CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente, MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., cuatro (4) de junio de dos mil quince (2015).

Ref.: Expediente 2005-01045-01
AUTORIDADES NACIONALES
Actora: CI BANANOS DE
EXPORTACIÓN S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por CI BANANOS DE EXPORTACIÓN S.A. contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Bolívar de 8 de julio de 2011, que denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

CI BANANOS DE EXPORTACIÓN S.A. por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó el 28 de abril de 2005 la siguiente demanda:

1.1. Pretensiones

1.1.1. Que se declare nula la Resolución 001645 de 20 de agosto de 2004, por la cual el Jefe de la División de Liquidación de la DIAN impuso a la actora una sanción por valor de ciento setenta millones doscientos ochenta y nueve mil pesos (\$170.289.000,00), por infringir los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República, con fundamento en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de la mercancía aprehendida mediante Acta No. 00038C FIS y decomisada mediante Resolución No. 001297 de 26 de junio de 2001.

1.1.2. Que se declare nula la Resolución 002212 de 5 de noviembre de 2004, por la cual el Jefe de la División Jurídica de la DIAN decidió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la resolución anterior, confirmándola en todas sus partes.

1.1.3. Que a título de restablecimiento del derecho, se le ordene a la DIAN exonerar a la actora del pago de la sanción pecuniaria impuesta en los actos acusados y archivar el expediente sin hacer efectiva la multa, se condene a la demandada al pago de las costas del proceso y, se le ordene a la DIAN suspender el proceso de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la sanción pecuniaria y el respectivo cobro fiscal.

1.2. Hechos

Mediante Resolución 001297 de 26 de junio de 2001, la Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, decomisó la mercancía relacionada en el Acta de Aprehensión No. 0038C de 21 de marzo de 2000, consistente en “30 *pallets de granulado de polypropylene marca Fina, tipo 3365 Ref. 49872*”, por valor de ochenta y

cinco millones ciento cuarenta y cuatro mil quinientos pesos (\$85.144.500,00), por no estar relacionada en el Manifiesto de Carga 000738 y tampoco en el Documento de Transporte IDM001868001.

El 18 de septiembre de 2001, el Jefe de la División Jurídica de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena mediante Resolución 001972, rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la representante legal de la actora, por no haberlo presentado personalmente ante la Administración, de conformidad con el artículo 516 y 518 del Decreto 2685 de 1999.

El 13 de marzo de 2002, la Jefe de la División de Control Cambiario de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena, requirió a la sociedad actora con el fin de enviar los documentos aduaneros y cambiarios relacionados con la mercancía de procedencia extranjera y decomisada mediante Resolución 001297 de 26 de junio de 2001.

Con auto de apertura No. IM21-2002-2002-784 de 24 de septiembre de 2001, la Administración Local de Aduanas de Medellín inició investigación a nombre de la actora.

El 20 de junio de 2003, la Jefe de la División de Control de Cambios de la Administración de Aduanas de Medellín formuló cargos a C.I. BANANOS DE EXPORTACIÓN S.A., por infringir los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, con fundamento en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a las mercancías decomisadas mediante Resolución 001297 de 26 de junio de 2001 y se

propuso una multa por la suma de ciento setenta millones doscientos ochenta y nueve mil pesos (\$170.289.000,00).

Mediante Auto de 4 de agosto de 2004, la Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Medellín, en cumplimiento de las instrucciones contenidas en el memorando 463 de 12 de junio de 2003 del Director de la DIAN, se trasladó el expediente por competencia a la Dirección de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena.

Por Resolución 001645 de 20 de agosto de 2004, el Jefe de la División de Liquidación de la DIAN –Administración Cartagena- impuso a la actora una sanción por valor de ciento setenta millones doscientos ochenta y nueve mil pesos (\$170.289.000,00), por infringir los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 del Banco de la República, con fundamento en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de la mercancía aprehendida mediante Acta No. 00038C FIS y decomisada mediante Resolución No. 001297 de 26 de junio de 2001.

Mediante Resolución 002212 de 5 de noviembre de 2004, el Jefe de la División Jurídica de la DIAN –Administración de Cartagena-, decidió el recurso de reposición interpuesto por la actora contra la decisión anterior, confirmándola en todas sus partes.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Para la actora los actos acusados violan los artículos 29 de la Constitución Política; 72 de la Ley 488 de 1998, 4 del Decreto 1902 de 1996, y 187 y 251 del C.P.C.

Manifestó que los actos acusados adolecen de falsa motivación y aplicación indebida del artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por cuanto la DIAN interpretó y aplicó la norma citada sin tener en cuenta que en el sub lite no se configura una de las situaciones previstas expresamente por la disposición legal, que consiste en introducir mercancía de procedencia extranjera por lugar no habilitado.

Sostuvo que la DIAN procedió no solo en contra de las disposiciones legales sino que también desentendió lineamientos generales de interpretación y aplicación de las mismas en materia de régimen cambiario, pues el numeral 2 del Memorando No. 0006 de 6 de junio de 2002 expedido por el Subdirector de Control Cambiario, señala claramente que la presunción establecida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, no aplica para mercancía no presentada ante la autoridad aduanera, conforme el inciso segundo del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992 y primer inciso del artículo 232 del Decreto 2685 de 1999.

Precisó que lo anterior significa que en el proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía, la DIAN concluyó que se trató de mercancía no declarada, mientras que en la resolución de decomiso, afirmó que esta medida era procedente por tratarse de mercancía no presentada, por haberse omitido su descripción en los documentos de viaje.

Por otra parte, afirmó que de conformidad con el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, la acción sancionatoria se encuentra prescrita, pues la Resolución 001297 de 26 de junio de 2001, por medio de la cual se ordenó el decomiso de la mercancía y que es la fuente del hecho constitutivo de la presunta infracción cambiaria, fue notificada por correo el 28 de junio de 2001. A partir

de esta fecha, la DIAN contaba con tres (3) años para imponer la sanción cambiaria, es decir, hasta el 28 de junio de 2004 y la sanción fue impuesta mediante Resolución 001645 de 20 de agosto de 2004 y confirmada por Resolución 002212 de 5 de noviembre del mismo año.

También sostuvo que la DIAN violó el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, el cual establece que dentro del año siguiente al vencimiento del término para responder el pliego de cargos, debe expedirse y notificarse la resolución que impone la sanción para que no ocurra el fenómeno de la prescripción sancionatoria. En el caso presente, dicha acción se encuentra prescrita toda vez que entre la fecha de respuesta al pliego de cargos, es decir, el 19 de agosto de 2003 y la notificación de la resolución que impuso la sanción (25 de agosto de 2004), transcurrió más de un año.

Manifestó que la DIAN violó lo prescrito en los artículos 187 y 251 del C.P.C. por indebida aplicación y el artículo 29 de la Constitución Política por falta de aplicación, toda vez que la actora en la vía gubernativa aportó las pruebas documentales que demuestran que sí se efectuó la correspondiente canalización exigida por las normas cambiarias. Sin embargo, la autoridad aduanera se limitó a verificar unos datos contenidos en las Declaraciones de Cambio No. 1 y 10 y al considerar que éstas no corresponden con la operación discutida, concluyó que no se había desvirtuado la presunción del artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

La DIAN no tuvo presente que en el documento de movimiento de cuenta de compensación No. 90661 de septiembre de 2000, se indica la factura comercial No. 13634 expedida por “Maritrop Trading Corp”, proveedor en el exterior y, por ende, beneficiario del giro equivalente a la suma de dinero

facturada y canalizada por la actora a través de la cuenta de compensación citada anteriormente.

Puso de presente que la DIAN debió tener en cuenta la prueba mencionada en el acápite anterior, la cual demuestra que en efecto la actora cumplió con la obligación consistente en canalizar a través del mercado cambiario el valor de la mercancía importada, pero so pretexto de unas normas que ni siquiera enunció la DIAN, estableció que para demostrar el cumplimiento de dicha obligación, se debe presentar una declaración de cambio por ser el único documento que puede acreditarla.

2. LA CONTESTACIÓN

La DIAN sostuvo que los actos acusados fueron proferidos en legal forma y propuso las excepciones que denominó “indebida representación de la parte demandante por insuficiencia de poder” e “inepta demanda por alegar nuevos hechos no discutidos en la vía gubernativa”

En cuanto a la excepción que denominó “indebida representación de la parte demandante por insuficiencia de poder”, precisó que la señora Soraya Jaramillo Pérez, en su condición de Representante Legal de la actora, otorgó poder al doctor Juan Carlos Henao Peláez, para actuar dentro del presente proceso. Una vez realizado el análisis del certificado de la Cámara de Comercio de la actora, se encuentra que dentro de las atribuciones específicas del Representante Legal está la de constituir los apoderados especiales para representar a la sociedad, previa autorización de la junta directiva.

Lo anterior significa que para que el Representante Legal ejerza su facultad de otorgar poder, es necesario que la Junta Directiva de BANDEX así lo hubiera autorizado de manera previa, de lo contrario se entiende que el poder se encuentra conferido indebidamente, generándose así ilegitimidad en la personería adjetiva por parte de la demandante, lo cual da lugar a una inepta demanda.

Respecto a la excepción de “inepta demanda por alegar nuevos hechos no discutidos en la vía gubernativa”, la DIAN precisó que la prescripción de la acción cambiaria alegada por la actora en la demanda, constituye un nuevo hecho que no fue alegado en la vía gubernativa y, por lo tanto, no debe estudiarse.

Manifestó que de conformidad con los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000, los residentes en el país y en el exterior que efectúen en Colombia operaciones de cambio, entre las cuales figure la importación de bienes, deberán presentar una declaración de cambio y canalizar a través del mercado cambiario los pagos para cancelar el valor de sus importaciones.

Asimismo sostuvo que el artículo 4º ibídem establece que quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, se hará acreedor a las sanciones previstas en el Decreto 1092 de 1996, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales que le sean aplicables.

Afirmó que cuando el hecho constitutivo de la infracción es el no canalizar a través del mercado cambiario el valor correspondiente a las mercancías declaradas en decomiso, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 1092 de 1996, la sanción cambiaria se impondrá sobre el monto que corresponde

al avalúo de la mercancía establecida en el artículo 1º literal e) del Decreto 1074 de 1999, correspondiente al 200% del monto dejado de canalizar.

Precisó que en este caso, la DIAN aprehendió y decomisó la mercancía de propiedad de la actora por no encontrarse descrita en el manifiesto de carga ni en el documento de transporte, por lo que se consideró como no declarada o no presentada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto 1909 de 1992. Cosa distinta es el hecho de no haber cumplido con una obligación cambiaria, consistente en no canalizar a través del mercado cambiario el valor de la mercancía introducida al país, lo cual constituye una sanción cambiaria según lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

Analizados los documentos aportados por la actora, manifestó que los formularios de las declaraciones de cambio no corresponden a la operación en cuestión, debido a que el dato correspondiente al documento de transporte consignado en la casilla 15, es el ISCBTATI0094004 de 1º de marzo de 2000 que amparó mercancía diferente a la aprehendida y decomisada, además del valor USD casilla 14, es distinto al de la transacción que nos ocupa.

De igual manera sostuvo que la fotocopia de la declaración de cambio por operaciones efectuadas a través de la cuenta corriente de compensación (formulario No. 10), no describe la operación cambiaria que dio origen a la resolución sancionatoria recurrida.

Sobre el particular, aclaró que cuando se trata de operaciones de cambio de las que aparecen expresamente señaladas como canalizables

obligatoriamente a través del mercado cambiario, el único documento que puede acreditar el cumplimiento de la obligación impuesta por la norma cambiaria consistente en canalizar a través del mercado cambiario el valor en divisas para el pago de importaciones realizadas, es la declaración de cambio debidamente diligenciada, suscrita y presentada personalmente por quien realiza la operación.

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada parcialmente la excepción de inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa y denegó las pretensiones de la demanda.

Sobre la excepción de ausencia de poder, el a quo manifestó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, la insuficiencia del mismo no es una circunstancia susceptible de ser propuesta como excepción de fondo, ya que no está afectando directamente el derecho reclamado en la presente controversia, sino que resulta ser un defecto eminentemente procesal. Sin embargo, si es configurativa de una causal de nulidad de carácter saneable prevista en el numeral 7º del artículo 140 del C.P.C., la cual debió alegarse dentro de la oportunidad procesal pertinente, presentando recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda.

Agregó que si bien es cierto que el Código Contencioso Administrativo no contempla en forma taxativa como causal de inadmisión de la demanda la insuficiencia de poder, el Código de Procedimiento Civil si lo hace en su numeral 5º del artículo 85. Conforme lo anterior, lo indicado entonces era inadmitir la demanda y concederle al actor el término prescrito para subsanar

el defecto, pero como esto no ocurrió, el referido defecto formal para no decidir de fondo el presente asunto, significaría desconocer el derecho que le asiste a toda persona de acceder a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política.

En cuanto al indebido agotamiento de la vía gubernativa, el *a quo* precisó que el único cargo que se expuso tanto en la vía gubernativa como en la jurisdicción contencioso administrativa, es el relacionado con el cumplimiento de la obligación consistente en canalizar las operaciones cambiarias y no con el cargo relacionado a la prescripción de la acción cambiaria.

Posteriormente, manifestó que los documentos allegados al expediente demuestran que la actora incurrió en una infracción al régimen cambiario, en los términos de la presunción contenida en el artículo 7 de la Ley 488 de 1998, toda vez que la mercancía por ella importada, fue decomisada al no encontrarse declarada en los documentos de viaje, generándose así una de las situaciones descritas en la norma, que es la de introducir mercancías al territorio nacional sin declararla ante la autoridad aduanera.

Precisó que existiendo un acto administrativo expedido por la autoridad competente, donde se determina que la mercancía introducida al país a cargo de la actora, no se encontraba debidamente declarada, lo que dio lugar a su aprehensión y posterior decomiso, sobreviene entonces, como consecuencia necesaria, la investigación por infracción al régimen cambiario, en los términos antes descritos.

En el curso de la investigación, se le formularon cargos al importador y como respuesta de los mismos, su deber era demostrar que había cumplido con la

obligación de canalizar el valor de sus importaciones a través del mercado cambiario. Sin embargo, analizados los documentos allegados, el a quo no observó que de alguno de ellos se pudiera inferir que efectivamente, la actora no estaba incurso en infracción cambiaria alguna, pues además de que no demostró haber cumplido con la obligación de canalizar las divisas para pagar las importaciones, ya que aportó un formulario de declaración de cambio que no coincide con el número del documento de transporte que amparaba las mercancías objeto de decomiso, también tenía en su contra la circunstancia de que dichas mercancías fueron aprehendidas por no estar declaradas.

Concluyó que la actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos demandados y, por el contrario, se demostró que por parte de la actora se configuró un incumplimiento del régimen cambiario, más concretamente de los artículos 7 y 10 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, con fundamento en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998, situación que lleva a denegar las pretensiones de la demanda.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La actora reitera que los actos acusados adolecen de falsa motivación y aplicación indebida del artículo 72 de la Ley 488 de 1998, por cuanto la DIAN interpretó y aplicó la norma citada sin tener en cuenta que en el sub lite no se configura ninguna de las situaciones previstas expresamente por la disposición legal, que consiste en introducir mercancía de procedencia extranjera por lugar no habilitado o mercancía no declarada.

Insiste en que la DIAN procedió no solo en contra de las disposiciones legales sino que también desentendió lineamientos generales de interpretación y aplicación de las mismas en materia de régimen cambiario, pues el numeral 2 del Memorando No. 0006 de 6 de junio de 2002 expedido por el Subdirector de Control Cambiario, señala claramente que la presunción establecida en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 no aplica para mercancía no presentada ante la autoridad aduanera, conforme el inciso segundo del artículo 72 del Decreto 1909 de 1992 y primer inciso del artículo 232 del Decreto 2685 de 1999.

Precisa que lo anterior significa que en el proceso de definición de la situación jurídica de la mercancía, la DIAN aprehendió la mercancía por no encontrarse declarada, mientras que en la resolución de decomiso se afirmó que esta medida era procedente por tratarse de mercancía no presentada, por haberse omitido su descripción en los documentos de viaje.

Por otra parte, reafirma que de conformidad con el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, la acción sancionatoria se encuentra prescrita, pues la Resolución 001297 de 26 de junio de 2001, por medio de la cual se ordenó el decomiso de la mercancía y que es la fuente del hecho constitutivo de la presunta infracción cambiaria, fue notificada por correo el 28 de junio de 2001. A partir de esta fecha, la DIAN contaba con tres (3) años para imponer la sanción cambiaria, es decir, hasta el 28 de junio de 2004 y la sanción fue impuesta mediante Resolución 001645 de 20 de agosto de 2004 y confirmada por Resolución 002212 de 5 de noviembre del mismo año.

La DIAN violó el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, el cual establece que dentro del año siguiente al vencimiento del término para responder el pliego

de cargos, debe expedirse y notificarse la resolución que impone la sanción para que no ocurra el fenómeno de la prescripción sancionatoria. En el caso presente, dicha acción se encuentra prescrita toda vez que entre la fecha de respuesta al pliego de cargos, es decir, el 19 de agosto de 2003 y la notificación de la resolución que impuso la sanción (25 de agosto de 2004), transcurrió más de un año.

Pone de presente que la DIAN violó lo prescrito en los artículos 187 y 251 del C.P.C. por indebida aplicación y el artículo 29 de la Constitución Política por falta de aplicación, toda vez que la actora en la vía gubernativa aportó las pruebas documentales que demuestran que sí se efectuó la correspondiente canalización exigida por las normas cambiarias. Sin embargo, la autoridad aduanera se limitó a verificar unos datos contenidos en las Declaraciones de Cambio No. 1 y 10 y al considerar que éstas no corresponden con la operación discutida, concluyó que no se había desvirtuado la presunción del artículo 72 de la Ley 488 de 1998.

La DIAN no tuvo en cuenta que en el documento de movimiento de cuenta de compensación No. 90661 de septiembre de 2000, se indica la factura comercial No. 13634 expedida por “Maritrop Trading Corp”, proveedor en el exterior y, por ende, beneficiario del giro equivalente a la suma de dinero facturada y canalizada por la actora a través de la cuenta de compensación citada anteriormente.

La prueba mencionada en el acápite anterior, demuestra que en efecto la actora cumplió con la obligación consistente en canalizar a través del mercado cambiario el valor de la mercancía importada, pero so pretexto de unas normas que ni siquiera enunció la DIAN, estableció que para demostrar

el cumplimiento de dicha obligación, se debe presentar una declaración de cambio por ser el único documento que puede acreditarla.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Las partes reiteraron sus argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

El Ministerio Público no rindió concepto.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de entrar a estudiar los argumentos de fondo expuestos por la actora en el recurso de apelación, la Sala entrará a estudiar el cargo planteado consistente en la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria.

Prescripción de la acción sancionatoria cambiaria

Para la recurrente, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, la acción sancionatoria se encuentra prescrita, pues la Resolución 001297 de 26 de junio de 2001, por medio de la cual se ordenó el decomiso de la mercancía y que es la fuente del hecho constitutivo de la presunta infracción cambiaria, fue notificada por correo el 28 de junio de 2001. A partir de esta fecha, la DIAN contaba con tres (3) años para imponer la sanción cambiaria, es decir, hasta el 28 de junio de 2004 y la sanción fue impuesta mediante Resolución 001645 de 20 de agosto de 2004 y confirmada por Resolución 002212 de 5 de noviembre del mismo año.

También se violó el artículo 4 del Decreto 1092 de 1996, el cual establece que dentro del año siguiente al vencimiento del término para responder el pliego de cargos, debe expedirse y notificarse la resolución que impone la sanción para que no ocurra el fenómeno de la prescripción sancionatoria. En el caso presente, dicha acción se encuentra prescrita toda vez que entre la fecha de respuesta al pliego de cargos, es decir, el 19 de agosto de 2003 y la notificación de la resolución que impuso la sanción (25 de agosto de 2004), transcurrió más de un año.

Corresponde a la Sala establecer si, en el caso que ocupa su atención, la prescripción de la acción sancionatoria en materia cambiaria debía contarse desde la notificación del acto administrativo de decomiso o desde la notificación de los actos que resolvieron los recursos contra el interpuestos.

El artículo 4 del Decreto Ley 1092 de 1996 establece:

“Artículo 4. 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 o a solicitud del investigado.”

La Sala en sentencia de 7 de octubre de 2010¹ reiteró lo expresado en la

¹ Expediente: 2004-1088, M.P. Dra. María Elizabeth García González.

sentencia de 2 de abril de 2009², en la que se explicó los alcances del artículo 4° incisos 1 y 3 del Decreto 1092 de 1996. Dice al efecto la citada providencia:

“Se observa que el aludido artículo 4° 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”.

Con posterioridad a la norma transcrita, la Ley 488 de 1998 determinó que el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará “a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso”.

De conformidad con esta norma, en armonía con el artículo 4 del Decreto Ley 1092 de 1996, entiende la Sala que la prescripción de la acción sancionatoria se cuenta a partir de la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción, fecha que la Ley 488 de 1998 establece como la de la notificación del acto administrativo de decomiso. A partir de ese momento comenzarían a correr los tres años para la notificación del pliego de cargos de que trata el artículo 4 del Decreto Ley 1092 de 1996.

Según la jurisprudencia de esta Sección³, el momento de ocurrencia de los hechos objeto de la multa por infracción cambiaría se establece con la fecha de notificación de la decisión que resuelve el recurso contra el acto de decomiso, lo que implica que la fecha a partir de la cual se empieza a contar

² Expediente: 2002-00421, M.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta

³ Sentencia de 2 de julio de 2009, Expediente: 2002-03238, Dra. Martha Sofía Sanz Tobón.

el término de prescripción previsto en el artículo 72 de la Ley 488 de 1998 es el de la notificación de la decisión por la cual se ordena decomisar a favor de la nación una mercancía.

Esta jurisprudencia fue reiterada por esta Sección mediante sentencia de 10 de mayo de 2012⁴ y precisó que *“lo anterior es razonable, si se tiene en cuenta que antes de esa fecha no está en firme la decisión de decomiso adoptada por la administración y solo a partir de ella el Estado tiene la certeza de que ocurrieron los hechos que podrían implicar una contravención a las normas cambiarias y puede por tanto proferir el pliego de cargos, previo a la imposición de las sanciones correspondientes”*.

En el presente asunto, la DIAN identificó la conducta sancionable mediante la Resolución 001297 de 26 de junio de 2001, por medio de la cual dispuso el decomiso de una mercancía, decisión que fue notificada el 28 de junio de 2001 (folio 31 cuaderno 2).

Mediante Resolución 001972 de 18 de septiembre de 2001, la DIAN rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por la actora contra la decisión de decomiso, por no haberse presentado personalmente ante la Administración de conformidad con el artículo 518 del Decreto 2685 de 1999. Esta decisión fue notificada por correo, la cual fue introducida el 19 de septiembre de 2001 bajo la planilla No. 00095 (folio 34 cuaderno 2), día en que se entiende surtida la notificación.

⁴ Expediente: 2005-01052, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

Por lo tanto, es a partir del 20 de septiembre de 2001 que debe contarse el término de prescripción de la acción sancionatoria cambiaria, de manera que el término de tres años para formular el pliego de cargos vencía el 20 de septiembre de 2004 y en el caso presente, el pliego de cargos 2578 fue proferido el 20 de junio de 2003 y notificado el 24 de junio de 2003 (folios 39-47 cuaderno 2).

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.

Por su parte, el artículo 20 del Decreto 1092 de 1996 señala que “*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, el 24 de junio de 2003, luego el término para presentar descargos vencía el 25 de agosto de 2003⁵.

La entidad entonces, tenía plazo hasta el 25 de agosto de 2004 para expedir el acto sancionatorio y notificarlo. La Resolución sancionatoria N° 1645 fue expedida el 20 de agosto de 2004 y fue notificada por correo el 31 de agosto de 2004, según planilla N° 60-51966 como consta a folios 51-52 cuaderno anexo, por lo que no cabe duda alguna para la Sala, que operó el fenómeno de la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria, puesto que no basta la expedición de la resolución sino que esta debe notificarse dentro del término del año.

⁵ La actora los presentó el 19 de agosto de 2003.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo del a quo y, en su lugar, declarar la nulidad de los actos acusados.

A título de restablecimiento del derecho, se ordenará a la DIAN exonerar a la actora del pago de la sanción pecuniaria impuesta en los actos acusados, archivar el expediente sin hacer efectiva la multa, suspender el proceso de declaratoria de incumplimiento y efectividad de la sanción pecuniaria y el respectivo cobro fiscal.

No sobra advertir que resulta inane estudiar los demás cargos expuestos por el recurrente, pues al haber prosperado el presente cargo, quedó desvirtuada la legalidad de los actos acusados.

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la demandada, por cuanto la conducta procesal no se enmarca dentro de los supuestos del artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la ley 446 de 1998.

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

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar de 8 de julio de 2011, mediante la cual negó las súplicas de la demanda y, en su lugar:

PRIMERO.- DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones 001645 de 20 de agosto de 2004 y 002212 de 5 de noviembre de 2004, mediante las cuales la DIAN sancionó a la actora por violación al régimen cambiario.

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la DIAN exonerar a la actora del pago de la sanción pecuniaria impuesta en los actos acusados y archivar el expediente sin hacer efectiva la multa.

TERCERO.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Ausente con permiso