

ARGUMENTOS NUEVOS - Posibilidad de invocarlos en sede judicial. Reiteración jurisprudencial / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCIONATORIA CAMBIARIA - Puede aducirse en proceso judicial así no se haya invocado en la vía gubernativa

Sea lo primero advertir que el hecho de que la actora no hubiera aducido al momento de agotar la vía gubernativa el cargo de prescripción de la acción sancionatoria cambiaria, no es óbice para que la Sala pueda acometer su estudio, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación. En efecto, dijo la Sala en la sentencia del 3 de marzo de 2005, radicado 2001-00418-0, Consejera Ponente, Doctora María Claudia Rojas Lasso. "Colige la Sala que, en efecto, el actor en la instancia administrativa no se refirió a los fenómenos de caducidad y prescripción respecto de la facultad sancionatoria de la DIAN, a que aluden los artículos 38 del C.C.A y 14 del Decreto 1750 de 1991. Sin embargo, ello no es óbice para que en la instancia judicial pueda esgrimir las censuras que a bien tenga, a fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados". Sentencia que fue reiterada por la Sección mediante sentencia del 11 de diciembre de 2006, radicado 2001-00413-01, Consejera Ponente, Doctora Martha Sofía Sanz Tobón, en la cual se dijo que si lo que la ley pretendiera al acudir ante esta jurisdicción fuera la reproducción de los argumentos expuestos en la vía gubernativa, exigiría copia de los recursos interpuestos en lugar de exigir la demanda con los requisitos del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 38 / DECRETO 1750 DE 1991 – ARTICULO 14

NOTA DE RELATORIA: Sobre la posibilidad de aducir ante el juez cargos distintos a los formulados en la vía gubernativa, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 2001 00418 01, C.P. María Claudia Rojas Lasso, y Expediente núm. 2001 00413 01, del 11 de diciembre de 2006, C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCIONATORIA CAMBIARIA - Régimen del Decreto 1746 de 1991. Configuración / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCIONATORIA CAMBIARIA - Régimen del Decreto 1092 de 1996. Configuración / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCIONATORIA CAMBIARIA - Acto sancionatorio debe proferirse y notificarse en el término previsto en la ley / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCIONATORIA CAMBIARIA - No tiene en cuenta recursos de la vía gubernativa

En materia de prescripción de la acción cambiaria, esta Sección en anteriores oportunidades, esto es, con antelación a la expedición del Decreto 1092 de 1996, consideró que bastaba que dentro del término legal previsto para el efecto, se expediera la resolución sancionatoria y no así la que resuelve el recurso de reposición. Sin embargo con la expedición del citado Decreto 1092, dijo la Sala lo siguiente: "Pues bien, en anteriores oportunidades el Consejero Ponente de esta providencia sostuvo la tesis de que bajo el imperio del artículo 6º del Decreto 1746 de 1991 el acto definitivo y la decisión de los recursos, debidamente notificada, debía realizarse dentro del término previsto en dicho artículo, pues consideró que la decisión de los recursos de la vía gubernativa se integraba a la decisión definitiva. "No obstante lo anterior, con base en el Decreto 1092 de junio 21 de 1996, 'por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales', cuyo artículo 4º estableció que, 'Prescripción de la Acción Sancionatoria. La imposición de sanciones cambiarias requiere la 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 la 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', se rectifica la posición asumida, en el sentido de que en realidad en materia de infracciones cambiarias el espíritu del legislador fue el de distinguir entre la producción de la resolución que sanciona, debidamente notificada, y la resolución de los recursos propios de ese procedimiento administrativo, lo cual significa que basta que dentro del término de caducidad legalmente previsto se profiera y se notifique el acto sancionatorio, sin que dentro del mismo se tengan que proferir, necesariamente, los actos con los cuales se agota la vía gubernativa. Tal posición encuentra pleno respaldo en los artículos 25, 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996 (...).

FUENTE FORMAL: DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 4 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 25 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 26 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 28 / DECRETO 1746 DE 1991 – ARTICULO 6

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la normativa sobre la prescripción de la acción cambiaria, contenida en los Decretos 1746 de 1991 y 1092 de 1996, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 8386, del 5 de junio de 2003, C.P. Manuel S. Urueta Ayola.

PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCTIONATORIA CAMBIARIA - Término inicial. Interrupción con notificación del pliego de cargos / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCTIONATORIA CAMBIARIA - Término subsidiario. Interrupción con notificación de resolución sancionatoria / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCTIONATORIA CAMBIARIA - Suspensión del término para surtirse el periodo probatorio / PROCEDIMIENTO SANCTIONATORIO CAMBIARIO - Término de traslado del pliego de cargos al presunto infractor / PROCEDIMIENTO SANCTIONATORIO CAMBIARIO - Período probatorio / PRESCRIPCION DE LA ACCION SANCIÓNATORIA CAMBIARIA - Inexistencia al proferirse y notificarse resolución sancionatoria en el término legal

La Sala reitera lo expresado en la sentencia de 2 de abril de 2009, radicado 2002-00421 -01, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, en la que si bien no accede a la prescripción de la acción sancionatoria, explica los alcances del artículo 4º incisos 1 y 3 del Decreto 1092 de 1996. Dice al efecto la citada providencia: "Se observa que el aludido artículo 4º 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 se interrumpe con la notificación de la resolución sancionatoria". Consta en el plenario que la sociedad actora fue sancionada por no canalizar el pago de las importaciones, a través del mercado cambiario, con cargo a las Declaraciones de Importación N°s 13445010568356 de 13 de julio de 1999, 01374020575995 de 15 de julio de 1999, 13445010568657 de 16 de julio de 1999 y 13445010568782 de 19 de julio de 1999; se trata de hechos ocurridos en diferentes fechas que responden cada uno a diferente operación cambiaria, por lo que cada uno tiene un término de prescripción diferente. La DIAN mediante Auto de Formulación de Cargos N° 0467 del 5 de junio de 2002, cuya copia auténtica reposa a folios 682 a 689, formuló

cargos a la sociedad actora por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de \$214.381.82, respecto de las declaraciones de importación arriba mencionadas. El anterior acto fue notificado por correo certificado el día 12 de junio de 2002, como lo reconoce el actor en la sustentación del recurso de apelación, que reposa a folio 7 y siguientes del cuaderno N° 2, cuando dice “el pliego de cargos es de fecha 5 de junio de 2002 y fue notificado el 12 de junio de 2002. De conformidad con el inciso primero del artículo 4º antes transcrita, del Decreto N° 1092 de 1996, la notificación realizada el 12 de junio de 2002, se surtió dentro de los tres años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción, pues éstos sucedieron en el mes de julio de 1999. Ahora bien, de conformidad con el inciso tercero del artículo 4º del Decreto ídem, 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. De conformidad con el artículo 20 del Decreto 1092 de 1996 transcrita, el término de traslado a los presuntos infractores será de dos meses, contados a partir del día siguiente a la notificación del acto de formulación de cargos; dicha notificación se surtió, como ya se vio, el 12 de junio de 2002, luego el término para presentar descargos vencía el 13 de agosto de 2002. La entidad entonces, en principio, tenía plazo hasta el 13 de agosto de 2003 para expedir el acto sancionatorio y notificarlo. La Resolución sancionatoria N° 2206 fue expedida el 7 de octubre de 2003 y fue notificada por correo el 8 de octubre de 2003, según Planilla N° 1066, como consta a folio 45 anverso del cuaderno principal, fechas que no están en discusión. Sin embargo, el artículo 5º arriba transcrita del Decreto 1092 de 1996, dispone que el término previsto para expedir y notificar la resolución sancionatoria, se suspenderá, entre otras, cuando se surta el período probatorio de que trata el artículo 22 y que dicha suspensión se contará a partir de la ejecutoria del acto que resuelva sobre las pruebas solicitadas o decretadas de oficio, y por el término que se señale para el efecto en el acto de pruebas. El citado artículo 22 del Decreto 1092 de 1996, reza: (...). Del acervo probatorio se tiene que la Resolución N° 1411 de 8 de julio de 2003 ordenó la práctica de pruebas (folio 799), la cual fue confirmada, en respuesta al recurso de reposición interpuesto por la actora, mediante la Resolución N° 1636 de 30 de julio de 2003 (folio 822), que quedó ejecutoriada el 4 de agosto siguiente, en los términos de la misma actora; lo anterior indica que a partir del 4 de agosto se suspendieron por dos meses los términos, es decir hasta el 5 de octubre de 2003. Como ya se dijo el término para que la actora presentara descargos venció el 13 de agosto de 2002; descontados los dos meses de suspensión para la práctica de las pruebas decretadas, la entidad tenía hasta el 13 de octubre de 2003 para expedir y notificar la resolución sanción, lo que ocurrió, respectivamente el 7 y 8 de octubre de 2003, por lo que no cabe duda alguna para la Sala que no operó el fenómeno de la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 4 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 5 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 20 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 22

NOTA DE RELATORIA: Sobre el término de prescripción de la acción cambiaria y su interrupción, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente núm. 2002 00421 01, del 2 de abril de 2009, C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

INFRACTION CAMBIARIA - Concepto / INFRACTION CAMBIARIA - Sujeto activo / SANCTION CAMBIARIA - Finalidad / INFRACTION CAMBIARIA - Responsabilidad objetiva / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - Por violación al régimen de cambios / DECLARACION DE IMPORTACION - Persona obligada a presentarla es el Importador / IMPORTADOR - Obligado a presentar

declaración de importación / IMPORTADOR - Es quien realiza la operación de importación o aquella persona por cuya cuenta se realiza / IMPORTADOR - Puede actuar ante la Aduana mediante apoderado

Corresponde a la Sección dilucidar, si la sanción por valor de \$639.480.954.º, con cargo a las Declaraciones de Importación N°s 13445010568356 de 13 de julio de 1999 (folio 236 cdno 2), 01374020574995 de 15 de julio de 1999 (folio 272 ídem), 13445010568657 de 16 de julio de 1999 (folio 292 ídem) y 13445010568782 de 19 de julio de 1999 (folio 257 ídem), debió ser impuesta a la actora, quien en efecto aparece como importadora en dichos documentos y como declarante autorizado. El asunto se contrae a establecer quién es el sujeto activo de la infracción cambiaria. El Decreto 1092 de 1996 ya mencionado, dispone sobre la obligación cambiaria: “ARTICULO 2º. INFRACCION CAMBIARIA. La infracción cambiaria es una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico”. ARTÍCULO 3º. (Modificado por el artículo 1º del Decreto Extraordinario 1074 de 1999. Sanción. Las personas naturales o jurídicas y entidades que infrinjan el régimen cambiario en operaciones cuya vigilancia y control sea competencia de la DIAN, serán sancionadas con la imposición de una multa” “ARTICULO 30. RESPONSABILIDAD. En todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva”. Al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto 1909 de 1992, el obligado a presentar la declaración de importación es el importador, entendido éste como quien realiza la operación de importación o aquella persona por cuya cuenta se realiza, quien podrá actuar ante la Aduana, personalmente o a través de apoderado, o mediante mandatario especial.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 2 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 3 / DECRETO 1092 DE 1996 – ARTICULO 30 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 23

INFRACCION CAMBIARIA - Existencia al no presentarse declaración de cambios por el Importador / INFRACCION CAMBIARIA - Existencia al no canalizarse pago de importación en mercado cambiario / OBLIGACION CAMBIARIA - Recae en el Importador / IMPORTACION - Inexistencia de prueba de cesión de cupos de importación

Las declaraciones de importación sobre las cuales se impuso la sanción, como ya se dijo, están a nombre de la actora, quien alega que no realizó la importación porque cedió los cupos. Dichas declaraciones de importación están amparadas por el registro de importación expedido por el Incomex N° L0797100 3315977, contingente aprobado por el Ministerio de Agricultura mediante Resolución 235 de 12 de mayo de 1999 a nombre de la importadora “Arrocera La Palestina S.A.”, exportador “industria Arrocera de Santa Marta” de la ciudad de Quevedo en Ecuador, país de origen y de compra (folio 239 cdno 2); los cupos fueron autorizados a la actora mediante el registro de importación N° 090287 de 1999, según se lee en cada una de las declaraciones de importación. Afirma la actora que no es sujeto activo de la obligación cambiaria imputada, porque cedió a título de venta el cupo de importación N° 090287 al señor Teófano de Francisco Gómez Libreros, quien en la realidad fue el importador. Para demostrar lo anterior presenta como prueba un documento, sin fecha, con envío de fax del 26 de junio de 1999, suscrito por Francisco Gómez L. en nombre de Comercializadora Agroindustrial Andina Ltda., dirigida al señor Jorge Villada en el cual manifiesta su

conformidad con la compra o cesión del cupo para importar 340 toneladas de arroz (folio 727). El anterior documento, además de que no hace referencia a ningún cupo específico, no es prueba de la cesión que alega la actora, como lo demuestra el documento que obra a folio 728, de fecha 2 de julio de 1999, por medio del cual el señor Jorge Antonio Villada Gómez, Gerente General de Arrocera La Palestina S.A., confiere poder especial al señor Gómez Libreros, en los siguientes términos: "Por medio de la presente confiero autorización amplia y suficiente, al señor Teófano de Francisco Gómez Libreros, identificado con cédula de ciudadanía N° 6.377.618 de Palmira, para que haga todas las gestiones pertinentes para la importación de 395 Toneladas de Arroz Blanco del Ecuador, amparadas con el Registro de Importación de INCOMEX N° L-07971003315977 del 17 de junio de 1999, con su correspondiente visto bueno del Ministerio de Agricultura y con su permiso fitosanitario del ICA N° O.N.3283-99 de fecha junio 23 de 1999. Gestiones que se deben realizar ante: ICA, INCOMEX y DIAN de Ipiales. El señor Gómez Libreros también queda facultado para sustituir este poder". El documento anterior es prueba fehaciente de que el señor Gómez Libreros (o la persona a quien éste hubiere sustituido el poder, en este caso INTEGEL LTDA.), actuó en nombre de la actora Arrocera La Palestina S.A., quien fue la importadora, por lo que ésta era la obligada a presentar una declaración de cambios y a canalizar a través del mercado cambiario el pago de las importaciones por el valor de la obligación contraída en el exterior, pues el poder conferido se refería al cupo autorizado de importación N° 090287 de 1999 con registro de importación del INCOMEX N° L-07971003315977 del 17 de junio de 1999 que amparaba las declaraciones de importación sobre las cuales se impuso la sanción, como ya se observó.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

Radicación número: 54001-23-31-000-2004-01088-01

Actor: ARROCERA LA PALESTINA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 10 de diciembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se declaró

inhibida para pronunciarse sobre la pretensión de declarar la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria y negó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1- La sociedad ARROCERA LA PALESTINA S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

1^a. La nulidad de la Operación Administrativa de determinación de la infracción administrativa cambiaria, contenida en la Resolución Sancionatoria N° 2206 de octubre 7 de 2003, proferida por la División de Liquidación de la Administración Local de Aduanas Nacionales de Cúcuta.

2^a. La nulidad del acto administrativo mediante el cual se le impuso una sanción por violación al régimen de cambios, contenida en la resolución antes mencionada, confirmada y modificada por la Resolución N° 1554 del 7 de abril de 2004, expedida por la División Jurídica Aduanera de la misma Administración Local.

3^a. Que como consecuencia de lo anterior se le declare exenta de pago de la sanción por infracción cambiaria impuesta por las citadas Resoluciones.

La actora adicionó la demanda, para solicitar que en caso de no ser de recibo las anteriores pretensiones, subsidiariamente se declare:

- La nulidad de la Resolución Sancionatoria N° 2206 del 7 de octubre de 2003, expedida por la División de Liquidación de la Administración Local de Aduanas de Cúcuta, confirmada y modificada mediante la Resolución N° 1554 del 7 de abril de 2004 expedida por la División Jurídica de la misma Administración Local.

- Que se le declare exenta del pago de la sanción cambiaria.

- Que se declare la prescripción de la acción sancionatoria.

La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que mediante Auto de Apertura N° 0112 del 22 de mayo de 2002, la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Control Cambiario de la DIAN le abrió investigación; que posteriormente, mediante el acto N° 0467 del 5 de junio de 2002, la misma oficina le formuló cargos por presunta violación al régimen cambiario, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de US \$214.381.82 con cargo a las Declaraciones de Importación N° 01173040535820 de 1998 y 13445010568356, 13445010568782, 01374020574995, 13445010568657 de 1999 y propuso una multa de \$852'461.832.

Relató que el Jefe de Grupo Determinación de Sanciones de la citada División, expidió la Resolución N° 2206 del 7 de octubre decidiendo sancionarla con una multa a favor del Tesoro Nacional - Unidad Administrativa Especial -DIAN-, por la suma de \$852'461.832, contra la cual interpuso el recurso de reposición.

Que el recurso de reposición fue resuelto por la División Jurídica mediante la Resolución N° 1554 del 7 de abril de 2004, que confirmó y modificó parcialmente el artículo 1º de la Resolución N° 2206 del 7 de octubre de 2003, fijando el valor de la sanción en la suma de \$639'480.954, quedando así agotada la vía gubernativa.

II.2- NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

La actora citó como vulnerados los artículos 6º y 29 de la Constitución Política, 84 del Código Contencioso Administrativo, 1º y 4º de la Resolución Externa N° 8 de 2000 del Banco de la República, 1º del Decreto 1074 de 1999, 4º, 5º y 20 del Decreto 1092 de 1996 y, además, solicitó que se declarara la prescripción de la acción sancionatoria.

Manifestó que los actos acusados son arbitrarios y autoritarios porque la Administración debió determinar no solamente la existencia de la infracción cambiaria, sino también quién fue el responsable de efectuar las importaciones de arroz que se le imputan, dado que no lo hizo ni en forma directa ni a través de terceras personas y, por lo tanto, no es responsable de la obligación cambiaria que se le exige.

Consideró que de conformidad con el artículo 23 del Decreto 1909 de 1992, vigente para la época de los hechos, el obligado a presentar la declaración de importación, es el importador, quien podrá actuar personalmente o por medio de apoderado o mandatario.

Que existen pruebas de la cesión del cupo de importación que hizo y diferentes certificaciones, entre ellas, de proveedores en el exterior, que demuestran que no realizó transacción con ellos; insiste, en que no fue el importador y que de ello dan razón, entre otras: el hecho de que no existe contrato de agenciamiento de carga entre el agente y la Arrocera Palestina S.A. ni hay constancia de recibo de mercancía a su nombre ni de pago de fletes por concepto de transporte de mercancía; que existe prueba contable que evidencia que no hay registro contable de obligaciones pendientes con el exterior, ni inventario de mercancías provenientes del exterior, porque la empresa no las importó; que no existe contrato de almacenamiento que haya efectuado, ni facturas por bodegajes y que existe denuncia penal presentada por el entonces Gerente de la empresa en el sentido de que su firma fue falsificada, por cuanto no la reconoce en las declaraciones de importación y documentos anexos presentados en la Administración de Aduanas de Ipiales.

Anotó, entre otras, que en el caso de la importación de arroz con cargo al registro N° 108108, se utilizó irregularmente su nombre, lo que también ocurrió con las declaraciones de importación N°s 13445010568356, 01374020575995, 13445010568657 y 13445010568782 con registro de importación N° 090287, lo cual se prueba con la declaración del señor Teófano de Francisco Gómez, quien confesó que fue el importador y que utilizó en forma irregular el nombre de ARROCERA LA PALESTINA S.A.

Aseveró que la prueba del hecho de ser importador de una mercancía, no se determina sólo con la copia de la declaración de importación y que es de conocimiento general que sólo las sociedades de intermediación aduanera inscritas y autorizadas por la DIAN, pueden actuar como intermediario aduanero o declarante autorizado, en este caso, por exigencia legal, dado el valor de la mercancía, por lo que nunca el importador puede ser al mismo tiempo declarante autorizado.

Que la investigación cambiaria exige establecer la materialización del hecho en cabeza del infractor para establecer el sujeto activo de la obligación de canalización de divisas, que por ley sólo se le exige a quien efectúa la operación de comercio exterior, en este caso, al importador. Que la administración debe establecer en cabeza de los cesionarios, señores García Cáceres y Gómez Libreros, quienes importaron la mercancía, el cumplimiento de la acción cambiaria, de lo cual existe certificación por parte de ellos.

Alegó que entonces hay inexistencia material de la operación aduanera por parte de la empresa ARROCERA PALESTINA y que por lo tanto los actos acusados están falsamente motivados, por lo que de conformidad con el artículo 84 del C.C.A. deben ser declarados nulos.

Expuso que no existe prohibición legal para la cesión de cupos de importación aprobados a un usuario y que la omisión de alguna formalidad en la cesión de los cupos de importación autorizados en los registros a la empresa, no determina que sea responsable de la obligación cambiaria por su utilización; que por norma general los registros de importación son libremente negociables y por ello los cedió a título de venta e insiste en que el hecho de que figure como importador en las declaraciones de importación, no es prueba suficiente de que la haya efectuado; que la responsabilidad objetiva que establece el régimen de cambios no determina la obligación de quien aparece como importador.

Que el hecho de no haber cumplido con el trámite de cesión del cupo de importación ante el Ministerio de Agricultura, no implica que haya efectuado la importación ni es causal de infracción cambiaria.

Finalmente estimó que se aplicaron indebidamente los artículos 1° y 4° de la Resolución Externa N° 8 de 2000, expedida por el Banco de la República y el 1° del Decreto 1074 de 1999, porque la Administración sólo puede sancionar por violación al régimen cambiario a quien haya realizado las operaciones de cambio, es decir al verdadero importador; que se debe otorgar valor probatorio a la certificación de la sociedad Continental Grain Company de New York de no haber realizado transacción con la empresa.

Que exigir a la empresa que pague por una importación que no efectuó, es actuar contra lo estipulado en la Resolución N° 21 de 1993 del Banco de la República,

que señala que quienes efectúen una importación deberán presentar una declaración de cambios y canalizar a través del mercado cambiario el pago de las importaciones por el valor de la obligación contraída en el exterior; que no tiene sentido que la entidad admita la cesión de uno de los cupos de importación y en otros casos no.

Solicitó que la Corporación considere que las acciones sancionatorias están prescritas de conformidad con los artículos 4, 5 y 20 del Decreto 1092 de 1996; que aunque en sede gubernativa no se alegó esta circunstancia, ésta debió decretarse de oficio por la Administración por ser norma de orden público.

I.3- CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Administración Local de Aduanas de Cúcuta – División Jurídica, se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Consideró, que dentro del expediente administrativo existe plena prueba de la existencia de los registros de importación N°s 108108 de 18 de junio de 1998 y 090287 de 29 de junio de 1999 a nombre de Arrocera La Palestina, como se desprende de los documentos soporte de las declaraciones de importación N°s 0117304053582-0 de 14 de agosto de 1998, 13445010568356 de 13 de junio de 1999, 13445010568782 de 19 de julio de 1999, 0137402057499-5 de 15 de junio de 1999 y 13445010568657 de 16 de julio de 1999.

En cuanto a la cesión de los cupos, que alega la actora, manifestó que si bien es cierto que aporta fotocopia simple de una certificación aparentemente suscrita por MANUEL JOSE MORA RESTREPO en la cual se indica que ha cedido la licencia N° L0791002916941 y una fotocopia simple de una declaración juramentada supuestamente suscrita por JORGE ANTONIO VILLADA GÓMEZ en la cual bajo juramento dice que en su calidad de gerente de la arrocera La Palestina cedió el cupo de importación de arroz “amparado en el registro de importación de Incomex N° 107971003315977, N° 0902287 por 395 toneladas al Sr. Teófano de Francisco Gómez Libreros, que en consecuencia no soy quien suscribe las declaraciones de importación presentadas en Ipiales N°s 13445010568356, 01374020574995, 13445010568687 y 13445010568782”, lo cierto es que no hay soporte de la cesión

de los cupos de importación y, por el contrario, todos los documentos hacen relación a que la importación fue hecha a nombre de la demandante.

Señaló que la supuesta cesión de los cupos que hizo la actora, no cumplió con los requisitos establecidos por las normas correspondientes y por lo tanto no sirven de fundamento de sus afirmaciones; que lo que existe como prueba es que la importación se hizo a nombre de Arrocera La Palestina de acuerdo con las declaraciones de importación.

Anotó que a lo anterior se suma el poder especial que obra en el expediente en original, de fecha 2 de julio de 1999, por medio del cual el representante legal de la sociedad actora confirió poder especial al señor Gómez Libreros para que realizara todas las gestiones pertinentes ante la Dian de Ipiales, para la importación de 395 toneladas de arroz blanco del Ecuador, amparadas en el registro de importación de INCOMEX N° L-0797100315977 del 17 de junio de 1999, con su correspondiente visto bueno del Ministerio de Agricultura y permiso fitosanitario del ICA.

Que de las pruebas se puede deducir que el señor Gómez Libreros, quien actuaba a nombre de la actora, pagó el producto de las importaciones en SUCRES en la ciudad de Ipiales; que lo anterior unido al hecho de que no se ha presentado prueba de la canalización a través del mercado cambiario, permite concluir que se deben confirmar los actos acusados, porque las declaraciones se hicieron a nombre de la demandante en uso del registro de importación N° 0990287 del 29 de junio de 1999.

Finalmente señaló que no tiene sustento la apreciación de la demandante en cuanto a que, para esa época, las declaraciones se debían tramitar a través de las sociedades de intermediación aduanera, pues esta exigencia vino a ser obligatoria desde la entrada en vigor del Decreto 2685 de 1999, lo que ocurrió el 1º de julio de 2000.

Precisó que la sanción se dio por el hecho de no haber canalizado el pago de las importaciones a través del mercado cambiario y no por el incumplimiento de las formalidades respecto a la cesión de los cupos indicados en los registros de importación, puesto que el asunto de los cupos es una facultad del titular, quien

puede o no hacer uso de ella, pero que al no cumplir con las formalidades se entiende que opta por no hacer la cesión.

En cuanto a la solicitud que la actora hace en la adición de la demanda, de que se declare la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria, propuso la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, porque en esa oportunidad nunca se alegó esta situación, lo que debió ocurrir de conformidad con lo dispuesto por el artículo 135 del C.C.A.; que en todo caso no hubo prescripción de la acción, al tenor de lo señalado por el artículo 4º del Decreto Ley 1092 de 1996.

II. FALLO IMPUGNADO

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, se declaró inhibido para pronunciarse sobre la prescripción de la acción cambiaria en virtud a que dicha controversia no fue planteada en vía gubernativa.

En relación con el asunto de fondo consideró, que la actora no puede evadir su responsabilidad, porque de las declaraciones de importación se deduce que ella fue la importadora y no existe prueba de lo contrario, por lo que es responsable de la infracción cambiaria, que tiene un carácter objetivo.

Que si bien se presentó una denuncia por la supuesta utilización irregular de su nombre no se aportó pronunciamiento de la justicia en este sentido.

Explicó que la sanción se impuso por no haber canalizado el pago de las importaciones a través del mercado cambiario y no por el incumplimiento de las formalidades respecto a la cesión de los cupos indicados en los registros de importación, sólo que el incumplimiento de las formalidades, condujo a que se mantuviera su responsabilidad, como importadora.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION

La parte demandante solicita la revocatoria del fallo porque consideró, en síntesis:

Que la DIAN, de oficio, debió decretar la prescripción de la acción cambiaria, porque es claro el mandato legal del inciso final del artículo 4º del Decreto 1092 de

1996, que si bien es cierto dice que ésta “podrá” decretarse de oficio o a solicitud del investigado, no es facultativo de la Administración hacerlo, porque dicha expresión hace referencia a que la puede solicitar uno u otro y por ello la administración está en la obligación de decretarla por tratarse de normas de orden público y porque la Dian debe salvaguardar el principio de legalidad, en aras de preservar el debido proceso, máxime cuando actúa como juez y parte.

Anota que la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, dentro del radicado N° 1632 del 25 de mayo de 2005, C.P. Dr Enrique Arboleda Perdomo, sostuvo respecto de la declaración de prescripción o caducidad de la acción sancionatoria, que no hay duda de que su declaración procede de oficio, pues de existir tal circunstancia, el acto quedaría viciado de nulidad por falta de competencia temporal de la autoridad que lo emite.

En cuanto al asunto de fondo, considera que la presunción de inocencia que protege a la sociedad, no fue desvirtuada por el Tribunal y que las pruebas demuestran que no fue la importadora de la mercancía y que su nombre fue usado irregularmente.

Que quienes efectivamente realizaron las operaciones de importación y las correspondientes operaciones cambiarias fueron los cesionarios adquirentes de los cupos, señores JUAN DE JESÚS GARCÍA CÁCERES quien utilizó el Registro de Importación N° 108108 para realizar la importación que consta en la Declaración de Importación N° 01173040535820 y allegó certificación como cesionario y TEÓFANO DE FRANCISCO GÓMEZ LIBREROS, quien utilizó el Registro de Importación N° 090287, para realizar las importaciones que constan en las Declaraciones de Importación N°s 13445010568356, 01374020575995, 13445010568657 y 13445010568782.

Concluye que no era entonces la llamada a responder por el incumplimiento de las normas cambiarias y por lo tanto no puede ser sujeto de la sanción cambiaria, como lo demuestran todas las pruebas.

IV. ALEGATO DE CONCLUSIÓN

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación no presentó alegatos de conclusión.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sobre el particular se tiene que mediante la Resolución N° 2206 del 7 de octubre de 2006 se impuso una sanción al actor por violación al régimen cambiario, en la cual se le informó que contra este acto administrativo sólo procedía el recurso de reposición, el cual interpuso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 1092 de 1996, que así lo señala.

Sea lo primero advertir que el hecho de que la actora no hubiera aducido al momento de agotar la vía gubernativa el cargo de prescripción de la acción sancionatoria cambiaria, no es óbice para que la Sala pueda acometer su estudio, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación.

En efecto, dijo la Sala en la sentencia del 3 de marzo de 2005, radicado 2001-00418-0, Consejera Ponente, Doctora María Claudia Rojas Lasso.

“Colige la Sala que, en efecto, el actor en la instancia administrativa no se refirió a los fenómenos de caducidad y prescripción respecto de la facultad sancionatoria de la DIAN, a que aluden los artículos 38 del C.C.A y 14 del Decreto 1750 de 1991. Sin embargo, ello no es óbice para que en la instancia judicial pueda esgrimir las censuras que a bien tenga, a fin de desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos acusados”.

Sentencia que fue reiterada por la Sección mediante sentencia del 11 de diciembre de 2006, radicado 2001-00413-01, Consejera Ponente, Doctora Martha Sofía Sanz Tobón, en la cual se dijo que si lo que la ley pretendiera al acudir ante esta jurisdicción fuera la reproducción de los argumentos expuestos en la vía gubernativa, exigiría copia de los recursos interpuestos en lugar de exigir la demanda con los requisitos del C.C.A.

En materia de prescripción de la acción cambiaria, esta Sección en anteriores oportunidades, esto es, con antelación a la expedición del Decreto 1092 de 1996, consideró que bastaba que dentro del término legal previsto para el efecto, se expediera la resolución sancionatoria y no así la que resuelve el recurso de reposición¹. Sin embargo con la expedición del citado Decreto 1092, dijo la Sala lo siguiente:

¹ Sentencia del 5 de junio de 2003, exp. núm. 8386, actora, Japan Latinoamerican Investment Corporation N.V., Consejero Ponente, Doctor Manuel S. Urueta Ayola,

“Pues bien, en anteriores oportunidades el Consejero Ponente de esta providencia sostuvo la tesis de que bajo el imperio del artículo 6o del Decreto 1746 de 1991 el acto definitivo y la decisión de los recursos, debidamente notificada, debía realizarse dentro del término previsto en dicho artículo, pues consideró que la decisión de los recursos de la vía gubernativa se integraba a la decisión definitiva.

“No obstante lo anterior, con base en el Decreto 1092 de junio 21 de 1996, ‘por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales’, cuyo artículo 4º estableció que, ‘Prescripción de la Acción Sancionatoria. La imposición de sanciones cambiarias requiere la 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 la 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’, se rectifica la posición asumida, en el sentido de que en realidad en materia de infracciones cambiarias el espíritu del legislador fue el de distinguir entre la producción de la resolución que sanciona, debidamente notificada, y la resolución de los recursos propios de ese procedimiento administrativo, lo cual significa que basta que dentro del término de caducidad legalmente previsto se profiera y se notifique el acto sancionatorio, sin que dentro del mismo se tengan que proferir, necesariamente, los actos con los cuales se agota la vía gubernativa. (resalta la Sala)

Tal posición encuentra pleno respaldo en los artículos 25, 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, que establecen:

“Artículo 25. Recurso contra la resolución sancionatoria. Contra la resolución que imponga la multa procederá únicamente el recurso de reposición ante la División Jurídica de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales o la dependencia que haga sus veces o ante la División de Análisis, Supervisión y Control de la Subdirección Jurídica, según corresponda por competencia, dentro del mes siguiente a su notificación.

“Parágrafo. El funcionario que reciba el memorial del recurso, dejará constancia escrita de la fecha de presentación, la identidad y calidad de quien lo presenta”.

“Artículo 26. Término para resolver el recurso. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ***tendrá siete (7) meses para expedir y notificar la resolución que resuelva el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria,*** contados a partir del día siguiente a su interposición en debida forma.

“Contra la resolución que rechace el recurso de reposición no procederá recurso alguno”.

“Artículo 28. Silencio administrativo. Si transcurre el término previsto en el primer inciso del artículo 26 sin que se expida y notifique el acto que decida de fondo el recursos de reposición, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales así lo declarará a de oficio o a petición de parte”.

Precisado lo anterior, es pertinente la remisión a los artículos 4°, 5°, 10° y 20 del mencionado Decreto 1092 de 1996 “Por el cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN”, que preceptúan:

“Artículo 4º. Prescripción de la acción sancionatoria. La imposición de sanciones cambiarias requiere la 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 a solicitud del investigado”.
(resalta la sala)*

“Artículo 5º. Suspensión de términos. El término previsto para expedir y notificar la resolución sancionatoria, se suspenderá en los siguientes casos:

a) Cuando se presente alguna de las causales de recusación o impedimento establecidas en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Civil, respecto de alguno de los funcionarios que deban realizar diligencias investigativas, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas dentro del procedimiento administrativo cambiario.

“El término de suspensión en este evento será igual al que se requiera para agotar el trámite de la recusación o impedimento, de acuerdo con el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo;

b) Cuando se surta el período probatorio de que trata el artículo 22 de este Decreto, la suspensión se contará a partir de la ejecutoria del acto que resuelva sobre las pruebas solicitadas o decretadas de oficio, y por el término que se señale para el efecto en el acto de pruebas”.

“Artículo 10. Formulación de cargos. Si la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales considera que los hechos investigados constituyen posible infracción cambiaria, a través de sus 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 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, a la tasa de cambio representativa del mercado vigente en la fecha de ocurrencia de los hechos. Sobre esta

liquidación se aplicará el porcentaje de multa que corresponda proponer, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del presente Decreto, señalando la posibilidad de allanarse a los cargos en los términos y condiciones del artículo 21 de este Decreto.

“Artículo 20. Término de traslado del acto de formulación de cargos. El término de traslado a los presuntos infractores será de dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la notificación del acto de formulación de cargos, conforme al artículo 14 del presente Decreto. Durante este término se pondrá a disposición de los presuntos infractores el expediente o su copia, en las dependencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El traslado es la única oportunidad en que los presuntos infractores pueden presentar los descargos que consideren pertinentes. Durante este término podrán solicitar la práctica de pruebas, aportarlas u objetar las obtenidas antes de la formulación de cargos”.

La Sala reitera lo expresado en la sentencia de 2 de abril de 2009, radicado 2002-00421 -01, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, en la que si bien no accede a la prescripción de la acción sancionatoria, explica los alcances del artículo 4º incisos 1 y 3 del Decreto 1092 de 1996. Dice al efecto la citada providencia:

“Se observa que el aludido artículo 4º 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 se interrumpe con la notificación de la resolución sancionatoria”.

Consta en el plenario que la sociedad actora fue sancionada por no canalizar el pago de las importaciones, a través del mercado cambiario, con cargo a las Declaraciones de Importación N°s 13445010568356 de 13 de julio de 1999, 01374020575995 de 15 de julio de 1999, 13445010568657 de 16 de julio de 1999 y 13445010568782 de 19 de julio de 1999; se trata de hechos ocurridos en diferentes fechas que responden cada uno a diferente operación cambiaria, por lo que cada uno tiene un término de prescripción diferente.

La DIAN mediante Auto de Formulación de Cargos N° 0467 del 5 de junio de 2002, cuya copia auténtica reposa a folios 682 a 689, formuló cargos a la sociedad

actora por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de \$214.381.82, respecto de las declaraciones de importación arriba mencionadas ².

El anterior acto fue notificado por correo certificado el día 12 de junio de 2002, como lo reconoce el actor en la sustentación del recurso de apelación, que reposa a folio 7 y siguientes del cuaderno N° 2, cuando dice “el pliego de cargos es de fecha 5 de junio de 2002 y fue notificado el 12 de junio de 2002.

De conformidad con el inciso primero del artículo 4° antes transcrto, del Decreto N° 1092 de 1996, la notificación realizada el 12 de junio de 2002, se surtió dentro de los tres años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción, pues éstos sucedieron en el mes de julio de 1999.

Ahora bien, de conformidad con el inciso tercero del artículo 4° del Decreto *ídem*, 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.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 1092 de 1996 transcrto, el término de traslado a los presuntos infractores será de dos meses, contados a partir del día siguiente a la notificación del acto de formulación de cargos; dicha notificación se surtió, como ya se vio, el 12 de junio de 2002, luego el término para presentar descargos vencía el 13 de agosto de 2002³.

La entidad entonces, en principio, tenía plazo hasta el 13 de agosto de 2003 para expedir el acto sancionatorio y notificarlo. La Resolución sancionatoria N° 2206 fue expedida el 7 de octubre de 2003 y fue notificada por correo el 8 de octubre de 2003, según Planilla N° 1066, como consta a folio 45 anverso del cuaderno principal, fechas que no están en discusión.

Sin embargo, el artículo 5° arriba transcrto del Decreto 1092 de 1996, dispone que el término previsto para expedir y notificar la resolución sancionatoria, se suspenderá, entre otras, cuando se surta el período probatorio de que trata el artículo 22 y que dicha suspensión se contará a partir de la ejecutoria del acto que

² La suma fue modificada porque una declaración de importación fue excluida de la sanción, mediante la Resolución acusada N° 1554 del 7 de abril de 2004 por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en la vía gubernativa.

³ La actora los presentó el 5 de agosto de 2002

resuelva sobre las pruebas solicitadas o decretadas de oficio, y por el término que se señale para el efecto en el acto de pruebas.

El citado artículo 22 del Decreto 1092 de 1996, reza:

ARTICULO 22. PERIODO PROBATORIO. *Las pruebas solicitadas se decretarán cuando sean conducentes, pertinentes, eficaces y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación; se aceptarán las aportadas si llenan los anteriores requisitos; se denegarán las que no los cumplan y se ordenará de oficio las que se consideren pertinentes mediante acto motivado que señalará el término para su práctica, que no podrá exceder de dos (2) meses si se trata de pruebas a efectuarse en el territorio nacional, o de cuatro (4) meses, si deben practicarse en el exterior".*

Del acervo probatorio se tiene que la Resolución N° 1411 de 8 de julio de 2003 ordenó la práctica de pruebas (folio 799), la cual fue confirmada, en respuesta al recurso de reposición interpuesto por la actora, mediante la Resolución N° 1636 de 30 de julio de 2003 (folio 822), que quedó ejecutoriada el 4 de agosto siguiente, en los términos de la misma actora; lo anterior indica que a partir del 4 de agosto se suspendieron por dos meses los términos, es decir hasta el 5 de octubre de 2003.

Como ya se dijo el término para que la actora presentara descargos venció el 13 de agosto de 2002; descontados los dos meses de suspensión para la práctica de las pruebas decretadas, la entidad tenía hasta el 13 de octubre de 2003 para expedir y notificar la resolución sanción, lo que ocurrió, respectivamente el 7 y 8 de octubre de 2003, por lo que no cabe duda alguna para la Sala que no operó el fenómeno de la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria.

Corresponde a la Sección dilucidar, si la sanción por valor de \$639.480.954.º, con cargo a las Declaraciones de Importación N°s 13445010568356 de 13 de julio de 1999 (folio 236 cdno 2), 01374020574995 de 15 de julio de 1999 (folio 272 *ídem*), 13445010568657 de 16 de julio de 1999 (folio 292 *ídem*) y 13445010568782 de 19 de julio de 1999 (folio 257 *ídem*), debió ser impuesta a la actora, quien en efecto aparece como importadora en dichos documentos y como declarante autorizado⁴.

⁴ La sanción inicialmente incluía la declaración de importación N° 01173040535820 del 14 de agosto de 1998, con registro de importación N° 108108, pero fue excluida mediante la Resolución N° 1554 del 7 de abril de 2004, que se expidió en respuesta al recurso de reposición que interpuso la actora en la vía gubernativa, sin embargo la trae a colación en su demanda y en la impugnación de la sentencia.

El asunto se contrae a establecer quién es el sujeto activo de la infracción cambiaria.

El Decreto 1092 de 1996 ya mencionado, dispone sobre la obligación cambiaria:

“ARTICULO 2°. INFRACCION CAMBIARIA. *La infracción cambiaria es una contravención administrativa de las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios vigentes al momento de la transgresión, a la cual corresponde una sanción cuyas finalidades son el cumplimiento de tales disposiciones y la protección del orden público económico”.*

ARTÍCULO 3°. *(Modificado por el artículo 1° del Decreto Extraordinario 1074 de 1999. Sanción. Las personas naturales o jurídicas y entidades que infrinjan el régimen cambiario en operaciones cuya vigilancia y control sea competencia de la DIAN, serán sancionadas con la imposición de una multa”*

“ARTICULO 30. RESPONSABILIDAD. *En todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva”.*

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 23 del Decreto 1909 de 1992, el obligado a presentar la declaración de importación es el importador, entendido éste como quien realiza la operación de importación o aquella persona por cuya cuenta se realiza, quien podrá actuar ante la Aduana, personalmente o a través de apoderado, o mediante mandatario especial.

Las declaraciones de importación sobre las cuales se impuso la sanción, como ya se dijo, están a nombre de la actora, quien alega que no realizó la importación porque cedió los cupos. Dichas declaraciones de importación están amparadas por el registro de importación expedido por el Incomex N° L0797100 3315977, contingente aprobado por el Ministerio de Agricultura mediante Resolución 235 de 12 de mayo de 1999 a nombre de la importadora “Arrocera La Palestina S.A.”, exportador “industria Arrocera de Santa Marta” de la ciudad de Quevedo en Ecuador, país de origen y de compra (folio 239 cdno 2); los cupos fueron autorizados a la actora mediante el registro de importación N° 090287 de 1999, según se lee en cada una de las declaraciones de importación.

Afirma la actora que no es sujeto activo de la obligación cambiaria imputada, porque cedió a título de venta el cupo de importación N° 090287 al señor Teófano de Francisco Gómez Libreros, quien en la realidad fue el importador.

Para demostrar lo anterior presenta como prueba un documento, sin fecha, con envío de fax del 26 de junio de 1999, suscrito por Francisco Gómez L. en nombre de Comercializadora Agroindustrial Andina Ltda., dirigida al señor Jorge Villada en el cual manifiesta su conformidad con la compra o cesión del cupo para importar 340 toneladas de arroz (folio 727).

El anterior documento, además de que no hace referencia a ningún cupo específico, no es prueba de la cesión que alega la actora, como lo demuestra el documento que obra a folio 728, de fecha 2 de julio de 1999, por medio del cual el señor Jorge Antonio Villada Gómez, Gerente General de Arrocera La Palestina S.A., confiere poder especial al señor Gómez Libreros, en los siguientes términos:

"Por medio de la presente confiero autorización amplia y suficiente, al señor Teófano de Francisco Gómez Libreros, identificado con cédula de ciudadanía N° 6.377.618 de palmira, para que haga todas las gestiones pertinentes para la importación de 395 Toneladas de Arroz Blanco del Ecuador, amparadas con el Registro de Importación de INCOMEX N° L-07971003315977 del 17 de junio de 1999, con su correspondiente visto bueno del Ministerio de Agricultura y con su permiso fitosanitario del ICA N° O.N.3283-99 de fecha junio 23 de 1999. Gestiones que se deben realizar ante: ICA, INCOMEX y DIAN de Ipiales. El señor Gómez Libreros también queda facultado para sustituir este poder".

El documento anterior es prueba fehaciente de que el señor Gómez Libreros (o la persona a quien éste hubiere sustituido el poder, en este caso INEGEL LTDA.), actuó en nombre de la actora Arrocera La Palestina S.A., quien fue la importadora, por lo que ésta era la obligada a presentar una declaración de cambios y a canalizar a través del mercado cambiario el pago de las importaciones por el valor de la obligación contraída en el exterior, pues el poder conferido se refería al cupo autorizado de importación N° 090287 de 1999 con registro de importación del INCOMEX N° L-07971003315977 del 17 de junio de 1999 que amparaba las declaraciones de importación sobre las cuales se impuso la sanción, como ya se observó.

Como bien lo señaló el fallo apelado no existe prueba de que la actora hubiera cedido el cupo de importación.

La actora pretende en esta instancia hacer valer documentos que se relacionan con la declaración de importación N° 01173040535820 de 1998, cupo de importación N° 108108, que como se observó finalmente no fue objeto de sanción, según el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición en la vía gubernativa. Además, pone de relieve una certificación del cesionario Gómez Libreros, que dice haber realizado la importación; la denuncia presentada por el Gerente de la sociedad actora, sobre la utilización de su nombre y firma en las declaraciones de importación y una declaración extrajuicio rendida por el señor Jorge A. Villada, de fecha 29 de julio de 2002 en la cual manifiesta que cedió el cupo de importación de arroz blanco amparado en el registro de importación de INCOMEX N° 107971003315997, N° 090287 al señor Teófano de Francisco Gómez Libreros y/o la sociedad aduanera Integel Cía Ltda S.A. por lo cual no es quien suscribe las declaraciones.

Los anteriores documentos no desvirtúan el hecho de que la actora fue la importadora, quien confirió poder para que se actuara en su nombre, poder que además se podía sustituir, por lo que no puede aceptarse como prueba la certificación de la sociedad Integel Cía Ltda. en el sentido de que fue el señor Gómez Libreros quien contrató sus servicios y no la sociedad demandante.

No está por demás mencionar, como lo hicieron las Resoluciones demandadas y el fallo apelado, que a folio 860 reposa copia del oficio N° 08232 de 11 de agosto de 2003, suscrito por el Director de Comercio y Financiamiento del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dirigido a la DIAN de Cúcuta, en el cual señala que el artículo 7° de la Resolución 0362 del 13 de septiembre de 1995, establece que los vistos buenos o permisos de importación son transferibles, por lo que se debe presentar un poder mediante el cual se solicite la anulación del otorgado y la cesión del mismo y que en el caso de que el registro de importación haya sido aprobado por el Ministerio de Comercio Exterior, se le debe entregar la boleta de cancelación total o parcial expedida por esta entidad, para evitar duplicidad en este cupo de importación. Expresó dicho oficio, que revisados los archivos de esa entidad, no reposa cesión de los registros de importación N°s 108108 de junio de 1998 y **090287 de 1999** a nombre de Arrocera La Palestina.

Lo precedentemente expuesto, conduce a la Sala a revocar el numeral 1 de la parte resolutiva de la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la denegatoria de las

pretensiones de la demanda, por el cargo de prescripción de la acción cambiaria, y a confirmar el numeral 2, *ibídem*, de la parte resolutiva de la misma.

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

F A L L A

Primero: REVÓCASE el numeral primero de la sentencia de 10 de diciembre de 2007, que se declaró inhibida para pronunciarse sobre la solicitud de la actora de declarar probada la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria y en su lugar, se dispone:

DENIÉGASE la pretensión de la demanda fundamentada en dicho cargo.

Segundo: CONFÍRMASE el numeral segundo de la sentencia apelada, que denegó las pretensiones de la demanda.

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 de la fecha.

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO