

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA – Indebido agotamiento de la vía gubernativa. Improcedencia de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en asuntos aduaneros

La Sala se aparta del argumento esgrimido por el a quo, habida cuenta de que la excepción previa de inepta demanda, se dirige a desvirtuar la demanda presentada en debida forma, es decir, la que cumple con todos los requisitos que la ley prevé para acceder a la Jurisdicción, sin que la diferencia entre requisitos previos y requisitos formales condicione el ejercicio del derecho de defensa a través de dicho medio exceptivo. Obsérvese entonces que, aún cuando el agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal para acceder a la Jurisdicción y no un requisito formal, su inobservancia da lugar a declarar la excepción de inepta demanda y, por lo tanto, no le asiste razón al Tribunal cuando asegura que el incumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial no puede alegarse como hecho constitutivo de dicha excepción. Cosa distinta es que la misma no tenga vocación de prosperidad por no ser exigible la conciliación extrajudicial en asuntos aduaneros, Los asuntos conciliables en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, están guiados por la disposición que tenga la persona del bien jurídico, presuntamente afectado por el acto administrativo, es decir, al tenor de la Ley 446 de 1998, en los que sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la Ley. Conforme lo precisó la Sala en proveído de 18 de febrero de 2010 (Expediente núm. 2009-00232, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), del texto de los artículos 38 de la Ley 863 de 2003 y 6° del Decreto núm. 412 de 2004, se infiere que respecto de los actos de definición jurídica de la mercancía, no procede la conciliación. En este caso se trata de un proceso aduanero en el cual se involucra la definición jurídica de una mercancía, pues al no haber sido posible su aprehensión para su posterior decomiso, se dio paso a la sanción de multa. De tal manera que no se requería agotar el presupuesto de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 / LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 180 NUMERAL 6 / LEY 1285 DE 2009 – ARTICULO 13

NOTA DE RELATORIA: Indebido agotamiento de la vía gubernativa, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 15 de abril de 1999, Rad. 4986, MP. Manuel S. Urueta Ayola; sentencia de 11 de marzo de 1999, Rad. 5275, MP. Libardo Rodríguez Rodríguez. Actos de definición jurídica no procede conciliación, Consejo de Estado, Sección Primera, providencia de 18 de febrero de 2010, Rad. 2009-00232, MP. Marco Antonio Velilla Moreno.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 54001-23-33-000-2013-00135-01

Actor: JOSE ANGEL SANDOVAL PEREZ

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION AUTO – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el proveído de 6 de noviembre de 2013, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que declaró no probada la excepción de *“Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”*.

I-. ANTECEDENTES.

El señor **JOSÉ ÁNGEL SANDOVAL PÉREZ**, actuando por conducto de apoderado, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander contra la Nación – Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos, emanados de la entidad demandada: **i) Resolución núm. 2084 de 3 de octubre de 2012**, mediante la cual impuso al actor una sanción pecuniaria por valor de \$2.667.065.104.00 y **ii) Resolución núm. 1-00-223-10189 de 13 de diciembre de 2012**, por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración contra la anterior decisión, en el sentido de confirmarla.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que no está obligado a pagar sanción alguna a favor de la DIAN.

II-. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA APELADA.

Mediante proveído de 6 de noviembre de 2013, el a quo declaró no probada la excepción de *“Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”*.

Expresó que el argumento central de la demandada, en cuanto a la excepción propuesta, es el hecho de que en el presente asunto no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial; para la DIAN, el asunto de la referencia no es de tipo tributario y por ello, era exigible el citado requisito.

Arguyó que no le asiste razón a la entidad mencionada porque la falta de conciliación extrajudicial no corresponde a la ausencia de requisitos formales, los cuales constituyen una excepción previa, a la luz de lo dispuesto en el artículo 97 del C. de P. C., sino que consiste en un *“requisito de procedibilidad”* o *“requisito previo para demandar”*.

No obstante, aseguró que la audiencia inicial del proceso es momento oportuno para pronunciarse sobre tales requisitos de procedibilidad, a cuyo respecto señaló que, pese a que en el caso examinado se discute la legalidad de un acto administrativo por medio del cual se impuso una sanción pecuniaria al actor, no es exigible la conciliación extrajudicial porque *“tratándose de la imposición de multas por la no aprehensión de la mercancía en procesos aduaneros, no se requería agotar el requisito de procedibilidad, puesto que en dicho acto se definía la situación jurídica de la mercancía”*.

Al efecto, precisó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 863 de 2003 y el artículo 6° del Decreto 412 de 2004, la conciliación no procede frente a los actos de definición jurídica de mercancías.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El auto apelado se produjo en la Audiencia Inicial del proceso, por lo que se notificó en estrados y en el mismo momento se interpuso el recurso de apelación.

La entidad demandada aseguró que no le asiste razón al Tribunal cuando afirma que en el presente asunto se está ante un acto administrativo de definición jurídica de mercancías, habida cuenta de que las Resoluciones acusadas se expidieron al interior de un proceso sancionatorio, adelantado contra el actor, con ocasión de la presentación de certificados de origen falsos, el cual finalizó con la imposición de una sanción pecuniaria equivalente al 200% del valor en aduanas determinado para las mercancías, de conformidad con lo previsto en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999.

Solicitó que, en el evento de que la falta del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial no encuadre dentro de lo que se denomina excepción previa de *“ineptitud sustantiva de la demanda”*, se resuelva el punto relativo a si la ausencia de dicho requisito impide la continuación del proceso de la referencia.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

IV.1.- Procedencia del recurso de apelación.

El auto de 6 de noviembre de 2013, objeto de la alzada, dispuso que *“no se advierte probada la excepción, puesto que no se constituye como tal, y no se entiende incumplido el requisito de procedibilidad de esta demanda”*.

El artículo 180, numeral 6°, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que en la **Audiencia Inicial** del proceso, el Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá las excepciones previas, dentro de las cuales se encuentra la de **inepta demanda**, consagrada en el artículo 97 del C. de P.C. y 100 del Código General del Proceso, que entra en vigencia a partir del 1° de enero de 2014, y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva.

En su inciso 4°, el numeral 6° del artículo 180 del C.P.A.C.A., prevé que el recurso de apelación procede contra el auto que decide sobre las excepciones y, como quiera que el auto que ocupa la atención de la Sala declaró no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la entidad demandada, el recurso interpuesto es procedente y da lugar al análisis de las razones de inconformidad que alega la recurrente.

IV.2.- En consecuencia, corresponde a la Sala establecer si le asistió o no razón al a quo para declarar no probada dicha excepción.

A juicio de la entidad demandada, la excepción de inepta demanda se configura en el presente asunto por cuanto el demandante no cumplió con el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial, el cual, a su juicio, le era exigible porque las pretensiones de la demanda tienen contenido económico, toda vez que los actos administrativos acusados le impusieron una multa conforme a la legislación aduanera.

El Tribunal arguyó que la ausencia de dicho requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no puede alegarse como

excepción previa, pues corresponde a un “*requisito previo para demandar*”, cuya inobservancia puede dar lugar a la terminación del proceso en la audiencia inicial. Por ello, dispuso en el proveído apelado que “*no se advierte probada la excepción, puesto que no se constituye como tal*”.

La Sala se aparta del argumento esgrimido por el a quo, habida cuenta de que la excepción previa de inepta demanda, se dirige a desvirtuar la **demandada presentada en debida forma**, es decir, la que cumple con todos los requisitos que la ley prevé para acceder a la Jurisdicción, sin que la diferencia entre requisitos previos y requisitos formales condicione el ejercicio del derecho de defensa a través de dicho medio exceptivo.

Al efecto, conviene traer a colación la Jurisprudencia reiterativa de esta Sala, según la cual, el indebido agotamiento de la vía gubernativa que, dicho sea de paso, es un requisito previo a la presentación de la demanda, da lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda. Así lo expresó la Sala¹:

“El anterior escrito permite concluir a la Sala que **el actor no agotó la vía gubernativa en debida forma, presupuesto procesal necesario para incoar la acción** de nulidad y restablecimiento del derecho que ocupa su atención, pues, procediendo contra el acto administrativo inicial tanto el recurso de reposición como el de apelación, aquél sólo interpuso el primero de los citados, siendo de obligatoria interposición el segundo... Así las cosas, **la Sala declarará probada la excepción de inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa**.”
(Las negrillas y subrayas no son del texto original).

Obsérvese entonces que, aún cuando el agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal para acceder a la Jurisdicción y no un requisito formal, su

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 15 de abril de 1999, proferida en el expediente núm. 4986. Consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola. En el mismo sentido, la sentencia de 11 de marzo de 1999, proferida en el expediente núm. 5275. Consejero ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

inobservancia da lugar a declarar la excepción de inepta demanda y, por lo tanto, no le asiste razón al Tribunal cuando asegura que el incumplimiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial no puede alegarse como hecho constitutivo de dicha excepción. Cosa distinta es que la misma no tenga vocación de prosperidad por no ser exigible la conciliación extrajudicial en asuntos aduaneros, como pasa a explicarse.

IV. 3. De la improcedencia de la conciliación extrajudicial en asuntos aduaneros que involucran la definición jurídica de la mercancía.

Estima la Sala pertinente precisar el origen de la conciliación como requisito de procedibilidad en nuestro ordenamiento jurídico, en aras de dar claridad sobre el asunto planteado para solución.

Conforme lo ha observado la Sala en casos similares², la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos fue introducida en nuestra legislación desde el Decreto 2158 de 1948, adoptado como legislación permanente mediante el Decreto 4133 de 1948, por el cual se expidió el Código Sustantivo del Trabajo, encontrando un nuevo impulso a partir de la reforma del Código de Procedimiento Civil, efectuada mediante Decreto 2282 de 1989.

Con la expedición de la Ley 23 de 1991, modificada por la Ley 446 de 1998 y desarrollada por la Ley 640 de 2001, la figura de la conciliación se extendió al Derecho Administrativo. Allí se precisó que en los procesos contencioso administrativos dicha figura sólo es procedente en los conflictos de carácter

² Expediente 2002-00493, Consejero Ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, providencia de 30 de agosto de 2007.
Expediente 2009-00086, Consejero Ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno, providencia de 18 de marzo de 2010.

particular y de contenido económico, es decir, aquellos que se tramiten en ejercicio de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del C.C.A.

En dicha Ley, se previó que la conciliación en asuntos contencioso administrativos, podría ser prejudicial. Para tal fin, no constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Por su parte, la Ley 446 de 1998, que modificó la Ley 23 de 1991, estableció en su artículo 70, que el artículo 59 de la anterior Ley quedaría así:

Artículo 70. Asuntos susceptibles de conciliación. El artículo 59 de la Ley 23 de 1991, quedará así:

“Artículo 59. Podrán conciliar, total o parcialmente, en las etapas prejudicial o judicial, las personas jurídicas de derecho público, a través sus representantes legales o por conducto de apoderado, **sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo contencioso administrativo a través las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.**

Parágrafo 1º. En los procesos ejecutivos de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la conciliación procederá siempre que en ellos se hayan propuesto excepciones de mérito.

Parágrafo 2º. No puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario”. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Insiste la Sala en que en ese momento, la conciliación en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho era posible de forma judicial o prejudicial, pero en ningún momento, constituía un requisito de procedibilidad de la acción.

Así mismo, según se infiere del texto transcrito, sólo era viable para los asuntos **de carácter particular y de contenido económico, pero nunca en asuntos de carácter tributario.**

Sólo fue a partir de la entrada en vigencia del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, tal como fue publicada en el Diario Oficial No. 44.303 de 24 de enero de 2001, en cumplimiento del Decreto 131 de 2001 y según la corrección que le hizo el artículo 2º de éste, que se dispuso la conciliación como requisito de procedibilidad en algunas acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo. Allí se estableció:

“ARTICULO 37. Requisito de procedibilidad en asuntos de lo contencioso administrativo. Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable. La solicitud se acompañará de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad o al particular, según el caso, y de las pruebas que fundamenten las pretensiones”.³

En dicho momento legislativo, la conciliación, como requisito de procedibilidad, sólo era exigible en las acciones de reparación directa y de controversias contractuales. (artículos 86 y 87 del C.C.A.)

De tal forma, que sólo con la expedición de la Ley 1285 de 2009, se estableció la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

³ El motivo de la corrección reseñada se presentó en la parte considerativa del citado Decreto 131 de 2001, así: “Que en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001 se incluyó una referencia al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la cual es errada toda vez que el legislador sólo aprobó referenciar los artículos 86 y 87 del mismo Código, tal como consta en el texto aprobado en segundo debate por la Cámara de Representantes y en el texto de la Comisión Accidental de Conciliación, aprobado por las plenarias de las Cámaras, ambos el 12 de diciembre de 2000” . El artículo 2º del mismo, que dispuso tal corrección, fue encontrado ajustado a derecho por esta Sala, en sentencia de 30 de enero de 2004, expediente núm. 6914, consejero ponente doctor Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad que se interpuso contra el mismo.

Ahora bien, sobre la aplicación de la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción, recuerda la Sala que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, estableció su obligatoriedad para los asuntos que sean conciliables.

“ARTÍCULO 13. Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:

“Artículo 42A. Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, **cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.**” (Negrilla fuera de texto)

Los asuntos conciliables en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, están guiados por la disposición que tenga la persona del bien jurídico, presuntamente afectado por el acto administrativo, es decir, al tenor de la Ley 446 de 1998, en los que sean susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la Ley.

En el presente asunto, los actos acusados revisten un contenido económico, en la medida en que a través de los mismos se impone una sanción pecuniaria de \$2.667.065.104.00, debido a la imposibilidad por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de aprehender una mercancía importada de propiedad del actor.

Conforme lo precisó la Sala en proveído de 18 de febrero de 2010 (Expediente núm. 2009-00232, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), del texto de los artículos 38 de la Ley 863 de 2003 y 6° del Decreto núm. 412 de 2004, se infiere que respecto de los actos de definición jurídica de la mercancía, no procede la conciliación.

En efecto, las citadas disposiciones prevén:

“ARTÍCULO 38. CONCILIACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. Los contribuyentes, responsables y agentes retenedores de los impuestos nacionales, así como los usuarios aduaneros que hayan presentado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso- administrativa antes de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, respecto de la cual no se haya proferido sentencia definitiva dentro de las instancias del proceso, podrán solicitar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la conciliación hasta el día 30 de junio del año 2004, así:

Por el treinta por ciento (30%) del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, cuando el proceso contra una liquidación oficial se encuentre en única o primera instancia ante un Tribunal Administrativo, siempre y cuando el demandante pague el setenta por ciento (70%) del mayor impuesto en discusión.

Cuando el proceso contra una liquidación oficial se halle en segunda instancia ante el Consejo de Estado, se podrá solicitar la conciliación por el veinte por ciento (20%) del mayor impuesto y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso, siempre que el demandante pague el ochenta por ciento (80%) del mayor impuesto en discusión.

Si se trata de una demanda contra una resolución que impone una sanción independiente tributaria, aduanera o cambiaria, se podrá conciliar en cualquiera de las instancias del proceso contencioso-administrativo el cincuenta por ciento (50%) del valor de la misma y la actualización según el caso, para lo cual se deberá pagar el cincuenta por ciento (50%) del valor de la sanción.

En cualquier caso, cuando el recurso de apelación ante el Consejo de Estado haya sido interpuesto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se podrá conciliar el setenta por ciento (70%) del mayor impuesto y el valor total de las sanciones, intereses y actualización según el caso o el setenta por ciento (70%) del valor de la sanción impuesta en resolución independiente, siempre que el demandante pague el treinta por ciento (30%) del mayor impuesto o de la sanción según el caso.

Para tales efectos se deberá adjuntar la prueba del pago de:

- a) La liquidación privada del impuesto sobre la renta por el año gravable 2002 cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;
- b) Las declaraciones del Impuesto sobre las Ventas correspondientes al año 2003, cuando se trate de un proceso por dicho impuesto;
- c) Las declaraciones de retención en la fuente correspondientes al año 2003, cuando se trate de un proceso por este concepto;
- d) Los valores conciliados, según el caso.

La fórmula conciliatoria deberá acordarse y suscribirse a más tardar el día 31 de julio de 2004 y presentarse para su aprobación ante la respectiva corporación de lo contencioso administrativo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, demostrando el cumplimiento de los requisitos legales.

La sentencia aprobatoria prestará mérito ejecutivo de conformidad con lo señalado en los artículos 828 y 829 del Estatuto Tributario, y hará tránsito a cosa juzgada.

Lo no previsto en esta disposición se regulará conforme a la Ley 446 de 1998 y el Código Contencioso Administrativo, con excepción de las normas que le sean contrarias.

En materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de la situación jurídica de las mercancías.

Los procesos que se encuentren en recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado no serán objeto de la conciliación prevista en este artículo.

La conciliación de que trata el presente artículo no estará sujeta a las limitaciones porcentuales señaladas en los incisos anteriores cuando el impuesto discutido se haya ocasionado antes del treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil uno (2001). La conciliación será del cincuenta por ciento (50%) del mayor impuesto discutido y el valor total de las sanciones e intereses.

PARÁGRAFO. La conciliación prevista en este artículo podrá ser solicitada por aquellos que ostenten la calidad de deudores solidarios o garantes del obligado.”

“Artículo 6°. *Improcedencia de la conciliación.* No serán objeto de la conciliación prevista en este decreto:

1. Los procesos en los que se haya proferido sentencia definitiva.
2. Los procesos aduaneros de definición de la situación jurídica de las mercancías.
3. Los procesos originados en liquidaciones tributarias de aforo.
4. Los procesos que se encuentren en recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado.”

En este caso se trata de un proceso aduanero en el cual se involucra la definición jurídica de una mercancía, pues al no haber sido posible su aprehensión para su posterior decomiso, se dio paso a la sanción de multa.

De tal manera que no se requería agotar el presupuesto de procedibilidad de conciliación extrajudicial.

Todo lo anterior conduce a confirmar el proveído apelado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E :

PRIMERO: CONFÍRMASE el auto apelado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada en la sesión del día 11 de diciembre de 2013.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ**
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA