

Honorable

TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
CUNDINAMARCA

E. S. D.

**COPIA  
OFICINA**

**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.  
**DEMANDADO:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE  
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)  
**LITISCONSORTE** ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.  
**NECESARIO POR ACTIVA:**

58416 10-FEB-20 15:04

**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en este acto como apoderado especial de **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.**, de conformidad con poder especial que se adjunta, sociedad anónima debidamente constituida e identificada con el N.I.T No. 900.488.751-3, tal y como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal que se adjunta. En ejercicio del mencionado poder presento **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** de conformidad con el Art. 138 de la Ley 1437 de 2011 en contra de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) – DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS**, entidad de orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., con el fin de que previo el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se adelante audiencia de conciliación prejudicial por haber dictado de manera ilegal los siguientes actos administrativos: 1) Resolución Liquidación No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y 2) Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 *por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración*; proferidos dentro del expediente RV-2016-2019-0877, por el Jefe de la División de Gestión de Liquidación (A) de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá, y por el Subdirector de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la precitada entidad, respectivamente, así como todos los actos administrativos subsiguientes que se proferieron en virtud de tales providencias por parte del ente de control fiscal; adicionalmente solicito se ordene el correspondiente restablecimiento del derecho, lo cual formulo previas las siguientes consideraciones:

#### I. DESIGNACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

##### **DEMANDANTE:**

- **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.** sociedad anónima debidamente constituida y con domicilio principal en la ciudad de Bogotá e identificada con el NIT 900.488.751-3, representada legalmente por el señor José Miguel Otoyá Grueso.

**DEMANDADA:**

- **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**, entidad de orden nacional adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C.

**LITISCONSORTE NECESARIO POR ACTIVA:**

- **ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.**, sociedad anónima identificado con NIT No. 860.002.134-8.

Se solicita la vinculación de la sociedad antes identificada puesto que es claro que la decisión que resulte del presente medio de control afectará los intereses jurídicos de la mencionada sociedad, a quien también atañe las declaraciones que se hagan como resultado del proceso que se pretende adelantar.

**II. ACLARACIÓN PREVIA PROCEDIBILIDAD DEL PRESENTE MEDIO DE CONTROL**

El presente medio de control es procedente como quiera que el requisito de procedibilidad, consistente en el trámite de conciliación de que trata el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, para el presente asunto se encuentra excluido de su cumplimiento, como quiera que así lo dispone el parágrafo 1 del artículo 2 del Decreto 1716 del 2009 por medio del cual se reglamenta todo lo concerniente a conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, el cual dispone lo siguiente:

*“No son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo:*

- **Los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.**
- *Los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993.*
- *Los asuntos en los cuales la correspondiente acción haya caducado”*  
(Se resalta).

No obstante, día 04 de febrero de 2020 se radicó ante la Procuraduría Judicial Delegada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Judicial de Cundinamarca solicitud de conciliación, pese a que la norma es clara al señalar que, para los asuntos tributarios, como es el caso, no es necesario agotar el trámite de conciliación. Por las razones expuestas, el presente medio de control es procedente.

### III. SOLICITUD DE INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO

De acuerdo con el artículo 61 del Código General del Proceso, el cual señala lo siguiente:

*“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado”.*

Solicito, de manera respetuosa, que se integre el contradictorio vinculando a la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A. identificado con NIT No. 860.002.134-8 como litisconsorte necesario, puesto que es claro que la decisión que resulte del presente medio de control afectará los intereses jurídicos de la mencionada sociedad, a quien también atañe las declaraciones que se hagan como resultado del proceso que se adelanta.

### IV. PRETENSIONES

#### PRETENSIONES

**PRIMERA:** Que una vez surtido el trámite correspondiente se **DECLARE LA NULIDAD** total de los siguientes actos administrativos proferidos dentro del expediente RV-2016-2019-0877 por parte del Jefe de la División de Gestión de Liquidación (A) de la Dirección Seccional de Aduanas Bogotá y por el Subdirector de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, actos administrativos estos, contra los cuales se agotó la respectiva vía administrativa y por ende la nulidad debe comprenderlos a todos:

1. Resolución de Liquidación Oficial de Revisión No. 002690 del 30 de mayo de 2019, por medio de la cual se formuló la Liquidación Oficial de Revisión en un monto de novecientos setenta y un millones novecientos doce mil pesos (\$971.912.000).

Así como, entre otros, se ordenó lo siguiente: *“ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR LA EFECTIVIDAD PROPORCIONAL de la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales No. 70711 Anexo 0 del 26 de septiembre de 2018, a favor de la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y constituida por la sociedad importadora ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. con NIT. 860.002.134-8, expedida por JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A. (...)”*

2. Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 por la cual se deciden cuatro (4) recursos de reconsideración y se confirmó la Resolución No. 1-03-241-201-640-

01002690 del 30 de mayo de 2019, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

**SEGUNDA:** Que, además de nulitados los actos administrativos descritos anteriormente, solicito que **SE DECRETE EL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** al que haya lugar, incluyendo el pago de toda suma de dinero que se hubiese efectuado por parte de mi representada con ocasión de tales actos administrativos, además de lo siguiente:

1. La suspensión de toda actuación administrativa, coactiva o judicial derivada de los Actos Administrativos aquí impugnados, precisando que ni las Resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y 007861 del 08 de octubre de 2019, ni ningún otro acto administrativo en que se hubiere sustentado la decisión ahí advertida, hace las veces de título ejecutivo y, en consecuencia, de ningún modo resultaría viable su cobro mediante la vía judicial o coactiva, por lo que ruego se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, abstenerse de librar mandamiento de pago de los actos impugnado.
2. Que se declare y reconozca que las declaraciones presentadas por Abbott Laboratories de Colombia S.A. fueron clasificadas bajo la subpartida arancelaria correspondiente de acuerdo con la ley y, por ende, debe estarse a ella por ser válida según la normatividad vigente y, en consecuencia, se declare que Abbott Laboratories S.A. no incurrió en infracción aduanera ni administrativa alguna. Estas declaraciones son las que a continuación se detallan:
  - a. Autoadhesivo No. 23831018691566 del 19 de abril de 2016
  - b. Autoadhesivo No. 09019111342305 del 19 de abril de 2016
  - c. Autoadhesivo No. 07500290893073 del 20 de abril de 2016
  - d. Autoadhesivo No. 07500290893217 del 21 de abril de 2016
  - e. Autoadhesivo No. 07500281127253 del 21 de abril de 2016
  - f. Autoadhesivo No. 01204103214154 del 27 de abril de 2016
  - g. Autoadhesivo No. 01204103214147 del 27 de abril de 2016
3. Que se **DECLARE** que Abbott Laboratories de Colombia S.A. efectuó el pago total de los derechos, impuestos, aranceles y en general de todas las prestaciones a su cargo, derivados de la importación de las mercancías en el mes de abril de 2016 bajo las declaraciones que se identificaron en el numeral anterior.
4. Que se **DECLARE** que la Póliza No. 70711 no cubre retroactivamente hechos correspondientes a las actuaciones, ni a las declaraciones tributarias aduaneras efectuadas antes de que se perfeccionara el contrato de seguro, es decir, no hay cobertura temporal de los anexos 0 y 1 de la mencionada póliza ya que todos los supuestos de hecho que son materia del trámite de fiscalización fueron anteriores al momento en el que le fue trasladado el riesgo a la aseguradora y, por lo tanto, conforme al artículo 1073 del estatuto mercantil, tales supuestos no corren a cargo del asegurador.

5. Que se **DECLARE** que mi representada no está legal ni contractualmente obligada a pagar prestación alguna a la DIAN derivada del contrato de seguro instrumentado a través de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 70711 y, de conformidad con ello, se determine que mi representada no está obligada a sufragar perjuicio alguno al beneficiario de la mencionada póliza, es decir, a la Nación – Unidad Administrativa Especial – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por concepto de tributos aduaneros, aranceles, ni ningún otro concepto derivado de las importaciones de las mercancías efectuadas en el mes de abril de 2016 y que fueron objeto de las declaraciones de importación indicadas atrás.
6. Que se **DECLARE** que la garantía de cumplimiento de disposiciones legales otorgada por mi representada mediante la póliza No. 70711 se rige por lo pactado en ella, incluido el límite asegurado, señalando que este valor corresponde al tope de lo pactado por toda la vigencia que comprende desde el 05 de enero de 2019 hasta el 05 de enero de 2021, esto quiere decir, que cualquier pago que se impusiere a mi representada se reduciría al valor asegurado, esto significa, la suma de cada uno de los desembolsos no podrá exceder el valor asegurado que corresponde al monto de \$6.632.175.577.00.
7. En consecuencia, que se **EXIMA** de toda responsabilidad jurídica a JMalucelli Travelers Seguros S.A.

**TERCERA: RESTITUIR** a **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.** el valor que se haya cancelado hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que se dicte en presente proceso, o en su defecto, se ordene restituir los valores que ella hubiera desembolsado con base en la póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 70711, según lo ordenado por los actos administrativos cuya nulidad se solicita y por la cual se presenta esta demanda.

**CUARTA: PAGAR** a **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.** la suma correspondiente a los intereses moratorios sobre las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, réditos que deberán liquidarse a la tasa máxima de interés corriente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, incrementada en un cincuenta por ciento conforme al artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por la Ley 510 de 1999, y el artículo 884 del Código de Comercio, con ocasión de la póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 70711; intereses que se calcularán hasta la fecha del reembolso o pago de las sumas indicadas anteriormente.

**CUARTA BIS:** En subsidio de la pretensión anterior, se **CONDENE** a la DIAN a pagar a mi representada las sumas de dinero que se hubiesen pagado conforme a los actos administrativos que se demandan, debidamente indexadas.

**QUINTA:** Prevenir a la convocada para que dé estricto cumplimiento a la sentencia que se profiera en el marco de este litigio, de conformidad a los artículos 187 y ss. de la Ley 1437 de 2011.

**SEXTA: CONDENAR** al pago de costas y agencias en derecho a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)**.

## V. HECHOS

A continuación se presentarán los hechos en los que encuentra fundamento esta solicitud de conciliación, conservando una estructura lógica, en donde se exponen: **(3.1.)** Hechos generales **(3.2.)** Hechos relacionados con la expedición de actos administrativos sin competencia **(3.3.)** Hechos relacionados con la expedición de los actos administrativos de forma irregular, con violación de norma superior y con falsa motivación al haber omitido el procedimiento de verificación de origen y con violación de norma superior **(3.4.)** Hechos relacionados con el error en la clasificación arancelaria **(3.5.)** Hechos relacionados con falsa motivación y la violación de norma superior al haber transgredido el artículo 424 del Estatuto Tributario **(3.6.)** Hechos relacionados con la violación del principio de buena fe de la administración **(3.7.)** Hechos relacionados con la violación de norma superior, falsa motivación y expedición irregular por vulnerar la confianza legítima del administrado y por ir en contra de los actos propios de la DIAN **(3.8.)** Hechos relacionados con falsa motivación y la violación de norma superior por el principio de legalidad de las sanciones **(3.9.)** Hechos relacionados con el contrato de seguro, acápite que, a su vez, divide en los siguientes hechos: **(3.9.1.)** Hechos relacionados con la inexistencia de realización de riesgo asegurado **(3.9.2.)** Hechos relacionados con la inexistencia de cobertura temporal del contrato de seguro **(3.9.3.)** Hechos relacionados con la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio **(3.9.4.)** Hechos relacionados con las condiciones del seguro.

### 3.1. **HECHOS GENERALES.**

**PRIMERO:** En el mes de abril de 2016, Abbott Laboratories de Colombia S.A. importó los productos Ensure Polvo, Osmolite, Nepro BP, Glucerna Polvo, Ensure HMB, Glucerna 1.5 LCP mediante las declaraciones de importación identificadas con los siguientes números de autoadhesivos:

- 23831018691566 del 19 de abril de 2016
- 09019111342305 del 19 de abril de 2016
- 07500290893073 del 20 de abril de 2016
- 07500290893217 del 21 de abril de 2016
- 07500281127253 del 21 de abril de 2016
- 01204103214154 del 27 de abril de 2016
- 01204103214147 del 27 de abril de 2016

En las mencionadas declaraciones de importación se señaló que estas mercancías fueron clasificadas por la subpartida arancelaria 3004.90.29.00 que corresponde a medicamentos y que, en razón a esto, su gravamen arancelario es del 0% con IVA del 0%.

**SEGUNDO:** El día 30 de mayo de 2019, por medio de la Resolución de Liquidación Oficial de Revisión No. 002690 se impuso una nueva clasificación arancelaria de los productos

importados, según la cual, y de forma arbitraria, los clasificó como alimentos y no como medicamentos, imponiendo un arancel del 10%, 15% y 16% e IVA de 16%. A

**TERCERO:** El 27 de junio de 2019, mi representada, JMalucelli Travelers Seguros S.A. presentó recurso de reconsideración en contra de la Liquidación Oficial de Revisión.

**CUARTO:** El 28 de junio de 2019, Abbott Laboratories de Colombia S.A. presentó recurso de reconsideración en contra de la Liquidación Oficial de Revisión.

**QUINTO:** El día 08 de octubre de 2019, por medio de la Resolución No. 007861 por la cual se deciden cuatro (4) recursos de reconsideración, la DIAN, de forma infundada, insistió en los argumentos expuestos en la Resolución No. 002690, en el sentido de dejar establecido que las mercancías importadas correspondían a la clasificación arancelaria de los alimentos y no de los medicamentos.

**SEXTO:** Tanto mi representada como su afianzada, fueron objeto de una medida arbitraria por parte de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, toda vez que: (I) Las resoluciones fueron expedidas por una entidad que no era competente (II) Se omitió el procedimiento de verificación de origen (III) Existe un error en la clasificación arancelaria al haber clasificado los productos bajo una subpartida inexistente al momento de su importación, desconociendo abiertamente el precedente judicial, al exigir el cumplimiento de conceptos técnicos que no resultaban aplicables y al tener los productos importados como alimentos cuando siguen manteniendo las características propias de un alimento (IV) Se vulneró el artículo 429 del Estatuto Tributario (V) Se violó el principio de la buena fe en las actuaciones de la Administración (VI) Se vulneró el principio de confianza legítima y respeto a los actos propios (VII) Se transgredió el principio de legalidad de las sanciones y (VIII) Se afectó la póliza pese a que no se realizó el riesgo asegurado, a que no prestaba cobertura temporal, a que los hechos ciertos son extraños al contrato de seguro y a que el valor asegurado es muy inferior al monto por el que se afectó la póliza.

**SÉPTIMO:** El hecho de que la DIAN, específicamente la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá haya expedido las resoluciones sin ser competente y desconociendo abiertamente la naturaleza del producto, la cual fue declarada por el Consejo de Estado, acredita la existencia de los conceptos de violación de falta de competencia, falsa motivación y violación a norma superior, por lo que deberán anularse los actos administrativos y ordenarse el restablecimiento del derecho.

### **3.2. HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVO SIN COMPETENCIA.**

**PRIMERO:** En el caso de autos, el proceso de formulación de liquidación oficial de revisión se adelantó en contra de dos presuntos infractores, el importador Abbott Laboratories de Colombia S.A. y la Agencia de Aduanas Agecoldex S.A.

**SEGUNDO:** Los presuntos infractores tienen domicilio en lugares cuya jurisdicción corresponde a dos Direcciones Seccionales de Aduanas diferentes, esto es, la Dirección

Seccional de Aduanas de Bogotá respecto de Abbott Laboratories de Colombia S.A. y la Dirección Seccional de Aduanas de Cali en el caso de la Agencia de Aduanas Agecoldex S.A.

**TERCERO:** El numeral 7.2 de la Resolución 007 de 2008 expedida por el Director General de la DIAN, consagró que cuando los procesos de formulación de liquidación oficial de revisión deban adelantarse en contra de dos o más infractores que tienen domicilio en el lugar que corresponda a la competencia territorial de más de una Dirección Seccional, será competente la Dirección Seccional de Aduanas o la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con competencia territorial en el lugar donde se presentó la declaración de importación.

**CUARTO:** Las declaraciones de importación identificadas con los números de autoadhesivos 23831018691566 del 19 de abril de 2016, 09019111342305 del 19 de abril de 2016; 07500290893073 del 20 de abril de 2016, 07500290893217 del 21 de abril de 2016, 07500281127253 del 21 de abril de 2016, 01204103214154 del 27 de abril de 2016 y 01204103214147 del 27 de abril de 2016 fueron presentadas en la ciudad de Cartagena.

**QUINTO:** Por lo anterior, resulta evidente que se violaron todas las normas que consagran la competencia para adelantar los procesos de liquidación oficial de revisión, pues teniendo en cuenta que Abbott Laboratories de Colombia S.A. y la Agencia de Aduanas Agecoldex S.A. son entidades que tienen domicilio en dos lugares donde la competencia territorial está en cabeza de dos direcciones seccional distintas, dicha potestad radicaba únicamente en la Dirección Seccional de Cartagena, pues fue en esta ciudad en donde se presentaron las declaraciones de importación identificadas en el hecho inmediatamente anterior.

**SEXTO:** En consecuencia, las resoluciones proferidas por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá dentro del proceso de expedición de liquidación oficial de revisión, identificado con el número de expediente RV-2016-2019-0877, se encuentran viciadas de nulidad por falta de competencia, toda vez la competencia para adelantar el mismo correspondía únicamente a la Dirección Seccional de Aduanas de la ciudad de Cartagena.

**SÉPTIMO:** La violación de las normas de competencia de las direcciones seccionales que pertenecen a la DIAN son muestra clara de que los actos administrativos adolecen de nulidad por expedición sin competencia, expedición irregular y violación de norma superior, por lo que, consecuentemente, se deberán anular las resoluciones demandadas y decretar el restablecimiento del derecho según lo solicitado en las pretensiones.

### **3.3. HECHOS RELACIONADOS CON LA EXPEDICIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE FORMA IRREGULAR Y CON VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y FALSA MOTIVACIÓN AL HABER OMITIDO EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE ORIGEN.**

**PRIMERO:** La Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá omitió adelantar el procedimiento de verificación de origen previo a la expedición de la Resolución Liquidación Oficial de Revisión No. 002690 del 30 de mayo de 2019.

Lo anterior deriva en el desconocimiento del Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, en el cual se establece que las importaciones se beneficiarán del trato preferencial, presentando el certificado de origen, tal como lo hizo la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A. en el momento en que presentó las declaraciones de importación.

**SEGUNDO:** La Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá desconoció la validez de los certificados de origen que fueron presentados junto con las declaraciones de importación, excluyendo, a su vez, el trato preferencial consagrado en los tratados de libre comercio celebrados con Estados Unidos y la Unión Europea.

El desconocimiento del trato preferencial por parte de la autoridad, debe seguir el procedimiento estipulado para el efecto, el cual se encuentra indicado en el propio texto del TLC con Estados Unidos, donde a su vez se establecen las causales para denegar el trato arancelario preferencial, las cuales además son taxativas. No obstante, la DIAN omitió por completo dicho procedimiento, sin aducir la causal por la cual negó el trato preferencial, contraviniendo flagrantemente lo acordado a través del mencionado tratado.

**TERCERO:** Las causales establecidas en el TLC con Estados Unidos para que la autoridad aduanera pueda denegar el beneficio del régimen preferencial son las que a continuación se citan:

- (I) Cuando el exportador, productor o importador no responda una solicitud de información dentro de la etapa de verificación.
- (II) Cuando el exportador o productor no autorice la visita de verificación.
- (III) Se encuentre que el importador, exportador o productor ha presentado declaración o certificación falsas o infundadas.

De otro lado, el TLC con la Unión Europea, establece como causales para denegar dicho beneficio las siguientes:

- (I) no se recibe respuesta frente a los requerimientos de la autoridad.
- (II) Cuando la respuesta no contiene información suficiente para determinar la autenticidad del certificado o prueba de origen o el origen real de los productos importados.

Ninguna de estas causales fue aducida por la DIAN para denegar el trato preferencial, como quiera que ni siquiera se adelantó el procedimiento de verificación de origen.

**CUARTO:** Se soslayó, por parte de la aludida Dirección, los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos y con la Unión Europea y adicionalmente el Decreto 390 de 2016, como quiera que se violó el procedimiento previsto para discutir el trato preferencial al haber omitido la realización del procedimiento de verificación de origen diseñado para tal efecto.

El citado decreto, en su artículo 156 señala: “Las mercancías importadas al amparo de un Acuerdo comercial vigente suscrito por Colombia se beneficiarán de las preferencias arancelarias con el cumplimiento de los requisitos de origen establecidos”.

**QUINTO:** La violación de los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos y con la Unión Europea, y del Decreto 390 de 2016, son muestra clara de que la expedición del acto administrativo fue de manera irregular y con violación de norma superior y falsa motivación, por lo que, consecuentemente, se deberán anular las resoluciones demandadas y decretar el restablecimiento del derecho según lo solicitado en las pretensiones.

### 3.4. HECHOS RELACIONADOS CON LA FALSA MOTIVACIÓN Y LA VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR, COMO CONSECUENCIA DEL ERROR EN LA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA.

**PRIMERO:** La DIAN, en todas y cada una de las resoluciones que se detallaron en su oportunidad, desconoció abiertamente el precedente judicial del Consejo de Estado, el cual ha hecho múltiples pronunciamientos, creando así una línea jurisprudencial uniforme, sobre la clasificación arancelaria de los productos importados por la Compañía “ABBOTT”. Algunos de estos pronunciamientos se relacionan a continuación:

(I) Expediente No. 1100103270002002005501 (8602) /2004:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 0652-29/01/02 y se señala lo siguiente:

**“SEGUNDO- A título de restablecimiento del derecho se declara que el *Ensure Plus HN es un medicamento*”.**

(II) Expediente No. 11001032700020050006600 (15846) /2009:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 6764-03/08/05 y se señala lo siguiente:

**“2. A título de restablecimiento del derecho declárese que el producto *“Ensure Polvo” se encuentra clasificado en la partida arancelaria 30.04*”.**

(III) Expediente No. 11001032700020030000301:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 8031-15/08/02 y se señala lo siguiente:

**“2. Como Restablecimiento del derecho se declara que el *producto PULMOCARE, es un medicamento*, por los motivos expuestos en esta providencia”.**

- (IV) Expediente No. 11001032700020020005601:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 2177-15/03/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO- A título de restablecimiento del derecho, declárese que el producto **"Ensure Polvo"** es un medicamento".*

- (V) Expediente No. 11001032700020030000101 (13698) /2004:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 8030-15/08/02 y se indica lo siguiente:

*"2. A título de restablecimiento del derecho declárese que el producto **"Glucerna"** es un medicamento que se clasifica en la partida arancelaria 30.04".*

- (VI) Expediente No. 11001032700020030000501/2005:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 7983-14/08/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que el **JEVIT es un medicamento** y deberá clasificarse como tal en la correspondiente partida arancelaria".*

- (VII) Expediente No. Expediente No. 11001032700020030004001/2005

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 11400-22/11/02 y se indica lo siguiente:

*"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que el **Pramet Polvo es un medicamento**".*

- (VIII) Expediente No. 11001032700020020009001 (13476)/2005:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 3881-02/05/02 y se señala lo siguiente:

*"2. DECLÁRESE a título de restablecimiento del derecho que **el Pediasure Líquido es un medicamento**".*

- (IX) Expediente No. 11001032700020030000401 (13701) /2006:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 9150-13/09/02 y se señala lo siguiente:

*"2. Declárese a título de restablecimiento del derecho que le **Perative es un medicamento**".*

- (X) Consejo de Estado, sentencia de diciembre 9 de 2004, Expediente 11001032700020030000101:

En esta providencia, refiriéndose al producto "Glucerna" la corporación determina:

*"Así las cosas, habrá de anularse la resolución impugnada a título de restablecimiento del derecho se declarará que **la "Glucerna" es un medicamento clasificable en la partida arancelaria 30.04**" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

- (XI) Consejo de Estado, sentencia de agosto 26 de 2004, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

En esta providencia, refiriéndose al producto "Ensure Plus HN" la corporación determina:

*"La academia considera que los productos motivo de su consulta, deben ser reconocidos como medicamentos de amplio uso terapéutico y profiláctico en la nutrición clínica especializada".*

*De conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente y teniendo en cuenta la clasificación arancelaria de los productos contemplada en el Decreto 2800 de 2001, para la Sala es evidente que el producto **Ensure Plus HN responde más a las características de medicamento** que de alimento puesto que es un producto mezclado, con usos terapéuticos y profilácticos" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

- (XII) Consejo de Estado, Sentencia 10 de febrero de 2005, C.P. Ligia López Díaz

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "OsmoliteHN", frente al cual el Consejo de Estado decide:

*"En el presente caso, **el producto OsmoliteHN Plus no puede considerarse como un complemento alimenticio, sino un medicamento** por las razones ya expuestas. Por lo demás, está demostrado que tiene indicaciones relativas a la prevención o al tratamiento de una enfermedad: la desnutrición" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

- (XIII) Consejo de Estado, Sentencia del 23 de noviembre de 2005

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Perative", frente al cual el Consejo de Estado decide:

“Siguiendo las Reglas Generales para Interpretación de la Nomenclatura” y atendiendo las pruebas que obran en el proceso, el producto **“PERATIVE” debe ser clasificado en la partida 3004**, como se explica a continuación”.

(XIV) Consejo de Estado, Sentencia 23 de enero de 2006

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Perative”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“Así las cosas, la Sala concluye que se impone declarar la nulidad de la Resolución acusada y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en declarar al producto **“PERATIVE” como medicamento** y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia”.

(XV) Consejo de Estado, Sentencia del 17 de agosto de 2006, C.P. Ligia López Díaz

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Ensure Plus HN”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“De los anteriores elementos probatorios puede deducirse que **el Ensure Plus HN- listo para colgar es utilizado médicamente** en el tratamiento y preservación frente a las enfermedades. Adicionalmente requiere que su venta y suministro se realice bajo fórmula médica, porque su administración es por vía enteral, es decir, se proveen los nutrientes directamente en el tracto gastrointestinal mediante el uso de sondas” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

(XVI) Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2007:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Pediasure líquido y Polmocare”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“En suma, definida por la jurisdicción arancelaria de los productos **Pediasure Líquido y Pulmocare, en la partida 30.04**, al resolver las acciones de nulidad instauradas contra los actos de carácter general, esto es, las resoluciones 3881 de 2 de mayo de 2002 y 8031 de 15 de agosto del mismo año, través de las sentencias citadas, procede confirmar la sentencia apelada”.

(XVII) Consejo de Estado, sentencia 9 de julio de 2009, C.P. William Giraldo Giraldo:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Ensure en polvo”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

**“ENSURE POLVO es un medicamento** que tiene alcances nutricionales y es suministrado a pacientes que presentan diversas situaciones clínicas o patologías” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

(XVIII) Consejo de Estado, Sentencia 24 de septiembre de 2009:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Ensure", frente al cual el Consejo de Estado decide:

*"Así las cosas, dado que la Corporación expresamente estableció, según se demostró, que **estos productos, son medicamentos** y estas decisiones constituyen cosa juzgada, debe entenderse que clasifican arancelariamente en la partida 3004".*

El Consejo de Estado llegó a la anterior conclusión a partir de varios pronunciamientos médicos, que no solo se restringen al producto "Ensure en polvo", pues, además, hacen referencia a otros productos como "Pediasure Polvo", "Ensure Líquido" y demás derivados del producto "Ensure". A continuación, se transcribe el aparte de la sentencia en la cual el doctor Álvaro Valencia Ceballos, Presidente de la Asociación Colombiana de Nutrición Clínica, afirma que tales productos son medicamentos, tal como se aprecia:

*"Desde la perspectiva de la ciencia médica estas fórmulas se consideran medicamentos por las siguientes razones:*

*Los individuos sanos deben recibir su nutrición a partir de los alimentos, **cuando un individuo sufre una enfermedad** y por razones de la enfermedad o de su tratamiento no puede llevar a cabo esta acción de alimentarse en forma natural, **es necesario que reciba alguna forma de nutrición artificial, ya sea por vía enteral o parenteral.***

*(...) **Cuando una fórmula de nutrición enteral tiene una relación balanceada de macronutrientes**, aporta el requerimiento completo de micronutrientes, cumple con ciertas características de densidad calórica, osmolaridad y además no contenga ingredientes que pongan en riesgo si tolerancia como la lactosa y el gluten, **es considerado un medicamento.***

*Los productos preguntados **Ensure Polvo, Pediasure Polvo, Ensure Líquido, así como otras fórmulas para nutrición enteral** cumplen con las características anotadas en el párrafo anterior y **son medicamentos.**" (Se resalta).*

Así mismo, el Consejo de Estado le otorga pleno valor probatorio a un pronunciamiento de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, en un documento suscrito por su presidente Juan Mendoza-Vega, en el que se relacionan productos de iguales características a las del bien objeto de discusión, y se afirma que:

*"Estos productos son de alta utilización en la práctica clínica por los varios servicios especializados y, por consiguiente, se consideran productos de características terapéuticas. (...) En pacientes seleccionados también se utilizan en forma profiláctica en la preparación de pacientes desnutridos*

que van a ser sometidos a intervenciones quirúrgicas mayores, a quimioterapia o a otras intervenciones mayores.”

**SEGUNDO:** La DIAN apoyó los actos administrativos que se pretenden nulificar a través de un número de resoluciones del INVIMA que incorrectamente clasifican los productos importados como alimentos, sin tener en consideración que esta categorización NO es determinante de la clasificación arancelaria de tales productos.

Así lo ha señalado en Consejo de Estado en providencia de agosto 6 de 2015, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, al indicar:

*“(…) la clasificación de un producto por parte del Invima no determina su clasificación arancelaria, porque el Invima cumple funciones relacionadas con la salud pública, mientras que a la DIAN le compete vigilar, entre otras, la administración de los derechos aduaneros y la gestión aduanera.*

*De manera textual, la Sala ha dicho lo siguiente:*

*“[...] el objetivo y el ámbito de actuación de las dos entidades es diferente. Mientras el Invima atiende el control sanitario de los productos, sin clasificarlos arancelariamente, a la DIAN en ejercicio de las funciones de administración mencionadas le corresponde administrar los procesos técnicos aduaneros relacionados con la clasificación arancelaria, función que se ejerce en el nivel central por la subdirección de gestión técnica aduanera (antes subdirección técnica) y en el nivel local, por las divisiones de gestión de la operación aduanera. En ejercicio de tales funciones a la subdirección le compete expedir clasificaciones arancelarias de oficio o a petición de parte (D. 4048/2008, art. 28 N° 7).*

*En consecuencia, **la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, por tener competencia sobre el control aduanero, y no el Invima**” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Lo anterior ha sido reiterado por las providencias que a continuación se relacionan:

- (I) Consejo de Estado, Sentencia del 11 de junio de 2009, radicado No. 15276, C.P. William Giraldo Giraldo.

*“En consecuencia, la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, por tener competencia sobre el control aduanero, **y no el INVIMA**, que, se insiste, tiene funciones relacionadas con la salubridad pública. Por lo tanto, no existen competencias comunes entre estas dos entidades.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

- (II) Consejo de Estado, Sentencia del 11 de junio de 2009, radicado No. 15558, C.P. William Giraldo Giraldo.

*“En consecuencia, la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto por tener competencia sobre el control aduanero, y no el INVIMA que, se insiste, tiene funciones relacionadas con la salubridad pública.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

- (III) Consejo de Estado, Sentencia del 16 de agosto de 2012, radicado No. 18127, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*“Que de acuerdo con los artículos 475 de la ley 9ª de 1979, 4 del Decreto 2092 de 1986 y 4 del Decreto 2092 de 1986, al INVIMA le corresponde evaluar y tramitar los registros sanitarios, mientras que la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, según el Decreto 1265 de 1999, en concordancia con el artículo 47 de la Resolución 5632 de 1999, adicionado mediante la Resolución 7856 de 2001, es la encargada de conceptuar en materia de clasificación aduanera.”*

- (IV) Consejo de Estado, Sentencia del 29 de noviembre de 2012, radicado No. 18308, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*“En ese orden de ideas, es irrelevante determinar qué entidad es la competente para clasificar arancelariamente los productos, aspecto que, por lo demás, ya fue dilucidado por esta Sección, al ratificar que el objeto misional de cada una de las entidades es distinto, pues mientras la primera (INVIMA) clasifica el producto con el fin de expedir el correspondiente registro sanitario, la segunda (DIAN) lo hace con el fin de determinar la subpartida arancelaria en la que está incluido dicho producto.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

- (V) Consejo de Estado, Sentencia del 28 de noviembre de 2013, radicado No. 18071, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*“Por lo tanto, la Sala aclaró que “la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, por tener competencia sobre el control aduanero, no el INVIMA que, se insiste, tiene funciones relacionadas con la salubridad pública.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

- (VI) Consejo de Estado, Sentencia del 24 de octubre de 2013, radicado No. 17727, CP. Carmen Teresa Ortiz

*“Del marco normativo expuesto se advierte que de acuerdo con la naturaleza de los productos, el INVIMA otorga el registro sanitario de bienes sometidos a su control y vigilancia, que avala un producto alimenticio, farmacéutico, insecticida o plaguicida, como conveniente para el consumo humano o animal. La Clasificación que realiza obedece a criterios estrictamente técnicos de control sanitario, pero no comporta necesariamente la clasificación arancelaria.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

- (VII) Consejo de Estado, Sentencia del 6 de agosto de 2015, radicado 19931, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. 9

*"3.2 Entidad competente para definir la clasificación arancelaria de un producto.*

*3.2.1. Esta Corporación ha sostenido que la clasificación de un producto por parte del **INVIMA no determina su clasificación arancelaria**, porque el INVIMA cumple funciones relacionadas con la salud pública, mientras que a la DIAN le compete vigilar, entre otras, la administración de los derechos aduaneros y la gestión aduanera." (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

- (VIII) Consejo de Estado, Sentencia del 28 de septiembre de 2016, radicado 19934. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*"3.2.1. Autoridad competente para clasificar arancelariamente mercancías."*

*Sobre lo primero, esto es, sobre si es el INVIMA o la DIAN la autoridad a la que le compete clasificar arancelariamente una mercancía, la Sala considera que lo ya dicho es argumento suficiente para fundamentar la competencia que tiene la DIAN."*

Lo anterior para señalar que el Consejo de Estado ha sido muy claro al determinar que el INVIMA no es la entidad competente para determinar la clasificación arancelaria.

**TERCERO:** La DIAN, en los actos administrativos que se discuten, se apoyó en conceptos técnicos emitidos por la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera que a su vez tuvieron apoyo en normas que no estaban vigentes para el momento en que se presentaron las declaraciones de importación, por lo tanto, NO podían aplicarse porque además está proscrita su aplicación retroactiva.

En este sentido, es claro que varios de los conceptos emitidos por la mencionada Subdirección se fundamentaron en el Decreto 2153 del 26 de diciembre de 2016, el cual entró en vigencia hasta el 01 de enero de 2017. Es decir, para abril de 2016, momento en el que se efectuaron las declaraciones de importación, NO estaba vigente tal norma, y por ende, no podían aplicarse los conceptos técnicos pues estos tenían sustento en dicha norma.

**CUARTO:** Los productos importados se clasifican como medicamentos conforme a las reglas de clasificación arancelaria, las cuales se encuentran consagradas en la norma vigente para el momento en que se presentaron las declaraciones de importación, es decir, el Decreto 4927 de 2011, en donde se consagra con claridad que los productos importados por la sociedad afianzada corresponden a la partida 30.04 de "Medicamentos".

Esto se soporta en lo dispuesto en la Regla General de Interpretación de la Nomenclatura No. 1, pues los productos importados hacen parte de la clasificación 3004 de medicamentos, como quiera que cumplen con los requisitos de la partida, a saber: (I) Son productos farmacéuticos del Capítulo 30; (II) Se constituyen por productos mezclados; (III)

Se utilizan para usos terapéuticos o profilácticos y (IV) Están acondicionados para la venta al por menor.

Los productos importados cumplen a cabalidad con los cuatro presupuestos mencionados en precedencia, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del Decreto 1945 del 28 de octubre de 1996 señala: "*Los alimentos que posean una acción o se administren con finalidad terapéutica son medicamentos*".

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha destacado que los productos importados por la sociedad Abbott se clasifican como medicamentos, a continuación, se citan algunas providencias al respecto:

(I) Expediente No. 1100103270002002005501 (8602) /2004:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 0652-29/01/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO- A título de restablecimiento del derecho se declara que el **Ensure Plus HN es un medicamento**".*

(II) Expediente No. 11001032700020050006600 (15846) /2009:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 6764-03/08/05 y se señala lo siguiente:

*"2. A título de restablecimiento del derecho declárese que el producto **"Ensure Polvo"** se encuentra clasificado en la partida arancelaria 30.04".*

(III) Expediente No. 11001032700020030000301:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 8031-15/08/02 y se señala lo siguiente:

*"2. Como Restablecimiento del derecho se declara que el **producto PULMOCARE, es un medicamento**, por los motivos expuestos en esta providencia".*

(IV) Expediente No. 11001032700020020005601:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 2177-15/03/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO- A título de restablecimiento del derecho, declárese que el producto **"Ensure Polvo" es un medicamento**".*

(V) Expediente No. 11001032700020030000101 (13698) /2004:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 8030-15/08/02 y se indica lo siguiente:

10

*"2. A título de restablecimiento del derecho declárese que el producto **"Glucerna"** es un medicamento que se clasifica en la partida arancelaria 30.04".*

(VI) Expediente No. 11001032700020030000501/2005:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 7983-14/08/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que el **JEVIT es un medicamento** y deberá clasificarse como tal en la correspondiente partida arancelaria".*

(VII) Expediente No. Expediente No. 11001032700020030004001/2005

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 11400-22/11/02 y se indica lo siguiente:

*"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que el **Pramet Polvo es un medicamento**".*

(VIII) Expediente No. 11001032700020020009001 (13476)/2005:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 3881-02/05/02 y se señala lo siguiente:

*"2. DECLÁRESE a título de restablecimiento del derecho que **el Pediasure Líquido es un medicamento**".*

(IX) Expediente No. 11001032700020030000401 (13701) /2006:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 9150-13/09/02 y se señala lo siguiente:

*"2. Declárese a título de restablecimiento del derecho que le **Perative es un medicamento**".*

(X) Consejo de Estado, sentencia de diciembre 9 de 2004, Expediente 11001032700020030000101:

En esta providencia, refiriéndose al producto "Glucerna" la corporación determina:

*"Así las cosas, habrá de anularse la resolución impugnada a título de restablecimiento del derecho se declarará que **la "Glucerna" es un medicamento***

*clasificable en la partida arancelaria 30.04"* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

- (XI) Consejo de Estado, sentencia de agosto 26 de 2004, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

En esta providencia, refiriéndose al producto "Ensure Plus HN" la corporación determina:

*"La academia considera que los productos motivo de su consulta, deben ser reconocidos como medicamentos de amplio uso terapéutico y profiláctico en la nutrición clínica especializada".*

*De conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente y teniendo en cuenta la clasificación arancelaria de los productos contemplada en el Decreto 2800 de 2001, para la Sala es evidente que el producto **Ensure Plus HN responde más a las características de medicamento** que de alimento puesto que es un producto mezclado, con usos terapéuticos y profilácticos"* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

- (XII) Consejo de Estado, Sentencia 10 de febrero de 2005, C.P. Ligia López Díaz

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "OsmoliteHN", frente al cual el Consejo de Estado decide:

*"En el presente caso, **el producto OsmoliteHN Plusno puede considerarse como un complemento alimenticio, sino un medicamento** por las razones ya expuestas. Por lo demás, está demostrado que tiene indicaciones relativas a la prevención o al tratamiento de una enfermedad: la desnutrición"* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

- (XIII) Consejo de Estado, Sentencia del 23 de noviembre de 2005

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Perative", frente al cual el Consejo de Estado decide:

*"Siguiendo las Reglas Generales para Interpretación de la Nomenclatura" y atendiendo las pruebas que obran en el proceso, el producto **"PERATIVE" debe ser clasificado en la partida 3004**, como se explica a continuación".*

- (XIV) Consejo de Estado, Sentencia 23 de enero de 2006

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Perative", frente al cual el Consejo de Estado decide:

“Así las cosas, la Sala concluye que se impone declarar la nulidad de la Resolución acusada y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en declarar al producto **“PERATIVE” como medicamento** y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia”.

11

(XV) Consejo de Estado, Sentencia del 17 de agosto de 2006, C.P. Ligia López Díaz

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Ensure Plus HN”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“De los anteriores elementos probatorios puede deducirse que **el Ensure Plus HN- listo para colgar es utilizado médicamente** en el tratamiento y preservación frente a las enfermedades. Adicionalmente requiere que su venta y suministro se realice bajo fórmula médica, porque su administración es por vía enteral, es decir, se proveen los nutrientes directamente en el tracto gastrointestinal mediante el uso de sondas” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

(XVI) Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2007:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Pediasure líquido y Polmocare”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“En suma, definida por la jurisdicción arancelaria de los productos **Pediasure Líquido y Pulmocare, en la partida 30.04**, al resolver las acciones de nulidad instauradas contra los actos de carácter general, esto es, las resoluciones 3881 de 2 de mayo de 2002 y 8031 de 15 de agosto del mismo año, través de las sentencias citadas, procede confirmar la sentencia apelada”.

(XVII) Consejo de Estado, sentencia 9 de julio de 2009, C.P. William Giraldo Giraldo:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Ensure en polvo”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“**ENSURE POLVO es un medicamento** que tiene alcances nutricionales y es suministrado a pacientes que presentan diversas situaciones clínicas o patologías” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

(XVIII) Consejo de Estado, Sentencia 24 de septiembre de 2009:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto “Ensure”, frente al cual el Consejo de Estado decide:

“Así las cosas, dado que la Corporación expresamente estableció, según se demostró, que **estos productos, son medicamentos** y estas decisiones constituyen cosa juzgada, debe entenderse que clasifican arancelariamente en la partida 3004”.

La conclusión a la que llegó de manera uniforme y reiterada el Consejo de Estado, respecto de la cual los productos importados por Abbott corresponden a la categoría de medicamentos y no de alimentos, se derivó de varios pronunciamientos médicos, que no solo se restringen al producto “**Ensure en polvo**”, pues además, hacen referencia a otros productos como “**Pediasure Polvo**”, “**Ensure Líquido**” y demás derivados del producto “**Ensure**”. A continuación, se transcribe el aparte de la sentencia en el cual se cita al doctor Álvaro Valencia Ceballos, presidente de la Asociación Colombiana de Nutrición Clínica, quien afirma que tales productos son medicamentos, tal como se aprecia:

*“Desde la perspectiva de la ciencia médica estas fórmulas se consideran medicamentos por las siguientes razones:*

*Los individuos sanos deben recibir su nutrición a partir de los alimentos, **cuando un individuo sufre una enfermedad** y por razones de la enfermedad o de su tratamiento no puede llevar a cabo esta acción de alimentarse en forma natural, **es necesario que reciba alguna forma de nutrición artificial, ya sea por vía enteral o parenteral.***

*(...) **Cuando una fórmula de nutrición enteral tiene una relación balanceada de macronutrientes**, aporta el requerimiento completo de micronutrientes, cumple con ciertas características de densidad calórica, osmolaridad y además no contenga ingredientes que pongan en riesgo si tolerancia como la lactosa y el gluten, **es considerado un medicamento.***

*Los productos preguntados **Ensure Polvo, Pediasure Polvo, Ensure Líquido, así como otras fórmulas para nutrición enteral** cumplen con las características anotadas en el párrafo anterior y **son medicamentos.**”  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Así mismo, el Consejo de Estado le otorga pleno valor probatorio a un pronunciamiento de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, en un documento suscrito por su presidente Juan Mendoza-Vega, en el que se relacionan productos de iguales características a las del bien objeto de discusión, y se afirma que:

*“Estos productos son de alta utilización en la práctica clínica por los varios servicios especializados y, por consiguiente, se consideran productos de características terapéuticas. (...) En pacientes seleccionados también se utilizan en forma profiláctica en la preparación de pacientes desnutridos que van a ser sometidos a intervenciones quirúrgicas mayores, a quimioterapia o a otras intervenciones mayores.”*

De todo lo anterior, resulta claro que la DIAN desconoció el precedente judicial, al haber clasificado el producto como un alimento y no como un medicamento, contraviniendo los reiterados pronunciamientos que el Consejo de Estado había proferido en la materia, en los cuales había dejado en claro y sin lugar a dudas que los productos objeto de discusión

hacen parte de la clasificación de medicamentos, no por razones caprichosas, todo lo contrario, con sustento en conceptos técnicos. No obstante, pese a la claridad diametral que existe en la jurisprudencia sobre la naturaleza de medicamento que tienen los productos importados, la DIAN decidió, sustentada solo en su albedrío injustificado, desatender el precedente uniforme del Consejo de Estado.

Así entonces, es claro que las resoluciones que se demandan adolecen de falsa motivación, violación de norma superior, como quiera que se omitió, de forma arbitraria, el precedente judicial del Consejo de Estado, en el cual se estableció que los productos importados por Abbott revisten una naturaleza de medicamento.

**QUINTO:** El Arancel de Aduanas aplicable para el mes de abril de 2016, fecha en que fueron presentadas las declaraciones de importación en cuestión, correspondía al consagrado en el Decreto 4927 de 2011, el cual no contemplaba la subpartida arancelaria 2106.90.90.00, pues esta clasificación fue incluida en el Arancel de Aduanas contenido en el Decreto 2153 de diciembre de 2016, el cual entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

De manera que, las resoluciones previamente identificadas están falsamente motivadas, y además, fueron expedidas en violación de una norma superior, pues al momento de ser proferidas no se tuvieron en cuenta las normas vigentes para el mes de abril del año 2016, específicamente el Arancel de Aduanas contenido en el Decreto 4927 de 2011 que no incluía la subpartida 2106.90.90.00.

**SEXTO:** Dado que se desconoció el precedente judicial, se soslayó que el INVIMA no es la autoridad autorizada para determinar la clasificación arancelaria, además de que no son aplicables los conceptos técnicos, se clasificaron los productos como alimentos y no medicamentos y se aplicó norma que no estaba vigente para el momento de las declaraciones de importación, palmaria la falsa motivación y la violación a norma superior de la que adolecen los actos administrativos que se demandan, por lo que, indiscutiblemente deberán anularse las resoluciones y decretar el restablecimiento del derecho respectivo

### **3.5. HECHOS RELACIONADOS CON LA FALSA MOTIVACIÓN Y VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR AL HABER TRANSGREDIDO EL ARTÍCULO 424 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

**PRIMERO:** La DIAN no tuvo en cuenta que los productos importados, como se acreditó en notas anteriores, corresponden a la clasificación arancelaria de medicamento y no, como erróneamente lo señala, de alimentos, puesto que así lo ha definido el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos, entre ellos el siguiente:

Consejo de Estado, sentencia 9 de julio de 2009, C.P. William Giraldo Giraldo

*Los productos preguntados Ensure Polvo, Pediasure Polvo, Ensure Líquido, así como otras fórmulas para nutrición enteral cumplen*

con las características anotadas en el párrafo anterior y **son medicamentos.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta las sentencias anteriormente citadas en el hecho CUARTO del acápite inmediatamente anterior, en los cuales se evidencia que el Consejo de Estado ha establecido que los productos importados efectivamente son medicamentos.

**SEGUNDO:** El artículo 424 del Estatuto Tributario señala lo siguiente:

*“ARTICULO 424. BIENES QUE NO CAUSAN EL IMPUESTO. Los siguientes bienes se hallan excluidos del impuesto y por consiguiente su venta o importación no causa el impuesto sobre las ventas. Para tal efecto se utiliza la nomenclatura arancelaria Andina vigente:*

(...)

30.04                    *Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 o 30.06) constituidos por productos mezclados o sin mezclar preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor”.*

Como puede observarse, los medicamentos que fueron importados por la sociedad Abbott, se encontraban exceptuados del impuesto a las ventas IVA pues eran clasificados arancelariamente como medicamentos, según pronunciamientos reiterados del Consejo de Estado.

**TERCERO:** La DIAN violó el artículo 424 del Estatuto Tributario, como quiera que aplicó el impuesto sobre las ventas - IVA a los productos importados por Abbott, desconociendo que estos se encontraban excluidos de forma expresa por encontrarse dentro de la categoría de medicamentos.

**CUARTO:** Siendo claro que se violó el artículo 424 del Estatuto Tributario, se acredita que existe una falsa motivación y una violación a norma superior, por lo que claramente se deben anular los actos administrativos y consecuentemente ordenar el restablecimiento del derecho.

### **3.6. HECHOS RELACIONADOS CON LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE DE LA ADMINISTRACIÓN.**

**PRIMERO:** El artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, consagran el principio de buena fe, sobre cual debe regirse toda actuación administrativa.

**SEGUNDO:** La DIAN violó de forma flagrante las citadas disposiciones, como quiera que desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado, el cual ya era ampliamente conocido por esta entidad y lo desatendió sin razón alguna, toda vez que NO se alteraron

ninguna de las circunstancias fácticas por las cuales se llegare a justificar el haberse apartado del precedente judicial.

**TERCERO:** Al ser claro que se violó el principio de la buena fe se deberán anular los actos administrativos y ordenar el consecuente restablecimiento del derecho.

**3.7. HECHOS RELACIONADOS CON LA VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR, FALSA MOTIVACIÓN Y EXPEDICIÓN IRREGULAR POR VULNERAR LA CONFIANZA LEGÍTIMA DEL ADMINISTRADO Y POR IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS DE LA DIAN.**

**PRIMERO:** El principio de la confianza legítima se define como aquel límite que tienen las autoridades frente a sus actuaciones, para no incorporar variaciones injustificadas que lesionen las expectativas legítimas de los administrados.

Al respecto la Corte Constitucional manifiesta lo siguiente:

**"El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional"**<sup>1</sup> (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

**SEGUNDO:** El principio de confianza legítima es de raigambre constitucional, como quiera que es expresión del principio de la buena fe, pues así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, en los siguientes términos:

*"La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico"*<sup>2</sup>.

**TERCERO:** Además del principio de la confianza legítima, las autoridades, así como los particulares, deben respetar el principio general de derecho según el cual nadie puede contravenir sus actos propios. Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al siguiente tenor:

<sup>1</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2018 del 22 de noviembre de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004 del 19 de febrero de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

*“Con fundamento en el comentado principio, se ha estructurado la ‘doctrina de los actos propios’ -venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial”<sup>3</sup>.*

**CUARTO:** La DIAN, a través de la expedición de las resoluciones que se demandan violó el principio de la confianza legítima de la sociedad Abbott y de mi representada, y además actuó en contravía de sus actos propios, como quiera que:

- (I) La DIAN había aprobado sin reparo alguno la clasificación arancelaria de los productos importados por Abbot bajo la clasificación arancelaria de medicamentos y no de alimentos. , pues, además, así lo había establecido con claridad el Consejo de Estado.
- (II) La composición química de los productos, de los productos no ha variado desde que el Consejo de Estado profirió los múltiples pronunciamientos que ya se han citado. Por tal razón, no puede la DIAN contravenir sus propios actos cuando ya aceptó y aplicó con anterioridad los pronunciamientos del Consejo de Estado.
- (III) La DIAN de forma arbitraria, sin tener en cuenta sus actos propios y sus conductas anteriores y reiteradas, también soslayando que las condiciones fácticas no presentaban ninguna variación, decidió, solicitar una nueva liquidación cambiando la clasificación arancelaria de medicamento a alimentos respecto de los mismos productos.

**QUINTO:** Se tiene plena evidencia de la violación de la confianza legítima y, por ende, de las expectativas legítimas de la sociedad Abbott, quien, actuando conforme a los actos propios de la DIAN, presentó las declaraciones de importación. Por lo tanto, las resoluciones que acá se demandan adolecen de violación de norma superior, falsa motivación y expedición irregular y se debe ordenar el respectivo restablecimiento del derecho.

### **3.8. HECHOS RELACIONADOS CON LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS SANCIONES.**

**PRIMERO:** En primer lugar, es fundamental recordar que el principio de legalidad establece lo siguiente:

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19 de agosto de 2015, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

*“El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión”<sup>4</sup> (Se destaca)*

**SEGUNDO:** La DIAN violó el principio de legalidad al haber impuesto la sanción prevista en el numeral 2.2. del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, como quiera que su aplicación se restringe a los declarantes en el régimen de importación condición en la que no actuó la sociedad Abbott en las operaciones de comercio exterior, toda vez que dicha sociedad actuó por agencia de aduanas, frente a lo cual debe tenerse claro que sus obligaciones se encuentran taxativas y, por lo tanto, esto debió haber sido atendido en procura del principio de legalidad.

**TERCERO:** Se tiene claro que la DIAN violó el principio de legalidad. Por lo tanto, las resoluciones que acá se demandan adolecen de violación de norma superior, falsa motivación y expedición irregular y se debe ordenar el respectivo restablecimiento del derecho

### **3.9. HECHOS RELACIONADOS CON EL CONTRATO DE SEGURO.**

#### **3.9.1. Hechos relacionados con la inexistencia de realización de riesgo asegurado:**

**PRIMERO:** En la Póliza No. 70711 suscrita entre mi representada JMalucelli Travelers Seguros S.A. y Abbott Laboratories de Colombia S.A. se pactó como riesgo amparado el siguiente:

#### *“1. RIESGOS AMPARADOS*

*JMALUCELLITRAVELERS SEGUROS S.A., SOCIEDAD LEGALMENTE ESTABLECIDA EN COLOMBIA Y DEBIDAMENTE AUTORIZADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA PARA OPERAR EN EL PAÍS, LA CUAL EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ*

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-412/15, M.P. Alberto Rojas Rios

JMALUCCELLITRAVELERS SEGUROS S.A., AMPARA A LA ENTIDAD ASEGURADA POR EL RIESGO DE INCUMPLIMIENTO OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO, DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES (LEYES, DECRETOS, REGLAMENTOS, RESOLUCIONES, ETC.) SEÑALADAS EN LA CARÁTULA DE LA PRESENTE PÓLIZA, IMPUTABLE AL TOMADOR, COMO LA PERSONA OBLIGADA DE DAR CUMPLIMIENTO DE LA RESPECTIVA DISPOSICIÓN LEGAL” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

**SEGUNDO:** Dado que Abbott no incurrió en infracción aduanera alguna, como quiera que las declaraciones de importación fueron presentadas conforme a derecho, puesto que se insiste, los productos importados corresponden a la clasificación arancelaria de medicamentos y no de alimentos como erróneamente lo señala la DIAN, al no haber incumplimiento alguno no se puede establecer que se realizó el riesgo asegurado.

De esa manera, como no se realizó el riesgo asegurado, no era jurídicamente viable ordenar la efectividad de la póliza, por lo tanto, mi representada NO tiene obligación alguna toda vez que el riesgo asegurado no se ha realizado y la póliza no se puede hacer efectiva.

**TERCERO:** Es evidente que estamos ante una clara violación de norma superior y falsa motivación, como quiera que se ordenó la efectividad de la póliza pese a que no se había realizado el riesgo asegurado, lo que correlativamente implica que se deban anular las resoluciones, así como ordenar el consecuente restablecimiento del derecho.

### **3.9.2. Hechos relacionados con la inexistencia de cobertura temporal del contrato de seguro:**

**PRIMERO:** En la póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 70711 funge como tomador Abbott Laboratories de Colombia S.A., mientras que el asegurado y beneficiario es la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

**SEGUNDO:** La póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 70711 se contrató con una vigencia del 05 de enero de 2019 hasta el 05 de enero de 2021 y la modalidad de cobertura pactada fue por ocurrencia.

**TERCERO:** En la mencionada póliza quedó consignado con diametral claridad la voluntad de las partes de amparar el riesgo de incumplimiento de las disposiciones legales, es decir, el momento mismo en que a través de un acto del afianzado se incurra en violación de alguna disposición legal. A continuación, se transcribe el aparte mencionado:

#### **“RIESGOS AMPARADOS**

*(...) Jmalucelli Travelers Seguros S.A., ampara a la entidad asegurada por el riesgo de incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro, de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (leyes,*

decretos, reglamentos, resoluciones etc.) señaladas en la carátula de la presente póliza, imputable al tomador, como la persona obligada de dar cumplimiento de la respectiva disposición legal".

De esta forma, resulta evidente que el riesgo contractualmente amparado por la Aseguradora es aquel incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro. Así pues, es evidente que el riesgo amparado de ninguna manera fue la resolución que declarara la existencia de un presunto incumplimiento, sino que fue el, hipotético, incumplimiento que llegara a ocurrir en vigencia del contrato.

Por lo tanto, la resolución expedida por la DIAN es un acto declarativo más no constitutivo, razón por la que, de existir un eventual incumplimiento, la realización del riesgo asegurado tendría lugar con la presentación de la declaración de importación, más no con el acto administrativo que declara la existencia de la presunta infracción aduanera.

**CUARTO:** El riesgo amparado, al ser el incumplimiento de la disposición legal, acaeció presuntamente en el mismo momento en el que se presentaron las declaraciones de importación, como quiera que este, es decir, el incumplimiento, es un hecho que no requiere ser declarado por acto jurídico alguno para que tenga entidad, la autoridad cumple una función meramente declarativa mas no constitutiva del mismo.

En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el siniestro, en el remoto caso en que se llegara a considerar que efectivamente hubo un incumplimiento por parte de la afianzada, ocurrió en el momento en que se presentaron las declaraciones de importación, es decir, en abril de 2016, y no en el momento en que se profirieron las Resoluciones demandadas, pues se reitera, ellas tienen un carácter eminentemente declarativo más no constitutivo de siniestro.

**QUINTO:** En numerosos fallos, el Consejo de Estado ha determinado que en casos como el que nos ocupa, el siniestro lo configura el incumplimiento de la disposición legal, el cual es diametralmente distinto a la declaratoria del mismo, a continuación, se transcribe un fragmento en el cual se sostiene lo siguiente:

**"En materia aduanera, la Sala ha señalado que el siniestro o riesgo asegurado lo configura el incumplimiento de la obligación garantizada, y que esa circunstancia debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza, aclarando que el incumplimiento como tal, es sustancialmente distinto a su declaratoria mediante acto administrativo"**<sup>5</sup>  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

En una nueva oportunidad el Consejo de Estado reiteró lo anterior en los siguientes términos:

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 2010, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

Se reitera en:

Consejo de Estado, Sentencia del 19 de marzo de 2015, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

*“Resulta entendido que, el acto administrativo demandado fue proferido luego de haber expirado el término de vigencia del seguro; sin embargo debe tenerse en cuenta **que una cosa es la ocurrencia del siniestro como tal y otra la declaración de la entidad de hacer efectiva la póliza por la ocurrencia de ese siniestro.** La Resolución demandada simplemente lo que hace es declarar la ocurrencia de un hecho que aconteció en vigencia del seguro”<sup>6</sup> (Se resalta)*

Posteriormente, la citada corporación, insiste en lo anterior al señalar:

*“(…) la responsabilidad de la aseguradora (…) se concreta a la ocurrencia del siniestro, **que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada.***

*De manera que no es dable confundir el siniestro que se configura por el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, con el acto administrativo ejecutoriado mediante el cual se declara el incumplimiento y, en consecuencia, se ordena hacer efectiva la garantía. Lo relevante es que el incumplimiento acontezca en la vigencia de la póliza, y la reclamación se surta dentro del plazo previsto en el artículo 1081 el C.Co”<sup>7</sup> (Se destaca)*

Es claro que existe precedente judicial proferido por el Consejo de Estado, el cual establece que el siniestro en una póliza que garantiza el cumplimiento de disposiciones legales ocurre con su infracción, no con la declaración que de ella se haga.

**SEXTO:** El Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sentencia del 09 de junio de 2017<sup>8</sup>, señaló con claridad lo siguiente:

*“En razón a lo anterior, para esta instancia judicial es cierto que es obligatoria la efectividad de la Póliza, pero esta debe realizarse precisamente al momento de la ocurrencia del siniestro por la comisión de la infracción aduanera y no cuando se profiere el Requerimiento Oficial a la empresa importadora, es decir, posterior al hecho aduanero investigado, habiendo conocido la Administración de tal situación y por ende, convirtiéndose en un suceso cierto no asegurable, en este sentido la vigencia de la Póliza de la Previsora S.A. compañía de seguros, solo podía ser efectiva en el caso de encontrarse vigente a la comisión de la infracción endilgada”.*

Es decir, la ocurrencia del siniestro presuntamente tuvo lugar al momento de la presentación de las declaraciones de importación.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sentencia 24 de enero de 2013, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sentencia 10 de julio 2014, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

<sup>8</sup> Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sentencia del 09 de junio de 2017, con radicado: 76001-33-33-008-2015-00153-00, en el proceso adelantado por La Previsora S.A. vs. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

**SÉPTIMO:** En el remoto e improbable evento en el que se acredite que Abbot sí incumplió la normatividad aduanera, se debe tener en cuenta que las declaraciones fueron presentadas en el año 2016, es decir, con anterioridad a la vigencia de la póliza que se pretende afectar.

Debe tenerse en cuenta que la Póliza No. 70711, se contrató con vigencia del 05 de enero de 2019 hasta el 05 de enero de 2021, en modalidad de ocurrencia, es decir, que solo presta cobertura para los hechos ocurridos dentro de la vigencia pactada.

Por lo anterior, y siendo claro que las declaraciones de importación se presentaron en abril de 2016, es decir, más de dos años antes de que las partes hubieran contratado el aludido seguro, claramente no existe cobertura temporal del contrato de seguro.

En línea con lo señalado, es necesario dejar absoluta claridad en que los anexos 0 y 1 del contrato de seguro identificado con la Póliza No. 70711 NO prestan cobertura temporal, como quiera que no estaban vigentes para el momento en que acaeció el supuesto siniestro, pues si llega a señalarse, en un hipotético escenario, que hubo incumplimiento de las disposiciones normativas, esto solo pudo tener ocurrencia en abril de 2016, es decir, previo a la suscripción del contrato de seguro el riesgo ya había acaecido, lo que hace inviable pretender afectar la póliza.

**OCTAVO:** De modo similar, de llegar a considerarse que hubo por parte de la afianzada el supuesto incumplimiento de las disposiciones legales aduaneras, no puede perderse de vista que se trata de un riesgo inasegurable, como quiera que este presunto incumplimiento tuvo lugar en abril de 2016, lo cual implica que para el 05 de enero de 2019, fecha en la que inició la vigencia de la Póliza No. 70711, se trata de un hecho cierto, por lo tanto, asegurable. Así lo dispone el Código de Comercio en el artículo 1054, al consagrar:

*“Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. **Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro.** Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (Se resalta).*

Por esta razón, al ser los incumplimientos anteriores a la entrada en vigencia del contrato, son hechos ciertos y en esa medida no son asegurables.

En línea con lo anterior, es necesario dejar absoluta claridad en que los anexos 0 y 1 del contrato de seguro identificado con la Póliza No. 70711 NO prestan cobertura temporal, como quiera que no estaban vigentes para el momento en que acaeció el supuesto siniestro, pues si llega a señalarse, en un hipotético escenario, que hubo incumplimiento de las disposiciones normativas, esto solo pudo tener ocurrencia en abril de 2016, es decir, previo a la suscripción del contrato de seguro el riesgo ya había acaecido, lo que hace inviable pretender afectar la póliza.

**NOVENO:** La DIAN incurrió en un grave error al haber ordenado la efectividad de la póliza, en tanto la misma no solo NO prestaba cobertura temporal, sino que se afectó pese a que estamos ante un hecho cierto que por definición no es asegurable.

**DÉCIMO:** Por todo lo anterior, deben anularse las resoluciones, como quiera que se acredita la existencia de los conceptos de falsa motivación y violación de norma superior, puesto que la DIAN vinculó a mi representada a través de los anexos 0 y 1 de la póliza, pese a que esta que NO prestaba cobertura temporal para los hechos, los cuales, además, ya no eran un riesgo sino un hecho cierto no asegurable para el momento en que se celebró el contrato de seguro.

### **3.9.3. Hechos relacionados con la prescripción consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio:**

**PRIMERO:** El supuesto incumplimiento por parte de la sociedad afianzada tuvo lugar en abril de 2016 con la presentación de las declaraciones de importación.

Teniendo presente lo anterior, debe resaltarse que el Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros y en su Artículo 1081 establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, sino también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Dicho precepto establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

*La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace e Irrespectivo derecho.*

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”*

**SEGUNDO:** El término de prescripción que le aplica al interesado, es el de prescripción ordinaria y este se cuenta desde el momento en que se haya tenido o debido tener el conocimiento de los hechos que dan base a la acción, es decir, desde la presentación de las declaraciones de importación en abril de 2016.

**TERCERO:** Sin perjuicio de que NO hay cobertura temporal de los anexos 0 y 1 de la póliza No. 70711, es claro que, además, las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas como quiera que, desde los hechos que dan base a la acción, que datan de abril de 2016 hasta que se profirió la resolución de liquidación oficial han transcurrido más de dos años, superando de forma suficiente el término de prescripción que

señala la norma, es decir, dos años desde los hechos hasta que se profirió la resolución de liquidación oficial decisión administrativa definitiva.

**CUARTO:** Es evidente que estamos ante una clara violación de norma superior y falsa motivación, como quiera que se ordenó la efectividad de la póliza, pese a que ya habían transcurrido más de dos años desde la ocurrencia del supuesto siniestro hasta la fecha de expedición de la resolución de liquidación oficial, por lo que se encuentran prescritas las acciones derivadas del contrato de seguro en los términos del artículo 1081 del C.Co, lo que correlativamente implica que se deban anular las resoluciones, así como ordenar el consecuente restablecimiento del derecho.

#### **3.9.4. Hechos relacionados con las condiciones del seguro:**

**PRIMERO:** En la póliza No. 70711 se pactó como valor asegurado total la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$6.632.175.577), es decir, este será el valor máximo que se le podrá imponer a mi representada por la totalidad de los eventos que se reclamen.

**SEGUNDO:** Mi representada no está llamada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

***“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.***

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

*“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro,*

*derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización<sup>9</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Por lo tanto, es claro que la aseguradora solo está obligada a pagar el valor asegurado.

**TERCERO:** La DIAN ha desconocido este pacto y las disposiciones comerciales que lo amparan al pretender afectar la mencionada póliza por valor superior a los \$6.632.175.577, puesto que, en otros trámites administrativos diferentes al discutido en este caso ordenó la efectividad de la póliza en un valor superior al valor asegurado, así:

- (I) En el expediente No. 2016-2016-30 el valor pretendido asciende a la suma de \$3.464.211.000.
- (II) En el expediente No. 2016-2019-205 el valor pretendido asciende a la suma de \$1.585.797.498.
- (III) En el expediente No. 2016-2019-975 el valor pretendido asciende a la suma de \$4.578.238.000.
- (IV) En el expediente No. 2016-2019-877 el valor pretendido asciende a la suma de \$971.912.000.
- (V) En el expediente No. 2016-2019-1128 el valor pretendido asciende a la suma de \$6.048.001.000.
- (VI) En el expediente No. RV – 2016-2019-1363 el valor pretendido asciende a la suma de \$4.887.742.000.

En los expedientes detallados la DIAN ordenó la efectividad proporcional de la póliza No. 70711, sin tener en cuenta el límite del valor asegurado, el cual se refiere a la totalidad de los eventos por los que se pretenda afectar la póliza.

**CUARTO:** El límite del valor asegurado de la póliza 70711 fue ampliamente excedido por parte de la DIAN, como quiera que se pactó como valor asegurado la suma de \$6.632.175.577, sin embargo, se ordenó afectar por un monto de \$21.535.901.498, que corresponde al resultado de las sumas relacionadas en el numeral anterior, montos que se pretenden obtener, indebidamente, afectando la misma póliza No. 70711 en desconocimiento pleno del límite asegurado.

**QUINTO:** Teniendo en cuenta que se excedió el valor asegurado, estamos ante una falsa motivación y violación de norma superior por lo que, consecuentemente, se deben anular las resoluciones y restablecer el derecho.

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

**VI. DISPOSICIONES JURÍDICAS VULNERADAS**

Las normas que se vulneraron con los Actos Administrativos aludidos son los siguientes:

- La Constitución Política de Colombia (artículos 29 y siguientes).
- Principio de confianza legítima consagrado en la Constitución Política de Colombia.
- Ley 270 de 1996.
- Código Civil
- Código de Comercio
- Artículo 1054, artículo 1073, artículo 1074, artículo 1082 y demás normas del contrato de seguro incorporadas en el Código de Comercio.
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Decreto 4048 de 2008.
- Decreto 1321 de 2011.
- Decreto 4927 de 2011.
- Resolución 007 de 2008 expedida por el Director General de la DIAN.
- Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional vigente en materia de precedente judicial.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la clasificación arancelaria de los productos importados por ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. en el mes de abril de 2016.
- Jurisprudencia del Consejo de Estado respecto de la falta de competencia del INVIMA para decidir la clasificación arancelaria de productos importados.

Cabe aclarar que dando alcance a lo consagrado en el numeral 4 del artículo 162 del CPACA, el concepto de la violación de cada una de las normas aquí citadas se encuentra en el acápite inmediatamente siguiente.

**VII. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN Y FUNDAMENTOS DE DERECHO****5.1. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS SIN COMPETENCIA, DE FORMA IRREGULAR Y CON VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR.**

El artículo 137 del C.P.A.C.A. que establece las causales de nulidad de los actos administrativos, incluye dentro de las mismas, precisamente, la expedición sin competencia, es decir, cuando el agente público expide un acto administrativo que no estaba previsto dentro de su esfera de atribuciones. Las reglas de competencia son, sin lugar a dudas, presupuestos básicos en el ejercicio de cualquier acción oficial, por ello se dice que son de orden público, por lo que advertida la incompetencia por cualquier órgano de control (administrativo o jurisdiccional), ésta debe ser declarada como tal, aun oficiosamente.

Así entonces, encontramos que el Consejo de Estado, acerca de la afectación de validez de los actos administrativos por vicios de competencia ha manifestado<sup>10</sup>:

*“(...) Ese marco de la actuación de las autoridades que define la Constitución Política debe observarse desde los ámbitos material, temporal y territorial, en los términos previstos por el ordenamiento jurídico positivo, pues estos factores determinan la esfera de atribuciones que las entidades y órganos del Estado pueden y deben ejercer legítimamente; por lo mismo, la competencia está delimitada por normas de orden público, de carácter imperativo, las cuales constituyen garantía para los administrados frente a los posibles abusos o excesos de poder de las autoridades públicas. Así, la competencia constituye un presupuesto esencial para la validez de los actos administrativos, de manera que, al hallarse afectado el acto por la ausencia de la misma, la nulidad emerge sin que exista posibilidad de ser saneada.*

*El vicio por incompetencia es, pues, el más grave que puede afectar la validez de los actos administrativos y, por tal razón, esta Corporación ha sostenido que, en estos eventos, el juez debe declarar siempre la nulidad del acto administrativo, incluso de manera oficiosa, porque cuando el acto es proferido en tales condiciones vulnera el derecho fundamental al debido proceso. Tal hipótesis constituye una excepción al principio de la rogación, que rige en materia contencioso - administrativa, pues, en principio, cuando se pretende obtener la declaración de nulidad de actos administrativos, el escrito de demanda debe indicar los fundamentos de derecho de las pretensiones, las normas violadas y el concepto de violación que sustenta la petición de nulidad (numeral 4 del artículo 137 del C.C.A.); pero, la excepción está fundada en la protección del citado derecho fundamental de aplicación inmediata, carácter que le otorga el artículo 85 de la Constitución Política.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De conformidad con lo anterior, es fundamental advertir que la competencia para adelantar procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales se consagró en el numeral 15 del artículo 39 del Decreto 4048 de 2008, el cual fue modificado por el artículo 20 del Decreto 1321 de 2011, el cual es del siguiente tenor literal:

**“ARTÍCULO 39.** *Conforme a las políticas e instrucciones del Nivel Central y de acuerdo con la naturaleza de cada Dirección Seccional, son funciones de las Direcciones Seccionales las siguientes:*

**15. Adelantar las acciones encaminadas a prevenir, reprimir, investigar y sancionar, las infracciones a la legislación tributaria.**

<sup>10</sup> Sentencia del 3 de octubre de 2012, dentro del proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho con Radiación No. 23001-23-31-000-1998-08976-01(26140), Mag. Ponente: Hilda Hoyos de Rodríguez, Subsección A de la Sección Tercera de Consejo de Estado.

aduanera, cambiaria y de derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y azar explotados por las entidades públicas del nivel nacional, de su competencia y en su territorio.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

A su vez, dicha norma fue desarrollada por el numeral 7.2. del artículo 1 de la Resolución 007 de 2008, en la cual se estableció que la competencia para adelantar los procesos sancionatorios o de expedición de liquidaciones oficiales corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario, salvo que dicho proceso se adelante en contra de dos o más infractores con domicilio en más de una dirección seccional, pues en ese evento será competente la Dirección Seccional de Aduanas o la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con competencia territorial en el lugar donde se presentó la declaración de Importación. Específicamente, la norma en cuestión establece lo siguiente:

*“7. La competencia para adelantar los procesos administrativos para la imposición de sanciones por la comisión de infracciones aduaneras o para la expedición de liquidaciones oficiales, corresponde a la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas, con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario.*

(...)

**7.2. Los procesos sancionatorios o de formulación de liquidaciones oficiales que en desarrollo del control posterior deban adelantarse contra dos o más infractores** o usuarios que tienen domicilio en el lugar que corresponda a la competencia territorial de más de una Dirección Seccional, o cuando el domicilio del presunto infractor no se encuentre en el territorio nacional, **en cuyo caso la competencia la tendrá la Dirección Seccional de Aduanas o la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con competencia territorial en el lugar donde se presentó la declaración de Importación**, de exportación o de tránsito aduanero, o en su defecto, la Dirección Seccional que primero tenga conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción.”

De manera que, es claro que cuando el proceso se adelante en contra de dos o más infractores o usuarios que tengan domicilio en jurisdicciones de más de una Dirección Seccional, será competente la Dirección Seccional de Aduanas con competencia territorial en el lugar donde se presentó la declaración de importación.

Aterrizando al caso de autos, es evidente que la Resolución de Liquidación No. 002690 del 30 de mayo de 2019 se encuentra viciada de nulidad, pues la misma se expidió por la Administración Seccional de Aduanas de Bogotá cuando la competente era la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, pues la investigación para expedir liquidación oficial de revisión se adelantó contra dos presuntos infractores con domicilios en dos lugares cuya jurisdicción corresponde a dos Direcciones Seccionales de Aduanas diferentes, esto es, la

Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá y de Cali y las 7 declaraciones de importación del mes de abril de 2016 fueron presentadas en la oficina de aduana de la ciudad de Cartagena. Es decir, las resoluciones proferidas por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá dentro del proceso de expedición de liquidación oficial de revisión, identificado con el número de expediente RV-2016-2019-877, se encuentran incursas en la causal de nulidad por falta de competencia, toda vez la competencia para adelantar el mismo correspondía a la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, pues la investigación para expedir liquidación oficial de revisión se adelantó contra dos presuntos infractores con domicilios en dos lugares cuya jurisdicción corresponde a dos Direcciones Seccionales de Aduanas diferentes.

Por otra parte, debe manifestarse que NO son de recibo las razones que expone la DIAN en la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019, al momento de resolver sobre la falta de competencia advertida por la sociedad Abbott y por mi representada a través de su recurso de reconsideración, como quiera que la DIAN invoca el último aparte del artículo 1 de la Resolución 007 de 2008 el cual consagra: *"en cuyo caso la competencia la tendrá la Dirección Seccional de Aduanas o la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con competencia territorial en el lugar donde se presentó la declaración de Importación, de exportación o de tránsito aduanero, o en su defecto, la Dirección Seccional que primero tenga conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción"* (Se resalta), con el objeto de justificar, sin razón, la competencia asignada a la Dirección Seccional de Bogotá, por haber sido la primera en conocer de los hechos; conclusión a la que llega sin observar la norma de manera integral, toda vez que la misma es clara al señalar que cuando se cumplan los presupuestos, tal como sucede en este caso, deberá conocer la Dirección Seccional del lugar en donde se hubieren presentado las declaraciones de importación.

Siguiendo con lo anterior, como ya se dijo, la norma señala que conocerá del proceso la dirección seccional del lugar en el que se presentaron las declaraciones de importación siempre que: (I) Se adelante la investigación contra dos o más infractores que tengan domicilios en ciudades diferentes, y (II) En las ciudades en las que se domicilian los infractores tiene competencia territorial más de una Dirección Seccional. De manera que, resulta evidente que el primer presupuesto se cumple a cabalidad, como quiera que la investigación para expedir liquidación oficial de revisión se adelantó contra dos presuntos infractores con domicilios en dos lugares cuya jurisdicción corresponde a dos Direcciones Seccionales de Aduanas diferentes, esto es, la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá y de Cali y las 7 declaraciones de importación del mes de abril de 2016 fueron presentadas en la oficina de aduana de la ciudad de Cartagena.

Así mismo, la segunda parte de la norma citada señala que en defecto de los presupuestos anotados la competencia será de la dirección seccional que primero hubiere conocido del asunto, es decir, en defecto de los dos presupuestos descritos se aplicará esta previsión normativa. Sin embargo, la DIAN no aplicó la norma con su verdadero sentido, interpretándola erróneamente hasta el punto de concluir que la norma consagra dos alternativas de competencia cuya escogencia es indiferente para la autoridad, lo cual NO es así. Todo lo contrario, la norma consagra, de forma imperativa, la asignación de competencia cuando se cumplan los presupuestos que la misma establece, por lo tanto, la

DIAN no podía a su arbitrio inaplicar la norma y atribuir la competencia del conocimiento de los hechos de la forma arbitraria en que lo hizo.

En consecuencia, las resoluciones proferidas por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá dentro del proceso de expedición de liquidación oficial de revisión, identificado con el número de expediente RV-2016-2019-0877, se encuentran incursas en la causal de nulidad por falta de competencia, toda vez la competencia para adelantar el mismo correspondía a la Seccional de Aduanas de Cartagena, lugar en donde se presentaron las declaraciones de importación en el mes de abril del año 2016.

Por todo lo expuesto, la violación de las normas de competencia para adelantar el proceso de expedición de liquidación oficial de revisión, es muestra clara de que los actos administrativos se encuentran viciados de nulidad por expedición sin competencia, expedición irregular y violación de norma superior, por lo que, consecuentemente, se deberán anular las resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y 007861 el 08 de octubre de 2019 y decretar el restablecimiento del derecho según lo solicitado en las pretensiones.

## **5.2. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS DE FORMA IRREGULAR Y CON VIOLACIÓN A NORMA SUPERIOR POR CUANTO SE OMITIÓ EL PROCEDIMIENTO DE VERIFICACIÓN DE ORIGEN.**

La expedición irregular de un acto administrativo constituye una causal de anulación del mismo, tal como el mismo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo lo consagra en el artículo 137, al siguiente tenor:

### *“ARTÍCULO 137. NULIDAD. (...)*

*Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”.*

Así mismo, el Consejo de Estado ha desarrollado esta causal de nulidad del acto administrativo y al respecto ha indicado lo siguiente:

*“Consecuentemente, cuando la ley establece requisitos de apariencia o formación de los actos administrativos, sean éstos de carácter general o de carácter particular y concreto, los mismos se deben cumplir obligatoriamente, cuando quiera que la Administración pretenda tomar una decisión que corresponda a aquellas que se hallan sometidas a tales requisitos, de tal manera que su desconocimiento, conducirá a que se configure, precisamente, la causal de nulidad en estudio, es decir, expedición irregular del acto administrativo o vicios de forma.”*

(...)

*“La expedición en forma irregular, es decir, con desconocimiento de las normas que regulan los requisitos de formación del acto administrativo, incluyendo no sólo las etapas previas a su expedición, sino también los requerimientos relativos a la materialización misma del acto, es decir, la forma que deben revestir”<sup>11</sup>.*

Es decir, la expedición en forma irregular tiene lugar cuando el acto administrativo no cumple con los requisitos establecidos para su expedición, no solo en lo formal, sino también y con mayor razón en lo sustancial.

Por su parte, frente a la violación de norma superior, la mencionada Corporación ha establecido lo siguiente:

*“El artículo 84 del C.C.A. consagra, entre otras causales de nulidad, la derivada de la infracción de las normas en las que ha debido fundarse el acto administrativo o mejor, la nulidad por violación de una norma superior, como se conoce genéricamente a esta causal de nulidad. La contravención legal a la que hace referencia esa causal debe ser directa y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta de aplicación, ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea.*

*Según la doctrina judicial del Consejo de Estado, ocurre la primera forma de violación, esto es, la falta de aplicación de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. En los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no de interpretación errónea, en razón de que la norma por no haber sido aplicada no trascendió al caso”<sup>12</sup>.*

Del anterior fragmento queda claro que la violación de norma superior por inaplicación de la misma tiene lugar cuando, a pesar de haber sido analizada por la autoridad, se decide no dar aplicación a ella.

Así entonces, los conceptos de violación planteados encuentran su fundamento en que la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá omitió adelantar el procedimiento de verificación de origen previo a la expedición de la Resolución de Liquidación Oficial de Revisión No. 002690 del 30 de mayo de 2019.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 13 de mayo de 2009, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 15 de marzo de 2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Lo anterior deriva en el desconocimiento de los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos y con la Unión Europea, en los cuales se establece que las importaciones se beneficiarán del trato preferencial, presentando el certificado de origen, tal como lo hizo la sociedad Abbott en el momento en que presentó las declaraciones de importación.

Sin embargo, la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá desconoció la validez de los certificados de origen que fueron presentados junto con las declaraciones de importación, desconociendo a su vez el trato preferencial consagrado en los tratados de libre comercio celebrados con Estados Unidos y la Unión Europea.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el desconocimiento del trato preferencial, por parte de la autoridad, debe seguir el procedimiento estipulado para el efecto, el cual se encuentra indicado en los propios textos de los tratados de libre comercio, donde, a su vez, se establecen de manera taxativa las causales para denegar el trato arancelario preferencial. No obstante, la DIAN omitió por completo dicho procedimiento, sin aducir la causal por la cual negó el trato preferencial, contraviniendo flagrantemente lo acordado a través del mencionado tratado.

En el mismo sentido, debe tenerse en consideración que las causales establecidas en el TLC con Estados Unidos para que la autoridad aduanera pueda denegar el beneficio del régimen preferencial son las que a continuación se citan:

- (I) Cuando el exportador, productor o importador no responda una solicitud de información dentro de la etapa de verificación.
- (II) Cuando el exportador o productor no autorice la visita de verificación.
- (III) Se encuentre que el importador, exportador o productor ha presentado declaración o certificación falsas o infundadas.

Por su parte, el Tratado de Libre Comercio celebrado con la Unión Europea consagró las siguientes causales:

- (I) Cuando no se recibe respuesta frente a los requerimientos de la autoridad.
- (II) Cuando la respuesta no contiene información suficiente para determinar la autenticidad del certificado o prueba de origen o el origen real de los productos importados.

Ninguna de estas causales fue aducida por la DIAN para denegar el trato preferencial, como quiera que ni siquiera se adelantó el procedimiento de verificación de origen.

Por lo anterior, es claro que, se soslayó, por parte de la aludida Dirección, el respectivo tratado de libre comercio y el Decreto 390 de 2016, como quiera que se violó el procedimiento previsto para discutir el trato preferencial al haber omitido la realización del procedimiento de verificación de origen diseñado para tal efecto.

Así las cosas, la violación de los Tratados de Libre Comercio celebrados con Estados Unidos y la Unión Europea, y adicionalmente del Decreto 390 de 2016 constituyen

claramente un concepto de violación de expedición del acto administrativo de manera irregular y con violación de norma superior por lo que, consecuentemente, se deberán anular las resoluciones y decretar el restablecimiento del derecho según lo solicitado en las pretensiones.

**5.3. FALSA MOTIVACIÓN Y VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR DE LAS RESOLUCIONES NO. 002690 DEL 30 DE MAYO DE 2019 Y NO. 007861 DEL 8 DE OCTUBRE DE 2019, COMO QUIERA QUE LA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA PRESENTADA POR ABBOTT ERA LA AJUSTADA A DERECHO.**

En primer lugar, es preciso recordar que la Constitución Política de Colombia en su artículo 29 consagra el derecho fundamental al debido proceso, que debe observarse en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Derivado de lo anterior, los actos administrativos tienen presupuestos de existencia y validez so pena de ser declarados nulos conforme a los artículos 137 y 138 del C.P.A.C.A. Estos elementos son clasificados en internos y externos. Los primeros se refieren a las formalidades que debe tener todo acto administrativo y, los segundos, pretenden dar a conocer los motivos, objeto y finalidad, lo que hace que el administrado pueda controvertir o acoger lo expresado en ellos.

La exposición de motivos es una exigencia que se deriva del debido proceso y el derecho de defensa que garantiza la transparencia del ejercicio de la actividad pública, y permite al afectado conocer lo que se pretende con el acto notificado. En consonancia con ello, el artículo 42 del C.P.A.C.A. dispuso al respecto:

*“Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, **se tomará la decisión, que será motivada.**”*

*La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.”*

De conformidad con el citado artículo, los actos administrativos que contengan decisiones que afecten a los particulares deben motivarse, al menos de forma sumaria, pues el análisis de los hechos y razones que fundamentan la decisión garantizan el derecho de defensa y de audiencia en contra de quien se profiere la providencia y enmarcan en este caso, el contenido de la discusión. Por lo tanto, los motivos de los actos administrativos constituyen un elemento estructural y su ausencia o la falsa motivación generan la nulidad del acto, de conformidad con lo previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A.

Sobre esta causal de anulación el Consejo de Estado ha precisado que:

*"(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad."<sup>13</sup>*

Ahora bien, descendiendo al caso en concreto, encontramos que la Resolución Liquidación Oficial de Revisión No. 002690 del 30 de mayo de 2018 y la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 son actos administrativos viciados de nulidad, por cuanto: (I) Se exige la aplicación de una subpartida arancelaria que no existía para la fecha de presentación de las declaraciones de importación en cuestión; (II) Hubo un claro desconocimiento del precedente judicial respecto de la clasificación arancelaria de los productos importados, dado que en varios pronunciamientos del Consejo de Estado se determinó que los productos importados corresponden a una categoría de medicamentos; (III) El INVIMA no es la autoridad competente para determinar la clasificación arancelaria de los productos importados; (IV) Los conceptos técnicos emitidos por la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera no pueden aplicarse a las importaciones investigadas, como quiera que se fundamentan en normas que no estaban vigentes para el momento en el que se presentaron las declaraciones de importación; y (V) Los productos importados clasifican como medicamentos conforme a las reglas de clasificación arancelaria.

Lo anterior se pasará a explicar con detalle:

***a. La subpartida arancelaria 2106.90.90.00 no existía en el Arancel de Aduanas vigente para el mes de abril de 2016, esto es, para el momento de presentación de las declaraciones de importación cuestionadas.***

El Arancel de Aduanas aplicable para el mes de abril de 2016, fecha en que fueron presentadas las declaraciones de importación en cuestión, correspondía al consagrado en el Decreto 4927 de 2011, el cual no contemplaba la subpartida arancelaria 2106.90.90.00, pues esta clasificación fue incluida en el Arancel de Aduanas contenido en el Decreto 2153 de diciembre de 2016, el cual entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 30 de noviembre de 2006, Expediente 14362 estableció lo siguiente:

**"La sala reitera que se entiende que *las subpartidas a que hace alusión el artículo 16 de la Ley 223 de 1995 (art. 471 del E.T.), así como los bienes comprendidos en ellas, corresponden a las previstas en el Arancel de Aduanas que se encontrara vigente al momento de la***

<sup>13</sup> Sentencia del 8 de febrero de 2007, expediente 15298, CP. María Inés Ortiz Barbosa.

importación, toda vez que tratándose de la importación de bienes, es el Arancel de Aduanas el que define las posiciones arancelarias y los textos legales que a ellos corresponda, la norma tributaria simplemente remite al Arancel para fijar el IVA correspondiente a la respectiva importación”  
(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De manera que, las resoluciones previamente identificadas están falsamente motivadas y con violación de norma superior, pues al momento de ser proferidas no se tuvieron en cuenta las normas vigentes para el mes de abril del año 2016, específicamente el Arancel de Aduanas contenido en el Decreto 4927 de 2011 que no incluía la subpartida 2106.90.90.00.

**b. Desconocimiento del precedente judicial respecto de la clasificación arancelaria de los productos importados, dado que en varios pronunciamientos del Consejo de Estado se determinó que los productos importados corresponden a una categoría de medicamentos.**

La DIAN, al momento de proferir la Resolución de Liquidación No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado, el cual ha hecho múltiples pronunciamientos sobre la clasificación arancelaria de los productos importados por la Compañía “ABBOTT”. Algunos de estos pronunciamientos de relacionan a continuación:

(I) Expediente No. 1100103270002002005501 (8602) /2004:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 0652-29/01/02 y se señala lo siguiente:

“SEGUNDO- A título de restablecimiento del derecho se declara que el **Ensure Plus HN es un medicamento**”.

(II) Expediente No. 11001032700020050006600 (15846) /2009:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 6764-03/08/05 y se señala lo siguiente:

“2. A título de restablecimiento del derecho declárese que el producto **“Ensure Polvo” se encuentra clasificado en la partida arancelaria 30.04**”.

(III) Expediente No. 11001032700020030000301:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 8031-15/08/02 y se señala lo siguiente:

“2. Como Restablecimiento del derecho se declara que el **producto PULMOCARE, es un medicamento**, por los motivos expuestos en esta providencia”.

- (IV) Expediente No. 11001032700020020005601:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 2177-15/03/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO- A título de restablecimiento del derecho, declárese que el producto **"Ensure Polvo" es un medicamento**".*

- (V) Expediente No. 11001032700020030000101 (13698) /2004:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 8030-15/08/02 y se indica lo siguiente:

*"2. A título de restablecimiento del derecho declárese que el producto **"Glucerna" es un medicamento** que se clasifica en la partida arancelaria 30.04".*

- (VI) Expediente No. 11001032700020030000501/2005:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 7983-14/08/02 y se señala lo siguiente:

*"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que el **JEVIT es un medicamento** y deberá clasificarse como tal en la correspondiente partida arancelaria".*

- (VII) Expediente No. Expediente No. 11001032700020030004001/2005

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 11400-22/11/02 y se indica lo siguiente:

*"SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho se declara que el **Pramet Polvo es un medicamento**".*

- (VIII) Expediente No. 11001032700020020009001 (13476)/2005:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 3881-02/05/02 y se señala lo siguiente:

*"2. DECLÁRESE a título de restablecimiento del derecho que **el Pediasure Líquido es un medicamento**".*

- (IX) Expediente No. 11001032700020030000401 (13701) /2006:

En esta providencia se anula la Resolución de clasificación arancelaria No. 9150-13/09/02 y se señala lo siguiente:

*"2. Declárese a título de restablecimiento del derecho que le **Perative es un medicamento**".*

- (X) Consejo de Estado, sentencia de diciembre 9 de 2004, Expediente 11001032700020030000101:

En esta providencia, refiriéndose al producto "Glucerna" la corporación determina:

*"Así las cosas, habrá de anularse la resolución impugnada a título de restablecimiento del derecho se declarará que **la "Glucerna" es un medicamento clasificable en la partida arancelaria 30.04**" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

- (XI) Consejo de Estado, sentencia de agosto 26 de 2004, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

En esta providencia, refiriéndose al producto "Ensure Plus HN" la corporación determina:

*"La academia considera que los productos motivo de su consulta, deben ser reconocidos como medicamentos de amplio uso terapéutico y profiláctico en la nutrición clínica especializada".*

*De conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente y teniendo en cuenta la clasificación arancelaria de los productos contemplada en el Decreto 2800 de 2001, para la Sala es evidente que el producto **Ensure Plus HN responde más a las características de medicamento** que de alimento puesto que es un producto mezclado, con usos terapéuticos y profilácticos" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

- (XII) Consejo de Estado, Sentencia 10 de febrero de 2005, C.P. Ligia López Díaz

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "OsmoliteHN", frente al cual el Consejo de Estado decide:

*"En el presente caso, **el producto OsmoliteHN Plusno puede considerarse como un complemento alimenticio, sino un medicamento** por las razones ya expuestas. Por lo demás, está demostrado que tiene indicaciones relativas a la prevención o al tratamiento de una enfermedad: la desnutrición" (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

- (XIII) Consejo de Estado, Sentencia del 23 de noviembre de 2005

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Perative", frente al cual el Consejo de Estado decide:

"Siguiendo las Reglas Generales para Interpretación de la Nomenclatura" y atendiendo las pruebas que obran en el proceso, el producto "**PERATIVE**" debe ser **clasificado en la partida 3004**, como se explica a continuación".

(XIV) Consejo de Estado, Sentencia 23 de enero de 2006

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Perative", frente al cual el Consejo de Estado decide:

"Así las cosas, la Sala concluye que se impone declarar la nulidad de la Resolución acusada y el consecuente restablecimiento del derecho, consistente en declarar al producto "**PERATIVE**" como medicamento y así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia".

(XV) Consejo de Estado, Sentencia del 17 de agosto de 2006, C.P. Ligia López Díaz

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Ensure Plus HN", frente al cual el Consejo de Estado decide:

"De los anteriores elementos probatorios puede deducirse que **el Ensure Plus HN- líquido para colgar es utilizado médicamente** en el tratamiento y preservación frente a las enfermedades. Adicionalmente requiere que su venta y suministro se realice bajo fórmula médica, porque su administración es por vía enteral, es decir, se proveen los nutrientes directamente en el tracto gastrointestinal mediante el uso de sondas" (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

(XVI) Consejo de Estado, sentencia del 30 de agosto de 2007:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Pediasure líquido y Polmocare", frente al cual el Consejo de Estado decide:

"En suma, definida por la jurisdicción arancelaria de los productos **Pediasure Líquido y Pulmocare, en la partida 30.04**, al resolver las acciones de nulidad instauradas contra los actos de carácter general, esto es, las resoluciones 3881 de 2 de mayo de 2002 y 8031 de 15 de agosto del mismo año, través de las sentencias citadas, procede confirmar la sentencia apelada".

(XVII) Consejo de Estado, sentencia 9 de julio de 2009, C.P. William Giraldo Giraldo:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Ensure en polvo", frente al cual el Consejo de Estado decide:

"**ENSURE POLVO es un medicamento** que tiene alcances nutricionales y es suministrado a pacientes que presentan diversas situaciones clínicas o patologías" (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

(XVIII) Consejo de Estado, Sentencia 24 de septiembre de 2009:

En esta providencia se analiza la naturaleza del producto "Ensure", frente al cual el Consejo de Estado decide:

*"Así las cosas, dado que la Corporación expresamente estableció, según se demostró, que **estos productos, son medicamentos** y estas decisiones constituyen cosa juzgada, debe entenderse que clasifican arancelariamente en la partida 3004".*

La conclusión a la que llegó de manera uniforme y reiterada el Consejo de Estado, respecto de la cual los productos importados por Abbott corresponden a la categoría de medicamentos y no de alimentos, se derivó de varios pronunciamientos médicos, que no solo se restringen al producto "Ensure en polvo", pues, además, hacen referencia a otros productos como "Pediasure Polvo", "Ensure Líquido" y demás derivados del producto "Ensure". A continuación, se transcribe el aparte de la sentencia en la cual se cita al doctor Álvaro Valencia Ceballos, presidente de la Asociación Colombiana de Nutrición Clínica, quien afirma que tales productos son medicamentos, tal como se aprecia:

*"Desde la perspectiva de la ciencia médica estas fórmulas se consideran medicamentos por las siguientes razones:*

*Los individuos sanos deben recibir su nutrición a partir de los alimentos, **cuando un individuo sufre una enfermedad** y por razones de la enfermedad o de su tratamiento no puede llevar a cabo esta acción de alimentarse en forma natural, **es necesario que reciba alguna forma de nutrición artificial, ya sea por vía enteral o parenteral.***

*(...) **Cuando una fórmula de nutrición enteral tiene una relación balanceada de macronutrientes**, aporta el requerimiento completo de micronutrientes, cumple con ciertas características de densidad calórica, osmolaridad y además no contenga ingredientes que pongan en riesgo si tolerancia como la lactosa y el gluten, **es considerado un medicamento.***

*Los productos preguntados **Ensure Polvo, Pediasure Polvo, Ensure Líquido, así como otras fórmulas para nutrición enteral** cumplen con las características anotadas en el párrafo anterior y **son medicamentos.**"*

(Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Así mismo, el Consejo de Estado le otorga pleno valor probatorio a un pronunciamiento de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, en un documento suscrito por su presidente Juan Mendoza-Vega, en el que se relacionan productos de iguales características a las del bien objeto de discusión, y se afirma que:

*“Estos productos son de alta utilización en la práctica clínica por los varios servicios especializados y, por consiguiente, se consideran productos de características terapéuticas. (...) En pacientes seleccionados también se utilizan en forma profiláctica en la preparación de pacientes desnutridos que van a ser sometidos a intervenciones quirúrgicas mayores, a quimioterapia o a otras intervenciones mayores.”*

Resulta claro que la DIAN desconoció el precedente judicial, al haber clasificado el producto como un alimento y no como un medicamento, contraviniendo los reiterados pronunciamientos que el Consejo de Estado había proferido en la materia, en los cuales había dejado en claro y sin lugar a dudas que los productos objeto de discusión hacen parte de la clasificación de medicamentos, no por razones caprichosas, todo lo contrario, con sustento en conceptos técnicos. Pese a la claridad diametral que existe en la jurisprudencia sobre la naturaleza de medicamento que tiene los productos importados, la DIAN decidió, sustentada solo en su albedrío injustificado, desatender el precedente del Consejo de Estado.

Así pues, dado que la Corte Constitucional ha establecido que el precedente judicial es vinculante, la DIAN está obligada a aplicar la parte resolutoria adoptada en las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, pues la Corte Constitucional ha establecido en múltiples pronunciamientos que el precedente judicial es totalmente vinculante, máxime cuando en las decisiones de la primera corporación se ha ordenado la anulación de actos administrativos de carácter general, decidiendo que los productos importados se deben clasificar como medicamentos y no como alimentos.

De esta manera, como la DIAN desconoció el precedente, claramente estamos ante una violación de norma superior y falsa motivación, que indiscutiblemente generan la nulidad de las resoluciones y, consecuentemente, el restablecimiento del derecho solicitado.

***c. La clasificación de alimentos realizada por el INVIMA no es determinante de la clasificación arancelaria de los productos importados.***

La DIAN, en los actos administrativos que se discuten, se apoyó en las Resoluciones de Registro Sanitario expedidas por el INVIMA para reclasificar las mercancías importadas como alimentos, sin tener en cuenta que tales resoluciones del INVIMA NO son determinantes de la clasificación arancelaria.

Así lo ha señalado en Consejo de Estado en providencia de agosto 6 de 2015, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, al indicar:

*“(...) la clasificación de un producto por parte del Invima no determina su clasificación arancelaria, porque el Invima cumple funciones relacionadas con la salud pública, mientras que a la DIAN le compete vigilar, entre otras, la administración de los derechos aduaneros y la gestión aduanera.*

*De manera textual, la Sala ha dicho lo siguiente:*

*"[...] el objetivo y el ámbito de actuación de las dos entidades es diferente. Mientras el Invima atiende el control sanitario de los productos, sin clasificarlos arancelariamente, a la DIAN en ejercicio de las funciones de administración mencionadas le corresponde administrar los procesos técnicos aduaneros relacionados con la clasificación arancelaria, función que se ejerce en el nivel central por la subdirección de gestión técnica aduanera (antes subdirección técnica) y en el nivel local, por las divisiones de gestión de la operación aduanera. En ejercicio de tales funciones a la subdirección le compete expedir clasificaciones arancelarias de oficio o a petición de parte (D. 4048/2008, art. 28 N° 7).*

***En consecuencia, la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, por tener competencia sobre el control aduanero, y no el Invima"*** (Se resalta).

Lo anterior ha sido reiterado por las providencias que a continuación se relacionan:

- (I) Consejo de Estado, Sentencia del 11 de junio de 2009, radicado No. 15276, C.P. William Giraldo Giraldo.

*"En consecuencia, la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, por tener competencia sobre el control aduanero, y no el INVIMA, que, se insiste, tiene funciones relacionadas con la salubridad pública. Por lo tanto, no existen competencias comunes entre estas dos entidades."*

- (II) Consejo de Estado, Sentencia del 11 de junio de 2009, radicado No. 15558, C.P. William Giraldo Giraldo.

*"En consecuencia, la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto por tener competencia sobre el control aduanero, y no el INVIMA que, se insiste, tiene funciones relacionadas con la salubridad pública."*

- (III) Consejo de Estado, Sentencia del 16 de agosto de 2012, radicado No. 18127, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*"Que de acuerdo con los artículos 475 de la ley 9ª de 1979, 4 del Decreto 2092 de 1986 y 4 del Decreto 2092 de 1986, al INVIMA le corresponde evaluar y tramitar los registros sanitarios, mientras que la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la DIAN, según el Decreto 1265 de 1999, en concordancia con el artículo 47 de la Resolución 5632 de 1999, adicionado mediante la Resolución 7856 de 2001, es la encargada de conceptuar en materia de clasificación aduanera."*

- (IV) Consejo de Estado, Sentencia del 29 de noviembre de 2012, radicado No. 18308, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*“En ese orden de ideas, es irrelevante determinar qué entidad es la competente para clasificar arancelariamente los productos, aspecto que, por lo demás, ya fue dilucidado por esta Sección, al ratificar que el objeto misional de cada una de las entidades es distinto, pues mientras la primera (INVIMA) clasifica el producto con el fin de expedir el correspondiente registro sanitario, la segunda (DIAN) lo hace con el fin de determinar la subpartida arancelaria en la que está incluido dicho producto.”*

- (V) Consejo de Estado, Sentencia del 28 de noviembre de 2013, radicado No. 18071, C.P Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*“Por lo tanto, la Sala aclaró que “la DIAN es competente para definir la clasificación arancelaria de un producto, por tener competencia sobre el control aduanero, no el INVIMA que, se insiste, tiene funciones relacionadas con la salubridad pública.”*

- (VI) Consejo de Estado, Sentencia del 24 de octubre de 2013, radicado No. 17727, CP. Carmen Teresa Ortiz

*“Del marco normativo expuesto se advierte que de acuerdo con la naturaleza de los productos, el INVIMA otorga el registro sanitario de bienes sometidos a su control y vigilancia, que avala un producto alimenticio, farmacéutico, insecticida o plaguicida, como conveniente para el consumo humano o animal. La Clasificación que realiza obedece a criterios estrictamente técnicos de control sanitario, pero no comporta necesariamente la clasificación arancelaria.”*

- (VII) Consejo de Estado, Sentencia del 6 de agosto de 2015, radicado 19931, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

*“3.2 Entidad competente para definir la clasificación arancelaria de un producto.*

*3.2.1. Esta Corporación ha sostenido que la clasificación de un producto por parte del INVIMA no determina su clasificación arancelaria, porque el INVIMA cumple funciones relacionadas con la salud pública, mientras que a la DIAN le compete vigilar, entre otras, la administración de los derechos aduaneros y la gestión aduanera.”*

- (VIII) Consejo de Estado, Sentencia del 28 de septiembre de 2016, radicado 19934. C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

*“3.2.1. Autoridad competente para clasificar arancelariamente mercancías.”*

*Sobre lo primero, esto es, sobre si es el INVIMA o la DIAN la autoridad a la que le compete clasificar arancelariamente una mercancía, la Sala considera que lo ya dicho es argumento suficiente para fundamentar la competencia que tiene la DIAN.”*

Lo anterior para señalar que el Consejo de Estado ha sido muy claro al determinar que el INVIMA no es la entidad competente para determinar la clasificación arancelaria. Por lo

tanto, hay falsa motivación y violación de norma superior, en tanto la DIAN se fundamentó en esos conceptos para expedir las resoluciones que ahora se atacan.

***d. Los conceptos técnicos emitidos por la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera no son aplicables.***

La DIAN, en los actos administrativos que se discuten, se apoyó en conceptos técnicos emitidos por la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera que, a su vez, tuvieron apoyo en normas que no estaban vigentes para el momento en que se presentaron las declaraciones de importación, por lo tanto, NO podían aplicarse como quiera que se trataba de disposiciones derogadas y porque además está proscrita su aplicación retroactiva.

Ahora bien, la liquidación oficial se fundamentó en un concepto que a su vez se afincó en el Decreto 2153 de 2016, el cual claramente no era aplicable al caso, como quiera que varios de los conceptos emitidos por la mencionada Subdirección se fundamentaron en el Decreto 2153 del 26 de diciembre de 2016, el cual entró en vigencia hasta el 01 de enero de 2017, tal como se puede corroborar en el artículo 7 del citado Decreto, a saber:

*Artículo 7° "El presente Decreto rige a partir del 1° de enero de 2017, previa su publicación, y deroga el Decreto 4927 de 2011 y las demás disposiciones que le sean contrarias".*

Es decir, para abril de 2016, momento en el que se efectuaron las declaraciones de importación, NO estaba vigente tal norma y, por ende, no podían aplicarse los conceptos técnicos pues estos tenían sustento en dicha norma.

Por lo tanto, al haber fundamentado las resoluciones en estos conceptos, se acredita la falsa motivación y la violación de norma superior, vicios de los que adolecen las resoluciones que se reprochan.

***e. Los productos importados se clasifican como medicamentos conforme a las reglas de clasificación arancelaria.***

Las reglas arancelarias se encuentran consagradas en la norma vigente para el momento en que se presentaron las declaraciones de importación, es decir, el Decreto 4927 de 2011, en donde se consagra con claridad que los productos importados por la sociedad afianzada corresponden a la partida 30.04 de "Medicamentos".

Esto se soporta en lo dispuesto en la Regla General de Interpretación de la Nomenclatura No. 1, según la cual los productos importados hacen parte de la clasificación 3004, es decir, de medicamentos, como quiera que cumplen con los requisitos de la partida, a saber: (I) Son productos farmacéuticos del Capítulo 30; (II) Están constituidos por productos mezclados; (III) Tienen usos terapéuticos o profilácticos y (IV) Están acondicionados para la venta al por menor.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta el texto de la partida 30.04, el cual presenta el siguiente tenor:

*"30.04 Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 o 30.06) constituidos por productos mezclados o sin mezclar preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor".*

El citado fragmento presta absoluta claridad sobre la definición de medicamento para efectos arancelarios, la cual se acompasa con plenitud con la definición natural de la palabra *medicamento*, que según la RAE se define como: *"Sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta"*.

Así entonces, resulta evidente que los productos importados cumplen a cabalidad con los cuatro presupuestos mencionados en precedencia, así como también cumplen con suficiencia con la definición, tanto arancelaria como lingüística, de la palabra medicamento. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 3 del Decreto 1945 del 28 de octubre de 1996 señala: *"Los alimentos que posean una acción o se administren con finalidad terapéutica son medicamentos"*.

De esta manera, como la DIAN cometió un error en la clasificación arancelaria, indiscutiblemente se debe declarar la nulidad de las resoluciones y, consecuentemente, el restablecimiento del derecho solicitado.

#### **f. Conclusiones.**

De todo lo expuesto, se colige que tanto mi representada como su afianzada, fueron objeto de una medida arbitraria por parte de la DIAN, toda vez que los actos administrativos impugnados, no encuentran sustento normativo alguno que haga viable su expedición, pretendiendo exigir, respecto de las declaraciones de importación, el cumplimiento de normas que se expidieron con posterioridad a su presentación y que por ende no eran aplicables, y desconociendo la clasificación arancelaria contenida en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, así mismo, fueron expedidos desconociendo que la clasificación de alimentos realizada por el INVIMA no es determinante de la clasificación arancelaria de los productos importados, tampoco se tuvo en cuenta que los conceptos técnicos emitidos por la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera no son aplicables, como quiera que se apoyaron en normas que no estaban vigentes al momento de las declaraciones de importación.

En el mismo sentido se insiste en la arbitrariedad de la expedición de los actos administrativos que ahora se demandan, toda vez que los productos importados se clasifican como medicamentos conforme a las reglas de clasificación arancelaria, sin embargo, la DIAN los clasificó como alimentos, de manera injustificada,

De modo que, la situación descrita no nos deja otro camino que concluir la falsa motivación y violación a norma superior que revisten los actos atacados, para nacer a la vida jurídica y producir los efectos esperados.

Así entonces, las resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y No. 007861 del 8 de octubre de 2019 proferidas dentro del expediente RV-2016-2019-877, adolecen de nulidad por falsa motivación y por violación de norma superior.

**5.4. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN NORMA SUPERIOR Y FALSA MOTIVACIÓN HABIDA CUENTA QUE SE VULNERÓ EL ARTÍCULO 424 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO.**

La DIAN violó totalmente el artículo 424 del Estatuto Tributario, como quiera que aplicó el impuesto sobre las ventas - IVA a los productos importados por Abbott, desconociendo que estos se encontraban excluidos de forma expresa por encontrarse dentro de la categoría de medicamentos, como a continuación se puede observar:

El artículo 424 del Estatuto Tributario señala lo siguiente:

*ARTICULO 424. BIENES QUE NO CAUSAN EL IMPUESTO. Los siguientes bienes se hallan excluidos del impuesto y por consiguiente su venta o importación no causa el impuesto sobre las ventas. Para tal efecto se utiliza la nomenclatura arancelaria Andina vigente:*

(...)

30.04                    *Medicamentos (excepto los productos de las partidas 30.02, 30.05 o 30.06) constituidos por productos mezclados o sin mezclar preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor.*

Así entonces, los actos administrativos impugnados al señalar, sin fundamento alguno, que los productos importados debían clasificarse por la partida 21.06 y no por la 30.04, infringieron el Estatuto Tributario, como quiera que al efectuar dicha reclasificación se gravó con el IVA a una serie de productos que por disposición legal se encuentran exentos de dicho gravamen.

Por lo tanto, queda claro que las resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y 007861 del 08 de octubre de 2019 por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración, proferidas dentro del expediente RV-2016-2019-0877, adolecen de nulidad por falsa motivación y por violación de norma superior al haber transgredido flagrantemente esta norma imperativa de orden público.

#### 5.5. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y FALSA MOTIVACIÓN AL HABER VULNERADO EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.

El presente concepto de violación se fundamenta en que el artículo 83 de la Constitución Política y el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, consagran el principio de buena fe, sobre cual debe regirse toda actuación administrativa.

En consideración a todo lo que se ha expuesto en el presente escrito, es claro que la DIAN violó de forma flagrante las citadas disposiciones, al apartarse por completo de la buena fe, como quiera que desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado, el cual ya era ampliamente conocido por esta entidad y lo desconoció sin razón alguna, toda vez que NO hubo cambio en ninguna de las circunstancias por las cuales se llegare a justificar haberse apartado del precedente judicial.

Así mismo, la DIAN no tuvo en cuenta los fallos del Consejo de Estado en los cuales se define con claridad que el INVIMA no es la autoridad competente para determinar la clasificación arancelaria de productos importados. Por otra parte, la DIAN descuidó que los conceptos técnicos en los que se apoyó no eran aplicables como quiera que estaban fundamentados en normas no vigentes para la fecha de la presentación de las declaraciones de importación.

Por lo tanto, las resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y 007861 del 08 de octubre de 2019 *por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración*, al haber violado el principio de buena fe adolecen de nulidad por falsa motivación y por violación de norma superior y, por lo tanto, debe darse el restablecimiento de los derechos.

#### 5.6. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR, FALSA MOTIVACIÓN Y EXPEDICIÓN IRREGULAR POR VULNERAR LA CONFIANZA LEGÍTIMA DEL ADMINISTRADO Y POR IR EN CONTRA DE LOS ACTOS PROPIOS DE LA DIAN.

El principio de la confianza legítima se define como aquel límite que tienen las autoridades frente a sus actuaciones, para no incorporar variaciones injustificadas que lesionen las expectativas legítimas de los administrados.

Al respecto la Corte Constitucional manifiesta lo siguiente:

***“El principio de confianza legítima funciona entonces como un límite a las actividades de las autoridades, que pretende hacerle frente a eventuales modificaciones intempestivas en su manera tradicional de proceder, situación que además puede poner en riesgo el principio de seguridad jurídica. Se trata pues, de un ideal ético que es jurídicamente exigible. Por lo tanto, esa confianza que los ciudadanos tienen frente a la***

*estabilidad que se espera de los entes estatales, debe ser respetada y protegida por el juez constitucional*<sup>14</sup> (Se resalta)

Este principio es de raigambre constitucional, como quiera que es expresión del principio de la buena fe, pues así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, en los siguientes términos:

*“La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico”*<sup>15</sup>.

Además del principio de la confianza legítima, las autoridades, así como los particulares, deben respetar el principio general de derecho según el cual nadie puede contravenir sus actos propios.

Este principio ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al siguiente tenor:

*“Con fundamento en el comentado principio, se ha estructurado la ‘doctrina de los actos propios’ -venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial”*<sup>16</sup>.

Así entonces, la DIAN, a través de la expedición de las resoluciones que se demandan violó el principio de la confianza legítima de la sociedad Abbott y de mi representada, como quiera que:

- (I) La DIAN había aprobado sin reparo alguno la clasificación arancelaria de los productos importados por Abbott bajo la clasificación arancelaria de medicamentos y no de alimentos. , pues, además, así lo había establecido con claridad el Consejo de Estado.
- (II) La composición química de los productos, de los productos no ha variado desde que el Consejo de Estado profirió los múltiples pronunciamientos que ya se han citado.

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-453 de 2018 del 22 de noviembre de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

<sup>15</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004 del 19 de febrero de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19 de agosto de 2015, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Por tal razón, no puede la DIAN contravenir sus propios actos cuando ya aceptó y aplicó con anterioridad los pronunciamientos del Consejo de Estado.

- (III) La DIAN de forma arbitraria, sin tener en cuenta sus actos propios y sus conductas anteriores y reiteradas, también soslayando que las condiciones fácticas no presentaban ninguna variación, decidió, solicitar una nueva liquidación cambiando la clasificación arancelaria de medicamento a alimentos respecto de los mismos productos.

Debe tenerse en cuenta que el Estado es una unidad, por lo tanto, debe entenderse que Abbot presentó las declaraciones de importación bajo la legítima convicción de que la DIAN y el Consejo de Estado ya habían sentado una posición respecto de la cual los productos eran medicamentos y en tal virtud no estaban gravados con IVA.

A pesar de lo anterior, aún cuando había una posición definida, la DIAN de manera arbitraria decidió apartarse de la misma, vulnerando así la legítima confianza de ABBOTT que se fundamentaba en que sus productos no estaban gravados con tributos.

Esto es plena muestra de la violación de las expectativas legítimas, por ende, del principio de confianza legítima de la sociedad Abbott, quien, actuando conforme a los actos propios de la DIAN, presentó las declaraciones de importación, por lo tanto, las resoluciones que acá se demandan adolecen de violación de norma superior, falsa motivación y expedición irregular y se debe ordenar el respectivo restablecimiento del derecho. Es decir, se presentaron las declaraciones de importación bajo la legítima convicción de los actos propios de esa entidad en donde ya había declarado que los productos de Abbot eran medicamentos más no alimentos.

#### 5.7. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS CON VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS SANCIONES.

En este punto resulta esencial recordar el alcance del principio de legalidad, a saber:

*“El principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -lex scripta- con anterioridad a los hechos materia de la investigación-lex previa. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa (...)”, es decir,*

*que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión*<sup>17</sup> (Se destaca)

Así entonces, es claro que la DIAN violó el principio de legalidad al haber impuesto la sanción prevista en el numeral 2.2. del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, como quiera que su aplicación se restringe a los declarantes en el régimen de importación condición en la que no actuó la sociedad Abbott en las operaciones de comercio exterior, toda vez que dicha sociedad actuó por agencia de aduanas, frente a lo cual debe tenerse claro que sus obligaciones se encuentran taxativas y, por lo tanto, esto debió haber sido atendido en procura del principio de legalidad.

Por lo tanto, se tiene claro que la DIAN violó el principio de legalidad. Por lo tanto, las resoluciones que acá se demandan adolecen de violación de norma superior, falsa motivación y expedición irregular y se debe ordenar el respectivo restablecimiento del derecho.

#### **5.8. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y DERECHO DE DEFENSA Y FALSA MOTIVACIÓN POR CUANTO NO SE HA REALIZADO EL RIESGO ASEGURADO.**

Sin perjuicio de lo antes mencionado, debe precisarse que los argumentos esgrimidos por la Entidad administrativa demandada no tienen fundamento jurídico ni fáctico, por cuanto no existió ninguna actuación del afianzado Abbott Laboratories de Colombia S.A. que constituya la realización del riesgo asegurado en la póliza expedida por mí representada.

Después de efectuar la anterior precisión, cabe destacar que como bien se ha indicado previamente, la hipotética obligación indemnizatoria de la aseguradora sólo puede nacer a la vida jurídica si efectivamente se ha realizado el riesgo amparado en el contrato de seguro, es decir que sólo podría predicarse el nacimiento de la obligación de indemnizar, sí y solo sí, se comprueba que se realizó el riesgo asegurado, sujeto por supuesto a las distintas condiciones de la póliza.

Así mismo, la obligación solo podrá nacer a la vida jurídica, cuando no se configure ninguna de las causales de exclusión o de inoperancia del contrato de seguro, ya sea de origen convencional o legal, todo sin perder de vista que la obligación del asegurador, por ser condicional, no es exigible mientras no se compruebe la realización de la condición suspensiva convenida, la cual será la conformación de la responsabilidad de la entidad afianzada por presunto incumplimiento legal que genere perjuicios y sea imputable única y exclusivamente al citado.

En efecto, el artículo 1072 del Código de Comercio define el siniestro como la realización del riesgo asegurado y, a su vez, el artículo 1054 del mismo estatuto comercial define el riesgo asegurado en los siguientes términos:

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-412/15, M.P. Alberto Rojas Rios

*“DEFINICIÓN DE RIESGO. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento.”*

De esta manera, podemos concluir que la obligación de mi representada no ha nacido a la vida jurídica, por cuanto no se cumplió la condición pactada de la que pende su surgimiento, es decir, la realización del riesgo asegurado que configura el siniestro, máxime si se considera que en las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales No. 70711 el mismo se definió así:

*“1. RIESGOS AMPARADOS*

*JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., SOCIEDAD LEGALMENTE ESTABLECIDA EN COLOMBIA Y DEBIDAMENTE AUTORIZADA POR LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA PARA OPERAR EN EL PAÍS, LA CUAL EN LO SUCESIVO SE DENOMINARÁ JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., AMPARA A LA ENTIDAD ASEGURADA POR EL RIESGO DE INCUMPLIMIENTO OCURRIDO DURANTE LA VIGENCIA DEL SEGURO, DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DE LAS DISPOSICIONES LEGALES (LEYES, DECRETOS, REGLAMENTOS, RESOLUCIONES, ETC.) SEÑALADAS EN LA CARÁTULA DE LA PRESENTE PÓLIZA, IMPUTABLE AL TOMADOR, COMO LA PERSONA OBLIGADA DE DAR CUMPLIMIENTO DE LA RESPECTIVA DISPOSICIÓN LEGAL” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

De conformidad con el anterior, es claro que no se ha realizado el riesgo asegurado por el contrato de seguro, que permita la configuración del siniestro y la consecuente afectación de la póliza en cuestión, toda vez que no se ha presentado infracción aduanera alguna por parte de Abbott Laboratories de Colombia S.A. pues ella efectuó la clasificación arancelaria de los productos importados, de conformidad con las normas vigentes para el momento en que se presentaron las respectivas declaraciones de importación.

Por consiguiente, siendo el seguro de cumplimiento de mera indemnización, como en efecto está contemplado, no es viable hacer efectiva la póliza por un supuesto incumplimiento que no se ha configurado, violándose la gradualidad y, especialmente, la proporcionalidad que deben tener las sanciones en el campo administrativo y, por supuesto, omitiéndose una evaluación objetiva del acervo probatorio y de la conducta del afianzado, de la cual se desprende con evidente claridad que no se generó ningún perjuicio contra la DIAN, existiendo entonces una falsa motivación del acto administrativo y violación de norma superior.

Debe mencionarse que hay violación de norma superior y falsa motivación, toda vez que se afectó la póliza sin que hubiera ningún incumplimiento por parte del afianzado, en contravía con las normas del contrato de seguro citadas en precedencia lo cual, además, deriva en que el acto administrativo esté falsamente motivado.

Así entonces, las resoluciones No. 002690 de 30 de mayo de 2019 y No. 007861 del 08 de octubre de 2019 *por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración* proferidas dentro del expediente RV-2016-2019-0877 adolecen de nulidad por falsa motivación y violación de norma superior.

**5.9. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR Y DERECHO DE DEFENSA Y FALSA MOTIVACIÓN POR CUANTO QUE LOS ANEXOS 0 Y 1 DE LA PÓLIZA NO. 70711 NO PRESTAN COBERTURA TEMPORAL.**

Se sostiene que la expedición de la Resolución de Liquidación Oficial de Revisión No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y de la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 fue arbitraria y violatoria de los derechos de mi representada, por las razones que a continuación se pasan a exponer.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que mediante la Ley 225 de 1938 se estableció en el ordenamiento jurídico el seguro de manejo y cumplimiento, con el fin de respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y/o contratos, así como el adecuado manejo de fondos de empleados. Estos seguros están regulados también por el artículo 203 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En virtud del artículo 2 de la Ley 225 de 1938, se establece la posibilidad de asegurar el riesgo de incumplimiento de obligaciones que emanen de leyes, resoluciones, decretos o de cualquier disposición legal.

Así entonces, se establece el seguro de Cumplimiento de Disposiciones Legales como modalidad del seguro de cumplimiento, el cual corresponde a la clasificación de los de Daños de acuerdo a la distinción de seguros que trae el artículo 1082 del Código de Comercio, el cual a su vez atañe a este tipo de seguros dentro de los patrimoniales, en la medida que propende por la protección del patrimonio económico del asegurado/beneficiario (acreedor), por los perjuicios que le genere el incumplimiento de la disposición legal a cargo del tomador del seguro, deudor o garantizado.

Por lo anterior, resulta claro que, en el remoto evento de llegar a establecerse que Abbott Laboratories de Colombia S.A. incumplió las disposiciones legales que la DIAN ha relacionado en las Resoluciones objeto de reproche, debe tenerse en cuenta que dicho incumplimiento ocurrió fuera de la vigencia de los anexos 0 y 1 de la Póliza No. 70711 que comprende desde el 05 de enero de 2019 hasta el 05 de enero de 2021, teniendo en cuenta que las declaraciones de importación, momento desde el cual se puede reputar el posible incumplimiento, tienen fecha de abril de 2016; es decir, aproximadamente tres años antes de la entrada en vigencia de la mencionada póliza.

Se insiste en que el momento del incumplimiento de las disposiciones legales, es decir, el momento de ocurrencia del siniestro, no puede ser otro diferente que el mismo de la presentación de las declaraciones de importación. Por lo cual, y al ser este un seguro contratado bajo la modalidad de ocurrencia, como quiera que ampara el hecho y **NO** la reclamación, como sí ocurre en los seguros contratados bajo la modalidad de *Claims made*, es evidente que los anexos 0 y 1 de póliza que se pretende afectar **NO** prestan cobertura temporal para los hechos objeto de la controversia.

En la mencionada póliza quedó consignado con diametral claridad la voluntad de las partes de amparar el riesgo de incumplimiento de las disposiciones legales, es decir, el momento mismo en que a través de un acto del afianzado se incurra en violación de alguna disposición legal. A continuación, se transcribe el aparte mencionado:

**"RIESGOS AMPARADOS**

*(...) Jmalucelli Travelers Seguros S.A., ampara a la entidad asegurada por el riesgo de incumplimiento ocurrido durante la vigencia del seguro, de las obligaciones emanadas de las disposiciones legales (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones etc.) señaladas en la carátula de la presente póliza, imputable al tomador, como la persona obligada de dar cumplimiento de la respectiva disposición legal".*

Por su parte, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cali, en sentencia del 09 de junio de 2017, señaló con claridad lo siguiente:

*"En razón a lo anterior, para esta instancia judicial es cierto que es obligatoria la efectividad de la Póliza, pero esta debe realizarse precisamente al momento de la ocurrencia del siniestro por la comisión de la infracción aduanera y no cuando se profiere el Requerimiento Oficial a la empresa importadora, es decir, posterior al hecho aduanero investigado, habiendo conocido la Administración de tal situación y por ende, convirtiéndose en un suceso cierto no asegurable, en este sentido la vigencia de la Póliza de la Previsora S.A. compañía de seguros, solo podía ser efectiva en el caso de encontrarse vigente a la comisión de la infracción endilgada".*

Es decir, la ocurrencia del siniestro supuestamente habría tenido lugar al momento de la presentación de las declaraciones de importación.

Así mismo, en la jurisprudencia del Consejo de Estado se señala:

*"En materia aduanera, la Sala ha señalado que **el siniestro o riesgo asegurado lo configura el incumplimiento de la obligación garantizada**, y que esa **circunstancia debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza**, aclarando que **el incumplimiento como tal, es***

**sustancialmente distinto a su declaratoria mediante acto administrativo**<sup>18</sup> (Se resalta).

*"(...) la responsabilidad de la aseguradora (...) se concreta a la ocurrencia del siniestro, **que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada.***

*De manera que no es dable confundir el siniestro que se configura por el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, con el acto administrativo ejecutoriado mediante el cual se declara el incumplimiento y, en consecuencia, se ordena hacer efectiva la garantía. Lo relevante es que el incumplimiento acontezca en la vigencia de la póliza, y la reclamación se surta dentro del plazo previsto en el artículo 1081 del C.Co*<sup>19</sup> (Se resalta)

En una nueva oportunidad el Consejo de Estado reiteró lo anterior en los siguientes términos:

*"Resulta entendido que, el acto administrativo demandado fue proferido luego de haber expirado el término de vigencia del seguro; sin embargo debe tenerse en cuenta **que una cosa es la ocurrencia del siniestro como tal y otra la declaración de la entidad de hacer efectiva la póliza por la ocurrencia de ese siniestro.** La Resolución demandada simplemente lo que hace es declarar la ocurrencia de un hecho que aconteció en vigencia del seguro"*<sup>20</sup> (Se resalta)

Posteriormente, la citada corporación, insiste en lo anterior al señalar:

*"(...) la responsabilidad de la aseguradora (...) se concreta a la ocurrencia del siniestro, **que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada.***

*De manera que no es dable confundir el siniestro que se configura por el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, con el acto administrativo ejecutoriado mediante el cual se declara el incumplimiento y, en consecuencia, se ordena hacer efectiva la garantía. Lo relevante es que el incumplimiento acontezca en la vigencia de la póliza, y la reclamación se surta dentro del plazo previsto en el artículo 1081 del C.Co*<sup>21</sup> (Se destaca)

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 2010, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

Se reitera en:

Consejo de Estado, Sentencia del 19 de marzo de 2015, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

<sup>19</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, D.C. 10 de julio 2014. Radicación: 250002327000200601324-01. Asunto: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: CÓNDROR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES. Demandado: U.A.E. DIAN

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sentencia 24 de enero de 2013, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sentencia 10 de julio 2014, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Es claro que existe precedente judicial proferido por el Consejo de Estado, el cual establece que el siniestro en una póliza que garantiza el cumplimiento de disposiciones legales ocurre con su infracción, no con la declaración que de ella se haga, por lo que no puede la DIAN desconocer esa jurisprudencia analógicamente aplicable.

Es decir, el riesgo amparado, al ser el incumplimiento de la disposición legal, habría acaecido en el mismo momento en el que se presentaron las declaraciones de importación, como quiera que este, es decir, el presunto incumplimiento, es un hecho que no requiere ser declarado por acto jurídico alguno para que tenga entidad, la autoridad cumple una función meramente declarativa mas no constitutiva del mismo.

Es claro entonces que, al ser el cumplimiento un acto que se perfecciona con su mero acaecimiento, sin que sea necesario que medie alguna decisión por parte de la autoridad que lo constituya como tal, el hecho amparado ocurrió en el momento en el que se presentaron las declaraciones de importación.

En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el siniestro, en el remoto caso en que se llegara a considerar que efectivamente hubo un incumplimiento por parte de la afianzada, ocurrió en el momento en que se presentaron las declaraciones de importación, es decir, en abril de 2016.

Debe tenerse en cuenta que la Póliza No. 70711, se contrató con vigencia del 05 de enero de 2019 hasta el 05 de enero de 2021, en modalidad de ocurrencia, es decir, que solo presta cobertura para los hechos ocurridos dentro de la vigencia pactada.

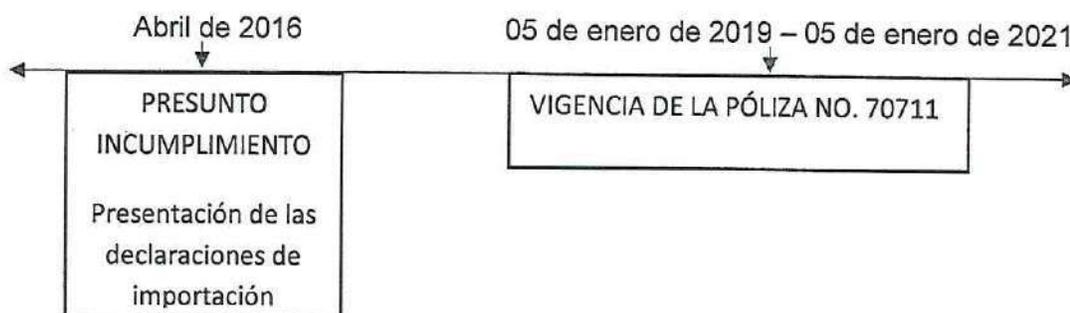
Por lo anterior, y siendo claro que las declaraciones de importación se presentaron en abril de 2016, es decir, más de dos años antes de que las partes hubieran contratado el aludido seguro, claramente no existe cobertura temporal del contrato de seguro.

En línea con lo señalado, es necesario dejar absoluta claridad en que los anexos 0 y 1 del contrato de seguro identificado con la Póliza No. 70711 NO prestan cobertura temporal, como quiera que no estaban vigentes para el momento en que acaeció el supuesto siniestro, pues si llega a señalarse, en un hipotético escenario, que hubo incumplimiento de las disposiciones normativas, esto solo pudo tener ocurrencia en abril de 2016, es decir, previo a la suscripción del contrato de seguro el riesgo ya había acaecido, lo que hace inviable pretender afectar la póliza.

Ahora bien, de forma subsidiaria, en caso de demostrarse que la póliza No. 70711 NO se contrató bajo la modalidad de ocurrencia sino de descubrimiento, igualmente es claro que no hay cobertura temporal de los anexos 0 y 1 de la citada póliza, pues el descubrimiento de la presunta infracción por parte de la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A., tuvo lugar el 20 de diciembre de 2017, con el oficio No. 100211231-4237, emitido por la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera, en el cual se solicita realizar la revisión de las declaraciones de importación con el fin de efectuar las correcciones correspondientes, momento para el que tampoco estaba vigente la mencionada póliza.

Por lo tanto, apartarse de este entendimiento, según el cual el siniestro ocurre con el incumplimiento de la norma, es decir, al momento de realizar las declaraciones de importación y no cuando se profiere el acto administrativo que lo declare, implica contrariar lo establecido por el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la cual ha sido clara a la par de enfática al orientar el correcto entendimiento del momento en el que ocurre el siniestro.

A continuación, para mayor ilustración del Despacho, se presentará de forma gráfica la línea del tiempo en relación con los hechos y la vigencia prestada por la póliza, a saber:



Así entonces, no hay lugar a dudas que el siniestro ocurrió fuera de la vigencia que prestan los anexos 0 y 1 de la póliza que se pretende afectar, por lo tanto, esta no otorga cobertura, lo cual implica que las resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y No. 007861 del 08 de octubre de 2019 *por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración*, proferidos dentro del expediente RV-2016-2019-0877, adolecen de nulidad por falsa motivación y por violación de norma superior, al haber ordenado la efectividad de un contrato de seguro pese a que el mismo no gozaba de cobertura temporal para amparar los presuntos incumplimientos.

#### 5.10. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN NORMA SUPERIOR Y FALSA MOTIVACIÓN COMO QUIERA QUE LOS HECHOS CIERTOS NO SON ASEGURABLES.

De forma subsidiaria a lo plantado en precedencia, de llegar a considerarse que hubo por parte de la afianzada el supuesto incumplimiento de las disposiciones legales aduaneras, no puede perderse de vista que se trata de un riesgo inasegurable, como quiera que este presunto incumplimiento tuvo lugar en abril de 2016, lo cual implica que para el 05 de enero de 2019, fecha en la que inició la vigencia de la Póliza No. 70711, se trata de un hecho cierto, por lo tanto, inasegurable. Así lo dispone el Código de Comercio en el artículo 1054, al consagrar:

*“Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento” (Se resalta).*

Así entonces, la consideración que lleva a cabo la DIAN en las resoluciones objeto de reproche, pero en especial en la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 al indicar que *"la fecha de ocurrencia del siniestro es el 12 de abril de 2019, fecha de expedición del requerimiento especial aduanero"* es una afirmación que NO tiene ningún soporte jurídico, como quiera que el siniestro que se amparó a través de la mencionada póliza es el incumplimiento ocurrido durante la vigencia de la póliza, el cual tuvo lugar, bajo un escenario hipotético, en abril de 2016 fecha de presentación de las declaraciones de importación, en las cuales supuestamente no se aplicaron las disposiciones que reprocha la DIAN.

En razón a esto, es indiscutible que la fecha del supuesto siniestro, es decir, del incumplimiento de las disposiciones legales solo pudo haber tenido lugar en abril de 2016, tres años antes de la entrada en vigencia de los anexos 0 y 1 de la póliza que arbitrariamente se pretende afectar, de lo cual se deriva que ya se trataba de un hecho cierto, por ende, inasegurable, para la fecha de vigencia los mencionados anexos de la Póliza.

El anterior entendimiento está respaldado en varios fallos del Consejo de Estado, en los cuales se sostiene lo siguiente:

*"En materia aduanera, la Sala ha señalado que **el siniestro o riesgo asegurado lo configura el incumplimiento de la obligación garantizada**, y que esa **circunstancia debe ocurrir dentro del término de vigencia de la póliza**, aclarando que **el incumplimiento como tal, es sustancialmente distinto a su declaratoria mediante acto administrativo**"<sup>22</sup> (Se resalta).*

Lo anterior, también lo ha reiterado en el siguiente pronunciamiento:

*"(...) la responsabilidad de la aseguradora (...) se concreta a la ocurrencia del siniestro, **que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada.***

*De manera que no es dable confundir el siniestro que se configura por el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, con el acto administrativo ejecutoriado mediante el cual se declara el incumplimiento y, en consecuencia, se ordena hacer efectiva la garantía. Lo relevante es que el incumplimiento acontezca en la vigencia de la póliza, y la reclamación se surta dentro del plazo previsto en el artículo 1081 del C.Co."<sup>23</sup> (Negrilla fuera de texto)*

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 2010, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Se reitera en:

Consejo de Estado, Sentencia del 19 de marzo de 2015, M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, D.C. 10 de julio 2014. Radicación: 250002327000200601324-01. Asunto: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Demandante: CÓNDROR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES. Demandado: U.A.E. DIAN

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en pronunciamientos jurisprudenciales, ha definido efectivamente el riesgo en materia de seguros, como por ejemplo en la sentencia Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC7814-2016, Radicación n.º 05001-31-03-010-2007-00072-01. M.P Luis Armando Tolosa Villabona. 15 de junio de 2016, en la cual indicó lo siguiente:

*“El riesgo, elemento esencial del contrato de seguro, justamente es un **acontecimiento futuro e incierto temido por el acreedor, por el contratante o por el tomador**; llámese terremoto, incendio, inundación, enfermedad, inclusive la propia muerte (artículos 1054 y 1137 del Código de Comercio), etc.; esta última, entendida como “(...) **la incertidumbre del acontecimiento de una contingencia desfavorable**”. Todos esos fenómenos se aseguran, no para suprimir el hecho condicional, sino con el propósito de obtener una indemnización o compensación económica, ante la ocurrencia de la condición o del evento dañoso o del acontecimiento temido. Por tanto, **el riesgo, en general es un hecho condicionante, esto es, verdadera circunstancia futura e incierta, por la posibilidad de su ocurrencia al mediar la incertidumbre de que sobrevenga el hecho por obra del azar, del alea, afectando patrimonialmente a un sujeto de derecho, en forma concreta (seguro de daños), o en forma abstracta (seguro de personas).**”<sup>[1]</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

La importancia de lo que precede radica en que es de la esencia del contrato de seguro su carácter aleatorio, el cual, implica que la obligación que de este se deriva pende de la realización de un hecho futuro e incierto respecto del cual no se tiene certeza sobre su ocurrencia. Si se pretendiera, como en el caso concreto se pretende, hacer exigible la obligación que emana del contrato de seguro por un hecho ya acaecido y por tanto cierto, ello implicaría eliminar completamente su esencia aleatoria, para transformarlo en un contrato conmutativo.

Por lo tanto, apartarse de este entendimiento, según el cual el siniestro ocurre con el incumplimiento de la norma, es decir, al momento de realizar las declaraciones de importación y no cuando se profiere el acto administrativo que lo declare, implica contrariar lo establecido por el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la cual ha sido clara a la par de enfática al orientar el correcto entendimiento del momento en el que ocurre el siniestro.

En conclusión, no hay lugar a dudas que el siniestro ocurrió fuera de la vigencia que prestan los anexos 0 y 1 de la póliza No. 70711, por lo tanto, para el momento de la entrada en vigencia se trataba de un hecho cierto y, por lo tanto, inasegurable por mandato legal, en consecuencia, las resoluciones No. 002690 de 30 de mayo de 2019 y No. 007861 del 08 de octubre de 2019 por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración proferidas dentro del expediente RV-2016-2019-0877, adolecen de nulidad por falsa motivación y por violación de norma superior, al haber ordenado la efectividad de la póliza

con base en un hecho pretérito y cierto, y no en uno futuro e incierto como imperativamente lo exige el artículo 1054 del C.Co..

**5.11. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN NORMA SUPERIOR Y FALSA MOTIVACIÓN POR CUANTO LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO PRESCRIBIERON.**

El supuesto incumplimiento por parte de la sociedad afianzada tuvo lugar en abril de 2016 con la presentación de las declaraciones de importación.

Teniendo presente lo anterior, debe resaltarse que el Código de Comercio consagra un régimen especial de prescripción en materia de seguros y en su Artículo 1081 establece previsiones no sólo en relación con el tiempo que debe transcurrir para que se produzca el fenómeno extintivo, sino también respecto del momento en que el período debe empezar a contarse. Dicho precepto establece lo siguiente:

*"ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.*

*La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.*

*Estos términos no pueden ser modificados por las partes".*

Es evidente que, el término de prescripción que le aplica al interesado es el de prescripción ordinaria y este se cuenta desde el momento en que este haya tenido o debido tener el conocimiento de los hechos que dan base a la acción, es decir, desde la presentación de las declaraciones de importación en abril de 2016.

Sin perjuicio de que NO hay cobertura temporal de los anexos 0 y 1 de la póliza No. 70711, es claro que las acciones derivadas del contrato de seguro se encuentran prescritas como quiera que desde los hechos que dan base a la acción, que datan de abril de 2016, hasta el momento en que quedó en firme la resolución por la que se confirmó la liquidación oficial han transcurrido más de tres años, superando de forma suficiente el término de prescripción que señala la norma, es decir, dos años.

Así entonces, constituye claramente un concepto de violación de expedición del acto administrativo en violación de norma superior y falsa motivación al vincular una póliza de seguro cuya acción se encuentra prescrita, que se encuentra prescrita, por lo que, consecuentemente, se deberán anular las resoluciones y decretar el restablecimiento del derecho según lo solicitado en las pretensiones.

**5.12. ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS EN VIOLACIÓN NORMA SUPERIOR Y FALSA MOTIVACIÓN POR CUANTO NO SE TUVIERON EN CUENTA LAS CONDICIONES DEL CONTRATO DE SEGURO.**

Teniendo en cuenta que las compañías de seguro no están llamadas a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, es necesario que en caso concreto y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

**“ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA.** *El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.*

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia, ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

*“Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, el valor de la prestación a cargo de la aseguradora, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización”<sup>24</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Ahora bien, en la póliza No. 70711 se pactó como valor asegurado total la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$6.632.175.577), es decir, este será el valor máximo que se le podrá imponer a mi representada por la totalidad de los eventos que se reclamen.

No obstante, la DIAN ha desconocido este pacto y las disposiciones comerciales que lo amparan al pretender afectar la mencionada póliza por valor superior a los \$6.632.175.577, como quiera que en otros trámites administrativos, diferentes al discutido en este caso, la

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

DIAN ordenó la efectividad de la póliza en un valor superior al valor asegurado, tal como a continuación se detalla:

35

- (I) En el expediente No. 2016-2016-30 el valor pretendido asciende a la suma de \$3.464.211.000.
- (II) En el expediente No. 2016-2019-205 el valor pretendido asciende a la suma de \$1.585.797.498.
- (III) En el expediente No. 2016-2019-975 el valor pretendido asciende a la suma de \$4.578.238.000.
- (IV) En el expediente No. 2016-2019-877 el valor pretendido asciende a la suma de \$971.912.000.
- (V) En el expediente No. 2016-2019-1128 el valor pretendido asciende a la suma de \$6.048.001.000
- (VI) En el expediente No. RV – 2016-2019-1363 el valor pretendido asciende a la suma de \$4.887.742.000.

En los expedientes detallados la DIAN ordenó la efectividad proporcional de la Póliza No. 70711, sin tener en cuenta el límite del valor asegurado, el cual se refiere a la totalidad de los eventos por los que se pretenda afectar la póliza.

El límite del valor asegurado de la póliza 70711 fue ampliamente excedido por parte de la DIAN, como quiera que se pactó como valor asegurado la suma de \$6.632.175.577, sin embargo, se ordenó afectar por un monto de \$21.535.901.498, que corresponde al resultado de las sumas relacionadas en el numeral anterior, montos que se pretenden obtener, indebidamente, afectando la misma póliza No. 70711 en desconocimiento pleno del límite asegurado.

Es claro que el límite del valor asegurado de la Póliza No. 70711 fue ampliamente excedido por parte de la DIAN, por esta razón como se excedió el valor asegurado, estamos ante una falsa motivación y violación de norma superior, por lo que, consecuentemente, se deben anular las resoluciones No. 002690 del 30 de mayo de 2019 y No. 00861 del 08 de octubre de 2019.

#### VIII. JURAMENTO

En representación de la sociedad **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.**, respetuosamente me permito manifestar bajo la gravedad de juramento que no se ha presentado demanda o solicitud alguna por los mismos hechos y pretensiones.

#### IX. COMPETENCIA Y CUANTÍA

La competencia para conocer el presente asunto corresponde al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, teniendo en cuenta que el ente que profirió los actos administrativos que se pretenden demandar es la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

Así mismo, se confirma que es competente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, la cuantía de las pretensiones supera los 300 S.M.L.M.V.

La presente demanda deberá tramitarse por el Procedimiento establecido en la PARTE SEGUNDA "Organización de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de sus funciones Jurisdiccionales y Consultivas" CAPITULO V "Demanda y proceso Contencioso Administrativo" de la Ley 1437 de 2011.

#### **X. ESTIMACIÓN RAZONADA DE LA CUANTÍA**

La cuantía del presente trámite se estima en valor de NOVECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS DOCE MIL PESOS M/CTE (\$971.912.000), que corresponde al valor que se determina en el artículo quinto de la Resolución No. 002690 del 30 de mayo de 2019, confirmada por la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019.

#### **XI. RELACIÓN PROBATORIA**

##### **➤ DOCUMENTALES:**

Presento a usted los siguientes documentos, para que sean tenidos como pruebas dentro de la diligencia:

1. Copia del Requerimiento Especial Aduanero No. 01-03-238-419-435-8 del 12 de abril de 2019.
2. Copia de la respuesta al requerimiento especial aduanero presentado por ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. de fecha del 08 de mayo de 2019.
3. Copia de la respuesta al requerimiento especial aduanero presentado por JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A. de fecha del 13 de mayo de 2019.
4. Copia de la Resolución de Liquidación No. 002690 del 30 de mayo de 2019, proferida por el Jefe de la División de Gestión de Liquidación.
5. Copia de la certificación de notificación de la Resolución No. 002690 del 30 de mayo de 2019.
6. Copia del recurso de reconsideración presentado por ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. en contra de la Resolución de Liquidación No. 002690, de fecha del 28 de junio de 2019.
7. Copia del recurso de reconsideración presentado por JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A. en contra de la Resolución de Liquidación No. 002690, de fecha del 27 de junio de 2019.

36

8. Copia de la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 "por la cual se deciden cuatro (4) recursos de reconsideración"
9. Copia de la constancia de notificación de la Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019.
10. Copia de la Resolución Liquidación Oficial de Revisión No. 001925 del 24 de abril de 2019, proferida dentro del expediente RV-2016-2019-30.
11. Copia de la Resolución No. 006860 del 11 de septiembre de 2019 por medio de la cual se resuelven cuatro recursos de reconsideración, dentro del expediente RV-2016-2019-30.
12. Copia de la Resolución No. 001265 del 30 de octubre de 2019 por la cual se corrige una actuación administrativa, proferida dentro del expediente RV-2016-2019-30.
13. Copia de la Resolución Liquidación Oficial de Revisión No. 002508 del 22 de mayo de 2019, proferida dentro del expediente RV-2016-2019-205.
14. Copia de la Resolución No. 007810 del 04 de octubre de 2019 por medio de la cual se resuelven cuatro recursos de reconsideración, dentro del expediente RV-2016-2019-205.
15. Copia de la Resolución Liquidación Oficial de Revisión No. 003342 del 11 de julio de 2019, proferida dentro del expediente RV-2016-2019-975.
16. Copia de la Resolución No. 008801 del 12 de noviembre de 2019 por medio de la cual se resuelven cuatro recursos de reconsideración, dentro del expediente RV-2016-2019-975.
17. Copia de la Resolución Liquidación No. 003805 del 01 de agosto de 2019, proferida dentro del expediente RV-2016-2019-1128.
18. Copia de la Resolución No. 009257 del 27 de noviembre de 2019 por medio de la cual se resuelven cuatro recursos de reconsideración, dentro del expediente RV-2016-2019-1128.
19. Copia de la Resolución Liquidación No. 004136 del 22 de agosto de 2019, proferida dentro del expediente RV-2016-2019-1363.
20. Copia de la Resolución No. 010203 del 26 de diciembre de 2019 por medio de la cual se resuelven cuatro recursos de reconsideración, dentro del expediente RV-2016-2019-1363.
21. Copia de la solicitud de conciliación extrajudicial, radicada el día 05 de febrero de 2020 ante la ante la Procuraduría Judicial Delegada ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Distrito Judicial de Cundinamarca.

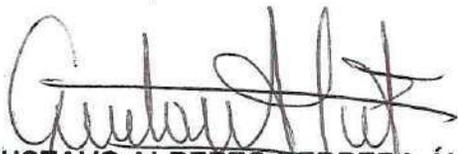
**XII. ANEXOS**

- Poder amplio y suficiente conferido al suscrito.
- Todos los documentos aducidos como prueba en el acápite anterior.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A., expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Certificado de existencia y representación de ABBOTT LABORATORIES COLOMBIA S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Decreto 2117 de 1992 por medio del cual se crea la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas.
- Copia física y en medio magnético para el traslado.
- Copia física y en medio magnético para el archivo.

**XIII. NOTIFICACIONES**

- El suscrito apoderado en la Carrera 11 A No. 94 A -56, Oficina 402 de la ciudad de Bogotá. Para efectos de notificación electrónica, según lo previsto en el art. 162 Núm. 7 del CPACA, la dirección electrónica es: [gherrera@gha.com.co](mailto:gherrera@gha.com.co) y [notificaciones@gha.com.co](mailto:notificaciones@gha.com.co)
- La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en la Carrera 8 # 6C -38, Edificio San Agustín de la ciudad de Bogotá.
- A la sociedad Abbott Laboratories de Colombia S.A. en la calle 100 No. 9ª-45, Piso 14 de la ciudad de Bogotá.

Cordialmente,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**

C.C. N° 19.395.114 de Bogotá

T.P. N° 39.116 del C. S. de la J.

Honorable

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA**  
E. S. D.

**REF:** PODER MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

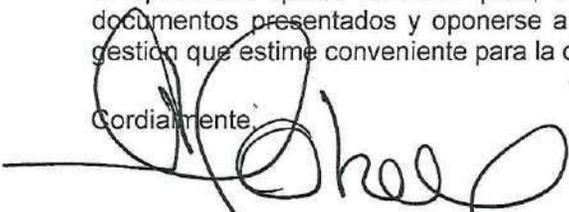
**DEMANDANTE:** JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A.

**DEMANDADO:** DIRECCIÓN DE ADUANAS E IMPUESTOS NACIONALES -DIAN-.

**JOSE MIGUEL OTOYA GRUESO**, mayor de edad, vecino de Bogotá, identificado con la cédula de ciudadanía N° 16.694.882. De Cali, en mi calidad de Representante Legal de JMALUCELLI TRAVELERS, Compañía de Seguros legalmente constituida e identificada con NIT. No. 900.488.151-3, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Superintendencia Financiera de Colombia, por medio del presente, confiero poder especial amplio y suficiente al abogado **GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del C.S de la J., para que actuando en nombre y representación de la Compañía Aseguradora, tramite y lleve hasta su terminación el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra de la DIRECCIÓN DE ADUANAS E IMPUESTOS NACIONALES -DIAN-, en el que se pretende declarar nulos los siguientes actos administrativos: (i) Resolución Liquidación No. 1-03-241-201-640-01002690 del 30 de mayo de 2019 y (ii) Resolución No. 007861 del 08 de octubre de 2019 -por la cual se resuelven cuatro (4) recursos de reconsideración-; proferidos dentro del expediente RV-2016-2019-0877, por el Jefe (A) de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá y por el Subdirector de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la precitada entidad, respectivamente, así como todos los actos administrativos subsiguientes que se proferieron en virtud tales providencias por parte del ente de control fiscal.

El apoderado queda facultado para, sustituir y reasumir este poder, para tachar de falsos los documentos presentados y oponerse a las tachas de falsedad, así como para adelantar toda la gestión que estime conveniente para la defensa de los intereses que se le confían

Cordialmente,



**JOSE MIGUEL OTOYA GRUESO**

C.C. 16.694.882

Acepto,



**GUSTAVO ALBERTO HERRERA AVILA**

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C.S. de la J

**JMALUCELLI TRAVELERS-Calle 98 # 21-50 Oficina 901**

Tel: (571) 5522350 - Bogotá, Colombia

[jmtrv.com.co](http://jmtrv.com.co)

NOTARIA 44  
JOSE FERNANDO GONZALEZ  
75541851

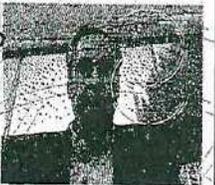
CC 16694882



FIRMA TOMADA  
FUERA DEL DESPACHO

NOTARIA 44 DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.

ALBERTO GUZMAN REINOSO  
NOTARIO 44 DE BOGOTA ENCARGADO  
RECONOCIMIENTO Y PRESENTACIÓN  
PERSONAL



Compareció:

OTOYA GRUESO JOSE MIGUEL  
identificado con: C.C. 16694882

Verifique en  
[www.notariaenlinea.com](http://www.notariaenlinea.com)

y declaró que la firma y  
huella que aparecen en el  
presente documento son  
suyas, y que el contenido  
del mismo es cierto.

JF

6CPHO3JNB83JEHP



Bogotá D.C. 13/12/2019  
2w4erro2d2ccw24

INDICE DERECHO

