

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014).

CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ .

Ref.: Expediente núm. 2006-00720-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de mayo de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.
Actora: ASIMCOMEX LTDA SIA.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de 13 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Uno, por medio de la cual declaró la nulidad de las Resoluciones núms. 001532 de 3 de agosto de 2005 y 000102 de 20 de enero de 2006, expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

I.- ANTECEDENTES.

I.1- La sociedad **ASIMCOMEX LTDA SIA**, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar contra la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - Administración Especial de Aduanas de Cartagena, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

I.1.1- La nulidad del Requerimiento Especial Aduanero núm. **000125** de 29 de abril de 2005, proferido por la División de Fiscalización Aduanera, por medio del cual se propone Liquidación Oficial de Corrección, por la suma de \$1.544'552.732,00 correspondientes a los tributos dejados de percibir y a una sanción del 10% de éstos.

I.1.2- La nulidad de la Resolución núm. **001532** de 3 de agosto de 2005, proferida por la División de Liquidación Aduanera, por medio de la cual se emite Liquidación Oficial de Corrección, acogiendo la propuesta del Requerimiento Especial.

I.1.3- La nulidad de la Resolución núm. **000102** de 20 de enero de 2006, proferida por la División Jurídica Aduanera, por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración que interpuso contra la decisión anterior.

I.1.4- Como consecuencia de las nulidades decretadas y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada la devolución de los dineros que llegaren a ser cancelados por la sociedad, por su aseguradora garante, o por el importador Dow Química de Colombia S.A., en desarrollo del cobro coactivo que intentare la Administración de Aduanas por conducto de su División de Recaudos y Cobranzas, suma que deberá ser indexada, junto con los intereses corrientes que se causen hasta el momento en que se verifique el pago íntegro y definitivo por parte de la entidad demandada.

I.1.5- Que se de cumplimiento a los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

I.1.6- Una vez proferida la sentencia se dé aplicación al artículo 90 de la Constitución Política, iniciándose la correspondiente acción de repetición contra los funcionarios responsables.

I.2- La parte actora señaló, en resumen, los siguientes hechos:

Que mediante Requerimiento Especial Aduanero núm. 000125 de 29 de abril de 2005, la División de Fiscalización Aduanera propuso a la División de Liquidación, corregir 16 Declaraciones de Importación e imponer las sanciones correspondientes al declarante, **SIA ASIMCOMEX LTDA.**

Relató que el 22 de mayo de 2005, la sociedad Dow Química de Colombia S.A. en su calidad de importadora, dio respuesta al Requerimiento, arguyendo que éste fue expedido más allá de la competencia que la Ley fija para el efecto, lo que constituye un vicio de ilegalidad; que el acto no tenía motivación; que la clasificación arancelaria del producto importado, teniendo en cuenta la estructura y composición química de dicho producto, está acorde con el indicado en el Arancel de Aduanas, que se viene haciendo desde antes del año 2000, por la subpartida 2929.10.90.00; que la clasificación arancelaria del producto en la subpartida 39.09.30.00 es impropia y contradictoria; y que con su actuación la entidad demandada violó el principio de la confianza legítima;

que en respuesta se acompañaron pruebas documentales y la importadora solicitó unos testimonios.

Señaló que, por su parte, en su calidad de declarante, respondió el Requerimiento objetándolo básicamente por la inexistencia de los elementos de hecho y normativos que facultan a la **DIAN** para decidir una liquidación oficial por clasificación arancelaria e imponer una sanción, y por la confianza legítima o aceptación tácita y expresa de la **DIAN** al omitir oportunamente adelantar los procesos y otorgar levantes físicos sin inspecciones de la persona comisionada.

Que en su respuesta, aportó pruebas y solicitó que se remitiera copia de los antecedentes del Programa de Control Posterior a operaciones con diferencias en la clasificación arancelaria, porque nunca fue notificada la terminación de dicho programa, pese a haber contestado un requerimiento persuasivo afirmando que la clasificación arancelaria del "PAPI 27" era técnicamente correcta, y que, se rindiera un dictamen pericial por parte de la Facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas, Campus Zaragocilla, de la Universidad de Cartagena, sobre la estructura química del producto comercialmente conocido como "PAPI 27", científicamente conocido como *"Polimetilen Polifenil Isocianatos o Mutilen Di-Fenil Isocianato – MDI"*.

Que una vez la División de Fiscalización Aduanera recibió las respuestas, mediante auto núm. 001549 de 13 de junio de 2005, decidió negar la práctica de las pruebas solicitadas y desconocer las aportadas tanto por el declarante como por el importador; que contra este auto interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la Resolución núm. 001233 de 27 de junio de 2005, confirmando su negativa.

Señaló que el 3 de agosto de 2005, la entidad expidió la Resolución acusada núm. 001532, por medio de la cual acogió la propuesta de la División de Fiscalización; que para efectos de la reliquidación y sanción, este acto ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento con la que contaba, sin notificar ni vincular al procedimiento a la empresa de seguros.

Que contra la anterior decisión interpuso el Recurso de Reconsideración, por lo que la entidad mediante auto núm. 3119 de 3 de noviembre de 2005, decidió admitir las pruebas documentales aportadas y las remitió a la Dirección de Arancel de la Subdirección Técnica de la **DIAN** Nacional, para que con base en éstas emitiera un concepto definitivo sobre de la composición técnica del DMI polimérico, y su correspondiente clasificación arancelaria; en el mismo auto ordenó oficiar a la Universidad de

Cartagena a fin de que rindiera concepto técnico sobre la composición química del producto importado.

Que el Jefe de la Subdirección Técnica, mediante oficio de 21 de diciembre de 2005, desconociendo las pruebas documentales, y apoyándose en un acto administrativo de carácter particular de 22 de septiembre de 2004, manifestó que el producto importado por Dow Química de Colombia S.A. debía ser clasificado en la subpartida 3909.30.00.00.

Anotó que el 20 de enero de 2006, advirtió a la División Jurídica que no se había dado cumplimiento al auto de 3 de noviembre de 2005, porque no se tuvieron en cuenta los medios de prueba, y se le puso de presente que el acto de 22 de septiembre de 2004, fue expedido con posterioridad a las Declaraciones de Importación que constituían el objeto de la actuación administrativa; que sobre el particular no obtuvo respuesta, ni siquiera en el acto que resolvió el Recurso de Reconsideración.

Explicó que de otro lado, la Universidad de Cartagena emitió su concepto, ratificando lo sostenido por el Departamento Químico de la sociedad importadora, la Universidad de los Andes, y lo sostenido por la Aduana de Venezuela; consideró que si bien el informe de la Universidad de

Cartagena no dice nada nuevo respecto de la composición química del producto, ampara la clasificación que se ha venido haciendo en la subpartida 29.2910.90.00., y además, da cuenta de la ausencia de soporte técnico de la que adolece la clasificación hecha por la Administración.

Indicó que pese a lo anterior, se expidieron los actos acusados.

I.3- Citó como vulneradas las disposiciones contenidas en los artículos 84 del C.C.A., porque la Administración actuó fuera de los límites de su competencia, al perderla por razón del tiempo; 29, 34 y 35 del C.C.A. y las disposiciones de la Sección II del Capítulo XIV del Título XV del Decreto 2685 de 1999, por ausencia de razón o motivo sustancial que justifique la liquidación que se propone; la Ley 646 de 2001 y el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías; la Decisión 381 de 1995 de la Comunidad Andina, y sus posteriores modificaciones, Decisiones 507, 511, 517, 535 y 570 que evoca el Convenio Multilateral sobre Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas de América Latina, España y Portugal, denominado Convenio de México, porque debió servir el dictamen de la Autoridad Aduanera de Venezuela, que consideró que la subpartida 2929.10.90.00, era la clasificación correcta; alegó falsa

motivación de los actos acusados por ausencia de motivos técnicos o legales que hicieran viable la reclasificación sugerida, violación de los principios de la seguridad jurídica, debido proceso y confianza legítima, errónea motivación por aplicación extensiva de una resolución de carácter particular, violación del principio constitucional de publicidad, violación del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, y violación de los principios de igualdad, buena fe y certeza en el derecho aplicable.

Explicó en extenso el concepto de violación, que la Sala resume, en los siguientes términos:

1. Que el Requerimiento Especial Aduanero núm. 000125 de 29 de abril de 2005, fue expedido mas allá de la competencia que la Ley fija para tal efecto – pérdida de competencia en razón del tiempo.

Explicó que no pretende desconocer el control posterior, que en desarrollo de sus funciones ejerce la Aduana, ni tampoco está alegando la figura del silencio administrativo positivo; lo que alega es que el Requerimiento Especial Aduanero se produjo 3 años después del primer oficio que se le dirige al declarante y 2 años después del requerimiento de 20 de marzo de 2003; que en todo caso si se obvian estos dos oficios en los que la

Administración ya había identificado las supuestas causas que dan origen a una liquidación oficial, teniendo en cuenta que el Decreto 2685 de 1999 en su artículo 509 señala que el Requerimiento Especial Aduanero, tratándose de liquidación oficial, se debe expedir dentro de los 30 días siguientes a que se hubieren identificado las supuestas causales. Y se tiene que fue mediante el Oficio 006069-0249 de 26 de noviembre de 2004, en el que se informó una presunta mala clasificación del producto PAPI, igualmente se exceden los 30 días para la expedición del Requerimiento Especial Aduanero, los cuales expiraron el 12 de enero de 2005; que después de esta fecha, el 2 de marzo, la Administración en un esfuerzo por revivir los términos solicitó un estudio a la Subdivisión Técnica, quienes lo entregaron el 7 de abril de 2005.

Que el 26 de abril de 2005, 5 meses después del informe de la Subdivisión Técnica, la Administración ordenó dar inicio a la investigación, y tan solo tres días después, dentro del término de ejecutoria del mismo, se profiere el Requerimiento Especial Aduanero.

De lo anterior concluyó que es evidente que la Administración de Aduanas de Cartagena, actuó sin competencia en razón del tiempo, al momento de

expedir el Requerimiento Especial núm. 000125 de 29 de abril de 2005, por lo que toda la actuación administrativa está viciada de nulidad.

2. Ausencia de razón o motivo sustancial que justifique la liquidación oficial que se propone en el requerimiento.

Que a lo largo del debate gubernativo ha probado que la composición química del producto importado por Dow Química de Colombia S.A. (PAPI 27) resulta ser una mezcla de tipo isocianato, y no un polímero ni poliuretano ni resina amídica ni nada similar a éstos; que las pruebas fueron ignoradas.

Sobre la estructura y composición del Producto PAPI 27 y 94, explica que de acuerdo con la nomenclatura de la química se le denomina específicamente **M**etilen **D**isfenil **I**socianato de donde derivan el nombre genérico de MDI y se conocen como MDI Polimérico; que se trata de una mezcla de isómeros, que se utiliza como materia prima en la producción de espuma de poliuretano.

Que el término polimérico obedece a que estos productos pertenecen a una clase de isocianatos conocidos como crudos, es decir, productos que no han sido sometidos a procesos adicionales de purificación y en los que

coexisten moléculas de la misma especie química pero de diferente peso molecular (diferente número de anillos aromáticos); que el término Isocianato se refiere químicamente a una especie que posee en su estructura molecular el radical NCO, característico de todos aquellos productos que en su denominación contienen esta palabra.

Señaló que el proceso de producción del MDI, es el resultado de una reacción de condensación entre la anilina y el formaldehído, acompañada de una operación posterior de fosgenación y finalmente de una operación de destilación, quedando así separado el MDI crudo o polimérico. Que en este proceso queda claro que no puede considerarse al MDI Polimérico como resultado de una reacción de polimerización, ni que el término polimérico tenga relación con ésta.

Que con fundamento en lo anterior, adjuntaron el informe elaborado por el Departamento de Ingeniería Química de la Universidad de Los Andes, suscrito por su Director el 23 de mayo de 2005, el concepto técnico del Químico de Servicio Técnico y Desarrollo de Poliuretano de Dow Química de Colombia de la misma fecha, el dictamen que sobre la composición química del producto importado, emitió la facultad de Ciencias Químicas de la Universidad de Cartagena el 20 de enero de 2006, que corrobora los informes anteriores, y el dictamen que emitió a la Autoridad Aduanera de

Venezuela, en la cual pone de manifiesto la misma composición, y deja clara la composición química del producto cuestionado. Lo anterior indica que el producto importado estuvo bien clasificado en la subpartida 2929.10.90.00.

Que la clasificación arancelaria del isocianato denominado PAPI 27 y 94 importado por Dow Química de Colombia S.A. está de acuerdo con lo indicado en el Arancel de Aduanas, siempre que la misma se haga por la subpartida 2929.10.90.00.

Resaltó que de conformidad con el Arancel de Aduanas, los isocianatos gozan de una partida específica, como lo pone de manifiesto la subpartida 29.29.10., que claramente reza "isocianatos", exigiendo que el Toluen Di Isocianato, sea clasificado por la subpartida 10.00 (de la 29.29) y los demás isocianatos, entre ellos, el Metinel Difenil Isocianato "MDI Polimérico" sean clasificados por la subpartida 90.00 (de la 29.29.10.).

Que se evidencia que el producto PAPI 27 y 94 por ser, en primer lugar, un producto químico orgánico, debe ser clasificado en el Capítulo 29 del Arancel de Aduanas, que por tratarse de un compuesto con otras funciones nitrogenadas, como se vio en la especificación de su estructura y composición (NCO), encaja en el numeral 29 del referido capítulo 29, es

decir, aparte 29.29 del arancel; que por ser un Isocianato, es decir, que se caracteriza precisamente por el radical NCO, merece el numeral 10 de dicho aparte 29.29, y por ser un isocianato diferente del Toluen Di Isocianato, le corresponde el código 90.00, para complementar así la subpartida 29.29.10.90.00.

3. Violación de la Decisión 381 de 1995 de la Comunidad Andina y sus posteriores modificaciones, Decisiones 507, 511, 517, 535 y 570, que evoca el Convenio Multilateral sobre Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas de América Latina, España y Portugal (Convenio de México).

Consideró que el dictamen de la Autoridad Aduanera de Venezuela, debió ser tenido en cuenta como pieza fundamental para esclarecer cualquier duda, máxime si se tiene en cuenta que la Decisión 381 adoptada por la Comunidad Andina en 1995, aprobó el texto único de la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA), basada en la nomenclatura del Sistema Armonizado.

Arguye que si esta controversia ya fue resuelta en derecho, por un País Miembro de la Comunidad Andina, que resolvió que la clasificación correcta es por la subpartida 2929.10.90.00, estando dicha decisión ejecutoriada y produciendo efectos de cosa juzgada, se rompería con el principio de la seguridad jurídica, el hecho de que la Aduana Colombiana fije una clasificación distinta; consideró que si la intención era fallar en sentido contrario, como ocurrió en este caso, pese a conocer el dictamen de su homólogo Venezolano, debió entonces la Administración Colombia, no proceder a su propia discreción, sino, por lo menos sustentarse en los informes y dictámenes técnicos de la Comisión Supranacional que para tal efecto se ha instituido en la Comunidad.

4. La clasificación arancelaria del Isocianato denominado PAPI 27 y 94 importado por Dow Química de Colombia S.A. es impropia y contradictoria, cuando quiera que se haga por la subpartida 39.09.50.00.00 del Arancel de Aduanas.

Señaló que el capítulo 39 sugerido por la Aduana hace referencia a "*Plásticos y Manufactura*", y la subpartida 39.09, se refiere a resinas amínicas, resinas fenólicas y poliuretanos en formas primarias, y el código 50, con el que se completa la subpartida 39.09.50, se refiere específicamente a los "*Poliuretanos*"; que las notas explicativas del

Sistema Armonizado tratándose de poliuretanos dice *"incluyen todos los polímeros que se obtienen por reacción entre los Isocianatos polifuncionales y los compuestos polihidroxiados, como por ejemplo el aceite de ricino"*.

Enfatizó que el DMI polimérico NO es un polímero, ni se obtiene por reacción entre los Isocianatos y los compuestos polihidroxiados, pues, como ya lo dijo, es un Isocianato crudo, que comercialmente se le conoce como DMI Polimérico, mejor llamado, como lo dice el informe técnico de la Universidad de Los Andes MDI crudo.

Que el producto en cuestión no presenta en su estructura el radical HNCOO, característico de los uretanos, por lo que no se puede clasificar como tal, ni siquiera en su forma primaria.

Aseveró que es sabido que el PAPI 27 o 94 presenta en su estructura el radical NCO, por lo que pertenece a la familia de los Isocianatos (lado isocianato), los cuales son la materia prima básica que al reaccionar con productos hidroxilados (lado polioli), dan como producto final un poliuretano; que por esta simple razón, sería contradictorio tratar el MDI polimérico, como un poliuretano, ya que éste es fruto de una reacción química en la que participa el MDI polimérico.

5. Falsa motivación de los actos impugnados. Ausencia de motivos técnicos o legales que hagan viable la reclasificación sugerida por la Aduana.

Que no existe sustento para que la Aduana afirme en el oficio de 26 de noviembre de 2004, que el producto importado *"se trata de un prepolímero de polimetil, polifenil diisocianato y que los productos conocidos como prepolímeros se clasifican en la subpartida 3911 de acuerdo con la nota legal 3c del capítulo"*; que el mencionado oficio dice que se anexa ficha técnica del producto.

Consideró que la anterior información no es admisible, máxime si se tiene en cuenta que tres años antes, en el 2002 y luego en el 2003, se había puesto de presente las especificaciones del producto en las respuestas a los requerimientos ordinarios dadas por el declarante, sin que mediara ningún tipo de contradicción por parte de la Aduana.

Anotó que la Aduana no analizó a fondo el producto, y relevó su evaluación técnica, por una consulta en Internet y no sobre el producto importado sino por uno similar, lo cual es temerario e inaceptable por parte de la Administración; que sorprende que primero se diga que era un

prepolímero y luego se afirme que es un polímero y no se anexe al expediente las consultas de Internet; que no existe una prueba, legalmente obtenida ni mucho menos válida para sugerir una reclasificación y las pruebas que aportó nunca fueron refutadas ni desestimadas, por lo que tienen pleno valor y debieron ser consideradas.

6. Violación de los principios de seguridad jurídica y del debido proceso.

La Resolución núm. 8547 de septiembre 22 de 2004, sobre la cual se apoya el oficio 1810 de 21 de diciembre de 2005 de la Subdirección Técnica, es de una vigencia posterior a las Declaraciones de Importación de que trata el expediente Administrativo que se abrió para el caso; que se advirtió a la Aduana que si en gracia de discusión el producto debe clasificarse por la subpartida 3909.30.00.00, debió hacer, en justicia, el requerimiento sólo por aquellos hechos que ocurrieron con posterioridad a dicha Resolución, y ello sólo, si es que aquel acto es de carácter general, o si es particularmente vinculante para Dow Química de Colombia S.A..

Que la motivación es errónea por aplicación extensiva de una Resolución que si bien tiene carácter vinculante para el particular y puede tratarse de un producto similar, lo cierto es que la autoridad aduanera desconoció que la clasificación arancelaria se rige por el procedimiento definido en las

Reglas Generales de Interpretación del Convenio del Sistema Armonizado; anotó que el acto particular se basó en una “enmienda” que no ha sido publicada en nuestro país y que no aplica las Reglas de manera detallada sino que se limita a citar una respuesta de la Organización Mundial de Aduanas -OMA-, respecto de una consulta.

Que por lo anterior, se violó directamente la Ley 646 de 2001 en su artículo 3º, que dispone que las Partes contratantes se comprometen a aplicar las reglas generales para la interpretación del Sistema Armonizado así como las notas de las secciones, capítulos y subpartidas y a no modificar su alcance, lo cual debe ser respetado tanto por la OMA como por Colombia.

7. Violación al principio Constitucional de publicidad.

Señaló que no admite duda el hecho de que el Sistema Armonizado – SA, se mantenga actualizado a la luz de los cambios en la tecnología, luego es abierto en cuanto a la inclusión y supresión de subpartidas y por conducto de notas explicativas, susceptibles de enmiendas; que sin embargo, el Convenio del SA es rígido en cuanto solo puede ser modificado de conformidad con las estrictas condiciones que contempla su artículo 16; que en cuanto hace a las Notas Explicativas, su modificación por vía de

las “enmiendas”, deben ser traducidas al idioma español y ser susceptibles de publicación, lo que no ocurrió en este caso con la Resolución núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004; que la DIAN devala un desconocimiento absoluto de la forma como las enmiendas pueden producir efectos frente a los administrados.

8. Violación directa del Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías.

Que este Convenio dispone que las Partes Contratantes deben utilizar todas las partidas y subpartidas del Sistema Armonizado sin adición y modificación, y aplicar las reglas generales para su interpretación; que la autoridad aduanera debe determinar científicamente la clasificación arancelaria de acuerdo con la composición de la mercancía, aplicar técnica y coherentemente el método de clasificación de acuerdo con las Reglas de Interpretación, y acatar la prohibición de dar alcance distinto a las partidas.

Expuso unas consideraciones acerca de los caracteres generales y la finalidad del Convenio del Sistema Armonizado, entre ellos, el orden y unidad, es decir, la coherencia interna racionalmente captable y la no posibilidad de fragmentación, que abarca todo el universo de productos;

la coherencia sistemática que permite clasificar las mercancías haciendo referencia a las características que sean directamente observables o puedan establecerse mediante la utilización de instrumentos científicos; y su justificación que reside en la igualdad del tratamiento y en la seguridad jurídica de los operadores y destinatarios.

Que el problema más significativo en la práctica es cómo saber bajo qué presupuestos son vinculantes las modificaciones al Sistema Armonizado y a las Notas Explicativas por vía de las enmiendas, no para los Países firmantes sino para los particulares en nuestro País, pues no es sencillo en cuanto a su entrada en vigencia, ya que su repercusión no es inmediata y es claro que los Estados firmantes deben dar cumplimiento a sus legislaciones internas en lo que respecta a las reglas de adopción de los actos de carácter general para la aplicación por parte de los particulares, pues no se compecede con la seguridad jurídica el intento de hacer valer una enmienda adoptada por el OMA, pero desconocida por los nacionales a quienes se pretende imponer.

Resaltó que no existe en Colombia disposición reglamentaria que haya adoptado la "enmienda" en la que se basa la Resolución 08547 de 22 de septiembre de 2004, razón por la cual este acto administrativo carece de fundamento jurídico, en la medida en que la enmienda no es oponible a

ningún Colombiano por ausencia de adopción en la legislación interna y de divulgación en los términos de los artículos 119 de la Ley 489 de 1998 sobre publicación en el Diario Oficial y 43 del C.C.A., relacionado con el deber y forma de publicación.

9. Violación a los principios de igualdad y de certeza en el derecho aplicable.

Presentó como ejemplo el caso de la sociedad **ANDINOS S.I.A. LTDA**, que culminó con la Resolución núm. 0178 de 2005, mediante la cual la Administración Especial de Aduanas de Bogotá revocó lo actuado por violación al principio de igualdad jurídica, en un caso idéntico; que se demostró que ni los importadores ni la Aduana Colombiana, ni la de otros países firmantes del Convenio del Sistema Armonizado, ni los países de la Can ni la misma OMA, tenían claridad al respecto, y que ni siquiera las Notas Explicativas eran suficientes para despejar las dudas respecto de la nomenclatura arancelaria asignable a los compuestos de Isocianato, pues la Administración aceptó por un lado la declarada y sugirió y propuso por otro lado diferentes clasificaciones, así: por la subpartida 29.29.10.90.00, que ha sido aceptada a todos los importadores desde hace más de 10 años; después por la subpartida 39.09.11.50.00, que fue sugerida por la Administración de Aduanas de Cartagena al declarante

ANDINOS S.I.A. LTDA, luego por la partida 39.11.90.00.00 en el concepto técnico de la División de Arancel de la Subdirección Técnica y, finalmente, nuevamente por la subpartida 39.09.30.00.00, fijada mediante la Resolución núm. 08547 de 22 de septiembre de 2004, que se notificó al particular interesado, y que según este acto administrativo, fue el resultado del concepto que rindió la OMA, ente que informó que se han adoptado Enmiendas a las Notas Explicativas de las partidas 29.29, 39.09 y 39.11. del Arancel de Aduanas.

Señaló que de conformidad con la Circular 175 de 29 de octubre de 2001, expedida por el Director de la **DIAN**, debió considerarse equitativo archivar el expediente que contenía la actuación administrativa, toda vez que las actuaciones de la **DIAN** deben ser claras, basadas en los principios del debido proceso, la buena fe, la eficiencia, la justicia y la imparcialidad.

Trajo a colación lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia C-007 de 23 de enero de 2002, en la cual se dijo que si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de una regulación, el cambio súbito de la misma altera de manera sensible la situación, por lo que debe aplicarse el principio de confianza legítima, como una protección al ciudadano.

Que por lo explicado, los actos acusados deben ser declarados nulos por falta de certeza de la Administración en cuanto a la clasificación arancelaria, hecho que ha generado inseguridad jurídica frente a los usuarios; que de acuerdo con los principios generales del derecho deben resolverse a favor del investigado.

Insistió en que se tenga en cuenta el hecho de que la misma OMA ha realizado Enmiendas a las Notas Explicativas y ha dado una nueva clasificación arancelaria al producto, y en la medida en que éstas no se han instrumentalizado en la legislación colombiana ni se han dado a conocer a los importadores, salvo a un ciudadano que solicitó la revocatoria de una clasificación arancelaria, no se aplicó el artículo 236 del Decreto 2685 de 1999.

Anotó que tuvo la confianza legítima de que la **DIAN** siempre actúa conforme a derecho, y reiteró que en el año 2002, en un control posterior que no censura, fue requerido por la Aduana para que diera cuenta de la clasificación arancelaria del producto PAPI, y pasados los años no formalizó ninguna investigación en su contra, por lo que resulta obvio que asumió de manera fundada la convicción de que sus descargos dieron tranquilidad a la Administración; es decir, que si no se emitió

Requerimiento Especial Aduanero dentro de la oportunidad legal, ello era muestra clara de que su respuesta fue satisfactoria; que, además, ante la persuasión que se le hizo por parte de la **DIAN**, en cuanto a una posible reclasificación del producto, oportunamente volvió a dar respuesta, y más de tres meses después no se profirió Requerimiento Especial, lo que indica que no hay lugar a que se inicie investigación posterior, por haber expirado la competencia temporal para el efecto, máxime si con posterioridad se continúan realizando importaciones de este producto, bajo la misma clasificación.

Insistió en que la Administración no puede, después de inducir a error a su administrado, proceder, desconociendo la confianza que depositó en la Autoridad, para exigirle recomponer una conducta, que por las razones expuestas, estimó que siempre era la correcta.

Que por lo explicado también se violó el principio de la buena fe, que de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política se presume en todas las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas, en las gestiones que aquellos adelanten con éstas; que actuó de buena fe más aún cuando la Administración otorgó levantes posteriores de declaraciones con igual producto.

I.4- La sociedad **DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A.**, en su calidad de importador del producto químico al que se refieren las Declaraciones de Importación reliquidadas por la Administración de Aduanas, como interesada en las resultas del proceso coadyuvó las pretensiones, en el mismo escrito de la demanda.

I.5- La sociedad **ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA LTDA., ENTIDAD COOPERATIVA**, coadyuvó la demanda¹ para que se declare la nulidad de los actos acusados, y como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada la devolución de los dineros que llegaren a ser cancelados por la sociedad de intermediación aduanera y/o por ella, o por el importador, en desarrollo del cobro coactivo que llegare a intentarse, suma que deberá ser indexada y reconocerse sobre ella los intereses corrientes que se hubieren causado hasta el momento en que se verifique el pago íntegro; se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del C.C.A.

En cuanto a la actuación administrativa señaló que coadyuva las afirmaciones contenidas en la demanda; que en la vía gubernativa en ningún momento se le llamó para que defendiera sus intereses.

¹ Folios 274 a 281 del cuaderno principal

Como pretensión subsidiaria, solicitó:

1. Que se declare la nulidad del artículo séptimo de la Resolución acusada núm. 0001532 de 3 de agosto de 2005, que ordenó hacer efectiva la póliza de seguros núm. 34000000004, que expidió por valor de \$1.544'552.733.00, tomada por la sociedad **ASIMCOMEX LTDA.**
2. Que se declare la nulidad de la expresión (Confirmar) ... "*en todas sus partes ...*" contenida en el artículo primero de la Resolución núm. 000102 de 20 de enero de 2006.
3. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada la devolución de los dineros que llegare a cancelar en desarrollo del cobro coactivo, suma que deberá ser indexada y reconocidos los intereses moratorios hasta el momento en que se verifique el pago definitivo.
4. Que se de cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

Señaló que el 5 de febrero de 2004 expidió a la sociedad Asimcomex Ltda S.I.A. la Póliza de Seguro de Cumplimiento, con vigencia desde el

1o. de mayo de 2004 hasta el 1o. de agosto de 2005, en la cual el asegurado es la Nación – **DIAN**, por la suma de \$1.213'458.764.oo; que mediante Anexo núm. 002 de 22 de abril de 2004 se modificó, quedando el valor asegurado por la suma de \$855'580.168.oo.

Que sólo se enteró de las actuaciones de la Administración el 9 de abril de 2008, cuando a solicitud de la demandante y del coadyuvante se le notificó el auto admisorio de la demanda.

Por lo anterior, propuso las siguientes excepciones, a saber: falta de amparo por vencimiento del seguro de cumplimiento teniendo en cuenta que el Requerimiento es el acto que da nacimiento al siniestro amparado y cuando tuvo noticia de éste ya no existía el amparo; prescripción, porque ya habían transcurrido dos años desde que ocurrió el siniestro el 29 de abril de 2005, hasta que se le notificó el 9 de abril de 2008; límite de responsabilidad del asegurador, por lo que en caso de que la sentencia le sea desfavorable solo debe responder hasta por la suma de \$855'580.168.oo; finalmente, propuso la excepción que se conoce como innominada o genérica.

En relación con los derechos que se le vulneraron por falta de notificación de los actos acusados, consideró que se le violó el debido proceso en la

actuación administrativa, principio contenido en los artículos 43 a 46 del C.C.A.

I.4- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, Administración de Impuestos de Cartagena, se opuso a las pretensiones de la demanda; una vez se refirió al marco normativo pertinente a las Sociedades de Intermediación Aduanera, expuso sus argumentos en los siguientes términos:

Que la División de Liquidación consideró que el producto se clasifica por la subpartida 39.09.30.00.00 "RESINAS AMÍNICAS, RESINAS FENOLICAS Y POLIURETANOS, EN FORMAS PRIMARIAS. LAS DEMÁS RESINAS AMÍNICAS", que causan un arancel del 10% y un IVA del 16%, bajo el entendido de que se trata de un polímero.

Explicó que la clasificación arancelaria de la mercancía que se encuentra en el Arancel de Aduanas, consiste en un listado de productos ordenado en forma estructurada y lógica, el cual necesita ser conocido para poder expedir clasificaciones; que en Colombia se adoptó como propio el Arancel Externo de la Comunidad Andina a través del Decreto 2800 de 2001,

frente a los Países que no pertenecen a ella, el cual contiene, a nivel internacional la nomenclatura, el gravamen que corresponde al producto, y a nivel nacional, el Régimen de Importaciones (libre, prohibida o previa) y el porcentaje del impuesto arancel y el valor agregado (IVA) que debe cancelar dicho producto al ingresar al País.

Anotó que la nomenclatura es una lista de nombres de productos y la utilizada en el Arancel Común se denomina "Sistema Armonizado" y sólo contiene productos que puedan comercializarse; que es conocido que la nomenclatura de este sistema posee dos grandes características, a saber: es polivalente, porque tiene varias finalidades, como por ejemplo la estadística, y es estructural, pues es un Convenio de varios Países acogido legalmente en Colombia, y además establece un orden de productos.

Que el arancel sigue criterios lógicos, dependiendo de factores tales como, los reinos de la naturaleza, el grado de elaboración del producto, su componente, su utilización, la persona que lo usa; explicó cómo siguiendo los anteriores criterios, se organizan los productos, por secciones, capítulos, subcapítulos partidas arancelarias formadas por cuatro dígitos, de donde los dos primeros corresponden al número de capítulo y los otros dos al número de la partida dentro del capítulo y

tienen texto, y subpartidas arancelarias que son divisiones de las partidas de cuatro dígitos y tienen texto.

Expuso que el Sistema Armonizado contiene normas legales que son obligatorias y aparecen en la Sección, Capítulo y Subpartida, y seis Reglas Generales Interpretativas que indican la forma como debe realizarse la clasificación.

Que de acuerdo con el Decreto 2800 de 12 de diciembre de 2001, Arancel de Aduanas, la clasificación de la mercancía en la nomenclatura se rige por los principios allí señalados, por lo que los actos acusados no admiten reproche de legalidad.

Expuesto lo anterior, responde a los cargos, en resumen, de la siguiente manera:

Sobre la falta de competencia en razón del tiempo, consideró que el hecho de expedir el Requerimiento Especial Aduanero -REA-, por fuera del término, no genera vicio de incompetencia, porque la actuación no se ve afectada por el silencio administrativo positivo ni por la caducidad de la acción sancionatoria ni por la firmeza de las declaraciones, lo que se

desprende de la lectura de los artículos 507 a 512, 131, 478 y 519 del Decreto 2685 de 1999.

Explicó que de la naturaleza jurídica del Requerimiento Especial Aduanero, definido por el artículo 10º del Decreto 2685 de 1999, se entiende que éste no es una decisión de fondo, puesto que no contiene una decisión de la Administración que genere una situación jurídica particular y concreta, pues solo se le está solicitando al administrado que explique la posible ocurrencia de unos hechos que se presumen van en contra del orden legal aduanero establecido; que por lo tanto, es un acto de trámite que carece de una decisión definitiva creadora de una situación jurídica particular y concreta, y la demora en su expedición no está castigada en la legislación aduanera en favor del administrado.

Sobre el cargo de ausencia de razón o motivo sustancial que justifique la liquidación oficial propuesta en el Requerimiento Especial, señala que pese a que este cargo no fue alegado en vía gubernativa, se pronuncia sobre el mismo señalando que reitera lo expuesto, en el sentido de que la descripción de los productos en la Declaración de Importación presentada, es "COMPUESTOS CON OTRAS FUNCIONES NITROGENADAS, ISOCIANATOS. LOS DEMÁS, NOMBRE GENERICO: POLYMERIC MDI, NOMBRE COMERCIAL: PAPI 27 Y PAPI 14".

Argumentó que la División Técnica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, propuso que se clasificara por la subpartida 39.11.90.00.00 aplicando las Reglas Interpretativas 1 y 6 del arancel y la Nota Legal 3 del Capítulo 39, concepto que se apoya en las Declaraciones de Importación.

Que además, el concepto emitido por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera establece que se debe clasificar por la Subpartida 39.09.30.00.00, porque el producto "POLIMERIC MDI", nombre comercial "PAPI 27", corresponde a un polimetileno polifenilisocianato que contiene MDI, utilizado en la preparación de espumas de poliuretano; que el concepto se basó en las Declaraciones de Importación y en la información obtenida en Internet cita la clasificación hecha para un producto similar establecida en la Resolución núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004.

Anotó que el importador y su declarante han tratado de desvirtuar los conceptos anteriores mediante pruebas de origen privado, como son, las elaboradas por la sociedad Dow Química de Colombia S.A, la Universidad de Los Andes, el dictamen rendido por la Autoridad Aduanera Tributaria de Venezuela, y la ficha técnica del producto; que estas pruebas no

cumplen con los requisitos de publicidad y contradicción, ya que fueron solicitadas por el ente privado sin conocimiento y audiencia de la DIAN; que el dictamen de Venezuela señaló que se trata de una “MEZCLA DE ISÓMEROS DEL 4.4 METILEN DISFENIL, ISOCIANATO (LÍQUIDO VISCOSO MARRÓN) DENOMINADO PAPI 27 MDI POLIMERICO, UTILIZADO COMO MATERIA PRIMA EN LA PRODUCCIÓN DE ESPUMA DE POLIURETANO” y todas las pruebas presentadas por el administrado señalaron que debe clasificarse en la Subpartida 29.29.10.90.00; que rechazó la práctica de declaraciones de dos químicos, por innecesarias, porque documentalmente se pueden desvirtuar.

Estimó que el problema jurídico se contrae a un asunto netamente técnico sobre la composición química y clasificación arancelaria de la mercancía.

Explicó que en el Capítulo 29 del Arancel de Aduanas se clasifican los productos MDI cuando se presentan aislados, ya que tienen fórmula estructural definida (Nota Legal 1 a), y las mezclas de isómeros (compuestos que tienen fórmula molecular idéntica, pero cuya naturaleza o secuencia de enlaces de sus átomos o de la disposición de los mismos difiere en el espacio), se clasifican en el capítulo 29, según lo dispuesto en la Nota legal 1 b) del mismo.

Que no obstante lo anterior, el producto MDI polimérico o MDI crudo, es obtenido por la modificación química de la aminoresina producida por la condensación de anilina y formaldehído y no tiene fórmula química ni corresponde a mezclas de isómeros, por lo tanto está excluido expresamente del Capítulo 29 del Arancel de Aduanas; que el tema fue consultado por la DIAN a la OMA para los productos Rubinate 5005 y 7500, Suprasec 2904 y 2982 y PAPI 27, y de acuerdo con las fichas técnicas allegadas, corresponden a MDI poliméricos, que no cumplen con lo que arancelariamente se considera producto puro de fórmula química definida, de acuerdo con lo dispuesto en la Nota legal 1 a), ni con las mezclas de isómeros de la Nota Legal 1 b) del capítulo 29, por lo que deben clasificarse como productos de la subpartida 39.09.30.00.00, vigente hasta el 6 de julio de 2006 y a partir de esa fecha en la subpartida 39.09.30.00.01, según el Decreto 2222 de 5 de julio de 2006.

Sobre el cargo de violación de la Decisión 381 de 1995 de la Comunidad Andina y sus posteriores modificaciones, entre ellas la 570, que evoca el Convenio Multilateral sobre Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas de America Latina, España y Portugal (Convenio de México), señaló que este hecho nuevo no fue alegado en la vía gubernativa; que sin embargo las mencionadas disposiciones no se han violado, porque el dictamen de la autoridad Venezolana sí fue

apreciado como prueba, pero en atención a la ficha técnica del producto, las reglas de interpretación arancelaria y el concepto técnico emitido por la División de Arancel Subdirección Técnica, se demostró que la clasificación aduanera realizada por el importador, se encontraba errada.

Acerca del cargo por falsa motivación de los actos impugnados y de ausencia de motivos técnicos o legales que hagan viable la reclasificación sugerida por la Aduana, resaltó que el declarante clasificó la mercancía conforme ya lo anotó, y que la División de Liquidación Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, consideró que por tratarse de un polímero se clasifica en la subpartida 39.09.30.00.00, aplicando lo ya expuesto en el marco normativo y señalando que en Colombia a través del Decreto 2800 de 2001, se adoptó como propio el Arancel Externo de la Comunidad Andina frente a los Países que no pertenecen a ella.

Que el cargo de violación de los principios de seguridad jurídica y del debido proceso, porque la Resolución núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004, sobre la que se apoya el oficio 1810 de 21 de diciembre de 2005 de la Subdirección Técnica, es de una vigencia posterior a las Declaraciones de Importación de que trata el expediente administrativo, es nuevo por lo que no fue discutido en la vía gubernativa.

Sobre el particular, expuso que no existe violación al Convenio Internacional del Sistema Armonizado, si se tiene en cuenta que se acataron los parámetros señalados por la OMA que clasificó la mercancía importada correctamente por la subpartida 39.09.30.00.00 y no creó ni inventó una nueva, pues simplemente atendió a la composición química y a las fichas técnicas de los productos.

Arguyó que desde el año 2003, mediante memorando 735 de 19 de septiembre, la División de Arancel opinaba que los productos denominados SUPRASEC 5005, RUBINATE 44, y LUPRANATE M 20 S, los cuales son nombres comerciales asignados por diferentes fabricantes al "diphenilmethane diisocyanate", conocido también como DMI, que se estaban clasificando por la subpartida 29.29.10.90.00, debían clasificarse por la 39.11.90.00.00.

Que además, como apoyo se tiene la Resolución núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004, que clasificó una mercancía con nombre comercial y la misma composición química por la subpartida 39.09.30.00.00, acto que fue notificado mediante publicación en el Diario Oficial de 19 de octubre de 2004, página 12 de la Edición 45.706.

Sobre la errónea motivación por aplicación extensiva de una resolución de carácter particular, señaló que la fundamentación de la clasificación arancelaria de la mercancía en las Resoluciones demandadas, se hizo con base en la aplicación de las reglas generales interpretativas 1 y 6 y la Nota Legal 39-3, atendiendo la composición técnica y química de la mercancía, con base en las pruebas allegadas al proceso, y que la Resolución núm. 8547 de 2004, fue utilizada como un fundamento complementario.

Transcribió la doctrina recogida en el Concepto Jurídico 61 de 15 de abril de 2002, en el cual señaló que "Cuando en ejercicio de las facultades legales conferidas a la Subdirección Técnica, esta dependencia profiere Resolución de Clasificación Arancelaria de mercancías, esta aplica de manera general a importaciones ocurridas con posterioridad a su promulgación en el Diario Oficial, o de manera particular a importaciones ocurridas con posterioridad a su notificación a la persona que solicitó la clasificación. Esto sin perjuicio de las modificaciones que se realicen al Arancel de Aduanas, circunstancia que debe tenerse en cuenta tanto por el importador como por la Administración al momento en que se esté surtiendo la importación. Para las operaciones tramitadas con anterioridad a la promulgación de la Resolución de Clasificación Arancelaria, o las surtidas con posterioridad a su notificación, pero adelantadas por

personas diferentes a la que solicitó la clasificación, procede aplicar de manera directa el Arancel de Aduanas vigente para el momento en que se presentó la Declaración de Importación.

Que el mencionado Concepto, que la entidad transcribe, se fundamenta en los artículos 236 del Decreto 2685 de 1999, que prescribe que a solicitud de los particulares, la DIAN puede efectuar mediante Resoluciones, clasificaciones arancelarias de conformidad con el Arancel de Aduanas Nacional, y que, cuando la entidad considere necesario armonizar los criterios que deben aplicarse en la clasificación, según el Arancel de Aduanas Nacional, puede proferir de oficio una Resolución motivada de carácter general; 154 a 157 de la Resolución núm. 4240 de 2000, que regulan lo concerniente a las peticiones de clasificación arancelaria, y concretamente, el artículo 157, modificado por la Resolución núm. 7002 de 2001, que prescribe que las clasificaciones arancelarias expedidas mediante Resolución son de carácter general y de obligatorio cumplimiento; 564 a 567 del Decreto 2685 de 1999, que disponen que por ser de obligatorio cumplimiento deben ser publicadas para que sean oponibles a terceros; y 119 de la Ley 489 de 1998; y 7°, numeral 7.1 de la Resolución núm. 080 de 2000 que establecen que la publicación debe hacerse en el Diario oficial para efectos de su vigencia y oponibilidad a terceros.

Precisó que la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la **DIAN**, es el ente administrativo que por ley tiene la facultad de dirimir todas las consultas sobre interpretación de las normas sobre clasificación y nomenclatura arancelaria, expedir los actos sobre la clasificación que corresponde a una mercancía y emitir conceptos sobre clasificación, de acuerdo con las funciones consagradas principalmente en las Resoluciones núms. 5632 de julio 19 de 1999, artículo 47, literales d, f y g, y 7856 de 2001, artículo 87, que adicionó la anterior.

En conclusión, señaló que para la clasificación arancelaria, la División de Arancel se apoyó en la información de las fotocopias de las declaraciones de importación y la ficha técnica del producto, las reglas generales Interpretativas 1 y 6 del Arancel de Aduanas, y la Enmienda a las Notas Explicativas del Sistema Armonizado efectuado por la OMA en su Sección 33 de mayo de 2004, en la que incluyó aspectos relacionados con los isocianatos puros de la partida 29.29, el MDI crudo o polimérico de la partida 39.09, por lo cual debió liquidarse un gravamen del 15% y un IVA del 16%, por ser un polímero químicamente modificado de anilina y formaldehído.

7. Frente a la supuesta violación al principio de publicidad, manifestó que éste cargo no fue alegado en la vía gubernativa; que sin embargo aclara que la Resolución núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004, no fue el fundamento de la clasificación arancelaria efectuada en la Liquidación Oficial mediante los actos acusados, sino el Arancel de Aduanas y sus reglas de interpretación; que el problema de la publicidad de este acto debió ventilarse en otro escenario procesal; que está probado dentro del expediente administrativo que el acto fue publicado en el Diario Oficial de 19 de octubre de 2004, página 12 de la Edición 45.706.

Que el concepto de la División de Arancel también debió ser debatido en su oportunidad procesal; que si las Resoluciones fueron publicadas en el Diario Oficial son obligatorias no solo para el particular sino para los terceros que realicen operaciones a partir de la promulgación.

Explicó que debe tenerse en cuenta que no obstante la obligatoriedad de la Resolución de Clasificación Arancelaria de la mercancía, si por determinadas circunstancias, al momento de la presentación de la Declaración de Importación, se advierte que el Arancel ha sido modificado, lo que afecta la clasificación prevista en la Resolución, es pertinente aplicar el arancel, sin que esta circunstancia implique restarle legalidad a la Resolución expedida por la Subdirección Técnica, pues debe

entenderse que la misma se profirió con fundamento en el arancel vigente, sin la modificación introducida con posterioridad, solo que ante esta modificación que se introduce necesariamente por Decreto, prima la aplicación de éste frente a la Resolución.

Señaló que pese a no haber sido alegado en la vía gubernativa, el Convenio Internacional del Sistema Armonizado no ha sido violado, porque el producto introducido no corresponde a un isocianato, por lo que debe excluirse del Capítulo 29 y clasificarse en el 39, como efectivamente lo hizo.

Sostuvo que no se están violando los principios de igualdad y de certeza en el derecho aplicable, porque la **DIAN** siempre tuvo claro y no tenía dudas de que las mercancías se clasificaban en la partida 39, como resinas amínicas, resinas fenólicas y poliuretanos, en formas primarias, y no por la 2929, como un isocianato; que tuvo en cuenta las fichas técnicas suministradas por el declarante autorizado y lo señalado por la OMA en su Sección 33 de mayo de 2004, que enmendó las Notas Explicativas del Sistema Armonizado, en lo referente a los isocianatos puros de la partida 2929, el MDI crudo o polimérico, sus características, composición y proceso de obtención de la partida 39.09 y los polímeros con grupos de isocianatos de la partida 39.11.

En cuanto al principio de seguridad jurídica, manifestó que tratándose de clasificación arancelaria, el importador no tiene un derecho adquirido, en la medida en que mediante un control posterior y no estando en firme las declaraciones, su posición jurídica ante la Administración no está consolidada y es modificable.

Que lo expresado se apoya en el artículo 469 del Decreto 2685 de 1999, que se refiere a su función en cuanto al control posterior para verificar el cumplimiento de las obligaciones aduaneras, o integralmente para hacerlo también en cuanto a las obligaciones tributarias y cambiarias de su competencia.

Finalmente, propuso la excepción de inepta demanda, porque se están alegando nuevos hechos que no se presentaron en la vía gubernativa y por lo tanto la Jurisdicción Contenciosa no debe pronunciarse sobre éstos.

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Bolívar declaró la nulidad de las Resoluciones núms. 001532 de 3 agosto de 2005, por medio de la cual se profirió Liquidación Oficial de Corrección por error en la clasificación

arancelaria, y 000102 de 20 de enero de 2006, que confirmó la anterior, en respuesta al recurso de reconsideración, y denegó las demás pretensiones de la demanda.

Consideró que la excepción presentada por la demandada no prospera, porque el hecho de que en la demanda se endilguen cargos que no fueron alegados en la vía gubernativa, no es óbice para que se haga un pronunciamiento de fondo, *“toda vez que dentro del análisis que realice el juzgador al momento de proferir sentencia deberá descartar los circunstancia (SIC) que no fueron objeto de discusión en vía gubernativa, sin que ello implique que el Juez deba inhibirse”*.

Sobre las excepciones propuestas por la Sociedad Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., señaló que se resolverían de fondo, siempre y cuando las pretensiones no llegaren a prosperar.

Explicó que el Requerimiento Especial Aduanero acusado núm. 000125 de 29 de abril de 2005, es un acto meramente de trámite que no puede ser objeto de enjuiciamiento ante esta Jurisdicción, y que además, el apoderado no estaba facultado para demandarlo.

Sobre el asunto de fondo, resaltó que para clasificar arancelariamente un producto deben seguirse las "*Reglas Generales para Interpretación de la Nomenclatura*", que aparecen en el literal A del numeral III del artículo 1º del Decreto 2800 de 2001, aplicando el principio de que ningún producto tendrá más de una clasificación dentro del Arancel de Aduanas, que indica que la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo y si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas de acuerdo con las reglas que menciona la norma.

Que el problema de las partidas en discusión, en este caso, 29.29 y 39.09, de las que se controvierte su correspondencia con los productos "PAPI 27 y PAPI 14(MDI polimérico), más que por razones de interpretación, depende de las pruebas.

Que el actor en cumplimiento de lo consagrado en el artículo 177 del C. de P. C., presentó medios de convicción, pero que no tienen mérito probatorio porque, como lo expresó la **DIAN**, fueron conseguidos sin la comparecencia de la entidad demandada, como son, el dictamen rendido por el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria de la República de Venezuela de 24 de octubre de 2002; el informe técnico externo elaborado por el Director del Departamento de Ingeniería Química de la Universidad de Los Andes de 23 de mayo de

2005, y el presentado por el químico de Servicio Técnico y Desarrollo de Dow Química de Colombia S.A.; lo anterior por cuanto no cumplen con las reglas de traslado establecidas en el artículo 185 del C. de P. C. y la **DIAN** no pudo ejercer su derecho de contradicción, conforme al principio de lealtad.

Consideró que no ocurre lo mismo con el dictamen suscrito por los doctores Mercado Camargo y Gabriel Acevedo del Río, empleados de la Universidad de Cartagena, quienes afirman respecto del PAPI 27 (MDI polimérico), que este producto comercial no es un polímero ni un poliuretano, resina acídica, etc.”.

Que del contenido del dictamen mencionado se desprende que las características del producto se adaptan al texto de la partida arancelaria 29.29, por no ser un polímero ni un poliuretano, sino un isacionato crudo obtenido de un proceso de fosgenación.

Anotó que la demandada solo cuando se resolvió el Recurso de Reconsideración interpuesto por **ASIMCOMEX LTDA S.I.A.**, trajo el argumento de que *“la clasificación de este producto se apoya en la enmienda de las notas explicativas del sistema armonizado efectuado por la OMA en su sección 33 de mayo de 2004 en la que incluyó aspectos*

*relacionados con los isocianatos puros en la partida 29.29., el MDI Crudo o polimérico de la partida 39.09, y los polímeros con grupos isocianatos de la partida 39.11.”; que este es un argumento nuevo de la **DIAN** que no se esgrimió al momento de expedir la liquidación oficial de corrección, y que no reposa en el expediente prueba alguna que permita afirmar que la Enmienda mencionada es aplicable en la Legislación Colombiana, porque no se señala a través de qué norma se ratificó por parte de Colombia el contenido de dicha Enmienda.*

III.- FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La parte demandada solicita la revocatoria del fallo apelado.

Explicó que teniendo en cuenta la complejidad del Comercio Internacional y la casi infinita diversidad de mercancías que pueden comercializarse en el mundo, los diferentes Países han conformado Grupos de Alianza Comercial Internacional, con el objeto de crear estrategias de comercio; que por ello Colombia ha firmado Acuerdos de los cuales hace parte, entre los que se encuentra la OMA, la OMC, la ALADI, la CAN, el MERCOSUR, e incluso los TLC, lo que hace necesario tener unidad de criterios en cuanto a la forma de clasificar la mercancía y los aranceles que se generen en cada País dependiendo de la producción interna.

Señaló que la Administración de Cartagena no es competente para decidir conflictos en materia de clasificación arancelaria, y por tanto se sujeta a lo manifestado por la División de Arancel de la Subdirección Técnica del Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y por la Organización Mundial de Aduanas OMA; que el tema de la clasificación es tan complejo que solo personas especializadas en materia de conformación, descripción y clasificación de mercancías desde el punto de vista aduanero, pueden emitir conceptos sobre el tema.

Insiste en que la División de Arancel de la **DIAN** Nacional, respondió a la consulta arancelaria, informando que la mercancía de nombre PAPI 27 corresponde al POLIMETILO POLIFENILISOCIANATO utilizado para fabricar espumas de poliuretano, clasificables en la partida 39.09.30.00.00, de acuerdo con las Reglas 1 y 6 del Arancel, e informó además que para un producto similar se expidió la Resolución núm. 4886 de 6 de junio de 2003, por la partida 39.11, la cual fue revocada por la núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004, para ubicarla en la partida 39.09, con base en una consulta que se hizo a la **OMA**.

Señala que los funcionarios químicos y químicos puros de la División Técnica Aduanera de la Administración de Aduanas de Cartagena y de la

División de Arancel de la Subdirección Técnica del Nivel central de la **DIAN** y de la **OMA**, han coincidido con base en las fichas técnicas de la mercancía que fueron facilitadas por los declarantes, que el producto importado "NO ES UN ISOCIANATO PURO".

Que entonces de acuerdo con la estructura química de la mercancía se trata de un producto clasificable en la partida 39, correspondiente a las resinas amínicas y las resinas de poliuretano con un arancel del 15% a pagar.

Resalta que la controversia sobre la clasificación se dirime con base en la estructura química y no con base en los testimonios técnicos, pues al respecto habla la estructura contenida en la ficha, ya que de hecho la **OMA** y la División de Arancel de la **DIAN** Nacional, para poder saber lo que se estaba importando no tuvieron que escuchar las declaraciones técnicas de los Ingenieros de Dow Química o del fabricante, pues les bastaba con mirar la Ficha Técnica que contiene la descripción química de la mercancía; es decir, que los químicos que hicieron dictámenes no son tan técnicos desde el punto de vista químico-aduanero para fijar una nueva posición arancelaria o desvirtuar lo consignado por el fabricante del producto en su ficha o lo expresado por la **OMA**.

Que el testimonio técnico no puede contradecir la posición ya fijada con un oficio en donde dio a conocer que mediante la Resolución núm. 8547 de septiembre de 2004 de la División de Arancel, determinó la clasificación arancelaria del producto importado, el cual aún cuando no posee el mismo nombre comercial, tiene la misma estructura química del importado.

En cuanto al informe del País de origen – Venezuela, tampoco puede tener poder vinculante, pues se trata de otro País, cuyo concepto no puede estar por encima del expedido por la División de Arancel de Colombia y avalado por la **OMA**; este concepto puede servirle a la actora para provocar ante los estamentos internacionales de comercio una controversia sobre clasificación arancelaria, para que sean ellos los que determinen quién tiene la razón, e instar al Gobierno Colombiano o Venezolano o a ambos a clasificar el producto como lo dispongan, pero no para reemplazar la clasificación existente.

IV.- ALEGATO DE CONCLUSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En esta etapa del proceso el Ministerio Público guardó silencio.

V. INTERPRETACIÓN PREJUDICIAL.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su Interpretación Prejudicial dentro del proceso 210-IP-2013, concluyó:

PRIMERO: A raíz de los constantes inconvenientes que surgieron por las diferentes formas de codificar las mercancías por parte de los países del mundo, la organización Mundial de Aduanas (OMA) vio la necesidad de unificar criterios, los cuales se recogieron en el denominado "Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías".

Segundo: En el caso que nos ocupa se debe analizar si la subpartida asignada era la correspondiente, de acuerdo a las reglas del Sistema Armonizado, así como con la nomenclatura arancelaria de acuerdo con las mercancías que se importaron y si efectivamente se trataba de un producto para fabricación de poliuretano para haber sido encasillado en la subpartida 29.29.10.90.00.

TERCERO: Los Países de la Comunidad Andina también consideraron pertinente la creación de una normativa que se complementa a las necesidades de sus países miembros, por lo cual el 1 enero de 2005 entra en vigencia la Decisión 570, la cual en su artículo 1 manifiesta: "Aprobar el Texto Único de la Nomenclatura Común de Designación y Codificación de Mercancías de los Países Miembros de la Comunidad Andina denominada 'NANDINA', que figura en el Anexo a la presente decisión, a fin de facilitar la identificación y clasificación de las mercancías, las estadísticas de comercio exterior y otras medidas de política comercial de la Comunidad Andina relacionadas con la importación y exportación de mercancías".

CUARTO: Uno de los instrumentos armonizados del comercio exterior más importantes que dispone la Comunidad Andina es la Nomenclatura Común NANDINA, basada en el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (Sistema Armonizado) del Consejo de Cooperación Aduanera.

QUINTO: Se puede evidenciar que la norma NANDINA está en armonía con el Sistema Armonizado previamente analizado y que al igual que en el Convenio Internacional del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, los Países están en la obligación de acatar las disposiciones contenidas en sus textos.

SEXTO: En cuanto a sus correspondientes actualizaciones y modificaciones, es el artículo 5 el que fija los lineamientos en base a los cuales efectuará sus cambios, los cuales son: a) Las Recomendaciones de Enmienda del Consejo de Cooperación Aduanera; b) Las modificaciones de los requisitos relativos a las estadísticas y a la política comercial; c) La evolución tecnológica o comercial; d) Las modificaciones que se precisen para una mejor adecuación a los procesos de integración regional y hemisférica; e) Las necesidades inherentes al desarrollo del comercio exterior y de las producciones de la Comunidad Andina y sus países Miembros; y, f) La necesidad de aproximación y aclaración de los textos.

SÉPTIMO: Por su parte, la Disposición Transitoria Única, prevé que los Países están facultados para crear Notas Complementarias nacionales y desdoblamientos a diez dígitos, para la elaboración de sus Aranceles , siempre que no contravengan la NANDINA. Así mismo enuncia que en las Notas Complementarias nacionales deberán destacarse de las Notas Legales de la NANDINA; que las subpartidas nacionales utilizarán dos dígitos adicionales al código de ocho dígitos de la NANDINA, sin que en ningún caso puedan agregarse nuevos desdoblamientos con código de ocho dígitos; los textos nacionales conservarán los términos empleados en la NANDINA, pudiéndose admitir en las subpartidas nacionales términos locales aclaratorios encerrados en paréntesis.

OCTAVO: Haciendo un análisis de la posición o jerarquía del Ordenamiento Jurídico Andino, este Tribunal ha manifestado que dicho ordenamiento goza de prevalencia respecto de los ordenamientos jurídicos de los países Miembros y respecto de las Normas de Derecho Internacional, en relación con las materias transferidas para la regulación del orden comunitario. En este caso ha establecido que en caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el derecho interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual

que al presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario y las normas de derecho internacional.

NOVENO: El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan "norma de clausura", según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

DÉCIMO: En efecto, estas normas no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.

UNDÉCIMO: En vista de la autonomía que posee cada oficina nacional respecto a las decisiones que toma otra de un país miembro, cada cual actúa dentro del rango de sus atribuciones, siempre y cuando no vulnere la normativa andina, siendo independientes de tomar sus propias actuaciones en casos similares o idénticos".

VI- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con los nuevos argumentos no expuestos en la vía gubernativa, que la actora trajo a colación en la demanda, ello no es óbice para que la Sala pueda también acometer su estudio, conforme a reiterada Jurisprudencia de esta Corporación².

² Jurisprudencia expuesta en la sentencia de 7 de octubre de 2010, radicado núm. 2004-01088-01, Consejera Ponente doctora MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

En efecto, dijo la Sala en la sentencia de 3 de marzo de 2005, (Expediente núm. 2001-00418-0, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso):

“Colige la Sala que, en efecto, el actor en la instancia administrativa no se refirió a los fenómenos de caducidad y prescripción respecto de la facultad sancionatoria de la DIAN, a que aluden los artículos 38 del C.C.A y 14 del Decreto 1750 de 1991. Sin embargo, ello no es óbice para que en la instancia judicial pueda esgrimir las censuras que a bien tenga, a fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados”.

Sentencia reiterada por la Sección en providencia de 11 de diciembre de 2006 (Expediente núm. 2001-00413-01, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón), en la cual se dijo que si lo que la Ley pretendiera al acudir ante esta Jurisdicción fuera la reproducción de los argumentos expuestos en la vía gubernativa, exigiría copia de los recursos interpuestos, en lugar de la demanda con los requisitos del C.C.A.

En el presente asunto, mediante los actos acusados la **DIAN** – Cartagena impuso una Liquidación Oficial de Corrección por error en la Clasificación Arancelaria.

De conformidad con el artículo 22 del Decreto 2685 de 1999, las Sociedades de Intermediación Aduanera, en este caso, el actor

ASINCOMEX LTDA., que actúen ante las autoridades aduaneras, son administrativamente responsables por la exactitud y veracidad de la información, y de la correcta clasificación de las mercancías y deben responder directamente por los gravámenes, tasas, multas o sanciones pecuniarias que se deriven de las actuaciones que realicen como declarante autorizado; de conformidad con el artículo 25 del mismo Decreto, modificado el último inciso por el artículo 3° del Decreto 1232 de 2001, deben constituir y presentar una garantía bancaria o de compañía de seguros, cuyo objeto es garantizar el pago de los tributos aduaneros y las sanciones a que hubiere lugar, por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en la norma.

El artículo 513 *ídem*, señala que la autoridad aduanera podrá expedir Liquidación Oficial de Corrección cuando se presenten errores en la subpartida arancelaria; y el artículo 482, señala las infracciones administrativas aduaneras en el régimen de importación, y considera como grave el hecho de incurrir en inexactitud o error en los datos consignados en las Declaraciones de Importación, lo cual trae como sanción el pago de una multa equivalente al 10% del valor de los tributos dejados de cancelar.

En el presente asunto, la División de Liquidación expidió Liquidación Oficial de Corrección sobre 16 Declaraciones de Importación que menciona en el acto acusado, porque el declarante clasificó la mercancía consistente en *"COMPUESTOS CON OTRAS FUNCIONES NITROGENADAS, ISOCIANATOS. LOS DEMÁS. NOMBRE GENÉRICO: POLYMERIC MDI, NOMBRE COMERCIAL PAPI 27 Y PAPI 14"*, por la subpartida 29.29.10.90.00 *"COMPUESTOS CON OTRAS FUNCIONES NITROGENADAS. LOS DEMAS"* que causa un arancel del 0% y bajo el entendido de que el producto es un Isocianato", cuando debió declararse por la subpartida 39.09.30.00.00 *"RESINAS AMÍNICAS, RESINAS FENOLICAS Y POLIURETANOS, EN FORMAS PRIMARIAS. LAS DEMÁS RESINAS AMÍNICAS"*, que causan un arancel del 10% y un IVA del 16%, bajo el entendido de que se trata de un polímero.

El criterio de la **DIAN** – Seccional Cartagena, conforme ella lo expresa, se basó en el concepto que a su solicitud emitió la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la Dirección Nacional en Bogotá, el 2 de marzo de 2005³, en el cual manifestó que el producto "Polymeric MDI nombre comercial PAPI 27" debe clasificarse por la partida 39.09.30.00.00, según la información contenida en las fotocopias de las mismas Declaraciones de Importación, de acuerdo con las reglas

³ Folios 197 a 199.

generales interpretativas 1 y 6 del Arancel de Aduanas⁴ y en la información obtenida en Internet, y citó la clasificación hecha para un producto similar establecida en la Resolución núm. 8547 de 22 de

⁴ Decreto 2800 de 20 de diciembre de 2001 (posteriormente derogado por el núm. 4341 de 2004)

ARTÍCULO 1. El Arancel de Aduanas quedará así:

ARANCEL DE ADUANAS

Disposiciones Preliminares

....

III. NORMAS SOBRE CLASIFICACION DE MERCANCIAS.

A. REGLAS GENERALES PARA LA INTERPRETACION DE LA NOMENCLATURA COMUN - Nandina 2002

La clasificación de mercancías en la Nomenclatura se regirá por los principios siguientes:

1. Los títulos de las Secciones, de los Capítulos o de los Subcapítulos solo tienen un valor indicativo, ya que la clasificación está determinada legalmente por los textos de las partidas y de las Notas de Sección o de Capítulo y, si no son contrarias a los textos de dichas partidas y Notas, de acuerdo con las Reglas siguientes:

2. a) Cualquier referencia a un artículo en una partida determinada alcanza al artículo incluso incompleto o sin terminar, siempre que éste presente las características esenciales del artículo completo o terminado. Alcanza también al artículo completo o terminado, o considerado como tal en virtud de las disposiciones precedentes, cuando se presente desmontado o sin montar todavía.

b) Cualquier referencia a una materia en una partida determinada alcanza a dicha materia incluso mezclada o asociada con otras materias. Asimismo, cualquier referencia a las manufacturas de una materia determinada alcanza también a las constituidas total o parcialmente por dicha materia. La clasificación de estos productos mezclados o de estos artículos compuestos se efectuará de acuerdo con los principios enunciados en la Regla 3.

3. Cuando una mercancía pudiera clasificarse, en principio, en dos o más partidas por aplicación de la Regla 2 b) o en cualquier otro caso, la clasificación se efectuará como sigue:

a) la partida con descripción más específica tendrá prioridad sobre las partidas de alcance más genérico. Sin embargo, cuando dos o más partidas se refieran, cada una, solamente a una parte de las materias que constituyen un producto mezclado o un artículo compuesto o solamente a una parte de los artículos en el caso de mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, tales partidas deben considerarse igualmente específicas para dicho producto o artículo, incluso si una de ellas lo describe de manera más precisa o completa;

b) los productos mezclados, las manufacturas compuestas de materias diferentes o constituidas por la unión de artículos diferentes y las mercancías presentadas en juegos o surtidos acondicionados para la venta al por menor, cuya clasificación no pueda efectuarse aplicando la Regla 3 a), se clasificarán según la materia o con el artículo que les confiera su carácter esencial, si fuera posible determinarlo; Cuando las Reglas 3 a) y 3 b) no permitan efectuar la clasificación, la mercancía se clasificará en la última partida por orden de numeración entre las susceptibles de tenerse razonablemente en cuenta.

....

6. La clasificación de mercancías en las subpartidas de una misma partida está determinada legalmente por los textos de estas subpartidas y de las Notas de subpartida así como, mutatis mutandis, por las Reglas anteriores, bien entendido que solo pueden compararse subpartidas del mismo nivel. A efectos de esta Regla, también se aplican las Notas de Sección y de Capítulo, salvo disposición en contrario".

septiembre de 2004⁵ por la partida 39.09, de conformidad con una consulta que hizo a la Organización Mundial de Aduanas - **OMA**.

Por lo anterior, la **DIAN** – Seccional Cartagena, expidió la Resolución acusada núm. 1532 de 3 de agosto de 2005, "*Por la cual se profiere Liquidación Oficial de Corrección por error en la Clasificación Arancelaria*", contra la cual tanto la actora como el coadyuvante interpusieron el recurso de reconsideración, habida cuenta de que no les fueron tenidas en cuenta algunas pruebas por ellos aportadas, por lo que no se les permitió controvertir las presentadas por la **DIAN**⁶.

Mediante Auto de 3 de noviembre de 2005, la **DIAN** – Cartagena abrió un periodo probatorio, para que la División de Arancel de la DIAN Nacional se pronunciara nuevamente, sobre las declaraciones de importación, la ficha técnica del producto químico PAPI 27, el informe técnico de 23 de mayo de 2005 elaborado por el químico de la sociedad Dow Química de Colombia, el informe técnico de 23 de mayo realizado por el Departamento de Ingeniería Química de la Universidad de los Andes y la copia del dictamen de 24 de octubre de 2002, rendido por el Servicio Integro de Administración Aduanera Tributaria de la República Bolivariana

⁵ Mediante oficio de 2 de febrero de 2006, la Imprenta Nacional a solicitud de la parte actora, informó que la Resolución núm. 8547 de 22 de septiembre de 2004, no se encuentra registrada, del cual envió copia a la DIAN – Cartagena (folios 127 y 128 del cuaderno principal)

⁶ Folios 420 a 447 del cuaderno de pruebas.

de Venezuela; además, consideró la posibilidad de decretar las demás pruebas que sean indispensables para la investigación, y negó unas pruebas testimoniales⁷.

Mediante oficio de 15 de noviembre de 2005, la **DIAN** – Seccional Cartagena, solicitó a la Universidad de Cartagena rendir dictamen pericial sobre la estructura química del producto comercialmente conocido como “PAPI 27” y científicamente como “Polimetilen Polifenil Isocianatos o Metilen Di-fenil Isocianato”, *“en el que especifique si se trata de un producto químico orgánico o si es un plástico y sus manufacturas; si es un polímero resultante de una reacción de ‘polimerización’ o si es un isocianato crudo obtenido de un proceso de ‘fosgenación’, si es un ‘isocianato’ o una ‘resina anímica’ si es un compuesto orgánico de constitución química definida, aunque contenga impurezas o si es un ‘polímero’ utilizado en la preparación de ‘poliuretano’”*⁸.

La **DIAN** Nacional, insistió en que el producto se clasifica en la subpartida 39.09.30.00.00 por las mismas razones ya expresadas, y señala que adicionalmente *“la clasificación de este producto, se apoya en la Enmienda de Notas Explicativas del Sistema Armonizado, efectuada por la Organización Mundial de Aduanas en su Sesión 33 de mayo de 2004, en*

⁷ Folios 508 a 511 *ídem*.

⁸ Folio 513 *ídem*.

la que incluyó aspectos relacionados con los isocianatos puros de la partida 29.29, el MDI crudo o polimérico de la partida 39.09 y los polímeros con grupos isocianato de la partida 39.11⁹, de la cual anexó fotocopia en idioma inglés¹⁰.

De otro lado, la Universidad de Cartagena – Facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas, mediante escrito de enero de 2006, en su dictamen pericial conceptuó, que después de realizar los análisis cromatográficos, espectoscópicos y revisión de la literatura, considera:

“1. Que el producto comercial conocido como ‘PAPI 27’ corresponde a una mezcla de isómeros tipo Metilen Difenil Isocianato.

2. El compuesto ‘MDI puro’ es una mezcla de tipo Isocianato correspondiente a los isómeros cuyas denominaciones químicas con 2,2’- metilen difenil diisocianato, 2,4’-metilen difenil diisocianato y como isómero mayoritario el 4.4’- metilen difenil diisocianato.

3. El MDI puro es una mezcla compuesto orgánico del tipo *isocianato crudo obtenido de un proceso de fosgenación*.

4. El producto comercial “PAPI 27” no es un polímero, ni poliuretano, resina acídica etc¹¹ (subraya la Sala)

⁹ Folios 520 y 521 *ídem*.

¹⁰ Folios 522 a 524.

¹¹ Folio 121 del cuaderno principal y folios 530 a 534 *ídem*. Al dictamen se anexa Espectro infrarrojo y su interpretación y Cromatograma del análisis cromatográfico realizado.

En respuesta al Recurso de Reconsideración, la Administración de Aduanas de Cartagena expidió la Resolución acusada núm. 00102 de 20 de enero de 2006, que confirmó la anterior. En este acto administrativo la entidad tuvo en cuenta lo expresado por la División de Arancel de la Subdirección Técnica Aduanera de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de 21 de diciembre de 2005, y afirmó que de la Universidad de Cartagena no recibió respuesta.

Frente a las razones por las cuales se acogió al concepto de la División de Arancel adujo que ésta es la oficina con competencia para resolver todos los interrogantes y problemas sobre posiciones arancelarias y subpartidas arancelarias, y por lo tanto es obligatorio acogerlos.

De lo que ha quedado reseñado, la Sala colige lo siguiente:

- Lo que se debe resolver es si el producto declarado en las Declaraciones de Importación como: "Compuestos con otras funciones nitrogenadas. Isocianatos los demás nombre genérico Polymeric MDI Nombre comercial PAPI 27", estuvo bien clasificado en la subpartida arancelaria 29.29.10.90.00, como declaró la actora, o si, como lo consideró la **DIAN** – Cartagena en los actos acusados, la subpartida correspondiente era la 39.09.30.00.00.

El texto de las partidas en discusión, en este caso 29.29 y 39.09, de las que se discute su correspondencia con los productos "PAPI 27 y PAPI 14 (MDI polimérico), de conformidad con el Decreto 2800 de 20 de diciembre de 2001, vigente para la época de los hechos, es:

"Capítulo 29. Productos químicos orgánicos.

29.29 - Compuestos con otras funciones nitrogenadas.

Subpartida: 29.29.10.90.00 – Isocianatos: 90.00 – Los demás 0"

"Capítulo 39. Plástico y sus Manufacturas.

39.09 - resinas amínicas, resinas fenólicas y poliuretanos, en formas primarias.

Subpartida: 39.09.30.00.00 – las demás resinas amínicas 15"

- Lo anterior indica que lo que se discute necesariamente debe dirimirse sobre la base de una prueba técnica, que de certeza de la composición química del producto importado que se relaciona en las declaraciones de importación, y sobre esta base, si se puede clasificar dentro de una subpartida arancelaria. No está en discusión la competencia que tiene la **DIAN** Nacional para establecer la clasificación arancelaria de un producto, pero lo cierto es que tampoco puede actuar a su arbitrio, sin establecer la naturaleza, estructura y composición química del producto, para luego fijarla.

Lo cierto es que el concepto emitido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no permite concluir que al producto, cuya clasificación arancelaria se discute, le corresponde la subpartida arancelaria 39.09.30.00.00, por varias razones, a saber: se basa en una información de Internet, que no puede considerarse como prueba en presencia de pruebas sobre la composición del producto realizadas por químicos expertos; menciona una Resolución de carácter particular, para un producto similar -no igual- expedida en fecha posterior a las declaraciones de importación objeto de corrección mediante los actos acusados - la núm. 8547 de 27 de septiembre de 2004, que expidió, basada en un concepto de la Organización Mundial de Aduanas - **OMA**, y además arguye la existencia de una enmienda de este organismo.

En cuanto al concepto y a la Enmienda de la Organización Mundial de Aduanas **OMA**, se tiene que **DECISIÓN 381**

"Nomenclatura NANDINA", de 28 de noviembre de 1995, dispone:

"Artículo 1.- Aprobar el Texto Unico de la Nomenclatura Común de los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena (NANDINA) que figura en Anexo a la presente Decisión.

... .

Artículo 3.- La NANDINA será utilizada por los Países Miembros como base para la elaboración de sus Aranceles Nacionales, respetando en su integridad el conjunto de Reglas Interpretativas, Notas legales, Notas Complementarias, textos de partidas y de subpartidas y códigos de ocho dígitos que la componen.

Artículo 4.- Los Países Miembros podrán crear, para la elaboración de sus Aranceles, Notas Complementarias Nacionales y desdoblamientos a diez dígitos, **siempre que no contravengan la NANDINA.**

... .

Artículo 5.- La Junta podrá:

a) Proponer a la Comisión, a petición de cualquiera de los Países Miembros o por propia iniciativa, las propuestas de modificación a la NANDINA tendentes, entre otras, a:

i. Incorporar las enmiendas que la Organización Mundial de Aduanas introduzca en el Sistema Armonizado; ..." (Subraya la Sala)

Las anteriores disposiciones, en armonía con lo expresado por el Tribunal Andino de Justicia en su interpretación prejudicial, indican que la autoridad aduanera nacional no puede contrariar las normas de la Comunidad Andina, ni éstas pueden ser contrariadas por otras normas internacionales, de manera que para que una Enmienda de la OMA pueda aplicarse a nivel nacional, debe ser primero acogida por la Comunidad Andina; en el presente caso no existe prueba de que la enmienda efectuada por dicho organismo internacional en su Sesión 33 de mayo de 2004 sea obligatoria para la Comunidad Andina, para que también lo sea para la autoridad aduanera nacional.

De otro lado, contrario a lo expresado por la **DIAN** en la Resolución que respondió al recurso de reconsideración, la Universidad de Cartagena sí

presentó su dictamen pericial, que indica que **el producto comercial "PAPI 27" no es un polímero, ni poliuretano ni resina amídica**, lo cual es una prueba idónea y pertinente para demostrar de que al producto no le corresponde la subpartida 39.09.30.00.00, y por tratarse de un **isocianato crudo obtenido en un proceso de fosgenación**, le corresponde la subpartida 29.29.10.90.00.

Es claro que el Tribunal no está acogiendo una clasificación arancelaria sugerida por un ente distinto a la **DIAN** o contrariando la reglamentación existente. Lo que hizo fue determinarla sobre la base de un dictamen técnico emitido por la facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas de la Universidad de Cartagena, ente de reconocida seriedad.

No hay certeza en el juicio de la Administración y ésta no puede arrogarse la facultad de decidir e interpretar sin tener en cuenta las pruebas que contradicen su afirmación, pues en el expediente no reposa prueba de laboratorio o de experto de la cual se haya establecido por parte de la **DIAN** la estructura química del producto cuestionado, con el cual no se pretendía propiamente hacer una clasificación arancelaria, sino determinar si el producto conocido como PAPI 27, era un polímero o no y ello solo se podía determinar por expertos que dilucidaran la composición química del producto.

El dictamen es corroborado con la declaración que dentro de este proceso, rindió el 18 de febrero de 2009, el señor Gonzalo Triviño Herrera, químico de profesión¹², quien fue empleado de la sociedad Dow Química de Colombia, y manifestó, en lo pertinente:

“Los productos de marca PAPI corresponden en términos químicos a lo que se denomina un MDI polimérico o crudo, el cual se obtiene mediante una reacción química entre anilina y formaldehído y un posterior proceso de fosgenación para obtener el MDI crudo, el cual es una mezcla de isómeros ... que técnicamente se denominan oligómeros y los cuales EN NINGÚN MOMENTO CORRESPONDEN A UN POLÍMERO”.

... .

Teniendo en cuenta la composición química del producto en la cual se manifiesta la presencia del radical NCO, **característico de los isocianatos**”. (Resalta el declarante)

Aunado a lo anterior, se tiene que las pruebas que la **DIAN** Seccional Cartagena inicialmente rechazó y que luego admitió y remitió a la **DIAN** Nacional, no se valoraron como medios de prueba; sin embargo, dichas pruebas que obran en el expediente coinciden en que el producto declarado es un isocianato y no un polímero, y se traen a colación en esta instancia, porque son elementos de juicio adicionales que corroboran el dictamen de la Universidad de Cartagena. Ellos son:

- Informe técnico DMI polimérico de 23 de mayo de 2005, elaborado por el químico al Servicio Técnico y Desarrollo de Dow Química de Colombia

¹² Folios 301 a 304 del Cuaderno principal.

S.A., señor Gonzalo Triviño Herrera, quien fue el declarante en este proceso, quien afirma que el producto señalado en las declaraciones de importación, es un isocianato¹³.

- Informe técnico externo de 23 de mayo de 2005., del Departamento de Ingeniería Química de la Universidad de los Andes, elaborado por su Director, Carlos Francisco Rodríguez, en el cual concluye que el "MDI polimérico", no es un polímero ni se obtiene por reacción entre los isocianatos ni los compuestos polihidroxilados; que la denominación de "polimérico" obedece a razones históricas de mercadeo y no tiene ningún fundamento técnico¹⁴.

- Dictamen rendido por el Servicio Nacional Integro de Administración Aduanera y Tributaria de la República Bolivariana de Venezuela el 24 de octubre de 2002¹⁵, que dictaminó "A la mercancía que se describe como MEZCLA DE ISÓMEROS DEL 4,4 METILEN DISFENIL ISOCIANATO (LÍQUIDO VISCOSO MARRÓN), DENOMINADO "PAPI 27 MDI POLIMÉRICO, UTILIZADO COMO MATERIA PRIMA EN LA PRODUCCIÓN DE ESPUMA DE POLIURETANO ..." le corresponde la clasificación arancelaria 2929.10.90 ...".

¹³ Folios 114 a 117 del cuaderno principal.

¹⁴ Folio 118 *ídem*.

¹⁵ Folio 119 a 120 *ídem*.

Lo anterior, conduce a la Sala a confirmar la sentencia apelada, como en efecto lo hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 13 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 4 de septiembre de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Ausente en comisión

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO