

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-SECCIÓN CUARTA-SUBSECCIÓN B.
rmemorialesposec04tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICACIÓN: 25000233700020200008300

DEMANDANTE: JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A

DEMANDADOS: U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES
-DIAN.

ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVA

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 expedida en Bogotá, abogado titulado y en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en mi calidad de apoderado especial de **JMALUCELLI TRAVELERS SEGUROS S.A**, como consta en el poder que reposa en el expediente, mediante el presente escrito procedo a presentar **RECURSO DE APELACIÓN ADHESIVA** contra la sentencia anticipada de primera instancia en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

La sentencia de primera instancia proferida dentro del proceso de la referencia se emitió el 25 de julio de 2024 y fue notificada el 31 de julio del mismo año. En este sentido, dado que la apelación presentada es una apelación por adhesión, conforme al parágrafo del artículo 322 del Código General del Proceso: *“El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que profirió la sentencia mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término de ejecutoria del auto que admite la apelación de la sentencia.”* Considerando que el 23 de agosto de 2024 ingresó el expediente del proceso al despacho, con la finalidad de decidir lo pertinente en relación con el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por la Corporación, el presente recurso se presenta dentro del término definido en el precepto normativo mencionado, razón por la cual debe conceder el recurso de alzada.

II. OBJETO DE LA APELACIÓN

Se presenta apelación adhesiva contra el numeral tercero de la sentencia anticipada de primera instancia, en el cual se decidió negar las demás pretensiones de la demanda. Esta apelación se fundamenta en la inconformidad con la decisión del Tribunal de no reconocer el derecho solicitado por la parte demandante, ya que, en nuestro criterio, las pruebas allegadas al proceso demuestran de manera diáfana y suficiente la procedencia de acoger por parte del *ad quem* la totalidad de las pretensiones incoadas en el medio de control.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. **EN EL PROCESO QUEDÓ DEMOSTRADO QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS FUERON EXPEDIDOS SIN COMPETENCIA LEGAL, CONTRARIO A LO DECIDIDO EN LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

De acuerdo con el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, se decidió “*NEGAR las demás pretensiones de la demanda.*” Frente a dicha decisión deberá ser de estudio por el superior el cargo de nulidad invocado de cara a que los actos administrativos enjuiciados fueron expedidos sin competencia.

En primer lugar, si bien la Sala hace referencia al artículo 47 del Decreto 4048 de 2008, el cual establece que la competencia para proferir actos administrativos está atribuida a los jefes de las dependencias de la DIAN, este precepto no excluye la aplicación de las normas especiales que distribuyen la competencia territorial. Es decir, el argumento de la competencia institucional no puede prevalecer sobre las reglas específicas que asignan la competencia en función de la territorialidad y los domicilios de los involucrados, como se prevé en los numerales 13 y 15 del artículo 39 del Decreto 4048 de 2008 y en el numeral 7.2 del artículo 1 de la Resolución 007 de 2008 de la DIAN. La Sala yerra al considerar que esta última resolución (007 de 2008), en su artículo 1º, numeral 7.1, claramente establece que los procesos sancionatorios o de liquidación oficial deben adelantarse por la Dirección Seccional correspondiente al lugar donde se presentó la declaración de importación o exportación, o se autorizó el tránsito aduanero. En este caso, las declaraciones de importación mayoritariamente se presentaron en los puertos de Cartagena y Buenaventura, por lo que sin lugar a dubitaciones refule que la competencia radica en la dirección seccional dónde se presentó la declaración de importación, aunado al hecho de que los usuarios aduaneros (importador Abbott Laboratorios y agente de aduanas AGECOLDEX) tienen domicilio en dos direcciones seccionales diferentes (Bogotá y Cali, respectivamente), y no como de manera errada interpretó y decidió el H. Tribunal, al esgrimir que la competencia al interior de la entidad demandada es institucional y que la facultad para proferir las actuaciones de la administración tributaria y aduanera no está sujeta de las competencias establecidas en normas especiales.

En segundo lugar, no es de recibo que el *a quo* cite el art. 47 del Decreto 4048 de 2008, para concluir que el cargo por falta de competencia de la dependencia que profirió los actos administrativos demandados no está llamado a prosperar, dado que, según el Tribunal, dicho artículo faculta a todos los jefes de las dependencias para proferir las actuaciones encaminadas al cumplimiento de la misión. No obstante, el postulado normativo también establece que tal facultad debe entenderse y aplicarse sin perjuicio de las competencias predefinidas, ya sea por el legislador o por el presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales en normas especiales, así

*“(…) **Artículo 47. Competencia para proferir los actos administrativos. Sin perjuicio de las competencias, establecidas en normas especiales,** son competentes para proferir las actuaciones de la Administración tributaria y aduanera los empleados públicos de la DIAN nombrados o designados como jefes de las diferentes dependencias de la Entidad. (…)* Negrilla y subrayado adrede.

De lo anterior, resulta procedente interpretar que el precepto normativo en cuestión incorpora una cláusula de excepción o limitación ('sin perjuicio') con el objetivo de introducir una aclaración que garantiza que lo que se menciona a continuación no afectará ni modificará otros derechos, obligaciones o competencias previamente establecidas por la ley u otra norma, es decir que ante la existencia de la Resolución 007 de 2008 expedida por la DIAN en el numeral 7.2 del artículo 1 consagra que la competencia para adelantar los procesos sancionatorios o de expedición de liquidaciones oficiales en la Dirección Seccional de Aduanas o a la Dirección de Impuestos y Aduanas con competencia en el lugar del domicilio del presunto infractor o usuario, salvo que dicho proceso se adelantara en contra de dos o más infractores con domicilio en más de una dirección seccional, pues en ese evento, sería 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, ello, por cuanto la norma precitada dispuso específicamente lo siguiente:

*“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”.* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Bajo este estado de cosas, y contrario a lo decidido por el H. Tribunal, la prenotada resolución debe aplicarse al asunto de referencia, ello en razón de que: (i) se adelantó la investigación contra dos o más infractores con domicilios en ciudades diferentes y (ii) en las ciudades donde se domicilian los infractores, más de una dirección seccional tiene competencia territorial. Así pues, se demostró que el primer presupuesto se cumplió a cabalidad, dado que, en el proceso adelantado contra Abbott y Agecoldex, estos tenían domicilio en las ciudades de Bogotá y Cali, respectivamente. (iii) el numeral 7.2 del mencionado artículo 1° de la Resolución 007 de 2008 establece que, en ese caso, cuando la competencia radica en más de una dirección seccional, será asignada al lugar donde se presentaron las declaraciones de importación, lo cual se acreditó en el expediente, correspondiendo a la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena en su mayoría, con otras presentadas en

Buenaventura y una única declaración en Bogotá.

Si bien el artículo 47 del Decreto 4048 de 2008 faculta a los jefes de las dependencias de la DIAN para proferir actos administrativos, dicha norma no puede contradecir las reglas especiales sobre competencia territorial establecidas en la Resolución 007 de 2008. El hecho de que la DIAN posea facultades como entidad de carácter institucional no exime la necesidad de adherirse a la asignación de competencias territoriales específicas ordenadas en sus resoluciones. En el presente caso, se demostró que los actos administrativos proferidos por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá comportan una irregularidad lo que a la postre de traduce en la nulidad o invalidez de sus efectos, al haberse expedido con falta de competencia

El Tribunal sostiene que el oficio emitido por la Dirección Seccional de Cartagena no constituye un verdadero ejercicio de la función de revisión de las declaraciones; empero, este argumento carece de rigor argumentativo, dado que el envío de la información desde Cartagena representa el primer acto formal dentro de la cadena de control, conforme a las normas de la DIAN. Considerar que únicamente las actuaciones posteriores de Bogotá son relevantes minimiza la importancia del conocimiento inicial asumido por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena – Subdirección de Fiscalización Aduanera. Además, la mayoría de las declaraciones de importación ingresaron por Cartagena, lo que activa la regla especial de competencia (artículo 1° de la Resolución 007 de 2008) que establece que, en casos donde la competencia radica en más de una dirección seccional, será asignada al lugar donde se presentaron las declaraciones de importación. Esta circunstancia refuerza la tesis de mi representada en relación con el cargo de que los actos administrativos cuestionados se expidieron sin competencia, razón suficiente para que el H. Consejo de Estado, en sede de segunda instancia, declare probado el concepto de nulidad alegado.

2. SE DEMOSTRÓ LA FALTA DE MOTIVACIÓN DE LA DIAN AL DECLARAR LOS PRODUCTOS COMO ALIMENTOS EN LUGAR DE MEDICAMENTOS.

De manera atinada, el H. Tribunal, en su providencia, declaró probado el cargo de falsa motivación de los actos administrativos objeto de censura en sede judicial. Le asiste razón al Tribunal al concluir, con fundamento en la corriente jurisprudencial del Consejo de Estado, que en anteriores oportunidades y de manera pacífica definió que el tratamiento arancelario de los productos revisados por la demandada se hizo en desconocimiento de la doctrina judicial. Dicha doctrina estableció que los productos deben clasificarse bajo las partidas arancelarias correspondientes a medicamentos, específicamente en la partida 30.04, y no en la 2106.

En su sentencia del 15 de julio de 2010, el Consejo de Estado reiteró su postura respecto a estos mismos productos, los cuales ya habían sido definidos como medicamentos.

“Mediante sentencias de esta Corporación, se ha declarado la nulidad de los actos

administrativos, a través de los cuales la DIAN, ha manifestado que los productos hoy en discusión se clasifican arancelariamente como alimentos y no como medicamentos, toda vez que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente se determinó que los productos cuestionados, fueron clasificados equivocadamente como productos gravados.

Producto	Expediente	Fecha	Ponente
Ensure Plus HN	11001-03-27-000-2002-0055-01 (8602)	26-Ago-04	Olga Inés Navarrete Barrero
Pediasure Polvo	11001-03-27-000-2002-00540-01 (13287)	09-Dic-04	Héctor J. Romero Díaz
Glucerna	11001-03-27-000-2003-00001-01 (13698)	09-Dic-04	Héctor J. Romero Díaz
Osmolite HN Plus	11001-03-27-000-2003-00002-01 (13699)	10-Feb-05	Ligia López Díaz
Jevity II	11001-03-27-000-2003-00005-01	28-Abr-05	María Claudia Rojas Lasso
Pramet	11001-03-27-000-2003-00040-01	28-Abr-05	María Claudia Rojas Lasso
Pediasure Líquido	11001-03-27-000-2002-00090-01 (13476)	27-Oct-05	Juan Ángel Palacio Hincapié
Perative	11001-03-27-000-2003-00004-01 (13701)	23-Ene-06	Juan Ángel Palacio Hincapié
Pulmocare	11001-03-27-000-2003-00003-01 (13700)	17-Ago-06	María Inés Ortiz Barbosa
Ensure Líquido	11001-03-27-000-2002-00081-01	19-Feb-09	Marco Antonio Velilla Moreno
Ensure Polvo	11001-03-27-000-2005-000660-0 (15846)	09-Jul-09	William Giraldo Giraldo

1

Así las cosas, y de acuerdo con los dictámenes presentados a esta Corporación se estableció, que estos productos, **son medicamentos y estas decisiones constituyen cosa juzgada**, debe entenderse que se clasifican arancelariamente en la partida 30.04, tal como lo informó la sociedad actora en las declaraciones de importación, objeto de este proceso”²

(...) **LA DOCTRINA JUDICIAL DEL CONSEJO DE ESTADO, LA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA DE LOS PRODUCTOS ENSURE PLUS HN, ENSURE POLVO, (...), ENSURE LÍQUIDO, (...), PEDIASURE EN POLVO, PEDIASURE LÍQUIDA, GLUCERNA, JEVITY II, OSMOLITE HN PLUS, PERATIVE (...)** La Sala pone de presente que tanto esta Sección, como la Sección Primera del Consejo de Estado, han emitido fallos sobre casos análogos al que ahora se discute, pero referido a otras declaraciones de importación presentadas por la demandante u otros actores. En estos fallos, la Sala consideró que los productos **ENSURE PLUS HN, ENSURE POLVO, (...), ENSURE LÍQUIDO, (...), PEDIASURE EN POLVO, PEDIASURE LÍQUIDA, GLUCERNA, JEVITY II, OSMOLITE HN PLUS, PERATIVE (...)** eran medicamentos, fundamentalmente porque del acervo probatorio que las partes habían aportado a los respectivos procesos se pudo determinar que los productos importados tenían propiedades terapéuticas y profilácticas acondicionados para la venta al por menor. **Esta situación fáctica probada en los**

¹ Sentencia TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “B”- Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil veinticuatro (2024)
² Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, exp. 760012331000200403116 01 (17861), sentencia del 15 de julio de 2010.

respectivos procesos implicó descartar la aplicación de la nota 1 a) del capítulo 30 del Arancel de Aduanas en cuanto dispone que en este capítulo 30, en el que se clasifican los productos farmacéuticos, no están incluidos los alimentos dietéticos, los alimentos enriquecidos, los alimentos para diabéticos, los complementos alimenticios, las bebidas tónicas y el agua mineral. La valoración de las pruebas aportadas le permitió al Consejo de Estado concluir que la DIAN sí había vulnerado el Arancel de Aduanas por aplicación indebida del capítulo 20 y por la falta de aplicación del capítulo 30.

A lo anterior se suma una pléyade de decisiones judiciales del Consejo de Estado que constituyen precedente en relación con la clasificación arancelaria de los productos Pediasure Polvo, Ensure Polvo, Glucerna Polvo, Osmolite, Perative, Ensure Advance, Ensure Base Líquido, Pediasure Líquido, Glucerna 1.0, Glucerna Líquido, Ensure Advance Polvo y Jevity II. Estas decisiones se basaron en estudios científicos, certificaciones técnicas, doctrina médica y nutricional, así como en conceptos emitidos por expertos en la materia. Con fundamento en esa serie de pruebas, se concluyó que dichos productos pueden clasificarse válidamente como medicamentos.

En tal sentido, resulta claro que la DIAN desconoció no solo la norma, sino también el precedente judicial al clasificar el producto como un alimento y no como un medicamento, contraviniendo los reiterados pronunciamientos del Consejo de Estado en la materia. Dichos pronunciamientos dejaron claro, sin lugar a dudas, que los productos en discusión deben ser clasificados como medicamentos. Si bien el H. Tribunal tuvo probado el cargo relacionado a la falsa motivación de los actos administrativos decisión debidamente fundada y sobre la cual no recae censura alguna; pero, debió estudiarse la falta de motivación de los actos administrativos acusados; por cuanto la DIAN pretermitió su carga argumentativa que reside en toda entidad revestida con facultas administrativos de cara a la expedición de actos administrativos, puesto que de haber cumplido con dicha carga habría determinado que la doctrina judicial del Consejo de Estado ya se había decantado en el sentido de incluir o clasificar los productos que conllevó a que se declarara que la partida incorrecta la cual era la 3004 y no la 2106.

Con fundamento en lo anterior, y frente a este punto, con las documentales aportadas y que no fueron tachadas de falsas, se probó al despacho que las resoluciones objeto de litigio fueron actos administrativos viciados de nulidad, por cuanto: (I) se exigió 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 era 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 podían aplicarse a las importaciones investigadas, como quiera que se fundamentaron en normas que no estaban vigentes para el momento en el que se

presentaron las declaraciones de importación; y (V) los productos importados se clasificaban como medicamentos conforme a las reglas de clasificación arancelaria. Por lo tanto, solicitamos que se confirme la declaratoria de nulidad de los actos administrativos impugnados, tal como lo ha reconocido el H. Tribunal, en cumplimiento del precedente jurisprudencial pacífico y reiteradamente establecido por la máxima autoridad judicial en la materia.

IV. PETICIONES

Comendidamente solicito al Despacho se sirva:

- 1) **CONCEDER** el recurso de apelación adhesiva contra la sentencia de primera instancia proferida el 25 de julio de 2024 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ante el Honorable Consejo de Estado.
- 2) **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia proferida el 18 de julio de 2024 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el cual, de manera equivocada, se negaron las demás pretensiones de la demanda, para en su defecto acoger la totalidad de las pretensiones impetradas en la demanda, y en su lugar acoger la totalidad de las pretensiones impetradas en la misma.
- 3) **CONFIRMAR** lo dispuesto en los demás numerales de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que le asiste razón al Tribunal Administrativo de Cundinamarca al declarar la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión 1-03-241-201 640-01-002508 del 22 de mayo de 2019 y de la Resolución 007810 del 4 de octubre de 2019, por medio de las cuales se modificaron unas declaraciones de importación presentadas por la sociedad Abbott Laboratories de Colombia SAS y se desató el recurso de reconsideración respectivo.

Respetuosamente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA
C.C. No 19.395.114 de Bogotá D.C.
T.P. No. 39.116 del C.S. de la J.