

Señores
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
Buzón: admin09cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co
E.S.D.

ASUNTO: ALEGATO DE CONCLUSIÓN

EXPEDIENTE: 13001-33-33-009-2020-00078-00 (2020 – 00078-00)

DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AGECOLDEX S.A. NIVEL 1
DEMANDADO: U.A.E DIAN
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cordial saludo,

Respetado Juez,

PAOLA ANDREA MEDINA MONTES, obrando en mi condición de apoderada especial de la sociedad Demandante, legalmente reconocida dentro del proceso judicial, y estando dentro de la oportunidad legal respectiva, por este escrito presente alegatos de conclusión de conformidad con lo ordenado en Auto notificado por estado electrónico del 13 de Junio del año 2024.

ALEGATO DE CONCLUSIÓN:

Se centra el debate judicial en relación a la multa impuesta a AGECOLDEX que asciende a la suma de CIENTO NOVENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL (\$194.382.000) M/CTE, correspondiente al veinte por ciento (20%) del mayor valor a pagar incluida la sanción, de acuerdo a los valores establecidos en dicha liquidación oficial, infracción señalada en el numeral 2.6 del Artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 39 del Decreto 1232 de 2001 y adicionado por el artículo 6º del Decreto 2883 de 2008, y los actos administrativos demandados corresponden a la Resolución No. 1-03-241-201-640-01-002690 del 30 de Mayo del año 2019 proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, y la Resolución No. 007861 del 08 de Octubre de 2019, proferido por la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, y mediante la cual se resuelve recurso de reconsideración y se confirma la Resolución No. 1-03-241-201-640-01-002690 del 30 de Mayo del año 2019.

En relación a los cargos de nulidad en correspondencia con las pruebas aportadas en la demanda, se dispone los siguientes elementos como alegato de conclusión:

- 1. De la revisión de las Declaraciones de Importación inmersas en el asunto en estudio¹, se observa que en la casilla 12 “CÓD. ADMÓN” (entiéndase “código de administración”) figura el código “48”, el cual corresponde a la Aduana de CARTAGENA, y NO a la Aduana de Bogotá, por lo cual, se evidencia que esta última (DIAN BGTA) NO contaba con competencia para imponer sanciones, consecuente, los **actos administrativos** demandados fueron **expedidos sin competencia** y con violación a norma superior de parte de la Aduana de Bogotá, al desatender la competencia dispuesta en el Num. 15º del Art. 39 del Decreto 4048/08, y consecuente el Num. 16 del Art. 70 del Dec. 1742 de 2020, que disponen que las acciones encaminadas

¹ Ver Folios 308 al 321 del expediente aduanero (antecedentes administrativos) aportado por la DIAN en su contestación:

ADHESIVOS Nos.:	CASILLA 12. CÓDIO ADMINISTRACIÓN	NOMBRE ADUANA
23831018691566 del 19/04/2016, 09019111342305 del 19/04/2016, 07500290893073 del 20/04/2016, 07500290893217 del 21/04/2016, 07500281127253 del 21/04/2016, 01204103214154 del 27/04/2016 y 0120410324147 del 27/04/2016	48	Cartagena

a sancionar infracciones aduaneras son de competencia de la Aduana de su respectivo territorio (entiéndase donde se origina el hecho, para el caso, donde se presentaron las declaraciones de importación).

Así pues, si bien la DIAN aduce su competencia en que si existen dos (2) investigados con dos (2) domicilios diferentes, pero, uno de ellos tiene domicilio en la Aduana que llevará el proceso (para el caso ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA tiene domicilio en Bogotá), entonces dicha Aduana (Bogotá) podrá asumir el caso, y ser la primera aduana en “tener conocimiento de los hechos”, obviando que el asunto aquí es que las Declaraciones de Importación que derivan los hechos investigados fueron presentadas ante Aduana Cartagena; así pues, la Dirección Seccional COMPETENTE para haber adelantado la investigación y emitido acto administrativo mediante el cual determinase la diferencia de tributos aduaneros, intereses de mora y sanción al Importador, y PUNTUALMENTE pretender sancionar bajo el numeral 2.6 del art. 485 del E.A., a la sociedad AGENCIA DE ADUANAS AGECOLDEX S.A. NIVEL 1, es la Aduana del TERRITORIO en el cual se surtió dicha situación, es decir, la Aduana en la cual se presentó la respectiva declaración.

Así pues, el Decreto 4048 de 2008/Decreto 1742 de 2020 disponen claramente una competencia territorial que no puede ser vulnerada por Resoluciones de inferior jerarquía, que aducen competencia por domicilios de varios investigados y/o primer conocimiento, tal como lo ha señalado el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo², y no debe confundirse la competencia funcional con la competencia territorial, y es claro que la norma superior dispuso claramente que es la aduana del territorio la que debe investigar y sancionar.

Sobre la falta de competencia el Consejo de Estado³ indicó:

“(…) La competencia es la cantidad de potestad que tiene un órgano administrativo para dictar un acto¹⁰ y atiende a diversos criterios: el criterio objetivo o de atribución, que atañe a las materias o funciones propiamente dichas el criterio funcional, que se fundamenta en la estructura jerárquica del órgano de la administración pública; el criterio territorial, que alude a la competencia local, y, por último, el criterio temporal, que hace referencia al plazo o tiempo con el que se cuenta para ejercer la función.

Existen actos de competencia exclusiva de un ministro, jefe del órgano, por ejemplo, o delegables en otros órganos o funcionarios; actos de primera instancia o de segunda instancia; actos nacionales o actos locales, etcétera.

La desconcentración y la delegación son las clásicas maneras como se asigna la competencia a los órganos que componen una entidad.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera en Sentencia del 20 de Noviembre de 2014 con Radicación No. 47001-23-31-000-2010-00297-01, Actor: C.I. PRODECO S.A, Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN: ... Así las cosas, es claro que la Resolución 007 de 2008 no debió contravenir lo dispuesto por el Decreto 4048, pues aquella debía sujeción a la norma superior que reguló, con vocación preferente, la competencia en razón del territorio para sancionar las infracciones aduaneras. Nótese que un cambio de criterio en la asignación competencial del nivel local de la DIAN para adelantar los procedimientos administrativos sancionatorios, efectuado mediante una Resolución, desborda la facultad del Director de la Entidad para establecer tales competencias, cuando las mismas han sido ya determinadas por el Decreto que, no obstante, le otorga a dicho funcionario una facultad para ese efecto.

³ Sentencia del 3 de agosto de 2016 del Consejo de Estado - Sección Cuarta, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 18058.

La descentralización también transfiere funciones, pero entre entes con vocación de autonomía administrativa.

La falta de competencia puede viciar de nulidad el acto administrativo. Y esa falta de competencia puede ser absoluta o relativa.

Es absoluta cuando el órgano administrativo invade las competencias de un órgano distinto al de la administración pública. Por ejemplo, cuando la administración avoca competencias propias de la rama judicial. O cuando un organismo administrativo invade las competencias de otro órgano de la administración pública. Por ejemplo, cuando el Ministerio de Hacienda asume las competencias otorgadas al Ministerio de Comercio o viceversa. La incompetencia, entonces, es absoluta cuando se ejercen funciones no asignadas por la ley. Ese es un caso de usurpación de funciones, que denota un grave defecto orgánico.

La incompetencia es relativa cuando se deriva de la incompetencia funcional y territorial, que, como se dijo, alude a la asignación de competencias en virtud de la organización jerárquica de cada institución o en virtud de la desconcentración de funciones a nivel territorial. Por ejemplo, cuando la decisión administrativa la toma una dependencia regional del órgano administrativo, pero distinta a la que, por jurisdicción territorial, le corresponde adoptarla.

*La incompetencia, entonces, es relativa porque las funciones sí son del órgano de la administración pública que dictó el acto administrativo, pero no del funcionario específico que lo suscribió. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la extralimitación en que puede incurrir el funcionario no siempre altera la competencia del órgano como tal, puesto que la competencia sí está asignada a ese órgano. De hecho, el vicio de incompetencia capaz de invalidar un acto es el que recae sobre el acto mismo, pero no el vicio que recae en actos previos.
(...)"*

Conforme lo anterior, se presenta incompetencia absoluta cuando el órgano de la Administración invade la competencia de otro órgano de la Administración Pública, e incompetencia relativa cuando el acto administrativo es expedido por un funcionario de la entidad pero sin competencia para ello; y en el presente caso, teniendo en consideración que la facultad para iniciar el proceso en contra de AGECOLDEX y ABBOTT está prevista en el Decreto 4048 de 2008, es decir, es por disposición legal, y el Director Nacional de Aduanas está facultado para distribuir en las Direcciones Seccionales de Aduanas dicha competencia; cuando el proceso es iniciado por una Dirección Seccional de Aduanas que conforme lo previsto por el legislador y el reglamento no está facultada para ello, se configura una incompetencia absoluta y no relativa, no obstante las direcciones seccionales hagan parte de la DIAN como entidad del orden nacional.

Se constata que, conforme la normativa expuesta y los hechos probados, se adelantó proceso sancionatorio en contra de más de un infractor y/o usuario (ABBOTT y AGECOLDEX), y que las declaraciones de importación fueron presentadas en Cartagena, así dan cuenta las copias de las declaraciones de importación que reposan en el expediente administrativo aduanero y que fueron allegadas al proceso judicial con la contestación de la demanda.

En ese orden, es claro que los actos administrativos demandados fueron expedidos sin competencia territorial, como quiera que fueron proferidos por

la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, por lo tanto, **los actos fueron expedidos de forma irregular por falta de competencia.**

2. Existen **precedentes judiciales** que amparan la subpartida arancelaria señalada en las declaraciones de importación inmersas en la investigación y con las cuales se nacionalizaron los mismos productos que se reflejan en múltiples precedentes del Consejo de Estado.

Los productos nacionalizados en las importaciones objeto de estudio son los siguientes:

Sticker (autoadhesivo) y Fecha de la Declaración de Importación	Producto Importado
23831018691566 del 19/04/2016	GLUCERNA 1.5 LCP
09019111342305 del 19/04/2016	ENSURE POLVO
07500290893073 del 20/04/2016	OSMOLITE
07500290893217 del 21/04/2016	NEPRO BP
07500281127253 del 21/04/2016	OSMOLITE
01204103214154 del 27/04/2016	ENSURE HMB
01204103214147 del 27/04/2016	GLUCERNA POLVO

Así pues, los productos como Ensure, Glucerna, Nepro y Osmolite al contar con un uso terapéutico o profiláctico, conlleva clasificarlos como MEDICAMENTOS, y es por ello que NO SON COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS, puesto que se utilizan para alimentar a pacientes que no pueden hacerlo de forma natural, como aquellos que requieren alimentación por sonda, pacientes con desnutrición o que se están recuperando de cirugías mayores, entre otros casos, y dicha destinación o finalidad tiene implicaciones en la clasificación arancelaria y el tratamiento tributario de estos productos, y es indispensable recalcar que esos productos cuentan con precedentes judiciales del Honorable Consejo de Estado que los ha catalogado como MEDICAMENTOS, es decir, bajo la subpartida arancelaria declarada⁴.

Es de señalar que la DIAN alega el cambio de subpartida arancelaria apoyada en que: i) el INVIMA varió el registro sanitario de dichos productos destinados a partir de los conceptos emitidos por las salas especializadas de Alimentos y Bebidas y de Medicamentos y Productos Biológicos emitidos en el año 2014, con lo cual pasaron de considerarlos "medicamentos" a tenerlos como "alimentos", y ii) en concepto técnico emanado de la Coordinación de Servicio de Arancel sobre la clasificación arancelaria de los productos declarados en las importaciones y cuyas conclusiones los replicó en los actos administrativos demandados, alegando que se trata de preparaciones alimenticias diversas clasificables en las subpartidas arancelarias 2106.90.79.00 y 2106.90.90.00.

Respecto a lo anterior, es pertinente indicar que:

⁴ Se citan algunas sentencias del Consejo de Estado:

Producto	Resolución	Expediente	Fecha	Ponente
Ensure Plus HN	0652 [29-Ene-02]	11001-03-27-000-2002-0055-01 (8602)	26-Ago-04	Olga Inés Navarrete Barrero
Pediasure Polvo	2397 [21-Mar-02]	11001-03-27-000-2002-00540-01 13287	09-Dic-04	Héctor J. Romero Díaz
Glucerna	8030 [15-Ago-02]	11001-03-27-000-2003-00001-01 13698	09-Dic-04	Héctor J. Romero Díaz
Osmolite HN Plus	8229 [21-Ago-02]	11001-03-27-000-2003-00002-01 (13699)	10-Feb-05	Ligia López Díaz
Ensure Líquido	3882 [02-May-02]	11001-03-27-000-2002-00081-01	19-Feb-09	Marco Antonio Velilla Moreno
Ensure Polvo	6764 [03-Ago-05]	11001-03-27-000-2005-000660-0 (15846)	09-Jul-09	William Giraldo Giraldo

- Sí se evidencia de las Declaraciones de Importación objeto del caso (en especial en su casilla 91 “descripción de la mercancía”) y sus soportes, es que las indicaciones de los productos y sus usos, según la composición incluida en la ficha técnica de cada uno de estos, implican que TODOS tienen usos con propósitos médicos especiales.
- Los productos listados en las importaciones cuestionadas por la DIAN, NO han tenido modificación alguna en su composición -aspecto no cuestionado por la DIAN en sus actos administrativos y en general en el proceso aduanero-, por lo cual, el análisis sobre sus usos y recomendaciones médicas se encuentra invariable respecto de la situación fáctica que analizó y determinó el Consejo de Estado en sus precedentes judiciales, de manera que éstos mantienen vigencia en lo que respecta a las características de los productos que conllevó a que se declarara que la partida correcta era la 3004 y no la 2106.
- Se resalta la sentencia del 7 de abril de 2011 emanada del Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas; rad. 790012331000200403115-01 (17861), en la cual fue demandante AGECOLDEX S.A., y demandada la DIAN, y en la cual se recopila conclusiones de varias Sentencias sobre este tema, e indica que los productos “ENSURE POLVO, ENSURE LÍQUIDO, PEDIASURE EN POLVO, PEDIASURE LÍQUIDO, GLUCERNA, JEVITY II, OSMOLITE HN PLUS, PERATIVE” entre otros, son clasificables como medicamentos, en razón a las pruebas de contenido técnico y científico de sus usos terapéuticos, como se resumen a continuación:

...ENSURE PLUS HN ENSURE POLVO ENSURE PLUS HN - LISTO, ENSURE LIQUIDO, ENSURE LIGHT, ENSURE FIBRA, PEDIASURE EN POLVO, PEDIASURE LIQUIDA, GLUCERNA, JEVITY II, OSMOLITE HN PLUS, PERATIVE, PULMOCARE REPLENA y PRAMET - Son medicamentos. Clasificación arancelaria 3004. Reiteración jurisprudencial

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 esos fallos, la Sala consideró que los productos ENSURE PLUS HN, ENSURE POLVO, ENSURE PLUS HN-LISTO, ENSURE LÍQUIDO, ENSURE LIGHT, ENSURE FIBRA, PEDIASURE EN POLVO, PEDIASURE LÍQUIDA, GLUCERNA, JEVITY II, OSMOLITE HN PLUS, PERATIVE, PULMOCARE REPLENA y PRAMET 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. En efecto, en la sentencia del 26 de agosto de 2004, expediente 1100103270002002005501 (8602), CP. Olga Inés Navarrete Barrero, la Sección Primera, al referirse al producto ENSURE PLUS HN concluyó que el producto respondía “más a las características de medicamento que de alimento puesto que es un producto mezclado, con usos terapéuticos y profilácticos, según el caso, dosificado para la venta al por menor y que no puede ser adquirido sino mediante fórmula médica a diferencia de las otras preparaciones denominadas “Ensure” que son de venta libre en los supermercados. La clasificación de alimento, más concretamente de bebida no alcohólica, para nada responde a la naturaleza y finalidades del mismo.” En la sentencias del 9 de diciembre de 2004, expedientes 110010327000200200540-01 (13287) y 110010327000200300001-01 (13698), CP. Héctor Romero Díaz, la Sala concluyó que los productos PEDIASURE POLVO y GLUCERNA eran medicamentos, clasificables en la partida arancelaria 30.04, a partir de los registros sanitarios y las certificaciones que expidió el INVIMA. En la sentencia del 10 de

febrero de 2005, expediente 110010327000200300002-01 (13699), CP. Ligia López Díaz, la Sección concluyó que el producto OSMOLITE HN PLUS no podía considerarse como un complemento alimenticio, sino como un medicamento, por estar indicado para la prevención o tratamiento de la desnutrición. En las sentencias del 28 de abril de 2005, expedientes 11001032700020030000501 y 110010327000200300040-01, CP. María Claudia Rojas Lasso, la Sección Primera de la Corporación afirmó que los productos JEVITY II y PRAMET respondían “más a las características de medicamento que de alimento puesto que es un producto mezclado, con usos terapéuticos y profilácticos, según el caso, como se infiere tanto de las certificaciones arimadas al proceso, como de las declaraciones rendidas por personas autorizadas en la materia, dosificado para la venta al por menor; que no puede ser adquirido sino mediante fórmula médica, cuyo suministro debe hacerse bajo supervisión médica.” Luego, en las sentencias del 27 de octubre de 2005, expediente 110010327000200200090-01 (13476) y del 23 de enero de 2006, expediente 11001032700020030000401 (13701), CP. Juan Ángel Palacio Hincapié, la Sección encontró probado que los productos PEDIASURE LÍQUIDO y PERATIVE eran medicamentos, “de conformidad con lo determinado en la certificación expedida por el INVIMA y porque además, no se demostró que la misma se haya producido en forma irregular o que no corresponda a los estudios científicos que así lo indica, por lo cual le asiste razón a la parte actora cuando solicitó que el Pediasure Líquido fuera clasificado en la partida arancelaria 30.04, como medicamento.”

Se observa que el Consejo de Estado definió respecto del tratamiento arancelario de los productos objeto de debate, siendo concordante con lo declarado, así pues no es factible que AGECOLDEX “haya inducido en error alguno a su mandante” puesto que existe una “doctrina judicial” en el sentido de concluir que SÍ corresponden a medicamentos sujetos a la clasificación en la partida 30.04 y no en la 2106, y, por ende, si están correctamente declarados NO hay lugar a alegar infracción alguna para AGECOLDEX, existiendo cosa juzgada.

- En relación al producto NEPRO BP, si bien el precedente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado no se pronuncia expresamente sobre su clasificación arancelaria, deben tenerse en cuenta el pronunciamiento técnico 100227342-2368 del 01/12/2017 (Nepro BP) – ver Folio 262 y 263 del proceso aduanero- de la DIAN, el cual indica expresamente que dichos productos son empleados para la alimentación de pacientes con enfermedad crónica renal, con lo cual, está acreditado su uso terapéutico o profiláctico; y esto significa que dada la naturaleza y utilización de los productos importados se clasifican bajo la subpartida arancelaria 30004.90.29.00 del Arancel de Aduanas.
- La posición del Consejo de Estado sobre los productos importados por ABBOTT, no solo derivaron del registro sanitario que el INVIMA había emitido en esa época, sino que tuvo en cuenta certificaciones técnicas, estudios científicos, así como doctrina médica y nutricional -entre otros-, por lo cual, no puede pretenderse que, a falta de dicho registro, el precedente judicial haya decaído y no sea aplicable en la actualidad. Por lo anterior, las Sentencias aludidas NO dependieron para su decisión del registro sanitario del INVIMA, sino que tuvieron diferentes soportes probatorios que permitieron determinar los usos terapéuticos y profilácticos de dichos productos para el tratamiento de diferentes patologías o condiciones clínicas de desnutrición, diabetes, riesgos de desnutrición, tanto de población adulta como infantil, para el manejo de pacientes con enfermedades neurológicas, cáncer, VIH, síndrome de intestino corto, entre otros, donde los pacientes requieren obtener las propiedades de los alimentos pero no pueden obtenerlos de éstos o simplemente ingerirlos de manera ordinaria por su situación médica

o los procedimientos a que son sometidos (quimioterapia, inmunoterapia, terapia antirretroviral, radioterapias, etc.) para lo cual los productos importados por ABBOTT son los llamados a aportar las cantidades calóricas, de nutrientes y vitamínicos para procurar condiciones más favorables para los pacientes.

Ejemplo de lo anterior, es la CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009) Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00066-00(15846) Actor: ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

“El Registro Sanitario otorgado por el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA (fl. 92) señala que el “medicamento ENSURE POLVO” debe venderse con fórmula médica.

*A folios 114 a 118 del expediente obra el documento suscrito por el doctor Álvaro Valencia Ceballos, **Presidente de la Asociación Colombiana de Nutrición Clínica**, aportado en oportunidad por la parte actora y reconocido como prueba mediante auto del 20 de septiembre de 2006, quien afirma en relación con el “ENSURE POLVO”: “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 la 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.”

*A folios 232 a 234 del expediente aparece un documento emanado de la **Academia Nacional de Medicina de Colombia**, 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 los anteriores elementos probatorios se deduce que el ENSURE POLVO es un medicamento que tiene alcances nutricionales y es suministrado a pacientes que presentan diversas situaciones clínicas o patologías.

Las anteriores características del producto se adaptan al texto de la partida arancelaria 30.04, “Medicamentos constituidos por productos mezclados o sin mezclar, preparados para usos terapéuticos o profilácticos, dosificados o acondicionados para la venta al por menor”, por lo que la Sala considera que es allí donde debe ser clasificado el ENSURE POLVO.

(...)

De acuerdo con lo anterior, en la partida 30.04 (Medicamentos) no pueden clasificarse complementos alimenticios con vitaminas o sales minerales, los cuales se ubican en la partida 21.06 o en el capítulo 22, salvo que tengan indicaciones relativas a la prevención o al tratamiento de una enfermedad.

El producto Ensure polvo no puede considerarse como una preparación alimenticia, sino un medicamento porque como ya se indicó, tiene indicaciones para la prevención o tratamiento de enfermedades.

En consecuencia, y de acuerdo con los textos de las partidas, las notas de capítulo y explicativas de la partida, ENSURE POLVO, la Sala concluye que el producto se clasifica en la partida 30.04 del Arancel, y no en la subpartida 2106.90.79.00." (Resaltado fuera de texto).

- Se precisa al Despacho que todas esas características, usos y tratamientos NO fueron discutidos por la DIAN en ninguna etapa del proceso administrativo, ni en el proceso judicial, por el contrario, de las fichas técnicas que incluyen las descripciones terapéuticas y profilácticas, se basó la dependencia técnica que emitió los conceptos de clasificación arancelaria para optar considerarlos alimentos, con apoyo en la reclasificación dada por el INVIMA como elemento suficiente para desatender el precedente jurisprudencial.

Lo anterior, demuestra que la DIAN sí desconoció el precedente jurisprudencial ya que los productos no han variado ni en su composición, ni en su uso o finalidad, por ende, sí se trata de la misma situación fáctica, con lo cual, conforme sus usos y propiedades, les corresponde ser declarados como medicamentos bajo la subpartida 3004.90.29.00, ello apoyado en decisiones emanadas del Consejo de Estado que hicieron tránsito a cosa juzgada y que se basaron en múltiples medios probatorios.

3. Los actos administrativos se expidieron con violación a norma superior (prevalencia de la ley 1609 de 2013 / Decreto prevalece sobre circulares), desatendiendo el **principio de favorabilidad** se prueba al contraponer la fecha de actuación de las declaraciones de importación en las cuales intervino AGECOLDEX, estas datan entre el 19 y 27 de Abril del año 2016⁵, y respecto de las cuales la DIAN le derivó infracción aduanera dispuesta en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, obviando que el Decreto 390 de 2016⁶ (norma favorable) empezó a regir en pleno su régimen sancionatorio desde el 1 de Diciembre de 2016 -y en éste no se previó dicha infracción-, y los actos administrativos demandados datan de mayo y octubre de 2019, y que la norma impuesta no era procedente aplicarla (Dec. 2685/99).

⁵ El listado de declaraciones de importación se prueba de los HECHOS de la demanda, y se encuentran visibles en el proceso aduanero que fue remitido por la DIAN (ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS) bajo No. RV 2016 2019 877 y que se citan en los actos administrativos demandados (ver CUADRO No. 1 de la Resolución 002690 del 30 de Mayo de 2019:

CUADRO No. 1					
ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.					
NIT. 860.002.134					
DECLARACION DE IMPORTACION					
#	TIPO	FORMULARIO No.	AUTOADHESIVO No.	FECHA	FOLIOS
1	INICIAL	482016000144557-9	23831018691566	19/04/16	308
2		482016000144199-5	09019111342305	19/04/16	310
3		482016000145481-2	07500290893073	20/04/16	312
4		482016000146925-5	07500290893217	21/04/16	314
5		482016000146751-0	07500281127253	21/04/16	316
6		482016000156014-3	01204103214154	27/04/16	318
7		482016000156013-6	01204103214147	27/04/16	320

⁶ DIARIO OFICIAL No. 49.808 DEL 7 DE MARZO DE 2016

Se precisa que la DIAN aduce la aplicación del Estatuto Aduanero (Dec. 2685 de 1999) alegando que el Decreto 390 de 2016 en su régimen sancionatorio nunca entró a regir, pero, lo que olvida la DIAN es que sí entró en vigencia el régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 **desde** el 1 de Diciembre de 2016, por lo cual, cuando la DIAN expidió el acto de fondo (*Resolución No. 1-03-241-201-640-01-002690 del 30 de Mayo del año 2019*), pues debe tenerse presente que el Dec. 390/16 en su Art. 674⁷ estipuló la entrada en vigencia escalonada de su normatividad, con lo cual, varios artículos, regían desde el 22/mar/2016, entre los cuales se ubicaba el Art. 39 (Declarante) así como el Art. 43 (operadores de comercio exterior), y esto es importante, porque:

- En el Dec. 390/16 las agencias de aduanas (calidad que ostenta mi Poderdante) pasaban a denominarse "Operadores de comercio exterior" y sus clientes (Importadores, Exportadores) como "Declarantes", y,
- Al revisar las infracciones aduaneras listadas a las agencias de aduanas se observa que ni en las infracciones generales del Operador de Comercio Exterior (*Art. 526 modificado en su Num. 5º y adicionado en el Num. 9º con Art. 131 D. 349/18, Art. 527 Dec. 390/16 fue modificado por el Art. 132 del Dec 349/18*), ni en las especiales de la agencia de aduana (*Art. 538 del Dec. 390/16 fue modificado por el Art. 142 del Dec 349/18*), ni en las de SARLAFT (*Art. 542 del Dec. 390/16*), existía alguna igual o similar al Num. 2.6 Art. 485 del E.A. que fue impuesta a mi Poderdante.

Ahora, debe recordarse que el Art. 674 del Dec. 390/16 fue modificado en su Num. 3º como en su párrafo con el Art. 184 del Dec 349/18⁸, ello en razón a que esto conllevó dos (2) grupos para su entrada en vigencia, así:

⁷ Texto Vigente desde: 07/03/2016 y hasta el: 06/03/2018, en razón que luego se modifica parcialmente su Num. 3º y su párrafo con el Art. 184 del Decreto 349 de 2018. (Negrilla y resaltado en color fuera de texto)

Artículo 674. Aplicación escalonada. La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

1. En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del artículo 35; 36 a 41; 43, 44; 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; 505 a 510; 550 a 561; 611 a 673.
2. **Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto.**
3. En caso de requerirse la incorporación de ajustes al sistema informático electrónico de la DIAN, o la implementación de un nuevo modelo de sistematización informático, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá hacerlo en un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses, con la realización de pruebas piloto de funcionamiento en intervalos de seis (6) meses. En este evento, las normas cuya aplicación está condicionada a tales sistemas, comenzarán a regir una vez entre en funcionamiento el nuevo modelo de sistematización informático.

⁸ Decreto publicado en DIARIO OFICIAL No. N. 50513 DEL 20 DE FEBRERO DE 2018. (Negrilla, subrayado y resaltado en color fuera de texto):

Artículo 674. Aplicación escalonada. La vigencia del presente decreto iniciará quince (15) días comunes después de su publicación, conforme a las siguientes reglas:

1. En la misma fecha en que entre en vigencia, entrarán a regir los artículos 1 a 4; 7; 9 a 34; numeral 2.1. del artículo 35; 36 a 41; 43, 44; 111 a 113; 155 a 166; 486 a 503; 505 a 510; 550 a 561; 611 a 673.
2. **Los demás artículos entrarán a regir una vez sean reglamentados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual tendrá un término de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación del presente decreto. No obstante, la entidad podrá señalar que reglamentación actual se mantiene vigente, en la medida en que no contraría las nuevas disposiciones contenidas en este decreto.**
3. **Los artículos del presente decreto que no han entrado a regir de conformidad con las reglas establecidas en los numerales 1 y 2 de este artículo, regirán a partir del día hábil siguiente a aquel en que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) ponga en funcionamiento integralmente un nuevo modelo de sistematización informático electrónico aduanero, desarrollado e implementado en los términos previstos por el párrafo de este artículo.**

- El primero, una serie de artículos que regían desde el 22 de Marzo de 2016 en su totalidad, puesto que la Circular Externa No. 003 de 2016⁹ de la DIAN no podía reformar, adicionar, condicionar y/o modificar los efectos jurídicos de una norma de rango superior como lo es un Decreto; y,
- Un segundo grupo de artículos que entrarían a regir a partir del 1/Dic/2016 una vez reglamentados, y en esa data (1/dic/2016) nunca se expidió un nuevo decreto que señalase que dejaba sin efecto o adicionaba o modificaba el numeral 2º del artículo 674 en cita, y, además, las resoluciones reglamentarias que expidió la DIAN (entiéndase Res. 41, 42, 64 y 72/16¹⁰) tampoco lo hicieron, y, además, no podían hacerlo por tener inferior rango normativo; así pues, es claro que desde el 1/dic/2016 estuvo vigente plenamente el régimen sancionatorio consagrado en el Dec. 390/16 y modificado por el Dec. 349/18, solo desapareciendo de la vida jurídica con la entrada en vigencia del D. 1165/19.

Así pues, la “regulación aduanera vigente” (entiéndase: Estatuto Aduanero, Dec. 390/16, Dec. 349/18, Dec. 659/18 y Dec. 2147/16, y sus reglamentarios), implicaba revisar la vigencia de cada norma, y en específico, verificar que el Num. 2.6 del art. 485 del Dec. 2685/99 era una norma CONTRARIA al Dec. 390/2016 (y sus modificaciones/adiciones), ya que este último NO dispuso dicha infracción.

Lo estipulado a manera de “transitoriedad” del Estatuto Aduanero que alega la DIAN solo era viable mientras NO se opusiera a lo que preceptúe el Decreto 390 de 2016 (con sus modificaciones y adiciones) y es evidente que si el Estatuto Aduanero dispone la infracción del numeral 2.6 de su artículo 485 a los agentes de aduanas, y esa conducta NO figura en el Decreto 390 de 2016 (ni en sus modificaciones/adiciones) ni de manera total, ni en sus verbos rectores es claro entonces que el numeral 2.6 del Art. 485 del Decreto 2685 de 1999 (y sus modificaciones) SÍ SE OPONE Y ESTÁ CONTRARIANDO el Decreto 390 de 2016, con lo cual se debe entender que la primera (entiéndase la del E.A.), NO estaba vigente desde el 1 de diciembre de 2016, con lo cual, a la fecha de expedición del acto de fondo no le era endilgable imponer a AGECOLDEX.

A efectos de que no quede duda alguna, es de precisar que el Dec. 349/18 en su Art. 184, solo modificó el #3º del Art. 674 del Dec. 390/16 y creó un párrafo, más NO modificó el #2º del Art. 674 del Dec. 390/16, y, es de indicar que las modificaciones y/o adiciones surtidas por el Decreto 349/18 al régimen sancionatorio aplicable a las agencias de aduanas (*entiéndase sanciones comunes a los operadores de comercio exterior e infracciones especiales*) NO crearon ninguna sanción similar o igual a la impuesta a mi Poderdante; por ende, donde el legislador no ha establecido diferencias,

Parágrafo. Para los efectos previstos en el numeral 3 de este artículo, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) deberá desarrollar, implementar y poner en funcionamiento, **a más tardar el treinta (30) de noviembre de 2019**, el nuevo modelo de sistematización informático electrónico aduanero con el que se garantice la prestación de un servicio informático ágil, robusto y confiable que soporte cabalmente la operación aduanera.

⁹ DIARIO OFICIAL No. 49.823 DEL 22 DE MARZO DE 2016
https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Estatuto%20Aduanero/Circular_Externa_000003_2_marzo_2016.pdf

¹⁰ Resolución 41 de 2016 DIAN – DIARIO OFICIAL No. 49.870 DEL 11 DE MAYO DE 2016
 Resolución 42 de 2016 DIAN - Diario Oficial No. 49.876 de 17 de mayo de 2016
 Resolución 64 de 2016 DIAN – DIARIO OFICIAL No. 50.015 DEL 3 DE OCTUBRE DE 2016
 Resolución 72 de 2016 DIAN – DIARIO OFICIAL No. 50.073 DEL 30 DE NOVIEMBRE DE 2016

exigencias, condiciones, requisitos o situación similar NO puede hacerlo el intérprete pues ello conlleva vulnerar el principio de tipicidad, legalidad y de seguridad jurídica en concordancia con el hecho de que está vedada la analogía en materia sancionatoria conforme el Art. 29 Constitucional, la Ley 1609/13 así como los principios dispuestos en el Dec. 390/16.

Es relevante informar al Despacho que la tesis sobre el principio de favorabilidad dispuesta en la demanda, y refrendada en el presente alegato, también fue señalada en Sentencia de segunda instancia del 4 de agosto de 2022 emanada del Honorable Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta¹¹ en la cual analizó la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria aduanera en relación con el Decreto 390 de 2016, e indicó (resaltado en color fuera de texto):

En el caso concreto, los actos acusados sancionaron a la demandante por varias conductas que, para los años 2014, 2015 y parte de 2016, se encontraban enlistadas en el Decreto 2685 de 1999 -las descritas en el numeral 2.1 del artículo 485, el numeral 2.5 del artículo 485, el numeral 2.1 del artículo 482 y el numeral 1.3 del artículo 495 del Decreto 2685 ib.-, las cuales, no se consignaron en el listado taxativo de infracciones al régimen de aduanas consagrado en el Decreto 390 de 2016, expedido el 7 de marzo de 2016¹⁶.

Vale la pena acotar que el Decreto 2685 de 1999 quedaría derogado una vez se cumplieran las condiciones establecidas en los artículos 674 y 675 del Decreto 390 de 2016, que regulan la derogatoria y vigencias, así:

...

Tampoco se advierte que el artículo 675 transcrito hubiere extendido la aplicación de las infracciones atribuidas a la demandante -numerales 2.1 y 2.5 del artículo 485, 2.1 del artículo 482 y 1.3 del artículo 495 del Decreto 2685 de 1999-, en las que la demandada fundó la sanción discutida. Y en cuanto a lo señalado por la DIAN en sus intervenciones, relativo a que los actos demandados se fundaron en la sanción 4 del Decreto 349 de 2018 y no en el Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que ese no es el fundamento de los actos acusados, argumento que, por lo demás, resulta contradictorio con lo también manifestado en los escritos de intervención, que refieren a que el Decreto 2685 de 1999 se encontraba en vigor.

En todo caso, se considera que la vigencia de las normas contentivas de las infracciones por las cuales fue sancionada la actora no estaba supeditada a la implementación de ningún sistema informático, argumento, por demás, que no resulta acorde al principio de tipicidad de la conducta.

En ese orden, conforme se encuentra acreditado en el expediente, antes de que la actuación demandada adquiriera firmeza -esto es, el 10 de octubre de 2018¹⁷- el régimen sancionatorio aduanero regulado por el Decreto 2685 de 1999 había sido derogado por el régimen sancionatorio introducido por el Decreto 390 de 2016. Incluso, para la referida fecha, ya habían fenecido los plazos otorgados para vigencias en el artículo 675 del Decreto 390 ib. De ahí que la actora resultara sancionada por unas conductas contenidas en unas normas derogadas, transgrediendo así el debido proceso.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia, que declaró la nulidad de los actos acusados por violación del debido proceso, al inobservar los principios de legalidad y tipicidad de las sanciones.

A lo anterior se suma que si bien la DIAN indicó que las conductas infractoras y sus correspondientes sanciones se dieron en vigencia del Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que tampoco aplicó el artículo 520 de dicha normativa -el cual disponía que si antes de que la autoridad aduanera emitiera el correspondiente acto que decidiera de fondo se expidiera una «norma que favorezca al interesado», la Administración

¹¹ Radicado: 68001-23-33-000-2019-00259-01 (25999) Demandante: Agencia de Aduanas Sociedad de Trámites Aduaneros en Comercio Exterior Nivel 2- SOTRAEX SA. Demandada: U.A.E DIAN

deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no haya sido invocada- cuyo alcance fue explicado en precedencia. Esto, pues aun cuando la nueva normativa aduanera - Decreto 390 de 2016- no tipificó las conductas por las cuales fue sancionada la actora, la DIAN insistió en la sanción en vigencia de la nueva regulación de aduanas. No prospera el cargo de apelación.

Igualmente, en Sentencia de Primera Instancia del 18 de Junio de 2020¹², el Tribunal Administrativo de Norte de Santander al revisar la infracción del Numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 impuesta por la DIAN señaló la necesidad de aplicar el principio de favorabilidad en razón del Decreto 390 de 2016 así (resaltado en color fuera de texto):

Debe recordarse que en el presente caso la DIAN profirió la Resolución No. 1302 el 27 de junio de 2016, decidiendo imponer a la sociedad Agencia de Aduanas Global Customs Operator SAS, con una multa equivalente a \$335.046.936.00, por incurrir en la infracción consagrada en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, por haber hecho incurrir a su mandante (IMPORTMED SAS) en infracciones administrativas aduaneras, como lo fue el decomiso de las mercancías importadas.

Contra dicha Resolución la sociedad interpuso el recurso de reconsideración, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución No. 08203 del 25 de octubre de 2016.

En este punto es importante resaltar que mucho antes de la expedición de la Resolución No. 1302 el 27 de junio de 2016, el Gobierno Nacional había proferido el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, mediante el cual se expidió la nueva regulación aduanera del país.

Efectivamente, tal como lo plantea la parte actora, en el artículo 5383 se consagran las infracciones de las agencias de aduanas, que dan lugar a la imposición de sanciones, y dentro de las mismas no está prevista la infracción que se regulaba en el numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999: “2.6 Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros”.

...

En estas circunstancias la Sala encuentra acertada la tesis de la parte accionante, por cuanto efectivamente, la DIAN al expedir los actos demandados omitió dar aplicación al principio de favorabilidad en virtud del cual al momento de imponer la sanción a la sociedad actora debió haber verificado que en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, no se consagraba la infracción administrativa que dio lugar a la multa impuesta.

Esta violación de las normas referidas, por falta de aplicación, constituye una causal de anulación de los actos acusados, sin que sea óbice para ello que la parte actora lo haya planteado como una falsa motivación, puesto que evidentemente se trató fue de una vulneración de las normas superiores por falta de aplicación.

Ahora bien, la DIAN ha sostenido en el proceso como argumento central de la defensa, que la normatividad aplicada a la investigación administrativa aduanera inmersa en el expediente AA-2015-2016-01777, esto es, el artículo 486, numeral 2.6 del Decreto 2685 de 1999, se encontraba vigente y, por tanto, su defendida no incurrió en la indebida aplicación y violación del principio de legalidad. Además, por cuanto para la fecha de imposición de la sanción no se encontraba vigente el artículo 583 del Decreto 390 de 2106, ya que requería de reglamentación por parte de la DIAN, conforme lo previsto en el artículo 674 del mismo Decreto 390.

A este respecto, la Sala considera que, aun cuando fuera totalmente cierto que para la fecha en que quedó en firme la sanción, esto es, el 25 de octubre de 2016, todavía se encontraba vigente el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, y específicamente el numeral 2.6., igualmente se presenta la causal de vulneración de las normas citadas por falta de aplicación, por cuanto para esa fecha también estaba vigente el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, y

¹² Rad: 54-001-23-33-000-2017-00246-00. Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Demandante: AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOM OPERATOR S.A.S. NIVEL 2. Demandado: U.A.E. – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)

ante la existencia de dos normas vigentes el deber de la autoridad aduanera era darle aplicación a la norma más favorable para el contribuyente, tal como se previó en el artículo 4 de la ley 1609 de 2013 y en el artículo 2º del Decreto 390 de 2016.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala estima que el artículo 538 del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, sí estaba plenamente vigente para el momento de la imposición de la sanción, -27 de junio de 2016-, y a fortiori para el día de la firmeza de la misma, esto es, para el 25 de octubre de 2016, cuando fue resuelto el recurso de reconsideración por parte la Oficina Jurídica de la Seccional Bogotá de la DIAN.

Ello es así por cuanto, pese a que en el numeral 2 del art. 6744 del Decreto 390 se condicionó la vigencia de varias normas a que fueran reglamentadas por la DIAN, entre ellas el artículo 538, tal condicionamiento normativo resulta contrario al principio de legalidad aplicable en materia sancionatoria, por cuanto no es posible diferir la vigencia de una norma que hace parte del régimen sancionatorio, a la actuación de la autoridad administrativa encargada de aplicarlo consistente en la reglamentación.

La vigencia de las conductas de las agencias aduaneras que serán objeto de sanción administrativa, es de reserva de ley y excepcionalmente del Gobierno Nacional, empero, ello no puede ser asignado a la autoridad administrativa encargada de imponer las sanciones administrativas.

Empero y aun que se aceptara la legalidad de la anotada situación, se tiene que en el presente proceso se recaudó como prueba la copia de las Resoluciones proferidas por la DIAN mediante las cuales reglamentó el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, esto es, las resoluciones 41 del 11 de mayo, 42 del 13 de mayo, 64 del 28 de septiembre y 72 del 29 de noviembre, todas de 2016.

Al revisarse el texto de tales resoluciones se observa que en ninguna de ellas se reglamentó el artículo 538 del Decreto 390 de 2016, por lo cual mal podría concluirse que dicho artículo nunca entró en vigor ante la omisión de la DIAN en su reglamentación. Desde luego que el tema previsto en el artículo 538 del Decreto 390 no era objeto de reglamentación por parte de la DIAN para que pudiera entrar a regir, por lo cual la vigencia de este se dio pasados los 15 días siguientes a la publicación del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016. Por lo anterior, es palmario que para la fecha de expedición de la sanción de multa a la sociedad actora (27 de junio de 2016), el artículo 538 del Decreto 390 de 2016 se encontraba vigente y debió aplicarse de oficio por la DIAN, como un desarrollo del deber de aplicación del principio de favorabilidad.

Amén de lo anterior, y contando aún los 180 días comunes que tenía la DIAN para reglamentar el Decreto 390, dicho plazo se venció el 8 de septiembre de 2016, por lo cual para la fecha en que quedó en firme la sanción impuesta a la actora (25 de octubre de 2016), ya se encontraba vigente el artículo 538 y resultaba un deber para la autoridad aduanera que resolvió el recurso de reconsideración darle plena aplicación, por todo lo cual los actos acusados quedaron viciados de ilegalidad por imponer una sanción dejándose de aplicar la norma más favorable al actor que ya no consagra la falta como una infracción administrativa.

Además de la anterior situación, se tiene que tampoco es cierto el argumento expuesto por la DIAN, en el sentido que para el momento de la imposición de la sanción el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 se encontraba vigente.

En efecto, la Sala encuentra que para la fecha de la imposición de la sanción tampoco se encontraba vigente el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999. Ello es así conforme lo previsto en el artículo 6755 del Decreto 390 de 2016, señala que continúan vigentes unos artículos del Decreto número 2685 de 1999, con sus modificaciones y adiciones, sin que expresamente se haya incluido el artículo 485.

De tal suerte que, para la fecha de imposición de la sanción por parte de la DIAN, se dio aplicación al numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 que no se encontraba vigente para el día 27 de junio de 2106, lo cual también torna en ilegal los actos acusados por aplicación de una norma no vigente.

Como corolario de lo expuesto, la Sala concluye que en el presente asunto se encuentra desvirtuada la presunción de legalidad de las Resoluciones demandadas, por lo cual procede declarar su nulidad, sin que sea necesario entrar a estudiar los

otros cargos de ilegalidad expuestos por la parte actora en el concepto de violación, los cuales, en esencia, coinciden con el argumento central de ilegalidad que la Sala encuentra acreditado.

Los anteriores fallos permiten observar que existen antecedentes que refrendan la tesis de la defensa enmarcada en la demanda que cursa ante su Respetado Despacho sobre la vulneración al principio de favorabilidad¹³.

Corolario de lo anterior, ni ahora y tampoco después de la supuesta fecha de “nacimiento a la vida jurídica” del Decreto 390 de 2016 que alega la DIAN cambiará el hecho de que en la norma en cuestión NO existe la infracción que se imputa, y por lo tanto, SÍ HAY FAVORABILIDAD.

4. La nulidad de los actos administrativos por haber sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse y desconocimiento del principio de tipicidad y legalidad, se prueban en que no se cumple con los elementos de la infracción que le fue impuesta a **AGECOLDEX**, puesto que la agencia de aduanas **NO hizo incurrir en error a su mandante (ABBOTT)**, siendo atípica la conducta endilgada, en razón a que el mandato aduanero y soportes de las operaciones aduaneras, así como las certificaciones emanadas del importador lo demuestran.

Es procedente manifestar al Despacho que la Certificación del 4 de abril de 2019 expedida por ABBOTT LABORATORIES, permite demostrar que AGECOLDEX no designó la subpartida arancelaria sino su mandante (importador), con lo cual, es claro que no puede aducirse que la Agencia hizo incurrir en error a su cliente, cuando el supuesto error aducido por la DIAN se refiere a la subpartida arancelaria que el propio importador le dispuso a la agencia de aduanas, y que conforme al mandato aduanero y

¹³ En proceso judicial en curso en el cual AGECOLDEX es Demandante y se debate la misma infracción aduanera (Num. 2.6 Art. 485 E.A.), el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá en Sentencia del 22 de Junio de 2022 (Exp. 11001-33-41-045-2019-00249-00) indicó:

...
Explicado lo anterior, se tiene que a la fecha en que ocurrió la conducta sancionable, esto es, cuando se presentó la declaración con el autoadhesivo No.07328330583422 **el 19 de agosto de 2015**, se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999.

...
Sin embargo, desde que se inició la actuación administrativa con el requerimiento especial aduanero, el **6 de agosto de 2018** (pág. 113 a 122 archivo 15) hasta la fecha en que se expidió el acto administrativo sancionatorio No. 1-03-241-201-640-0-1748 **el 24 de octubre de 2018** (pág. 119 a 158 archivo 16), y la Resolución que resolvió el recurso de reconsideración No 03-236-408-601-001077 del **11 de marzo de 2019** (pág.166 a 183 archivo 16), se encontraba vigente el Decreto 390 de 2016, modificado por el Decreto 349 de 2018, cuyo régimen sancionatorio no consagraba la conducta infractora establecida en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, objeto de controversia.

En este orden, incluso antes de que se expidiera el requerimiento aduanero (**6 de agosto de 2018**), el acto administrativo sancionatorio (**el 24 de octubre de 2018**) y la resolución que resuelve el recurso de reconsideración (**11 de marzo de 2019**), que dejó en firme la sanción, se encontraba vigente un régimen sancionatorio más favorable para la entidad demandante en el que no se encontraba la conducta por la que fue sancionada.

En consecuencia, para la fecha de la imposición de la sanción por parte de la DIAN se dio aplicación al numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, que no se encontraba vigente para el día 24 de octubre de 2018, la autoridad aduanera **de oficio** debió dar aplicación al principio de favorabilidad y aplicar los lineamientos establecidos en el Decreto 390 de 2016 modificado por el Decreto 349 de 2018.

Por lo anterior, el juzgado atiende a la tesis presentada por la empresa demandante, consistente en que la autoridad administrativa acusada no dio aplicación al principio de favorabilidad previsto en el parágrafo 4 de la Ley 1609 de 2013, lo que vicia de nulidad los actos administrativos objeto de esta controversia.

soportes de la operación aduanera (ej. *factura comercial internacional, certificado de origen*¹⁴), permiten probar el cargo de nulidad aducido, y consecuente el hecho que mi Poderdante NO hizo incurrir en el error alegado a su cliente.

Así pues, dichas certificaciones tienen relación con los hechos señalados en el proceso, demuestran adecuadamente quién designó la subpartida arancelaria, en conjunto con los otros medios probatorios, por ende, sí son procedentes pues se relacionan con aspectos fácticos y legales que se ventilan en el proceso judicial cual es la atipicidad de la conducta endilgada a AGECOLDEX por no cumplirse el verbo rector, y demás elementos normativos de la infracción impuesta a mi Poderdante, ya que – se reitera- NO indujo a error a su cliente, y por ello, no podía aplicársele la infracción dispuesta en el Num. 2.6 del art. 485 del E.A., con lo cual no es entendible la oposición a tales pruebas que surtió la DIAN en su contestación a la demanda.

Ahora, el cargo de nulidad en cuestión se prueba en razón a que:

- La DIAN sancionó a AGECOLDEX porque aduce que ésta hizo incurrir a su mandante (ABBOTT) en error en la subpartida arancelaria declarada, no obstante, se manifiesta que el mandato aduanero expedido por ABBOTT a AGECOLDEX¹⁵ dispuso expresamente que: i) AGECOLDEX declararía las mercancías conforme los documentos e informaciones que le aportase ABBOTT, y que tales documentos debían reflejar la verdad completa y exacta de la operación internacional; ii) que ABBOTT informaría a AGECOLDEX la posición arancelaria, y en su defecto, que si en los documentos que aportase ABBOTT se encontraba señalada la posición arancelaria, entonces AGECOLDEX acogería ésta bajo responsabilidad de ABBOTT, así pues, es claro que la subpartida arancelaria declarada fue señalada por el mandante, con lo cual AGECOLDEX no le hizo incurrir en ningún error pues el mandato aduanero dispuso las limitaciones y alcances entre las partes.

Es importante en este punto traer a colación la Sentencia de segunda instancia proferida el 19 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el expediente No. 13001333101220110019701, por cuanto al revisar la infracción del Num. 2.6 del art. 485 del E.A., que le había sido impuesta a la agencia de aduanas SERVADE S.A., por considerar la DIAN que al no haber surtido inspección aduanera había conllevado el decomiso de una mercancía y con ello, le derivaba inducción a error a su cliente, el Tribunal determinó que el mismo Importador asumió el riesgo del contenido de la mercancía al haber separado al declarante (agencia de aduanas) de la posibilidad de verificarla, y le señaló que debía declarar conforme los documentos que le entregaba:

¹⁴ Téngase presente que Aduana Bogotá realizó visita a ABBOTT el 26 de marzo de 2019 como consta a folios 324 al 325 del expediente aduanero (anverso y reverso) enviado por la DIAN (RV 2016 2019 877), en la cual recopiló los certificados de origen y facturas comerciales internacionales soportes de las declaraciones objeto de estudio (Folios 344 al 372 anverso y reverso)

¹⁵ Mandato aduanero y certificación ABBOTT visibles en la respuesta al requerimiento especial aduanero como recurso de reconsideración aportados por AGECOLDEX en el proceso aduanero RV 2016 2019 877 aportado por la DIAN en su contestación.

En efecto para el caso que aquí interesa, observa la Sala que la parte recurrente advierte que con su actuación en ningún momento hizo incurrir a su mandante en la infracción aduanera señalada por la entidad demandada, dado que la libelista desconoció el contenido físico de la mercancía que declaró y que no reconoció físicamente porque pese a que era una facultad discrecional, el mismo mandante le negó esa autorización.

Pues bien a juicio de la Sala después de revisar el material probatorio allegado al proceso, encuentra que efectivamente la sociedad actora, mediante declaración de importación No. 23831013505276, declaró que al país ingreso la mercancía consistente en *"Bolsas de filtro en fibra de vidrio, aglomerada mediante aglutinantes (resina fenólica hidroxitrenzeno)..."*

No obstante, se advierte que al expediente se allegó comunicación de fecha 6 de marzo de 2009, expedida por el importador SPIN OCR EU, mediante la cual señala que no autoriza a la sociedad demandante para que preinspeccione la mercancía relacionada en la factura comercial No. D4072 (fl. 40)

...

En el caso bajo estudio, la entidad demandada no demostró durante la actuación administrativa que realmente la sociedad actora haya hecho incurrir a su mandante en la mencionada infracción, toda vez que una cosa fue que la declaración hubiese estado mal diligenciada frente al contenido físico de la mercancía, hecho que la Sala no desconoce, pero otra cosa muy distinta es que tal actuación, se encuentre tipificada en el régimen de infracciones aduaneras, dado que al revisar todo el contenido de las infracciones señaladas por el ordenamiento aduanero aplicadas a los agentes aduaneros, la Sala observa que en ninguna de ellas se establece de manera taxativa, ni siquiera enunciativa que la sanción correspondiente a que el agente aduanero declare una mercancía distinta a la inspeccionada físicamente, mucho menos a que el hecho de que el agente de aduanas que no hizo reconocimiento de la mercancía declarada, incurra en alguna infracción cuando sobrevenga una revisión y se observe que la declaración no guarde armonía con la mercancía en física.

En ese orden de ideas, a juicio de la Sala la sanción impuesta por la entidad demandada no tiene asidero para ser aplicada a la demandante, como quiera que la misma no está amparada realmente en una actuación irregular consistente en causar un perjuicio al importador, al punto de que éste último fue quien negó autorizar a la sociedad actora la verificación de la mercancía, que insiste la Sala bien pudo ser realizada por cuenta de la actora, teniendo en cuenta la facultad legal, sin embargo, el propio importador con su actuación igualmente asumió su propio riesgo, toda vez que desligó a la demandante de esa responsabilidad, por cuanto, la negó la posibilidad de verificar y en consecuencia, ésta, bajo el principio de la buena fe, confió en la documentación entregada por su mandante.

En esa medida para esta Sala de Decisión, no cabe la menor duda que la decisión de la entidad demandada fue infundada y por consiguiente inadecuada respecto de la actuación del agente de aduanas, al punto que aplicó una sanción que no corresponde con la irregularidad presentada, y que dicho sea, no existe basamento normativo que determine con precisión que los hechos ocurridos en este asunto, acarreen una sanción, por lo que, se configura una atipicidad normativa, que entraña un desconocimiento del debido proceso de la demandante, como quiera que además del principio de legalidad; entratándose de sanciones debe darse en primer lugar la

adecuación típica de la conducta censurada que supuestamente de lugar al castigo que se aplica, actividad que de realizarse en el caso concreto por parte de la DIAN en vía gubernativa, hubiera dado a traste con la decisión que en esta oportunidad debe anularse.

Se tiene que la agencia de aduanas no puede ser responsable cuando actúa conforme las instrucciones de su cliente, situación que fue desconocida por la DIAN en el proceso aduanero en el cual se profirieron los actos administrativos demandados.

- En el expediente aduanero RV 2016 2019 877 aportado por la DIAN en su contestación se encuentran visibles las facturas comerciales internacionales, así como los certificados de origen¹⁶, los cuales corresponden en dichas operaciones a Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y Estados Unidos.

Los Tratados de Libre Comercio que amparan las mercancías importadas por ABBOTT corresponden al suscrito entre U.S.A. y

¹⁶ ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. remitió la información correspondiente a las facturas y certificados de origen vía correo electrónico a la DIAN, y ello reposa en el expediente aduanero RV 2017 2020 857 a Folios 344 al 372 anverso y reverso.

Colombia, y es de anotar que en dichos Certificados de Origen se sitúan la subpartida arancelaria (HS TARIFF CLASSIFICATION) para el caso de los correspondientes a U.S.A.

Así pues, AGECOLDEX cumplió con las obligaciones contractuales que supeditan las aduaneras al declarar la mercancía por la partida que señalaba el documento entregado por su cliente ABBOTT, con lo cual NO lo hizo incurrir en yerro alguno, puesto que es el Importador el designador de la partida declarada y no AGECOLDEX.

Es menester indicar que la infracción examinada dispone “*Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios, en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la imposición de sanciones, el decomiso de las mercancías o la liquidación de mayores tributos aduaneros...*”, y para entender el contexto de la misma, se debe acudir al significado de las palabras; y es así como “hacer” según el Diccionario de la Real Academia Española¹⁷ implica “*producir algo, poner por obra una acción o trabajo, realizar o ejecutar una acción expresada por un verbo enunciado previamente*” –entre otros-, “incurrir”¹⁸ significa cometer una falta, el mandante en materia aduanera es el Importador –para el caso- y como tal quien otorga el contrato de mandato –desde lo civil y comercial-, con lo cual, para que se configure la infracción implicaba que AGECOLDEX hubiese producido la falta, es decir, hubiese determinado la posición arancelaria, y ello NO es cierto, pues claramente el mandato aduanero dispone que es el Importador quien como conocedor del producto determina la posición arancelaria.

Conforme a las facultades y obligaciones en cuestión señaladas que reposan en el mandato aduanero, es claro que dicha cláusula contractual SÍ es óbice para excluir a la agencia de aduanas de la sanción que se le endilga, ello por cuanto de una parte es claro que la subpartida arancelaria ha sido señalado en múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado, porque el cliente es quien la designó, y porque no puede la DIAN contrariar una norma específica como lo es la que regula los efectos del contrato de mandato y sus alcances como lo es la norma civil y comercial (Art. 2158 y Art. 2180 Código Civil y Art. 1263 y Art. 1266 del Código de Comercio).

Es importante aportar al presente alegato el **Auto de archivo aduanero No. 2796 del 30 de Julio de 2021** proferido en el expediente preliminar PR 2021 2021 00044, y el **Auto de Archivo aduanero No. 2420 del 01/06/2022** proferido en el preliminar No. RV 2021 2021 01633 a AGECOLDEX S.A. y ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S. por la División de Gestión de Fiscalización de Aduana Cartagena, por cuanto en ellos, la DIAN expresamente señala que dado que los productos importados por ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A. como el ENSURE, PEDIASURE, GLUCERNA, y demás, que fueron clasificados en la declaración privada por el importador bajo la subpartida arancelaria 3004.90.29.00, **independiente** de que la DIAN considere que esos productos debían clasificarse bajo la subpartida arancelaria 21.06.90.79.00, era claro que:

- i) La subpartida arancelaria que la DIAN considera correcta al consultarla en el Tratado de Libre comercio –beneficio Unión Europea AC Código 124-, su arancel es del cero por ciento (0%).
- ii) Que la posición arancelaria que la DIAN consideraba correcta se encontraba amparada bajo el Numeral 3° del artículo 424 del Estatuto Tributario, por lo cual no causaba IVA.

¹⁷ <https://dle.rae.es/?id=Jwhmcap>

¹⁸ <https://dle.rae.es/?id=LLMPyAG>

- iii) Que, consecuente, dado que la subpartida arancelaria 21.06.90.79.00 que se consideraba correcta, igual estaba amparada en TLC con arancel del 0%, y en el Estatuto Tributario con exclusión de IVA, el error en la subpartida declarada por ABBOTT NO generaba sanción alguna, ni pago adicional de tributos aduaneros.
- iv) Que, por economía procesal, y evitando un desgaste administrativo no adelantarían liquidación oficial de revisión de valor.

Ambos autos de archivo, permiten analizar que la DIAN también en el expediente aduanero RV 2016 2019 877 del cual se derivan los actos administrativos demandados, NO debió adelantar liquidación oficial de revisión al importador, y consecuente, no debió imponer sanción a mi Poderdante del Numeral 2.6 del artículo 485 del Estatuto Aduanero, sino ARCHIVAR en aras del principio de economía procesal, puesto que así la Entidad considerase que la subpartida arancelaria declarada (30.04.90.29.00), estaba errada, y que las correctas eran otras (21.06.90.90.00 y 21.06.90.79.00), dado que la mercancía importada por ABBOTT cuenta con prueba de origen (certificado de origen) del TLC Colombia – U.S.A., lo que demuestra su origen, y dado su exclusión de IVA en el Estatuto Tributario (Num. 3º Art. 424), no era procedente generar un desgaste administrativo para la Entidad y los usuarios (importador y declarante), ya que en ambos casos (subpartida arancelaria declarada versus subpartidas arancelarias que la DIAN considera como correctas), la tarifa arancelaria será el cero por ciento (0%) en virtud del TLC, y la tarifa del IVA también del cero por ciento (0%) en virtud del Estatuto Tributario.

Se observa que en el proceso aduanero RV 2016 2019 877 del cual se derivaron los actos administrativos demandados, la U.A.E DIAN, no debió proferir liquidación oficial, y menos sanción a mi Poderdante, sino archivar, ya que la mercancía al contar con origen (U.S.A. / Unión Europea), y exclusión de IVA (Num. 3º Art. 424 E.T.), tanto para la subpartida arancelaria declarada como para la que la DIAN considera correcta, las tarifas entonces en ambos casos (Arancel/IVA) sería del cero por ciento (0%), con lo cual, no había lugar a cargo de ABBOTT de mayor pago de tributos aduaneros, ni de sanción, y consecuente, no se le podía alegar a AGECOLDEX una multa del 20% sobre dichos valores.

Corolario de lo manifestado, me permito señalar al Respetado Despacho que me ratifico en todos los cargos de nulidad y pruebas señalados en la demanda, y consecuente, respetuosamente se ejerce la siguiente:

PETICIÓN

Por todo lo expuesto en la demanda y las pruebas aportadas, por lo actuado hasta ahora en el proceso y lo sustentado en este alegato, de la manera más respetuosa se solicita se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, y se restablezca en su derecho a mi Poderdante.

ANEXOS

1. Sentencia de segunda instancia con fecha del 4/agosto/2022 del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Cuarta. Consejera Ponente Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto. Radicación: 68001-23-33-000-2019-00259-01 (25999). Demandante: AGENCIA DE ADUANAS SOCIEDAD DE TRÁMITES ADUANEROS EN COMERCIO EXTERIOR NIVEL 2 – SOTRAEX SA. Demandado: DIAN
2. Sentencia Anticipada del 8 de Octubre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander. M.P. Dra. Solange Blanco Villamizar. Exp. No. 680012333000-2019-00259-00. Parte Demandante: AGENCIA DE ADUANAS

SOCIEDAD DE TRÁMITES ADUANEROS EN COMERCIO EXTERIOR NIVEL 2. en adelante –SOTRAEX S.A.- con Nit. 900.064.035-71. Parte Demandada: UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES en adelante –DIAN-.

3. Sentencia de Primera Instancia del 18 de Junio de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. M.P. Robiel Amed Vargas González. Rad: 54-001-23-33-000-2017-00246-00 Demandante: AGENCIA DE ADUANAS GLOBAL CUSTOM OPERATOR S.A.S. NIVEL 2. Demandado: U.A.E. – DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN)
4. Sentencia del 22 de Junio de 2022 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá en Sentencia del 22 de Julio de 2022 (Exp. 11001-33-41-045-2019-00249-00).
5. Sentencia de segunda instancia proferida el 19 de septiembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Bolívar en el expediente No. 13001333101220110019701
6. Auto de archivo aduanero No. 2796 del 30 de Julio de 2021 proferido en el expediente preliminar PR 2021 2021 00044 a AGECOLDEX S.A. y ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S. por la División de Gestión de Fiscalización de Aduana Cartagena. Con sello de ejecutoria.
7. Auto de Archivo aduanero No. 2420 del 01/06/2022 proferido en el preliminar No. RV 2021 2021 01633 a AGECOLDEX S.A. y ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A.S. por la División de Gestión de Fiscalización de Aduana Cartagena.

Se precisa al Despacho que el presente memorial y sus anexos se remitió a la DIAN y terceros de ley de forma previa a la radicación en SAMAI conforme lo dispuesto en el C.G.P. y C.P.A.C.A.

Del Señor Juez,

Atentamente,


PAOLA ANDREA MEDINA MONTES
 C.C. 31.571.738
 T.P. No. 121.936 del C.S. de la J.

Apoderada Especial Parte Demandante

Anexo. Lo enunciado