

506

CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCION PRIMERA

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil once 2011

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Recurso de apelación contra la sentencia de  
30 de noviembre de 2006, proferida por el  
Tribunal Administrativo de Risaralda.  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

Se decide el recurso de apelación oportunamente  
interpuesto por el apoderado de la NACIÓN, MINISTERIO DE  
HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, UNIDAD ADMINISTRATIVA  
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES,  
contra la sentencia de 30 de noviembre de 2006, proferida  
por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que (i)  
declaró la nulidad de las Resoluciones de sanción  
cambiaria N° 001802 del 1 de septiembre de 2004 y  
1677000424 del 11 de marzo de 2005, proferidas  
respectivamente por las Divisiones de Liquidación y  
Jurídica de la DIAN en contra de la sociedad Óptica Sport  
Limitada; (ii) declaró que la sociedad Óptica Sport

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

Limitada no está obligada a pagar la suma determinada en las resoluciones anuladas, en cuantía de \$1.377.317.020.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. La empresa ÓPTICA SPORT LTDA actuando por medio de apoderado, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Risaralda, tendiente a que mediante sentencia, se decretara la nulidad de las Resoluciones de sanción cambiaria N° 001802 del 1 de septiembre de 2004 y 1677000424 del 11 de marzo de 2005, proferidas respectivamente por las Divisiones de Liquidación y Jurídica de la DIAN Pereira en contra de la sociedad Óptica Sport Limitada.

Solicitó igualmente que como consecuencia de lo anterior se declare que: la sociedad Óptica Sport Limitada no está obligada a pagar la suma determinada en las resoluciones anuladas, en cuantía de \$1.377.317.020. (iii) se condene a la demandada al pago de costas.

166

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

I.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.- Mediante comunicación radicada con el N° 0022 de enero 4 de 2000 se recibió información sobre algunas importaciones realizadas por la sociedad Óptica Sport Ltda.

2.- Mediante comunicación de marzo 31 de 2000 la sociedad dio respuesta al oficio N° 6400042-0208 de 15 de marzo de 2000, mediante el cual remitió fotocopias de las Declaraciones de cambio por pago de importaciones, notas débito, registros de importación, documentos de transporte e informó que el pago de las mercancías se efectuó a través de giro directo con transferencia de fondos a la cuenta del proveedor en el país de origen.

3.- Mediante acto administrativo N° 0035 del 05-03-03 la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Control Cambiario, formuló cargos a Óptica Sport Ltda. por posible violación del Régimen Cambiario, artículos 2, 7 y 10 de la Resolución Externa 21 de 1993, por haber efectuado una indebida canalización de divisas por cuantía

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

de US\$ 438.614,45 correspondiente a importación de bienes no certificadas por quien aparece como proveedor de las mercancías respectivas en el exterior.

4.- El 5 de marzo de 2003 se surtió la notificación y se corrió traslado del Auto de Formulación de Cargos a Óptica Sport Ltda.

5.- El 2 de mayo de 2003, dentro del término legal con radicado N° 2003ER32525, se presentaron los descargos al acto de formulación N° 00035 DEL 05-03-03.

6.- El 1 de septiembre de 2004 se profirió la Resolución de Sanción Cambiaria N° 001802 y el 11 de septiembre se confirmó la decisión mediante la Resolución 1677000424.

I.3. Las normas que se consideran violadas son: (i) el Preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 29, 83 y 209 de la Constitución; (ii) los artículos 2, 7, 10 de la Resolución Externa 21 de 1993; (iii) la Circular Reglamentaria DCIN 01 de 1999; (iv) el artículo 165 del C.C.A.; (v) los artículos 27 y 28 del Código Civil; (vi) los artículos 140, 141, 142 y 193 del Código de Procedimiento Civil;

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

(vii) los artículos 4, 5, 15, 22 y 29 del Decreto 1092 de 1996; (vii) el literal h) del artículo 1 del Decreto 1074 de 1999 y (viii) los artículos 117 a 132 del Decreto 2685 de 1999.

I.4. Explicó el alcance del concepto de la violación, así:

I.4.1. Existe prescripción de la facultad sancionadora de la administración, porque entre la fecha de presentación de la Declaración de Cambios (giro de divisas) y la fecha de notificación del Auto de Formulación de Cargos transcurrieron más de tres años.

De conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, el pliego de cargos debe notificarse dentro de los tres años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de la infracción y en caso de que se trate de infracciones continuadas el término se contará a partir del último hecho constitutivo de infracción, de manera que en las infracciones cambiarias originadas en las importaciones, la prescripción de la acción sancionatoria comienza a correr

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

a partir de la fecha del giro (presentación de la declaración de cambios)

I.4.2. Se vulneró el derecho de defensa y el debido proceso, porque el 5 de marzo de 2003 al momento de introducir al correo el Auto de Formulación de Cargos N° 0035, la Corte Constitucional ya se había pronunciado en la sentencia C-096 de 2001 sobre la inexecutable de la expresión "y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo" contenida en el artículo 566 del Decreto 0624 de 1989, por lo cual la Administración Aduanera estaba en la obligación de inaplicar el artículo 15 del Decreto 1092 de 1996 que contenía igual expresión, en virtud de la solicitud de que se aplicara la excepción de inconstitucionalidad formulada en los diversos escritos.

I.4.3. Se violó el derecho de defensa y el derecho al debido proceso del demandante porque: (i) cuando la Administración ordenó la práctica de pruebas lo hizo porque concluyó su pertinencia, conducencia, eficacia y necesidad, no obstante lo cual dichas pruebas no fueron practicadas y (ii) el análisis probatorio es parcializado

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

y la decisión se adoptó con base en una prueba practicada por la administración sin hacer un análisis de todo el acerbo probatorio ni tomar en cuenta los documentos remitidos por las diferentes Administraciones de Impuestos y Aduanas del país, por el Banco de Occidente y por la sociedad Óptica Sport Ltda., que soportan cada una de las importaciones y las operaciones de cambio efectuadas.

I.4.4. Para la fecha de expedición de la resolución 001802 de 1 de septiembre de 2004, la actuación administrativa cambiaria se encontraba suspendida desde el 8 de junio de 2004 por el término de 4 meses (art 22 del Decreto 1092 de 1996), como consecuencia del período probatorio ordenado mediante Resolución N° 000918 del 10 de mayo de 2004, por la cual se modificó la Resolución 000668 del 31 de marzo de 2004.

Al haberse expedido la Resolución 001802 de 1 de septiembre de 2004, sin haber expirado el término de 4 meses del período probatorio se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 140 numerales 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

I.4.5. No es aplicable el literal h) del artículo 1 del Decreto 1074 de 1999, pues este se refiere a canalizar a través del mercado cambiario como importaciones o exportaciones de bienes, o como financiación de éstas o aquéllas, montos que no se deriven de las mencionadas operaciones obligatoriamente canalizables, y en el presente caso las operaciones de la sociedad demandante son de las que deben canalizarse a través del mercado cambiario.

I.4.6. En el Auto de Formulación de Cargos no se especificaron los cargos ni las normas violadas.

I.5.- La entidad demandada defendió la legalidad de los actos acusados así:

I.5.1. No se dio el fenómeno de la prescripción alegado por el demandante, si se tiene en cuenta que el último hecho ocurrió el 6 de marzo de 2000, y el pliego de cargos se introdujo al correo el 5 de marzo de 2003, es decir dentro de los 3 años estipulados por el Decreto.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

La anterior notificación se realizó conforme a lo previsto en los artículos 14 y 15 del Decreto 1092 de 1996.

I.5.2. Las pruebas no se practicaron a escondidas y el expediente estuvo a disposición del interesado. La División de Investigaciones Especiales, con las pruebas recaudadas, estableció que existía mérito para proferir el acto de formulación de cargos.

I.5.3. Respecto de la prueba solicitada en la contestación del auto de formulación de cargos y no practicada según el demandante, se precisa que la misma se decretó pero se obtuvo respuesta en el sentido de que no era posible practicar ese tipo de prueba en el exterior, que vía exhorto no era posible solicitarlas y que actualmente Colombia carece de instrumentos probatorios en la materia. Con esa certificación y al no haber más pruebas pendientes la División competente consideró pertinente hacer el estudio de las pruebas obrantes en el proceso y procedió a expedir el acto administrativo correspondiente.

## II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

El a quo accedió a las pretensiones de la demanda por considerar, en esencia, lo siguiente:

1.- Desde la sentencia C-096 de 2001 y C-317 de 2003 la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo" por ser violatoria del debido proceso y del principio de publicidad, fundamentos que sirvieron para declarar la inexecutable del artículo 15 del Decreto 1092 de 1995 en la sentencia C-317 de 2003, argumentos que la DIAN no aceptó.

Si bien es cierto el Decreto 1092 de 1996 en materia cambiaria es diferente a las normas tributarias, al haber sido declarada la inexecutable de la expresión contenida en el artículo 566 del Estatuto Tributario, la DIAN debió aplicar la excepción de inconstitucionalidad solicitada respecto de la misma expresión que había sido declarada inconstitucional y que se encontraba en el artículo 15 del Decreto 1092 de 1996 y dar por terminada la actuación administrativa adelantada en contra de la sociedad Óptica Sport Ltda., conforme al artículo 29 del citado Decreto, por haber operado la prescripción

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

cambiaría, y en salvaguarda del artículo 4 de la Constitución Política, del debido proceso y del principio de publicidad.

2.- Asiste razón al demandante en el sentido de que operó la prescripción de la acción sancionatoria, toda vez que el auto de formulación de cargos N° 00035 de 5 de marzo de 2003 fue notificado a la demandante el 10 de marzo de 2003 (folio 623 del anexo 3) según envío de planilla de Adpostal, y observando la última declaración de importación N° 1339501052454-2 del 6 de marzo de 2000, por tratarse de infracción continuada, ya habían pasado más de 3 años por lo cual se configuró la prescripción de la acción sancionatoria, pues la notificación se hizo el 10 de marzo de 2003, fecha en que la recibió la demandante y no el 5 de marzo de 2003 como lo considera la DIAN.

3.- En consecuencia, la Sala aplicó la excepción de inconstitucionalidad y por tanto declaró la nulidad de las resoluciones acusadas.

### III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

El apoderado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-, fincó su inconformidad, en esencia, en que:

- 1.- No se presentó el fenómeno de prescripción alegado por la sociedad demandante si se tiene en cuenta que el último hecho ocurrió el 6 de marzo de 2000 y el pliego de cargos se introdujo al correo el 5 de marzo de 2003.
- 2.- La norma vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos era el artículo 15 del Decreto 1092 de 1996 que establecía que la notificación se entendería surtida en la fecha de introducción al correo, expresión que posteriormente fue declarada inexecutable mediante sentencia 317 de 24 de abril de 2004, cuyos efectos son hacia futuro.
- 3.- Si bien la sentencia C-096 de 2001 declaró inexecutable la expresión " y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo" contenida en el artículo 566 del Estatuto Tributario, notificación consagrada expresamente en materia tributaria, en el caso bajo estudio la notificación era en materia cambiaria donde

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

existía una norma especial y era el artículo 15 del Decreto 1092 de 1996.

#### IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

#### V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. El Tribunal declaró probada la prescripción de la acción sancionatoria, toda vez que la última declaración de importación N° 1339501052454-2 del 6 de marzo de 2000 y el auto de formulación de cargos N° 00035 de 5 de marzo de 2003 fue notificado a la demandante el 10 de marzo de 2003 de manera que ya habían pasado más de 3 años.

La recurrente fundamenta su inconformidad con tal decisión argumentando que la norma vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos era el artículo 15

REF: Expediente núm. 660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

del Decreto 1092 de 1996 que establecía que la notificación se entendería surtida en la fecha de introducción al correo y que no era aplicable la sentencia C-096 de 2001 pues ésta declaró inexecutable la expresión" y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo" contenida en el artículo 566 del Estatuto Tributario, con efectos hacia futuro, así como tampoco la sentencia C-317 de 2004 por ser posterior al acto de notificación del 5 de marzo de 2003.

La Sala se pronunciará sobre este aspecto que fue materia de sustentación en el recurso interpuesto por la DIAN, la cual se limitó a controvertir la no ocurrencia de la prescripción de la acción sancionatoria que, como se dijo, constituyó el fundamento de la sentencia de primera instancia.

En lo que toca con dicha prescripción, se observa lo siguiente:

El artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, prevé:

*Artículo 4. Prescripción de la acción sancionatoria. La imposición de sanciones cambiarias requiere la*

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

formulación previa de un pliego de cargos a los presuntos infractores, el cual deberá notificarse dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción.

En las infracciones continuadas el anterior término se contará a partir de la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción.

Dentro del año siguiente al vencimiento del término de respuesta al pliego de cargos, deberá expedirse y notificarse la resolución sancionatoria, previa la práctica de las pruebas a que hubiere lugar.

La prescripción podrá decretarse de oficio o a solicitud del investigado.

Sobre el alcance de la norma transcrita la Sala ha dicho que ella "establece dos términos de prescripción, uno inicial de 3 años que se interrumpe con la notificación del pliego de cargos, y otro subsidiario de un año, que empieza a correr a partir del vencimiento del término para responder al pliego de cargos y cesa con la notificación de la resolución sancionatoria"<sup>1</sup>.

Por su parte el artículo 15 del citado Decreto, como estaba vigente al momento en que sucedieron los hechos, era del siguiente tenor:

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá D.C. trece (13) de diciembre de dos mil cinco (2005). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta. Radicación número 25000-23-24-000-2002-90305-01 Actor: IBM de Colombia.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

*Artículo 15. Notificación por correo. La notificación por correo se practicará mediante envío de una copia del acto correspondiente a la dirección determinada, conforme a los artículos 12 y 13 de este Decreto, y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo.*

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el último hecho ocurrió el 6 de marzo de 2000, según declaración de cambios por importación de bienes N° 86432<sup>2</sup>, por lo cual el término para notificar el pliego de cargos, según lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, vencía el 6 de marzo de 2003.

Adicionalmente, la notificación se hizo el 5 de marzo de 2003 día de la introducción al correo, según certificación del Jefe de Grupo de Notificaciones de la DIAN<sup>3</sup>, y se entendió surtida ese mismo día de conformidad con el artículo 15 del Decreto 1092 de 1996, que se encontraba vigente al momento en que ocurrieron los hechos, por lo cual, en principio, no habría operado la prescripción de la acción sancionatoria.

---

<sup>2</sup> Folio 206 del Anexo 1.

<sup>3</sup> Folio 574 reverso del Anexo 2.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

En relación con la presunción de que la notificación se entiende surtida en la fecha de introducción al correo ha sido criterio de esta Corporación, que la misma es *iuris tantum*, esto es, susceptible de ser desvirtuada con prueba contraria<sup>4</sup>.

A juicio de la Sala, esa misma afirmación es aplicable a la expresión conforme a la cual la notificación "se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo", contenida en el artículo 15 del Decreto 1092 de 1996, que aún no había sido declarado inexecutable el 5 de marzo de 2003, cuando la administración introdujo al correo el Acto de Formulación de Cargos 00035 de esa fecha. Además,

---

<sup>4</sup> Ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera del veintiuno (21) de julio de dos mil cuatro (2004). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03349-01 Actor: Empresas Públicas de Medellín; y de la Sección Cuarta del tres (03) de mayo de dos mil siete (2007). Consejero ponente: Héctor J. Romero Díaz. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00475-01(14675). Actor: Banco Santander Colombia S.A.; del catorce (14) de octubre de dos mil cuatro (2004). Consejero ponente: Héctor J. Romero Díaz. Radicación número: 11001-03-27-000-2003-0301-01(13807). Actor: Carlos Samuel Gálvis Hernández; del veintidós (22) de septiembre de dos mil cuatro (2004). Consejera ponente: Ligia López Díaz. Radicación número: 25000-23-27-000-2001-2319-01(13972). Actor: María Cristina Pardo Pombo; y del siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Consejero ponente: Julio Enrique Correa Restrepo. Radicación número: 76001-23-25-000-22724-01-9336(9336). Actor: Fibroinfinita de Colombia Ltda.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

conforme se precisó en sentencia de 9 de mayo de 2002<sup>5</sup>, lo que se pretende dejar a salvo es el derecho que tiene el interesado de probar que no recibió copia del acto acusado y no restarle validez y eficacia a la notificación por correo, que en tratándose de materia aduanera, es de carácter principal.

En el presente caso, no se encuentra acreditado en autos, que el Acto de Formulación de Cargos solo llegó a manos de la demandante el 10 de marzo de 2003, pues ni la copia de un sobre de la DIAN con sello que dice "Notificación por correo certificado" y tiene el número 320173, ni la copia de la planilla de entrega de certificados a domicilio esa fecha, expedida por la Administración Postal Nacional de Pereira, correo certificado N° 320173<sup>6</sup>, permiten concluir que dicho correo era el contentivo del Acto de Formulación de Cargos de 5 de marzo de 2003.

De esta forma y sin mayor dificultad, se advierte que no se encuentra desvirtuada la presunción de notificación en

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil dos (2002). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número 76001-23-24-000-1998-0036-01(7123). Actor: Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A..

<sup>6</sup> Folio 623 del Anexo 3.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

la fecha de introducción al correo del Acto de Formulación de Cargos del 5 de marzo de 2006, lo que trae como consecuencia que el citado acto administrativo se notificó dentro de los 3 años siguientes a la ocurrencia del último hecho (6 de marzo de 2000), por lo cual no operó el fenómeno de la prescripción previsto en el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996.

En este caso la sentencia apelada debe revocarse y en su lugar es necesario un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

2. Conforme se extrae del resumen que se hizo en los antecedentes, mediante los actos acusados se impone a la actora una sanción de multa por valor de \$1.377.317.020,00, correspondiente al 200% del monto dejado de canalizar, al haber vulnerado los artículos 2, 7, y 10 de la Resolución Externa N° 21 de 1993 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, por haber efectuado una indebida canalización de divisas correspondientes a operaciones de importación de bienes no

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

certificadas por quien aparece como proveedor de las mercancías respectivas en el exterior<sup>7</sup>.

