Cartagena de Indias D. T. y C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-23-33-000-2015-00157-00
Demandante	Venter Colombia S.A.
Demandado	U.A.E. DIAN
Asunto	Multa por presunta infracción al régimen cambiario
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Corporación a emitir fallo de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

III.- ANTECEDENTES

3.1. DEMANDA (Fs. 1 – 21 cuaderno 1).

3.1.1. Pretensiones

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

> ***Primera:*** *Resolución número 00604 con fecha 5 de mayo de 2014, proferida por el Jefe de Gestión de Liquidación de la DIAN – Cartagena, por medio de la cual se impone una sanción cambiaria de multa por presunción de la violación del régimen cambiario a Venter Colombia S.A.S. identificada con NIT 900.416.953-5, por un valor de trescientos cuarenta y cuatro millones seiscientos veinte mil ochocientos pesos m/cte., ($ 344.620.800.00) y la Resolución No. 1134 con fecha 31 de julio de 2014, proferida por el Jefe de la División de Gestión Jurídica de la por infracción de la DIAN – Cartagena, por medio de la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución número 00604 de 5 de mayo 2014, confirmándola en todas sus partes.*
>
> ***Segunda:*** *Como restablecimiento del derecho de la declaratoria de nulidad, respetuosamente se solicita:*

1. *Se exonere de torda responsabilidad a la Sociedad Venter Colombia S.A.S.*
2. *Si al momento de la sentencia se hubiere realizado pago alguno, se ordene a la U.A.E. DIAN la devolución de las sumas pagadas, junto con sus respectivos intereses, indexaciones, actualizaciones y demás valores a que haya lugar.*
3. *Como medida de resarcimiento moral se ordene a la U.A.E. DIAN publicar en su página de internet la nulidad de las actuaciones por medio de las cuales se impuso la sanción objeto de demanda y las respectivas disculpas, expedir un comunicado de prensa en el mismo sentid, así como publicar en un diario de amplia circulación tal situación por dos fines de semana.*

3.1.2. Hechos.

La Sociedad demandante, afirmó, en resumen, lo siguiente:

Importó mercancías producidas en la República Popular de China del proveedor SMART BROKERS LIMITED, según factura comercial No.SB-2993 de 29 de enero de 2013.

La carga ingresó por la Aduana de Cartagena a bordo de la motonave CMA CGM CHATEAU PP 931 E., y fue presentada a la aduana según manifiesto de carga 116575004146221 del 9 de marzo de 2013, amparada con el documento de transporte NGBCTG000395 del 9 de febrero de 2013, embalada en el contenedor CCLU6119025 con 1555 cartones y un peso bruto de 23.941 kg.

Para los trámites de nacionalización se otorgó mandato a la Agencia de Aduanas LAFER INTERNACIONAL NIVEL 2 S.A.S. quien exigió, como requisito para contratar y adelantar trámites, la presentación de los documentos de la empresa, tales como, certificado de existencia y representación legal, registro único tributario, balances de las operaciones, documento de identificación de su representante legal, y toda la información relacionada con las importaciones.

Agregó que la Agencia de Aduanas presentó las declaraciones, que fueron aceptadas con los números 482013000101988 /103103 / 101984 / 101992/ 151030 /103105 y 151028 del 12 de marzo de 2013 y obtuvo autorización de levante automático a través de los sistemas informáticos electrónicos de la DIAN.

Dentro del cargamento del contenedor CCLU6119025 venían 748.800 unidades de pilas para radios portátiles, las cuales estaban amparadas en la declaración con número de aceptación 48201300101988 y número de autoadhesivo del Banco de Occidente 23830016386359 del 12 de marzo del 2013, en cuya casilla 91 se lee: *"Producto: partes para radio de bolsillo. botón de encendido en metal, destino, para radios. P.O. CHINA. **REF. IMOD. R6 AA** MARCA. S/M.- CANT. 576000.00U. - producto. partes para radios de bolsillo. botón de encendido en metal. destino. para radios P.O. CHINA. **REF. IMOD. R03 / AAA MARCA**. S/M.- **CANT. 172800.00U**.-"y tienen un valor de USD 8.236,80"*.

La Dirección Seccional de Aduanas mediante autos comisorios 00044 y 00060 de 14 y 22 de marzo de 2013, ordenó que se revisara el contenedor CCLU6119025, amparado en el documento de transporte NGBCTG000395 y que se verificara el cumplimiento de las obligaciones aduaneras y, si hubiere lugar realizaran la aprehensión de la mercancía con declaraciones de importación con levante automático.

El valor total de la factura de la importación fue canalizado a través de Intermediario del Mercado Cambiario Bancolombia; declarado a través de la declaración de cambio número 96033 de septiembre 23 de 2013 (F-1) por valor de USD 58.543,71 bajo el numeral cambiario 2022 así como el valor de los fletes por USD 11.456,29, numeral cambiario 2016. Es decir que, a pesar de haberse decomisado parte de la mercancía, el valor correspondiente a toda la importación se canalizó tal como lo establecían los artículos 7 y 10 de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Agregó que el proveedor SMART BROKERS LIMITED, denominó erróneamente la mercancía en la factura como "BOTON DE ENCENDIDO EN METAL P.O. CHINA" en lugar de "PILAS", razón por la que pese a que en vía administrativa explicó el error de denominación en que incurrió el proveedor demostró el valor real de la importación y solicitando la posibilidad de legalización, se aprehendió la mercancía; no obstante, la misma estaba amparada en la declaración 482013000101988, ingresó por lugar habilitado, fue declarada ante las autoridades aduaneras y los tributos correspondientes fueron debidamente satisfechos.

Agregó que, cumplió con las obligaciones cambiarias inherentes a las mercancías amparada bajo la declaración **482013000101988,** conforme a las pruebas que acompañaron la respuesta al pliego de cargos; sin embargo, la Jefe del G.I.T. Control Cambiario de la División de Gestión de

Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, formuló Pliego de Cargos Código 301 - 000008 de 26 de febrero de 2014, por presunta infracción cambiaria derivada del decomiso realizado.

Dio respuesta al pliego de cargos dentro del término legal, desvirtuando la presunción de infracción cambiaria, al demostrar que, a pesar de la medida impuesta por la Aduana, el valor de la mercancía; negociada con la factura comercial y decomisada, se canalizó a través del Intermediario del Mercado Cambiario, según lo establecido por la Junta Directiva del Banco de la República para dicho régimen.

La División de Gestión de Liquidación, mediante la Resolución 1-48-201-241-00604 de mayo 5 de 2014, impuso sanción cambiaria aplicando de plano la presunción de infracción cambiaria soportada únicamente en el texto del acta de aprehensión que señala *"Al no existir declaración de importación que demostrara su introducción al territorio aduanero y no encontrarse amparada en el documento de transporte" y* concluyó que no hay documento cambiario que demuestre la canalización de las divisas a través del intermediario del mercado cambiario.

Contra la decisión anterior, presentó recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 1134 de 31 de Julio de 2014.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La sociedad demandante afirmó que los actos demandados vulneran los artículos 2 y 29 de la Constitución Política; artículo 6 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 72 del Decreto 488 de 1998; artículos 476 y 505 del Decreto 2685 de 1999; artículos 7 y 10 de la Resolución No. 8 de 2000; artículos 3, 37 y 38 de la Ley 1437 de 2011; Decisión Ministerial de 7 de diciembre de 2013, y artículos 2, 4 y 5 de la Ley 1606 de 2013.

La demandante afirmó que los actos acusados, incurrieron en los vicios de desviación de poder, falsa motivación y violación al debido proceso, cargos que sustentó así:

Cumplió con las obligaciones establecidas en régimen cambiario, especialmente en lo contemplado en los artículos 7 y 10 de la Resolución 8 de 2000 y la Circular Reglamentaria DCIN-83, canalizando a través del mercado cambiario, el valor de la mercancía decomisada por USD 8.236,80,

valor real de la mercancía decomisada, como consta en la declaración de cambio formulario No. 1 presentada en Bancolombia el 96033 de septiembre 23 de 2013.

La a DIAN estaba en la obligación de establecer que el valor de la mercancía decomisada cumplía con el régimen cambiario señalado; por lo tanto, debió iniciar la investigación cambiaria y hacerle los requerimientos correspondientes, para que presentara los documentos que demostraran la debida canalización de las divisas para pagar las mercancías, todo dentro de las amplias facultades de fiscalización, pero con el conocimiento de que la mercancía había arribado por lugar habilitado y tenía una declaración de importación.

Sin embargo, la DIAN con la resolución de decomiso número 0823 de mayo 30 de 2013, confirmada con la Resolución No. 1422 de fecha 17 de septiembre de 2013, tomó un camino más gravoso para el importador, al erigir, sin necesidad, el acto de decomiso como una presunción de infracción cambiaria, que es válido cuando la mercancía arriba al país sin que se conozca el lugar de introducción, no sea presentada a las autoridades aduaneras o, que no solo esté mal declarada, sino que definitivamente no esté declarada, tal y como lo establece el artículo 6 de la Ley 383 de 1987, modificada por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

Sostuvo que, la entidad demandada, a pesar de tener en su poder las pruebas con las que se podía establecer la improcedencia de la sanción cambiaria, como la factura, el documento de transporte y los demás documentos soportes de la declaración de importación, no los tuvo en cuenta.

Agregó que, de acuerdo con el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, cuando se decomisan mercancías extranjeras que no reúnen los requisitos aduaneros para su importación, nace una presunción de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Régimen Cambiario y correspondía al afectado desplegar las acciones para desvirtuar la presunción, tal y como lo hizo.

Finalmente, señaló que la mercancía aprehendida y decomisada estaba precedida de una declaración de importación y por esta razón se le debía realizar un avalúo de acuerdo con el valor estipulado en la declaración de importación en aplicación del Decreto 2685 de 1999 y el artículo 234 de la Resolución 4240 de 2000.

No obstante, la DIAN utilizó un procedimiento erróneo al colocar en la diligencia de reconocimiento y avalúo de mercancías un valor subjetivo, desproporcionado y sin tener un soporte, ni una prueba, ni un sustento legal.

3.2. Tramite

La demanda se admitió mediante auto de 19 de marzo de 2015 (f. 81 cuaderno No. 1); la contestación se presentó el 10 de julio de 2015 (fs. 52 – 103), por auto de 9 de noviembre de 2016 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 62); no obstante la misma no pudo llevarse a cabo y se reprogramó mediante auto de 9 de diciembre de 2016 (f.264), celebrada el 13 de febrero de 2017, en el curso de la cual se escucharon los alegatos de las partes y el concepto del Agente del Ministerio Público (fs.267-269).

3.2.1. Contestación (fs. 89-105 Cuaderno 1 (132-149 doc. 1, Exp. digital)

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y señaló, en resumen, que la ---- mercancía aprehendida desconoció los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, toda vez que no correspondía a la descrita en la declaración de importación aportada, por lo que se consideró como no declarada.

Agregó que el artículo 469 del Decreto 2685 de 1999 expresa que las mercancías extranjeras que se encuentran en el territorio aduanero nacional, salvo los equipajes de viajeros deberán estar amparados por uno de los siguientes documentos: **a)** Declaración de régimen aduanero, **b)** Planilla de envío o **c)** Factura de nacionalización, en los casos expresamente consagrados en dicho decreto.

Por su parte, el artículo 23 del Decreto 1232 de 2001 modificatorio del Decreto 2685 de 1999, adicionó el artículo 232-1 en los siguientes términos:

Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando: **a)** No se encuentre amparada con una declaración de importación; **b)** No corresponda con la descripción declarada; **c)** En la declaración de importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía o **d).** la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración de importación.

En su defecto, para demostrar la legalidad de la mercancía, se puede aportar cualquiera de los siguientes documentos señalados en el artículo 489 mencionado.

Advirtió que, en el presente caso no se está discutiendo la legalidad de los actos que ordenaron el decomiso de la mercancía, pero sí debe tenerse en cuenta que la mercancía estaba inmersa en la causal de aprehensión y decomiso tipificada en los numerales 1.1. y 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, toda vez que, la descripción consignada en la declaración de importación no correspondía con la mercancía, por lo cual se tuvo como no presentada y no declarada.

Luego, al no estar amparada en declaración de importación alguna, no hay documento cambiario que demuestre la canalización de las divisas a través de Intermediario del Mercado Cambiario.

Agregó que, si bien la sociedad demandante allegó la factura No. SB-2993 del 29 de enero de 2013, expedida por SMART BROKERS LIMITED a nombre de VENTER COLOMBIA S.A.S., el Documento de Transporte B/L No. NGBCTG000395 PXG y la Declaración de Importación con autoadhesivo 23830016386359 del 12 de marzo de 2013 con levante No. 482013000078471 de 2013-03-13, estos describen una mercancía diferente a la decomisada, la cual corresponde a "115.200 Baterías Súper Haevy Duty marca nobel Sound (no alcalina) tamaño triple AAA y 480.000 baterías con las mismas especificaciones pero tamaño doble AA.

Los documentos citados no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de probar la debida canalización de las divisas a través del intermediario del mercado cambiario como lo pretende el demandante, pues el hecho de haberse considerado como no declarada la mercancía, constituye en un presupuesto necesario y suficiente para que opere la presunción cambiaria de no canalización de las divisas correspondiente al valor de la mercancía a través de un intermediario del mercado cambiario, tal y como lo dispone el artículo 6° de la Ley 383 de 1997 modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

Señaló que, si bien el demandante alegó el supuesto error del proveedor en la descripción de la mercancía en la factura, eso no le eximía de la responsabilidad de declararla y menos de realizar la correspondiente canalización de las divisas.

En cuanto al cargo de violación al debido proceso, señaló que en todo momento ha observado la normatividad vigente, y en manera alguna dificultó o impidió en las etapas respectivas el ejercicio del derecho de defensa por parte del interesado, pues el importador y la agencia de aduanas han tenido la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa a través de los recursos de ley, tanto en el proceso administrativo que ordenó el decomiso como en el que impuso lo sanción cambiaria.

Finalmente, en relación con el argumento de la demandante relacionado con que no está conforme con el avalúo que la autoridad aduanera fijó sobre la mercancía decomisada para efectos del cálculo de la imposición de la sanción cambiaria, señaló, en primer lugar, que dicho avalúo debió objetarlo en el proceso de definición jurídica de la mercancía resultando entonces inoportuno alegarlo dentro del estudio judicial del control cambiario y, en segundo lugar, que no puede pretender el demandante que se imponga una sanción cambiaria por parte de la DIAN, basándose en el valor de una mercancía que no corresponde con la decomisada, pues se reitera, los documentos presentados por la demandante para probar la legal introducción y permanencia de la mercancía decomisada, específicamente la factura de venta aportada, no describe la mercancía físicamente decomisada, relaciona una completamente diferente en su descripción, razón suficiente para no poder tenerla en cuenta ni siquiera para efectos de avaluarla.

En el presente caso, tomó como fuente para fijar el avalúo de las mercancías relacionadas en el Acta de Aprehensión No 4800133FISCA del 26 de marzo de 2013, la Resolución No. 2201 de marzo 30 de 2005, mediante la cual se adopta la base de precios para fijar el avalúo y el ingreso a depósito de las mercancías aprehendidas y abandonadas a favor de la Nación, la cual, por regla general se realiza a través de una consulta a la base de precios de la DIAN para las mercancías idénticas o similares, procedimiento que está debidamente establecido en la norma referenciada.

3.2.2. Alegatos de conclusión.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, por los cuales considera que se debe declarar la nulidad de los actos administrativos demandados (Min. 01:34 -06:20).

La parte demandada reiteró los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda (Min. 06:25 – 08:48).

El Agente del Ministerio Público rindió concepto y solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda, toda vez que se demostró que la mercancía no estaba declarada por (Min. 08:49 – 14:14)

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotado el trámite descrito sin que se adviertan impedimentos procesales ni causales de nulidad que invaliden la actuación, procede este Tribunal a decidir de fondo en primera instancia.

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que dispone que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de los asuntos tributarios, cuando la cuantía sea superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como sucede en este caso.

5.2. Problema Jurídico.

De acuerdo con la fijación del litigio descrita en la audiencia inicial, le corresponde al Tribunal establecer si la Resolución No. 00604 del 05 de mayo de 2014 del Jefe de la División de Gestión Jurídica Aduanera de la DIAN, por medio de la cual se impone una sanción cambiaría de multa por presunta violación al régimen cambiario, y la Resolución No. 1134 del 31 de julio de 2014, mediante la cual se confirmó la resolución anterior al decidir el recurso de reconsideración en su contra, se encuentran viciadas de nulidad por desvío de poder, falsa motivación, violación al debido proceso, y violación de normas superiores, en los términos señalados en la demanda.

Para ello se debe establecer si los actos acusados violaron los artículos 7 y 10 de la Resolución 8 de 2000 y el artículo 6 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 72 del Decreto 488 de 1998, que establecen el deber de utilizar el mercado cambiario para canalizar el valor de la mercancía decomisada, y cuyo incumplimiento da lugar al decomiso de mercancía bajo las causales

1.1., y 1.6., del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, esto es, por tratarse de mercancía no presentada ni declarada ante la autoridad aduanera.

De manera particular, se debe precisar si la DIAN realizó un avalúo erróneo de la mercancía objeto de decomiso para efectos de la imposición de la sanción cambiaría.

En caso de que prospere la pretensión anulatoria, debe la Sala establecer si proceden las pretensiones resarcitorias señaladas en la demanda.

5.3. Tesis de la Sala.

La Sala negará prosperidad a los cargos formulados en la demanda, porque al haberse declarado previamente por la DIAN la situación jurídica de la mercancía importada por la sociedad demandante como no declarada, estaba facultada la entidad iniciar el proceso sancionatorio en su contra, correspondiéndole a la sociedad demandante desvirtuar la presunción de infracción al régimen cambiario, lo cual no hizo.

El cargo de avalúo errado de la mercancía no prospera, porque el demandante pretende que recaiga sobre una mercancía distinta de la decomisada físicamente por la DIAN, quien atinadamente aplicó el artículo 72 de la Ley 488/99, que dispone que la sanción cambiaria se aplica sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica.

Los demás cargos se desestimarán porque dependían de que se desvirtuara la presunción de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Régimen Cambiario, y el avalúo errado de la mercancía para establecer el monto de la sanción, y el actor no desvirtuó la presunción referida ni demostró que la DIAN hubiera incurrido en error al establecer el monto de sanción cambiaria.

5.3. Marco normativo y jurisprudencial

5.3.1. La infracción cambiaria por introducir mercancía al territorio nacional sin declarar.

La Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la

República "*por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales*", en su artículo 1° dispone que "*los residentes y no residentes que efectúen en Colombia una* ***operación de cambio****, deberán presentar una declaración de cambio en los términos y condiciones que disponga el Banco de la República*".

El mercado cambiario "*está constituido por la totalidad de las divisas que deben canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación*", como lo dispone el artículo 6° de la resolución en comento.

De conformidad con los artículos 7 y 10 (inciso 1°) de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, **la importación de bienes corresponde a una de las operaciones de cambio que deben canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario**, así:

> ***"Artículo 7o. OPERACIONES.*** *Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:*
>
> *1. Importación y exportación de bienes (…)*
>
> ***Artículo 10. CANALIZACION.*** *Los residentes deberán canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones. Las importaciones podrán estar financiadas por el proveedor de la mercancía, los intermediarios del mercado cambiario y las entidades financieras del exterior."*

De igual manera, el artículo 4° ibídem dispone que "*quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, en especial la de presentar correctamente la declaración de cambio por las operaciones de cambio que realice, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables*".

Ahora bien, el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 "*por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de las Entidades Territoriales*", fundamento de los actos acusados, contiene una presunción de violación al régimen cambiario en la introducción de mercancías al territorio nacional. Esta norma dispone:

> "***Artículo 72. Control cambiario en la introducción de mercancías****. El artículo 6o. de la Ley 383 de 1997 quedará así:*

> ***"Artículo 6. Se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional*** *por lugar no habilitado, o* ***sin declararla ante las autoridades aduaneras.*** *En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso.*
>
> *La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que* ***corresponda al avalúo de la mercancía, establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica***
>
> *Igualmente se presume que existe violación al régimen cambiario cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor de las mismas en aduanas. En estos eventos, el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de liquidación oficial de revisión de valor.*
>
> *La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto de la diferencia entre el valor declarado y el valor en aduana de la mercancía establecido por la DIAN en la liquidación oficial de revisión de valor".*

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 del Código Civil y 166 del Código General del Proceso, la presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de unos debidamente probados. Así, el Consejo de Estado en sentencia del 14 de agosto de 2013[1] afirmó que la presunción contenida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 es de *iuris tantum,* porque admite prueba en contrario.

Por otro lado, en los términos del artículo 232-1 del Decreto 2685 de 1999, se entiende que la **mercancía no ha sido declarada** ante la autoridad aduanera, cuando: (i) no se encuentre amparada en una declaración de importación; (ii) no corresponda con la descripción declarada; (iii) se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía o (iv) la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración de importación.

Aunado a ello, de conformidad con el artículo 502 (numerales 1.1 y 1.6.) del Decreto 2685 de 1999, cuando se oculte o no se presente ante autoridad aduanera y cuando la mercancía no ha sido declarada ante la autoridad aduanera por no encontrarse amparada por una declaración de importación, hay lugar a que la Administración proceda a la

[1] Expediente: 2006-03566, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

correspondiente aprehensión y decomiso

En lo referente a la aplicación de presunción de violación del régimen cambiario, cuando se determine el decomiso de la mercancía por considerarse no declarada, el Consejo de Estado [2] ha sostenido:

> *"El punto de partida del proceso sancionatorio cambiario cuya finalidad perseguida es establecer el responsable de la violación al régimen de cambios, necesariamente, debe ser la conclusión del proceso aduanero que determine el decomiso de la mercancía por no haber sido declarada ante la autoridad aduanera por no encontrarse amparada en una Declaración de Importación, independientemente de cómo ocurrieron los hechos, del responsable de los mismos y de las sanciones a que haya lugar,* ***pues se reitera que el proceso sancionatorio aduanero es totalmente distinto al proceso sancionatorio cambiario****.*
>
> *En ese orden de ideas, la DIAN debe iniciar la investigación correspondiente, que le permita establecer con certeza la conducta constitutiva de la infracción cambiaria y al infractor cambiario correspondiente, el cual no necesariamente debe coincidir con aquel a quien se le aprehendió y decomisó la mercancía, ni a quien se le haya sancionado en el proceso aduanero, sino que en el proceso cambiario responde quien tenía la obligación cambiaria consistente en canalizar a través del mercado cambiario el valor de la mercancía importada y la incumplió.*
>
> *Cabe advertir que pese a contar con un hecho cierto a partir del cual puede iniciarse la investigación cambiaría, es decir, el decomiso de la mercancía; para poderle proferir cargos a una persona por violación al régimen cambiario, deben existir pruebas que comprometan su responsabilidad, pues no puede la Administración imputarle a una persona determinada infracción cambiaria, sin sustentar los fundamentos de hecho y de derecho que motivan dicha responsabilidad".*

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos relevantes probados

- Mediante declaración de importación No. 482013000101988, con autoadhesivo 23830016386359 de 12 de marzo de 2013, la demandante introdujo al territorio nacional mercancía clasificada en la subpartida arancelaria 8529909090, con la siguiente descripción: *"Nos acogemos al decreto 3803 de octubre 31 de 2006. Producto. Partes para radios de bolsillos botón de encendido en mental destino. Para radios P.O. China.*

[2] Sentencia de fecha 22 de octubre de 2015, proferida por la Sección Primera, C.P: María Claudia Rojas Lasso, radicado 68001-23-31-000-2004-01725-01.

Ref./Mod.R6/AA Marca. S/M. – CANT. 57600.00 U - . - producto. Parte para radios de bolsillo botón de encendido en metal destino. Para radios P.O. China. REF./MOD. R03/AAA Marca. S/M. – Cant. 172800.00 U", con levante automático de 13 de marzo de 2013 (f. 46 cuaderno N° 1).

- Mediante la declaración andina del valor, describió la mercancía descrita anteriormente con precio pagado USD $ 9.225.9 (f. 47 cuaderno N° 1).

- El 23 de septiembre de 2013, presentó a través del Formulario F1, declaración de cambio por importación de bienes de la declaración N° 482013000101988, por valor de USD $ 8.236.80, entre otras declaraciones (f. 56 cuaderno N° 1).

- Por Resolución No. 0823 del 30 de mayo de 2013 la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena le decomisó a la demandante y a favor de la Nación, la mercancía aprehendida con Acta No. 4800133 FISCA del 26 de marzo de 2013, al considerar que estaba inmersa en la causal de aprehensión y decomiso tipificada en los numerales 1.1. y 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999[3]. Lo anterior porque *"la mercancía no se encontraba amparada en documento de transporte y no se encuentra amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación" (fs. 137-1341 Cuaderno N° 1).*

- La decisión de decomiso fue confirmada por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena mediante Resolución No. 01422 del 17 de septiembre de 2013, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante (fs. 58-61 Cuaderno N° 1).

- Posteriormente, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena profirió el Acto No. 00008 del 26 de febrero de 2014, a través del cual formuló cargos a la demandante por presunta infracción a los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, con fundamento en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 y el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, por pagar o recibir pagos a través del mercado no cambiario por concepto de operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario (fs. 35-37 Cuaderno N° 1).

[3] Fl. 84 – 91 cuaderno 1 (91 - 105 archivo digital).

- Venter Colombia S.A. dio respuesta al acto de formulación de cargos el 23 de marzo de 2014, argumentando como motivos de inconformidad, que no cometió ninguna infracción de tipo cambiario, porque la mercancía ingresó por lugar habilitado y fue debidamente presentada y declarada de conformidad con la subpartida informada, además de que se pagaron sus tributos correspondientes (fs. 150-158).

- Mediante Resolución No. 000604 del 5 de mayo de 2014, la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena le impuso una multa por la suma de $ 344.620.800, por la violación de los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, por no establecerse la canalización a través del mercado cambiario del valor correspondiente a las mercancías decomisadas (fs. 23-26).

- Contra la anterior resolución la sociedad demandante interpuso recurso de reconsideración, el cual fue resuelto mediante Resolución N° 1134 de 31 de julio de 2014 (fs. 29-33 Cuaderno N° 1).

- Obra la Factura No. SB -2993 del 29 de enero de 2013, del proveedor Smart Brokers Limited, por valor de USD $ 36.010.87, en la que se describe entre otros, el número del container y la mercancía, entre otras el ítem R6/AA, Marca S/M, Botón de encendido en metal P.O. China y R03/AAA S/M, Botón de encendido en metal P.O. China" (fs. 40-42).

- Documento de transporte B/L N° NGBCTG000395 de 9 de febrero de 2013 (f.44 Cuaderno N° 1).

- Copia del mensaje emitido por Bancolombia de 23 de septiembre de 2013, valor de la divisa USD $ 70.000, cliente Venter Colombia S.A.S., beneficiario: Smart Brokers Limited (f.63-64 Cuaderno 1).

5.6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

5.6.2.1. Ausencia de infracción cambiaria por tratarse de mercancía declarada.

La parte demandante considera que no es procedente la sanción impuesta, porque la DIAN parte del supuesto de que se trató de mercancía

no declarada, y la que fue objeto de aprehensión y decomiso sí estaba amparada en una declaración de importación.

En primer lugar, cabe precisar que la culminación del proceso aduanero en el que se determine el decomiso de la mercancía, por no haber sido declarada ante la autoridad aduanera, constituye el punto de partida del proceso sancionatorio cambiario. En ese orden, el proceso sancionatorio aduanero es totalmente distinto al cambiario, debido a que en el primero se define la situación jurídica de la mercancía, mientras que el segundo tiene por finalidad establecer el responsable de la violación al régimen de cambios.

El artículo 72 de la Ley 488 de 1998 establece una presunción de violación al régimen cambiario, cuando se introduzca mercancía al territorio nacional sin declararla ante las autoridades aduaneras. Por lo tanto, al determinarse en el procedimiento sancionatorio aduanero la aprehensión y posterior decomiso de la mercancía, por no estar declarada, puede la DIAN iniciar la correspondiente investigación para determinar la infracción al régimen cambiario.

Precisa la Sala que se entiende que la **mercancía no ha sido declarada** ante la autoridad aduanera, cuando se presenta alguna de las situaciones establecidas en el artículo 232-1 del Decreto 2685 de 1999, así:

> "**ARTÍCULO 232-1. MERCANCÍA NO DECLARADA A LA AUTORIDAD ADUANERA**. **Se entenderá que la mercancía no ha sido declarada a la autoridad aduanera cuando: a) No se encuentre amparada por una Declaración de Importación**; b) No corresponda con la descripción declarada; c) En la Declaración de Importación se haya incurrido en errores u omisiones en la descripción de la mercancía, o d) La cantidad encontrada sea superior a la señalada en la Declaración de Importación. Sin perjuicio de lo establecido en los numerales 4 y 7 del artículo 128 del presente decreto, siempre que se configure cualquiera de los eventos señalados en el presente artículo, procederá la aprehensión y decomiso de las mercancías. Cuando la cantidad encontrada sea superior a la señalada en la declaración, la aprehensión procederá sólo respecto de las mercancías encontradas en exceso." (negrilla fuera de texto)

Luego, de conformidad con el artículo 502 (numeral 1.6.) del Decreto 2685 de 1999[4], cuando la mercancía se oculte o no haya sido presentada ante

[4] "ARTICULO 502. CAUSALES DE APREHENSIÓN Y DECOMISO DE MERCANCÍAS.

autoridad aduanera o no ha sido declarada ante dicha autoridad por no encontrarse amparada por una Declaración de Importación, hay lugar a que la se proceda a la correspondiente aprehensión y decomiso de la mercancía.

De las normas citadas se infiere entonces que, en el evento de determinarse el decomiso de una mercancía como consecuencia de no considerarse declarada ante la autoridad aduanera, por no encontrarse amparada en una Declaración de Importación, habrá lugar a aplicar la presunción descrita en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

En el caso objeto de estudio está acreditado que la DIAN aprehendió y posteriormente decomisó la mercancía introducida a territorio nacional por Venter Colombia S.A., mediante declaración de importación No. 482013000101988-2 con autoadhesivo 2383001638635 9 de 12 de marzo de 2013, debido a que fue porque "*la mercancía no se encontraba amparada en documento de transporte, en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación" (fs. 137-1341 Cuaderno N° 1)*.

Determinada la situación jurídica de la mercancía con el decomiso, se configura el primer supuesto contenido en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, para efectos de presumir que existe violación al régimen cambiario cuando se introducen mercancías al territorio nacional, como es que se trate de **mercancía no declarada**. En ese orden, estaba facultada la DIAN para iniciar el procedimiento administrativo cambiario para determinar la violación a la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República que exige la presentación de una declaración de importación, cuando se realice una operación de cambio, entre las cuales se encuentran las importaciones.

Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:
<Numeral 1. modificado por el artículo 48 del Decreto 1232 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>
1. En el Régimen de Importación:
(…)
1.6. Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una Declaración de Importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre una cantidad superior a la señalada en la Declaración de Importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, (…)"

Ahora bien, la parte demandante aduce que no se trataba de mercancía no declarada, porque la misma estaba amparada en los siguientes documentos que fueron allegados a la actuación administrativa:

- Factura No.SB-2993 del 29 de enero de 2013, expedida por SMART BROKERS LIMITED a nombre de VENTER COLOMBIA S.A.S., CCLU6119025 Se describe una mercancía en los ítems 17 y 18 como: "BOTON ENCENDIDO EN METAL P.O. CHINA". Valor: USD$8.236,80.

- Documento de Transporte B/L No. NGBCTG000395 PXG {folio 44 Expediente Aduanero) Se describe una mercancía en los ítems 17 y 18 como: REMOTE CONTROLLER, WAISTBAND".

- Declaración de Importación N° 482013000101988-2 con autoadhesivo 23830016386359 del 12 de marzo de 2013 con levante No. 482013000078471 de 2013-03-13, **sub partida arancelaria 8529909090**. Se describe una mercancía como: "PARTES PARA RADIOS DE BOLSILLO BOTON DE ENCENDIDO EN METAL DESTINO. PARA RADIOS P.O. CHINA."

De las pruebas descritas la Sala infiere que la mercancía decomisada no corresponde a la descrita ni en las facturas allegadas por la actora ni en la declaración de importación allegada, pues si bien es cierto que las facturas fueron expedidas a favor de la actora, también lo es que éstas no relacionan los bienes o la mercancía objeto de decomiso

En efecto, de acuerdo con el acta de aprehensión[5], la mercancía aprehendida y posteriormente decomisada, corresponde a BATERIAS SÚPER HEAVY DUTY; Marca NOBEL SOUND (no alcalinas) Tamaño AAA, referencia micro R03 UM4 1.5 voltios y Baterías AA con la misma descripción, correspondientes a la **subpartida arancelaria 85.06.10.00**, por lo que es evidente para la Sala que la mercancía declarada no corresponde a la decomisada, por la cual se justificaba la sanción por violación al régimen cambiario.

Adicionalmente, se advierte que no es éste el escenario para determinar si se trató o no de mercancía no declarada, porque dicha circunstancia fue previamente determinada por la entidad accionada a través de actos administrativos que se encuentran ejecutoriados y cuya presunción de legalidad no ha sido desvirtuada hasta el momento.

[5] Fs. 131-132 Cuaderno N° 1

Por lo tanto, se considera que no está desvirtuado el supuesto de tratarse de mercancía no declarada, que hacía procedente el inicio del proceso sancionatorio cambiario en contra Venter Colombia S.A.S, de manera que el primer cargo de nulidad invocado no prospera.

5.6.2.2. Violación del debido proceso por valoración inadecuada de la prueba.

Determinado que en proceso sancionatorio aduanero previo la DIAN dispuso el decomiso de la mercancía introducida a territorio nacional por la sociedad demandante, por encontrarse que no estaba amparada en una declaración de importación, le correspondía a la parte demandante desvirtuar la presunción de violación al régimen cambiario contenida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998. Para ello, era necesario que acreditara que sí presentó una declaración de cambio respecto de los pagos correspondientes a la importación efectuada.

En este caso la sociedad demandante afirmó, que si la DIAN hubiese analizado con detenimiento las pruebas aportadas al expediente administrativo, habría podido determinar que no se configuró infracción cambiaria debido a que se trató de una mercancía declarada; no obstante, a juicio de la Sala, tal y como se afirmó anteriormente las pruebas allegadas al proceso no demuestran que la mercancía haya sido declarada, por el contrario, se reitera, la declaración se describen objetos que no fueron objeto del decomiso y la sanción que se discute en este proceso.

Aunado a ello, si bien la demandante acreditó en el expediente administrativo que Venter de Colombia S.A., inicialmente presentó declaraciones de cambio por importación de bienes[6] con las que se realizó un giro por USD 8.236.80 correspondiente a la declaración de importación 482013000101988-2, lo cierto es que dicha declaración corresponde a una mercancía distinta a la que fue objeto de decomiso.

Así las cosas, la Sala considera que la parte demandante no logró desvirtuar la presunción de violación al régimen cambiario, pues además de estar acreditado que la DIAN declaró la situación jurídica de la mercancía

[6] F. 56 Cuaderno N° 1

introducida a territorio nacional por Venter Colombia S.A.S como no declarada, no acreditó que respecto de ella presentara las correspondientes declaraciones de cambio, en cumplimiento de los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

En ese sentido, considera la Sala que no se configuró en este caso violación alguna al debido proceso de la sociedad demandante, puesto que, para la expedición de los actos administrativos se tuvieron en cuenta la totalidad de documentos aportados a la actuación, pero contrario a lo planteado por la parte actora, el análisis en conjunto de los mismos no conlleva a arribar a una conclusión distinta. Además, se acreditó que la demandante fue notificada de toda la actuación e incluso presentó descargos y recurso contra las decisiones.

Por las anteriores razones, tampoco prospera este cargo de nulidad.

5.6.2.3. Interpretación extensiva de la norma sancionatoria

Como sustento de este cargo, la parte actora considera que la instancia cambiaria no puede aplicar de facto la presunción, sino que debe analizar y probar la responsabilidad del importador.

Para resolver el cargo propuesto, basta con reiterar los argumentos expuestos para resolver los anteriores y con base en ello, concluir que la DIAN no realizó una interpretación extensiva de la norma sancionatoria en este caso, toda vez que, ello se hizo en cumplimiento del mandato legal según el cual cuando se haya introducido mercancía a territorio nacional sin declararla, se presume la infracción al régimen cambiario.

Por lo tanto, estaba facultada la DIAN para iniciar el proceso sancionatorio cambiario contra la sociedad demandante, a quien le correspondía desvirtuar la presunción en su contra acreditando en debida forma las circunstancias que hacían que la operación de comercio exterior tuviera la calidad de no reembolsable, por lo que no estaba obligado a presentar la declaración de cambio o que efectivamente se realizó la canalización de divisas, ninguna de las cuales quedó demostrada en este caso.

En conclusión, la Sala considera que a la sociedad demandante sí se le debía aplicar la presunción de violación del régimen cambiario, prevista en el artículo 72 del Decreto Ley 488 de 1998, por desconocer lo previsto en el artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, sin que se lograra desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados. En consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

5.6.2.4. En cuanto al avalúo de la mercancía.

La demandada sustentó este cargo, afirmando que la DIAN utilizó un procedimiento erróneo al colocar en la diligencia de reconocimiento y avalúo de mercancías un valor subjetivo, desproporcionado y sin tener un soporte, ni una prueba, ni un sustento legal.

A juicio de la Sala tampoco prospera dicho cargo, pues es evidente que de conformidad con el artículo 72 de la Ley 488/99, la sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, **establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica**.

Luego, no es este el escenario para debatir dicho asunto, pues la inconformidad relacionada con el avalúo de la mercancía debió discutirse en sede administrativa. cuando se definió la situación jurídica de la mercancía y no cuando en el presente caso, cuando lo que se decide es si procedía o no la sanción cambiaria.

No sobra agregar que la sanción cambiaria impuesta por la DIAN solo podía considerar el valor de una mercancía físicamente decomisada, que no correspondía en absoluto a la descrita en la factura de venta aportada para probar la introducción y permanencia legal de la mercancía decomisada.

Por lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda

5.6.3. Condena en costas

Aplica la Sala el artículo 188 del C.P.A.C.A., el cual remite al artículo 365 del Código General del Proceso, en el sentido de señalar que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Como en el presente se decide en forma desfavorable al demandante, procede condenarlo en costas, en la modalidad de gastos del proceso y agencias en derecho, a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por la Secretaría del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI.- FALLA

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Condenar a la parte demandante al pago de costas procesales a favor de la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de la Corporación, en aplicación de los artículos 365 y 366 del C.G.P.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS

EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