

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expediente núm.: 2002-00789.
Recurso de apelación contra la sentencia de 18
de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal
Administrativo de Cundinamarca
Actor: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor, contra la sentencia de 18 de noviembre de 2004, proferida por la Sección Primera, Subsección "A", del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El señor **JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO**, actuando mediante apoderado presentó demanda ante el Tribunal

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª: Son nulas las Resoluciones núms. 11618 de 28 de diciembre de 2001 y 3762 de 29 de abril de 2002, mediante las cuales la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales decomisó al actor 7.416.09 gramos de oro en joyería de origen italiano, por valor de \$50.043.950, correspondiente a la mercancía aprehendida con Acta núm. 63001001-0261, de 17 de mayo de 2000.

2ª: Que como restablecimiento del derecho se ordene la entrega de la mercancía decomisada y se reconozcan los intereses corrientes bancarios, desde la fecha de la aprehensión hasta la entrega definitiva de la misma, y el pago de los perjuicios materiales y morales, estos últimos estimados en 5.000 gramos oro.

3ª: Que en caso de no ser posible la entrega de la mercancía, se ordene a la DIAN pagar como daño emergente, la suma de \$50.043.950, que es el valor aduanero de las mercancías más la actualización del poder adquisitivo del

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

dinero a la fecha efectiva del pago. El lucro cesante, que corresponda a la actualización de la suma anterior, según el índice de precios al consumidor más el 6%, desde la fecha de la aprehensión hasta el día en que se realice el pago.

I.2. El actor fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

Que el Subdirector de Fiscalización Aduanera mediante auto comisorio aduanero núm. 630000103-675 y Resolución núm. 3553 de 2000, ordenó la práctica de diligencias de inspección de fiscalización y control aduanero entre los días 11 al 17 de mayo de 2000 en la carrera 19 A N° 8-73/79 de Bogotá.

Afirma que con Acta de hechos de 12 de mayo de 2000, la Subdirección de Fiscalización Aduanera, en compañía del Ejército Nacional, allanó, a las 12 de la noche, el establecimiento de comercio denominado JOYERÍA ROSS, de su propiedad, procediendo al rompimiento de puertas, chapas, ventanas, candados, etc.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Menciona que mediante Acta de Aprehensión núm. 63001001-0261 de 17 de mayo de 2000, la DIAN aprehendió las mercancías que posteriormente fueron decomisadas, y que se encontraban en vitrinas y cajas fuertes en el momento del allanamiento.

Informa que mediante escrito radicado bajo el núm. 065540 de 5 de julio de 2000, el actor solicitó la entrega definitiva e incondicional de las joyas aprehendidas el 17 de mayo de ese mismo año, para lo cual aportó una serie de facturas y declaraciones de legalización de las mercancías.

Agrega que el 28 de noviembre de 2000 el Jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera formuló el requerimiento especial aduanero núm. 145, sugiriendo el decomiso de la mercancía por valor de \$66.381.056.

Indica que el 9 de enero de 2001, con radicado núm. 001336, el actor dio respuesta al requerimiento anterior, insistiendo en la legalidad de los documentos aportados con la solicitud de entrega definitiva de la mercancía.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Que mediante la Resolución núm. 11618 de 28 de diciembre de 2001, la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, decomisó la mercancía de propiedad del actor, por cuanto supuestamente no se encontraba amparada en una declaración de importación.

Aduce que contra la anterior Resolución interpuso el recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante la Resolución núm. 3762 de 29 de abril de 2002 de la División de Normativa y Doctrina de la Oficina Jurídica Aduanera, confirmando el acto inicial, la cual le fue notificada por correo el 6 de mayo de 2002.

I.3.- El actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1°. Afirma que la Administración vulneró los artículos 29 de la Constitución Política; 2° de la Ley 383 de 1997; 509 del Decreto 2685 de 1999, y la Resolución núm. 3553 de 11 de mayo de 2000.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Sostiene que el artículo 2º de la Ley 383 de 1997, fue vulnerado, toda vez que la DIAN no tiene facultad para efectuar allanamientos, pues sólo la tienen los jueces y los entes amparados con funciones de policía judicial.

Afirma que la Resolución núm. 3553 de 11 de mayo de 2000 en ninguna parte justifica la razón por la cual la diligencia de allanamiento debe realizarse a la media noche y emplear violencia con el apoyo del Ejército Nacional que carece de funciones de Policía Judicial.

Aduce que el artículo 29 de la Carta Política fue vulnerado, toda vez que la DIAN le impidió al actor una efectiva defensa ya que el Requerimiento Especial Aduanero núm. 0145 de 28 de noviembre de 2000 citó una serie de artículos del Decreto 2685 de 1999, el cual inició su vigencia el 10 de julio de 2000 y los hechos investigados ocurrieron el 12 de mayo de 2000. Además, que la Resolución núm. 11618 de 18 de diciembre de 2001, tomó como fundamentos de derecho los artículos 2º, 3º, 4º y 72 del Decreto 1909 de 1992, que no aparecían en el Requerimiento, y citó nuevas normas del Decreto 2685.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Igualmente, el acto administrativo que ordenó el decomiso, sustenta su decisión en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, norma que es posterior a los hechos, lo que viola el principio de legalidad. Además, la Resolución que resuelve el recurso de reconsideración mezcla normas del Decreto 1909 de 1992 y del Decreto 2685 de 1999 y cita unas nuevas de la Resolución núm. 4240 de 2000.

Sostiene que en el presente caso hubo falsa motivación, pues de manera arbitraria se afirma en los actos acusados que las de origen nacional son de procedencia extranjera, lo que no es verdad, ya que en el expediente consta que se aportaron las respectivas facturas que respaldan la adquisición legal de la mercancía.

Agrega que las facturas aportadas con memorial radicado con el núm. 065540 de 5 de julio de 2000, no fueron tachadas de falsas y la DIAN pudo constatar ante las empresas que las emitieron que se trataban de firmas que manufacturan oro, reciclan y elaboran piezas como las que fueron decomisadas.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Expresa que existen mercancías que fueron legalizadas con Declaraciones de Importación, sólo pendientes del otorgamiento del levante (folios 13 a 16 del segundo cuaderno).

I.4- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN- por medio de apoderado, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

Que pese a que la aprehensión de la mercancía se efectuó en vigencia de la legislación anterior, el desarrollo del proceso debía continuarse bajo la nueva legislación, por tratarse de normas de carácter procesal.

Señala que en aplicación del derecho al debido proceso, se formuló al demandante el Requerimiento Especial Aduanero núm. 0145, notificado el 14 de diciembre de 2001, en el cual se propuso el decomiso de las joyas por ser de origen italiano.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Sostiene que mediante Acta 9867 de 11 de noviembre de 2000, se ordenó la entrega de parte de la mercancía por considerarse de origen nacional.

Afirma que una vez aprehendida la mercancía, el Jefe de la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Fiscalización Aduanera, profirió el Auto núm.63-00-042-0261 de 17 de mayo de 2000 de Reconocimiento y Avalúo de las Mercancías, el cual fue puesto en conocimiento del actor, quien tan sólo cuando interpuso el recurso de reconsideración solicitó un nuevo examen a la mercancía, por cuanto a su juicio, las mercancías decomisadas no eran de origen extranjero.

Que en relación con el silencio administrativo positivo alegado por el actor, la DIAN se había pronunciado mediante Resolución 1737 de 4 de marzo de 2002, en la que se indicó que este fenómeno no puede operar, toda vez que la declaración de importación mediante la cual se procedía a legalizar la mercancía no cumplía con los requisitos legales, supuesto fáctico contenido en el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Propone como excepción la falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto al cargo de prescripción.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Primera - Subsección "A" declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y negó las pretensiones de la demanda.

Afirma que le asiste razón a la DIAN en cuanto a que no se agotó la vía gubernativa pues, concretamente, en el recurso de reconsideración el actor no hizo referencia al cargo de violación de la ley propuesto en la demanda.

Que lo anterior permite concluir que no es dable pronunciarse sobre el cargo mencionado, toda vez que la vía gubernativa es, por sí misma, la oportunidad para acudir a la Administración a fin de controvertir las decisiones proferidas por ella, propiciando el ejercicio pleno del poder de la misma sobre sus propias decisiones, para, de esta manera, volver sobre su legalidad.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Para llegar a esta conclusión se apoya en que la Jurisprudencia del Consejo de Estado (providencia de 23 de marzo de 2000, de la Sección Primera, expediente 5658), ha sido reiterativa en señalar que en sede jurisdiccional no se pueden plantear hechos ni cargos que no lo fueron en la vía gubernativa, aunque el actor si puede mejorar o reforzar la argumentación jurídica al presentar la demanda, que no es lo que en el sub lite acontece.

Respecto al cargo de violación del derecho fundamental de defensa en la actuación administrativa que dio origen a los actos demandados, propuesto por el actor, arguye que el Requerimiento Especial Aduanero núm. 0145 de 28 de noviembre de 2000, fue formulado cuando se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, ya que dicho estatuto entró a regir a partir del 1o de julio de 2000.

Que si bien es cierto que los hechos que dieron lugar a la aprehensión de la mercancía ocurrieron el 12 de mayo de 2000, cuando no se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, la causal que dio lugar al decomiso, esto es, el no amparo de la mercancía mediante declaración de

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

importación, igualmente constituía una falta al régimen de aduanas contenido en el Decreto 1909 de 1992, vigente al 12 de mayo de 2000.

A su juicio, resulta evidente que la norma sustantiva prevista en ambos Decretos, posibilitan el decomiso de la mercancía en las condiciones de modo, tiempo y lugar dentro de las que procedió la DIAN, entidad que tuvo en cuenta las normas procedimentales contenidas en el Decreto 2685 de 1999, que implican su aplicación inmediata y de obligatorio cumplimiento, por mandato del artículo 6º del C. de P.C.

En lo atinente al cargo de falsa motivación, propuesto por el actor, expresa que la mercancía incluida en la declaración de importación núm. 2323103144079-9 no se encontraba legalmente amparada, ya que conforme al artículo 132 del Decreto 2685 de 1999, la declaración de importación en la que no conste la autorización de levante, no produce efecto alguno y, por lo tanto, es procedente su decomiso.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Que en los actos administrativos acusados se expresa con claridad que la mercancía extranjera inicialmente cuestionada consistió en 8.454.73 gramos de oro italiano, de los cuales 1.038.64 gramos estaban legalmente amparados con una declaración de importación, de manera que la mercancía de origen extranjero decomisada, consistió en 7.416.09 gramos de origen italiano.

Agrega que la mercancía de origen nacional conformada por 1.568.476 gramos de oro, no fue decomisada, tal como consta con precisión en la Resolución 9867 de 28 de noviembre de 2000.

Que lo anterior significa que en los considerandos de los actos demandados no se cambió el origen de la mercancía vinculada a la actuación administrativa ni su situación legal.

Referente a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, indica que la solicitud de entrega de la mercancía formulada por el demandante, le fue negada por la Administración mediante la Resolución 1737 de 4 de marzo de 2002.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Manifiesta que entonces el cargo de falsa motivación, propuesto por el actor contra las Resoluciones 11618 de 28 de diciembre de 2001 y 3762 de 29 de abril de 2002, no es de recibo, dado que tales actos fueron debidamente motivados con fundamento en las pruebas recaudadas, las cuales no fueron desvirtuadas por el demandante, pese a habersele requerido.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del actor finca su inconformidad, principalmente, en lo siguiente:

Que hubo violación al derecho de defensa, debido a que las normas que sirvieron de fundamento para formular cargos, no fueron las mismas que invocó la DIAN para el decomiso de la mercancía. Además se aplicó una norma posterior a los hechos.

Que en efecto, en el Requerimiento Especial Aduanero núm. 0145 de 28 de noviembre de 2000, se citaron una serie de artículos del Decreto 2685 de 1999, normativa que inició

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

su vigencia el 1o de julio de 2000 y los hechos investigados ocurrieron el 12 de mayo de 2000 con la incautación de la mercancía. Por lo cual, la DIAN violó el artículo 29 de la Carta Política, que contempla el principio de legalidad, la irretroactividad de las normas sancionatorias y el derecho de defensa.

Manifiesta que con la Resolución de decomiso 11618 de 18 de diciembre de 2001, la DIAN pretendió subsanar las incongruencias del pliego de cargos en los aspectos antes mencionados, al tratar de darle un alcance jurídico que nunca tuvo, aplicando los artículos 2º, 3º, 4º y 72 del Decreto 1909 de 1992, que no aparecían en el Requerimiento Especial Aduanero, aunado a que cita nuevas normas del Decreto 2685 de 1999 (artículos 132 y 469)

Aduce que la Resolución 11618 de 28 de diciembre de 2001, sustenta su decisión en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, cuya norma es posterior a los hechos investigados, reflejando una clara violación al principio de legalidad.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Agrega que la Resolución 3762 de 29 de abril de 2002, que resuelve el recurso de reconsideración, mezcla normas del Decreto 1909 de 1992 y del Decreto 2685 de 1999, citando unas nuevas de la Resolución núm. 4240 de 2000.

Expresa que otro aspecto que también constituye violación al derecho de defensa es el silencio que el a quo guardó respecto de los documentos que obran dentro del proceso y respaldan la legal importación de la mercancía, a los cuales se refirió la demanda en forma extensa en el numeral 5.3. explicando cuáles amparan la mercancía.

Por último, Alega que el fallo de primera instancia es contradictorio, porque declara la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, lo que conllevaría una decisión inhibitoria y, sin embargo, resuelve de fondo sobre algunos de los otros argumentos de la demanda.

Igualmente, hace énfasis en la violación a los derechos fundamentales constitucionales y legales al irrumpir la DIAN a un establecimiento de comercio a la media noche, allanar sin orden judicial previa y apoyarse en el

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Ejército Nacional, destruir parte del mismo e irse con toda la mercancía que se encontraba en el local.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de desatar el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de primer grado, debe la Sala avocar previamente el estudio de la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa que halló probada el a quo en relación con un cargo de la demanda.

Como ya se dijo, el a quo declaró probada la excepción de falta de agotamiento de vía gubernativa porque el cargo de violación de la ley invocado en la demanda no fue propuesto en la instancia administrativa.

Al respecto, la Sala reitera lo sostenido en múltiples

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

sentencias proferidas por esta Corporación, en las cuales ha manifestado que en el proceso Contencioso Administrativo se pueden alegar e invocar las censuras que a bien tengan los interesados, que a la postre tengan como fin desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados.

Así, en sentencia de 3 de marzo de 2005, con ponencia de la Consejera Doctora María Claudia Rojas Lasso, dentro del expediente 2001-00418, y del 21 de agosto de 2008, Consejero Ponente Doctor Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 2002-00734, la Sala precisó lo siguiente:

"Colige la Sala que, en efecto, el actor en la instancia administrativa no se refirió a los fenómenos de caducidad y prescripción respecto de la facultad sancionatoria de la DIAN, a que aluden los artículos 38 del C.C.A y 14 del Decreto 1750 de 1991. Sin embargo, ello no es óbice para que en la instancia judicial pueda esgrimir las censuras que a bien tenga, a fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados" (las subrayas son ajenas al texto).

De manera que en la instancia jurisdiccional, en efecto, se permite tener en cuenta nuevos argumentos o diferentes de los esgrimidos en la instancia administrativa, por lo que es procedente el análisis del cargo.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Expone el actor el cargo de Violación de la Ley, sosteniendo en términos generales que:

- Los funcionarios que desarrollaron la diligencia de allanamiento actuaron por fuera de la Ley y de los parámetros ordenados en la Resolución núm. 3553 de Mayo 11 de 2000.

Al estudiar la Sala esta Resolución, cuya fotocopia obra a folios 20, 21 y 22 del cuaderno núm. 2, establece, en primer término, que tal acto administrativo fue expedido por el Subdirector de Fiscalización Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en uso de las facultades concedidas por el artículo 62 del Decreto 1909 de 1992 y en el artículo 2o de la Ley 383 de 1997.

En el mencionado acto la Administración resuelve:

1. -Ordenar la inspección de fiscalización aduanera y registro en el establecimiento de comercio ubicado en la Carrera 19 No.8-73/79 de Bogotá, para verificar el cumplimiento de las normas aduaneras, sobre la mercancía que allí se encuentre.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

2. -Que la diligencia se debía desarrollar entre el 11 y el 17 de mayo del año 2000.
3. -Comisiona expresamente a unos funcionarios para que realicen el registro del inmueble, aseguren la mercancía y los medios probatorios.
4. -Solicita y autoriza la intervención de la fuerza pública durante la diligencia de registro.

En el Acta de Hechos de 12 de mayo de 2000, expedida por la Subdirección de Fiscalización Aduanera, División de Control, Represión y Penalización del Contrabando (folio 25 del cuaderno 2), se describen las circunstancias en que se desarrolló el registro del inmueble, así como la mercancía asegurada. Dicha diligencia fue continuada el 17 de mayo de 2000, tal como consta en el acta de aprehensión 63001001-0261, obrante a folio 30 a 32, ibídem.

Ahora, el artículo 2º de la Ley 383 de 1997, prevé:

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

"Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

"Artículo 779-1. Facultades de Registro. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá ordenar mediante resolución motivada, el registro de oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales del contribuyente o responsable, o de terceros depositarios de sus documentos contables o sus archivos, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales.

En desarrollo de las facultades establecidas en el inciso anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá tomar las medidas necesarias para evitar que las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento.

Para tales efectos, la fuerza pública deberá colaborar, previo requerimiento de los funcionarios fiscalizadores, con el objeto de garantizar la ejecución de las respectivas diligencias. La no atención del anterior requerimiento por parte del miembro de la fuerza pública a quien se le haya solicitado, será causal de mala conducta.

PARAGRAFO 1o. La competencia para ordenar el registro y aseguramiento de que trata el presente artículo, corresponde al Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales y al Subdirector de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Esta competencia es indelegable.

PARAGRAFO 2o. La providencia que ordena el registro de que trata el presente artículo será notificado en el momento de practicarse la diligencia a quien se encuentre en el lugar, y contra la misma no procede recurso alguno".

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

El artículo 62 del Decreto 1909 de 1992, establece:

"FACULTADES DE FISCALIZACION Y CONTROL. Dentro de las facultades de fiscalización y control con que cuenta la administración aduanera, la Dirección de Aduanas Nacionales podrá:

a) Adelantar políticas preventivas tendientes a mejorar el cumplimiento voluntario de las obligaciones aduaneras;

b) Adelantar las investigaciones que estime convenientes para establecer la práctica de hechos que impliquen un menor pago de tributos aduaneros o la inobservancia de los procedimientos aduaneros;

c) Realizar las acciones necesarias para verificar la exactitud de las declaraciones y demás documentos presentados a la autoridad aduanera;

d) Ordenar en cualquier momento la inspección física de las mercancías de procedencia extranjera, aún cuando hayan sido transformadas o incorporadas a otras mercancías;

e) Ejercer la inspección y vigilancia de bienes muebles o inmuebles, incluido el registro de vehículos y medios de transporte, así como de oficinas, locales comerciales, industriales y en general los lugares que constituyan el asiento de los negocios;

f) Solicitar la autorización judicial para adelantar la inspección y registro del domicilio del usuario o de terceros cuando así se requiera;

g) Inspeccionar los documentos, soportes, correspondencia comercial, registros, libros contables, operaciones bancarias, comerciales y fiscales y demás elementos que puedan servir de base para determinar las operaciones aduaneras y la adquisición de mercancía de procedencia extranjera, tanto del usuario aduanero como de terceros;

h) Recibir declaraciones, testimonios, interrogatorios, confrontaciones y reconocimientos, y citar al usuario o a

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

terceros para la práctica de dichas diligencias;

i) <Aparte resaltado declarado NULO> Solicitar a autoridades o personas extranjeras la práctica de pruebas que deban surtirse en el exterior, o practicarlas directamente valorándolas conforme a la sana crítica **y sin que se requiera de formalidades adicionales**, u obtenerlas en desarrollo de convenios internacionales de intercambio de información tributaria aduanera;

j) Solicitar el apoyo de las autoridades del Estado y de la fuerza pública para la práctica de las diligencias en que así lo requiera;

k) Tomar las medidas cautelares necesarias para la debida conservación de la prueba, incluyendo la aprehensión de la mercancía; y,

l) En general, efectuar todas las diligencias y practicar las pruebas necesarias para la correcta y oportuna determinación de los tributos aduaneros y la aplicación de las sanciones a que haya lugar". (La negrilla y subraya fuera de texto).

Conforme al estudio documental obrante en el expediente, y a los hechos, observa la Sala que el proceder de la Administración Aduanera se ajustó en un todo a las facultades legales, que han quedado reseñadas razón por la cual, este cargo no está llamado a prosperar.

Según el actor, se violó el debido proceso y el derecho de defensa, porque el pliego de cargos y la Resolución de decomiso difieren en sus fundamentos legales; *las nuevas normas citadas por la Resolución de decomiso no*

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

podieron ser controvertidas y el Requerimiento Especial Aduanero solo citó normas del Decreto 2685 de 1999, que inició su vigencia tiempo después a la ocurrencia de los hechos.

Para el análisis de este cargo, la Sala hace las siguientes precisiones:

La actuación administrativa se inició con la Resolución 3553 de 11 de mayo de 2000, que dispuso la inspección y registro del establecimiento comercial, y finalizó con la notificación de la Resolución 3762 de 29 de abril de 2002, que resolvió desfavorablemente el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 11618 de 28 de diciembre de 2001, que ordenó el decomiso de la mercancía aprehendida.

Si bien es cierto que cuando se ordenó la inspección y registro del establecimiento comercial no estaba vigente aún del Decreto 2685 de 1999, no lo es menos que, como quedó visto, el Decreto 1909 de 1992 en su artículo 62 y la Ley 383 de 1997, en su artículo 2º, facultaban a la entidad para llevar a cabo dicha diligencia.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

El 5 de julio de 2000, el actor, a través de apoderado, respondió el requerimiento ordinario 63-00-042-0350, anexando facturas y Declaración de Importación, lo que demuestra que desde un comienzo conoció los hechos por los cuales se produjo la aprehensión de mercancía y tuvo oportunidad de controvertirlos.

Ahora, para el 28 de noviembre de 2000, fecha en que se expidió la Resolución 0145, obrante a folios 54 a 62, por la cual se propuso el DECOMISO de la mercancía, se invocaron como soporte jurídico los artículos 510, 564 y 567 del Decreto 2685 de 1999, que entró en vigencia el 1º de julio de 2000.

De acuerdo con los documentos visibles a folios 63 a 67 del cuaderno principal, el 9 de enero de 2001, el actor se refiere a los cargos del Requerimiento Especial Aduanero 0145 de 28 de noviembre de 2001, e insiste en que la mercancía sí se encontraba amparada en la Declaración de Importación; describe el documento de la mercancía que se encontraba en las distintas bolsas y reclama el porqué la Administración no tuvo en cuenta la

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

documentación aportada. Ello significa que el demandante siempre tuvo conocimiento que la conducta que le fue imputada fue la de hallarse mercancía no amparada por Declaración de Importación.

De tal manera que el cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

El último argumento presentado en la demanda se refiere a la falsa motivación, sosteniendo en síntesis, que *"Como puede apreciarse, todas las mercancías contaban con respaldo documental que permitía su entrega, por ser de origen nacional. Pero la DIAN cambió esa realidad y desconoció este hecho para decomisar la mercancía..."*.

El estudio de este argumento comporta dos circunstancias, relacionadas con la mercancía que fue aprehendida:

- Mercancías de origen extranjero.
- Mercancías de origen nacional.

Sobre las mercancías de origen extranjero, conviene advertir que el demandante en la demanda describe en

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

detalle aquellas sobre las cuales se estaba iniciando el proceso de legalización y alude a la Declaración 2323103144079-9 de **22 de julio de 2000** (VER FOLIO 16). Ello pone de relieve que para la fecha de la inspección y registro donde se retiraron, entre otras cosas, joyas, es decir, **el 12 de mayo de 2000**, había mercancía que no estaba amparada por declaración de importación.

Por lo tanto, las actuaciones de la DIAN no adolecieron de falsa motivación.

Ahora bien, sobre la mercancía de origen nacional, sostiene el actor que en su oportunidad se aportaron las facturas que acreditaban la adquisición de la misma y su procedencia de origen nacional.

Al respecto, observa la Sala que las facturas aportadas sí fueron analizadas por la DIAN. Tan así es que la Administración realizó visitas de control por parte de funcionarios de la Subdirección de Fiscalización, pero no fue posible establecer que las mismas ampararan tal mercancía.

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

Además, conforme lo advirtió el a quo, hubo mercancía respecto de la cual se pudo establecer su origen de procedencia nacional y la DIAN hizo la devolución.

En este orden de ideas, estima la Sala, que es procedente CONFIRMAR la sentencia apelada, en cuanto en su numeral segundo denegó las pretensiones de la demanda y REVOCAR el numeral primero que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa para disponer, en su lugar, la improsperidad de dicha excepción y la denegatoria de las pretensiones en relación con el cargo de violación de la ley, que como se vio, no se halló probado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A :

REVÓCASE el numeral PRIMERO de la parte resolutive de la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

REF: Expediente núm. 00789. ACTOR: JOSÉ GERMÁN RINCÓN ASCENCIO.

RECHÁZASE la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda, fundamentadas en el cargo de violación de la ley.

CONFÍRMASE el numeral segundo, ibídem, que denegó las súplicas de la demanda, sustentadas en los cargos restantes.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala el 9 de julio de 2009.

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

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO