

Señores

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

SECCIÓN PRIMERA

SUBSECCIÓN B

Atención: Dr. **CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN** – Magistrado Ponente
E.S.D.

ASUNTO: ALEGATO DE CONCLUSIÓN

EXPEDIENTE: 25000234100020200044000 (2020-00440-00)

DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AGECOLDEX S.A. NIVEL 1

DEMANDADO: U.A.E DIAN

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Cordial saludo,

Respetada 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 05 de Febrero del año 2025.

ALEGATO DE CONCLUSIÓN:

1. La nulidad por vulneración al **principio de favorabilidad en materia aduanera** se prueba en que AGECOLDEX tramitó Declaraciones de Importación entre el 2 al 30 de Agosto del año 2016¹ las cuales se encuentran visibles en el proceso aduanero RV 2016 2019 1873 del cual se derivan los actos administrativos demandados, y el cual fue aportado por la DIAN en su contestación².

1

STICKER	FECHA	STICKER	FECHA	STICKER	FECHA
0901911137865-5	2-AGOSTO- 2016	0120410332329-6	9-AGOSTO-2016	0901911139233-1	23-AGOSTO-2016
0901911137866-2	2-AGOSTO-2016	0901911138280-1	9-AGOSTO-2016	0120410334303-4	26-AGOSTO-2016
0650203065208-8	3-AGOSTO-2016	0120410332324-1	9-AGOSTO-2016	0120410334302-7	26-AGOSTO-2016
0901911137940-1	3-AGOSTO-2016	0120410332326-4	9-AGOSTO-2016	0223301084057-2	30-AGOSTO-2016
0650203065207-0	3-AGOSTO- 2016	0901911138357-1	10-AGOSTO-2016	0120410334815-3	30-AGOSTO-2016
5156405033509-3	3-AGOSTO-2016	0901911138354-8	10-AGOSTO-2016	0120410334814-6	30-AGOSTO-2016
2383101881397-3	3-AGOSTO-2016	0901911138356-2	10-AGOSTO-2016	0223301084058-1	30-AGOSTO-2016
0630802121177-6	3-AGOSTO-2016	0901911138355-5	10-AGOSTO-2016		
0901302150091-6	4-AGOSTO-2016	0901301158061-8	11-AGOSTO-2016		
0901302150092-3	4-AGOSTO-2016	0901302150227-0	12-AGOSTO-2016		
0901301157970-3	4-AGOSTO-2016	0901302150226-3	12-AGOSTO-2016		
0901302150090-9	4-AGOSTO-2016	0120410333115-1	17-AGOSTO-2016		
0901301157969-5	4-AGOSTO-2016	2383101883102-7	17-AGOSTO-2016		
0120410332323-2	9-AGOSTO-2016	0120410333116-9	17- AGOSTO-2016		
0120410332327-1	9-AGOSTO-2016	2383101883103-4	17-AGOSTO-2016		
0120410332328-9	9-AGOSTO-2016	0901911139232-2	23-AGOSTO-2016		

² TOMO IV Folios 302 al 380 del proceso aduanero RV 2016 2019 1873.

Lo anterior, puesto que si bien, en la data de importación (agosto del año 2016) tenía efectos el Num. 2.6 del Art. 485 del D. 2685 de 1999 (norma sancionatoria impuesta a AGECOLDEX que versa en los actos demandados), es claro que la misma DESAPARECIÓ de la vida jurídica con la entrada en vigencia el 1º de Diciembre del año 2016 del régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016, el cual NO dispuso norma sancionatoria igual o similar a la del Num. 2.6 del Art. 485 en cita, por lo cual, la DIAN estaba obligada a aplicar el principio de favorabilidad³:

- Importaciones de las cuales derivaron sanción a AGECOLDEX: Agosto de 2016
- Decreto 2685 de 1999: vigente hasta el 30 de Noviembre de 2016
- Decreto 390 de 2016: Vigente desde el 1º De Diciembre de 2016

Es de señalar que a efectos de imponer una sanción la propia norma aduanera⁴ dispone que se hace con fundamento en la norma vigente en la fecha de la operación, por lo cual, es claro que los actos demandados (*Resolución No. 1-03-201-241-640-0-005379 del 24 de Octubre de 2019 y Resolución No. 001601 del 04 de Marzo del año 2020*), debieron consultar la norma sustancial VIGENTE por favorabilidad⁵, y no imponer sanción a AGECOLDEX.

Si bien, la DIAN aduce Conceptos (*Doctrina propia - (Concepto 384 del 9/abril/2018 y No. 22410 de Octubre 18/2016)*) a fin de alegar su defensa en torno a que el régimen sancionatorio del Dec. 390/16 no entró a regir porque estaba supeditado a la expedición de un reglamento, es de manifestar al Despacho, que tal afirmación es errada puesto que deja de lado que el Decreto 390 de 2016 contó con una vigencia escalonada, que conllevó a que desde el 1º de Diciembre del año 2016 rigiese su régimen sancionatorio conforme al Num. 2º del Art. 674 *Ibidem*.

Se refrenda este cargo de nulidad con Precedentes Verticales referidos a Sentencia del Consejo de Estado, así como Sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Tribunal Administrativo del Valle del Cauca sobre el Decreto 390 de 2016, vigencia normativa, favorabilidad -entre otros-, que líneas siguientes se relacionan.

Téngase presente que el Dec. 390/16 en su Art. 674 estipuló la vigencia escalonada de su normatividad, así:

- Un grupo (Num. 1º Art. 674 en cita) que correspondió a 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 del Decreto 390/16 que rigieron desde el 22 de Marzo de 2016⁶.

³ El Decreto 390 de 2016 se publicó en DIARIO OFICIAL No. 49.808 DEL 7 DE MARZO DE 2016 por lo cual las Declaraciones de Importación surtidas en agosto del año 2016 POR FAVORABILIDAD, no les aplicaba la infracción del Decreto 2685 de 1999 cuyo régimen sancionatorio desapareció el 1º de Diciembre de 2016.

⁴ Art. 667 D. 390 de 2016 Mod. Art. 178 D. 349 de 2018:

Parágrafo. *Cuando una operación aduanera se haya iniciado en vigencia de la normatividad anterior, el régimen de obligaciones, infracciones y sanciones aplicable será el establecido en la norma vigente al momento de su inicio, sin perjuicio de la aplicación del principio de favorabilidad en materia sancionatoria*

⁵ Art. 4º en su parágrafo 4º de la Ley 1609 de 2013 en concordancia con el literal b) del Art. 2º del Dec. 390 de 2016

⁶ Entre estos artículos se destaca el Art. 39 (Declarante) así como el Art. 43 (operadores de comercio exterior), y esto es importante, porque: i) 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, ii) Al revisar las infracciones aduaneras listadas

- Un segundo grupo (Num. 2º Art. 674 en cita), que correspondió a “*los demás artículos*”, es decir, TODOS aquellos que no estaban listados en el Num. 1º *Ibidem*, y que NO requerían incorporar ajustes al sistema informático aduanero o un nuevo modelo de éste, entraban a regir una vez reglamentados por la DIAN, para lo cual a dicha Entidad se le fijó un término máximo o límite en la citada norma (Decreto) el cual fue de ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación para cumplir con ello (entiéndase hasta el 30 de Noviembre de 2016), por ende, dado que es un plazo perentorio y que NO fue modificado por ningún Decreto -entiéndase el D. 349/18 no hizo ningún cambio en ese numeral-debía sí o sí que cumplirse.

Al no cumplir la DIAN con dicha reglamentación, y NO estar por encima jerárquicamente un concepto y/o una Circular Externa de la Entidad a un Decreto, conllevó que desde el 1 de Diciembre de 2016 el régimen sancionatorio del D. 390/16 estuviese vigente, y lo estuvo hasta que entró a regir el D. 1165 de 2019 el 2/ago/2019.

Es palpable que: i) La DIAN no podía ampliar dicho plazo (180 días) vía resolución o concepto o similar en razón a la jerarquía normativa, ii) El régimen sancionatorio no requería reglamentación alguna, iii) No fue expedido ningún Decreto que modificase, adicionase o derogase la entrada en vigencia dispuesta en el numeral 2º del artículo 674 en cita; iv) Las resoluciones reglamentarias que expidió la DIAN (Res. 41, 42, 64 y 72/16⁷) no podían modificar el plazo dispuesto en un Decreto; y, v) La Circular Externa No. 003 de 2016⁸ 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.

Al respecto, la anterior tesis dispuesta tanto en el proceso aduanero RV 2016 2019 1873 como en el judicial por mi Poderdante, tiene **respaldo en Sentencia del Consejo** de Estado del 4 de agosto de 2022⁹ -que en el punto II del presente memorial se desarrolla, en la cual indicó sobre la vigencia del régimen sancionatorio del D. 390/16 que, en efecto, la vigencia del régimen sancionatorio del citado Decreto NO estaba supeditado a la implementación de ningún sistema informático o similar.

Así pues, se evidencia que el régimen sancionatorio del D. 390/16 no requería reglamentación, ni disposición de modelo informático aduanero para operar, con lo cual, de plano entró a regir desde el 1/dic/2016.

- Un tercer grupo, lo dispuso el Num. 3º del Art. 674 del D. 390/16, a fin de que, si algún artículo requería la incorporación de ajustes al sistema informático electrónico de la DIAN, o implementar un nuevo modelo de sistematización, la

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.

⁷ 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

⁸ DIARIO OFICIAL No. 49.823 DEL 22 DE MARZO DE 2016
https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/infoconsulta/Estatuto%20Aduanero/Circular_Externa_00003_22_marzo_2016.pdf

⁹ 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

DIAN contaría con un plazo no mayor a veinticuatro (24) meses para disponerlo, incluidas pruebas pilotos con intervalos de seis (6) meses.

Al respecto, la norma sancionatoria aduanera, en especial la relativa a las agencias de aduanas en el art. 538 del D. 390/16, no requería implementación de sistema informático o un nuevo modelo, y en especial, NO dispuso en su listado infracción igual o similar a la señalada en el Num. 2.6 del Art. 485 del E.A.

Vale resaltar que el Art. 674 del Dec. 390/16 solamente modificó el Num. 3º y el párrafo con el Art. 184 del Dec 349/18, pero NO surtió ninguna en relación al Num. 2º del Art. 674 citado.

Corolario de lo anterior, 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 el 2 de agosto de 2019.

El cargo en cuestión se respalda con Sentencias de Precedente Vertical y Horizontal (Consejo de Estado / Tribunales Administrativos) que ratifican que el D. 390/16 en su régimen sancionatorio conforme el Num. 2º de su Art. 674 y del Art. 675 entró a regir ciento ochenta (180) días siguientes a la publicación de la cita norma, esto es, 1º de Diciembre de 2016, con lo cual, si éste NO dispuso una conducta como infracción administrativa aduanera, y sí lo había hecho el Dec. 2685/99, consecuente, era obligatorio aplicar la norma más favorable (D. 390/16) y no sancionar al Administrado.

Adicional, a fin de reforzar lo señalado en esta tesis de defensa de mi Poderante se anexan Sentencias de PRECEDENTE VERTICAL (Consejo de Estado)¹⁰, en la cual se revisaron hechos con las siguientes datas e infracciones aduaneras:

En dicha Sentencia el Consejo de Estado señaló:

Infracciones al régimen aduanero. Vigencia. Favorabilidad

La sociedad demandante sostiene que la Administración, al expedir los actos acusados vulneró el debido proceso. También incurrió en expedición irregular -por falta de motivación- y falsa motivación, al sancionarla por las conductas descritas en los 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, derogados por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, que estableció un nuevo régimen de aduanas y en el que las conductas generadoras de tales infracciones son inexistentes. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el artículo 520 del

¹⁰ 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

La Sentencia tuvo Aclaración del 15 de septiembre de 2022, manteniendo la declaratoria de nulidad de las infracciones demandadas por la Agencia de Aduanas.

De acuerdo con lo expuesto, se accederá a la solicitud de aclaración de la sentencia del 4 de agosto de 2022, toda vez que en la citada providencia se modificó la decisión del 8 de octubre de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, la cual había declarado la nulidad de «las Resoluciones 000685 del 12.06.2018 proferida por la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN y 010408 del 05.10.2018 que resolvió el Recurso de Reconsideración, en lo que atañe a las sanciones pecuniarias impuestas invocando las infracciones reguladas por los numerales 2.1 y 2.5 del Art. 485, 2.1 del Art. 482 y, 1.3 del Art. 495 del régimen aduanero del Decreto 2685 de 1999»³, pues al revisarse la parte resolutive de la citada resolución 000685 del 12 de junio de 2018 se advierte que no alude al numeral 2.1 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, sino al numeral 2.1 del artículo 189 del Decreto 349 de 2018. Con todo, se anota que la entidad demandada no puso de presente el yerro en el recurso de apelación, sino con ocasión de la presente solicitud

Decreto 2685 ib., también vigente para la época en que presuntamente se cometieron las conductas, atribuía la obligación a la Administración de aplicar la norma más favorable.

El tribunal acogió la tesis de la demandante, por considerar que las normas contentivas de las conductas que originaron las sanciones impuestas no se encontraban vigentes al momento de expedir los actos acusados y por vulnerar el artículo 520 del Decreto 2685 de 1999, que establecía el principio de favorabilidad en materia aduanera sancionatoria.

En oposición, la entidad apelante asegura que las sanciones establecidas en el Decreto 2685 de 1999 se encontraban vigentes, por cuanto la aplicación del Decreto 390 de 2016 se dio de forma escalonada y únicamente entraba a operar hasta tanto se implementara el nuevo modelo de sistematización informático de la DIAN, el cual no había empezado a funcionar cuando se expedieron los actos acusados. Al efecto, alegó que se atribuía responsabilidad directa a las Agencias de Aduanas por las sanciones a que hubiere lugar, derivadas del incumplimiento del régimen aduanero por sus actuaciones como declarantes autorizadas.

...

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 2016.

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:

...

Conforme con la norma transcrita, la vigencia del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 se produciría quince (15) días comunes después de su publicación, esto es, el 22 de marzo de 2016, el cual señala que los artículos descritos en el numeral 1 -entre los que no está el régimen sancionatorio dispuesto en los artículos 511 a 549- también entrarían a regir en ese momento. A continuación, el numeral 2 supedita la vigencia de sus demás artículos a la reglamentación, efecto para el cual otorgó 180 días. Y, el numeral 3 difiere la vigencia de aquellos artículos que requieran de implementación del nuevo sistema informático, que no refiere al régimen sancionatorio.

Por su parte, el artículo 675 del Decreto 390 de 2016 dispuso las 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 2018- 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 expediera una «norma que favorezca al interesado», la Administración 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

También se anexan Precedentes Verticales de Tribunales Administrativos, dentro de las cuales, dos (2) de ellas corresponden a AGECDLEX, así:

Sentencia de Segunda Instancia No. 263 del 30 de octubre de 2024. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Expediente No. 76109333300120200000801. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AGECDLEX S.A. NIVEL 1. DEMANDADO. U.A.E DIAN. ASUNTO. SANCIÓN ADUANERA/ VIGENCIA DEL DECRETO 39 0DE 2016 / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.

En esta Sentencia se indicó:

...En consecuencia, pese a que, para la fecha en que se presentó la declaración de importación inicial con autoadhesivo 06308030734191 del 18 de septiembre de 2015, aun se encontraba vigente el Decreto 2685 de 1999, este fue derogado por el Decreto 390 de 2016, durante la investigación que se adelantó en contra de la sociedad demandante y del importador, el cual adquirió vigencia antes del acto administrativo de liquidación oficial que impuso la sanción (14 de noviembre de 2018), por lo que, en virtud del ya citado principio de favorabilidad la Dian debió, de manera oficiosa, aplicar éste último.

Desconocer la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en la norma Constitucional y desarrollado en la ley hizo que, a la postre, la sociedad demandante fuera sancionada por una conducta atípica y con ello vulneró el debido proceso, por lo que, la Sala acoge los argumentos de la apelante en este sentido y procederá a declarar la nulidad parcial de los actos administrativos acusados y, a título de restablecimiento del derecho, declarará que la demandante no está obligada a pagar la sanción allí impuesta.

Sentencia de Segunda Instancia del 25 de Julio de 2024. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Cuarta. Subsección A. Radicación No. 11001-33-37-041-2020-00038-01. DEMANDANTE. AGENCIA DE ADUANAS AGECDLEX S.A.

NIVEL 1. DEMANDADO. U.A.E DIAN. MEDIO DE CONTROL. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Asunto. Sanción del numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999. Favorabilidad

En dicha Sentencia se indicó:

...Conforme a lo expuesto frente al principio de favorabilidad, la demandada debió aplicar los preceptos normativos del Decreto 390 del 2016, en tanto para el momento en que la División de Gestión de Fiscalización de la Dian expidió la Resolución n°. 1-03-241-201-640-0-2050 del 23 de noviembre de 2018 imponiendo la sanción pecuniaria por infracción al régimen aduanero, así como para la fecha en que la Dirección de Gestión Jurídica emitió la Resolución n°.002422 del 01 de abril de 2019 que atendió el Recurso de Reconsideración, ya había fenecido los plazos otorgados para vigencias contemplados en el artículo 6755 del Decreto 390 de 2016. En suma, el régimen sancionatorio aduanero vigente era el introducido por el Decreto 390 de 2016 el cual no contempló la conducta sancionada.

Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A". PROCESO No.: 1100133340042017-00153-01. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AQUASIA. DEMANDADO DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES UAE- DIAN. ASUNTO: Magistrado Ponente: FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

En dicha Sentencia se indicó:

La Sala observa que en el sub lite la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN impuso sanción a la empresa Agencia de Aduanas AQUASIA SAS por infringir lo dispuesto en el numeral 2.6. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y al respecto, el a quo al analizar la actuación administrativa consideró que el demandante no incurrió en la infracción descrita toda vez que la norma no se encontraba vigente y por el contrario, se debía dar aplicación al principio de favorabilidad

De la revisión del expediente, la Sala encuentra que obran los siguientes documentos relevantes:

- Resolución No. 3386 del 3 de septiembre de 2015 mediante la cual se profiere una liquidación oficial de corrección 5.
- Proceso de fiscalización y liquidación. Informe final en el cual se resumen las actividades realizadas en el desarrollo de la investigación y contiene la conclusión definitiva de los resultados de la auditoría6.
- Requerimiento especial aduanero No. 1714 del 6 de abril de 20167
- Respuesta al requerimiento especial aduanero.
- Recurso de reconsideración.
- Informe de ejecutoria de la Resolución No. 007232 del 26 de septiembre de 2016 mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración.

En el escrito de apelación expone la demandada que el a quo desconoció que para el momento en que se impuso la sanción, el decreto 390 de 2016 no se encontraba vigente por lo que no era procedente la aplicación del principio de favorabilidad y en consecuencia era válida la aplicación la infracción estipulada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

De las normas referenciadas anteriormente, esto es el artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 y el artículo 2 del decreto 390 de 2016, la Sala establece que este último entro en vigencia el 22 de marzo de 2016, pues fue publicado en el Diario Oficial No. 49.808 del 7 de marzo de 2016.

Ahora bien, como la Resolución No. 007232 del 26 de septiembre de 2016 mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración quedó ejecutoriada el 30 de septiembre de 2016 tal como se puede observar a folio 95 del cuaderno de antecedentes administrativos, es claro que en el caso concreto se debía dar aplicación al principio de favorabilidad toda vez que dicho principio determina que si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción se expide una norma que favorezca al interesado la autoridad aduanera debe aplicarla oficiosamente.

A pesar de lo anterior, si la entidad hubiese dado aplicación al Decreto 390 de 2016 se evidencia que en el artículo 538 no existe conducta alguna que se asemeje a la descrita en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

Es preciso indicar que si bien es cierto a la demandada le corresponde emitir actos administrativos no hace parte de sus funciones la de reglamentar aspectos propios del régimen sancionatorio y se evidencia entonces que la DIAN desconoció el principio de favorabilidad al dejar de lado que dentro de las infracciones aduaneras descritas en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016 no existía ninguna que pudiera asemejarse a la contenida en la imputación inicial, esto es el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999.

Por todo lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por el a quo en la cual considera que la DIAN no realizó una interpretación armónica de normas y principios aplicables, razón por la cual dicha autoridad debió dar aplicación al principio de favorabilidad establecido en el Decreto 390 de 2016, ya que, como se precisó en líneas anteriores, si bien la investigación se inició por la presunta infracción del numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, es lo cierto que para la época en que adquirió firmeza el Acto administrativo demandado ya existía una regulación que favorecía al investigado.

Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUB SECCIÓN B. Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024). Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS Expediente: No. 11001-33-34-003-2018-00057-01. Actor: COLOMBIA'S SUPPLY S.A.S. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA.

En dicha Sentencia se indicó:

...Ahora bien, tal como lo mencionó el a quo, conviene traer a colación 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 determinaron lo siguiente:

...

De conformidad con lo anterior, la vigencia del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016 se produciría quince (15) días comunes después de su publicación, esto es, el 22 de marzo de 2016, el cual señala que los artículos del numeral primero -entre los que no está el régimen sancionatorio dispuesto en los artículos 511 a 549- también entrarían a regir en ese momento. Luego, el numeral segundo supedita la vigencia de sus demás artículos a la reglamentación, para el cual otorgó 180 días; lo cual se efectuó el día 28 de septiembre de 2016 mediante la Resolución 000064 “por la cual se reglamentan unos artículos del Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, relacionados con el control posterior y aspectos procedimentales”. Finalmente, el numeral tercero difiere la vigencia de aquellos artículos que requieran de implementación del nuevo sistema informático, que no refiere al régimen sancionatorio.

Así las cosas, la Sala encuentra que la DIAN sancionó a la empresa Colombia's Supply S.A.S. con fundamento en una norma que ya no se encontraba vigente. Esto, por cuanto antes de que la actuación demandada adquiriera firmeza, es decir, el día 27 de septiembre de 2017 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.

Considera la Sala que es preciso traer a colación que el Consejo de Estado en un caso de similares características, determinó lo siguiente respecto de la vigencia del Decreto 2685 de 1999 y la aplicación del principio de favorabilidad "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 contenidas 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 2018- 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 expediera una «norma que favorezca al interesado», la Administración 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. (...) 3. (Se resalta).

De la jurisprudencia antes transcrita se extrae que la DIAN debía, además, dar aplicación al principio de favorabilidad contenido en los artículos 520 del Decreto 2685 de 1999 y 2 del Decreto 390 de 2016 que determinan lo siguiente:

...

En ese sentido, la Sala considera que se debe confirmar la decisión del juez de primera instancia respecto de la declaratoria de nulidad de la sanción impuesta a la empresa Colombia's Supply S.A.S. por cuanto esta fue sancionada bajo un régimen sancionatorio que no se encontraba vigente. Lo anterior, por cuanto como se analizó en precedencia, el Decreto 390 de 2016 ya se encontraba vigente al momento de emitir la decisión de fondo, esto es para el 3 de agosto de 2017, fecha en la cual se emitió la Resolución Nro. 03-236-408-601-0889 por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración contra la resolución sanción.

En los precedentes en cuestión no solo se evidencia que el D. 390/16 es más favorable que el Decreto 2685 de 1999, sino también que: i) el régimen sancionatorio del D. 390/16 sí entró a regir, e, ii) Incluso, se aportan sentencias (de segunda y primera instancia), aplicando dicha favorabilidad y dejando sin efecto -declara nulidad- de actos administrativos que impusieron a agencias de aduanas la infracción administrativa del Num. 2.6 del Art. 485 del E.A. en virtud de favorabilidad del D. 390/16.

2. En la demanda se aportaron las Sentencias del Consejo de Estado que avalan la subpartida arancelaria señalada en las declaraciones de importación (PRECEDENTE JUDICIAL) tramitadas en Agosto del año 2016, así pues, no puede pregonarse que AGECOLDEX le hizo incurrir en error a su mandante ABBOTT (Num. 2.6 Art. 485 E.A. – modificado por el Art. 39 del Dec. 1232/1 y adicionado Art. 6º Dec. 2883/08), puesto que evidentemente la DIAN no podía desligarse de la obligación que como autoridad administrativa tiene de aplicar de manera uniforme la jurisprudencia, aduciendo que se trata de diferentes declaraciones de importación, diferentes clasificaciones arancelarias y diferentes registros INVIMA, puesto que olvida que se tratan de los MISMOS PRODUCTOS y la misma sociedad Importadora, productos que por demás no han tenido variación ni en su composición, ni en su uso o finalidad desde la emisión de los múltiples fallos del Consejo de Estado; adicionalmente, si el soporte para que la DIAN dejase de lado lo pronunciado por la máxima autoridad contencioso administrativa fuese la emisión de nuevas resoluciones de clasificación arancelaria entonces ello dejaría sin uso la prohibición de reproducir un acto que ha sido anulado (Artículo 237 de la Ley 1437 de 2011) como ocurre con las resoluciones de clasificación que años atrás emitió la DIAN sobre estos mismos productos; así pues, el emitir nuevas clasificaciones no implica per se nuevos fundamentos, sino que entraña el desconocimiento del deber de la aplicación uniforme de la jurisprudencia.

Existe, en consecuencia, una confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica para el Administrado (entiéndase ABBOTT y AGECOLDEX), por lo cual, el importador asumió la obligación conforme el mandato aduanero de disponer, designar la Subpartida arancelaria, y con ello, se dispuso que AGECOLDEX debía tener de presente dicha subpartida sea que fuese designada y/o dispuesta en los soportes que entregasen para el trámite de nacionalización.

Se prueba este cargo con las Declaraciones de Importación de Agosto del año 2016 que obran en el expediente judicial¹¹, así como las Sentencias del Consejo de Estado que AGECOLDEX aportó en sede aduanera a la DIAN en su recurso de reconsideración¹².

Al respecto, se recuerda que las operaciones aduaneras objeto de estudio, disponen la subpartida arancelaria 3004.90.29.00 y amparan productos tales como: ENSURE POLVO, GLUCERNA POLVO, PULMOCARE, PEDIASURE POLVO, ALITRAQ,

¹¹ Declaraciones de Importación como sus soportes TOMO IV Folios 302 al 414 del proceso aduanero RV 2016 2019 1873, y su Tomo I Folios 25 al 212

¹² TOMO VIII Folios 769 al 801 y TOMO IX Folios 802 al 812 del proceso aduanero RV 2016 2019 1873

JEVITY, NEPRO AP, ENSURE ADVANCE POLVO, PEDIASURE LÍQUIDO, GLUCERNA LÍQUIDO, ENSURE PLUS HN, ENSURE BASE LÍQUIDO, ENSURE FIBRA, OSMOLITE HN, ENSURE COMPACT, ENSURE ADVANCE MENOS CALORIAS, GLUCERNA 1.5 LPC y PERATIVE, con una tarifa arancelaria del cero por ciento (0%) –en razón del Certificado de Origen- y tarifa de IVA del cero por ciento (0%) –en razón del artículo 424 del Estatuto Tributario-, y éstos SÍ CUENTAN con PRECEDENTES JUDICIALES que estaba la DIAN obligada a cumplir y aplicar¹³, y que amparan la subpartida arancelaria declarada en la importación de la cual se desprendió sanción a mi Poderdante, con lo cual, el producto en cuestión sí se clasifica tal cual fue declarado, habida cuenta de su composición, y en especial, de su uso o finalidad terapéutica o profiláctica; por lo cual, dado su uso terapéutico o profiláctico, se clasifican como MEDICAMENTOS, y NO SON COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS.

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 del producto y cuyas conclusiones los replicó en los actos administrativos demandados, alegando que se trata de preparación alimenticia diversas clasificables en las subpartida arancelaria 2106.90.79.00.

Respecto a lo anterior, es pertinente indicar que:

- Sí se evidencia en cada una de las Declaraciones de Importación objeto del caso (en especial en su casilla 91 “descripción de la mercancía” Folios 25 al 212 y Folios 302 al 380 del proceso aduanero RV 2016 2019 1873) así como sus soportes, que las indicaciones de los productos y sus usos, según la composición incluida en la ficha técnica -también reposan en el proceso aduanero-, implica que TODOS tienen usos con propósitos médicos especiales.

¹³ Se citan algunas sentencias del Consejo de Estado:

Expediente	Fecha	Ponente
11001-03-27-000-2002-0055-01 (8602)	26-Ago-04	Olga Inés Navarrete Barrero
11001-03-27-000-2002-00540-01 13287	09-Dic-04	Héctor J. Romero Díaz
11001-03-27-000-2003-00001-01 13698	09-Dic-04	Héctor J. Romero Díaz
11001-03-27-000-2003-00002-01 (13699)	10-Feb-05	Ligia López Díaz
11001-03-27-000-2003-00005-01	28-Abr-05	María Claudia Rojas Lasso
11001-03-27-000-2003-00040-01	28-Abr-05	María Claudia Rojas Lasso
11001-03-27-000-2002-00090-01 (13476)	27-Oct-05	Juan Ángel Palacio Hincapié
11001-03-27-000-2003-00004-01 (13701)	23-Ene-06	Juan Ángel Palacio Hincapié
11001-03-27-000-2003-00003-01 (13700)	17-Ago-06	María Inés Ortiz Barbosa
11001-03-27-000-2002-00081-01	19-Feb-09	Marco Antonio Velilla Moreno
11001-03-27-000-2005-000660-0 (15846)	09-Jul-09	William Giraldo Giraldo
790012331000200403115-01 (17861)	7 de abril de 2011	Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

- Los productos tales como el ENSURE (líquido, en polvo, advance, clinical), así como otros (ej. Pediasure Polvo, Glucerna Polvo, Osmolite, Perative, Pediasure Líquido, Glucerna 1.0, Glucerna Líquido, Ensure Advance Polvo y Jevity II, etc.), 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 arrojadas 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 existen “PRECEDENTES” 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 AP, si bien el precedente de la Sección Cuarta del Consejo de Estado no se pronuncia expresamente sobre su clasificación arancelaria, deben tenerse en cuenta la Declaración de Importación como su registro (Folio 316-317 y 141-146) pronunciamientos técnicos 100227342-2365 del 01/12/2017 (Nepro AP)– *ver Folio 255 al 256 del proceso aduanero* de la DIAN, en el cual se indica expresamente que dicho producto es empleado para la alimentación de pacientes con enfermedad crónica renal en estadio 5, 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 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.”

*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 el producto no ha 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. De la revisión de las Declaraciones de Importación (Folio 302 al 380 del proceso aduanero RV 2016 2019 1873) inmersas en el asunto en estudio, se observa que en la casilla 12 “CÓD. ADMÓN” (entiéndase “código de administración”) figura el código “48” en unas, y en otras el código “35”, los cuales respectivamente corresponden a la Aduana de CARTAGENA y a la de BUENAVENTURA, 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 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 o Aduana Buenaventura; 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 Administrativo, 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 Estado¹⁴ 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

¹⁴ Sentencia del 3 de agosto de 2016 del Consejo de Estado - Sección Cuarta, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente No. 18058

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. 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 y Buenaventura, 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 esa medida, teniendo en consideración que las declaraciones fueron presentadas ante dos (2) direcciones seccionales de aduanas, se evidencia que mucho menos podía la DIAN alegar la regla de competencia excepcional que indica que la competencia para iniciar proceso administrativo de liquidación oficial de revisión, donde están vinculados más de dos (2) usuarios aduaneros, radica en cabeza de la Dirección Seccional de Aduanas donde se presentaron las declaraciones de importación.

Así pues, debe recurrirse a la Aduana donde se presentaron las declaraciones de importación (para el caso Cartagena y Buenaventura), y si la DIAN insiste en sus resoluciones internas (reglamentarias de competencias), en ese caso, la regla de competencia se determinaría por la Aduana que haya tenido primero conocimiento de la infracción aduanera, e incluso, en ese caso, NO tendría competencia DIAN Bogotá, en razón a que la primera en tener conocimiento fue la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena por cuanto mediante correo electrónico le informó a la Dirección de Gestión de Fiscalización sobre la “posible evasión” de tributos aduaneros liquidados y pagados con las declaraciones de importación presentadas por la demandante, como consta en el Oficio No. 10021123-0729 del 6 de marzo de 2018 de la Subdirección de Fiscalización Aduanera.

En el Oficio No. 10021123-0729 del 6 de marzo de 2018 de la Subdirección de Fiscalización Aduanera se indicó textualmente (Folio 4 al 5 del TOMO I del proceso aduanero RV 2016 2019 1873):

(...)

-Con base en la información suministrada por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena a la Dirección de Gestión de Fiscalización a través de correo electrónico del 14 de octubre de 2016 (folio 27 reverso), relacionada con la posible evasión del IVA de productos Abbot Laboratories de Colombia S.A NIT 860.002.134-8, de conformidad con lo conceptuado por el Invima en las actas de la Sala Especializada de Alimentos, adjuntas (folios 1 a 26); esta Subdirección realizó una revisión de las importaciones de diversos productos efectuadas durante 2015 y 2016 por dicha sociedad, clasificadas arancelariamente por el importador como medicamentos, acogiendo, por tanto, a la exclusión del pago de IVA, así como al gravamen arancelario previsto para este tipo de productos.

-De conformidad con lo anterior, se emitió el Requerimiento Ordinario de Información No. 100211231-1876 del 5 de junio de 2017, mediante el cual se le solicita a la empresa Abbot Laboratories de Colombia S.A, aportar las fichas técnicas y demás documentos que soporten la composición y obtención de los productos que importa y comercializa, así como copia de las resoluciones de registro sanitario vigentes expedidas por el Invima¹ (folio 299).

(...)"

Con base en lo anterior, en tal escenario, tampoco tenía competencia Aduana Bogotá, pues, si bien la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera remitió a la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá los antecedentes administrativos para dar inicio al proceso que culminó con los actos administrativos demandados, es claro, y así lo acepta la misma entidad en el oficio transcrito, que quien tuvo conocimiento inicialmente de las acciones infractoras que generaron la liquidación oficial de revisión fue la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, quien remitió vía correo electrónico desde el año 2016 toda la información relacionada con la posible evasión de IVA por parte de la sociedad demandante, y tanto es así, que dicha información originó que la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera

expidiera requerimientos ordinarios de información al importador para que informara sobre la naturaleza de la mercancía importada, allegando las fichas técnicas y las resoluciones de INVIMA, y solicitara conceptos técnicos sobre la misma a la Coordinación del Servicio de Arancel, por lo tanto previo a la remisión de los antecedentes a la Dirección Seccional de Bogotá, la Seccional de Cartagena ya conocía los hechos infractores, y en esa medida, era dicha Dirección, conforme el Decreto 4048 de 2008 y la Resolución 007 de 2008, sobre quien recaía la competencia para iniciar el proceso administrativo en contra de ABBOTT LABORATORIES DE COLOMBIA S.A., y no la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

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.**

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 el mandato aduanero, como la Certificación del suscrita el 4 de abril de 2019 expedida por ABBOTT LABORATORIES -aportada por AGECOLDEX en su respuesta al Requerimiento Especial Aduanero, prueba documental que reposa en el proceso aduanero aportado por la DIAN en su contestación (Radicado No. 003E2019035064 del 02/08/2019 – Folios 453 al 489), junto con las Sentencias señaladas de PRECEDENTE JUDICIAL, en conjunto con las Declaraciones de Importación y sus soportes -como fichas técnicas- obrantes en el proceso aduanero (Folios 25 al 212 y Folios 302 al 380, 385 al 414), permiten 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 soportes de la operación aduanera (*ej. factura comercial internacional, certificado de origen*), 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 AGECOLDEX 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 -aportada en la demanda-, 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:

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 observare 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 aportado por la DIAN en su contestación se encuentran visible la factura comercial internacional, así como la prueba de origen (Ejemplo Folios 388 al 414 del proceso aduanero) que se citan también en cada una de las Declaraciones de Importación en la casilla 91 (Folios 302 al 380 del proceso aduanero).

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 Española¹⁵ implica *“producir algo, poner por obra una acción o trabajo, realizar o ejecutar una acción expresada por un verbo enunciado previamente”* –entre otros-, *“incurrir”*¹⁶ 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 concededor 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

¹⁵ <https://dle.rae.es/?id=Jwhmcap>

¹⁶ <https://dle.rae.es/?id=LLMPyAG>

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 3º del artículo 424 del Estatuto Tributario, por lo cual no causaba IVA.
- 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 adelantarian liquidación oficial de revisión de valor.

Ambos autos de archivo, permiten analizar que la DIAN también en el expediente aduanero RV 2017 2020 4063 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 1873 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 prueba de origen 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

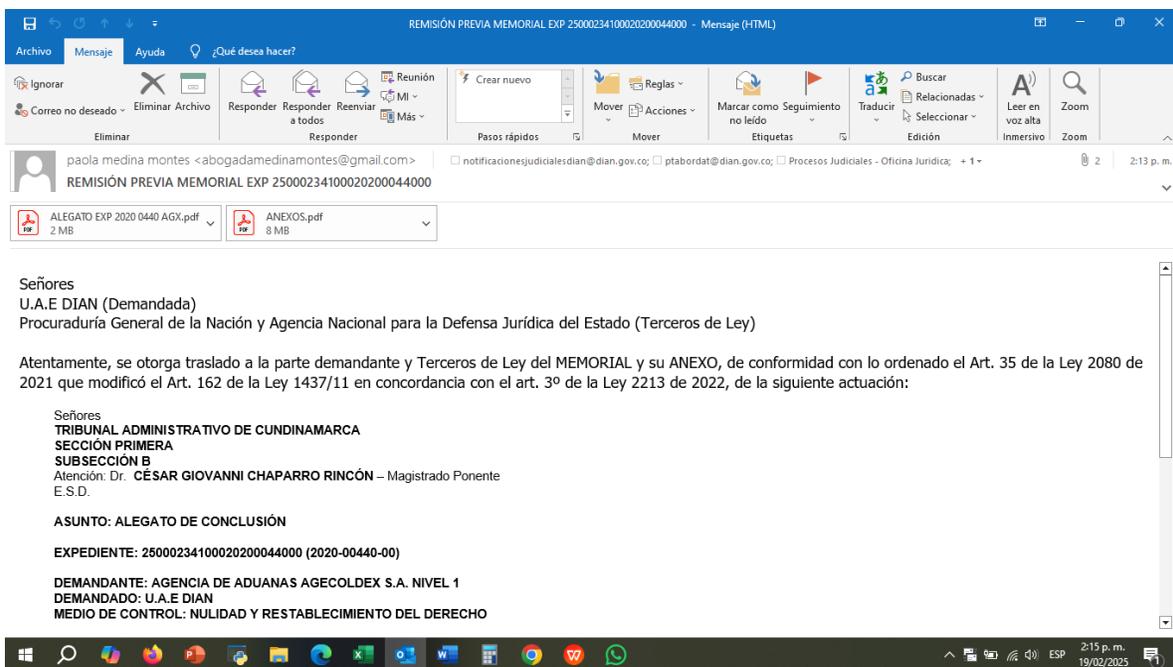
Por todo lo expuesto en la demanda y las pruebas aportadas, por lo actuado hasta ahora en el proceso y lo sustentado en este alegato, de la manera más respetuosa se solicita se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, y se restablezca en su derecho a mi Poderdante.

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, y su Aclaración de Sentencia del 15 de Septiembre de 2022.
2. Sentencia de Segunda Instancia. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Expediente No. 76109333300120200000801. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AGECDOLDEX S.A. NIVEL 1. DEMANDADO. U.A.E DIAN. ASUNTO. SANCIÓN ADUANERA/ VIGENCIA DEL DECRETO 39 ODE 2016 / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.
3. Sentencia de Segunda Instancia del 25 de Julio de 2024. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Cuarta. Subsección A. Radicación No. 11001-33-37-041-2020-00038-01. DEMANDANTE. AGENCIA DE ADUANAS AGECDOLDEX S.A. NIVEL 1. DEMANDADO. U.A.E DIAN. MEDIO DE CONTROL. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Asunto. Sanción del numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999. Favorabilidad
4. Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A". PROCESO No.: 1100133340042017-00153-01. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DEMANDANTE: AGENCIA DE ADUANAS AQUASIA. DEMANDADO DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES UAE- DIAN. ASUNTO: Magistrado Ponente: FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
5. Sentencia de Segunda Instancia. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN PRIMERA SUB SECCIÓN B. Bogotá D.C., veintidós (22) de agosto de dos mil veinticuatro (2024). Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS Expediente: No. 11001-33-34-003-2018-00057-01. Actor: COLOMBIA'S SUPPLY S.A.S. Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA. Tema: Modifica la sentencia de primera instancia

6. Sentencia del 19 de Septiembre de 2014. Segunda Instancia. Tribunal Administrativo de Bolívar. Exp. 13-001-33-31-012-2011-00197-01. Demandante. Agencia de Aduanas Servade S.A. Demandada U.A.E DIAN.
7. 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.
8. 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.



REMISIÓN PREVIA MEMORIAL EXP 25000234100020200044000 - Mensaje (HTML)

paola.medina.montes@gmail.com
 REMISIÓN PREVIA MEMORIAL EXP 25000234100020200044000

ALEGATO EXP 2020 0440 AGX.pdf 2 MB
 ANEXOS.pdf 8 MB

Señores
 U.A.E DIAN (Demandada)
 Procuraduría General de la Nación y Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (Terceros de Ley)

Atentamente, se otorga traslado a la parte demandante y Terceros de Ley del MEMORIAL y su ANEXO, de conformidad con lo ordenado el Art. 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el Art. 162 de la Ley 1437/11 en concordancia con el art. 3º de la Ley 2213 de 2022, de la siguiente actuación:

Señores
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B
 Atención: Dr. **CÉSAR GIOVANNI CHAPARRO RINCÓN** – Magistrado Ponente
 E.S.D.

ASUNTO: ALEGATO DE CONCLUSIÓN

EXPEDIENTE: 25000234100020200044000 (2020-00440-00)

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

Del Respetado Magistrado,

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