



Cartagena de Indias D. T. y C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-23-33-000-2015-00508-00
Demandante	SARENS DE COLOMBIA S.A.S.
Demandado	DIAN
Magistrado Ponente	LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
Tema	PRESUNCIÓN DE INFRACCIÓN CAMBIARIA

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a dictar Sentencia de Primera Instancia dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por la sociedad SARENS DE COLOMBIA S.A.S. en contra de la DIAN.

III.- ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1 Pretensiones

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i. Resolución 000376 del 18 de marzo de 2014, por medio de la cual se impuso una sanción cambiaria por infracción del artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República; y ii. Resolución 001920 de 28 de noviembre de 2014, por medio de la cual se resolvió un recurso de reconsideración confirmando la anterior.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reconozca que no existe incumplimiento ni obligación pendiente con la DIAN, por concepto de sanción cambiaria.

1.2 Hechos

Se afirma en la demanda que el importador Sarens de Colombia, a través de la agencia de aduanas FMS S.A. Nivel 1, presentó declaración de importación inicial con autoadhesivo No. 07500280538423 del 16 de noviembre de 2011, bajo la modalidad S120, importación temporal de largo plazo para reexportación en el mismo estado, 10 cuotas, por el plazo de 5 años.

La mercancía fue aprehendida por la DIAN el 9 de abril de 2013 y el 24 de junio del mismo año, mediante Resolución No. 968 se decretó el decomiso de la misma; contra dicho acto administrativo la sociedad demandante presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que fue resuelta en primera instancia mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en la cual se declaró la nulidad de los actos que ordenaron el decomiso.

La Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena formuló cargos a Sarens de Colombia, mediante acto administrativo No. 000094 del 19 de octubre de 2013, por la presunta infracción al artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República. La demandante presentó su respuesta al pliego de cargos el 25 de febrero de 2014.

Mediante Resolución No. 000376 del 18 de marzo de 2014, la DIAN impuso sanción cambiaria por la infracción al artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con la presunción de violación al régimen cambiario contenida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por no establecerse la canalización a través del mercado cambiario del valor correspondiente a las mercancías decomisadas con la Resolución No. 0968 del 24 de junio de 2013.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de reconsideración, siendo resuelto mediante Resolución No. 01920 del 28 de noviembre de 2014, confirmando la sanción cambiaria impuesta.

1.3 NORMAS VIOLADAS Y CARGOS DE NULIDAD



- Artículo 29 de la Constitución Política
- Artículo 170 del Código de Procedimiento Civil
- Artículo 72 del Ley 488 de 1998
- Artículo 502 y 503 del Decreto 2685 de 1999

La parte demandante estima que se debe declarar la nulidad de las resoluciones demandadas, exponiendo que no cometió ninguna infracción cambiaria, puesto que la presunción cambiaria establecida en el artículo 42 de la Ley 488 de 1998 no procede en el caso, por tratarse de mercancía declarada.

Hizo alusión a que este tribunal ya decidió sobre la legal introducción al territorio aduanero de la mercancía decomisada, en la que se concluyó que no había lugar al decomiso porque la mercancía en la forma en que fue descrita en la declaración de importación guarda plena identidad con la efectivamente ingresada al país.

En ese sentido, considera que al haberse declarado la nulidad de los actos que dieron origen a la presunción de violación del régimen cambiario, pierde efectos la sanción de tipo cambiario impuesta por la DIAN, porque no se configura el supuesto de ser mercancía no declarada.

Alegó la violación del debido proceso por valoración inadecuada de la prueba por parte de la DIAN: 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.

En cuanto a la canalización de divisas, precisó que se realizó un giro al exterior respecto de la declaración de importación con formulario No. 07500280538423 en la cual se describió la grúa objeto de decomiso, pero que no obtuvo levante, tratándose de un error del departamento financiero de la demandante que posteriormente fue corregido ante el IMC DAVIVIENDA según comunicado de julio de 2015.



En ese orden, explicó que dado que la mercancía se encuentra debidamente declarada, pues los actos administrativos la describen exactamente igual en sus variables de singularización e individualización a la declaración con autoadhesivo No. 07500280538423, el decomiso se efectuó por defectos procedimentales aduaneros y además

Adicionalmente, sostuvo que si la DIAN se hubiese detenido y analizado el caso, descartaría entonces la posibilidad de una infracción cambiaria al ver la coherencia de la operación puesto que es no reembolsable.

Indicó que se hizo una interpretación extensiva de la norma, en tanto considera que el derecho sancionatorio es excepcional y por tanto de aplicación restrictiva; al respecto, sostuvo que la instancia cambiaria no puede aplicar de facto la presunción, sino que debe analizar y probar la responsabilidad del importador. Que en este caso la mercancía fue ingresada en forma legal pero posteriormente fue aprehendida y decomisada por mala clasificación arancelaria, pero no existe ninguna diferencia en la descripción de lo declarado con lo físicamente decomisado, por lo tanto, no puede tenerse como argumento sancionatorio que la mercancía no fue declarada.

2. CONTESTACIÓN

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando, en síntesis, que la mercancía aprehendida desconoció el artículo 10 de la Resolución externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, toda vez que, no corresponde con la descrita en la declaración de importación aportada, por lo que se consideró como no declarada, y que la sociedad demandante no aportó ninguna prueba que demuestre el pago al proveedor en el exterior a través de los intermediarios del mercado tributario.

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 correspondiente al Acta de Aprehensión No 4800150 POLFA del 09/01/2013 está inmersa en la causal de aprehensión y decomiso tipificada en el numeral 1.6 del Artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, toda

vez que, la descripción consignada en la declaración de importación no corresponde con la mercancía.

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

Indicó que si se acepta que la declaración de importación presentada describe la mercancía objeto de aprehensión, con errores, dicha declaración obligaba al importador a realizar el giro al exterior al mercado cambiario.

Aduanaramente se debe acreditar por parte del afectado la legal permanencia de la totalidad de la mercancía dentro del territorio nacional, y cambiariamente se debe acreditar la forma como fue adquirida y cancelada la mercancía objeto de decomiso o la legalización, y en el presente caso, no se desvirtuó con pruebas la legalidad de las mercancías dentro del territorio colombiano.

Señaló que en la investigación se practicaron pruebas y se realizaron todas las indagaciones necesarias para clarificar el hecho, y determinar si había lugar a giro o no, determinándose que sí hay lugar a canalizar, y que el hecho que la mercancía se encuentre decomisada no es causal excluyente de responsabilidad, para la correcta canalización de divisas

Finalmente, sostuvo la entidad accionada que no hizo una interpretación extensiva de la presunción de infracción cambiaria, dado que al haberse determinado que se trataba de una mercancía no declarada era procedente aplicar tal presunción. (Cuaderno digital No. 1 fls. 200-218)

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En el desarrollo del proceso, se cumplieron todas las etapas procesales, tales como: admisión de la demanda y notificación (cuaderno digital No. 1 fls. 187-157).

En curso de la audiencia inicial, se desarrollaron las etapas previstas en el artículo 180 del CPACA, prescindiéndose por innecesaria de la audiencia de pruebas y dando traslado por escrito a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera concepto (cuaderno digital No. 1 fls. 253-257).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 DIAN

Reiteró lo expuesto en el memorial de contestación de la demanda. (28AlegatosConfianza.pdf)

4.2 Del Demandante

Reiteró lo expuesto en el libelo demandatorio. (Cuaderno digital No. 1 fls. 305-319)

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

De conformidad con lo previsto en el artículo 207 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció control de legalidad de las mismas, sin presentarse manifestación alguna de las partes u observarse por el Tribunal vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso.

V.- CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en primera instancia, por disposición del numeral 3º 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 trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como sucede en este caso.

2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala encuentra que el problema jurídico, se centra en determinar si *¿Es procedente la sanción de tipo cambiario impuesta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, a la demandante Sarens de Colombia S.A.S., a través de la Resolución No. 00376 del 19 de marzo de 2014, presuntamente por haber incurrido en la infracción del artículo 10 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y al Régimen Cambiario contenido en el artículo 72 del Decreto 488 de 1998?*

3. TESIS

La Sala de Decisión negará las pretensiones de la demanda, en razón a que los actos acusados se encuentran ajustados a derecho, al no encontrarse probados los cargos de violación propuestos en la demanda, toda vez que, 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 para iniciar el proceso sancionatorio en su contra, correspondiéndole a esta desvirtuar la presunción de infracción al régimen cambiario, acreditando en las circunstancias que hacían que la operación de comercio exterior tuviera la calidad de no reembolsable, por lo que no estaba obligada a presentar la declaración de cambio o que efectivamente se realizó la canalización de divisas, lo que no se hizo en este caso.

La anterior tesis se soporta en los argumentos que se exponen a continuación.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1 La infracción cambiaria por introducir mercancía al territorio nacional sin declararla.

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 1º 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 6º de la resolución en comento.

De conformidad con los artículos 7 y 10 (inciso 1º) 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.**

De igual manera, el artículo 4º 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 60. 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”.

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 2013¹ afirmó que la presunción contenida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 es de *ius 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 (numeral 1.6.) del Decreto 2685 de 1999, 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 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 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,

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



*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 cambiaria, 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 responsabilidad²".

Conforme a lo expuesto en precedencia, procederá la Sala de Decisión a resolver el problema jurídico planteado.

5. CASO CONCRETO

5.1 Hechos probados

- Mediante declaración de importación No. 482011000425932-1 con autoadhesivo 07500280538423 de 16 de noviembre de 2011³, Sarens de Colombia S.A. introdujo a territorio nacional, en la modalidad de importación temporal a largo plazo, mercancía clasificada en la subpartida

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.

³ Cuaderno digital No. 2 fls. 131-132



arancelaria 8426419000, constando en las casillas 134 y 135 que se obtuvo levante de la mercancía el 18 de noviembre de 2011, y en la casilla 91 la siguiente descripción de la mercancía:

DO. CTG1100002. FACTURA LOG.110146. IMPORTACION TEMPORAL DE LARGO PLAZO CON PERMANENCIA DE CINCO AÑOS. NOS ACOGEMOS AL ART. 143 LITERAL B, 145, 146, 147 Y 156 DEL DECRETO 2685 DE 1999, MODIFICADO POR LOS ART. NOS. 5, 6, 8 Y 11 DEL DECRETO 4136 DE DIC 10 DE 2004, DECRETO 2394 DEL 2002 Y LOS ART. 98, 99 Y 511 DE LA RESOL 4240 DE 2000, Y DEMAS NORMAS QUE LO MODIFIQUEN ADICIONEN O COMPLEMENTEN. MERCANCIA USADA, NC: GRUA TELESCOPICA HIDRAULICA TODO TERRENO, (CRANE DEMAG TELESCOPIC), MARCA: DEMAG (TEREX DEMAG), TYPE/ MODELO AC50-1, SERIAL: 68163, TIPO DE VEHICULO: K3209, (K9153), CAPACIDAD MAX. DE CARGUE 50 TONELADAS, AÑO DE FABRICACION/AÑO MOD ELO: 2002, CHASIS NO. WMG3209363Z000163, CON MOTOR MARCA MERCEDEZ BENS, MODELO OM 926LA, CODE. OM 926LA. E2 (continúa al respaldo)

- Mediante Resolución No. 0968 de 24 de junio de 2013, la División de Gestión de Fiscalización decomisó a favor de la Nación, la mercancía aprehendida con Acta No. 4800150 POLFA del 9 de abril de 2013, al importador Sarens Colombia S.A.S., por considerar que la mercancía se encuentra inmersa en la causal de aprehensión y decomiso tipificada en el numeral 1.5 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, toda vez que en la declaración de importación fue descrita como una grúa, cuando en realidad se trataba de un camión grúa⁴.

- La decisión de decomiso fue confirmada por la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena mediante Resolución No. 01386 del 11 de septiembre de 2013, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad demandante.⁵

- La Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena profirió el Acto No. 000091 del 19 de diciembre de 2019 a través del cual formuló cargos a la sociedad Sarens de Colombia S.A.S., por presunta infracción al artículo 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.⁶

- La sociedad Sarens de Colombia S.A. dio respuesta al acto de formulación de cargos el 24 de noviembre de 2014, argumentando como motivos de inconformidad, que no cometió ninguna infracción de tipo cambiario, porque la mercancía fue debidamente presentada y declarada de

⁴ Cuaderno digital No. 2 fls. 23-35

⁵ Cuaderno digital No. 2 fls. 5-14

⁶ Cuaderno digital No. 2 fls. 38-43

conformidad con la subpartida informada y que la mercancía fue declarada erróneamente como reembolsable, pero el documento soporte indicaba su carácter de no reembolsable, por lo que no había obligación de giro.⁷

- Mediante Resolución No. 000376 del 18 de marzo de 2014, la Dirección Seccional de Aduanas impuso al importador Sarens de Colombia una multa por la suma de \$233.466.346, por la violación del artículo 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.⁸

- Contra la anterior resolución la sociedad demandante interpuso recurso de reconsideración⁹, en el curso del mismo la DIAN profirió el auto 0001076 de 23 de julio de 2014, por el cual se abrió un periodo probatorio por el término de cuatro (4) meses y se decretaron como pruebas oficiar a la empresa Sarens de Colombia para que aportara copia de los documentos que acrediten el pago por el ingreso de la mercancía al país de un camión grúa, con sus respectivos comprobantes contables, certificaciones de contador y demás; de igual manera se solicitó copia de una documentación de la sociedad demandante, y la determinación de la incidencia de la factura LOG 110146 de 20 de septiembre de 2011, en toda la operación de comercio objeto de investigación¹⁰.

- En respuesta al requerimiento que hizo la DIAN, Sarens de Colombia manifestó que en la operación de importación relacionada no hay pago ni compensación por cuanto SARENS N.V., comunicó a SARENS de Colombia en carta de septiembre 9 de 2011 que como parte de la estrategia de relocalización de equipos Sarens N.V., asignó a Sarens de Colombia S.A.S., el equipo descrito con número interno NI9153, por 5 años; anexó los documentos solicitados, y aclaró que la factura número LOG 110146 se expidió como el documento que respalda la importación temporal, pero no puede considerarse como una verdadera factura comercial, porque se denominó solo FACTURA y además señaló que el valor es solo para efectos

⁷ Cuaderno digital No. 2 fls. 47-55

⁸ Cuaderno digital No. 2 fls. 72-78

⁹ Cuaderno digital No. 2 fls. 96-113

¹⁰ Cuaderno digital No. 2 fls. 114-116



aduaneros, sin expresar el precio efectivamente pagado o por pagar directamente al vendedor, porque no hubo transacción, pues fue enviado el bien como parte de una estrategia comercial, sin contener la obligación de giro, pues fue un error del declarante que informó equivocadamente la forma de pago, aunque el documento soporte no indicaba tal circunstancia¹¹.

- El recurso de reconsideración fue resuelto por Resolución No. 01020 del 20 de noviembre de 2014, confirmando la sanción cambiaria¹².

- Obra la Factura No. LOG 110146 del 20 de septiembre de 2011, del proveedor en el exterior Sarens NV, por valor de 88.842,41€.¹³

- Mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 2015, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar declaró la nulidad de las Resoluciones No. 0968 del 24 de junio de 2013 y 048-236-2012-01386 del 11 de septiembre de 2013, que dispusieron el decomiso de la mercancía, por considerar que la misma se encontraba amparada en la declaración de importación presentada en nombre de la sociedad Sarens de Colombia SAS, ya que lo que permite identificar un vehículo y distinguirlo de otro son sus elementos esenciales, es decir, la serie, la marca, el modelo y número de motor, verificándose que dichos descriptores coincidían con los detallados por la DIAN al aprehender y posteriormente decomisar la mercancía¹⁴.

5.2 Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico

En el sub examine, pretende la parte demandante que se declare la nulidad de la Resolución 000376 del 18 de marzo de 2014, por medio de la cual se impuso una sanción cambiaria; y la Resolución 001920 de 28 de noviembre de 2014, por medio de la cual se resolvió un recurso de reconsideración confirmando la anterior; presuntamente por haber incurrido en la infracción del artículo 10 de la Resolución Externa No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y al Régimen Cambiario contenido en el artículo 72 del Decreto 488 de 1998.

¹¹ Cuaderno digital No. 2 fls. 127-129

¹² Cuaderno digital No. 2 fls. 249-259

¹³ Cuaderno digital No. 1 fls. 173

¹⁴ Cuaderno digital No. 1 fls. 135-165



A su turno, la accionada en su contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando, en síntesis, que la mercancía aprehendida desconoció el artículo 10 de la Resolución externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, toda vez que, no corresponde con la descrita en la declaración de importación aportada, por lo que se consideró como no declarada, y que la sociedad demandante no aportó ninguna prueba que demuestre el pago al proveedor en el exterior a través de los intermediarios del mercado tributario.

Señaló que en el sub judge, no se está discutiendo la legalidad de los actos que ordenaron el decomiso de la mercancía, pero sí debe tenerse en cuenta que la correspondiente al Acta de Aprehensión No 4800150 POLFA del 09/01/2013 está inmersa en la causal de aprehensión y decomiso tipificada en el numeral 1.6 del Artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, toda vez que, la descripción consignada en la declaración de importación no corresponde con la mercancía.

En este contexto, procede la Sala a resolver el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto, así como los hechos probados.

5.2.1 Ausencia de infracción cambiaria por tratarse de mercancía declarada

La parte demandante considera que no es procedente la sanción impuesta, porque esta parte del supuesto de que se trató de mercancía no declarada y la que fue objeto de aprehensión y decomiso por parte de la DIAN 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.

En el caso objeto de estudio está acreditado que la DIAN aprehendió y posteriormente decomisó la mercancía introducida a territorio nacional por Sarens de Colombia S.A., mediante declaración de importación No. 482011000425932-1 con autoadhesivo 07500280538423 de fecha 16 de noviembre de 2011, debido a que fue descrita como una grúa telescópica marca TEREX-DEMAG, cuando en realidad correspondía a un camión grúa; de manera que por tratarse de mercancía no declarada era procedente su aprehensión y decomiso.

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 cambio, cuando se realice una operación de cambio, entre las cuales se encuentran las importaciones.

Ahora bien, la parte demandante aduce que no se trataba de mercancía no declarada porque en sentencia de primera instancia de fecha 18 de marzo de 2015, este Tribunal declaró la nulidad de los actos administrativos que determinaron la situación jurídica de la mercancía y dispusieron su decomiso. Al respecto, la Sala advierte que al no encontrarse ejecutoriada esa providencia, por estar pendiente la decisión del recurso de apelación ante el Consejo de Estado, no puede afirmarse que esos actos se hayan



declarado nulos y que por ello quede sin fundamento la sanción cambiaria impuesta.

Adicionalmente, se advierte que no es este 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.

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 de Sarens de Colombia, de manera que el primer cargo de nulidad invocado no prospera.

5.2.2 Violación del debido proceso por valoración inadecuada de la prueba

Determinado como está que en proceso sancionatorio aduanero previo la DIAN dispuso el decomiso de la mercancía introducido 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 parte actora afirma 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 importación no reembolsable, ya que el equipo fue asignado en atención a la estrategia de relocalización de Sarens, como se indicó en respuesta al requerimiento de la DIAN en auto 0001076 de 23 de julio de 2014. En cuanto a las importaciones no reembolsables, debe precisarse que estas no generan giro de divisas al exterior, teniéndose como casos que no generan reembolso, entre otros, donaciones, obsequios o suministro de casa matriz o entre filiales¹⁵.

¹⁵<https://www.mincit.gov.co/getattachment/98519d58-4c8c-4ab1-a461-ac97e155369a/30-03-2016-Normatividad-Registros-de-Importacion.aspx>

Está acreditado en este caso que al momento de diligenciar la declaración de importación, se diligenció en la casilla 68 correspondiente a la forma de pago el código 01 que hace alusión a “Giro directo”¹⁶ y en la casilla 69 sobre tipo de importación se consignó el código 01 “Reembolsable”. Aunado a lo anterior, en la factura No. LOG 110146 del 20 de septiembre de 2011, del proveedor en el exterior Sarens NV, que tuvo por objeto la grúa telescópica AC50-1 no hizo ninguna salvedad sobre el pago de la mercancía, es decir, no se estableció la circunstancia que daba lugar a que la operación no fuera reembolsable y en virtud de ello, no generara giro al exterior, como lo aduce la sociedad demandante.

Ahora bien, cuando dentro del proceso sancionatorio cambiario la DIAN solicitó al importador las pruebas del pago por el ingreso de la mercancía al país de un camión grúa marca Telex Demag Líne AC50-1, este manifestó que en la operación de importación relacionada no hay pago ni compensación por cuanto SARENS N.V., comunicó a SARENS de Colombia en carta de septiembre 9 de 2011 que como parte de la estrategia de relocalización de equipos Sarens N.V., asignó a Sarens de Colombia S.A.S., el equipo descrito con número interno NI9153, por 5 años; así, dicha estrategia comercial lo eximía de la obligación de giro, siendo un error del declarante informar equivocadamente la forma de pago.

Conforme lo expuesto, considera la Sala 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 introducida a territorio nacional por Sarens como no declarada, no acreditó que respecto de ella presentara las correspondientes declaraciones de cambio, en cumplimiento de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Lo anterior, por cuanto, el importador en su declaración registró la operación de comercio exterior como reembolsable, es decir, que generaba giros al exterior, y pese a señalar que fue un error del declarante, no queda claro con las pruebas que obran en el expediente por qué se

¹⁶https://www.dian.gov.co/atencionciudadano/formulariosinstructivos/Formularios/2008/Cartilla_importacion_2008.pdf

trataba de una operación con la condición de *no reembolsable*; y con la simple manifestación en ese sentido de la sociedad demandante, no resulta suficiente para que tanto la autoridad cambiaria, como este Tribunal, tengan por cierto que no se generaron pagos al proveedor en el exterior que debían ser objeto de canalización a través del mercado cambiario.

Entre los documentos soportes de la importación se encuentra una factura expedida por Sarens NV, lo que implica la existencia de un negocio de compraventa, por lo que, para poder tenerse como una importación no reembolsable, entre los documentos soporte debería encontrarse la licencia previa para este tipo de operaciones, algún acuerdo con el proveedor respecto del pago, o que se tratara de una donación, ninguno de los cuales fue aportado a la actuación.

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.

Por las anteriores razones, el segundo de cargo de nulidad propuesto tampoco prospera.

5.2.3 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 anteriormente 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.

6. Condena en costas

La Sala de Decisión en virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código de General del Proceso.

En ese orden de ideas, se tiene que el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P., dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, como ocurre en el presente caso, respecto de la parte demandante; para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes factores: i) el trámite de la demanda, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En ese sentido, se encuentra procedente la condena 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 General de esta Corporación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.



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

VI.- FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, por SARENS DE COLOMBIA S.A.S. en contra de la DIAN, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

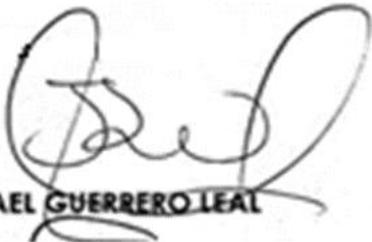
SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante; liquídense por la Secretaría General de esta Corporación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en dicha liquidación las agencias en derecho, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Ejecutoriada la presente sentencia, **ARCHIVAR** el expediente, previa devolución del remanente, si existiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



OSCAR IVÁN CASTAÑEDA DAZA