Las censuras que la parte actora le endilga a los actos atacados se circunscriben a (i)se violó el derecho de defensa y el derecho al debido proceso del demandante porque: a) las pruebas decretadas no fueron practicadas y b) el análisis probatorio es parcializado y la decisión se adoptó con base en una prueba practicada por la administración sin hacer un análisis de todo el acervo probatorio; (ii) al haberse expedido la Resolución 001802 de 1 de septiembre de 2004, sin haber expirado el término de 4 meses del período probatorio se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 140 numerales 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil; (iii) no es aplicable el literal h) del artículo 1 del Decreto 1074 de 1999, pues en el presente caso las operaciones de la sociedad demandante son de las que deben canalizarse a través del mercado cambiario; y (iv) en el Auto de Formulación de Cargos no se especificaron los cargos ni las normas violadas.

---

<sup>7</sup> Folios 931 a 946 y 1025 a 1051 del Anexo 4.

184

REF: Expediente núm. 660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

2.1.- En relación con la violación de sus derechos de defensa y debido proceso no es de recibo el argumento de la actora fundado en el hecho de no haberse practicado algunas pruebas, pues el criterio de la Sala al respecto, que ahora se reitera, ha sido el siguiente:

*"Finalmente, en lo que concierne a la aducida violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida."*<sup>8</sup>.

En el presente caso no se puede establecer la incidencia de las pruebas que la administración no pudo realizar, pues la actora no solicitó ni aportó pruebas con esa finalidad, como

---

<sup>8</sup> Ver sentencias del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera del diecisiete (17) de marzo del dos mil (2000). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número 5583. Actor: Gladys María Sierra Mendoza; del treinta (30) de mayo del año dos mil dos (2002). Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número 68001-23-15-000-1999-4495-01(7299). Actor: José Alfonso Medina Romero; del cinco (5) de julio de dos mil dos (2002). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número 25000-23-24-000-2000-0022-01(7150). Actor: TAMPA S.A. y del veinte (20) de agosto de dos mil cuatro (2004). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número 05001-23-15-000-1999-2068-01(8344). Actor: AVIANCA S.A.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

se desprende del examen de la demanda<sup>9</sup>, con lo cual se hace imposible determinar el efecto de los elementos de convicción que no fueron obtenidos.

2.2.-La Sala tampoco puede compartir la tesis de la parte actora conforme a la cual el análisis de las pruebas es parcializado y la decisión se adoptó con base en una prueba practicada por la administración sin hacer un análisis de todo el acervo probatorio.

Como puede observarse en la relación que se hace a continuación, según consta en el expediente, el caudal probatorio sobre el cual se sustentan las decisiones cuestionadas, fue producto de un proceso de construcción ajustado a la Ley y una vez formulados los cargos la demandante tuvo acceso a esas pruebas.

-Oficio N° 6400042-1744<sup>10</sup>, por el cual la Jefe de la División de Investigaciones Especiales, Subdirección Control de Cambios, remite a la Subdirectora General de Asuntos Consulares-Ministerio de Relaciones Exteriores- el Acto N° 1586 de noviembre 8 de 2001<sup>11</sup> por el cual se confirió una comisión al exterior y se expidió el Exhorto 0012<sup>12</sup>, al Cónsul de Colombia en Miami Florida, a fin de

<sup>9</sup> Folios 44 y 45 del Cuaderno Principal.

<sup>10</sup> Folio 506 del Anexo 2.

<sup>11</sup> Folios 507 y 508 del Anexo 2.

<sup>12</sup> Folios 509 a 511 del Anexo 2.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

que dicho funcionario se sirviera practicar unas diligencias administrativas:

Las diligencias solicitadas por la DIAN buscaban establecer si la sociedad ESSILOR OF AMERICA INC, efectuó ventas a la sociedad colombiana Óptica Sport Ltda, con facturación expedida por Flo Lite Optical Inc que allí se relacionaron y, en caso afirmativo, establecer si la citada sociedad efectivamente envió las mercancías a los precios efectuados en las facturas de venta respectivas.

-Comunicación de mayo 13 de 2002<sup>13</sup>, dirigida al Consulado General de Colombia por Evelio I Bosque de Essilor Hispano América, a la que adjunta lista de precios y muestra de facturas para Óptica Sport, donde confirma que Flo-Lite Optical no facturó a la Óptica Sport los valores o las cantidades descritas en las facturas que se le adjuntaron.

En la misma comunicación se señaló además que:

*"el formato de factura preimpreso no está en el modelo de factura que Flo Lite o Essilor de América ha usado. Esto puede ser evidenciado mediante la dirección y el número de teléfono impreso en las facturas, los cuales no corresponden a la dirección o número de teléfono de Flo-Lite o Essilor"*

*(...) Essilor suspendió la facturación bajo el nombre de Flo-Lite, después de 1998"*

*(...) el listado de productos que aparecen en las facturas no corresponden a las descripciones usuales realizadas por Flo Lite Optical. Existen incluso productos que no son de Essilor's. Por ejemplo la descripción del producto Kryptok no corresponde a ningún producto de Essilor's products, una prueba más de que alguien diferente elaboró esas facturas".*

-Declaración de cambios por importación de bienes N°86432 del 6 de marzo de 2000 por valor de US \$ 22.132.60<sup>14</sup>, que constituye, en criterio de la DIAN que acepta el demandante, el último hecho de la infracción.

<sup>13</sup> Folios 540 a 562 del Anexo 2.

<sup>14</sup> Folio 206 del Anexo 1.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

-Acto de Formulación de Cargos N° 00035 de fecha 5 de marzo de 2003<sup>15</sup>.

-Certificación del 5 de marzo de 2003, del Jefe de Grupo de Notificaciones de la DIAN, de que la anterior providencia fue notificada a los interesados por correo certificado<sup>16</sup>.

- Oficio del 21 de marzo de 2003 por el cual el Jefe de la División de Investigaciones especiales remite las copias del expediente C2000010 solicitadas por Óptica Sport Ltda.

La anterior reseña de los soportes probatorios que sustentan los actos acusados, muestra que ellos tienen la capacidad suficiente para fundamentar la multa impuesta a la actora.

Si bien los actos atacados se afianzan de manera prevalente en las pruebas que obtuvo la administración antes del acto de formulación de cargos, esta circunstancia no tiene per se la potencialidad de convertirla en una decisión arbitraria, ni implica que no se haya hecho un análisis del acervo probatorio en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad

---

<sup>15</sup> Folios 569 a 574 del Anexo 2.

<sup>16</sup> Folio 574 reverso del Anexo 2.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

correspondiente y los propósitos perseguidos por el Régimen de Cambios, como lo ordena el artículo 24 del Decreto 1092 de 1996, máxime si se considera que los documentos cuyo análisis echa de menos el actor no demuestran por si mismos la existencia de las obligaciones en el exterior para cuyo cumplimiento se canalizaron divisas a través del mercado cambiario, que fue lo que la administración reprochó a la actora.

Por lo anterior el cargo no prospera.

2.3.-Argumenta el demandante que al haberse expedido la Resolución 001802 de 1 de septiembre de 2004, sin haber expirado el término de 4 meses del período probatorio ordenado mediante Resolución N° 000918 del 10 de mayo de 2004, por la cual se modificó la Resolución 000668 del 31 de marzo de 2004, se incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 140 numerales 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil.

Los numerales 5 y 6 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil establecen:

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

Artículo 140-Modificado por el Decreto 2282 de 1989,  
Artículo 1. núm. 80. Causales de nulidad. El proceso  
es nulo en todo o en parte, solamente en los  
siguientes casos:

(...)

5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera  
de las causales legales de interrupción o de  
suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la  
oportunidad debida.

6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para  
pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de  
conclusión.

La finalidad de las causales de nulidad transcritas es la  
de evitar que se desconozca el derecho de defensa, cosa  
que no ocurrió en el presente caso, dado que, como se dijo  
antes, de una parte, las pruebas que tenía la  
administración eran suficientes para atribuir al  
demandante la responsabilidad objetiva por violación al  
régimen de cambios, y, de otra parte, no se ha demostrado  
que se haya vulnerado el citado derecho, pues la actora no  
solicitó en la instancia jurisdiccional la práctica de las  
pruebas para la que la administración había fijado un  
término de 4 meses cuyo cumplimiento total ahora echa de  
menos.

En el caso sub examine, la Administración consideró que la  
prueba existente al momento de imponer la sanción era

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

suficiente para deducir de ella la existencia de las obligaciones en el exterior para cuyo cumplimiento se canalizaron divisas a través del mercado cambiario, y con ella la infracción cambiaria que dio lugar a la sanción impuesta al actor. Dedución que la Sala estima, no obedeció a juicios arbitrarios sino fue producto de un conjunto de indicios contundentes que la condujeron a la conclusión a la que se llegó en los actos demandados, sin que de otro lado la sociedad actora hubiese solicitado en sede jurisdiccional la práctica de pruebas capaces de desvirtuar a su vez la presunción de legalidad que ampara las providencias administrativas atacadas.

Adicionalmente, las pruebas que había encontrado la administración tenían el poder de convicción suficiente para llevarla a concluir que el actor había incurrido en la infracción cambiaria por la cual se le impuso la sanción, y el hecho de que el demandante no hubiese pedido en sede jurisdiccional la práctica de las pruebas ordenadas mediante la Resolución N° 000918 del 10 de mayo de 2004, permite concluir que las mismas no resultaban categóricas o concluyentes para desvirtuar las obtenidas por la DIAN en el curso de la investigación, esto es, para

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

demostrar la existencia de las obligaciones en el exterior para cuyo cumplimiento se canalizaron divisas a través del mercado cambiario, por lo cual es evidente que no se vulneró el derecho de defensa que pretende proteger la norma que se considera vulnerada.

Tampoco se observó el más mínimo esfuerzo ni durante la actuación administrativa ni durante la administración judicial que demostrara la diligencia del demandante en aportar las pruebas cuya práctica había solicitado, considerando que muchas de ellas las había podido pedir directamente a su proveedor, máxime si se tiene en cuenta el monto por el cual ésta supuestamente había hecho negocios con el actor y que ascendía a la suma de US\$ 438.614,45.

2.4. -Considera el demandante que no es aplicable el literal h) del artículo 1 del Decreto 1074 de 1999, pues este se refiere a canalizar a través del mercado cambiario como importaciones o exportaciones de bienes, o como financiación de éstas o aquéllas, montos que no se deriven de las mencionadas operaciones obligatoriamente canalizables, y en el presente caso las operaciones de la

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

sociedad demandante son de las que deben canalizarse a través del mercado cambiario.

Si bien las operaciones de importación de bienes son de aquellas que deben canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario, conforme al artículo 7 de la Resolución Externa N° 21 de 1993 vigente para la época de los hechos, también lo es que el artículo 2 *ibídem* de señala claramente que "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" (Negrilla fuera del texto).

No debe olvidarse además que, conforme al artículo 30 del Decreto 1092 de 1996, "la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva", norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-010 de 2003<sup>17</sup>.

En el presente caso se comprobó que los giros no corresponden a obligaciones con el exterior, pues en dos

---

<sup>17</sup> M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

oportunidades<sup>18</sup> el proveedor, ESSILOR HISPANO AMERICA, manifestó que que Flo-Lite Optical no facturó a la Óptica Sport los valores o las cantidades descritas en las facturas que se le adjuntaron, salvo una de las facturas que existe como tal en ESSILOR HISPANO AMERICA, aunque con un valor diferente.

En consecuencia, el actor incurrió en una infracción al régimen cambiario contenida en la Resolución Externa N° 21 de 1993 que la administración debía sancionar.

Si las afirmaciones del proveedor extranjero fueron expresadas por una persona que no era Evelio Bosque, el solo enunciado en la demanda no ponía en evidencia que ello fuera cierto, por el contrario, se trataba de un hecho que tenía que probarse, cosa que no se hizo y además no se solicitó en sede jurisdiccional la práctica de la prueba que pudiera demostrar el dicho del actor.

La confusión en la que se asientan las alegaciones del recurrente queda desvelada cuando señala que las

---

<sup>18</sup> Comunicación del 14 de agosto de 2000 Folio 446 del Anexo 2 y Comunicación de mayo 13 de 2002 Folios 540 a 562 del Anexo 2.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

operaciones de la sociedad demandante son de las que deben canalizarse a través del mercado cambiario, pues, como se dijo, lo que se reprocha a la actora es que no se haya probado la realidad de esas operaciones, por cuanto Óptica Sport Ltda., giró a través del mercado cambiario sumas por la importación de mercancías amparadas en facturas donde figura como proveedor la sociedad Flo Lite. Sin embargo, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la actora no compró a Flo Lite o a Essilor Hispano América los productos descritos en las facturas aportadas, por lo cual al no haberse demostrado la realidad de las obligaciones con el exterior que dieron lugar a los giros, la demandante infringió lo dispuesto en el artículo 2 de la Resolución Externa N° 21 de 1993 del Banco de la República e incurrió con ello en la conducta descrita en el literal h del artículo 3 del Decreto 1092 de 1996 modificado por el Decreto 1074 de 1999, conforme al cual la infracción consistente en canalizar a través del mercado cambiario como importaciones montos que no se deriven de las mencionadas operaciones obligatoriamente canalizables, da lugar a la imposición de una multa equivalente al 200% del valor canalizado.

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

Dedúcese de lo expuesto que el cargo es infundado.

2.5.-Afirma la sociedad Óptica Sport Ltda que en el Auto de Formulación de Cargos no se especificaron los cargos ni las normas violadas, así como tampoco de los motivos y las pruebas que tuvo la administración.

Contrario a lo que expresa el demandante, en la Resolución N° 00035 del 5 de marzo de 2003, mediante la cual se formularon cargos a la sociedad Óptica Sport Ltda si se especificaron los cargos, las normas infringidas y las pruebas en que la administración se fundó para expedirla.

En efecto, en la citada Resolución se expone que la sociedad Óptica Sport Ltda, realizó una serie de giros al exterior, presentando como soportes de los mismos las declaraciones de importación en donde figura la sociedad FLO LITE OPTICAL INC en Miami Florida, como proveedor de las mercancías ingresadas por la sociedad investigada.

Como hechos de interés para la actuación consideró:

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

Copias de las facturas aportadas por la sociedad ESSILOR HISPANOAMÉRICA con domicilio en St Petesburg (sic), Fl 33716 2400 188 TH Avenue N, ESTADOS UNIDOS, las cuales no corresponden a las presentadas por la sociedad investigada para la nacionalización de las mercancías (Folios 542 a 554).

Mediante comunicación debidamente traducida ESSILOR HISPANOAMÉRICA certifica que ninguna de las facturas remitidas fueron emitidas por Flo Lite Optical. Asimismo certifica que Flo Lite Optical no facturó los montos o las cantidades descritas en las facturas adjuntas.

La sociedad ESSILOR HISPANOAMÉRICA precisa también "que el formato preimpreso no está en el modelo de factura que Flo Lite o Essilor de América ha usado, y que tanto (sic) la dirección y teléfono impreso en las facturas no corresponden a la dirección o número de teléfono de Flo Lite o Essilor de América.

Además destaca que Essilor suspendió la facturación bajo el nombre de Flo Lite después de 1998 y que los productos que aparecen en las facturas no corresponden a las

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

descripciones usuales realizadas por Flo Lite: Además existen incluso productos que no son de Essilor's que constituye una prueba más de que alguien diferente elaboró esas facturas (folios 540 y 562).

Lo anterior permitió concluir que los giros realizados al exterior no corresponden a importaciones reales por lo que la sociedad investigada canalizó de manera indebida divisas a través del mercado cambiario, por obligaciones inexistentes no certificadas por quien aparece como proveedor de las mercancías respectivas en el exterior, con lo cual presuntamente incumplió lo establecido en los artículos 2, 7 y 10 de la Resolución Externa 21 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Todo lo expuesto muestra claramente que la Administración si motivó la formulación de cargos a la actora, señalando las pruebas, las normas quebrantadas y la conducta infractora por lo cual el cargo no prospera.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala revocar la sentencia apelada, y en su lugar denegar las súplicas de

REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

la demanda como en efecto se dispondrá en la parte  
resolutiva de esta providencia.

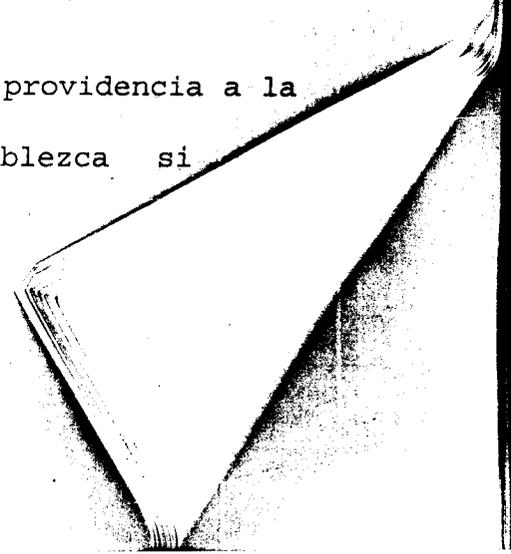
De igual manera dispondrá que se compulsen copias de esta  
providencia y del expediente a la justicia penal, a fin de  
que se establezca si las irregularidades anotadas en  
relación con las facturas a que se ha hecho mención,  
constituyen conducta delictiva.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de  
lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en  
nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de 30 de noviembre de 2006,  
proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda  
declaró probada la prescripción de la acción sancionatoria  
y en su lugar DENIÉGANSE las súplicas de la demanda,

COMPÚLSESE copia del expediente y de esta providencia a la  
justicia penal, a fin de que establezca si



REF: Expediente núm.660012331000 2005 00769 01  
Actor: ÓPTICA SPORT LTDA

irregularidades anotadas en relación con las facturas a que se ha hecho mención, constituyen conducta delictiva.

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 11 de agosto de 2011.

*Marco Antonio Velilla M*  
MARCO ANTONIO VELILLA MORENO  
Presidente

*María Elizabeth García González*  
MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA  
Ausente con excusa

*Maria Claudia Rojas Lasso*  
MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO