

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 44001233100020070029401

Demandante: Sociedad BUS- VEN C.A.

**Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES - DIAN**

**Asunto: Nulidad y restablecimiento del derecho – Sentencia
de segunda instancia.**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 28 de septiembre de 2011 mediante la cual el Tribunal Administrativo de la Guajira declaró la nulidad de las Resolución número 079 del 18 de octubre de 2006 y 0002 del 29 de enero de 2007, “*mediante las cuales se decomisó por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mercancía consistente en un vehículo*”, así como de las Resoluciones números 0001 del 23 de enero de 2007 y 0002 del 13 de marzo de 2007, por medio de las cuales se rechazaron los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución nro. 079 de 28 de octubre de 2006.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La Sociedad BUSVEN C.A, a través de apoderado judicial presentó demanda¹ en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacional (en adelante DIAN), por el decomiso de mercancía consistente en un vehículo avaluado en \$311.118.463.00.

1.1.Pretensiones

En el libelo de la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

“Primera: Que es nula la Resolución No 001 de Enero 23 de 2007 expedida por el Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales Local de Riohacha por medio de la cual rechaza el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución No 079 de fecha 18 de octubre de 2006, mediante la cual se decomisa una mercancía por las razones expuestas en la parte considerativa de esa Providencia, declarando que contra la presente providencia no procede recurso alguno y quedando agotada la vía gubernativa.

Segunda: Que es nula la Resolución No 002 de Marzo 13 de 2007 proferida por el Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales Local Riohacha, por medio de la cual rechaza el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución No 079 del 18 de octubre de 2006, corregida por la Resolución No 002 de Enero 29 de 2007 por medio de la cual se dispuso el decomiso de la mercancía relacionada en el DIAM 3925101339 de 20 de junio de 2006, declarando que contra la presente providencia no procede recurso alguno y quedando agotada la vía gubernativa.

Tercera: Que es nula la Resolución No 079 de Octubre 18 de 2006 expedida por el Jefe de la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera DIAN LOCAL RIOHACHA, por medio de la cual se decomisa a favor de la Nación- Unidad Administrativa Especial- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la mercancía consistente en un vehículo aprehendido a ROQUE LUIS BRICEÑO en calidad de tenedor mediante Acta No 0265 FISCA de junio 21 de 2006 por valor de \$311.118.463, 00 de acuerdo con lo consagrado en el numeral 1.6 del artículo 582 (sic)² del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 48 del Decreto 1232 de 2001.

¹ Folios 1 a 17 cuaderno N° 1.

² Corresponde al numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999

Cuarta: *Que es nula la Resolución No 0002 de Enero 29 de 2007 proferida por el Jefe División Fiscalización Tributaria y Aduanera DIAN LOCAL RIOHACHA por medio de la cual se corrige la Resolución de Decomiso No 079 de fecha Octubre 18 de 2006 vinculando a la COMPAÑÍA BUSVEN C.A. a la investigación”.*

1.2. Hechos probados y /o admitidos

La Sala encontró demostrados los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- 1.2.1 El 20 de junio de 2006, en el puesto de control aduanero ubicado en el kilómetro 1 de la vía Paraguachón que conduce a Maicao, se dio inmovilización al autobús de servicio público marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, afiliado a la empresa de transporte venezolano BUS VEN C.A. por no presentar documentos que acreditaran su libre circulación en el territorio colombiano, lo cual se consignó en el acta de retención preventiva de mercancías 676 y el acta de hechos 391.
- 1.2.2 En el vehículo inmovilizado se transportaban pasajeros procedentes de la ciudad de Caracas (Venezuela), con destino al terminal de transporte de Maicao (Colombia).
- 1.2.3 El 21 de junio de 2006, funcionarios comisionados por la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Administración de Impuestos y Aduanas Local de Riohacha aprehendieron el vehículo inmovilizado, bajo la causal consistente en que *“la mercancía no posee documentación alguna que demuestre su legal internación al territorio nacional”*.
- 1.2.4 La División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Administración de Impuestos y Aduanas Local de Riohacha mediante Resolución nro. 079 del 18 de octubre de 2006, decretó el decomiso del vehículo aprehendido.
- 1.2.5 Contra la determinación de decomiso, la empresa BUS-VEN C.A. interpuso recurso de reconsideración.

- 1.2.6 Mediante Resolución nro. 001 del 23 de enero de 2007, el Administrador de Impuestos y Aduanas Nacionales Local de Riohacha rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por BUS VEN C.A. contra la Resolución de Decomiso 79, bajo el argumento que en la resolución de decomiso no se le vinculó al proceso, razón por la que no es la persona contra la que se expidió el acto impugnado y por consiguiente, el recurso no cumplió con los requisitos previstos en el artículo 518 del Decreto 2685 de 1999.
- 1.2.7 Por medio de Resolución nro. 002 de 29 de enero de 2007, la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Riohacha corrigió la Resolución de Decomiso nro. 079 vinculando a la misma a la sociedad BUS -VEN A.C.
- 1.2.8 La sociedad BUS - VEN C.A. interpuso nuevamente recurso reconsideración contra la Resolución de Decomiso nro. 079 corregida por Resolución 0002 de 29 de enero de 2007, al considerar que la Administración de Impuestos y Aduanas Local de Riohacha al emitir la Resolución nro.001 había realizado una corrección de carácter sustancial y no formal o de transcripción o de hecho, restituyendo en consecuencia los términos para impugnar la Resolución de Decomiso sobre la unidad de transporte.
- 1.2.9 El 13 de marzo de 2007, el Administrador de Impuestos y Aduanas Local de Riohacha emitió la Resolución nro. 0002 rechazando el nuevo recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Decomiso, bajo el argumento de falta de facultades del Administrador de la sucursal de la sociedad BUS - VEN C.A. en Maicao para otorgar poderes.

1.3. Disposiciones violadas y concepto de violación

Consideró la parte actora que la DIAN, desconoció el artículo 29 de la Constitución Política, al no dar trámite a los recursos de reconsideración presentados por BUS VEN -C.A., contra el acto administrativo que decretó el decomiso del vehículo de su propiedad.

Indicó que en una primera oportunidad la DIAN rechazó el recurso de reconsideración presentada por BUS VEN C.A., fundado en la consideración de que no era la persona que estaba en posesión del vehículo decomisado, desconociendo los derechos que le asistían como propietario.

Precisó que una vez fue vinculada la empresa BUS- VEN C.A. a la actuación administrativa que culminó con la firmeza del decomiso, se le negó nuevamente el derecho a impugnar dicha determinación, con sustento en que el administrador de la sociedad en Maicao no tenía representación de la sociedad, con lo que desconoció que dicha potestad en el caso de sucursales se encuentra implícitamente en sus administradores, de conformidad con los artículo 196 y 263 del Código de Comercio.

Estimó que la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Administración de Impuestos y Aduana Local de Riohacha incurrió en violación por aplicación indebida, ya que al decretar la confirmación del decomiso del vehículo, aplicó una norma que regula un aspecto totalmente diferente al que tiene por objeto al acto administrativo, el cual corresponde al transporte transfronterizo de pasajeros por carretera, y no al que corresponde al transporte internacional de pasajeros.

Afirmó que la DIAN fundamenta la decisión de Decomiso en la Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que regula el Transporte Internacional de pasajeros por carretera entre: a) ciudades de dos países limítrofes; b) ciudades de dos Países Miembros con tránsito por uno o más Países Miembros; y, c) dos o más Países Miembros, es decir, el transporte de pasajeros que pretende ir más allá de la frontera e internarse en el área de influencia de las unidades especiales de desarrollo fronterizo o las zonas de integración fronteriza o hacia el puerto del País Miembro y no al transporte de pasajeros que únicamente llega hasta la frontera.

Consideró que la DIAN aplicó indebidamente el concepto de transporte internacional de pasajeros, ya que la propia Decisión 398 en su artículo 15 excluye expresamente al transporte fronterizo de dicha modalidad, remitiendo a la norma del País Miembro.

Señaló que, la Comunidad Andina no ha regulado expresamente el transporte de pasajeros fronterizo, por lo que resulta aplicable el Decreto 2685 de 1999 en relación con el arribo del medio de transporte al territorio nacional.

Indicó que el Decreto 2685 de 1999 en sus artículos 1º, 90º, 91º y 92º, establece un régimen especial para el ingreso temporal de los vehículos en que se realicen transportes transfronterizos, por lo cual no era dable aplicar las exigencias de la Decisión 398 de la CAN.

2. Actuaciones Procesales

2.1 Admisión de la demanda

Mediante auto del 24 de enero de 2008³, el Tribunal Administrativo de la Guajira admitió la demanda y dispuso su notificación a la DIAN.

2.2. Contestación de la demanda⁴

2.2.1 La DIAN se opuso las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Adujo que la inmovilización, aprehensión del vehículo Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, afiliado a la empresa de transporte venezolano BUS - VEN C.A., así como su posterior decomiso, se fundamentó en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 48 del Decreto 1232 de 2001; que señalan la obligación de contar con la documentación necesaria para que la mercancía pueda transitar en territorio colombiano

Señaló que las operaciones de transporte internacional de pasajeros por carretera se encuentran reguladas en la Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en la cual se establecen los permisos se deben obtener para ejercer el transporte internacional de pasajeros por carretera, los cuales no se cumplieron en el caso del vehículo decomisado.

³ Folios 150y 151 cuaderno No. 1.

⁴ Folios 180 a 183 cuaderno N° 1.

2.4. Alegatos de conclusión en primera instancia

Las partes insistieron en los argumentos expuestos en la demanda y su contestación⁵, por lo que la Sala se relevará de resumirlos nuevamente.

2.5. Concepto del Ministerio Público

El Agente del Ministerio Público en escrito radicado el 22 de julio de 2009⁶, solicitó que se acceda a las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Indicó que el artículo 518 del Decreto 2895 de 1999, establece los requisitos del recurso de reconsideración, los cuales incluyen los relativos a la oportunidad y legitimación, otorgando esta última a la persona contra la que se expidió el acto que se impugna, la cual en el caso del decomiso corresponde al propietario del bien decomisado.

