

8. INFRACCION CAMBIARIA - Resolución sancionatoria. Término / RESOLUCION SANCIONATORIA - Término / INFRACCION CAMBIARIA - Recurso de reposición. Término / INFRACCION CAMBIARIA - Silencio administrativo positivo / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Infracción cambiaria / ACCION SANCIONATORIA - Prescripción. Cómputo / INFRACCIONES CAMBIARIAS - Oportunidad / PLIEGO DE CARGOS - Corrección / PLIEGO DE CARGOS - Naturaleza jurídica. Acto de trámite / ACCION CAMBIARIA - Prescripción. Cómputo

Esta Sección en anterior oportunidad se pronunció sobre el hecho de que en materia de infracciones cambiarias basta que dentro del término legal previsto para el efecto se expida la resolución sancionatoria y no así la que resuelve el recurso de reposición. De la anterior normativa (artículos 25, 26 y 28 del decreto 1092 de 1996) no sólo se desprende que dentro del término previsto en el artículo 4º es suficiente que se expida la resolución sancionatoria, sino, además, que la DIAN cuenta con siete meses para resolver el recurso de reposición contra aquella interpuesto y que, de no hacerlo en dicho término, opera el silencio administrativo positivo. Para efectos de establecer si operó la prescripción de la acción sancionatoria contra la demandante, debe determinarse si el pliego de cargos formulado podía o no ser corregido por la DIAN y en caso afirmativo, si se hizo dentro del término para ello. Obra en los antecedentes administrativos que la citada resolución, que corrigió el pliego de cargos inicial, fue notificada el 19 de septiembre del 2001, por lo que la Sala destaca que lo aquí importante es determinar si la resolución que corrigió el pliego de cargos fue notificada dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción, como lo exige el artículo 4º del decreto 1092 de 1996, pues de ser así, a juicio de esta Corporación, nada impedía a la DIAN enmendar los errores en que incurrió, independientemente de que el citado decreto 1092 no contemple expresamente tal situación, si se tiene en cuenta que el pliego de cargos es un acto de trámite, no susceptible de recurso alguno, como lo dispone expresamente el artículo 10º de la normativa en cita. Al haber sido expedida la resolución sancionatoria el 7 de febrero de 2002 y notificada el 13 del mismo mes y año, no cabe duda alguna para la Sala que no operó el fenómeno de la prescripción de la acción cambiaria pues, se reitera, la DIAN tenía hasta el 13 de febrero para expedir y notificar el pliego de cargos y lo hizo, respectivamente, el 10 y 19 de septiembre de 2001; y para expedir y notificar la resolución sancionatoria tenía hasta el 21 de noviembre del 2002 y lo hizo, como ya se dijo, en su orden, el 7 y el 13 de febrero de 2002.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia del 5 de junio de 2003, exp. núm. 8386, actora, Japan Latinoamerican Investment Corporation N.V., Consejero Ponente, Dr. Manuel S. Urueta Ayola.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo del dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-00839-01

Actor: JOSE PEREZ T. Y CIA. S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por JOSÉ PÉREZ T. Y CÍA. S.A. contra la sentencia del 10 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto del cargo de violación del principio de proporcionalidad de la sanción y, en consecuencia, se declaró inhabilitado para pronunciarse sobre el fondo de dicho cargo y denegó las demás pretensiones de la demanda.

## I.- ANTECEDENTES

### a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

JOSÉ PÉREZ T. Y CÍA. S.A., por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita la declaratoria de nulidad de los siguientes actos:

1ª.- Resolución núm. 327 del 7 de febrero del 2002, por medio de la cual la división de liquidación de la DIAN Aduana de Bogotá impuso a la demandante una multa de \$20'800.000.00, por violación al artículo 10º de la resolución externa 21 de 1993 de la junta directiva del Banco de la República, modificado por las resoluciones externas 21 de 1995, 5 de 1997 y 10 de 1998 de la misma junta y de la circular reglamentaria DCIN 1 de 1999, por cumplir extemporáneamente la obligación de informar ante el Banco de la República el endeudamiento externo.

2ª. Resolución núm. 430 del 9 de mayo de 2002, por medio de la cual la división jurídica de la DIAN Aduana de Bogotá modificó la resolución identificada en el numeral anterior al resolver el recurso de reposición, en el sentido de imponerle una multa de \$19'567.938.00 y declaró agotada la vía gubernativa.

3ª. Del contenido de la demanda se infiere que a título de restablecimiento del derecho solicita que se declare que la actora no está obligada a pagar la multa impuesta.

### b.- Los hechos de la demanda

La parte actora expone como fundamento de su acción, los siguientes hechos:

- En desarrollo de sus operaciones la demandante efectuó diversas importaciones durante 1998 y 1999 las cuales, por corresponder a las llamadas operaciones de endeudamiento externo y por exceder su financiación los términos para ello establecidos por la junta directiva del Banco de la República fueron informadas al citado banco en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10º de la resolución 21 de 1993.

- Mediante acta del 30 de noviembre de 2000 la DIAN formuló cargos a la actora por informar extemporáneamente el endeudamiento externo con cargo a las importaciones amparadas con los registros 151484, 114359 y 101690 de 1998; dicha acta fue modificada por la resolución 03-07369 del 10 de septiembre de 2001 en cuanto a la cuantía de la sanción y el salario mínimo mensual sobre el cual fue liquidada.

- El pliego de cargos no fue respondido y por resolución 327 del 7 de febrero de 2002 se impuso a la demandante una multa de \$20'800.000.00, decisión contra la que se interpuso el recurso de reposición, en el que se alegó la prescripción y la inexistencia de la infracción cambiaria imputada.

- Mediante resolución 430 de 9 de mayo de 2002 se desestimaron los argumentos y se adujo, respecto de la prescripción, que el pliego de cargos inicial fue corregido por la resolución 24787 del 10 de septiembre de 2001, lo cual abrió nuevamente los términos para la expedición y notificación de la resolución sancionatoria; en cuanto a la inexistencia de la infracción se limitó a citar una serie de normas para concluir que se debió informar el endeudamiento externo, asunto no discutido, pues lo que se adujo fue que no existía sanción para la extemporaneidad del informe; por último, modificó la multa y la fijó en la suma de \$19'567.938.00 en aplicación del principio de favorabilidad.

#### c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora señala que los actos acusados violan los artículos 29 de la Constitución Política, 4° del Decreto 1092 de 1998 y la Resolución 10 de 1998 de la junta directiva del Banco de la República. Estructura los siguientes cargos de violación:

**Primer cargo.**- Considera la demandante que los actos acusados violan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, en cuanto desconocieron que operó la prescripción y no aplicaron los principios de razonabilidad y proporcionalidad respecto de la sanción impuesta.

Menciona que mediante el decreto 1092 del 21 de junio de 1996 se estableció el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Anota que el artículo 42 establece que *“Los procedimientos administrativos cambiarios adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los cuales se haya proferido y notificado el acto de formulación de cargos a los presuntos infractores hasta el día anterior en que entre a regir este Decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a las disposiciones legales, sustantivas y procedimentales vigentes al momento de dicha notificación”*.

Considera que lo anterior significa, *contrario sensu*, que aquellos eventos en los cuales hasta el 27 de junio de 1996 no se hubiera notificado el pliego de cargos se regirán en su totalidad, en cuanto al procedimiento administrativo cambiario, por el decreto 1092, interpretación confirmada por los subdirectores de fiscalización, cobranzas y jurídica de la DIAN en la circular 115 del 8 de agosto de 1996, la cual se refiere a los alcances y aplicación de tal decreto.

Se refiere a que la circular 115 señala, además, que el procedimiento administrativo cambiario contenido en el decreto 1092 tiene tres etapas, a saber:

1. Desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la notificación del acto de formulación de cargos.
2. Desde el vencimiento del término de traslado del acto de formulación de cargos hasta la notificación de la resolución sanción.
3. Desde el vencimiento del término para interponer el recurso de reposición contra la resolución que impone la sanción, hasta la notificación del acto que desata el recurso.

Anota que para el estudio que se analiza interesa la segunda etapa y transcribe textualmente lo que sobre el particular dice la circular 115: *“El Decreto 1092 establece un año para expedir y notificar la resolución sanción contado a partir del vencimiento del traslado del acto de formulación de cargos, so pena de que opere la prescripción de la acción sancionatoria”*.

Sostiene que el análisis cronológico de las actuaciones en el presente caso demuestra cómo fue violado el anterior precepto y que, en consecuencia, operó la prescripción.

1. Mediante acto núm. 03-073-369 24660 del 30 de noviembre de 2000 se formularon cargos a la demandante por la presunta infracción cambiaria de informar extemporáneamente un endeudamiento externo al Banco de la República.

2. Dicho pliego de cargos fue notificado por correo certificado con radicado 56669 del 5 de diciembre de 2000, recibido en Adpostal el 6 de diciembre del 2000, según planilla 1849.

3. De acuerdo con el contenido de los actos que se demandan, el término de traslado empezó a contarse a partir del 7 de diciembre de 2000 y venció el 7 de febrero de 2001.

4. En consecuencia y siguiendo las voces del artículo 4° del decreto 1092 de 1996 instructivos de la DIAN, la resolución sancionatoria debió expedirse y notificarse hasta el 8 de febrero de 2002.

Señala que al haberse notificado la resolución 03-064 327 de 7 de febrero de 2002 el 12 de febrero de ese mismo año, según consta al respaldo de la misma mediante sello estampado por la DIAN y en el matasello de Adpostal impreso en el sobre respectivo, es claro que se vencieron los términos impuestos por la misma administración y que, por ende, debe decretarse la prescripción de la acción sancionatoria.

Menciona que aceptando, en gracia de discusión, la legalidad de la resolución 24767 del 10 de septiembre de 2001, mediante la cual se corrigió el pliego de cargos 24660 del 30 de noviembre de 2000, bajo argumento legal alguno podría aducirse que suspendió los términos señalados para la expedición y notificación de la resolución sancionatoria, ya que las causales de suspensión de términos se encuentran expresa y taxativamente previstas en el artículo 5° del decreto 1092 de 1996 y están referidas únicamente a los eventos del trámite de causales de recusación o impedimento y al período probatorio.

A su juicio, la resolución 24767 no encaja ni puede hacerse encajar dentro de los mencionados presupuestos, ya que simplemente se trató de un acto de corrección, cuya legalidad no es del caso controvertir, pero que de todas maneras resulta bastante dudosa por tocar aspectos fundamentales del acto de formulación de cargos.

Concluye que es palmaria la violación del debido proceso, pues se desconocieron varios principios que la misma administración señaló en relación con la prescripción de la acción sancionatoria.

De otra parte, aduce que el principio de la proporcionalidad de las sanciones constituye un desarrollo de los principios de legalidad, tipicidad y debido proceso consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, aplicables a toda actuación administrativa que pueda concluir con la imposición de una sanción por parte de las autoridades públicas.

Anota que el anterior principio se encuentra desarrollado para las decisiones administrativas discrecionales en el artículo 36 del C.C.A., de cuyo texto se desprenden 2 requisitos para la adopción de tales decisiones, a saber: que sean adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y que sean proporcionales a los hechos que les sirven de causa.

Expresa que este desarrollo normativo resulta también aplicable a las decisiones administrativas no discrecionales, como por ejemplo, las sanciones cambiarias contenidas en los decretos 1092 de 1996 y 1074 de 1999, en donde cada conducta tiene su respectiva sanción, por devenir de los referidos principios constitucionales aplicables a cualquier actuación, procedimiento o decisión administrativa.

Sostiene que el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presenten, sino que opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, colige que el poder sancionatorio discrecional o reglado de la administración pública se encuentra sometido al principio de proporcionalidad, en el sentido de que las sanciones deben ser proporcionales a los hechos, conductas o comportamientos desplegados por el infractor, que le sirven de fundamento, no solamente para evitar conductas de la administración pública que al configurar abusos o desviaciones de poder podrían comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado al generar un daño antijurídico directamente imputable al mismo, causado por la acción de una autoridad pública, sino para salvaguardar los principios constitucionales de legalidad y debido proceso.

Argumenta que en este caso la DIAN impuso a la demandante sanciones regladas por los decretos 1092 de 1996 y 1074 de 1999, esto es, una multa de \$19'567.938.00, por haber registrado extemporáneamente algunas operaciones de endeudamiento externo.

Segundo cargo.- Señala que los actos cuestionados violan el artículo 10º de la resolución 10 del 18 de septiembre de 1998 de la junta directiva del Banco de la República, que dispuso que los pagos por importaciones deben ser canalizados por el mercado cambiario; que las importaciones pueden ser financiadas por los proveedores, los intermediarios del mercado cambiario y las entidades financieras del exterior; y que el Banco de la República puede solicitar la información que considere pertinente para efectuar el seguimiento de las financiaciones a que se refiere tal precepto.

Considera que de esta manera, el régimen impuesto desde el 18 de septiembre de 1998 abolió el carácter de endeudamiento externo que se había atribuido por resoluciones anteriores a la importación de bienes con financiación superior a 6 meses, contados desde las fechas de los embarques; abrogó el depósito exigido para esta clase de créditos sobre bienes distintos a los de capital; y derogó el texto que señalaba como infracción sometida a la *"sanción respectiva"*, el *"incumplimiento de esta obligación"*.

A su juicio, para las fechas en las cuales debían cumplirse las presuntas obligaciones de informar las operaciones como *"endeudamiento externo"*, según lo establecido en el cuadro de los actos que se demandan, se encontraba vigente la resolución 10 de 1998 de la junta directiva del Banco de la República, la cual no impuso plazo alguno para informar al emisor la financiación de las importaciones, como lo analiza a continuación:

Dice que a partir de la expedición de la resolución 10 de 1998 resulta válido deducir que en relación con los casos sobre los cuales se sanciona, si bien regía una circular que imponía la obligación de rendir informe de la financiación al Banco de la República, el régimen sustantivo consagrado en el artículo 1º de la citada resolución no señaló plazo para el cumplimiento del informe y no consagró que su omisión o retardo constituyese una violación al régimen, capaz de provocar una sanción.

Agrega que si bien la circular del Banco de la República señaló los procedimientos para informar la financiación y el término para hacerlo, lo cierto es que éstos no se originan en la resolución que contiene el sistema cambiario material y sustantivo, de tal manera que las instrucciones de la circular no emanan de la autoridad competente, esto es, de la junta directiva del Banco de la República, lo que la llevan a concluir que el departamento de cambios internacionales del Emisor -como dependencia creadora de tal circular- desbordó su competencia y por tanto trasgredió la norma principal, con lo cual vulneró la Constitución Política, motivo por el cual, a su juicio, no cabe imponer sanción alguna en esta materia por parte de la DIAN.

Menciona que un acto con la jerarquía de una simple circular no puede establecer plazos y formalidades que no impuso la *"autoridad cambiaria"*, denominada así por la Constitución Política (la junta directiva del Banco de la República) y mucho menos que la DIAN pueda establecer multas por violarse requisitos, formalidades o términos que la resolución de la junta no ordenó.

Para la demandante es claro que la junta directiva señaló en el nuevo régimen de importaciones de bienes que el Banco de la República podría solicitar información para efectuar un seguimiento a la financiación de los pasivos originados en tales importaciones, pero que también lo es que al no establecer plazo para ello, cualquier informe extemporáneo no puede generar una infracción cambiaria susceptible de ser multada.

Recuerda que en las resoluciones precedentes la junta directiva del Banco de la República señaló expresamente el plazo de 6 meses contados desde la fecha del embarque, cuestión que omitió deliberadamente la resolución 10 de 1998, entre otras razones, porque al haber abolido el régimen de depósitos para importaciones que se registraran o informaran para ser pagadas después del término citado, resultaba irrelevante establecer un término y deducir una infracción para su incumplimiento.

Considera que de la norma sustantiva en vigor se puede destacar *"el seguimiento"* de los términos de la financiación para efectos de balanza de pagos, circunstancia que en todo caso el importador puso a disposición del Banco, de manera que los fines perseguidos en la norma se cumplieron a cabalidad en este caso, ya que no se presentó daño alguno a bien jurídico tutelado.

Por último, resalta que los actos acusados están falsamente motivados, en cuanto para la época en que se cometió la supuesta infracción cambiaria las resoluciones 21 de 1995 y 5 de 1997 se encontraban abrogadas por la resolución 10 de 1998.

#### **d.- Las razones de la defensa**

La demanda fue notificada a la U.A.E. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, cuyo apoderado señala que la obligación cambiaria incumplida por la actora encuentra sustento

legal en el artículo 10° de la resolución externa 21 de 1993 de la junta directiva del Banco de la República, modificado por las resoluciones 5 de 1997 y 10 de 1998 y en la circular DCIN 1 del 12 de enero de 1999, normas vigentes para la época de los hechos.

Sostiene que es claro que la ley sí establecía una obligación cambiaria en cabeza de la demandante en relación con la información, los registros y documentos de transporte relacionados en los actos administrativos acusados.

Argumenta que ante el incumplimiento de la actora de sus obligaciones cambiarias no le quedó alternativa distinta que imponerle la sanción de que trata el artículo 30, literal t) del decreto ley 1092 de 1996, modificado por el artículo 1° del decreto 1074 de 1999, que dispone que cuando se cumpla en forma extemporánea la obligación de registrar, reportar o informar ante el Banco de la República las operaciones para las cuales el régimen cambiario lo exija, se impondrá una multa de 2 salarios mínimos legales mensuales por mes o fracción de mes de retardo en cada operación, sin exceder de 10 salarios mínimos legales mensuales por cada operación.

A su juicio, entonces, no queda duda alguna de que a la actora le asistía la obligación de informar su endeudamiento externo ante el Banco de la República, como tampoco de la existencia de la sanción establecida en cuanto la extemporaneidad del informe.

Respecto del procedimiento seguido para imponer la sanción, pone de presente que el decreto 1092 de 1996 prevé la formulación de cargos, su traslado, el período probatorio y el recurso contra la resolución sancionatoria.

Anota que en el caso en estudio la investigación se inició por informe que dio la directora del departamento de cambios internacionales del Banco de la República con oficio DCIN del 2 de diciembre de 1999, en el que el remitió los listados de los créditos en moneda extranjera originados en la financiación de importaciones de bienes que fueron informados por conducto de los intermediarios del mercado cambiario por fuera de los plazos señalados por el régimen cambiario, entre los que se encontraban los correspondientes a la demandante; que por acto 03-073-369-24660 del 30 de noviembre de 2000, el funcionario delegado de la división de control de cambios de la DIAN Bogotá le formuló cargos a la actora por la presunta infracción cambiaria de informar extemporáneamente al Banco de la República el endeudamiento externo, con cargo a las importaciones amparadas con los registros de importación 15484, 114359 y 101690 de 1998, conforme a lo establecido en el artículo 10° de la resolución 21 de 1993, modificado por las resoluciones 5 de 1997 y 10 de 1998 y en la circular reglamentaria DCIN 1 del 12 de enero de 1999 y propuso la multa prevista en el artículo 3°, literal t) del decreto 1092 de 1998, en cuantía de \$23'409.540.00, acto que fue debidamente notificado por correo certificado, radicado 56669 del 5 de diciembre de 2000, contra el cual no hubo manifestación alguna.

Señala que por resolución 03-064-145-601-6001-02-327 del 7 de febrero de 2002 la división de liquidación de la DIAN Bogotá impuso a la demandante la sanción de multa por la violación de las disposiciones anteriormente señaladas, decisión contra la cual interpuso el recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante la resolución 03-072-193-610-0430 del 9 de mayo del 2002, en el sentido de modificar el monto de la multa.

Para desvirtuar la prescripción de la acción sancionatoria, argumenta que además del acto de formulación de cargos del 30 de noviembre del 2000 existe otra pieza procesal que no puede desconocerse y que cambió sustancialmente tanto el contenido del pliego de cargos como el momento a partir del cual debe contarse el término que otorga la ley para imponer la correspondiente sanción, ya que como su nombre lo indica, tal acto contiene los cargos propuestos para imponer la multa, razón por la cual en aras del respeto a principios constitucionales tales como el debido proceso y el derecho de defensa fue necesario retrotraer el trámite y darle nuevamente oportunidad al administrado para rendir sus descargos; tal corrección le fue notificada el 20 de septiembre de 2001 y se le concedió el respectivo término de traslado para que ejerciera su derecho de defensa.

Realiza a cabo la DIAN el siguiente análisis cronológico del trámite seguido en contra de la actora:

- El 30 de noviembre de 2000 se formuló el pliego de cargos.
- El 20 de septiembre de 2001 se notificó la resolución que corrigió el pliego de cargos.
- El 21 de octubre de 2001 venció el término de traslado para responder los correspondientes descargos.
- El 21 de octubre de 2002 expiró para la Administración el término otorgado por la ley para imponer la sanción, pero como la resolución que impuso la sanción fue notificada el 13 de febrero de 2002, queda sin sustento alguno la alegada prescripción de la acción sancionatoria.

### **Excepción**

La DIAN propone la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto del cargo de la supuesta violación a los principios de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, por cuanto revisado el recurso de reposición contra la resolución sanción encuentra que los motivos de inconformidad fueron la violación del procedimiento administrativo cambiario, la inexistencia de la infracción cambiaria y la ausencia de plazo en norma sustantiva.

## **II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen declaró probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa respecto del cargo relacionado con la falta de proporcionalidad de la sanción, pues en la vía gubernativa la demandante nunca alegó tal circunstancia; en consecuencia, se declaró inhibido para pronunciarse sobre dicho cargo y denegó las demás pretensiones de la demanda.

Para despachar favorablemente la excepción en cuestión, el Tribunal señala que revisado el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la resolución sancionatoria se advierte que no esgrimió el hecho de que la administración violó el principio de proporcionalidad y en cambio ante esta instancia si lo esgrimió.

Respecto de la prescripción de la acción sancionatoria cambiaria sostiene que el artículo 4° del decreto 1092 de 1996 debe ser analizado en su integridad, pues maneja dos términos: el primero, que se refiere al tiempo máximo que puede transcurrir entre la ocurrencia de los hechos que motivan la sanción y la notificación del acto de formulación de cargos, que es de tres años; y el segundo, que es el término máximo de un año que tiene la administración para notificar el acto sancionatorio y que se cuenta desde el vencimiento del término para contestar los cargos.

A su juicio, la autoridad administrativa tiene la posibilidad de corregir los errores que puedan afectar al particular con la expedición de un acto, siempre que el término de prescripción no hubiere vencido, como ocurrió en este caso y, por tanto, el acto de corrección produjo plenos efectos y uno de ellos fue el de fijar el plazo que tiene el administrado para contestar los cargos y, por ende, el término que tiene la entidad para imponer la sanción, si a ello hay lugar.

Considera que se trata de la interrupción del término que se acorta a un año y que empieza a correr de nuevo y de manera integral en virtud del acto que corrigió los errores del pliego de cargos primigenio, razón por la cual no es aplicable el artículo 5° del decreto 1092 de 1996, que contempla los casos en que se suspende el término de prescripción.

Anota que el hecho de que la DIAN haya corregido el pliego de cargos original implicó que se concediera un nuevo término para contestarlo y que en la resolución que corrigió el pliego se advirtió que el nuevo término empezaba a correr nuevamente, pese a lo cual la demandante no expresó su inconformidad.

Dice que como la demandante fue notificada del acto que corrigió el pliego de cargos el 20 de septiembre de 2001, tenía hasta el 20 de octubre del mismo año para responderlos y, en consecuencia, la Administración tenía hasta el 20 de octubre para imponer y notificar la sanción, lo cual hizo, respectivamente, el 7 y el 13 de febrero de 2002, en tiempo.

Considera el Tribunal que existen normas que establecen la obligación para todos los residentes en el país de canalizar por conducto del mercado cambiario los pagos que deban hacer por

importaciones y la obligación de informar al Banco de la República sobre las operaciones de endeudamiento externo dentro de los 6 meses siguientes a la fecha del documento de embarque o guía aérea (artículo 10 de la resolución 21 de 1993 y numeral 3.3. de la circular reglamentaria 1 de 1999).

Menciona que la normativa en cuestión establece responsabilidades de resultado a las obligaciones cambiarias; que el hecho de que la obligación legal de informar y el plazo para hacerlo se encuentren contenidos en la resolución 21 de 1993 y en la circular reglamentaria 1 de 199 no les resta validez, ya que tienen fuerza vinculante mientras no hayan sido anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Por último, expresa que es cierto que las resoluciones 21 de 1993 y 5 de 1997 fueron modificadas por la resolución 10 de 1998, pero que también lo es que para la época de los hechos que dieron origen a la sanción tal resolución 21 estaba vigente; que, además, no puede afirmarse que cuando el funcionario cita normas o actos que hayan sido modificados o derogados con posterioridad, por ese solo hecho el acto administrativo se torne nulo; que la falsa motivación alude a la inexistencia de los hechos con fundamento en los que se toma la decisión administrativa o su errónea calificación jurídica y no a la indebida invocación de normas; y que lo que la demandante denomina "indebida motivación" encuadra dentro de la causal de nulidad de violación de la ley, cargo que para que prospere debe estar acreditado que los errores jurídicos en la motivación fueron de tal magnitud y gravedad que constituyen una verdadera vía de hecho.

### III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente expresa que el procedimiento administrativo cambiario se encuentra establecido en el decreto 1092 de 1996 y que el mismo comprende las etapas a las que se refirió el Tribunal, normativa a la que debe sujetarse la DIAN en cuanto a los procedimientos, términos y demás condiciones por él establecidas para adelantar las investigaciones relacionadas con las infracciones al régimen cambiario.

Anota que en el decreto 1092 de 1996 no se encuentra la forma de corregir los errores, razón por la cual lo procedente era iniciar nuevamente la actuación en la que se cometió el error, es decir, que como quiera que en el presente caso el error referido al monto de la multa se produjo en el pliego de cargos, éste debió haber sido "*derogado*" en su integridad y volverse a expedir uno nuevo en forma correcta, con cuya notificación sí se abriría nuevamente el proceso y los términos respectivos, actuación que dice debió hacerse dentro de los términos establecidos para el efecto y agrega que lo anterior debido a que en derecho "*las cosas se deshacen como se hacen*".

Considera que de aceptarse la tesis del Tribunal, a la DIAN le bastaría, para suspender los términos que se van a vencer, expedir un acto para corregir cualquier aspecto de uno anterior y así revivir o suspender los términos taxativamente establecidos dentro de un procedimiento especial.

Reconoce que en su oportunidad no se interpuso recurso contra la resolución que corrigió el pliego de cargos, pero dice que tal hecho no tiene importancia, ya que, de todas maneras, la corrección no iba a ser recurrida por haberle sido favorable.

Añade que sin perjuicio de lo expuesto, lo fundamental en este caso no es la expedición de la resolución que corrigió el pliego de cargos, sino el hecho de que se revivieron unos términos, lo cual no resultaba posible, salvo que se hubiera llevado a cabo en la forma como ya lo expuso.

#### **IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Procurador Delegado ante esta Corporación no presentó alegatos de conformidad con el artículo 212 del C.C.A.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Como quiera que la recurrente insiste únicamente en que debe declararse la prescripción de la acción sancionatoria, lo cual significa que se encuentra de acuerdo con los demás razonamientos del Tribunal, la Sala circunscribirá su análisis a dicho cargo, no sin antes mencionar que esta Sección en anterior oportunidad se pronunció sobre el hecho de que en materia de infracciones cambiarias basta que dentro del término legal previsto para el efecto se expida la resolución sancionatoria y no así la que resuelve el recurso de reposición<sup>1</sup>:

*“Pues bien, en anteriores oportunidades el Consejero Ponente de esta providencia sostuvo la tesis de que bajo el imperio del artículo 60 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*

---

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

*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.*

*"Si bien el procedimiento contenido en el Decreto 1746 de 1991 se aplicaba tanto a las infracciones cambiarias de las que conoce la DIAN, así como a las que conoce la Superintendencia de Sociedades, la Sala aclara que con la entrada en vigencia del Decreto 1092 de 1996 el primero de los citados sólo se aplica a quienes cometan las infracciones cambiarias cuyo conocimiento le compete a la Superintendencia de Sociedades, en tanto que el último se aplica a quienes incurran en las infracciones cambiarias cuyo conocimiento corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales".*

A lo anterior, la Sala añade que 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".*

De la anterior normativa no sólo se desprende que dentro del término previsto en el artículo 4º del decreto 1092 de 1996 es suficiente que se expida la resolución sancionatoria, sino, además, que la DIAN cuenta con siete meses para resolver el recurso de reposición contra aquella interpuesto y que, de no hacerlo en dicho término, opera el silencio administrativo positivo.

Precisado lo anterior, es pertinente la remisión al 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"*, el cual no se discute por las partes es el aplicable al asunto controvertido, cuyos artículos 4º, 5º, 10º y 20 preceptúan:

*“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 a solicitud del investigado”.*

*“Artículo 5°. 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 traslados 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 las 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”.*

Para efectos de establecer si operó la prescripción de la acción sancionatoria contra la demandante, debe determinarse si el pliego de cargos formulado podía o no ser corregido por la DIAN y en caso afirmativo, si se hizo dentro del término para ello.

Consta en los antecedentes administrativos que el pliego de cargos 24660 del 30 de noviembre de 2000 fue notificado a la actora por correo certificado el 5 de diciembre del mismo año y según planilla 1849 fue recibido el 6 de diciembre del 2000.

En dicho pliego de cargos se propuso a la actora una multa de \$23'409.540.00 por informar extemporáneamente el endeudamiento externo y se le corrió traslado por el término de dos meses contados a partir del día siguiente a su notificación (artículo 20 del decreto 1092 de 1996), es decir, que el término corrió entre el 7 de diciembre del 2000 y el 7 de febrero del 2001.

Como quiera que el pliego de cargos no fue respondido, se tiene que no hubo etapa probatoria que suspendiera los términos y, por ende, en principio, la DIAN tenía hasta el 8 de febrero de 2002 para proferir y notificar la resolución sancionatoria.

Sin embargo, mediante la resolución 03-073-657 del 10 de septiembre del 2001 la DIAN corrigió el pliego de cargos en el sentido de modificar la cuantía de la multa, pues la fijó en \$20'800.00; indicar que el salario mínimo mensual vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos corresponde a \$260.100.00 y no a \$260.106.00, que fue el que tuvo como base para liquidar la multa en el pliego de cargos inicial; y correr traslado a la interesada por el término de dos meses para que presentara sus descargos, solicitara pruebas o se allanara en forma expresa y total a los cargos formulados.

Obra en los antecedentes administrativos que la citada resolución, que corrigió el pliego de cargos inicial, fue notificada el 19 de septiembre del 2001, por lo que la Sala destaca que lo aquí importante es determinar si la resolución que corrigió el pliego de cargos fue notificada dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción, como lo exige el artículo 4º del decreto 1092 de 1996, pues de ser así, a juicio de esta Corporación, nada impedía a la DIAN enmendar los errores en que incurrió, independientemente de que el citado decreto 1092 no contemple expresamente tal situación, si se tiene en cuenta que el pliego de cargos es un acto de trámite, no susceptible de recurso alguno, como lo dispone expresamente el artículo 10º de la normativa en cita.

Dicha resolución que corrigió el pliego de cargos contiene el "CUADRO 2"<sup>2</sup>, en el que se dejó dicho que el plazo máximo para que la demandante presentara el informe sobre el endeudamiento externo venció, en relación con todos los registros de importación (15484, 114359 y 10690), el 12 de febrero de 1999, luego a partir del día siguiente la actora incurrió en la infracción que fue finalmente objeto de sanción y, por ende, los tres años dentro de los cuales debió proferirse y notificarse dicha resolución de corrección estaban comprendidos entre el 13 de febrero de 1999 y el 13 de febrero de 2002.

Como quiera que la notificación de la resolución 03-073-657 del 10 de septiembre del 2001 se efectuó a la demandante el 19 de septiembre del mismo mes y año, es evidente que se hizo dentro del término legal y, por tanto, los dos meses dentro de los cuales se corrió traslado a la interesada se cuentan desde el 20 de septiembre y hasta el 20 de noviembre del 2001, fecha esta última a partir de la cual corre el término de un año para proferir la resolución sancionatoria, dado que no se presentaron descargos, el cual venció, entonces, el 21 de noviembre del 2002.

Al haber sido expedida la resolución sancionatoria el 7 de febrero de 2002 y notificada el 13 del mismo mes y año, no cabe duda alguna para la Sala que no operó el fenómeno de la prescripción de la acción cambiaria pues, se reitera, la DIAN tenía hasta el 13 de febrero para expedir y notificar el pliego de cargos y lo hizo, respectivamente, el 10 y 19 de septiembre de 2001; y para expedir y notificar la resolución sancionatoria tenía hasta el 21 de noviembre del 2002 y lo hizo, como ya se dijo, en su orden, el 7 y el 13 de febrero de 2002.

En consecuencia, se confirmará la sentencia proferida por el sentenciador de primera instancia, pero por las razones contenidas en la presente providencia, no sin antes aclarar que, como se vio, en este caso no hubo suspensión de términos, ya que el pliego de cargos fue expedido y notificado dentro de los tres años de que trata el artículo 4º del decreto 1909 de 1992, sin interrupción alguna.

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

**F A L L A**

---

<sup>2</sup> Folio 37 del cuaderno de antecedentes administrativos.

