

CONSEJO DE ESTADO – Competencia. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina / SANCION POR LA NO PRESENTACION DE LA LICENCIA PREVIA DE IMPORTACION – Competencia de la Sección Cuarta

La Sala considera que el Consejo de Estado es competente para conocer de esta demanda en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 85 del C.C.A., pues independientemente de que la parte actora no haya pedido indemnización adicional al mero restablecimiento del derecho —que puede pedirse en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho—, la demanda se fundamenta en la sentencia de ese Tribunal con el propósito de que se aplique al caso concreto el orden jurídico comunitario y, en esa medida, se le restablezca el derecho derivado de esas normas en el sentido de que se declare que no está obligada a pagar ninguna suma de dinero por concepto de sanción. De otra parte, si bien este caso no sería de estricta competencia de la Sección Cuarta puesto que los actos administrativos demandados aluden a la sanción por no presentar uno de los documentos soportes de la declaración de importación, como lo es la licencia previa, por economía procesal y por garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala dictará la sentencia, porque el proceso se asignó por reparto bajo la consideración preliminar de que la litis giraba en torno a la clasificación arancelaria de los bienes importados y a la medida de salvaguardia prevista en los decretos cuya inaplicación se alega. De hecho, el recurso de apelación y el alegato de conclusión de la DIAN aluden, respectivamente, a la clasificación arancelaria y a la salvaguardia como medida restrictiva que podía adoptar el Gobierno Colombiano, cuestiones del conocimiento de la Sección Cuarta de esta Corporación.

PRESUNCION LEGAL RELATIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS – Formas de establecerla. Aplicación de la doctrina ante vacíos legislativos / MECANISMOS DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES – Lo es el procedimiento administrativo de incumplimiento

Según Manuel María Díez, el fundamento de la presunción legal relativa de legitimidad del acto administrativo puede estar o no prevista en una disposición general que establezca esa presunción, pero cuando en el ordenamiento jurídico no hay una disposición general que prevea esa presunción, la doctrina general ha recurrido a razones de diversa índole para justificarla, tales como el interés público, el privilegio de la administración y razones de celeridad y seguridad en la actividad administrativa, toda vez que, un juicio previo sobre su legitimidad podría entorpecer la gestión administrativa y, por ende, el interés público. En virtud de los tratados internacionales, acuerdos o convenios que ha suscrito Colombia, se han introducido a la legislación múltiples mecanismos de solución de controversias internacionales que facultan a las autoridades competentes designadas en tales tratados, convenios o acuerdos para que adopten medidas en contra de los Estados incumplidos, medidas que pueden afectar la presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos en el orden interno, o puedan afectar su eficacia, pues las autoridades del tratado pueden suspender la vigencia de una determinada medida. El caso que ahora analiza la Sala ilustra sobre esa situación y, por eso, conviene explicar en qué consiste el mecanismo de solución de controversias, denominado procedimiento administrativo de incumplimiento, que adelanta la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como la acción de incumplimiento que esta Secretaría General puede promover una vez ha declarado el incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a efectos de precisar la naturaleza de las decisiones que dictan tales autoridades y los efectos que producen respecto de los actos administrativos de carácter

particular y concreto expedidos al amparo de la presunción de legalidad de los actos administrativos de carácter general, que han sido objeto de decisiones tomadas por las autoridades competentes de la CAN.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE INCUMPLIMIENTO – Etapas. Finalidad / SECRETARIA GENERAL DE LA CAN – Naturaleza de los actos que profiere. Son de obligatorio cumplimiento por los países miembros

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia regula el procedimiento administrativo de incumplimiento que se surte en las siguientes etapas: apertura de investigación, nota de observaciones, respuesta a la nota de observaciones, dictamen de la Secretaría General. Respecto de la naturaleza jurídica de los dictámenes que profiere la Secretaría General de la CAN, la doctrina ilustra que no ha sido uniforme la posición del Tribunal de Justicia en cuanto a establecer si son actos administrativos de carácter definitivo o son simples opiniones prejudiciales en torno al incumplimiento de un País Miembro, que puede ser acogido o no por el Tribunal. Sin embargo, se destaca que la última posición que ha venido reiterando el Tribunal es que, independientemente de que proceda o no la acción de nulidad contra tales dictámenes, lo cierto es que son de obligatorio acatamiento para los países miembros afectados por el dictamen de incumplimiento. No obstante esa obligatoriedad, lo cierto es que las resoluciones de la Secretaría General de la CAN no tienen la autoridad para anular los actos administrativos expedidos por el país miembro que incumple las normas comunitarias. Por eso, el Tratado de Creación del Tribunal le permite incoar la acción de incumplimiento ante la renuencia del país demandado.

FUENTE FORMAL: El literal a) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA – Es declarativa sin efectos de nulidad. Es título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere / PAIS MIEMBRO – Obligaciones respecto de la sentencia del Tribunal de Justicia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Se promueve con base en el fallo del Tribunal de Justicia. Existencia de declaración de la Secretaría General de la Comunidad Andina previa al fallo permite que los actos que se declararon restrictivos no tengan efectos jurídicos

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es declarativa del incumplimiento del país miembro, pero no lo es en el sentido de declarar nulos o dejar sin efectos los actos administrativos de carácter general contentivos de la medida restrictiva del comercio exterior. La sentencia se limita a conminar al país miembro demandado a que cumpla las normas comunitarias, lo que exige conductas concretas del país miembro afectado por la sentencia. Ahora bien, el país miembro demandado puede optar por varias medidas para cumplir la sentencia del Tribunal. Esas medidas pueden consistir en la derogatoria o suspensión de los actos administrativos generales que impusieron la medida restrictiva, la revocatoria de los actos administrativos particulares y concretos, el resarcimiento de perjuicios, etc. En fin, las acciones tendientes a cumplir la normativa comunitaria pueden ser diversas y de variada índole, pero dentro del ánimo de cumplir con la sentencia del Tribunal y del mismo Pacto. En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se reitera, no tiene la autoridad para declarar la nulidad o dejar sin efecto las medidas adoptadas por el país miembro demandado. Pero, precisamente por eso, ante el incumplimiento de la sentencia, el Tratado de Creación del Tribunal le permite autorizar al país reclamante

restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso o puede ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena llegaren a agravar la situación que se busca solucionar o no fueren eficaces en tal sentido. No obstante lo anterior, el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal y el artículo 100 de la Decisión 500, como se puede apreciar, prevén que la sentencia constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil doce (2012)

Radicación numero: 76001-23-31-000-2006-02109-01(17474)

Actor: ADUANAS AVIA LTDA SIA

Demandado: U.A.E. DIAN

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la U.A.E. DIAN, en calidad de parte demandada, contra la sentencia del 5 de septiembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que dispuso:

1- DECLARASE la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- a) Resolución No. 05 87 2005 0644 01 0006658 del 16 de noviembre de 2005 proferida por la División de Liquidación Aduanera de la Administración Local de Aduanas de Cali, por medio de la cual se impuso una sanción a ADUANAS AVIA LTDA SIA de MIL SEISCIENTOS NOVENTA MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS M/CTE (\$1.690.630.589).
- b) Resolución No. 82 05 72 601 00000901 del 20 de febrero de 2006, proferida por la División Jurídica de dicha Administración, por la cual se confirmó la Resolución No. 000658 del 16 de noviembre de 2005.

2- A título de restablecimiento del derecho, DECLARASE que la sociedad ADUANAS AVIAS LTDA. SIA no está obligada a pagar la suma de \$1.690.630.589, determinada en los actos declarados nulos.

I. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- El 12 de septiembre de 2005, la División de Fiscalización Aduanera de la Administración Local de Aduanas de Cali formuló el requerimiento especial aduanero No. 00005359 en contra de ADUANAS AVIA LTDA. SIA, en el que propuso la imposición de la sanción de multa del 15% del valor FOB de la mercancía, equivalente a \$1.690.630.589, por la no presentación de la licencia previa de importación en 30 declaraciones de importación radicadas entre el 5 de marzo de 2003 al 16 de septiembre de 2004.
- Previa respuesta del requerimiento especial aduanero, el 16 de noviembre de 2005, la División de Liquidación de la Administración Local de Aduanas Nacionales de Cali expidió la Resolución No. 00006658, que impuso la sanción a la parte actora.
- Previa interposición del recurso de reconsideración, el 20 de febrero de 2006, la División Jurídica de la mentada Administración mediante Resolución 0000901, confirmó la Resolución 00006658 de 2005.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. La demanda

La Sociedad de Intermediación Aduanera ADUANAS AVIA LTDA. SIA pidió que se declarara la nulidad de las Resoluciones 00006658 de 2005 y 0000901 de 2006 y que, a título de restablecimiento del derecho, se dejara sin efecto la sanción de multa que se le impuso.

Invocó como normas vulneradas las siguientes:

- El artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹, modificado por el Protocolo de Cochabamba del 28 de mayo de 1996;

¹ Aprobado mediante la Ley 457 de 1998.

- Los artículos 1, 3, 72, 73, 77, 86, 96, 97, 109 y siguientes y concordantes del Acuerdo de Cartagena;
- Las Resoluciones 671 del 5 de noviembre de 2002, 724 del 7 de mayo de 2003, 773 del 2 de octubre de 2003, 820 del 14 de abril de 2004, todas de la Secretaría General de la Comunidad Andina;
- La Decisión 324 del 25 de agosto de 1992 de la CAN;
- Los artículos 9 y 227 de la Constitución Política de Colombia;
- Los artículos 482 (numeral 2.1.), 476 y 121 del Decreto 2685 de 1999;
- Los Decretos 446, 2130, 3519 de 2003 y 2646 de 2004.

En el concepto de violación, la parte actora adujo que se configuró la causal de nulidad por violación directa de la ley, concretamente, por falta de aplicación de las normas comunitarias y por la aplicación indebida de los Decretos 446, 2130, 3319 de 2003 y 2646 de 2004, y de los artículos 121, 476 y 482, numeral 2.1 del Decreto 2685 de 1999.

Puso de presente que el artículo 1º del Decreto 446 de 2003 dispuso *“Pasar al régimen de Licencia Previa los productos clasificados por las siguientes subpartidas arancelarias y su descripción, para las importaciones originarias y provenientes de los Países miembros de la Comunidad Andina:*

- 15.07.90.00.90: *Aceite de soya refinado, pero sin modificar químicamente.*
- 15.12.19.00.00: *Aceite de girasol o cártamo refinado, pero sin modificar químicamente.*
- 15.17.90.00.00: *mezclas o preparaciones alimenticias de grasas o aceites, animales o vegetales, o de fracciones de diferentes grasas o aceites, de este capítulo, excepto las grasas y aceites alimenticios y sus fracciones, de la partida 15.16.”*

Que esa medida se prorrogó mediante los Decretos 2130, 3319 de 2003 y 2646 de 2004.

Que, en el periodo comprendido entre el 5 de marzo de 2003 al 16 de septiembre de 2004, presentó 30 declaraciones de importación de bienes clasificables en la subpartida arancelaria 15.07.90.00.10 y que no presentó la licencia previa de importación, pero porque esos decretos violaban el ordenamiento de la Comunidad Andina.

Que mediante las Resoluciones 671 de 2002, 724, 773 de 2003 y 820 de 2004, la Secretaría General de la Comunidad Andina declaró que los Decretos 446, 2130 y 3319 de 2003 y 2646 de 2004 eran contrarios al ordenamiento comunitario y que, por eso, ordenó suspender y levantar la medida prevista en esos decretos.

Que el Estado Colombiano incumplió las órdenes que dictó la Secretaría General de la Comunidad Andina y que, por eso, lo demandó en acción de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de esa Comunidad.

Que ese Tribunal, mediante sentencia del 19 de abril de 2006, declaró el incumplimiento reiterado de Colombia de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena, del Tratado de Creación del Tribunal y de las Resoluciones de la Secretaría de la CAN, y lo conminó a cesar el incumplimiento y a abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas del comercio comunitario.

Que la DIAN, mediante los actos administrativos demandados, impuso a la parte actora la sanción de multa prevista en el numeral 2.1. del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999², por no tener la licencia previa de importación como documento soporte de las 30 declaraciones de importación presentadas. Que con esa actuación violó las normas comunitarias referidas por falta de aplicación, pues no las tuvo en cuenta, siendo claramente aplicables. Que, en esa medida, violó los artículos 2 y 227 de la Carta Política, que prescriben que el Estado de Colombia debe promover la integración económica con los países de América Latina y del Caribe.

Que, por lo mismo, violó los Decretos 446, 2130 y 3319 de 2003 y 2646 de 2004, y los artículos 121, 476 y 482 numeral 2.1. del Decreto 2685 de 1999, por aplicación indebida, pues si bien de tales normas se infería la obligación de obtener, previa la obtención de levante, la licencia previa como documento soporte de la declaración de importación de los bienes clasificables en las subpartidas arancelarias

² "Decreto 2685 de 1999. ARTÍCULO 482. INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DECLARANTES EN EL RÉGIMEN DE IMPORTACIÓN Y SANCIONES APLICABLES. Modificado por el artículo 38 del Decreto 1232 de 2001. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir los declarantes del régimen de importación y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes: (...)

2.1. No tener al momento de la presentación y aceptación de la Declaración de Importación de las mercancías, los documentos soporte requeridos en el artículo 121 de este decreto para su despacho, o que los documentos no reúnan los requisitos legales, o no se encuentren vigentes.

La sanción aplicable será de multa equivalente al quince por ciento (15%) del valor FOB de la mercancía".

15.07.90.00.90, 15.12.19.00.00 y 15.17.90.00.00., esa obligación constituía una medida restrictiva del comercio comunitario y, por tanto, no era exigible, pues prevalecía la aplicación de la norma comunitaria sobre la nacional.

Que si, en gracia de discusión, se asumiera que el Decreto 446 de 2003 no es contrario al régimen comunitario, de todas maneras, ese Decreto no era aplicable a las declaraciones presentadas en los meses de junio y julio, porque ese decreto, que entró a regir el 28 de febrero de 2003, estableció la medida tan sólo por 3 meses, es decir, hasta el 28 de mayo de 2003. Que, además, el decreto 2130 de 2003, que reprodujo la medida prevista en el Decreto 446 de 2003, entró a regir el 31 de julio de 2003.

2.2. Contestación de la demanda

La DIAN contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Alegó que, independientemente de las decisiones que tomó la Secretaría General de la Comunidad Andina, Colombia tan solo ordenó la suspensión de la obligación de tener la licencia previa³, mediante el Decreto 2275⁴ del 5 de julio de 2005. Insistió en que la parte actora clasificó de manera errónea los bienes importados, pues, en realidad, clasificaban en la subpartida 15.07.90.00.90 y que para esta subpartida, el Decreto 446 de 2003 exigió la presentación de la licencia previa como documento soporte de las declaraciones de importación. Que como dicho documento no se presentó, era pertinente aplicar la sanción.

2.3. Tercero Interesado

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante el auto del 22 de septiembre de 2006⁵ que admitió la demanda, ordenó notificar a la Compañía Mundial de Seguros, en calidad de tercero interesado, al tenor del numeral 3º del artículo 207 del C.C.A.

En atención a esa notificación, la Compañía Mundial de Seguros coadyuvó las pretensiones de la demanda, según precisó, en todo cuanto le beneficien y, en esa medida, dijo que se adhería al concepto de violación que expuso la parte actora en

³ El último decreto que prorrogó la medida fue el Decreto 1141 de 2005.

⁴ Este decreto se expidió a instancia de la orden de suspensión provisional del Decreto 1141 de 2005 que dictó el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dentro del proceso de acción de incumplimiento que adelantó la Secretaría General de la CAN contra Colombia. (Proceso 117-AI-2004, auto dictado el 4 de mayo de 2005, ejecutoriado en mayo 18 de 2005, conforme al artículo 88 del Estatuto del mencionado Tribunal).

⁵ Fls. 296 a 299 del c.p.

la demanda. Adicionalmente, reiteró los argumentos que tanto ADUANAS AVIA como la Compañía expusieron en el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución que impuso la sanción, referentes a la improcedencia de la imposición de la sanción. Pidió que se tuviera en cuenta que dentro del objeto del contrato de seguro están amparadas las obligaciones aduaneras que se tienen que cumplir conforme con la normativa tanto nacional como comunitaria y que, por tanto, el contrato no puede servir de patente de corso para ir en contravía de las normas de la comunidad andina que, a su juicio, debían aplicarse.

III. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, decidió que la parte actora no estaba obligada a pagar la sanción que le impuso la DIAN. De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, así como de las normas supranacionales y nacionales estudiadas concluyó lo siguiente:

Que ADUANAS AVIA LTDA. SIA, entre marzo de 2003 y septiembre de 2004, introdujo al país mercancía clasificable en la subpartida 15.07.90.00.10, procedente de Bolivia, país miembro de la Comunidad Andina, consistente en *“aceite de soya y sus fracciones, incluso refinado, pero sin modificar químicamente. Los demás con adición de sustancias desnaturalizantes en una proporción inferior o igual al 1% máxima de 0.2%, procedencia aceite origen vegetal de soya, grado de elaboración, refinado, marca Lord...”*.

Que, con fundamento en la descripción de la mercancía, esta se clasificaba, en realidad, en la subpartida arancelaria 15.07.90.00.10, que corresponde a aceite refinado de soya, sin adición de sustancias desnaturalizadas.

Que la administración de aduanas, con fundamento en la nueva subpartida arancelaria, que por cierto, aclaró, no se discute⁶, estableció que, de conformidad con el Decreto 446 del 27 de febrero de 2003, la mercancía requería licencia previa. Que como la actora no cumplió ese requisito, para la DIAN, de conformidad con los artículos 121 y 482 numeral 2.1., incurrió en infracción administrativa

⁶ La parte actora admitió en el recurso de reconsideración que clasificó de manera errada la mercancía y que, en realidad, debió clasificarla por la subpartida arancelaria 15.07.90.00.90 y no por la subpartida 15.07.90.00.10.

aduanera grave, que correspondía sancionar con multa equivalente al 15% del valor FOB de la mercancía.

Que mediante la Resolución No. 724 del 8 de mayo de 2003, la Secretaría General de la Comunidad Andina determinó que la medida exigida en el Decreto 446 de 2003 constituía una restricción al comercio subregional y que, por eso, le ordenó al Estado Colombiano que levantara dicha restricción.

Que, en consecuencia, cuando la DIAN inició la actuación administrativa en contra de Aduanas Avia Ltda. SIA, no tuvo en cuenta las normas comunitarias que, por ser de carácter supranacional, debió acatar. Que, en esa medida, vició de nulidad la actuación administrativa.

IV. EL RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la U.A.E. DIAN interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, porque *“(...) es evidente la existencia de una errónea clasificación arancelaria de parte de la sociedad demandante, pues amparada en el presupuesto que estos productos se encontraban al momento de la importación, con un tratamiento arancelario extraordinario consagrado en la decisión 324 de la CAN, incumplen con lo requerido en el artículo 121 del decreto 2684 de 1999. Al respecto nos permitimos hacer la siguiente precisión: La sociedad actora en el referido proceso aduanero acepta cuando presenta el recurso de reconsideración ante la Administración Local de Aduanas de Cali – División Jurídica, la incorrecta clasificación arancelaria pero considera inaplicable la obligación condicional de obtener antes de la presentación y aceptación de la declaración, el registro o licencia de importación, la licencia previa de las mercancías que se pretenden importar, manifiesta que tal condición no se da porque la importación se realizó bajo dos subpartidas arancelarias que al momento de la importación, no le exigía la adquisición de licencia previa alguna”*.

Dijo, además, que el Tribunal desconocía la autoridad que tiene la DIAN en materia arancelaria y fiscalizadora aduanera, que no aplicó la clasificación arancelaria hecha por esa autoridad, clasificación que, según dijo, avaló la OMA⁷.

⁷ Organización Mundial de Aduanas

Destacó que las normas comunitarias son supranacionales, se aplican a partir de su vigencia y no tienen efecto retroactivo. Se refirió a las Resoluciones 671, 724, 773 y 820, que expidió la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como a las medidas que ordenó, pero advirtió que Colombia no había ordenando ninguna suspensión, medida que sólo adoptó el mes de julio de 2005. Que, por tanto, los funcionarios públicos debían acatar, por presunción de legalidad, los decretos que exigieron la presentación de la licencia previa de importación. Que lo mismo debía hacer la sociedad de intermediación aduanera, quien en virtud del artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, tenía que responder por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos suscritos para ante la DIAN.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora reiteró lo dicho en la demanda.

Controvirtió la explicación que dio la DIAN para justificar la imposición de la sanción, consistente en subrayar el principio de legalidad frente al decreto 446 de 2003, por encima de las normas provenientes de un tratado.

Dijo que si bien para la fecha en que se realizaron las importaciones, los decretos que fundamentaron los actos demandados no habían sido suspendidos por el Gobierno Nacional, esa omisión no legitimaba a la DIAN para aplicarlos.

Explicó que el Estado Colombiano no podía modificar unilateralmente las condiciones previstas para el comercio intrasubregional, porque a esa condición se sometió cuando suscribió el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal y sus protocolos modificatorios. Que para imponer una medida restrictiva, debía contar con el visto bueno de la Secretaría General de la CAN y que como no obtuvo esa autorización, los decretos eran inaplicables.

Señaló que las resoluciones que expidió la Secretaría General de la CAN hacen parte del ordenamiento jurídico comunitario y que, por lo tanto, eran de aplicación automática, directa, preeminente y de obligatorio cumplimiento por parte de los países miembros. Que, en esa medida, no era necesario que el Estado Colombiano suspendiera los decretos, pues ya eran inaplicables con fundamento en las resoluciones que dictó la Secretaría General. Además, puso de presente que, desde el 29 de septiembre de 2004, el Tribunal de Justicia Andino había

ordenado suspender provisionalmente el Decreto 2646 de 2004, que reprodujo el Decreto 446 de 2003.

De otra parte, argumentó que el principio de legalidad hace referencia a que toda persona debe ser juzgada conforme a las leyes preexistentes. Que, de esas leyes, el juzgador debe elegir las que son aplicables. Que, por tanto, el principio de legalidad limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados. Que, para el caso concreto, las normas aplicables eran las normas comunitarias y que es frente a esa normativa que se debe predicar el principio de legalidad.

Pidió que se declarara desierto el recurso porque se sustentó ante el Tribunal del Valle del Cauca y no ante el Consejo de Estado. Además, porque la apelación no contiene argumentación relativa a la litis y a lo decidido por el a quo. Alegó que nada tiene que ver el tema de la clasificación arancelaria y que si lo tuviera, de todas maneras la sanción era improcedente porque la medida restrictiva que la fundamentó no era exigible.

La U.A.E. DIAN se dolió de que el Tribunal enfocara su atención en las diferencias del Gobierno Colombiano con la Secretaría General de la CAN, *“sin detenerse a examinar el artículo 109 de la Decisión 406 de julio 25 de 1997 del Acuerdo de Cartagena.”*

Dijo que conforme con esa norma, el país miembro afectado por las importaciones que ingresan a su territorio cuentan con plenas facultades para aplicar las medidas correctivas que considere necesarias, y que la Secretaría General de la CAN tiene un término para verificar la validez de las mismas. Que durante los términos que se toma la CAN para verificar la validez de las medidas, estas se deben entender válidas. Que, como, en el caso concreto, las importaciones se hicieron en ese interregno, la obligación de tener la licencia previa era válida. Por lo tanto, pidió que se tenga en cuenta que las decisiones de la Comunidad Andina no son retroactivas. Además, señaló que la única autoridad competente para pronunciarse sobre la validez de los decretos que adoptaron las medidas es el Consejo de Estado.

Señaló que la DIAN no desconocía la obligatoriedad de los acuerdos internacionales, pero que la Constitución del 91, en el artículo 93, señala que los

únicos tratados que prevalecen en el orden interno son los relacionados con los derechos humanos. Que, en todo caso, se considere que también era preciso observar los procedimientos que se derivan de esos acuerdos, especialmente la Decisión 406, que faculta a los países miembros a aplicar medidas correctivas, que fue lo que aconteció en el caso bajo examen.

Insistió en la presunción de legalidad del Decreto 446 de 2003, decreto que, reiteró, estaba vigente y era aplicable cuando se hicieron las importaciones. Que, por lo tanto, la actuación administrativa demandada se ajustó a derecho.

El coadyuvante de la demanda reiteró los argumentos expuestos en el escrito de coadyuvancia.

El Ministerio Público no rindió concepto.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Asunto Preliminar. Competencia del Consejo de Estado

La demanda de nulidad interpuesta contra las Resoluciones No.00006658 de 2005 y 0000901 de 2006 se fundamenta en la causal de nulidad por violación directa de la ley, por falta de aplicación, esencialmente, de normas comunitarias.

Dentro de las normas citadas, la parte actora invoca las Resoluciones 671 de 2002, 724 y 773 de 2003 y 820 de 2004, resoluciones que profirió la Secretaría General de la Comunidad Andina en desarrollo del procedimiento administrativo previo y prejudicial al proceso que por acción de incumplimiento se surte ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.⁸

En las citadas resoluciones, la Secretaría General dictaminó que las medidas impuestas por los Decretos 1504 de 2002⁹, 446¹⁰, 2130¹¹ y 3519¹² de 2003, y

⁸ Decisión 425 del CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES DE LA COMUNIDAD ANDINA. Artículo 46: "Cuando los Países Miembros o particulares interesados consideren que una medida aplicada unilateralmente por un País Miembro constituye un gravamen o restricción al comercio intrasubregional, podrán dirigirse a la Secretaría General a fin de solicitar su pronunciamiento."

⁹ Este decreto ordenó: "Aplicar una medida de salvaguardia en la forma de un gravamen arancelario adicional de veintinueve (29) puntos porcentuales a las importaciones de aceite de soya y girasol refinado y mezclas de aceites vegetales refinados que se clasifican por las subpartidas arancelarias 15.07.90.00.90, 15.12.19.00.00 y 15.17.90.00.00, originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina. Y fijó un plazo de 6 meses para la aplicación de la medida.

2646 de 2004¹³ eran medidas restrictivas del comercio intrasubregional, y, por eso, ordenó levantar las medidas adoptadas en esos decretos, medidas que calificó como restrictivas.

Ante el incumplimiento por parte del Estado Colombiano, la Secretaría General de la Comunidad Andina debió promover la acción de incumplimiento¹⁴ ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Tribunal que se pronunció mediante sentencia que finalmente declaró el incumplimiento del Estado Colombiano..

El artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina dispone:

Artículo 30.- *La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.*

El artículo 85 del C.C.A. dispone que *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...)”*

En el caso concreto, la parte actora demandó en nulidad los actos administrativos mediante los cuales la DIAN le impuso la sanción ya reseñada. Y pide, como restablecimiento del derecho, que se declare que no debe ninguna suma por concepto de esa sanción.

¹⁰ Este decreto ordenó: Pasar al régimen de Licencia Previa los productos clasificados por las subpartidas arancelarias 15.07.90.00.90, 15.12.19.00.00 y 15.17.90.00.00 para las importaciones originarias y provenientes de los Países miembros de la Comunidad Andina. Y fijó un plazo de 3 meses para la aplicación de la medida.

¹¹ Este decreto tomó la misma medida que el Decreto 446 de 2003, pero adicionalmente, estableció un contingente de 1.105.971 litros mensuales para la importación de los productos comprendidos en las subpartidas antes mencionadas. También dispuso que el 80% del cupo de que trata el artículo anterior, sería distribuido entre los importadores tradicionales en los últimos tres años de acuerdo con su participación, por el Comité de Importaciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Y fijó un plazo de 3 meses para la aplicación de la medida.

¹² Este decreto tomó las mismas medidas del decreto 2130 de 2003 y fijó un plazo de 6 meses para la aplicación de la medida.

¹³ Este decreto tomó las mismas medidas del decreto 3519 de 2003. Modificó el contingente, y fijó un plazo de 6 meses para la aplicación de la medida.

¹⁴ Tratado de Creación Del Tribunal De Justicia de La Comunidad Andina. De la Acción de Incumplimiento.

Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado, podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.

La Sala considera que el Consejo de Estado es competente para conocer de esta demanda en virtud de lo dispuesto en el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y en el artículo 85 del C.C.A., pues independientemente de que la parte actora no haya pedido indemnización adicional al mero restablecimiento del derecho —que puede pedirse en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho—, la demanda se fundamenta en la sentencia de ese Tribunal con el propósito de que se aplique al caso concreto el orden jurídico comunitario y, en esa medida, se le restablezca el derecho derivado de esas normas en el sentido de que se declare que no está obligada a pagar ninguna suma de dinero por concepto de sanción.

De otra parte, si bien este caso no sería de estricta competencia de la Sección Cuarta¹⁵, puesto que los actos administrativos demandados aluden a la sanción por no presentar uno de los documentos soportes de la declaración de importación, como lo es la licencia previa, por economía procesal y por garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, la Sala dictará la sentencia, porque el proceso se asignó por reparto bajo la consideración preliminar de que la litis giraba en torno a la clasificación arancelaria de los bienes importados y a la medida de salvaguardia prevista en los decretos cuya inaplicación se alega. De hecho, el recurso de apelación y el alegato de conclusión de la DIAN aluden, respectivamente, a la clasificación arancelaria y a la salvaguardia como medida restrictiva que podía adoptar el Gobierno Colombiano, cuestiones del conocimiento de la Sección Cuarta de esta Corporación.

En consecuencia, la Sala procede a analizar el asunto de fondo.

6.2 Cuestión procesal previa

La parte actora pide que se declare desierto el recurso de apelación, porque fue sustentado ante el Tribunal y no ante el Consejo de Estado.

¹⁵ La Sección Cuarta del Consejo de Estado es competente para conocer, entre otras, de las demandas interpuestas contra actos administrativos en los que se propongan controversias por clasificación arancelaria para determinar el mayor pago de tributos aduaneros.

Esa petición es improcedente porque conforme con el texto del artículo 211 del C.C.A.¹⁶, vigente al momento en que se interpuso el recurso de apelación, este podía sustentarse también ante el a quo.

Decía la norma:

ARTÍCULO 211. *En el Consejo de Estado el recurso de apelación de las sentencias proferidas en primera instancia tendrá el siguiente procedimiento:*

*Recibido el expediente y efectuado el reparto, se dará traslado al recurrente por el término de tres (3) días para que sustente el recurso, **si aún no lo hubiere hecho**. Si el recurso no se sustenta oportunamente, se lo declarará desierto y ejecutoriada la sentencia objeto del mismo. (...)* (negrilla fuera de texto)

6.3 Asunto de fondo

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la U.A.E. DIAN, procede la Sala a decidir si son nulos los actos administrativos por los que, la Administración de Aduanas de Cali impuso sanción de multa del 15% del valor FOB de ciertos bienes importados, por no tener, para la autorización de levante, la licencia previa de importación como documento soporte de 30 declaraciones de importación presentadas entre el 5 de marzo de 2003 al 16 de septiembre de 2004, interregno en el que el Gobierno Nacional aplicó los Decretos 446, 2130 y 3319 de 2003 y 2646 de 2004, que imponían la obligación de presentar ese documento.

Dado que la demanda se fundamentó en la causal de nulidad por violación directa de la ley por falta de aplicación de las normas comunitarias, la parte actora solicita que se declare desierto el recurso, pues este aludió al tema de la clasificación arancelaria del bien, asunto cuya discusión, según dijo, carecía de relevancia para resolver el caso concreto.

La Sala no declarará desierto el recurso porque, aunque efectivamente, la apoderada de la DIAN cuestionó aspectos que no fueron tratados en la sentencia del Tribunal, como el referido a la clasificación arancelaria, sí cuestionó aspectos que fueron tratados en la sentencia. En esa medida, la Sala no se pronunciará sobre la clasificación arancelaria.

¹⁶ Artículo modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010 en el siguiente sentido: "El recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia se interpondrá y sustentará ante el a quo.(...)"

Tampoco se referirá a los argumentos planteados en los alegatos de conclusión por parte de la DIAN respecto del derecho que tenía el Estado Colombiano de dictar los decretos cuya inaplicación se demanda, en el sentido de, incluso, aplicar medidas restrictivas al comercio intrasubregional, porque la litis no gira en torno a la legalidad abstracta de los decretos, sino a la pertinencia de su aplicación al caso concreto. Además, porque sobre ese particular ya se pronunciaron la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, presupuestos que también se pusieron de presente en la demanda.

En consecuencia, la Sala se pronunciará únicamente sobre si para efectos de la aplicación de la sanción prevista en la legislación aduanera¹⁷ por no tener la licencia previa para importaciones, era pertinente la aplicación de los Decretos 446, 2130 y 3319 de 2003 y 2646 de 2004, en virtud de la presunción de legalidad que los cobijaba cuando la parte actora hizo las importaciones y mientras se surtía el proceso de incumplimiento ante las autoridades competentes de la Comunidad Andina. Adicionalmente, porque las medidas restrictivas como la licencia previa que adoptó Colombia fueron suspendidas apenas en el año 2005.

Para el efecto, la Sala analizará, de manera sucinta, (i) la presunción de legalidad de los actos administrativos, (ii) el procedimiento y los efectos derivados de la acción de incumplimiento y de las decisiones que adoptan las autoridades competentes de la CAN, y (iii) el caso concreto.

- De la presunción de legalidad de los actos administrativos

En el derecho administrativo, la presunción de legalidad de los actos administrativos se fundamenta en el Estado de Derecho, bajo cuyo amparo, la función pública administrativa se cumple, o se aspira que se cumpla con base en la ley y dentro de sus límites.

Según Manuel María Díez¹⁸, el fundamento de la presunción legal relativa de legitimidad del acto administrativo puede estar o no prevista en una disposición general que establezca esa presunción, pero cuando en el ordenamiento jurídico no hay una disposición general que prevea esa presunción, la doctrina general ha

¹⁷ Numeral 2.1 del artículo 482 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 1231 de 2000

¹⁸ idem

recurrido a razones de diversa índole para justificarla, tales como el interés público, el privilegio de la administración y razones de celeridad y seguridad en la actividad administrativa, toda vez que, un juicio previo sobre su legitimidad podría entorpecer la gestión administrativa y, por ende, el interés público.

En todo caso, precisa el autor, que la importancia de la presunción de legalidad radica en el hecho de que posibilita que se deriven las consecuencias jurídicas que son propias de los actos administrativos, a pesar de que puedan tener vicios. En esa medida, tales consecuencias jurídicas también se presumen legítimas *hasta tanto no se demuestre el vicio eventual que pudieran contener*.¹⁹

En virtud de los tratados internacionales, acuerdos o convenios que ha suscrito Colombia, se han introducido a la legislación múltiples mecanismos de solución de controversias internacionales que facultan a las autoridades competentes designadas en tales tratados, convenios o acuerdos para que adopten medidas en contra de los Estados incumplidos, medidas que pueden afectar la presunción de legalidad de los actos administrativos expedidos en el orden interno, o puedan afectar su eficacia, pues las autoridades del tratado pueden suspender la vigencia de una determinada medida..

El caso que ahora analiza la Sala ilustra sobre esa situación y, por eso, conviene explicar en qué consiste el mecanismo de solución de controversias, denominado procedimiento administrativo de incumplimiento, que adelanta la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como la acción de incumplimiento que esta Secretaría General puede promover una vez ha declarado el incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, a efectos de precisar la naturaleza de las decisiones que dictan tales autoridades y los efectos que producen respecto de los actos administrativos de carácter particular y concreto expedidos al amparo de la presunción de legalidad de los actos administrativos de carácter general, que han sido objeto de decisiones tomadas por las autoridades competentes de la CAN.

- Del procedimiento administrativo de incumplimiento y de la acción de incumplimiento de las normas comunitarias

¹⁹ Idem

El literal a) del artículo 30 del Acuerdo de Cartagena²⁰ dispone que a la Secretaría General de la CAN le corresponde “*Velar por la aplicación de este Acuerdo y por el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina*”.

Para el efecto, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia regula el procedimiento administrativo de incumplimiento que se surte en las siguientes etapas: apertura de investigación, nota de observaciones, respuesta a la nota de observaciones, dictamen de la Secretaría General.²¹

Respecto de la naturaleza jurídica de los dictámenes que profiere la Secretaría General de la CAN, la doctrina²² ilustra que no ha sido uniforme la posición del Tribunal de Justicia²³ en cuanto a establecer si son actos administrativos de carácter definitivo o son simples opiniones prejudiciales en torno al incumplimiento de un País Miembro, que puede ser acogido o no por el Tribunal. Sin embargo, se destaca que la última posición que ha venido reiterando el Tribunal es que, independientemente de que proceda o no la acción de nulidad contra tales dictámenes, lo cierto es que son de obligatorio acatamiento para los países miembros afectados por el dictamen de incumplimiento.²⁴

No obstante esa obligatoriedad, lo cierto es que las resoluciones de la Secretaría General de la CAN no tienen la autoridad para anular los actos administrativos expedidos por el país miembro que incumple las normas comunitarias. Por eso, el Tratado de Creación del Tribunal le permite incoar la acción de incumplimiento ante la renuencia del país demandado.

Ahora bien, los artículos 23 a 31 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como el Estatuto del Tribunal²⁵, regulan la acción de incumplimiento, acción que como se vio, se adelanta sin perjuicio de la etapa prejudicial que se sustancia ante la Secretaría General. Es decir, es presupuesto

²⁰ Adoptado por la Ley 8ª de 1973

²¹ Marcel Tangarife Torres. Derecho de la Integración en la Comunidad Andina, Cámara de Comercio, 2005.

²² Ídem.

²³ Para definir si contra tales dictámenes procede la acción de nulidad ante el Tribunal de Justicia Andino.

²⁴ Crf. 8. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia 51-AI-2000: “No obstante, debe precisarse que la obligación de los Países Miembros de adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino o de abstenerse de emplear aquellas que obstaculicen su aplicación, tiene su fuente primera en la naturaleza de <<Comunidad de Derecho>> que caracteriza al proceso de integración andino y, particularmente, reposa esa obligación en los principios de aplicación preeminente, directa e inmediata de las normas comunitarias en el territorio de los Países Miembros.[472]”. Ídem 22

²⁵ Decisión 500

procesal de la acción de incumplimiento que se tramita ante el Tribunal de Justicia, que la Secretaría General se pronuncie primero sobre si un país miembro ha incurrido en incumplimiento de las normas comunitarias.

Interpuesta la demanda por la Secretaría General²⁶, se surten las siguientes etapas en el Tribunal: admisión y notificación de la demanda, reforma o complementación de la demanda, contestación de la demanda, allanamiento y reconvencción de la demanda, decisión de las excepciones previas, decreto y práctica de las pruebas, alegatos de conclusión y sentencia.

Sobre el contenido de la sentencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha dicho:

“Se sostiene que el recurso de incumplimiento tiene un carácter declarativo según se desprende del texto del artículo 23 del Tratado de Creación del Tribunal. Este recurso es una pieza clave en la construcción, desarrollo y vigencia del orden jurídico comunitario, pues por su conducto se ejerce el control del comportamiento de los Estados. Es una acción autónoma, propia, independiente y sui-géneris derivada exclusivamente de la conducta a que quedan sujetos los Estados para asegurar la ejecución del Tratado de Integración Económica y el cumplimiento de sus obligaciones que la jurisprudencia ha clasificado en positivas y negativas (...) [495]”²⁷

Y, sobre los efectos, los artículos 27 y 30 del Tratado, y 110 y 11 de la Decisión 500, disponen:

Artículo 27.- *Si la sentencia del Tribunal fuere de incumplimiento, el País Miembro cuya conducta haya sido objeto de la misma, **quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento en un plazo no mayor de noventa días siguientes a su notificación.***

Si dicho País Miembro no cumpliere la obligación señalada en el párrafo precedente, el Tribunal, sumariamente y previa opinión de la Secretaría General, determinará los límites dentro de los cuales el País reclamante o cualquier otro País Miembro podrá restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso.

²⁶ Excepcionalmente, el inciso segundo del artículo 24 y el artículo 25 del Tratado establecen la posibilidad de que un País Miembro o un particular ejerzan la acción de incumplimiento: “Artículo 24 (...) Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los sesenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

²⁷ Cfr. Idem 8. Cita del texto 495. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Sentencia del proceso 3-AI-96

En todo caso el Tribunal podrá ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena agravare la situación que se busca solucionar o no fuere eficaz en tal sentido. El Estatuto del Tribunal, precisará las condiciones y límites del ejercicio de esta atribución.

El Tribunal, a través de la Secretaría General, comunicará su determinación a los Países Miembros.” (Negrilla fuera de texto)

Artículo 30.- La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal, en los casos previstos en el Artículo 25, constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere. (Negrilla fuera de texto)

Artículo 110.- Mérito ejecutivo de la sentencia

*La sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal **en acción promovida por un particular**, constituirá título legal y suficiente para que éste pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.” (Negrilla fuera de texto)*

Artículo 111.- Efectos de la sentencia de incumplimiento

El País Miembro cuya conducta haya sido declarada en la sentencia como contraria al ordenamiento jurídico andino, quedará obligado a adoptar las medidas necesarias para su debida ejecución en un plazo no mayor de noventa días siguientes al de su notificación.

El Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Tratado y lo que se regula al respecto en este Estatuto, velará por el cumplimiento de las sentencias dictadas en ejercicio de esta competencia.

De las normas citadas se infiere que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es declarativa del incumplimiento del país miembro, pero no lo es en el sentido de declarar nulos o dejar sin efectos los actos administrativos de carácter general contentivos de la medida restrictiva del comercio exterior. La sentencia se limita a conminar al país miembro demandado a que cumpla las normas comunitarias, lo que exige conductas concretas del país miembro afectado por la sentencia.

Ahora bien, el país miembro demandado puede optar por varias medidas para cumplir la sentencia del Tribunal. Esas medidas pueden consistir en la derogatoria o suspensión de los actos administrativos generales que impusieron la medida restrictiva, la revocatoria de los actos administrativos particulares y concretos, el resarcimiento de perjuicios, etc. En fin, las acciones tendientes a cumplir la normativa comunitaria pueden ser diversas y de variada índole, pero dentro del ánimo de cumplir con la sentencia del Tribunal y del mismo Pacto.

En todo caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se reitera, no tiene la autoridad para declarar la nulidad o dejar sin efecto las medidas adoptadas por el país miembro demandado. Pero, precisamente por eso, ante el incumplimiento de la sentencia, el Tratado de Creación del Tribunal le permite autorizar al país reclamante restringir o suspender, total o parcialmente, las ventajas del Acuerdo de Cartagena que beneficien al País Miembro remiso o puede ordenar la adopción de otras medidas si la restricción o suspensión de las ventajas del Acuerdo de Cartagena llegaren a agravar la situación que se busca solucionar o no fueren eficaces en tal sentido.

No obstante lo anterior, el artículo 30 del Tratado de Creación del Tribunal y el artículo 100 de la Decisión 500, como se puede apreciar, prevén que la sentencia constituirá título legal y suficiente para que el particular pueda solicitar al juez nacional competente la indemnización de daños y perjuicios que correspondiere.

La Sala entiende por “particular” a toda persona natural o jurídica legitimada para acudir a la Secretaría General y al Tribunal, para que se inicie la acción de incumplimiento. Y aunque el artículo 100 de la Decisión 500 dispone que la acción de incumplimiento debió ser promovida por el particular, no debe perderse de vista que el artículo 108 del mismo Acuerdo señala que son titulares de esa acción: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, pero con arreglo a lo dispuesto en los artículos 23 a 25 del Tratado de Creación del Tribunal y en la Decisión 425²⁸. De estas normas se infiere que la Secretaría General de la CAN es la legitimada a incoar la acción y que sólo cuando no la ejerza, la pueden ejercer directamente los países miembros o los particulares.²⁹

Lo anterior quiere decir que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina incide de manera significativa en los actos administrativos, hechos u operaciones administrativas que hubiere dictado o ejecutado el país miembro demandado, y, para la Sala, tal incidencia consiste en que puede levantar la presunción de legalidad de los actos administrativos generales en que se fundamentaron los actos administrativos particulares. Por igual, podrían quedar sin piso las medidas y operaciones de ejecución de actos particulares que se tornen ilegales.

²⁸ Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

²⁹ Ver pie de página 13

Por supuesto, y precisamente porque el fallo del tribunal no es constitutivo, en el sentido de restablecer las situaciones jurídicas generales o particulares a la normativa comunitaria, sino que es simplemente declarativo del incumplimiento de la norma comunitaria en que incurrió determinado país miembro, debe entenderse que el incumplimiento tuvo ocurrencia conforme con los hechos narrados y comprobados en el fallo, y por tanto, el incumplimiento debe entenderse que ocurrió en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que dictamine el Tribunal.

Conforme con lo expuesto, procede la Sala a hacer el análisis del caso concreto.

- **Análisis del caso concreto**

Son hechos ciertos y no discutidos en el presente proceso, los referidos a:

- (i) Las importaciones hechas por el importador de los productos aludidos es demandar que se clasifican en la subpartida arancelaria 15.07.90.00.90, entre marzo de 2003 y septiembre de 2004.
- (ii) La expedición, por parte del Gobierno Nacional, de los Decretos 446, 2130 y 3319 de 2003, y el 2646 de 2004, decretos que impusieron la obligación de tener la licencia previa de importación para estos productos.
- (iii) La expedición, por parte de la Secretaría General de la CAN, de varias Resoluciones, entre estas, la Resolución 724 del 8 de mayo de 2003³⁰ que resolvió: (artículo 1) Determinar que la exigencia por parte de la República de Colombia de licencias previas para la importación de productos comprendidos en las subpartidas arancelarias NANDINAS 15.07.90.00.90, (...) originarios de los Países Miembros de la CAN, constituye una restricción al comercio intrasubregional, según lo dispuesto en el artículo 72 del Acuerdo de Cartagena. Y, (artículo 2) conminó al Gobierno de Colombia para que en un plazo máximo de diez (10) días hábiles levante la restricción. Esta resolución fue confirmada mediante la Resolución 773 del 3 de octubre de 2003.³¹

³⁰ Publicada en la Gaceta oficial No. 927 del Acuerdo de Cartagena.

³¹ Gaceta oficial 993 del Acuerdo de Cartagena.

(iv) La expedición, por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de la sentencia del 19 de abril de 2006³² que decidió:

“EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, en ejercicio de las competencias que le confieren los artículos 23 y 24 de su Tratado de Creación y luego de haber cumplido el proceso que señala su Estatuto.

DECIDE

1. *Declarar que la República de Colombia ha incurrido en incumplimiento objetivo y continuado de los artículos 77 y 97 del Acuerdo de Cartagena, del artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal, así como de las Resoluciones 671, 724 (confirmada por la 773) de la Secretaría General.*
2. *La República de Colombia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, deberá cesar el incumplimiento de las normas restrictivas del comercio comunitario; **sin perjuicio del derecho de los afectados por el incumplimiento declarado en esta sentencia para que puedan perseguir, en la vía interna, la reparación de los daños y perjuicios que pudieran corresponder.***
3. *Condenar al pago de costas por parte de la República de Colombia.”*

(v) La Dirección de impuestos y aduanas Nacionales inició la actuación administrativa aduanera tendiente a imponer la sanción, en el mes de septiembre del año 2005, mediante la notificación del respectivo requerimiento especial aduanero. E impuso la sanción mediante la Resolución 00006658 del 16 de noviembre de 2005, que confirmó mediante la Resolución 00000901 del 20 de febrero de 2006. En el curso de esa actuación, la parte actora invocó la aplicación de las normas comunitarias y, particularmente, de la Resolución 724 de 2003.

Conforme con los hechos que aparecen probados, la Sala precisa que al 20 de febrero de 2006, fecha en que culminó la actuación administrativa por la que, la DIAN impuso la sanción a la actora, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no había dictado la sentencia que declaró que el Estado Colombiano incumplió la normativa comunitaria.

³² Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena del 15 de mayo de 2006.

Sin embargo, es un hecho probado que en el curso de la actuación administrativa, la Secretaría General de la Comunidad Andina ya había expedido la Resolución 724 del 8 de mayo de 2003, que calificaba de medida restrictiva al comercio intrasubregional, la exigencia de la licencia previa, resolución que no impugnó el gobierno colombiano sino que prefirió persistir en el incumplimiento.³³

Como fue ese comportamiento el que dio lugar a la acción de incumplimiento que se surtió ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, hoy es un hecho más que cierto y no discutido que Colombia incurrió en el incumplimiento desde que profirió el Decreto 446 de 2003, norma que impuso la obligación de presentar la licencia previa, medida que el Tribunal calificó como restrictiva del comercio intrasubregional.

En consecuencia, no es acertada la defensa que hizo la DIAN, en el sentido de sustentar que los actos administrativos demandados eran válidos porque los decretos en que se fundamentaron se presumían legales porque no fueron suspendidos sino cuando el Gobierno Nacional decidió, en el año 2005, acatar la orden impartida por el Tribunal de Justicia de la CAN, en el sentido de cesar en el incumplimiento y de abstenerse de expedir nuevas medidas restrictivas del comercio comunitario.

El efecto jurídico del fallo emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que respaldó la medida tomada por la Secretaría General de ese organismo internacional, es el de quitar, para este caso concreto, validez a la norma colombiana que sirvió de fundamento para dictar el acto acusado que impuso una sanción pecuniaria a un particular que actuó acogándose, entonces, al Tratado.

Ese fenómeno no es raro en el funcionamiento del ordenamiento colombiano, pues existe acá la figura de la excepción de constitucionalidad y de legalidad, incluso, por la cual, el juez puede declarar, ad hoc, inaplicable el acto regla o normativo en el que se sustenta el acto particular para proceder de ese modo a anular el acto administrativo particular que afectó los derechos del sujeto

³³ Contra la Resolución 724 interpuso recuso de reconsideración el Gobierno de Perú, más no el Gobierno de Colombia, para que el Tribunal se pronunciara sobre los contingentes que regularon los decretos colombianos.

demandante. Esa inaplicación de la norma general obedece a razones de invalidez de ese acto, que afecta al acto particular.³⁴

Mutatis mutandi, esto sucede en estos casos, en los que el derecho proveniente de los Tratados que ha suscrito Colombia impone reconocer que la sentencia de un órgano judicial, como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, produce el efecto de quitar, si no la validez general, sí la validez ad hoc a la norma cuestionada por el Tribunal para así salvaguardar los derechos de los beneficiarios últimos de los tratados y, mediante la técnica de la nulidad del acto administrativo particular y concreto que finalmente violó el tratado mismo, proceder a resarcir los perjuicios o a hacer las declaraciones que corresponda.

De hecho, el tratado permite esta acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues ese instrumento habla de que un particular tiene acción para reclamar reparaciones de daños provenientes del incumplimiento del tratado, que es uno de los fines de esa acción.

No se olvide que, en este caso, la acción o el procedimiento punitivo contra el particular que culminó con la sanción de multa, inició cuando ya por lo menos la Secretaría General de la Comunidad Andina había declarado como medida restrictiva la licencia previa exigida por los decretos del Gobierno Colombiano.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia del 5 de septiembre de 2008 proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del contencioso

³⁴ Carlos Betancur Jaramillo enseña que el aforismo “*lo que es temporal como acción es perpetuo como excepción*”, equilibra los extremos de la relación jurídica entre Estado y particulares, “*ya que fuera de estabilizar las situaciones jurídicas no somete al administrado en forma definitiva a la ilegalidad del acto no demandado a tiempo, porque éste podrá oponerse a la decisión ejecutoriada alegando su ilegalidad, vale decir, excepcionando.*” Explica que, en Colombia, “*el aforismo es indefinido en ambos extremos, ya que la perpetuidad de la acción se opone a la perpetuidad de la excepción. Así, el administrado, por el simple interés de legalidad, podrá en cualquier tiempo pedir la nulidad del acto administrativo ante los tribunales administrativos por considerarlo violatorio de normas jurídicas superiores; e igualmente podrá alegar la ilegalidad de este mismo acto cuando la administración le quiera hacer efectiva una obligación, concretada por ella misma en un acto individual. En estos eventos los alcances de la decisión son diferentes. Mientras que la declaratoria de nulidad produce efectos erga omnes y borra el acto del ordenamiento jurídico, la prosperidad de la excepción en el segundo evento es de efectos relativos y la norma general conservará su vigencia para otros casos.*” CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Derecho procesal Administrativo. Séptima Edición-2009. Señal Editora.

de nulidad y restablecimiento del derecho propuesto por Aduanas Avia Ltda. SIA.,
contra la U.A.E. DIAN.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de
origen. Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