Señaló que en el caso concreto la DIAN rechazó indebidamente los recursos de reconsideración presentados por BUS VEN C.A., el primero de ellos por no considerar a la sociedad como legitimada para recurrir la decisión de decomiso, no obstante ser el propietario del vehículo decomisado, entretanto y el segundo, interpuesto vez la sociedad fue vinculada al procedimiento de decomiso, por ausencia de facultades del administrador de la sucursal de la sociedad, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 114 del Código de Comercio, que determina que en los casos en que en la escritura social o en poder otorgado mediante escritura pública no consten las facultades del administrador, se entiende que tiene plena capacidad para obligar a la sociedad en todo tipo de negocios.

Consideró que, con las actuaciones de la DIAN, se violó de manera flagrante el debido proceso de la parte actora, por lo que los actos acusados debían ser anulados.

⁵ Folios 312 a 321 cuaderno N° 2

⁶ Folios 325 a 329 del cuaderno No. 2.

2.6 Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 30 de noviembre de 2011⁷ el *A quo* decretó la nulidad de los actos demandados argumentando en síntesis lo siguiente:

Para el Tribunal la empresa BUS VEN C.A. no pudo ejercer legítimo derecho a la defensa, lo cual constituye una flagrante violación al debido proceso y, por ende, una causal de nulidad del acto administrativo, pues se le coartó la posibilidad de demostrar que la aprehensión y el decomiso del vehículo eran improcedentes.

Adujo que la DIAN rechazó de manera indebida los recursos de reconsideración interpuestos contra la Resolución demandada son infundados al haber considerado: i) no ser parte del proceso, obviando que la Sociedad BUS VEN C.A. era propietaria del vehículo; ii) extemporaneidad, a sabiendas que la misma entidad fue la que reanudó los términos administrativos, al corregir el error ya aducido; y, iii) alegando una falta de facultades del administrador para otorgar el poder, evadiendo los artículos 114, 163 y 193 del Código de Comercio, razones que denotan una clara violación por parte de la entidad demandada.

En virtud de la violación al debido proceso, determinó que la actuación y por ende los actos que dieron fin a la misma estaban viciados de nulidad, por lo que se abstiene de pronunciarse de fondo respecto de los argumentos presentados contra la decisión de decomiso.

2.7 Recurso de apelación

Por medio de escrito radicado el 21 de octubre de 2011⁸, la parte demandada interpuso recurso de apelación en el que solicitó revocar la decisión de instancia y denegar las pretensiones del libelo introductorio.

Para tal efecto, planteó que la decisión de primera instancia es contraria a la realidad del caso concreto, ya que es claro que

⁷ Folios 332 a 348, cuaderno N° 1.

⁸ Folios 350 a 354 del cuaderno No.2.

hasta el momento de la interposición del recurso de reconsideración contra la Resolución de Decomiso 79 no se había vinculado al proceso a la sociedad BUS VEN C.A.

Indicó que, sin perjuicio de lo antes señalado, en virtud del principio de eficacia de las actuaciones administrativas, la entidad saneó su error vinculando a la sociedad BUS VEN C.A. al proceso.

Precisó que en lo que respecta a la legalidad del decomiso del automotor (autobús), de la actuación administrativa se puede colegir que no existió una vulneración de los derechos a la defensa y debido proceso, máxime si el actor no pudo demostrar nunca la legalidad de la mercancía decomisada.

2.8 Trámite de segunda instancia

Luego de haber sido concedida la apelación por el Tribunal Administrativo de la Guajira mediante auto del 31 de enero de 2012⁹, la misma fue admitida a través de auto del 17 de mayo de 2012 de la Sección Primera del Consejo de Estado¹⁰.

Posteriormente, el Consejero Ponente el 23 de agosto de 2013¹¹ le corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión.

2.8.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia

Remitidas las comunicaciones del caso, intervinieron:

2.8.1.1 La DIAN¹² ratificó los argumentos que expuso al contestar la demanda, alegar de conclusión en primera instancia, así como en el recurso de apelación.

2.8.1.2 La parte demandante no presentó alegatos en esta instancia procesal.

2.8.1.3 El Ministerio público guardó silencio.

⁹ Folio 375, cuaderno N° 2

¹⁰ Folio 4, cuaderno N°3.

¹¹ Folio 7 cuaderno N° 3

¹² Folios 8 a 10, cuaderno N° 3.

2.8.2 Trámite ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

2.8.2.1 Mediante auto del 24 de abril de 2014¹³, el Consejero Ponente, dispuso la suspensión del proceso para la elaboración de la solicitud de interpretación prejudicial con destino al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de conformidad con el artículo 33 de la Decisión 472 de 2000, de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones, que reza:

“Artículo 33.- Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal.” (Destacado fuera de texto).

2.8.2.3 Interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁴ el 24 de agosto de 2014 expidió Interpretación Prejudicial 211-IP-2015, en la que respecto de la *Litis* que plantea el presente proceso determinó lo siguiente:

“PRIMERO: Todo lo relacionado con el Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, se rige por la Decisión 398 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Los principios fundamentales del Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, se encuentran en los artículos 2, 3 y 4 de la Decisión 398, estos artículos establecen las condiciones necesarias para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, con el objetivo de liberalizar su oferta.

¹³ Folios 30 a 31, cuaderno N°31.

¹⁴ Folios 93-112, cuaderno N° 2.

SEGUNDO: El artículo 15 de la Decisión 398, determina expresamente, que sus disposiciones no son aplicables al transporte fronterizo, el mismo que se regirá por las normas que acuerden los Países Miembros limítrofes. Entonces se verifica que para facilitar el transporte fronterizo de pasajeros por carretera en la Comunidad Andina, se faculta a los Países Miembros limítrofes para que a través de Acuerdos Bilaterales desarrollen y pongan en funcionamiento los acuerdos necesarios que faciliten el tráfico bidireccional de pasajeros que se canaliza en las fronteras.

En ese sentido, el principio de complementación 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 aquélla no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

TERCERO: En el presente caso, la División de Fiscalización Tributaria y Aduanera de la Administración de Impuestos y Aduanas Local de Riohacha, mediante Resolución 79 de 18 de octubre de 2006, resolvió decomisar a favor de la Nación la mercancía consistente en un vehículo.

Por tanto, resulta importante referirse al tema del ámbito de aplicación de la Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, por ser pertinente para la resolución del presente conflicto.

La Decisión 399 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, establece las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de mercancías por carretera entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, con el objeto de liberalizar su oferta sustentada en los principios fundamentales de: libertad de operación; acceso al mercado; trato nacional; transparencia; no discriminación, igualdad de tratamiento legal; libre competencia; y, nación más favorecida.

El Juez Consultante deberá analizar si en el caso de autos se plasman las condiciones para la aplicación de la norma comunitaria.

CUARTO: Solamente el transportista que cuenta con las autorizaciones establecidas en la presente Decisión, podrá efectuar transporte internacional de mercancías por carretera, dentro de las que se encuentran el Certificado de Idoneidad, el Permiso de Prestación de Servicios y el Certificado de Habilitación. En lo que respecta a la mercancía a transportar, ésta deberá estar amparada por una Carta de Porte Internacional por Carretera (CPIC) y un Manifiesto de Carga Internacional (MCI), que deberán ser presentados ante las autoridades de aduana que intervendrán en el control de la operación, para su trámite respectivo, pudiendo hacerlo antes de la llegada del vehículo

habilitado con las mercancías. Cuando esté sujeta al régimen de tránsito aduanero internacional, dicha mercancía deberá estar amparada con una Declaración de Tránsito Aduanero Internacional.”

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 129 del C.C.A y con el numeral 1° del Acuerdo número 357 del 5 de diciembre de 2017, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para proferir fallo dentro de los procesos de segunda instancia que sean remitidos por los Despachos de la Sección Primera, dentro de los cuales, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del citado acuerdo, el Despacho del Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, remitió el proceso de la referencia.

2. Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala determinar sí, de conformidad con los argumentos de la impugnación, se revoca, modifica o confirma la providencia del 30 de noviembre de 2011 del Tribunal Administrativo de la Guajira, para lo cual se deberán resolver los siguientes problemas jurídicos:

2.1. ¿Fue vulnerado el debido proceso de la sociedad BUS – VEN C.A. en el trámite del decomiso del vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831?

2.2. ¿La operación de transporte que estaba realizando el vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, corresponde a la modalidad internacional de pasajeros, siendo aplicable la Decisión 398 de la CAN?

2.3. ¿La operación de transporte que estaba realizando el vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, corresponde a la modalidad de transporte internacional de mercadería, siendo aplicable la Decisión 399¹⁵ de la CAN?

¹⁵ Problema jurídico que si bien no fue planteado por el demandante, si fue incluido en la Interpretación Prejudicial, efectuada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por

Los problemas jurídicos planteados responden a los principales argumentos expuestos por las partes e intervinientes, así como a la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, respecto del cual antes de abordar el caso concreto, se realizarán algunas consideraciones, como quiera que dicha corporación brindó parámetros de análisis concretos que deben tenerse en cuenta en la resolución de la controversia planteada.

4. Caso concreto

4.1. Estudio del debido proceso en el trámite de decomiso el vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831

La sentencia de primera instancia determinó que a la sociedad BUS- VEN C.A., le fue trasgredido su derecho al debido proceso por parte de la DIAN, al no tramitar ninguno de los recursos de reconsideración presentados contra la decisión de decomiso.

Por su parte la DIAN, en su recurso aduce que a la parte demandante se le respetaron la totalidad de sus derechos al debido proceso, y que los recursos fueron correctamente rechazados por cuanto no demostró la ilegalidad en el decomiso de la mercancía.

Para resolver el problema jurídico relacionado con la transgresión al debido proceso, la Sala estima necesario analizar los motivos de rechazo de los recursos presentados por BUS- VEN C.A. en el trámite administrativo que derivó en el decomiso del vehículo de su propiedad, a fin de establecer si dicha determinación fue ajustada a derecho.

A folios 76 a 80 del cuaderno nro.1 del expediente obra el recurso de reconsideración presentado por el apoderado de la sociedad actora contra la Resolución 079 de octubre 18 de 2006, en el cual

lo cual de conformidad con las obligaciones desligadas del Acuerdo de Cartagena debe ser resuelto en esta providencia.

da cuenta de que la misma tiene la condición de titular de los derechos sobre el vehículo decomisado, no obstante lo anterior, mediante Resolución nro. 001 de 23 de enero de 2007¹⁶ rechazó dicho medio de impugnación al considerar que *“no se vinculó al proceso a la empresa BUS VEN, por lo cual no es la persona contra la cual se expidió el acto que se impugna”*.

La anterior actuación de la DIAN, desconoció la condición de BUS- VEN C.A., como empresa a la que se encontraba afiliada el vehículo decomisado y por ende, su derecho a concurrir al procedimiento a esgrimir argumentos de defensa, yerro que enmendó mediante la expedición de la Resolución 002 de 29 de enero de 2007¹⁷, en la cual ordenó vincular a dicha sociedad, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

Dilucidado que el primer yerro cometido por la DIAN, consistente en rechazar el recurso inicialmente interpuesto por la ahora demandante, fue corregido al ordenar su vinculación al procedimiento de decomiso, es necesario entrar a analizar la interposición y rechazo del segundo recurso.

Obra a folios 90 a 97 del cuaderno nro. 1 del expediente el recurso interpuesto por el apoderado de BUS – VEN C.A., quien allegó con el mismo poder que fue otorgado por el señor Víctor Hugo Rada Díaz, administrador de la sucursal de la sociedad ahora demandante.

Según puede verificarse en los folios 190 a 191 del cuaderno de antecedentes administrativos del expediente, en efecto el señor Rada Díaz, ostentaba para la época de los hechos materia de análisis la calidad de administrador de la sucursal de la empresa BUS- VEN C.A. en la ciudad de Maicao, tal como consta en el certificado expedido por la Cámara de Comercio de la Guajira.

A pesar de dichas pruebas, la DIAN, mediante Resolución nro. 002 de 13 de marzo de 2007, rechazó el recurso interpuesto, por considerar que *“en dicho certificado no consta que el señor VICTOR HUGO RADA DÍAZ tenga la calidad de representante legal de la empresa BUS VEN C.A., y por tanto mal podría otorgar poder a un apoderado para efectos legales”*.

¹⁶ Folios 81 a 83 cuaderno nro.1

¹⁷ Folios 84 a 87 cuaderno nro. 1

Respecto de la anterior afirmación vertida en los actos administrativos demandados, la Sala considera pertinente analizar la normativa que regenta la representación de las sociedades que cuentan con sucursales.

El artículo 263 del Código de Comercio establece la definición de sucursal, así como las facultades de sus administradores, la norma es del siguiente tenor:

ARTÍCULO 263. <DEFINICIÓN DE SUCURSALES - FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES>. Son sucursales los establecimientos de comercio abiertos por una sociedad, dentro o fuera de su domicilio, para el desarrollo de los negocios sociales o de parte de ellos, administrados por mandatarios con facultades para representar a la sociedad.

Cuando en los estatutos no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgárseles un poder por escritura pública o documento legalmente reconocido, que se inscribirá en el registro mercantil. A falta de dicho poder, se presumirá que tendrán las mismas atribuciones de los administradores de la principal.

De conformidad con la norma transcrita, se considera sucursal todo establecimiento de comercio que se ubique fuera del domicilio social, y sus administradores deberán tener facultades determinadas mediante escritura pública, las cuales en caso de no estar establecidas en dicho instrumento, tiene por consecuencia que se presuma que cuenta con las mismas atribuciones del administrador principal, el cual de conformidad con el artículo 196 *ibídem*, tiene facultad para “celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad”, lo que de suyo incluye la posibilidad de otorgar poderes para la representación ante autoridades administrativas.

En concordancia con la norma analizada, el artículo 114 del Código de Comercio, establece que en aquellos casos en los cuales no se encuentren determinadas las facultades del administrador de una sucursal, se entiende que cuenta con la capacidad plena para representar a la misma, la preceptiva en mención señala:

ARTÍCULO 114. <INDETERMINACIÓN DE FACULTADES DE LOS ADMINISTRADORES DE SUCURSALES>. Cuando en la misma escritura social no se determinen las facultades de los administradores de las sucursales, deberá otorgarse un poder por escritura pública, que se registrará en al cámara de comercio correspondiente a los lugares de las sucursales. A falta de dicho poder se entenderá que tales administradores están facultados, como los administradores de la principal, para obligar a la sociedad en desarrollo de todos los negocios sociales.

Del marco normativo estudiado, se establece con claridad meridiana, que contrario a lo aseverado por la DIAN en el acto mediante el cual rechazó el recurso de reconsideración, en aquellos casos en los cuales no se cuente con el documento en que sean determinadas las facultades del administrador de una sucursal, debe entenderse que el mismo obra con plena capacidad de representación de la sociedad, por lo cual en el caso concreto, la decisión de rechazo del recurso interpues fue contraria a derecho, y no permitió que la parte ejerciera la contracción y defensa respecto del acto administrativo de decomiso, tal como acertadamente lo indicó el *a- quo*.

Así las cosas se encuentran probado que en el procedimiento administrativo que culminó con la firmeza del decomiso del vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, se vulneró el debido proceso de la sociedad BUS- VEN C.A., por lo cual los actos administrativos fueron expedidos contraviniendo el artículo 29 de la Constitución Política.

Ahora bien, el *a quo* determinó que el indebido rechazo de los recursos presentados en sede administrativa era suficiente para anular los actos demandados, contrario a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁸, ha sido precisa al indicar que en aquellos casos en los cuales la administración rechaza de manera errada los recursos procedentes contra un acto administrativo, la consecuencia de dicha transgresión, es que el

¹⁸ Pueden verse entre otras: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ , dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 05001233300020150026601(22809) Actor FERRASA S.A.S. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés , 15 de diciembre de 2017 Radicación número: 25000234100020160168701 Actor EQUIDAD SEGUROS DE VIDA OC Y OTROS Demandado: Superintendencia Nacional de Salud.

destinatario de su decisión queda habilitado para acudir de manera directa a la jurisdicción, sin que se agote la antes denominada vía gubernativa y que la caducidad de su acción se contabilice desde el momento en que se notifica la decisión de rechazo del recurso.

En conclusión, se encuentra acreditado que en el procedimiento de aprehensión se vulneró el debido proceso de la parte actora, sin embargo dicha vulneración no tiene por consecuencia la nulidad del acto administrativo, sino, la posibilidad de acudir directamente a esta jurisdicción, por lo cual se procede a analizar el fondo del asunto, tomando como parámetro de control los aspectos planteados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la Interpretación Prejudicial expedida para el presente asunto.

4.2. De la modalidad de transporte que adelantaba el vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, cuando fue inmovilizado.

La Interpretación Prejudicial emitida en el presente asunto, determinó que para definir si fue correctamente aprehendido el vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, debe establecerse, si en la fecha de su inmovilización se encontraba realizando una modalidad de transporte internacional de pasajeros.

Respecto de la modalidad de transporte internacional de pasajeros, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial 211- IP- 2015, emitida en el presente asunto, precisa lo siguiente:

21. En la Comunidad Andina, el Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera está regulado por la Decisión 398, (adoptada en la Sexagésimo noveno Período Ordinario de Sesiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena celebrado en Lima el 17 de enero de 1997), la que sustituyó la Decisión 298, y que fue publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena número 243 el 27 de enero de 1997, estableciendo las condiciones para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, hoy Comunidad Andina, con el objeto de liberalizar su oferta.

22. La Decisión 561 de la Comisión de la Comunidad Andina, modificó la Decisión 398, pero sólo en lo relacionado con las condiciones técnicas para la habilitación y permanencia de los autobuses en el servicio, específicamente el artículo 80 de la Decisión 398, por lo tanto la norma aplicable al caso concreto es la vigente al momento de ocurrido el siniestro, el 21 de noviembre de 1998, es decir, la citada Decisión 398, cuyos artículos sólo se desarrollan en lo que es pertinente al caso concreto.

23. De acuerdo a lo dispuesto en la parte considerativa de la Decisión 398 “(...) el transporte internacional de pasajeros por carretera constituye uno de los instrumentos de ayuda eficaz para la consolidación del espacio económico Subregional y el logro de los objetivos del Acuerdo de Cartagena (...)”.

24. Los principios fundamentales del Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera, se encuentran en los artículos 2, 3 y 4 de la Decisión 398, estos artículos establecen las condiciones necesarias para la prestación del servicio de transporte internacional de pasajeros por carretera entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, con el objetivo de liberalizar su oferta.

25. Dicha oferta y la prestación de servicios se sustentan básicamente en los siguientes principios:

- ☐ libertad de operación
- ☐ acceso directo al mercado
- ☐ trato nacional
- ☐ transparencia
- ☐ no discriminación
- ☐ igualdad de tratamiento legal
- ☐ libre competencia
- ☐ nación más favorecida

26. De acuerdo al artículo 4 de la Decisión 398, los Países Miembros acuerdan eliminar toda medida restrictiva que afecte o pueda afectar las operaciones de transporte internacional. En consecuencia, el ámbito de aplicación del transporte internacional de pasajeros por carretera que se efectúe en los Países Miembros, se regirá por la Decisión 398 y por sus normas complementarias.

27. La Decisión 398, señala como transportista autorizado a la persona jurídica cuyo objeto social es el transporte de pasajeros por carretera, constituida en uno de los Países Miembros conforme a sus normas de sociedades mercantiles o de cooperativas, que cuenta con el Permiso Originario de Prestación de Servicios y uno o más permisos Complementarios de Prestación de Servicios.

28. *Dado que el Permiso Originario (emitido por el País de origen del transportista) y el Permiso Complementario de Operación, (emitido por País Miembro diferente al País de origen del transportista) así como la Certificación de Habilitación, no facultan al transportista autorizado para realizar el transporte local de pasajeros por carretera en los Países Miembros, según se establece en el artículo 12 de la Decisión 398, resulta presupuesto necesario para la aplicación de la Póliza Andina la prestación de “Transporte Internacional”, conforme a las definición que del mismo hace el artículo 1º, a más que para la aplicación de la Póliza Andina se debe tener en cuenta el territorio en donde se produjo el riesgo amparado, es decir, el evento, más no la nacionalidad de la empresa que en ejercicio de la actividad de Transporte Internacional produjo el mismo, dado que se trata de un servicio comunitario.”*

Conforme el anterior aparte de la interpretación prejudicial, para que se considere que se está realizando una operación de transporte internacional de pasajeros, se requiere el tránsito entre los países miembros del acuerdo de Cartagena, lo que inicialmente indicaría que el vehículo decomisado se encontraba en este tipo de operación, por estar transportando personas entre Caracas (Venezuela) y Maicao (Colombia).

Sin embargo, la misma Interpretación Prejudicial, establece que tratándose de transporte de personas entre países fronterizos, como es el caso de Colombia y Venezuela, no es posible considerar que dicho tránsito constituye una modalidad de transporte internacional de pasajeros, así lo indica el siguiente aparte del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Al respecto, la Decisión 398 regula el transporte internacional de pasajeros por carretera que se efectúa entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, siendo que en su artículo 15, determina expresamente, que sus disposiciones no son aplicables al transporte fronterizo, el mismo que se regirá por las normas que acuerden los Países Miembros limítrofes. Entonces se verifica que para facilitar el transporte fronterizo de pasajeros por carretera en la Comunidad Andina, se faculta a los Países Miembros limítrofes para que a través de Acuerdos Bilaterales desarrollen y pongan en funcionamiento los acuerdos necesarios que faciliten el tráfico bidireccional de pasajeros que se canaliza en las fronteras”.

Así las cosas, en el *sub examine*, la operación de transporte de pasajeros que se estaba adelantado por el vehículo marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva

AD-9831, cuando fue inmovilizado, al momento de su inmovilización, no constituía una modalidad de transporte internacional de pasajeros, por lo que contrario a lo determinado por la DIAN no le eran aplicables las normas de la Decisión 398 de 1997.

Ahora bien, tal como lo determina la Interpretación Prejudicial expedida para el presente asunto, al no tratarse de una modalidad de transporte internacional de pasajeros, debe acudirse a la aplicación de la normativa interna, ello en virtud del principio de complemento indispensable, el cual ha sido entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente forma:

iii) Que en tal virtud se debe observar el principio de complemento indispensable, que 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.

*(iv) Que cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que éstas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria; y”.*¹⁹

Teniendo en cuenta lo anterior, y acudiendo al principio de complemento indispensable, la Sala observa que no existía entre Colombia y Venezuela acuerdo bilateral sobre transporte transfronterizo de pasajeros vigente para la época de los hechos, por lo que es necesario acudir a la revisión de los artículos 90, 91 y 92²⁰ del Decreto 2685 de 1999, que establecen la forma en que

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejero Ponente (E): CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO, treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017) Radicación Núm.: 11001-0324-000-2011-00282-00 Actor: ROPSOHN THERAPEUTICS LTDA. Demandado: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

²⁰ ARTICULO 90. ARRIBO DEL MEDIO DE TRANSPORTE. Todo medio de transporte que llegue al territorio aduanero nacional o que se traslade de una parte del país que goce de un

debe darse el ingreso al territorio colombiano de medios de transporte que ejecuten una modalidad transfronteriza, que solo lleven pasajeros, indicando para los mismos unos requisitos especiales, como lo es el ingreso por zonas autorizadas.

En el caso concreto, no se evidencia que los actos demandados hayan censurado el incumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 90, 91 y 92 del Decreto 2685 de 1999, para proceder aplicar la aprehensión y posterior decomiso del vehículo, sino por el contrario para definir como causal de la prevista en el numeral 1.6²¹ del artículo 502 del Estatuto

tratamiento especial a otra que no lo tenga, deberá arribar por los lugares habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los términos en que se confiera tal habilitación.

Por circunstancias especiales debidamente motivadas, la autoridad aduanera en su respectiva jurisdicción, podrá autorizar la entrada de medios de transporte por lugares no habilitados o en días y horas no señalados.

Las naves o aeronaves de guerra estarán exentas de los requisitos previstos en este Capítulo a menos que transporten carga que deba someterse a un régimen aduanero.

ARTICULO 91. AVISO DE ARRIBO DEL MEDIO DE TRANSPORTE. <Artículo derogado por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, una vez cumplido lo dispuesto por los artículos 674 y 675> <Artículo modificado por el artículo 6o. del Decreto 2101 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> En los casos en que el medio de transporte no contenga carga o transporte únicamente pasajeros, el transportador dará aviso de su arribo a la Administración de Aduanas correspondiente, con una anticipación mínima de seis (6) horas, si se trata de vía marítima, y de una (1) hora cuando corresponda a vía aérea.

Lo anterior sin perjuicio de la obligación de presentar el aviso de llegada.

ARTICULO 92. IMPORTACIÓN DEL MEDIO DE TRANSPORTE. <Artículo derogado por el artículo 676 del Decreto 390 de 2016, una vez cumplido lo dispuesto por los artículos 674 y 675> El medio de transporte de matrícula extranjera que arribe al territorio aduanero nacional con el cumplimiento de los requisitos, así como el material propio para el cargue, descargue, manipulación y protección de las mercancías que se transporten en el mismo, se entenderá importado temporalmente por el tiempo normal para las operaciones de descargue, cargue o mantenimiento del medio de transporte, sin la exigencia de garantía o documentación alguna, pero con la obligación de su reexportación.

PARÁGRAFO. <Parágrafo adicionado por el artículo 8 del Decreto 2557 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el medio de transporte de matrícula extranjera que arribe al territorio aduanero nacional para realizar operaciones de cargue y descargue, sufra daños o averías que imposibiliten su movilización, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, previa comprobación de este hecho, podrá autorizar su permanencia en el territorio nacional por el término de treinta (30) días, prorrogable hasta por el mismo término por una (1) sola vez.

Si la reparación del daño o avería requiere un término mayor, el medio de transporte deberá ser declarado bajo la modalidad de importación que corresponda, so pena de que se configure causal de aprehensión y decomiso

21

[...]

1.6 <Numeral modificado por el artículo 6 del Decreto 1446 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la declarada, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, que impidan la identificación o individualización de la misma, o no se pueda establecer su correspondencia

Aduanero, adujo que no se contaba con los documentos exigidos por la Decisión 398 de 1997 respecto del transporte internacional de pasajeros, razón por la cual desconocieron las normas en que debía fundarse, esto es la aplicable al transporte transfronterizo de pasajeros.

Finalmente, la Interpretación Prejudicial, indica que debe analizarse si en el caso concreto, era aplicable la Decisión 399 de la CAN, relacionada con transporte internacional de mercancías, modalidad que según lo expresa el Tribunal Andino de Justicia, se hace presente cuando la operación de transporte cumple con alguna de las siguientes condiciones:

“...para la aplicación de la Decisión 399 es necesario que el transporte internacional de mercancías por carretera se efectúe de uno de los siguientes modos:

“(1) entre Países Miembros del Acuerdo de Cartagena, o en tránsito por sus territorios;

(2) cuando el vehículo habilitado y la unidad de carga sean transportados, durante un tramo determinado y sin que se efectúe la descarga de las mercancías, por otro medio de transporte, ya sea marítimo, fluvial, lacustre o terrestre, cuyo uso sea necesario para continuar con el transporte internacional.

(3) cuando la tripulación, con los vehículos habilitados y unidades de carga, contenedores y tanques, se trasladen sin mercancías de un País Miembro a otro para iniciar o continuar una operación de transporte internacional, o retornen a su país de origen, luego de haberla concluido.

Específicamente, en cuanto al transporte internacional por carretera, la norma establece que la aplicación de esta Decisión está supeditada a que el transporte se efectúe en uno de los siguientes tráfico:

a) Entre dos Países Miembros limítrofes;

b) Entre dos Países Miembros, con tránsito por uno o más Países Miembros;

c) *Desde un País Miembro hacia un tercer país, con tránsito por uno o más Países Miembros distintos del país donde se inicia el transporte;*

d) *Desde un tercer país hacia un País Miembro, con tránsito por uno o más Países Miembros distintos del país donde termina el transporte; y,*

e) *En tránsito a través de dos o más Países Miembros desde y hacia terceros países.*

Sin embargo, en los tres últimos supuestos, la norma andina será aplicable sólo durante el recorrido por los Países Miembros”.

De la lectura de los anteriores parámetros, se concluye que en el caso objeto de análisis ninguno de los mismos se hace presente, pues de las pruebas obrantes en el expediente, se tiene establecido que el vehículo decomisado realizaba un viaje transfronterizo, en el cual transportaba de manera exclusiva personas.

En conclusión, los actos administrativos demandados consideraron de manera errada que el vehículo de marca Mercedes Benz de placa provisional GCP-91V y placa definitiva AD-9831, afiliado a la empresa de transporte venezolano BUS VEN C.A., se encontraba realizando una modalidad de transporte internacional de pasajeros, por lo que aplicó de manera indebida la Decisión 398 de 1997, debiéndose aplicar las normas del Decreto 2685 de 1999, sobre transporte transfronterizo de pasajeros, ello en virtud del principio de complemento indispensable, por lo que desconocieron las normas en que debían fundarse, por lo cual son nulos, y debe confirmarse la sentencia de primera instancia, pero por dicho motivo

5. Costas

No hay lugar a condenar en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada una inadecuada conducta de alguna de las partes.

Por las razones expuestas, se confirmará el fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia del 28 de septiembre de 2011 del Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual se decretó la nulidad de los actos administrativos demandados, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO. Por Secretaría, **ENVIAR** copia de esta providencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina.

TERCERO. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero