Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado No. 13-001-33-33-008-2019-00068-00

Cartagena de Indias D. T y C, once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
Radicado	**13-001-33-33-008-2019-00068-00**
Demandante	**DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA**
Demandado	**DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN**
Tema	**Infracción al régimen cambiario – Debido proceso**
Sentencia No	**0101**

1. PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Oral Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA**, a través de apoderado judicial, contra la **DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES- DIAN**.

2. ANTECEDENTES

- **PRETENSIONES**

1. Que se declare la nulidad de las resoluciones No. 000696 de 09 de abril de 2018 y 2078 de 03 de octubre de 2018, proferidas por la Dirección Seccional De Aduanas de Cartagena, por cuanto se expidieron con violación al debido proceso e indebida valoración probatoria.

2. Que a título de restablecimiento del derecho se ordene a la DIAN que archive el expediente administrativo OIO 1392012201400069, mediante el cual impuso una sanción pecuniaria a la sociedad demandante por la presunta violación al régimen cambiario, artículos 2 y 7 de la resolución externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus modificaciones, en concordancia con la presunción de violación del numeral 8 del artículo 3 del decreto 2245 de 2011.

3. Que se condene en costas a la entidad demandada.

- **HECHOS**

Como fundamentos fácticos de su acción, la parte demandante planteó, de manera sucinta, los siguientes:

La Jefe del Grupo Interno de Trabajo de Control Cambiario, División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, emitió pliego de cargos No. 00044 de agosto 16 de 2016, proponiendo sanción administrativa cambiaría por la presunta vulneración del artículo 2 de la resolución externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus modificaciones, con fundamento en el numeral 8 del artículo 3 del decreto 2245 de 2009.

Por ello, la representante legal de la sociedad accionante presentó descargos el día 19 de octubre de 2016. Luego, mediante resolución No. 000696 de 09 de abril de 2018, la División de Gestión de

Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, impuso sanción cambiaria a la entidad demandante, por valor de $132.587. 980.oo.

La sanción que se impuso en el anterior acto administrativo fue confirmada a través de resolución No. 2078 de 03 de octubre de 2018 expedida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Cartagena, mediante la cual se resolvió el recurso de reconsideración.

- **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.**

Considera la apoderada del extremo activo que, con la expedición de los actos acusados se han transgredido las siguientes normas:

Artículos 29 y 83 Constitución Política; 174 y 187 CPC; 24 y 25 del Decreto 2245 de 2011, y 3 Ley 1437 de 2011.

Como concepto de violación de las normas invocadas, en resumen, planteó que la DIAN vulnera el derecho al debido proceso al no emitir resolución motivada, ni pronunciarse respecto a la solicitud de pruebas a practicar, sustrayéndose de dicha obligación, incumpliendo en forma flagrante con los principios que rigen las actuaciones administrativas y con el derecho fundamental a la contradicción, pues de haber practicado las pruebas pedidas y valorado conforme lo establece la norma, era fácil concluir la inexistencia de los elementos exigidos en el numeral 8 del artículo 3 del Decreto Ley 2245 de 2011.

Con base en lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda.

- **CONTESTACIÓN**

La DIAN, en escrito de contestación básicamente manifestó que, se puede concluir con certeza que los fundamentos de hecho y derecho sobre los cuales se fundamentó la resolución No. 000696 del 09 de abril de 2018, sustentan jurídica y cambiariamente la imposición de la sanción en contra de la sociedad Destilería Colombiana Established in 1913 Ltda, por la violación a las normas cambiarias, decreto 2245 de 2010 y resolución externa 8 de 2000de la Junta Directiva del Banco de la República, resumiéndose en la presunción de su incumplimiento formal de canalizar a través de los I.M.C, el valor FOB de sus exportaciones, debiendo justificar el reintegro de unas divisas, obtenidas como mecanismo de pago anticipado o anticipo de una prefinanciación de la exportaciones antes del embarque, no pudieron ser desvirtuadas con el recurso que se desata en la actuación administrativa. Oponiéndose a la prosperidad e las pretensiones de la demanda.

- **TRAMITES PROCESALES**

La demanda fue presentada el día 29 de marzo de 2019, siendo admitida mediante auto adiado 12 de abril de la misma anualidad, y siendo notificada al demandante por estado electrónico.

Posteriormente, fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el 12 de julio de 2019 de conformidad con el artículo 199 del CPACA. Habiéndose contestado la demanda, se dio el traslado respectivo.

Después, mediante auto de fecha 23 de septiembre de 2019 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 30 de octubre del mismo año, y celebrando la de pruebas 03 de febrero y 27 de julio de 2020, en la cual se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación de alegatos por escrito dentro de los 10 días siguientes.

- **ALEGACIONES**

PARTE DEMANDANTE. No presentó alegatos de conclusión.

PARTE DEMANDADA: Se ratifica en los argumentos de la contestación de la demanda. Destacando que los argumentos expuestos el sociedad demandante en sede administrativa y en esta demanda , no se encuentran soportados en pruebas idóneas del debido reintegro de las divisas por parte de la sociedad DICTADOR EUROPE S de R. L. como mecanismos de prefinanciar exportaciones antes del embarque, toda vez que el exportador en procura de explicar la inexistencia de responsabilidad cambiaria, no ha aportado las pruebas pertinentes que desvirtúen tal cargo imputado, pruebas que demuestren la correspondiente a la transacción realizada, toda vez que las Declaraciones de Exportación No. 600753790417904 del 20 de marzo de 2012, y 6007538824830 del 18 de abril de 2014, que ampara las mercancías de las Facturas Nos. 1443 del 28 de febrero de 2012 y 1449 del 03 de marzo de 2012, no fueron canalizada en la forma y términos que la norma cambiaria contenida en la resolución 8 de 2000, y sus modificaciones, y la DCIN 83 de la JDBR y no se encuentran justificadas las diferencias.

Respetuosamente consideramos que con los actos administrativos no se incurrió en causal de nulidad alguna y, por ende, solicito a su honorable despacho denegar las pretensiones de la demanda, al encontrarse los actos ajustados y motivados conforme a derecho.

MINISTERIO PUBLICO: No emitió concepto.

3. CONTROL DE LEGALIDAD

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA, revisada la etapa procesal surtida en el proceso de la referencia, el Despacho procede a constatar si hay alguna irregularidad que deba subsanarse o que genere nulidad, no encontrando ninguna causal de vicio o irregularidad.

Atendiendo a la naturaleza del asunto, y de acuerdo con las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

4. CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Al Despacho le corresponde resolver los siguientes problemas jurídicos:

Primero, determinar si durante la expedición de los actos administrativos No. 000696 de 09 de abril de 2018 y 2078 de 03 de octubre de 2018, la DIAN incurrió en la causal de nulidad de violación al debido proceso por no garantizar la práctica de pruebas solicitadas por la accionante y por no decretar de oficio inspección contable.

Segundo, determinar si la sociedad accionante incurrió en la comisión de la infracción contemplada en el artículo 2 de la resolución externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus modificaciones, con fundamento en el numeral 8 del artículo 3 del decreto 2245 de 2009, y en consecuencia, si la sanción impuesta fue ajustada a derecho.

TESIS

Hecho el análisis respectivo, se destaca la trascendencia de las figuras del pago anticipado y prefinanciación, de allí que uno de los elementos probatorios a resaltar sea el contrato celebrado por el extremo activo, siendo claro para el Despacho la existencia y validez del contrato

denominado ACUERDO MARCO DE COOPERACION SOBRE LA VENTA, celebrado entre las sociedades DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA y DICTADOR EUROPE S de R. L, en el cual como forma de pago se pactó el pago anticipado, lo que sumado a la presunción establecida en numeral 4.1.3 del DCIN 83 de la JDBR, no existe duda en que la forma de pago sobre la que se soporta la exportación realizada por la sociedad demandante, es el *pago anticipado*; lo que demuestra una falsa motivación por parte de la DIAN al resolver de fondo el procedimiento administrativo.

Mientras que en lo tocante al debido proceso, se muestra que a pesar de haberse hecho solicitud de pruebas dentro del término de ley, y valga decir, que para este Despacho las mismas se muestran útiles, pertinentes y conducentes, pues guardaban estrecha relación con la situación fáctica discutida, la DIAN guardó silencio respecto a las mismas, cercenando de tajo y sin justificación alguna el debido proceso de la hoy sancionada, desconociendo elementos básicos de tal principio, como los derechos de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental, siendo claro que, en el asunto que nos ocupa se desconocieron las garantías mínimas que en materia probatoria disponen los artículos 29 Constitucional, 24 y 25 del decreto 2245 de 2011, lo que limitó el recaudo de la información necesaria para poder realizar un verdadero análisis integral y llegar a determinar de manera veraz y certera el actuar de la sociedad investigada, tal como lo impone el artículo 3 del último decreto mencionado, generándose con dicho proceder la infracción de las normas en que deberían fundarse.

Por lo tanto, con base en las razones antes expuestas accederá el Despacho a declarar la nulidad deprecada.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

- **MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL**

El Decreto Ley 2245 de 2011 le confiere a la DIAN potestad sancionatoria con respecto al control de cambios relacionados con la importación y exportación de bienes y servicios; gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones, entre otras. [1]

Cabe destacar que en el régimen sancionatorio de la DIAN, se define la infracción cambiaria como "*la infracción cambiaria es una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del régimen cambiario vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico*."

Por su parte, 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, establece:

> "Artículo 1o. DECLARACION DE CAMBIO. La declaración de cambio es la información de los datos mínimos de las operaciones de cambio canalizadas por conducto del mercado cambiario, suministrada por los residentes y no residentes que realizan las operaciones de cambio y transmitida al Banco de la República por los intermediarios del mercado cambiario y los titulares de cuentas de compensación.

[1] Decreto Ley 2245 de 2011, art. 2.

Parágrafo. El Banco de la República adoptará mediante reglamentación general los términos, condiciones y procedimientos aplicables a la declaración de cambio y a las operaciones de qué trata la presente resolución. Así mismo, podrá solicitar la información adicional que considere pertinente para el seguimiento de las operaciones de cambio.

Artículo 2o. DIFERENCIAS. No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior.

Podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas diferentes al valor de las operaciones de cambio obligatoriamente canalizables, siempre y cuando estas diferencias se presenten por causas justificadas.

Artículo 3o. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS. Para efectos cambiarios y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los residentes en el país que efectúen operaciones de cambio están obligados a conservar los documentos que acrediten el monto, características y demás condiciones de la operación y el origen o destino de las divisas, según el caso, por un período igual al de caducidad o prescripción de la acción sancionatoria por infracciones al régimen cambiario.

Tales documentos deberán presentarse a las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario que los requieran o dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones cambiarias.

Artículo 4o. SANCIONES. Quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables.

Artículo 6o. DEFINICION. 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 previsto en esta resolución. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, se canalicen voluntariamente a través del mismo.

Artículo 7o. OPERACIONES. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario: 1. Importación y exportación de bienes. 2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas. 3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas. 4. Inversiones de capital colombiano en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas. 5. Inversiones financieras en títulos emitidos y en activos radicados en el exterior, así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario. 6. Avales y garantías en moneda extranjera. 7. Operaciones de derivados.

Parágrafo. El Banco de la República mediante reglamentación de carácter general podrá establecer excepciones a la canalización de estas operaciones.

Artículo 8o. PLAZO GENERAL DE REINTEGRO. Salvo lo dispuesto en normas especiales, las divisas provenientes de operaciones de cambio del mercado cambiario deben canalizarse por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución, dentro de un plazo máximo de seis meses, contados desde la fecha de recepción de las divisas.

Artículo 9o. PAGO DE OBLIGACIONES. Las divisas para el pago de obligaciones provenientes de operaciones de cambio del mercado cambiario deben canalizarse por conducto de los

intermediarios autorizados para el efecto o a través del mecanismo de compensación previsto en esta resolución.

Artículo 10o. CANALIZACIÓN. Los residentes deberán canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones. Las importaciones podrán estar financiadas por los intermediarios del mercado cambiario, el proveedor de la mercancía y otros no residentes.

(…)

Artículo 16o. PAGOS ANTICIPADOS Y PREFINANCIACIÓN DE EXPORTACIONES. Las exportaciones podrán estar financiadas bajo la modalidad de pagos anticipados provenientes del comprador del exterior, o bajo la modalidad de prefinanciación de exportaciones en la forma de préstamos en moneda extranjera concedidos por los intermediarios del mercado cambiario o por no residentes.

1. Pagos Anticipados. Las divisas recibidas de compradores extranjeros por concepto de futuras exportaciones de bienes no constituyen una obligación financiera con reconocimiento de intereses ni generan para el exportador obligación diferente a la entrega de la mercancía

2. Prefinanciación de Exportaciones. Como requisito para el desembolso y canalización de los préstamos en moneda extranjera concedidos por los intermediarios del mercado cambiario y por no residentes para prefinanciar exportaciones deberá constituirse un depósito en el Banco de la República en las condiciones, monto y plazo que determine de manera general la Junta Directiva.

El exportador que compruebe la realización de la exportación podrá pedir la restitución anticipada del depósito conforme al procedimiento y a la tabla de descuento que para el efecto establezca el Banco de la República.

El capital del crédito deberá pagarse con el producto de la exportación. No obstante, si por efecto de haber financiado parte o la totalidad del depósito con el producto del préstamo, el valor de la exportación es inferior al valor del préstamo, el exportador podrá adquirir divisas en el mercado cambiario hasta por el valor financiado del depósito, con el fin de completar el valor de amortización del préstamo.

En todo caso, el exportador podrá acudir al mercado cambiario para adquirir las divisas necesarias para el pago del capital y los intereses correspondientes.

Parágrafo. No habrá lugar a la constitución del depósito del artículo 26 de la presente resolución en el caso de exportaciones de bienes de capital definidos en el artículo 84 de la presente resolución.

Mientras que, el Decreto 2245 de 2011, determina:

"Artículo 3°.*Sanción*. Las personas naturales o jurídicas y demás entidades asimiladas a estas que infrinjan el régimen cambiario respecto de operaciones y obligaciones cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán sancionadas con la imposición de multa que se liquidará de la siguiente forma:

(…)

8. Por canalizar a través del mercado cambiario un valor superior al consignado en los documentos de aduana o los que hagan sus veces, se impondrá una multa del ciento por ciento (100%) de la diferencia entre el valor canalizado y el consignado en los documentos de aduana o los que hagan sus veces.

No habrá infracción cambiaria en el evento de canalizarse valores superiores a los consignados en la declaración aduanera de importación o de exportación o los que hagan sus veces, o en el evento en que se pruebe que el valor de la obligación es el efectivamente canalizado, o en los casos en que la Entidad de Control establezca con fundamento en el análisis integral de la información, que el valor canalizado corresponde al monto de la obligación contraída con o desde el exterior; siempre y cuando en tales eventos las diferencias obedezcan a causas justificadas fundamentadas en los documentos conservados por el investigado.

(…)

Artículo 24. *Período probatorio.* Las pruebas solicitadas se decretarán cuando sean conducentes pertinentes, eficaces y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación; se denegarán las que no lo sean y se ordenará de oficio las que se consideren pertinentes mediante resolución motivada que señalará el término para su práctica, que no podrá exceder de cuatro (4) meses, si se trata de pruebas a efectuarse en el territorio nacional, o de seis (6) meses, si deben practicarse en el exterior.

Las pruebas aportadas se incorporarán al expediente sin necesidad de resolución que así lo disponga y las mismas se valorarán en su conjunto en la resolución sancionatoria, en la que resuelva el recurso de reconsideración que procede contra esta última o en la que decida la terminación de la actuación administrativa cambiaria.

Contra la resolución que deniegue total o parcialmente las pruebas solicitadas procederá únicamente el recurso de reposición ante el funcionario que dictó el acto recurrido, presentado dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación.

El recurso se resolverá y notificará dentro de los dos (2) meses siguientes a su interposición, mediante resolución contra la cual no procederá recurso alguno.

El período probatorio correrá a partir de la ejecutoria de la resolución de pruebas.

Artículo 25. *Valoración probatoria.* Las pruebas se valorarán en su conjunto conforme con las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria y la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente.

La valoración de las pruebas que fueron aportadas al expediente o practicadas dentro del período probatorio se hará en la resolución sancionatoria, en la que resuelva el recurso de reconsideración que procede contra esta última, o en la de terminación de la actuación administrativa cambiaria, según corresponda

Para la práctica y valoración de las pruebas serán admisibles todos los medios de prueba y la aplicación de todos los procedimientos y principios consagrados para el efecto, en los artículos 168 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, 174 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y específicamente en los artículos 742 a 749 y demás disposiciones concordantes del Estatuto Tributario, o en las normas que los adicionen o sustituyan."

APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA[2]

por regla general las garantías del debido proceso son aplicables en el derecho penal y en todas las demás manifestaciones del derecho sancionador, entre ellas, el derecho administrativo sancionatorio, aunque con distinta intensidad, en consideración a la naturaleza, objeto y fines de cada uno de tales regímenes, salvo en los casos en que el legislador haya consagrado expresamente alguna excepción, como sería por ejemplo en tratándose del derecho administrativo

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 04 de agosto de 2016. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00701-01Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

cambiario en el que se consagró un régimen de responsabilidad objetiva. […] [L]a Sala debe precisar que aunque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero y disciplinario), el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, éste es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.

El derecho a aportar y controvertir las pruebas, como componente del derecho fundamental al debido proceso.[3]

El problema jurídico planteado en esta oportunidad atañe al derecho a presentar pruebas, el cual ha sido considerado como un derecho fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso [C-598 de 2011].[4]

La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. En la sentencia C-1270 de 2000,[5] la Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas, en el escenario de los conflictos propios del derecho laboral:

> **"**3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.
>
> 3.3. **Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas"**.

En la sentencia C-537 de 2006 la Corte Constitucional hizo una amplia referencia al alcance del derecho a probar. Aunque la providencia se ocupaba del ámbito penal, donde las garantías judiciales irradian su mayor fuerza normativa, con el propósito de prevenir restricciones

[3] Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014.
[4] MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. María Victoria Calle Correa.
[5] MP. Antonio Barrera Carbonell.

injustificadas de la libertad personal, sus consideraciones son relevantes como marco ilustrativo del alcance de este derecho:

> **"**El artículo 29 constitucional consagra el derecho fundamental a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en contra del procesado. Se trata de una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa, en el sentido de poder utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales. En tal sentido, la Corte ha considerado que (i) el juez sólo puede condenar con base en pruebas debidamente controvertidas que lo llevan a la certeza de la responsabilidad del procesado[6]; (ii) se trata de una garantía[7] que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo; (iii) para la validez y valoración de las pruebas deberá garantizarse a la contraparte el escenario para controvertirlas dentro del proceso en el que se pretenda hacerlas valer[8]; (iv) el funcionario judicial vulnera el derecho de defensa y desconoce el principio de investigación integral, en aquellos casos en los cuales deja de solicitar, o practicar sin una justificación objetiva y razonable, aquellas pruebas que resultan fundamentales para demostrar las pretensiones de la defensa[9]; (v) en virtud del derecho de contradicción, el procesado tiene derecho a oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra, vulnerándose esta garantía cuando "*se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso*"[10]; por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para participar efectivamente en la producción de la prueba, "*por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador*"[11] y exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba; y (vi) el núcleo esencial del derecho de defensa comprende la posibilidad real y efectiva de controvertir las pruebas.[12]

En ese sentido, es posible concluir que la pluralidad de principios del debido proceso administrativo involucra los derechos de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental. En tal sentido, en sentencia T-1341 de 2001, la Corte sentenció: *"i.) La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (CP, art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que <ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público>.*[13]

Y, en lo atinente a la estructura probatoria de los procesos judiciales, ha puntualizado:

> "2.1.....Parte esencial de dichos procedimientos lo constituye todo lo relativo a la estructura probatoria del proceso, conformada por los medios de prueba admisibles, las oportunidades que tienen los sujetos procesales para pedir pruebas, las atribuciones del juez para decretarlas y practicarlas, la facultad oficiosa para producir

---

[6] Sentencia C-609 de 1996 (MPs. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz. SV. Carlos Gaviria Díaz, Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo).
[7] Sentencia C-830 de 2002 (MP. Jaime Araujo Rentería).
[8] Sentencia C-798 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño. SV. Rodrigo Escobar Gil. SPV y AV. Jaime Araujo Rentería).
[9] Sentencias T-055 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-442 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-324 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-329 de 1996 (MP. José Gregorio Hernández Galindo. AV. Hernando Herrera Vergara) y T-654 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).
[10] Sentencia T-461 de 2003 (MP. Eduardo Montealegre Lynett).
[11] *Ibídem.*
[12] Sentencia SU-014 de 2001 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez).
[13] Corte Constitucional, Sentencia T-165 de 2001.

pruebas, y las reglas atinentes a su valoración. || 2.2. Aun cuando el art. 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso".[14] (Negrillas y subrayas fuera de texto)

- **CASO CONCRETO**

En el caso particular, la sociedad demandante pretende que se declare la nulidad de las No. 000696 de 09 de abril de 2018 y 2078 de 03 de octubre de 2018, proferidas por la Dirección Seccional De Aduanas de Cartagena, por medio de las cuales se impone una sanción cambiaria y resuelve recurso de reconsideración respectivamente, aduciendo básicamente que se expidieron con violación al debido proceso e indebida valoración probatoria.

Ahora bien, la infracción cambiaria endilgada a la actora corresponde a los supuestos fácticos descritos en artículos 2 (…*No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior.)* y 7 (…*Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario: 1. Importación y exportación de bienes. 2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas.)* de la resolución externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus modificaciones, en concordancia con la presunción de violación del numeral 8 del artículo 3 del decreto 2245 de 2011 (*Las personas naturales o jurídicas y demás entidades asimiladas a estas que infrinjan el régimen cambiario respecto de operaciones y obligaciones cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán sancionadas con la imposición de multa que se liquidará de la siguiente forma: (…) 8. Por canalizar a través del mercado cambiario un valor superior al consignado en los documentos de aduana o los que hagan sus veces, se impondrá una multa del ciento por ciento (100%) de la diferencia entre el valor canalizado y el consignado en los documentos de aduana o los que hagan sus veces*.)

PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

- Expediente administrativo del procedimiento administrativo OIO 1392012201400069, que culmina con la expedición de las Resoluciones No. 000696 de 09 de abril de 2018 y 2078 de 03 de octubre de 2018, expedidas por la DIAN. (folios 11 a 40 del Documento 02 del expediente electrónico y contestación de la demanda)

- Peritazgo. Prueba respecto de la cual se harán precisiones por parte del Despacho, en cuanto a la forma de su práctica por parte del auxiliar de justicia.

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-1270 de 2000

Ahora bien, luego de confrontar la demanda y la contestación de esta, y los problemas jurídicos planteados en la audiencia inicial, destaca el despacho que la discusión finalmente es de puro derecho, centrado esencialmente en verificar si existió infracción de la norma superior, así como en la que debió fundarse la entidad pública al resolver el procedimiento administrativo discutido.

Determinado el anterior cerco fáctico-jurídico, de la demandada extraemos la resolución No. 000696 de 09 de abril de 2018, de la que se transcribe y destaca lo siguiente:

(…)

"Del análisis del cuadro arriba editado, se puede comprobar en forma clara que existió una diferencia de reintegro por anticipo por financiación o prefinanciación de futuras exportaciones, estos sobre reintegros de anticipos no se encuentran justificados, así mismo que el argumento expuesto por el apoderado del Exportador DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA., NIT. 900173886-5, en vez de aclarar la situación, con el aporte del contrato de compraventa expuesto como prueba, para desvirtuar los cargos imputados, en vez de aclararos, lo que hacen es dar más fuerza a la tesis de que se está ante la prefinanciación de una exportación, toda vez que tal como lo establece la DCIN 83 de la JDBR, actualizada a la fecha e los hechos, la financiación de exportaciones hace referencia al crédito que otorga el exportador a un no residente en el pago de su exportación, este plazo no debe ser reportado ante el Banco de la Republica en su contexto el subnumeral 4.2 del numeral 4. EXPORTACIONES, de la DCIN 83, de la JDBR, no informa lo siguiente (…)

(…)

En realidad en el presente proceso administrativo sancionatorio cambiario no se encuentra soportado documentalmente en las pruebas existentes en el expediente de la referencia, que hubiese existido una prefinanciación, toda vez que no aparece el cumplimiento de los requisitos establecidos en el DCIN 83 de la JDBR, para este tipo de reintegro de divisas por prefinanciación de anticipos de futuras exportación, así mismo el contrato que se expone como ACUERDO MARCO DE COOPERACION SOBRE LA VENTA, es un documento que no aparece debidamente refrendado ante notario o consulado, careciendo de valor probatorio, indicándole a este Despacho, que se trata de un documento de intensión sin valor de fuerza de ley ya que no se encuentra debidamente registrado ante la autoridad competente.

Ante todo, estos hechos son inobjetable que se está ante la prefinanciación de Exportación, en las cuales no se cumplieron con las reglamentaciones y obligaciones en cabeza del exportador DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA NIT. 900.173.886, al momento de realizarse los reintegros a través de la cuenta corriente del Banco Davivienda S. A., prefinanciación concedida por el No Residente, y tal como se encuentra informado en el acto de formulación de cargos No. 00044 del 16 de agosto de 2016, las amortizaciones por prefinanciación de futuras exportaciones para el año 2011, presentan diferencias no justificadas por un valor superior al monto de las operaciones amparadas en las facturas de venta en el exterior que soportan las Declaraciones de exportación No. 600753790417904 del 20 de marzo de 2012, y 6007538824830 del 18 de abril de 2014, por la suma de $ 132.597.980,00 (CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA PESOS MICTE).

En virtud de lo expresado, no se encuentran justificadas las diferencias por canalizar montos superiores a las exportaciones realizadas por la sociedad DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA NIT 900.173.886, evento ante el cual se tiene que no cumplió con las disposiciones que el Régimen de Cambios exige para el reintegro de las divisas recibidas por parte del exportador de acuerdo, al surgir diferencias canalizar a través del mercado cambiario montos superiores al valor de las mercancías facturadas por el exportador y consignado en las exportaciones antes relacionadas.

> De esta manera procederá imponer la sanción por la conducta prevista en el numeral 8 del articulo 3 de Decreto 2245 de 2011 que señala: **Por canalizar a través del mercado cambiario un valor Superior al consignado en los documentos de aduana o los que hagan sus veces, se impondrá una multa de ciento por ciento (100%) de la diferencia entre el valor canalizado y el consignado en los documentos de aduana o los que hagan sus veces.**
>
> En este sentido y atendiendo el acopio de material probatorio anexo en ol expediente a nombre de DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA., NIT. 900173886-5, y que el Despacho, ha realizado la correspondiente gestiones tendiente a verificar los argumentos expuestos por el Importador, no encuentra pruebas del debido reintegro de las divisas, que fueron aportadas por el comprador en el exterior la sociedad DICTADOR EUROPE S de R L como mecanismos de prefinanciar exportaciones antes e embarque, toda vez que el exportador en procura de explicar la inexistencia de responsabilidad cambiaria, no ha aportado las pruebas pertinentes que desvirtúen tal cargo imputado"

De lo antes transcrito, determina el Despacho que, como elementos básicos para imponer la sanción cambiaria, se adujo por parte de la DIAN que se presentó la **prefinanciación de una exportación** por parte de DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA, y que si bien se trajo al trámite administrativo contrato denominado *ACUERDO MARCO DE COOPERACION SOBRE LA VENTA*, se aduce por parte de la entidad, **que carece de valor alguno debido a que no aparece debidamente refrendado ante notario o consulado**, por ello careciendo de valor probatorio, y manifestando paralelamente que se trata de un **documento de intensión sin valor de fuerza de ley debido a que no se encuentra debidamente registrado ante la autoridad competente**.

Vemos pues, que en estos puntos se centra el choque de posiciones entre las partes del asunto que nos ocupa, ya que, mientras el extremo activo aduce que en el giro de dicho negocio se pactó un pago anticipado, la entidad demandada aduce que en realidad se está ante la figura de la prefinanciación; de allí que se a necesario traer a colación la circular reglamentaria externa del Banco de la República **DCIN -83** (la cual igualmente fue tomada como referencia por la DIAN al momento de resolver sobre la sanción), que respecto a las dos figuras establece:

(…)

"4.1.3. Pagos anticipados al embarque.

Se considera que hay pago anticipado cuando éste se efectúa a través del mercado cambiario antes del embarque de la mercancía.

Para los ingresos de pagos anticipados de exportaciones, deberá suministrarse la información de los datos mínimos de las operaciones de cambio por exportaciones de bienes (Declaración de Cambio), utilizando el numeral que corresponda según la relación contenida en el Anexo 3 de esta Circular.

Los pagos recibidos sobre futuras exportaciones de bienes, no pueden constituir una obligación financiera con reconocimiento de intereses, ni generar obligación diferente a la entrega de la mercancía.

(…)

4.3. Prefinanciación de exportaciones.

Los exportadores podrán obtener préstamos provenientes de los IMC o de no residentes para prefinanciar sus exportaciones de bienes, los cuales constituyen una operación de endeudamiento externo que debe ser informada al BR antes de su desembolso, mediante la presentación del Formulario No. 6 "Información de endeudamiento externo otorgado a residentes" de conformidad con el procedimiento previsto en el numeral 5.1. del Capítulo 5 de esta Circular, previa la constitución del depósito a que se refiere el numeral 2 del artículo 75 de la R.E. 1/18 J.D, cuando a ello haya lugar.

El procedimiento para la constitución, liquidación y restitución anticipada del depósito se sujetará a lo dispuesto en la Circular Reglamentaria Externa DFV-113. El desembolso y pago del endeudamiento externo originado en la prefinanciación de exportaciones, se efectuará conforme al procedimiento que señala el numeral 5.1 del Capítulo 5 de esta Circular.

La prefinanciación de exportaciones se podrá pagar con el producto de la exportación realizada con posterioridad a la fecha de la prefinanciación. En este caso se deberá suministrar la información de los datos mínimos de excepciones a la canalización al IMC o directamente por el deudor del crédito si es titular de cuenta de compensación, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que se efectuó la operación." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

De la normativa administrativa transcrita, es factible colegir que la situación fáctica, en cuanto la forma de pago de la exportación materializada por DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA, se adecúa a la presunción descrita en el numeral 4.1.3 del DCIN 83 de la JDBR, esto es, **pago anticipado**; presunción que fue desechada sin más por parte de la DIAN, pues de manera llana determina que en realidad se está frente a una prefinanciación, y para ello rechaza y alega la falta de validez del contrato denominado *ACUERDO MARCO DE COOPERACION SOBRE LA VENTA,* celebrado entre las sociedades *DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA y DICTADOR EUROPE S de R. L,* soportado básicamente en que este no estaba refrendado ante notario o consulado y no se encontraba debidamente registrado ante la autoridad competente.

De este último dicho de la entidad pública, debemos destacar que el mentado contrato es de los denominados *atípicos*, ello atendiendo los elementos particulares de su clausulado y la forma de cumplimiento del objeto, sumado al lineamiento del artículo 869 del Código de Comercio[15] en cuanto a la norma aplicable a contratos celebrados en el exterior, conforme a la naturaleza establecida (*atípico*), traemos a cita pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil[16], que respecto a la tipicidad y atipicidad contractuales ha dicho:

"Desde un punto de vista genérico, **el concepto de tipicidad denota, en el ámbito del Derecho, aquella particular forma de regular ciertas situaciones generales a través de "tipos", los cuales no son otra cosa que conductas y fenómenos sociales individualizados en preceptos jurídicos, por medio de un conjunto de datos y elementos particulares, que brindan una noción abstracta de dichas realidades**, todo ello con miras a facilitar un proceso de adecuación de un hecho o comportamiento de la vida, al modelo normativo que indeterminadamente lo describe, con el fin de atribuirle los efectos allí previstos. **De manera que la tipicidad, cumple dos funciones significativas: [por] un lado, la de individualizar los comportamientos humanos y, [por] otro, la de especificarlos y reglarlos jurídicamente.**

[15] Artículo 869 C de Co: *"La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana"*
[16] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, sentencia del 25 de septiembre de 2007, expediente 11001-31-03-027-2000-00528-01

tratándose de la tipicidad de los contratos, ella tiene por finalidad la de ordenar las disposiciones negociales a través de tipos contractuales, mediante un proceso que toma como punto de partida la especificación, con sustento en un conjunto de datos o coordenadas generales, fruto de la autonomía privada de las partes, es decir, el contrato, para, a partir de allí, agregar las notas particulares y distintivas que dan lugar a los diversos arquetipos de contrato. Cuando dichos tipos están previstos en normas legales (para distinguirlos de los originados en la denominada tipicidad social, es decir, la gobernada por normas consuetudinarias), la tipicidad presupone la existencia de negocios jurídicos normativamente hipotéticos, a los cuales, cuando sea del caso, habrá de adecuarse la declaración de voluntad de las personas, para aplicarle la regulación prevista en la regla legal. Por supuesto que, como fácilmente puede entenderse, allí radica la importancia de la tipicidad contractual, esto es, en la descripción del tipo y en su regulación jurídica." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

A lo anterior, debemos adicionar que, ni los artículos 1496 a 1500 del Código Civil, ni ninguna otra disposición mencionan los contratos atípicos o innominados, como tampoco aluden a los típicos o nominados, vemos pues, que tiene origen en la interpretación doctrinal, de esta citamos al profesor Tamayo Lombana, para el cual los contratos atípicos "son el producto de la imaginación de las partes"[17], de lo que podemos concluir que, si los contratos típicos son aquellos regulados por la ley en sus aspectos esenciales, a contrario sensu los contratos atípicos son aquellos que *la ley no ha regulado en sus aspectos esenciales*. Ahora, sea el contrato típico o atípico, para su existencia y validez el artículo 1502 del Código Civil colombiano exige: *capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita*, pero se constata que la DIAN no entra a estudiar estos elementos mínimos para determinar la validez del contrato, pues solo manifiesta que carece de valor probatorio debido a que no estaba refrendado ante notario o consulado y no se encontraba debidamente registrado ante la autoridad competente, sin especificar la normativa que exige tales requisitos, y sin que esta Casa Judicial pueda establecer norma alguna que así lo exija, de allí que no exista un verdadero fundamento para haber soslayado la existencia y validez del contrato. La importancia de este contrato radica en que entre las partes se pacta como forma de pago, el *pago anticipado*, y de una lectura reposada de este, en ninguno de sus apartes se hace referencia a financiación o prefinanciación por parte de la sociedad DICTADOR EUROPE S de R. L a favor de la DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA.

Del escenario fáctico y jurídico planteado, es claro para el Despacho la existencia y validez del contrato denominado ACUERDO MARCO DE COOPERACION SOBRE LA VENTA, celebrado entre las sociedades DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA y DICTADOR EUROPE S de R. L, en el cual como forma de pago se pactó el pago anticipado, lo que sumado a la presunción establecida en numeral 4.1.3 del DCIN 83 de la JDBR, no existe duda en que la forma de pago sobre la que se soporta la exportación realizada por la sociedad demandante, es el *pago anticipado*; lo que demuestra una falsa motivación por parte de la DIAN al resolver de fondo el procedimiento administrativo.

DEBIDO PROCESO – PETICIÓN Y DECRETO DE PRUEBAS.

Recordemos que, aduce el extremo activo que se le vulnero le debido proceso por cuanto no se le decretaron las pruebas pedidas durante el trámite del procedimiento administrativo. Respecto a este punto, siendo que el trámite que conllevó a la imposición de la sanción se rituó bajo la égida del decreto 2245 de 2011, se relieva que tal normativa, en lo relativo al período y valoración probatoria, en sus artículos 24 y 25, respectivamente, determina:

"Artículo 24. *Período probatorio.* **Las pruebas solicitadas se decretarán cuando sean conducentes pertinentes, eficaces y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación; se denegarán las que no lo sean y se ordenará de oficio las que se consideren pertinentes mediante resolución motivada que señalará el término para su**

[17] Tamayo Lombana, Alberto. Manual de obligaciones. Bogotá, Temis, 1990.

práctica, que no podrá exceder de cuatro (4) meses, si se trata de pruebas a efectuarse en el territorio nacional, o de seis (6) meses, si deben practicarse en el exterior.

Las pruebas aportadas se incorporarán al expediente sin necesidad de resolución que así lo disponga y las mismas se valorarán en su conjunto en la resolución sancionatoria, en la que resuelva el recurso de reconsideración que procede contra esta última o en la que decida la terminación de la actuación administrativa cambiaria.

Contra la resolución que deniegue total o parcialmente las pruebas solicitadas procederá únicamente el recurso de reposición ante el funcionario que dictó el acto recurrido, presentado dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación.

El recurso se resolverá y notificará dentro de los dos (2) meses siguientes a su interposición, mediante resolución contra la cual no procederá recurso alguno.

El período probatorio correrá a partir de la ejecutoria de la resolución de pruebas.

Artículo 25. *Valoración probatoria.* Las pruebas se valorarán en su conjunto conforme con las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria y la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente.

La valoración de las pruebas que fueron aportadas al expediente o practicadas dentro del período probatorio se hará en la resolución sancionatoria, en la que resuelva el recurso de reconsideración que procede contra esta última, o en la de terminación de la actuación administrativa cambiaria, según corresponda

Para la práctica y valoración de las pruebas serán admisibles todos los medios de prueba y la aplicación de todos los procedimientos y principios consagrados para el efecto, en los artículos 168 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, 174 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y específicamente en los artículos 742 a 749 y demás disposiciones concordantes del Estatuto Tributario, o en las normas que los adicionen o sustituyan." (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Ahora, durante el traslado conferido a la sociedad Destilería Colombiana Established in 1913 ltda para pronunciarse respecto a los cargos, la mismas solicito la práctica de pruebas, tal como se indica en la resolución No. 000696 de 09 de abril de 2018, a saber: *realización de prueba contable; cotejo y verificación de documentos soportes de las operaciones cambiarias; verificación diagrama trazabilidad del proceso, recibos de insumos, producción, empaque, exportación mediante visitas a instalaciones y en el exterior solicitando a los involucrados la trazabilidad de los pagos realizados*. A pesar de ello, luego de una revisión exhaustiva de la resolución antes referenciada se constata que la entidad guardó silencio respecto a dicha petición, omisión que se repite en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración ejercido por la sociedad investigada.

Seguidamente se hace necesario manifestar que, en palabras de la Corte Constitucional, la importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial. En la sentencia C-1270 de 2000,[18] la Corporación se refirió al alcance del derecho a presentar y controvertir pruebas:

> **"**3.2. Aun cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de

[18] MP. Antonio Barrera Carbonell.

> los procesos, no es menos cierto que dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria. En efecto, como algo consustancial al derecho de defensa, debe el legislador prever que en los procesos judiciales se reconozcan a las partes los siguientes derechos: i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos (arts. 2 y 228); y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.
>
> 3.3. **Siendo el proceso un conjunto sucesivo y coordinado de actuaciones en virtud del cual se pretende, hacer efectivo el derecho objetivo, restablecer los bienes jurídicos que han sido lesionados o puestos en peligro y garantizar los derechos fundamentales de las personas, resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas"**. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Vemos pues que, a pesar de haberse hecho solicitud de pruebas dentro del término de ley, y valga decir, que para este Despacho las mismas se muestran útiles, pertinentes y conducentes, pues guardaban estrecha relación con la situación fáctica discutida, la DIAN guardó silencio respecto a las mismas, cercenando de tajo y sin justificación alguna el debido proceso de la hoy sancionada, desconociendo elementos básicos de tal principio, como los derechos de defensa y contradicción, ambos con naturaleza y estructura autónoma de derecho fundamental, siendo claro que, en el asunto que nos ocupa se desconocieron las garantías mínimas que en materia probatoria disponen los artículos 29 Constitucional, 24 y 25 del decreto 2245 de 2011, lo que limitó el recaudo de la información necesaria para poder realizar un verdadero análisis integral y llegar a determinar de manera veraz y certera el actuar de la sociedad investigada, tal como lo impone el artículo 3 del último decreto mencionado, generándose con dicho proceder la infracción de las normas en que deberían fundarse.

De otro lado, y previo a la conclusión, si bien en el ítem de pruebas se hizo referencia al peritazgo que reposa en el expediente, realizado por el contador Virgilio Meza Flórez, se relieva que el mismo carece de los elementos mínimos exigidos por el artículo 226 CGP, de allí que no tenga trascendencia probatoria.

En virtud a todo lo expuesto, se declarará la nulidad de las Resoluciones No. 000696 de 09 de abril de 2018 y 2078 de 03 de octubre de 2018, proferidas por la Dirección Seccional De Aduanas de Cartagena, en atención a estar afectadas de falsa motivación y materializarse la infracción de las normas en que deberían fundarse, conforme el escenario fáctico y jurídico demostrado en el presente asunto.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; así mismo lo explicó el Consejo de Estado[19] a través de su jurisprudencia.

Conforme lo anterior, se condena en costas a la parte vencida de conformidad con el Art. 188 del CPACA, las cuales se liquidarán por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados; y las agencias en derecho se fijarán conforme lo manda el ACUERDO No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, que, a consideración de este fallador, en el caso sub-judice, corresponden al 3% de las pretensiones.

5. DECISIÓN

Por lo anterior, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de las Resoluciones No. 000696 de 09 de abril de 2018 y 2078 de 03 de octubre de 2018, proferidas por la Dirección Seccional De Aduanas de Cartagena, que impusieron sanción cambiaria a la sociedad DESTILERIA COLOMBIANA ESTABLISHED IN 1913 LTDA, conforme las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la Nación – Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales –DIAN, el archivo del expediente administrativo OIO 1392012201400069, mediante el cual impuso una sanción pecuniaria a la sociedad demandante por la presunta violación al régimen cambiario.

TERCERO: Condénese en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaria teniendo en cuenta los gastos procesales debidamente acreditados. Las agencias en derecho se tasan en un 3% del monto de las pretensiones

CUARTO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 008 SIN SECCIONES ADMINISTRATIVO DE CARTAGENA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fd10c0f9161c20a01ff25c8d0b3f3df9cb5abf79ac1cf8380090e06c3c6771a1**
Documento generado en 11/09/2020 10:35:54 a.m.

[19] Sentencia del Consejo de Estado- Sección Segunda, radicado Interno No. 12912014, Consejero Ponente: Willian Hernández Gómez, de fecha 05 de abril de 2016