judicial de la **UAE - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, en los términos y para los fines del poder conferido que obra a folio 44 de este cuaderno.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 25 de marzo de 2010.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO