CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

REF.: Expediente núm. 25000-23-41000-2013-01900-01.
Recurso de apelación contra la sentencia de 12 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actora: COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL MODA SOFISTICADA S.A.S.

TESIS: AL IMPORTADOR DE MERCANCÍAS QUE SON DECOMISADAS AL INGRESAR AL TERRITORIO ADUANERO NACIONAL POR NO ESTAR RESPALDADAS EN UNA DECLARACIÓN DE IMPORTACIÓN, LE CORRESPONDE PROBAR QUE CANALIZÓ EL PAGO AL PROVEEDOR EN EL EXTERIOR A TRAVÉS DEL MERCADO CAMBIARIO, SO PENA DE INCURRIR EN UNA INFRACCIÓN Y QUE LE SEA IMPUESTA LA CORRESPONDIENTE

SANCIÓN, PUES SE PRESUME QUE EL RÉGIMEN CAMBIARIO SE VIOLA CUANDO SE INTRODUCE MERCANCÍA SIN DICHO DOCUMENTO, LO CUAL ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 12 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, mediante la cual se inhibió de pronunciarse frente al cargo de violación del derecho de defensa y el debido proceso de los vinculados solidariamente y de la pretensión tercera de la demanda; denegó las demás pretensiones y condenó en costas a la demandante.

I. ANTECEDENTES.

I.1- La sociedad **COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL MODA SOFISTICADA S.A.S. – CI MODA SOFISTICADA S.A.S.**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1ª. La nulidad de la Resolución núm. 000809 de 27 de junio de 2012, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira, por medio de la cual se le impuso una sanción por valor de $714’420.000.oo

2ª. La nulidad de la Resolución núm. 1-16-236-408-000011 de 11 de enero de 2013 que resolvió el recurso de reconsideración confirmando la anterior Resolución.

3ª. Que en caso de ser negada la petición anterior, subsidiariamente solicita que se desvinculen del proceso a los socios y al revisor fiscal de la compañía por considerar que se aplicó en forma retroactiva la legislación cambiaria para vincularlos.

4ª. Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a la demandada -Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, al pago del daño moral por los perjuicios ocasionados al aparecer en la lista de deudores morosos de la entidad, así como de los costos en que ha incurrido con el pago de honorarios de profesionales, para su defensa.

Que las anteriores condenas se ajusten tomando como base el índice de precios al consumidor que certifique el DANE o conforme a lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011; se ordene el cumplimiento de la sentencia de conformidad con el artículo 188 y siguientes de la Ley *ídem* y se condene a la demandada al pago de los gastos, costas judiciales y agencias en derecho.

I.2- La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

La sociedad es una empresa con trayectoria de 20 años, usuario aduanero permanente, importador autorizado mediante la Resolución núm. 05597 de 26 de junio de 2008 para importar materias textiles y sus manufacturas, calzado y sus partes.

Que dentro de su actividad como importador de materias textiles y sus manufacturas, la sociedad efectúa operaciones de maquila a partir de materias primas nacionales y/o extranjeras, que exporta temporalmente para su perfeccionamiento pasivo por parte de la empresa contratista del exterior, confeccionistas de prendas, que

luego importa bajo la modalidad C600, para su comercialización en Colombia.

Que a través del declarante autorizado ASERVICOMEX, presentó las siguientes Declaraciones de Importación, todas de 9 de octubre de 2009.

-DI 1319012649070, bajo la modalidad C600, con levante automático de la misma fecha, para 9890 pantalones elaborados con tela tipo mezclilla denim, precedida de una exportación temporal de materia prima para perfeccionamiento pasivo, es decir para la confección de las prendas.

-DI 13198012649088, bajo la modalidad C600, con levante automático de la misma fecha, para 6189 pantalones elaborados con tela tipo mezclilla denim, precedida de una exportación temporal de materia prima para perfeccionamiento pasivo, es decir para la confección de las prendas.

-DI 13198012649095, bajo la modalidad C100, con levante automático de la misma fecha, para 2877 pantalones tipo cargo twill/dril.

-DI 13198012649103, bajo la modalidad C100, con levante automático de la misma fecha, para 2877 pantalones tipo cordruy.

Que en relación con las dos declaraciones presentadas bajo la modalidad C600, ante el incumplimiento del plazo otorgado por la DIAN de Buenaventura para la reimportación y sin que mediara ningún requerimiento, el declarante autorizado en ese entonces – SIA TECHCOMEX, mediante escrito de 1° de julio de 2009, decidió de manera anticipada asumir la única consecuencia jurídica prevista en el Estatuto Aduanero por dicho incumplimiento, es decir, que se allanó a la sanción de multa prevista para el exportador por valor de siete salarios mínimos, señalado en el numeral 3.7 del artículo 483 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 12 del Decreto 3731 de 2003, lo cual canceló con la respectiva reducción prevista en el artículo 521 del Decreto 2685 de 1999; que la SIA

presentó los oficios en que reconocía la falta, los recibos oficiales de pago de 1° de julio de 2009 y 27 de abril de 2008.

Que con los plazos concedidos incumplidos y las sanciones canceladas, a la empresa le quedaba pendiente por finalizar la operación de maquila de los jeans, no ejecutada por el contratista ZHOGSHAN BADELUN CLOTHES Co. Ltd.; que una vez confeccionados fueron despachados desde Karachi – Pakistán, hacia Colombia para su ingreso por el Puerto de Buenaventura así:

. 6189 pantalones elaborados con tela tipo mezclilla denim, exportados con la Declaración de Exportación 3512011114927 de 15 de mayo de 2008, con factura 247 de 2 de julio de 2009, bajo el BL EXL1377 de 2 de octubre de 2009 de EXPRESS LINE.

. 9890 pantalones elaborados con tela tipo mezclilla denim, exportados con la Declaración de Exportación 3512011122367 de 27 de abril de 2008, con factura 0248 de 2 de julio de 2009, bajo el BL EXL1378 de 2 de octubre de 2009 de EXPRESS LINE.

. 1823 pantalones tipo cargo twill/dril y 2877 pantalones tipo cordruy, con factura 249 de 2 de julio de 2009, también bajo el BL EXL1378 de 2 de octubre de 2009 de EXPRESS LINE.

Que una vez la totalidad de la mercancía ingresó al país y fue nacionalizada, fue transportada en tractomula con placa KUK-776, contenedor TGHU9217993; al ser revisada en carretera por funcionarios de la Policía Fiscal y Aduanera, en virtud del Auto núm. 0067 de 12 de octubre de 2009, la POLFA de Pereira retuvo toda la carga mediante Acta núm. 1885 de 14 de octubre de 2009, aduciendo errores en la marca y el incumplimiento al reglamento técnico de etiquetado previsto en la Resolución núm. 1264 de 2007, por omisión del importador, del Código SIC y de país de origen, razón por la cual fue llevada al depósito autorizado ALMAGRARIO S.A. de Cartago para su revisión total.

Mediante la Resolución núm. 2164 de 30 de octubre de 2009, el Jefe del Grupo de Investigaciones Aduaneras y Control Cambiario decretó el decomiso de la totalidad de la mercancía contenida en el Acta de Aprehensión 1600549 POLFA de 3 de noviembre de 2009

por un valor de $714’420.000.oo, acto administrativo que se publicó en el diario El Tiempo el 25 de enero de 2010, contra el cual interpuso el recurso de reconsideración.

El 28 de abril de 2010 mediante la Resolución núm. 000630 la Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Pereira, resolvió el recurso de reconsideración confirmado la decisión, acto que fue notificado por correo el 3 de mayo de 2010 en la dirección de la empresa.

Que, posteriormente, la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira abrió el expediente administrativo PRC IMNC22 2010 2011 052, por el programa presunción cambiaria, con relación a las mencionadas Resoluciones de decomiso.

El 19 de diciembre de 2011 la DIAN expidió el Auto de Formulación de Cargos núm. 000054, por medio del cual propuso la sanción por no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a la mercancía decomisada, argumentando “es necesario precisar que se trató de una REIMPORTACIÓN, basada en

la exportación temporal de telas del país CHINA con el fin de ser perfeccionada.

De acuerdo con la investigación aduanera adelantada se pudo constatar que existen diferencias entre las declaraciones de exportación y las declaraciones de importación modalidad C600, respecto del maquilador en el exterior y el país de origen de la mercancía, los términos de permanencia de la mercancía exportada para su perfeccionamiento pasivo, así como la cantidad de tela exportada con los pantalones ingresados, hechos que no configuraban causal de aprehensión.

Que la Jefe de la División de Liquidación expidió la Resolución acusada núm. 809 de 27 de junio de 2012, por medio de la cual se le impuso una sanción por $714’420.000.oo, por violación al régimen cambiario y, en respuesta al recurso de reconsideración, la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Pereira confirmó la decisión mediante la Resolución núm. 00011, la cual fue notificada por correo el 14 de enero de 2013.

Finalmente, expuso que para agotar el requisito de procedibilidad exigido por la Ley, el 24 de julio de 2013 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, que se declaró fallida.

I.3.- Consideró que se violaron los artículos 2°, 13, 29, 83, 123 y 209 de la Constitución Política; 2°, 3° y 84 del C.C.A; la Ley 383 de 1997, modificada por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 y el concepto núm. 11698 de 2009; 2° del Decreto 2685 de 1999; y que además hubo falsa motivación.

Formuló el alcance del concepto violación en los siguientes términos:

- Violación de los artículos 2°, 123 y 209 de la Constitución Política.

Consideró que la DIAN no dio cumplimiento a los fines esenciales del Estado, que son velar por los derechos de los administrados, pues es evidente que el hecho de que las mercancías no se encuentren bien descritas en una declaración de importación y se

decomisen, no quiere decir que cambiariamente no se haya cumplido, máxime si se tiene en cuenta que la modalidad por la que se presentó la importación C600 fue precedida de una exportación, es decir, que exportó temporalmente la materia prima (textil) para perfeccionamiento pasivo consistente en la confección de las prendas que ingresaron nuevamente al país, las cuales de manera clara tienen la demostración del giro al exterior.

- Violación de los artículos 13, 29 y 83 de la Constitución Política y 2°, 3° y 84 del C.C.A.

Se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, porque no se dio aplicación al principio de la buena fe, no se valoraron las pruebas presentadas de la canalización de los dineros al exterior porque la entidad consideró que la presunción legal no se podía desvirtuar, pues la forma de hacerlo era que el decomiso no se hubiera dado.

- Violación de la Ley 383 de 1997, modificada por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 y del Concepto 11698 de 2009.

La entidad desconoció que las presunciones legales se pueden desvirtuar, pues la mercancía decomisada por la DIAN lo fue porque en la Declaración de Importación la cantidad de textil exportada y la ingresada no coincidían, lo cual no es causal de aprehensión.

- Violación del artículo 3° del C.C.A.

En materia administrativa sancionatoria se deben observar los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, la presunción de inocencia, la no *reformatio in pejus* y el *non bis in ídem*; para garantizar el principio de legalidad de los actos administrativos el Legislador ha exigido que estén debidamente motivados, de manera seria, real, cierta, ajustada a los hechos y a las normas, en este caso, aduaneras, adoptando una decisión justa, de lo contrario deben declararse nulos.

- Violación del artículo 2° del Decreto 2685 de 1999.

Que la decisión administrativa adoptada violó los principios de eficacia y justicia, de que trata el mencionado artículo, porque todos sus derechos le fueron violados, generándole una sanción por una mercancía que se decomisó por un yerro en la descripción, no por no estar amparada ni porque no llegó con documentos de transporte declarados.

Que la mercancía ingresaba como una reimportación para perfeccionamiento pasivo, es decir, solo se cancelaría la mano de obra -la maquila-, nunca el valor total de la mercancía pues está demostrado que en este caso la mercancía -materia prima- ya estaba cancelada.

Explicó que se le sancionó por infracción al artículo 10° de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República en adelante JDBR, con fundamento en el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 del 1998, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a la mercancía decomisada.

Que el hecho de que las telas hubieran sido exportadas para su perfeccionamiento pasivo a la República Popular China, tras someterse al proceso de confección y regresaran a Colombia convertidas en jeans procedentes de Pakistan, no reviste ningún inconveniente ni está prohibido en ningún texto legal que regula la materia.

Afirmó, que no es cierto, como lo estima la funcionaria en el acta de formulación de cargos, que se demostró que la mercancía no coincidía, pues no existió una muestra o estudio "*mercadológico*" de la mercancía exportada, comparado con las importadas en las declaraciones de modalidad C600; que si en gracia de discusión, existiera una diferencia, se perdió de vista que los textiles una vez confeccionados son sometidos a procesos de lavado y tintorería, lo que hace que pierdan varias de las propiedades del textil puro.

Que, además, en la vía gubernativa del proceso de decomiso se valoró la mercancía como importada en su totalidad, lo cual, para el caso cambiario es importante recordar que el artículo 138 del Decreto 2685 de 1999 señala "*la reimportación de mercancía*

exportada temporalmente para elaboración, reparación o transformación, para su libre disposición, causa tributos aduaneros sobre el valor agregado en el exterior, incluidos los gastos complementarios a dicha operaciones, con aplicación de las tarifas correspondientes a la subpartrida arancelaria del producto terminado que se importa".

Que con respecto a las declaraciones de modalidad C100 se pudo evidenciar que lo único discutido como causal de aprehensión y decomiso fue la falta de algunos requisitos del etiquetado.

Trajo a colación el Concepto núm. 11698 de 11 de febrero de 2009, que responde a una consulta que, en su parecer, corresponde exactamente a este caso, la cual transcribe en su totalidad y de la cual resalta el aparte que dice que el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, dispone: ***"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*** … . ***Pero, debe aclararse, la aplicación de tal***

presunción no determina obligatoriamente la imposición de sanción por infracción cambiaria, toda vez que la presunción solo constituye un elemento indiciario para determinar la eventual responsabilidad del presunto infractor que obviamente admite prueba en contrario dentro del proceso adelantado por responsabilidad cambiaria*"* (resaltó la actora).

Consideró que hubo falsa motivación en los actos acusados porque tanto en la formulación de los cargos como en la aplicación de la sanción se cometió un error en la calificación jurídica de la conducta punible en detrimento de sus derechos y del debido proceso, pues no existe concordancia entre los hechos y la adecuación típica formulada, por lo cual se debe declarar la nulidad de aquéllos; que se violó el derecho a la defensa porque sus argumentos no fueron tenidos en consideración.

Que la infracción cambiaria no se cometió porque las divisas correspondientes a las declaraciones de importación si fueron canalizadas a través del intermediario cambiario BBVA, todas de manera anticipada y para probarlo presenta un cuadro en el cual señala para cada Declaración de Importación involucrada en este

proceso, un valor y la fecha de giro; adjunta lo que considera documentos soportes, a saber:

. Copia del recibo oficial de pago en bancos de 9 de noviembre de 2009, correspondiente al pago de las operaciones realizadas como Usuario Aduanero Permanente por las importaciones efectuadas en el mes anterior, donde se encuentran las cuatro declaraciones mencionadas.

. Copia de los documentos de transporte núms. EXL 1377 y EXL 1378 de 22 de agosto de 2009 y facturas núms. 247, 248 y 249 de 2 de julio de 2009 expedidas por el proveedor SOLUCIONES FOR BUSINESS STRATEGIES, INC de ciudad de Panamá, cuyo término de negociación es Free on Board FOB.

. La totalidad de la importación se canceló a través del intermediario cambiario Banco BBVA, para lo cual anexa: copia de la Declaración de Cambio por importación de bienes – Formulario N°. 1 de 31 de julio de 2009; copia del comprobante Operaciones M.E. orden de pago emitida; copia del formato para la legalización

del pago de importaciones de bienes anticipada o pendiente por nacionalizar de 10 de noviembre de 2009; carta de la liquidación del giro y carta del desembolso.

. Certificación del asiento contable correspondiente al pago; certificación correspondiente al asiento contable en el libro de bancos y copia de la tarjeta profesional del Contador de la empresa.

Alegó que, además, hubo una indebida vinculación solidaria, por lo cual se violó el debido proceso porque la DIAN extralimitando su función vinculó a los socios y al revisor fiscal de la sociedad, pues con la entrada en vigencia del Decreto 2245 de 2011, la vinculación solidaria debe hacerse desde el acto de Formulación de Cargos y posterior Resolución sanción, lo cual debe notificarse por correo a través de la red oficial, cualquier servicio de mensajería autorizado o personalmente o de manera electrónica, por orden expresa del artículo 15 *ídem;* que, en este caso, se negó el derecho de defensa de los vinculados pues sólo se ordenó compulsar copias de la parte resolutiva de la Resolución sanción, violándose los artículos 29 y 30

de la Constitución Política, porque la ley no distinguió que a los vinculados se les cercenara el derecho de defensa.

Finalmente señaló que se violó el principio de la buena fe, contenido en la Constitución Política y en el artículo 2° del Decreto 2685 de 1999, porque no hubo ninguna intención de defraudar la ley ni mucho menos al proveedor, pues en el expediente de definición de la situación jurídica de la mercancía quedó claro que se había cometido el error de marcas y etiquetado, pero se canceló la totalidad de los tributos aduaneros y de la negociación realizada y el valor de las facturas fue debidamente canalizado.

Que, de igual forma, se violó la Circular núm. 0175 de 29 de octubre de 2001, emitida por el Director de la DIAN, sobre seguridad jurídica, que muy puntualmente dice que "*Es necesario reiterar que en las actuaciones de los funcionarios de la DIAN deben prevalecer los principios de irretroactividad de las normas, de la publicidad de los actos administrativos, de que lo sustancial prima sobre lo formal, de la eficiencia, la celeridad y economía, de tal*

manera que se garanticen y respeten los derechos de los contribuyentes y de los usuarios del Comercio exterior".

I.4- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Resumió los cargos y sobre ellos argumentó lo siguiente:

- Frente al cargo de falsa motivación, porque, según la actora, la acción cambiaria se realizó por el mercado cambiario y la infracción no se cometió, la entidad sostiene que no tiene vocación de prosperidad porque no se aportó ninguna prueba que demostrara la falsedad o inexactitud en los motivos que explícita o implícitamente sustentan los actos administrativos demandados y, por lo tanto, se conserva la presunción de legalidad, habida cuenta de que tanto en la motivación fáctica como jurídica se indicó y demostró que la sociedad actora incurrió en la infracción contemplada en el artículo 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la JDBR y el numeral 2

del artículo 3° del Decreto 2245 de 2011, con fundamento en la presunción cambiaria de que trata el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a las mercancías decomisadas mediante la Resolución núm. 002164 de 30 de diciembre de 2009, confirmada a través de la Resolución núm. 0630 de 28 de abril de 2010.

Que el artículo 10° de la Resolución núm. 8 de 2000 de la JDBR dispone que los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones; en el mismo sentido el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, dispone que se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional sin declararla ante las autoridades aduaneras, lo cual es reiterado por el parágrafo 7 del artículo 3° del Decreto 2245 de 2011.

Explicó que la Corte Constitucional mediante sentencia C-099 de 2003, al declarar exequible el artículo 6° de la Ley 383 de 1997,

modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, afirmó, entre otras, que la norma no admite dudas frente a la persona a quien va dirigido el precepto legal, pues es claro que el sujeto activo de la infracción es la persona natural o jurídica destinataria del régimen cambiario que introduzca mercancía al territorio nacional.

Que en concordancia con lo anterior, la entonces Subdirección de Control Cambiario de la DIAN mediante Memorando núm. 01009 de 23 de diciembre de 2003, estableció los parámetros a tener en cuenta en las investigaciones adelantadas por presunción de violación al régimen cambiario y consideró que se aplicará la presunción de infracción cambiaria cuando, entre otras, se introduzcan bienes al territorio nacional sin declararlos ante las autoridades aduaneras y que la infracción cambiaria que se presume es la no canalización a través del mercado cambiario.

Que lo anterior fue ratificado por el memorando núm. 00310 de 12 de mayo de 2005, expedido por el Director de la DIAN, que en algunos apartes señala que se aplicará la presunción a las investigaciones originadas en las Resoluciones de decomiso, entre otras, cuando *"Se introduzcan bienes al territorio nacional sin*

declararlos ante las autoridades aduaneras. En este caso se debe identificar al importador de la mercancía al territorio aduanero nacional".

Sostuvo que, para el caso concreto, dentro de la actuación administrativa no se desvirtuó que las mercancías ingresaron al país sin declararlas ante las autoridades aduaneras; que en relación con la importación de las mercancías que ingresaron en la modalidad C600, en la Resolución de decomiso se dejó evidenciado que la causal de aprehensión y decomiso de mercancías es la consagrada en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, es decir, que la mercancía no había sido declarada ante la autoridad aduanera, teniendo en cuenta, entre otros argumentos, que la DIAN había autorizado exportarla para que fueran confeccionados pantalones por la empresa ZHONGSHAN BADELUN CLOTHES Co. LTD. en China y sin embargo, se observó en las declaraciones de importación que el proveedor en el exterior es SOLUTION FOR BUSSINES STRATEGIES INC y la mercancía proviene de Panamá, empresa y País totalmente diferente al autorizado.

Que a lo anterior se suma el hecho de que las marcas de los pantalones jeans amparados en la Declaración de Importación con autoadhesivo núm. 13198012649070 de 9 de octubre de 2009 identificados como RESQUE BLUE / HPX / BI-KOOL / NIC, no correspondían con la encontrada físicamente identificadas con las marcas BEST, IN EXTENSO, NIC y OLD NAVY, y la marca de pantalones jeans amparados en la Declaración de Importación núm. 13198012649103 de 9 de octubre de 2009 identificada como MECCA, no corresponde con la encontrada físicamente, siendo lo correcto la marca registrada BEST.

Que, además, no obstante coincidir algunas marcas, se encontró que la mercancía aprehendida no cumplía con el reglamento técnico de etiquetado, toda vez que la amparada con las Declaraciones de Importación se refería a una composición diferente a la físicamente aprehendida, aunado a que el gramaje por metro cuadrado consignado tampoco correspondía, lo cual fue comprobado con la prueba merciológica en la que se realizó cotejo frente a la mercancía relacionada en las Declaraciones de Exportación núms.

3512011112367 de 27 de abril de 2008 y 3512011114927 de 18 de mayo de 2008, pruebas que llevaron a concluir que la tela exportada para perfeccionamiento pasivo no correspondía a la misma con la que se reimportó transformada en pantalones jeans.

Que, igualmente, se decomisó la mercancía relacionada en la modalidad C100 en las Declaraciones de Importación núms. 13198012649095 y 13198012649103, ambas de 9 de octubre de 2009, porque se encontró que amparaban pantalones para hombre, respectivamente, de marca ETO y MECCA, siendo los pantalones decomisados de marca IN EXTENSO, BEST, NIC y OLD NAVY de acuerdo con el etiquetado adherido a cada prenda, por tanto no se trataba de la misma mercancía.

Que entonces es evidente que el no encontrarse amparada la mercancía objeto de decomiso en las declaraciones de importación, se configuró la causal de aprehensión y decomiso de mercancías consagrada en el numeral 1.6 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, es decir, la mercancía no se encontraba declarada ante la autoridad aduanera y resultaba jurídicamente viable afirmar que no

hubo canalización de divisas configurándose la presunción cambiaria de que trata el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, aunado a que también se configuró la causal de aprehensión y decomiso de mercancías consagrada en el numeral 1.28 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, por no encontrarse debidamente etiquetada la mercancía, lo cual fue definido en el respectivo proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía.

Que no obstante que la presunción de que trata la Ley, es una típica presunción *juris tantum,* es decir, que admite prueba en contrario, dentro del proceso sancionatorio que se demanda en esta oportunidad le correspondía demostrar al demandante que había cumplido a cabalidad con las obligaciones cambiarias inherentes a la importación de las mercancías, es decir, la canalización de divisas. Lo cual no fue probado y por ende, no fue desvirtuada la presunción legal.

Que de conformidad con lo señalado en el artículo 10° de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la

República, en concordancia con la Circular reglamentaria DCIN-83, se infiere la obligación que tienen los residentes en el País de canalizar a través del mercado cambiario los pagos de importaciones realizadas.

- Que en el tercer cargo la actora afirma que la infracción no se cometió y para demostrar que cumplió con la legislación cambiaria adjuntó alguna documentación con la cual pretende probar que las divisas correspondientes a las mercancías decomisadas fueron canalizadas a través de intermediario cambiario de manera anticipada, lo cual no tiene ningún respaldo probatorio, porque de su análisis se puede concluir que los documentos cambiarios no dan claridad sobre la mercancía cuyo pago fue canalizado a través del mercado cambiario, pues la declaración de cambio núm. 024645 de 31 de julio de 2009 por Importación de Bienes Formulario N° 1 no relaciona ninguna Declaración de Importación y, si bien, en el documento formato para la legalización del pago de importaciones de bienes anticipados o pendientes de nacionalización de 10 de noviembre de 2009, se relacionan las Declaraciones de Importación con formularios núms. 352009000157616-4, 352009000157609-2,

35209000157621-1 y 35209000157624-3, éstas no amparan la mercancía aprehendida y decomisada por la autoridad aduanera; que, además, el valor plasmado en este documento como canalizado a través del IMC BBVA por valor de USD$3.758.20, difiere respecto del valor relacionado en la Declaración de Importación núm. 352009000157616-4 que fue FOB USD$14.570.44 (casilla 78) y en la factura núm. 0248 de 2 de julio de 2009, circunstancia que también ocurre respecto de la Declaración de Importación núm. 352009000157609-2 y la factura 0247 de 2 de julio de 2009 que tiene un valor FOB de USD$ 9.117.94, mientras que el valor canalizado es de USD$2.351.82.

Que aunado a lo anterior, si se analizan las facturas, las cantidades y los valores no coinciden con lo supuestamente canalizado a cargo de la Declaración de Importación.

Que además, la mercancía descrita en las Declaraciones de Importación en las cuales se registró como modalidad de importación C-600 – reimportación de compensadores obtenidos por perfeccionamiento pasivo, no corresponde a ninguno de los

ítems decomisados, pues en las dos declaraciones se describe a un proveedor en el exterior y un país de origen diferente al que se exportó la materia textil para su perfeccionamiento pasivo, que era CHINA y la mercancía ingresada venía de Panamá, con proveedor diferente.

Enfatizó en el hecho de que la exportación primigenia había sido autorizada en abril y mayo de 2008 para la permanencia de una mercancía en el exterior por un término de seis meses bajo la modalidad de exportación temporal para perfeccionamiento pasivo para que la empresa ZHONGSHAN BEDELUN CLOTHES Co. LTD. confeccionara las prendas, sin embargo no se advierte ninguna canalización a favor de esta empresa y, por el contrario, se quiso ingresar la mercancía bajo la modalidad de reimportación por perfeccionamiento pasivo, en un claro intento de fraude a las normas aduaneras y de contera a las normas cambiarias.

Concluyó que la presunción legal de que trata el artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, no fue desvirtuado por la sociedad demandante, siendo

plenamente aplicable la sanción prevista en el numeral 2 del artículo 3° del Decreto 2245 de 2011, por lo cual se desvirtúa por completo una falsa motivación de los actos demandados teniendo en cuenta que se encuentran debidamente probados y tuvieron como sustento las Resoluciones de decomiso núms. 002164 de 30 de diciembre de 2009 y 000630 de 28 de abril de 2010, aunado a que la DIAN contaba con plenas facultades legales para efectos de verificar el cumplimiento de la normatividad cambiaria, relacionada con la correcta canalización de divisas a través de los intermediarios del mercado cambiario respecto de las mercancías que han sido objeto de decomiso.

Afirmó que la sociedad actora contó con múltiples oportunidades procesales para desvirtuar los hechos imputados en los actos administrativos cambiarios, pues con el inicio de la investigación cambiaria le fue remitido el requerimiento ordinario de información núm. 0035 de 25 de octubre de 2011, frente al cual no aportó respuesta alguna, como tampoco contestó el auto de formulación de cargos, oportunidades con las que contó para efectos de ejercer

el derecho de defensa, desvirtuándose la violación al debido proceso.

- Acerca de la indebida vinculación solidaria que alega la sociedad actora, arguyó que el cargo no tiene vocación de prosperidad porque el artículo 33 del Decreto 2245 de 2011, por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la DIAN, dispone que son responsables solidarios, entre otros, los representantes legales, los socios y los revisores fiscales, y que su vinculación al proceso administrativo deberá hacerse en el acto de formulación de cargos que cumpla los requisitos señalados por el artículo 11; que esta norma no indica la forma de hacer la vinculación.

Explicó que el efecto de la solidaridad consiste en extender el ámbito de la responsabilidad cambiaria de manera que pueda ser exigida a otros sujetos distintos de los principalmente obligados y debe entenderse que los vinculados solidarios no son sujetos procesales, es decir, no ostentan la calidad de investigados por parte de la Administración, pues únicamente están llamados a

responder dentro del proceso de cobro coactivo adelantado por la entidad, en caso de imponerse la respectiva sanción, por lo cual dicha vinculación no debe efectuarse a través del ritual procesal de que trata el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011.

Que el Memorando núm. 000070 de 9 de febrero de 2012 precisó:

> "para que una persona pueda vincularse al proceso de cobro, es necesario que se vincule desde su inicio mismo del proceso sancionatorio o de expedición de una liquidación oficial. En consecuencia, las Direcciones Seccionales comunicarán al posible deudor solidario el Acto de Formulación de Cargos o el Requerimiento Especial Aduanero, así como el acto administrativo que resuelve de fondo el proceso …". Sobre el particular la Corte Constitucional dijo en sentencia C-1201 de diciembre 9 de 2003, lo siguiente: "En conclusión, la Corte entiende que el artículo 828-1 del Estatuto Tributario es exequible siempre y cuando se entienda que el deudor solidario debe ser citado oportunamente al proceso de determinación de la obligación tributaria, en los términos del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo".

Que entonces no le asiste razón a la demandante al considerar que tanto a demandados como a vinculados en calidad de solidarios, debió la entidad notificarlos por correo y que como ello no ocurrió se le violó el derecho de defensa, pues en la actuación administrativa se siguió el procedimiento para ello, tanto así que en el artículo tercero del Acto de Formulación de Cargos núm. 000054

de 19 de diciembre de 2011, se ordenó la vinculación en calidad de responsables solidarios a las personas que a juicio del funcionario instructor habían ejecutado actos violatorios de las normas cambiarias y en el artículo 5° del mismo acto se ordenó compulsar copia a los vinculados solidarios a efectos de comunicarles su calidad como posibles deudores solidarios del principal investigado que era la sociedad CI MODA SOFISTICADA S.A.S., a quien se le notificó el Auto de Formulación de Cargos, tal y como lo ordena el artículo 16 del Decreto 2245 de 2011, luego sí conocieron de su vinculación.

- Sobre el cargo de violación al principio de la buena fe consideró que no tenía vocación de prosperidad porque este principio es de doble vía y el hecho de apartarse del cumplimiento de unas obligaciones legales rompe el precepto constitucional y mal haría la Administración en no imponer una sanción ante un hecho que infringe las normas cambiarias; que tampoco se violaron los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

II. AUDIENCIA INICIAL.

De conformidad con lo ordenado por el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 9 de septiembre de 2014 se declaró abierta la Audiencia Inicial, a la cual asistieron el apoderado judicial de la sociedad actora y de los señores Mónica Aroch Avellaneda, Alberto Aroch Mugrabi y Jaime Ortiz Pardo, el apoderado judicial de la DIAN y la Procuradora 134 Administrativa Delegada ante la Corpopración.

Se hizo un recuento de las actuaciones procesales surtidas y el Despacho advirtió que en escrito allegado el 13 de agosto de 2014 la doctora Adriana Molano, apoderada de la sociedad actora presentó solicitud de coadyuvancia de los vinculados solidariamente, el cual fue presentado fuera de término; que sin embargo, tal como lo dispuso el Despacho en el Auto Admisorio de la Demanda la personería jurídica para actuar de la doctora Molano como apoderada judicial de los señores Mónica Aroch Avellaneda, Alberto Aroch Mugrabi y Jaime Ortiz Pardo, es en calidad de vinculados como terceros coadyuvantes de la demanda y además en dicha solicitud extemporánea no se adicionó el escrito de la demanda. Las partes no manifestaron oposición.

Se declaró que no se propusieron excepciones previas o mixtas por parte de la demandada ni existía motivo para declararlas de oficio; las partes no manifestaron oposición.

Acto seguido se fijó el litigio; la entidad demandada aceptó como ciertos unos hechos, por lo cual el debate probatorio se centraría en los hechos que la entidad demandada manifiesta que no le constan; que entonces el problema jurídico consistía en determinar si con la expedición de los actos administrativos acusados se incurrió en violación de los artículos 2°, 3°, 83, 123 y 209 de la Constitución Política; 2°, 3° y 84 del C.C.A.; 6° de la Ley 383 de 1997 modificada por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998; el Concepto 11698 de 2009 y el artículo 2° del Decreto 2685 de 1999. Las partes no manifestaron oposición.

La parte demandante manifestó su ánimo conciliatorio y la parte demandada allegó en un folio constancia de que el Comité de Conciliación no presentó fórmula conciliatoria; el Despacho recordó

que puede conciliarse en cualquier estado del proceso. Las partes quedaron notificadas.

El Despacho precisó que no se presentó solicitud de medidas cautelares.

Se dispuso tener como pruebas, en cuanto fueren conducentes y por el valor que les corresponda en derecho, los documentos aportados por las partes; que, de otro lado, frente al documento relacionado en el numeral 3 del Acápite de Pruebas que no se encuentra en el expediente, el despacho advirtió que no se tendrá en cuenta toda vez que la oportunidad para allegar pruebas es con la presentación de la demanda de conformidad con el artículo 212 del C.P.A.C.A. y puso de presente que, frente a la manifestación de oposición a las pruebas solicitadas por la demandante, se pronunció al momento de decretarlas, en el sentido de acceder parcialmente a las mismas. Las partes no manifestaron oposición.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del C. de P.C. aplicable por remisión expresa del artículo 211 del C.P.A.C.A. se

corrió traslado a las partes por el término de un día, con el fin de que sean verificados y las partes realicen las manifestaciones a que haya lugar; las partes no manifestaron oposición.

Así mismo, de conformidad con lo consagrado en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., se consideró innecesaria la realización de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, por lo que se concedió a las partes el término de diez días a partir del 11 de septiembre, para que presenten alegatos de conclusión, lapso dentro del cual el Ministerio Público podría rendir concepto. Ninguna de las partes ni el Ministerio Público objetó la decisión.

III. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", mediante la sentencia apelada se inhibió de pronunciarse frente al cargo de violación al derecho de defensa y el debido proceso de los vinculados solidariamente y de la pretensión tercera de la demanda; denegó las demás pretensiones y condenó en costas a la sociedad C.I. MODA SOFISTICADA S.A.S.

Se refirió a los hechos probados, así: el 15 de diciembre de 2011 se expidió el Auto de Apertura de la investigación cambiaria a la sociedad C.I. MODA SOFISTICADA S.A.S. bajo el programa de presunción cambiaria (PRC) por presunta violación del numeral 2° del artículo 3° del Decreto 2245 de 2011, por no canalización a través del mercado cambiario el valor real de la operación efectivamente realizada; el 19 de diciembre de 2011 se formuló Auto de Formulación de Cargos, en el cual se concluyó que mediante la Resolución núm. 1-16-236-408-630 de 28 de abril de 2010, por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración se confirmó la núm. 1-16-238-457-2164 de 30 de diciembre de 2009, por la cual se decomisa una mercancía al importador por valor de $714’420.000.oo, porque no se demostró su legal introducción al país.

Que la demandada precisó que se trata de una reimportación y que de acuerdo con la investigación se constató que existen diferencias entre las Declaraciones de Exportación y las Declaraciones de Importación modalidad C600 respecto del maquilador, el país de

origen y la fecha pactada para la reimportación sin autorización de la DIAN; que la entidad concluyó que se cumplieron los presupuestos consagrados en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, que indica que se presume la infracción al régimen cambiario y propuso una multa por valor de $714’420.000.oo; que por ello la demandada ordenó el traslado de los antecedentes para que hicieran parte de la investigación por presunta infracción cambiaria y posteriormente expidió los actos acusados y en el mismo acto señaló que si la sociedad se allanaba a los cargos debería pagar el 75 % del valor de la sanción o sea la suma de 535’815.000.oo; en respuesta al recurso de reposición se confirmó la decisión.

Se refirió a los cargos en los siguientes términos:

1. Primer cargo: Violación de las normas en que debería fundarse.

Se refiere el a quo a las normas que la actora considera violadas, a saber las constitucionales; las del Código Contencioso Administrativo, el artículo 6° de la Ley 383 de 1997 modificado por

el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 y el artículo 2° del Decreto 2685 de 1999.

Para resolver el asunto el a quo, en resumen consideró:

Que del artículo 6° de la Ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, que dispone que se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía, entre otras, sin declararla ante las autoridades aduaneras, y de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República *"Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales"*, se concluye, que deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario la importación y la exportación de bienes y que los residentes en el país deben canalizar a través del mercado cambiario las divisas para pagar el valor de sus importaciones.

Que el Decreto 2245 de 2011, dispone que la sanción por pagar a través del mercado no cambiario por concepto de operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, es la de multa del 100% del monto dejado de canalizar.

Que los documentos aportados por la sociedad actora dentro de la actuación administrativa, no son claros frente a la mercancía cuyo pago fue canalizado a través del mercado cambiario, porque la Declaración de Cambio núm. 024645 no relaciona ninguna Declaración de Importación y porque en el documento de legalización de pago de bienes anticipado o pendientes de nacionalización, si bien se relacionan las Declaraciones de Importación núms. 352009000157621-1, 352009000157609-2, 35220090001576-3 y 352009000157616-4, éstas no amparan la mercancía objeto de aprehensión y decomiso, en cuanto a marcas, cantidades y los valores de las mismas difieren de los valores consignados en el formato para el pago de importaciones de bienes anticipados o pendientes de nacionalización de 10 de noviembre de 2009.

Que en algunas de las Declaraciones de Importación mencionadas el valor que consta es muy superior al valor aplicado, lo cual se refleja en las facturas.

Concluye que la presunción de que gozan los actos acusados no fue desvirtuada, y por lo tanto el cargo no prospera.

2. Segundo cargo: Falsa motivación, violación al debido proceso y el derecho de defensa por la vinculación solidaria y al principio de buena fe.

Consideró que según las pruebas obrantes en el expediente, la demandada motivó sus decisiones, estudió las pruebas aportadas, realizó un examen riguroso y detallado de los elementos que le permitieron tomar la decisión.

Que dentro de la actuación administrativa la entidad demandada concedió las respectivas oportunidades a la sociedad para intervenir presentando descargos, solicitando pruebas y todas las actuaciones que quisiera adelantar y en el recurso de reconsideración aportó pruebas.

Respecto de la falsa motivación que la actora alega por la indebida vinculación solidaria, explicó que de conformidad con el artículo 33

del Decreto 2245 de 2011, responden solidariamente por el pago de las sanciones, los representantes legales, socios, administradores, asociados, cooperados, consorciados, comuneros, copartícipes, revisores fiscales, funcionarios y empleados y su vinculación deberá hacerse en el acto de formulación de cargos que cumpla con los requisitos señalados en el artículo 11 *ídem* y, en este caso la vinculación se hizo a través del Auto de Formulación de cargos núm. 1-16-238-457-301-000054 de 19 de diciembre de 2011; que a la doctora Adriana Molano Jiménez se le otorgó poder solamente para actuar en nombre y representación de la sociedad demandante y los poderes que posteriormente se le otorgaron fueron extemporáneos; que por lo anterior se inhibe de pronunciarse sobre el cargo de violación al derecho de defensa y el debido proceso de los vinculados solidariamente al igual que sobre la pretensión tercera de la demanda, en el sentido de desvincularlos del proceso.

Respecto a la supuesta violación del principio de la buena fe consideró que no es cierto lo afirmado por la sociedad actora por cuanto los valores de la mercancía de la factura núm. 247 por valor de USD$9.117.94 y de la factura núm. 248 por valor de

USD$14.570.44, no se encuentran relacionados en la canalización de divisas, y, en este sentido, la actora no aportó prueba que desvirtúe la presunción de que trata el artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los artículos 392 y 393 del C. de P.C. aplicables al caso por remisión del artículo 188 del C.P.A.C.A. condenó en costas a la sociedad actora.

IV. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN.

La parte demandante solicita la revocatoria del fallo y que, en su lugar, se concedan las pretensiones de la demanda, en síntesis, por lo siguiente:

Que, la sentencia recurrida al pronunciarse de fondo consideró que no aportó prueba que pudiera desvirtuar la presunción de que trata el artículo 72 de la Ley 488 de 1998; a su vez dispuso inhibirse de pronunciamiento respecto de la vinculación de los responsables

solidarios, por lo cual la decisión adoptada fue contraria a la verdad pues se falló dando prevalencia a la verdad formal.

Que la sentencia apelada sostiene que en virtud del poder otorgado exclusivamente por la sociedad MODA SOFISTICADA S.A.S. se entiende que solo está habilitada para ejercer la defensa de los intereses de ésta y que no está facultada para ejercer la defensa de los intereses de los vinculados como responsables solidarios, toda vez que al incoar la acción no contaba con los respectivos poderes.

Resalta que a los vinculados sí se les vulneró el debido proceso y el derecho de defensa por cuanto no se les notificó en debida forma los actos demandados y se les sancionó compulsando copias, por lo cual la DIAN omitió lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, que establece que el auto de formulación de cargos debe notificarse por correo a través de red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la entidad competente, personalmente o de manera electrónica.

Que el C.P.A.C.A. en sus artículos 38 y 42 dispone lo relativo a la intervención de terceros y los faculta para intervenir en las actuaciones administrativas cuando su situación jurídica pueda verse afectada o cuando la decisión les pueda causar perjuicios; que en este caso la DIAN vinculó como responsables solidarios a los señores Alberto Aroch, Mónica Aroch y Jaime Pardo Ortiz, vulnerándose sus derechos al debido proceso y defensa por cuanto no se les notificó en debida forma los actos demandados, luego no pudieron agotar el procedimiento administrativo.

Que es de conocimiento de los Magistrados, que al momento de la realización de la Audiencia Inicial, se solicitó el reconocimiento de personería jurídica y se presentó el respectivo poder otorgado por las personas mencionadas para actuar en el proceso judicial, lo cual no fue aceptado por la Sala y la llevó a inhibirse de pronunciarse sobre el particular.

Resaltó que el Código General del Proceso en su artículo 74, dispuso lo relativo al procedimiento, trámite y requisitos para la presentación del poder y dispone que el poder especial puede

conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez de conocimiento, que el poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario y que podrá ser aceptado expresamente o por su ejercicio.

Que en concordancia con lo anterior, el C.P.A.C.A. en el artículo 80 dispone las etapas procesales y otorga al Juez el deber de decidir de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado, adoptando las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias, lo cual fue omitido en este caso, pese a que en la audiencia se solicitó el reconocimiento de la apoderada de la parte actora para fungir también como apoderada de los vinculados solidariamente, allegando el respectivo poder; considera que el despacho sustanciador debió prever al momento de la admisión de la demanda esta circunstancia y debió requerir el poder mediante auto de trámite, al percatarse de que en el expediente no obraba el poder otorgado por los vinculados como responsables solidarios, y por ello pudo sanear el proceso.

Que el artículo 42 del C.P.A.C.A. señala los deberes del Juez, entre ellos, adoptar las medidas autorizadas por el Código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de modo que se pueda decidir de fondo; la Sala en la sentencia recurrida no contempla lo pretendido en la demanda inicial respecto de la solicitud de desvincular del proceso a los socios y al revisor fiscal de la compañía, en la cual adujo que se aplicó en forma retroactiva la legislación cambiaria para realizar su vinculación.

Estimó que el Tribunal debió pronunciarse, en aplicación del principio de congruencia, toda vez que fue objeto de estudio en el escrito contentivo de la demanda y sustentado en el cuarto cargo como indebida vinculación solidaria; que sobre dicho principio la Corte Constitucional ha sostenido que se busca que la sentencia tenga coherencia de modo que los fundamentos de la decisión judicial adoptada sean conocidos desde el momento de la demanda y durante el desarrollo del proceso, para garantizar así el derecho al debido proceso y a la defensa, a fin de evitar que se adopte una decisión ajena a cuanto se ha ventilado a lo largo del proceso

(sentencia T-1274 de 2008, Magistrado ponente doctor Rodrigo Escobar Gil).

Que entonces la decisión proferida por el Tribunal de Cundinamarca presenta una grave vulneración de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política y los actos administrativos no pueden ser arbitrarios.

Que, de igual manera, el a quo hace una errada apreciación y se copia de la entidad demandada para afirmar que los valores de las declaraciones 352009000157616-4 y 352009000157609-2 que se encuentran relacionadas en la declaración de cambios N° 1, que es la prueba arrimada para demostrar que efectivamente los giros se habían realizado por el mercado cambiario, no corresponden a los girados, que son menores a los valores FOB consignados en las declaraciones en mención.

Enfatiza en que las declaraciones en mención corresponden a declaraciones en la modalidad "*C600 perfeccionamiento pasivo*" en

que la materia prima es exportada y lo único que se debe cancelar al ingresar la mercancía es el valor de la mano de obra; que por razones obvias en la declaración de importación el valor queda establecido en su totalidad, hecho no valorado, luego sí cumplió con la obligación cambiaria.

Insiste en que la mercancía ingresaba como reimportación para perfeccionamiento pasivo, es decir solo se cancelaría la mano de obra -la maquila-, nunca el valor total de la mercancía, pues está demostrado que en este caso la mercancía -materia prima- ya estaba cancelada.

Precisa que no es procedente, como lo hace el a quo, traer los antecedentes del proceso de decomiso, porque lo estudiado en este proceso es la procedencia o no de la sanción cambiaria, tal como se ha sostenido desde la vía gubernativa; que los hechos que se quieren resaltar como errores graves en la importación no son reales; que si efectivamente la mercancía presentó diferencia en la composición o marcas de las prendas no significa que la mercancía no se encuentre amparada y se entienda como no presentada, pues sí fue declarada ante la autoridad aduanera; que la causal 1.6 del

artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 se refiere a los casos en que procede la aprehensión, por lo que la interpretación que hace la demandada es errónea conllevando la falsa motivación.

Que una valoración de los elementos de la importación, como lo es el hecho de no haber cumplido con las condiciones de tiempo en cuanto al perfeccionamiento pasivo, el lugar donde se envió la materia prima y donde se terminó la maquila, no son causal de aprehensión y decomiso y que nunca fueron las causales argumentadas en la vía gubernativa del decomiso porque fueron las causales 1.6 y 1.28 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, esta última sobre etiquetado, son temas fuera de contexto que solo conducen a confundir al Juez.

Que la mercancía nacionalizada fue aprehendida y decomisada por la entidad, pero iba acompañada de las declaraciones de importación núms.: 1319012649070, aceptación 352009000157616-4 de 9 de octubre de 2009 (modalidad C600), con levante automático 352009000145433 de la misma fecha para 9890 pantalones elaborados con tela mezclilla denim precedida de

una exportación temporal de la materia prima para confección de las prendas; 13198012649088, aceptación 352009000157609-2 de 9 de octubre de 2009 (modalidad C600), con levante automático 352009000145432 de la misma fecha, para 6189 pantalones elaborados con tela tipo mezclilla denim, precedida de una exportación temporal para la confección de las prendas; 13198012649095, aceptación 352009000157621-1 de 9 de octubre de 2009 (modalidad C100), con levante automático 352009000114530 de la misma fecha para 2877 pantalones tipo cargo twill/dril; y 131980012649103, aceptación 352009000157624-3 de 9 de octubre de 2009 (modalidad C100), con levante automático 352009000145428 de la misma fecha para 2877 pantalones tipo cordruy, documentos que fueron desestimados por la entidad dentro del proceso administrativo adelantado para definir la situación jurídica de la mercancía, pues efectivamente se incurrió en un error en la casilla de descripción consistente en las marcas y faltaron algunos elementos en el etiquetado, causales 1.6 y 1.28 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Considera que el a quo analiza en forma separada las pruebas; en primer lugar sostiene que las declaraciones acompañadas no amparan la mercancía, hecho que no está en discusión en el presente proceso porque como ya lo dijo la aprehensión y decomiso se da por razones de errores en la descripción, pero en el momento en que la mercancía fue detenida iba acompañada de las mencionadas declaraciones de importación, luego no puede analizarse la prueba a espaldas del principio de la buena fe y lo que se puede evidenciar es que de las cuatro declaraciones acompañadas en todo el proceso se realizó la debida canalización de dineros al exterior; estima que es importante tener en cuenta que los pagos se hacen por anticipado de manera que no existe razón para no realizar o abonar los pagos que correspondan y la declaración de cambios aportada tiene un valor de USD$489.000 y los valores que debía canalizar no superan USD$51.024.79.

Insiste en que sobre las declaraciones de importación que corresponden a la modalidad C600 solo debe pagarse la mano de obra, valor que quedó específicamente señalado en las facturas 247

y 248, luego no se entiende por qué el a quo desconoce este hecho relevante para la definición de la sanción.

Manifiesta que de la aplicación del principio del debido proceso se desprende que los administrados tienen derecho a conocer las actuaciones de la administración, a pedir y controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud su derecho de defensa, a impugnar los actos administrativos y a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio, sobre lo cual se ha pronunciado la Corte Constitucional en reiteradas sentencias que cita y transcribe algunos apartes, para referirse a los principios de legalidad, el juez natural, la presunción de inocencia el derecho de defensa y el derecho a pedir pruebas y controvertirlas y a la motivación seria, real, cierta, ajustada a los hechos adoptando una decisión justa.

Finalmente, considera que el a quo debió pronunciarse sobre todos los cargos así como acceder a las pretensiones de la demanda porque quedó demostrado que no se infringió el régimen cambiario.

V. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, en la oportunidad procesal de alegatos de conclusión, guardó silencio.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Como antecedente de los actos acusados está el Auto de Formulación de Cargos núm. 000054 de 19 de diciembre de 2011[1], que se fundamenta en que mediante la Resolución núm. 1.16.236.408-630 de 20 de abril de 2010, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración, se confirmó la núm. 1.16.238.457-2164 de 30 de diciembre de 2009, por medio de la cual se decomisó una mercancía consistente en pantalones jeans por valor de $714’420.000.oo al importador C.I. MODA SOFISTICADA S.A.S., por cuanto no se demostró su introducción legal al país; el acto precisó que se trató de una reimportación basada en una exportación temporal de telas a la CHINA con el fin de ser perfeccionadas.

[1] Folios 223 a 226 del cuaderno principal

Continúa dicho acto señalando que existe diferencia entre las declaraciones de exportación y las de importación en la modalidad C600, respecto al maquilador en el exterior y el país de origen de la mercancía ya confeccionada, los términos de permanencia de la mercancía exportada así como la cantidad de tela exportada comparada con la de los pantalones supuestamente confeccionados con la materia textil exportada para perfeccionamiento pasivo.

Que en los documentos aportados por el investigado, se encuentra: que las declaraciones de importación núms. 13451010093316, 13451010093323, 13451010093290 y 13451010093309 de noviembre de 2009, no cuentan con autorización de levante porque la mercancía no cumple con el requisito técnico de etiquetado; que la declaración 13198012649070 de 9 de octubre de 2009 ampara pantalones marca RESQUE BLUE/HPW y la mercancía decomisada marca "BEST, IN …"; por su parte las declaraciones 13198012649103 y 352009000157621 de 8 de octubre de 2009 amparan pantalones marca ETO y se decomisaron pantalones marca IN EXTENSO; que por lo anterior la mercancía fue

aprehendida y decomisada mediante la Resolución núm. 2164 de 30 de diciembre de 2009.

Que por medio de Requerimiento Ordinario de Información de 25 de octubre de 2011, se le solicitó al investigado, suministrar la información relacionada con el pago y canalización de divisas a través del intermediario del mercado cambiario de las mercancías decomisadas, así: declaración de cambio por importación de bienes, actualización de la información aduanera de la declaración de cambio, documentos soporte del giro exterior (factura comercial, mensaje Swift, notas débito, liquidación de divisas, cartas de instrucciones), informe de endeudamiento externo en caso de existir y certificado del Revisor Fiscal como constancia de registro contable de la obligación y sus respectivos soportes; el investigado no dio respuesta al requerimiento ni existen en el proceso documentos que evidencien la debida canalización.

Por lo anterior, formuló cargos por presunta violación al régimen cambiario por no utilizar el mercado cambiario para canalizar el valor de la importación, infringiendo presuntamente lo dispuesto en

el artículo 10° de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, con fundamento en el artículo 6° de la Ley 383 de 1997 modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por lo cual propuso la sanción contenida en el artículo 11 del Decreto 2245 de 2011, que corresponde al avalúo de la mercancía establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica, advirtiendo que si el investigado manifiesta expresamente haber cometido la infracción, la sanción se reduciría al pago del 60% de la suma impuesta.

Este acto resolvió vincular solidariamente al proceso y compulsar copias a los señores Alberto Aroch Mugravi (socio y representante legal), Mónica Aroch Mugravi (socia) y Jaime Ortiz Pardo (revisor fiscal).

Los actos acusados

- Resolución Sanción núm. 000809 de 27 de junio de 2012.

Este acto reitera lo expuesto en el Acto de Formulación de Cargos, esto es, que en las declaraciones que presentó el importador, no figuraba la mercancía aprehendida y decomisada mediante las Resoluciones núms. 002164 de 10 de noviembre de 2009 y 0630 de 28 de abril de 2010, cuya definición jurídica fue concretada.

Señala que las mercancías decomisadas ingresaron al país violando la norma aduanera y cambiaria, pues si bien fueron presentadas a la autoridad aduanera, no están amparadas en una declaración de importación que las respalde, como tampoco tienen declaraciones de cambio.

Por lo anterior se impuso la sanción que consistió en una multa del 100% del valor de la mercancía decomisada mediante las mencionadas Resoluciones; este acto nuevamente advirtió acerca de la rebaja de la multa en caso de que la sancionada se allanara a los cargos, la sanción sería del 75% del valor de la mercancía y vinculó a los responsables solidarios antes mencionados de conformidad con el artículo 33 del Decreto 2245 de 2011 y ordenó compulsarles copia.

- Resolución Sanción núm. 000011 de 11 de enero de 2013, "*Por medio de la cual se resuelve recurso de reconsideración*".

En esencia, este acto considera que es evidente que al no encontrarse amparada la mercancía objeto de decomiso en las declaraciones de importación presentadas por la sociedad CI MODA SOFISTICADA S.A.S., **resulta lógico pensar que no hubo canalización de divisas, toda vez que la canalización de divisas a que alude la empresa hace referencia a las declaraciones de importación que no amparan la mercancía decomisada**; que esta presunción se encuentra en el artículo 6° de la Ley 488 de 1998 que admite prueba en contrario, como lo explica el Concepto 016 de 29 de abril de 2004 de la Oficina Jurídica de la DIAN, hoy Dirección de Gestión Jurídica, por lo que corresponde a quien niegue el hecho desvirtuar la presunción para lo cual puede llevar al proceso las pruebas.

La sociedad allegó al proceso administrativo, como documentos soportes, de cumplimiento del régimen cambiario, los siguientes:

. Copia del recibo oficial de pago en bancos 252009030007797-5 de 9 de noviembre de 2009, realizado como usuario aduanero permanente, por importaciones efectuadas en el mes anterior donde figuran las cuatro declaraciones de importación, a saber, 352009001577616-4, 352009001577609-2, 352009001577621-1 y 352009001577624-3, todas de 9 de octubre de 2009, con documento de transporte EXL 1378, con excepción de la segunda cuyo documento es EXL 1377 todos de 22 de agosto de 2009, por un valor, respectivamente de USD$3.758.20, 2.351.82, 9.297.30 y 16.398.96 con fecha de giro de 31 de julio de 2009.

. Copia de los documentos de transporte.

. Facturas núms. 247, 248 y 249 de julio de 2009, expedidas por el proveedor SOLUCIONES FOR BUSINESS STRATEGIES INC de ciudad de Panamá cuyo término de negociación fue FREE ON BOARD FOB.

. Anuncia que la importación se canceló a través del intermediario del mercado cambiario, para lo cual anexa: copia de la declaración de cambio por importación de bienes formulario N° 1 de 31 de julio de 2009, copia del comprobante de operaciones M.E. orden de pago emitida, copia del formato para la legalización del pago de importaciones de bienes anticipada o pendiente de nacionalizar de 10 de noviembre de 2009, carta de legalización del giro, carta de desembolso, certificación se asiento contable correspondiente al pago, certificación del asiento contable en el libro de bancos y copia de la tarjeta profesional del revisor fiscal de la empresa, señor Jaime Ortiz Pardo.

Frente a los anteriores documentos, la entidad en este acto consideró:

. Sobre las declaraciones de importación presentadas por la sociedad para amparar las mercancías decomisadas mediante las Resoluciones núms. 002164 de 10 de noviembre de 2009 y 0630 de 28 de abril de 2010, como lo son las ya mencionadas y las núms. 13198012649088 y 13198012649070, precisó "*es evidente que al*

no encontrarse amparada la mercancía objeto de decomiso en las declaraciones de importación antes relacionadas, resulta lógico pensar que no hubo canalización de divisas, toda vez que la canalización de divisas a las que alude el actor hace referencia a las declaraciones de importación antes señaladas y las cuales confirma este despacho, no amparan la mercancía decomisada".

. Sobre las facturas presentadas por la actora, la entidad señala a manera de ejemplo que la factura 0248 de 2 de julio de 2009, está relacionada con declaraciones de importación con números de autoadhesivo 13198012649095, 13198012649103 y 131198012649070, luego no se trata de las mercancías decomisadas.

. Respecto de los documentos cambiarios, señala la demandada que éstos no dan claridad sobre la mercancía cuyo pago fue canalizado a través del mercado cambiario.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que la sanción cambiaria que se impuso mediante los actos acusados en este proceso, fue respecto de **las mercancías que fueron**

decomisadas a través de actos administrativos diferentes que estaban en firme; fueron decomisadas precisamente porque, aunque se presentaron a la autoridad aduanera, **no estaban amparadas en una declaración de importación**, por lo tanto, sin duda, las pruebas presentadas por la actora como prueba de cumplimiento del régimen cambiario que hacen relación a una declaración de importación, no resultan pertinentes.

El artículo 6° de la Ley 383 de 10 de julio de 1997, "*Por la cual se expiden normas tendientes a fortalecer la lucha contra la evasión y el contrabando y se dictan otras disposiciones*", modificado por el artículo 72 de la Ley 488 de 24 de diciembre de 1998, *"por la cual se expiden normas en materia Tributaria y se dictan otras disposiciones fiscales de la Entidades Territoriales",* expresamente señala:

> **"Artículo 72**. Control cambiario en la introducción de mercancías.
>
> El artículo 6o. de la Ley 383 de 1997 quedará así:
>
> "Artículo 6. **Se presume que existe violación al régimen cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional** por lugar no habilitado, o **sin declararla ante las autoridades aduaneras**. En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso.

La sanción cambiaria se aplicará sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica".

A su vez, la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, dispone:

"Artículo 7: OPERACIONES. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:

1. Importaciones y Exportaciones de bienes.
… .

Artículo 10: CANALIZACIÓN. Los residentes en el país deberán canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones. Las importaciones podrán estar financiadas por el proveedor de la mercancía, los intermediarios del mercado cambiario y entidades financieras del exterior. …….. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a la imposición de la sanción respectiva por parte de la entidad encargada del control y vigilancia del régimen cambiario.

Artículo 11: PAGO DE IMPORTACIONES EN MONEDA LEGAL. Los residentes en el país podrán pagar el valor de sus importaciones en moneda legal colombiana únicamente a través de los intermediarios del mercado cambiario"

Entonces teniendo en cuenta que sobre la mercancía decomisada que ingresó al territorio nacional sin declaración de importación, existe la presunción legal de que se violó el régimen cambiario, corresponde a la Sala analizar las facturas y los documentos

cambiarios presentados por la parte actora para desvirtuar la presunción legal de que trata la norma transcrita.

Los documentos relevantes son:

. La solicitud de transferencia que el representante legal de la sociedad CI MODA SOFISTICADA S.A.S. hace al Banco BBVA mediante escrito de 31 de julio de 2009 (folio 46 del cuaderno principal), por valor de **USD$489.000.00**. Esta no hace relación a ninguna mercancía pero anuncia que anexa Declaración de Cambio Formulario por Importaciones de Bienes N° 1 debidamente diligenciado, documento que está identificado con el núm. **024645** de 3 de julio de 2009, por valor de **USD$489.000.00** para el pago del 100% de las importaciones, pero no dice respecto de cuáles. (folio 48 *idem*).

. Según el documento denominado "*Formato para la Legalización del Pago de Importaciones de bienes anticipadas o pendientes de nacionalización – Formulario N° 1*", de fecha 10 de noviembre de 2009 (folio 49 *ídem*) ***"se relacionan los documentos que***

legalizan la declaración de cambio Número <u>24645</u> por importación de bienes, formulario N° 1 por valor de USD <u>489.000.00</u> realizada a través del BBVA COLOMBIA S.A. SUCURSAL Av. El Dorado con fecha julio 31-2009 a nombre de MODA SOFISTICADA S.A.S.".

El anterior Formato, que hace relación a los otros documentos previamente analizados, claramente señala como documentos de importación las Declaraciones de Importación núms. 352009001577616-4, 352009001577609-2, 352009001577621-1 y 352009001577624-3, todas de 9 de octubre de 2009 tantas veces mencionadas y otras dos, que son las que legalizan la declaración de cambio núm. **24645** mencionada en el Formulario N° 1 al que hace alusión el escrito de solicitud de transferencia que la sociedad actora realiza ante el Banco BBVA, por valor de **USD$ 489.000.00**.

De lo reseñado, la Sala concluye que los anteriores documentos cambiarios presentados por la parte actora, amparan unas declaraciones de importación y, como ya se ha advertido a lo largo

de este escrito, las mercancías decomisadas no presentaron declaración de importación, luego estas pruebas mal pueden referirse a la mercancía decomisada.

Por lo anterior, es irrelevante que la Sala se refiera a las facturas allegadas por la parte actora, como prueba de que sí canalizó a través del mercado cambiario las divisas para pagar al proveedor el valor de la mercancía importada que le fue decomisada; entre otras, por ejemplo, en el anverso de las facturas núms. 0247, 0248 y 0249, todas de 2 de julio de 2009 (folios 67 a 72 *ídem),* pues relacionan las declaraciones de importación que amparan las mercancías allí mencionadas, que por obvias razones no se refieren a las mercancías decomisadas.

Lo anterior indica que la parte actora no desvirtuó la presunción de legalidad de que gozan los actos acusados, se reitera, porque mal podía demostrar que no infringió el régimen de cambios, con unos documentos que amparan declaraciones de importación, cuando las mercancías objeto de este proceso fueron decomisadas precisamentepor falta de este documento, sobre las cuales, como

importador, no demostró la debida canalización a través del mercado cambiario de las divisas utilizadas para pagar al proveedor en el exterior el valor de las mercancías decomisadas mediante actos administrativos, cuya legalidad no es objeto de controversia en este proceso.

Por lo anterior, se impuso una sanción a la sociedad actora, de conformidad con el Decreto Ley 2245 de 28 de junio de 2011, "*Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales"* que, en lo pertinente, consagra:

> "**ARTICULO 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:
> … .
> **Operaciones canalizables a través del mercado cambiario.**
> 2. Por pagar o recibir pagos a través del mercado no cambiario por concepto de operaciones obligatoriamente canalizables a través del mercado cambiario, **se impondrá una multa del ciento por ciento (100%) del monto dejado de canalizar**.
> … ."
> **Parágrafo 7.** Conforme con el articulo 6° de la Ley 383 de 1997, se presume que existe violación al Régimen Cambiario cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante la autoridad aduanera, o cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor aduanero de las

mismas. La sanción se impondrá al obligado a canalizar las respectivas divisas al exterior y será la que corresponda a la infracción cambiaria cometida en cada caso".

"**ARTÍCULO 23. Sanción reducida**. El reconocimiento expreso y voluntario de la comisión de una infracción cambiaria o de los cargos formulados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sólo será válido si lo efectúa directamente el investigado o su apoderado expresamente facultado para el efecto, a condición de que el interesado no se encuentre dentro de las previsiones del artículo 94 del Código de Procedimiento Civil y demuestre la cancelación del valor de la multa reducida correspondiente, de conformidad con los siguientes parámetros:
… .
3. Si el interesado o su apoderado expresamente facultado reconoce haber cometido la infracción dentro del término para interponer el recurso de reconsideración que procede contra la resolución sancionatoria, deberá demostrar el pago del setenta y cinco por ciento (75%) de la multa impuesta en relación con la infracción respecto de la cual manifiesta su reconocimiento.
… ."

Como en este caso la parte actora no reconoció haber cometido la infracción cambiaria la sanción que procedía era una multa por el valor del 100% de la mercancía decomisada.

En el anterior sentido la Sala confirmará los actos acusados en cuanto impusieron una multa a la sociedad actora por violación al régimen cambiario. No es de recibo el argumento de la actora en cuanto a que se violó el principio de la buena fe, pues a lo largo de este proceso se han analizado con suficiencia las violaciones

normativas en que incurrió. Además, la larga experiencia en la actividad de comercio exterior como usuario aduanero permanente, no puede servir de fundamento pues es una circunstancia ajena al asunto debatido en este proceso, amén de que los actos además están motivados en las normas que rigen el asunto y no en razones engañosas o contrarias a la realidad.

No se advierte tampoco que en la vía gubernativa a la actora se le hubiera violado el debido proceso y el derecho de defensa. Por el contrario, lo expuesto indica que tuvo todas las oportunidades para: presentar pruebas las cuales fueron analizadas por la DIAN en los actos acusados; controvertir el Auto de Formulación de Cargos y no lo hizo; presentar el recurso de reconsideración aportando pruebas; circunstancia distinta es que no esté conforme con la decisión adoptada por la DIAN.

Cabe resaltar que la Sala en reiterados pronunciamientos, entre ellos, sentencia de 22 de octubre de 2015 (Expediente núm. 2004-01725-01, Actora FARAILDA DAZA PITRE, Magistrada ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), analizó la presunción descrita en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, para concluir que *"… en el*

evento de determinarse el decomiso de una mercancía como consecuencia de no considerarse declarada ante la autoridad aduanera, por no encontrarse amparada en una Declaración de Importación habrá lugar a aplicar la presunción descrita en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, presunción que puede ser desvirtuada". En dicho proceso, al igual que en el sub examine, los documentos aportados para demostrar que no se incurrió en la infracción cambiaria endilgada no guardaban relación con la mercancía decomisada, razón por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, expuesto lo anterior, la Sala se referirá al otro motivo de inconformidad que la parte actora plantea contra la sentencia que impugna, en cuanto se inhibió de pronunciarse frente a los vinculados solidariamente.

Dentro de las pretensiones de la demanda, la apoderada de la sociedad actora solicitó que en caso de ser negada la nulidad de los actos acusados, subsidiariamente, se desvinculara del proceso a los vinculados solidariamente a través de éstos y que se

condenara a la DIAN al pago tanto de los perjuicios morales ocasionados por aparecer en la lista de deudores morosos de la entidad; para ello aduce que con su vinculación la DIAN incurrió en violación al debido proceso administrativo y al derecho de defensa.

El Decreto 2245 de 28 de junio de 2011, sobre la responsabilidad solidaria, consagra:

> **"ARTÍCULO 33. Responsabilidad solidaria.** La responsabilidad solidaria en materia cambiaria se regirá por las siguientes reglas:
>
> 1. **Responderán solidariamente por el pago de las sanciones de que trata el presente decreto, que se impusieren a las personas jurídicas o entidades asimiladas a éstas, los representantes legales, socios, administradores, asociados, cooperados, consorciados, comuneros, copartícipes, revisores fiscales, funcionarios y empleados** y la sociedad absorbente, que autoricen o ejecuten actos violatorios de las normas cambiarías u omitan el cumplimiento de las mismas.
>
> En el caso de cooperativas, la responsabilidad solidaria establecida en el presente numeral solo es predicable de los cooperados que se hayan desempeñado como administradores o gestores de los negocios o actividades de la respectiva entidad cooperativa.
>
> **La vinculación de los responsables solidarios deberá hacerse en el acto de formulación de cargos que cumpla los requisitos señalados por el artículo 11[2] del presente decreto.**

[2] "**ARTÍCULO 11. Acto de formulación de cargos.** Si la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales considera que los hechos investigados constituyen posible infracción cambiaria o se encuentran enmarcados dentro de los eventos señalados por el numeral 32 del artículo 3 del presente decreto, a

2. … .” (Resaltado fuera de texto).

Entonces de conformidad con el artículo 33 del Decreto 2245 de 2011, el representante legal, los socios y el revisor fiscal, responden solidariamente del pago de las sanciones, como ocurrió en este caso, pues los señores Alberto Aroch, Mónica Aroch y Jaime Pardo Ortíz fueron vinculados a la actuación administrativa mediante el Auto de Formulación de Cargos núm. 1-16-238-457-301-000054 de 19 de diciembre de 2011.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la red Postal de Colombia 472, a solicitud del Tribunal a quo, mediante escritos de 4 de abril de 2014, hace constar acerca del envío y entrega de las comunicaciones a los vinculados solidarios (folios 338 a 349 *ídem*); la Secretaría del Tribunal Administrativo mediante Informe Secretarial, de 3 de julio de 2014, dejó la

---

través de las dependencias competentes **formulará los cargos correspondientes a los posibles infractores mediante acto administrativo motivado contra el cual no procede recurso alguno**. **El acto de formulación de cargos al que se refiere el inciso anterior deberá contener la identificación de los presuntos infractores,** una relación de los hechos constitutivos de las posibles infracciones cambiarias, las pruebas allegadas, las normas que se estiman infringidas, el análisis de las operaciones investigadas frente a las disposiciones aplicables, y una liquidación en moneda legal colombiana de las operaciones objeto de los cargos, de acuerdo con lo señalado por el parágrafo 3 del artículo 3 de este decreto.
….”

constancia de que los señores vinculados solidariamente, pese a ser notificados en debida forma no contestaron la demanda.

Pero lo cierto y relevante, como lo expone el a quo, es que el poder para iniciar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solo lo otorgó la sociedad CI MODA SOFISTICADA S.A.S. (folio 28 *ídem*).

No sobra referirse al hecho de que mediante escritos recibidos en el Tribunal de Cundinamarca el 13 de agosto de 2014, la apoderada de la sociedad anexa los poderes conferidos por los vinculados solidariamente para que en su nombre coadyuve la demanda y defienda sus intereses; como bien consta en la Audiencia Inicial, la personería para actuar de la señora apoderada, en nombre de los vinculados, se dio en calidad de vinculados terceros- coadyuvantes y además el Despacho puso de presente que no se adicionó la demanda y que, en todo caso, la solicitud se radicó fuera de término después de proferirse los Autos

de 21 de julio y 12 de agosto de 2014 (folios 352 y 353 *ídem*), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 224 del C.P.A.C.A.[3]

De manera que sí procedía una declaración inhibitoria respecto de las pretensiones de la demanda relacionadas con los vinculados solidariamente al proceso administrativo, por lo cual, la Sala confirmará la sentencia apelada que denegó las pretensiones de la demanda, como en efecto lo hará en la parte resolutiva de esta providencia.

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

---

[3] ARTÍCULO 224. **COADYUVANCIA, LITISCONSORTE FACULTATIVO E INTERVENCIÓN AD EXCLUDENDUM EN LOS PROCESOS QUE SE TRAMITAN CON OCASIÓN DE PRETENSIONES DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, CONTRACTUALES Y DE REPARACIÓN DIRECTA.** Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvancia o impugnadora, litisconsorte o como interviniente ad excludendum.

El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.

… .”.

justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia de 12 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B".

TIÉNESE a la doctora **PATRICIA DEL PILAR ROMERO ANGULO**, como apoderada de la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-**, de conformidad con el poder visible a folio 54 del cuaderno núm. 2.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de septiembre de 2016.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **GUILLERMO VARGAS AYALA**