

NOTIFICACION EN MATERIA CAMBIARIA - Modalidades / NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE - Se aplica en materia cambiaria por remisión del Código Contencioso Administrativo

La Sala considera que el Decreto 1092 de 1996 regula, en lo que concierne a la publicidad de los actos administrativos, la notificación personal, por edicto, por correo y por aviso en un periódico de amplia circulación. La notificación por conducta concluyente no la regula el Decreto 1092 de 1996. Sin embargo, ante ese vacío, es pertinente aplicar el C.C.A. por disposición del artículo 1 ibídem que prescribe que en lo no previsto en los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, se aplicarán las normas de la primera parte del C.C.A. en cuanto sean compatibles. El artículo 48 del C.C.A. precisamente establece las consecuencias de la falta o irregularidad de las notificaciones. Dispone la norma. "Artículo 4. Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales". Se infiere de la norma que, cuando la parte interesada utiliza en tiempo los recursos, cualquier irregularidad que se haya cometido en la notificación queda saneada.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1092 DE 1996; CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ARTICULO 48

NOTIFICACION CAMBIARIA POR CORREO - Ocurre aunque no se haya surtido en la dirección del apoderado de la demandante / DIRECCION PROCESAL - Aunque a ésta deba notificarse los actos administrativos, se acepta hacerla a la dirección del demandante / PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO - No se vulnera cuando la notificación efectuada cumplió su objetivo

En el caso concreto se encuentra probado que la parte demandante recibió el correo en la sede de la empresa, el 22 de octubre de 2002. No obstante que tal notificación no se surtió en la dirección del apoderado de la demandante, no se configuró una notificación por conducta concluyente sino por correo por cuanto, la dirección a la que se envió el acto objeto de notificación, también corresponde a la demandante y el acto no fue devuelto o rechazado por el interesado. Además, el demandante interpuso el recurso de reposición en término y, por tanto, debe entenderse que se cumplió el propósito de la notificación, que no es otro que la publicidad de los actos. Por otra parte, acertó el a quo al precisar que en el expediente no obra prueba de la devolución o rechazo de la correspondencia que se envió a la dirección de la empresa a la Carrera 36 No. 10-95 y que, por lo tanto, no se evidenció la falta de conocimiento del acto por parte de la parte demandante. Esta situación, tal como lo precisó el Tribunal, se corroboró por la interposición oportuna de los recursos por parte de la parte demandante. La Sala considera que, en el caso concreto, la dirección procesal a que alude el Decreto 1092 de 1996 hubiera primado si la dirección a la que se surtió la notificación, no hubiera sido la de la sede de una empresa y que, además, se hubiera probado que se rechazó o se devolvió por el correo. El debido proceso no se afectó porque finalmente la notificación cumplió el cometido hasta el punto de que el afectado con el acto tuvo ocasión de impugnarlo. En efecto, como la notificación por correo se surtió el 22 de octubre de 2002. En consecuencia, la impugnación por este cargo no prospera.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1092 DE 1996 ARTICULO 25

INCONTERM EX WORK - Concepto / VENDEDOR DE MERCANCIA AL EXTERIOR - Obligaciones bajo términos Ex Work / COMPRADOR DE MERCANCIA DEL EXTERIOR- Obligaciones bajo términos Ex Work

De las cláusulas del contrato 205 de 1997, infiere la Sala, que en efecto, el negocio jurídico se suscribió entre un residente en el país y un residente en el exterior que implicó la compra de mercancías cuyo destino final fue el exterior. En tales términos, es evidente que sí se configuró un negocio internacional con implicaciones cambiarias. De las cláusulas tercera y octava del contrato se infiere que el negocio se hizo en términos ex work, término INCOTERM que significa que el vendedor, en este caso la demandante, se comprometió a entregar la mercancía a disposición del comprador, esto es, la Sociedad Colombia Import Inc, en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido, en este caso en la fábrica del demandante. Conforme con los términos de negociación ex work, en adelante, EXW, el vendedor asume menores obligaciones, pues su responsabilidad, tal como se deduce de la cláusula tercera del contrato y como se acostumbra en los negocios internacionales pactados en términos EXW, se limita a la entrega de la mercancía y de los documentos necesarios para que se surta la importación en el país de destino. Adicionalmente, el vendedor asume los costos por el empaque y el embalaje de la mercancía. Por su parte, el comprador asume como costos los siguientes: Pago de la mercancía. Flete interno (de fábrica al lugar de exportación). Aduana (documentos, permisos, requisitos, impuestos). Gastos de exportación (maniobras, almacenaje, agentes). Flete internacional (de lugar de exportación al lugar de importación). Seguro. Gastos de importación (maniobras, almacenaje, agentes). Transporte y seguro (lugar de importación a planta).

EXPORTADOR - Debe canalizar las divisas de sus ventas a través del mercado cambiario / PERSONA NO RESIDENTE - Al pagar en moneda colombiana debe hacerlo a través de cuentas corrientes cambiarias / PAGO A EXPORTADOR POR NO RESIDENTE - debe hacerse en cuentas corrientes conforme a la reglamentación cambiaria / OPERACIÓN DE COMERCIO EXTERIOR - Son entre otras las exportaciones a no residentes / OPERACIONES CANALIZABLES A TRAVÉS DEL MERCADO CAMBIARIO - Son entre otras la exportación de bienes / FORMULARIO DECLARACIÓN DE CAMBIO - Debe diligenciarlo el exportador al reintegrar las divisas / REINTEGRO DE EXPORTACIONES EN MONEDA LEGAL - Es el valor que el exportador reintegra de cada declaración de exportación / OPERACIÓN INTERNA CAMBIARIA - No lo es la exportación de bienes a un no residente que efectúa el pago desde el exterior / SANCIÓN CAMBIARIA - Procede cuando el reintegro desconoce la normatividad cambiaria

Sin embargo, en cuanto al pago del precio del contrato, en la cláusula sexta, se pactó que el comprador pagaría al demandante -en calidad de vendedor-, el valor del contrato, a través de un giro directo o, a través de carta de crédito. De esta cláusula se deriva que el vendedor era el beneficiario del pago de la exportación y, por lo tanto, en calidad de exportador, la Empresa de Licores de Cundinamarca asumió la obligación de canalizar las divisas a través del mercado cambiario. Según lo ordenaba el No. 4 del artículo 71 de la Resolución Externa de 1993 cuando un no residente pretendía pagar en moneda legal colombiana exportaciones, era procedente que abriera cuentas corrientes para el efecto, pero siguiendo los requisitos de la citada disposición. Empero, la parte actora recibió el pago en cheques de cuentas corrientes que no se abrieron conforme con esa reglamentación y el solo hecho de que el pago se haya hecho a través de una cuenta corriente abierta en el país no mutó la operación de comercio exterior en una operación de comercio interno, ni se debe entender que se canalizaron las

divisas de conformidad con los reglamentos del mercado cambiario. La Sala considera que como la exportación es una operación de cambio que debe canalizarse a través de los intermediarios cambiarios; con los pagos así recibidos por parte de la demandante, se configuró infracción al régimen cambiario porque ésta no siguió el procedimiento legal vigente en su momento. Conforme lo precisaba la Circular Reglamentaria CDIC-61 de junio 10 de 1997, para la canalización de las divisas, el demandante, en calidad de exportador, debió diligenciar el formulario "Declaración de Cambio" correspondiente, en el momento del reintegro de las divisas, bien sea mediante la venta a los intermediarios del mercado cambiario o mediante la consignación en las cuentas corrientes de compensación, utilizando el respectivo numeral cambiario. Ahora bien, como el pago se surtió en moneda legal, para que se entienda debidamente canalizado, el residente en el exterior, esto es, la Sociedad Import Inc., debió efectuar el depósito en moneda legal colombiana en una cuenta abierta ante un intermediario cambiario y el demandante, en calidad de exportador, canalizar por ahí el ingreso proveniente de la exportación, presentando la declaración de cambio correspondiente y ajustándose a los demás procedimientos que estipulaba la circular Externa Básica Jurídica No. 007/96 de la entonces Superintendencia Bancaria. Expresamente la Circular Reglamentaria CDIC-61 de junio 10 de 1997 disponía que se debía diligenciar la Declaración de Cambio – Formulario No. 2 en la cual se debía indicar el valor en dólares que se reintegraba de cada declaración de exportación y en la casilla No. 11 se debía anotar el numeral cambiario 1060- "Reintegro de exportaciones en moneda legal". Su participación en el negocio la acreditó como exportador porque del contrato 205 de 1997 se derivó que vendió productos con destino a la exportación. La negociación en términos EXW corrobora la calidad de exportadora de la demandante toda vez que este tipo de negociación tiene como fin precisar, entre otras obligaciones, quién asume los costos de la operación de exportación. En consecuencia, fue acertada la decisión del a quo porque concluyó que la operación no tuvo el carácter de operación interna y que el demandante no acreditó que cumplió la obligación de presentar las declaraciones de cambio correspondientes.

FUENTE FORMAL: RESOLUCION EXTERNA 21 DE 1993 ARTICULO 71 DEL BANCO DE LA REPUBLICA

REGIMEN CAMBIARIO - Objeto / FACTORES SUBJETIVOS EN CONDUCTAS DELICTIVAS - En materia cambiaria se excluye la prueba del dolo y la culpa / FORMULACION DE CARGOS - Debe expedirse en materia cambiaria para respetar el debido proceso / SANCION CAMBIARIA - Al imponerla se deben respetar los principios generales propios del derecho penal / FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO - Son eximentes de responsabilidad en materia cambiaria

Debe precisarse que en el ámbito del régimen cambiario se pretende alcanzar una finalidad de carácter político que consiste, básicamente, en la protección del orden público económico. Es en desarrollo de este objetivo que el Estado impone deberes a quienes ejecuten actos, contratos y operaciones en el mercado cambiario, cuyo control, para que sea oportuno y eficaz, demanda total objetividad por parte de la administración, lo cual no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa, sin descontar, claro está, que ciertas actividades solamente son ejercidas por personas jurídicas como es el caso de los intermediarios del mercado cambiario, que según las voces del artículo 8º de la Ley 9ª de 1991 son las instituciones financieras o entidades que tienen por objeto exclusivo realizar operaciones de cambio, respecto de quienes obviamente no sería posible adelantar un juicio de culpabilidad. La circunstancia de que las

sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, pues la imposición de las condignas sanciones no se hace de plano y sin procedimiento alguno sino previo el agotamiento de un debido proceso en el que la administración le debe demostrar al investigado la comisión de una infracción al estatuto de cambios, que de ser cierta conlleva la formulación de cargos al posible infractor con el fin de que una vez notificado de ella exponga las razones de su defensa. Además, en la aplicación de tales sanciones se deben respetar otros principios generales propios del derecho penal, como por ejemplo el principio de la legalidad nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege; o el principio de la favorabilidad, según el cual la ley posterior se aplica de preferencia a la ley anterior cuando es favorable al inculpado. Sin embargo, cree la Corte que aun cuando en materia de faltas administrativas al régimen de cambios la jurisprudencia ha considerado que no es procedente analizar el grado de culpa del responsable, siendo factible desde luego sancionar a las personas jurídicas que actúan como intermediarios en el mercado de divisas, de todas formas debe aplicarse el principio general de que la fuerza mayor o caso fortuito operan como factores eximentes de responsabilidad pues nadie está obligado a lo imposible. En efecto, al margen de que en materia sancionatoria cambiaria no se pueda efectuar un juicio de culpabilidad sobre la conducta del infractor, no sería justo ni equitativo que la administración pretendiera aplicar sanciones sin tomar en cuenta la presencia de situaciones extremas de carácter objetivo que en dado caso eximirían de responsabilidad a quien haya infringido el estatuto de cambios

FUENTE FORMAL: LEY 9 DE 1991 ARTICULO 8

Nota de Relataría: Sobre generalidades del régimen cambiario, la responsabilidad objetiva, el debido proceso y los eximentes de responsabilidad ver sentencia C-010 de 2003 de la Corte Constitucional

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C., Veintiséis (26) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00142-01(16371)

Actor: EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la empresa demandante en contra de la sentencia del 16 de noviembre de 2006 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que decidió negar las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES DEL PROCESO

La Demanda

La demandante solicitó que se declare la nulidad de la Resolución No. 10129 de octubre 17 de 2002 y de la Resolución No. 5698 del 10 de julio de 2003 mediante las que la DIAN le impuso a la parte actora sanción de multa por infracción al régimen cambiario. A título de restablecimiento del derecho solicitó “*(...) que se declare que la EMPRESA (...) no está obligada a pago alguno por concepto de la sanción (...)*”

Citó como vulnerados los artículos 6, 13 y 29 de la Carta Política y los artículos 3, 4, 13 y 16 del Decreto 1092 de 1996.

Como fundamento del concepto de violación alegó la prescripción de la acción sancionatoria, la falta de adecuación típica de la conducta sancionada, que la ley vigente no tipifica como infracción cambiaria los hechos materia del proceso y que existe desproporción en la sanción impuesta.

En cuanto a la prescripción de la acción sancionatoria, manifestó que la DIAN contaba con un año para expedir y notificar la resolución a partir del vencimiento del término para responder el pliego de cargos.

Dijo que si bien la DIAN expidió la resolución dentro del plazo, la notificación no se surtió en debida forma, porque no se envió a la dirección procesal informada por el demandante. En consecuencia, señaló que se vulneró el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. Adujo, que de conformidad con el artículo 48 del C.C.A., la notificación debió entenderse surtida por conducta concluyente el 18 de noviembre de 2002, es decir, el día en que se interpuso el recurso de reposición, es decir, por fuera del término que tuvo la autoridad demandada para proferir el acto. Que, en consecuencia, se configuró la prescripción de la acción sancionatoria.

Respecto del segundo cargo, según el cual se configuró la falta de adecuación típica de la conducta sancionada, precisó que la EMPRESA DE LICORES DE CUNDINAMARCA no incurrió en infracción al régimen cambiario porque la empresa realizó una venta en territorio nacional para ser pagada en Colombia, como efectivamente así ocurrió.

Señaló que si bien cuando se exportan mercancías al exterior, el reintegro de las divisas debe canalizarse a través de los intermediarios del mercado cambiario, la demandante no estaba obligada a efectuar el reintegro de las divisas en tales condiciones porque el pago que recibió en el territorio nacional se derivó de un contrato de distribución celebrado con la empresa Colombia Import Inc.

Adujo que la Empresa de Licores de Cundinamarca cometió un error al tramitar la exportación puesto que esa obligación era de la empresa que compró la

mercancía en el territorio nacional. Señaló que aunque trató los documentos de exportación, no se debe desconocer que la venta se hizo en el territorio nacional y que el error que cometió la empresa no tipifica una infracción cambiaria.

Argumentó que los hechos sancionados no se encuentran tipificados en ninguna de las causales previstas en los literales a) a s) del artículo 3 del Decreto 1092 de 1996¹ y que el porcentaje del 200% que la demandada liquidó, no corresponde a aquel que el legislador señaló en el literal t) del artículo 3 del Decreto 1092 de 1996.²

En el tercer cargo, según el cual, los hechos materia del proceso no están contemplados en la ley como infracción cambiaria, argumentó que conforme lo permitieron los artículos 6³ y 20⁴ de la Resolución Externa No. 21 de 1993, la sociedad extranjera Colombia Import Inc. canalizó voluntariamente las divisas en el mercado cambiario y pagó con moneda nacional colombiana el producto de la venta.

Adujo que si el mercado cambiario está constituido por la totalidad de las divisas que deban canalizarse obligatoriamente y “voluntariamente” por conducto de los intermediarios autorizados, cuando la sociedad extranjera Colombia Import Inc, pagó el precio del contrato en moneda nacional mediante cheques emitidos por los bancos colombianos, los bancos obraron como intermediarios autorizados en una operación que se canalizó de manera voluntaria. En consecuencia, concluyó que no se privó al Banco de la República de la información necesaria que le permita ejercer eficazmente las funciones de control monetaria.

Dijo que la Administración no demostró que la canalización de las divisas no se surtió de manera voluntaria, así como tampoco que los bancos emisores de los cheques carecían de la calidad de intermediarios del mercado cambiario.

En cuanto al tercer cargo, referente a que la sanción impuesta es desproporcionada, dijo que la demandada desconoció que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ordenamiento colombiano y que así lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-597 de 1996.

¹ Sin la modificación introducida por el artículo 1 del Decreto 1074 de 1999.

²“Artículo 3 del Decreto 1092 de 1996. (...) t) Por las demás infracciones no contempladas en los literales anteriores, derivadas de la violación de las normas que conforman el Estatuto Cambiario y se refieran a operaciones de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la multa será del treinta por ciento (30%) del monto de la infracción cambiaria comprobada.”

³ “Resolución Externa 21 de 1993. **Artículo 6o. DEFINICION.** El mercado cambiario estará constituido por la totalidad de las divisas que deban canalizarse obligatoriamente por conducto de los intermediarios autorizados para el efecto o a través del Mecanismo de Compensación previsto en el artículo 65 de esta Resolución. También formarán parte del mercado cambiario las divisas que, no obstante estar exentas de esa obligación, las canalicen voluntariamente a través del mismo.”

⁴Resolución Externa 21 de 1993. **Artículo 20o. EXPORTACIONES EN MONEDA LEGAL COLOMBIANA.** Los residentes en el país podrán recibir el pago de sus exportaciones en moneda legal colombiana únicamente a través de los intermediarios del mercado cambiario.”

Así mismo, precisó que la demandada, con fundamento en la sentencia C-160 de 1998, pudo graduar de manera razonable y proporcional la sanción porque el demandante no tuvo la más mínima intención de causar daño.

La Contestación de la Demanda

La DIAN se opuso a la demanda y precisó, con respecto al cargo de prescripción de la acción, que el pliego de cargos fue notificado el 4 de septiembre de 2001 y que, por lo tanto, al tenor del inciso tercero del artículo 4 del decreto 1092 de 1996⁵, en concordancia con el artículo 20, la administración tuvo hasta el 5 de noviembre de 2002 para expedir y notificar la resolución que impuso la sanción. Explicó que ese término se cumplió a cabalidad porque la resolución No. 10129 del 17 de octubre de 2002 se notificó por correo certificado el día 22 de octubre de 2002 en las instalaciones de la demandante. Como prueba de lo anterior allegó el acuse de recibo No. 50-719130 expedido por Adpostal.

Por otra parte, señaló que la notificación surtió los efectos legales porque el demandante conoció la actuación administrativa y la Administración le garantizó el derecho de defensa. Tan es así que el demandante interpuso el recurso de reposición.

Señaló que la notificación por conducta concluyente no se debe entender surtida el día que el demandante interpuso el recurso de reposición. Que si bien la DIAN no notificó la resolución a la dirección procesal que informó el demandante, sí lo hizo a la dirección de la empresa. Que como el demandante interpuso oportunamente el recurso de reposición, este hecho prueba que la notificación fue efectiva. En consecuencia, concluyó que no prescribió la acción.

En cuanto al cargo de falta de adecuación típica de la conducta sancionada explicó que los hechos investigados sí tipifican infracción cambiaria porque el artículo 7⁶ de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de

⁵ "Decreto 1092 de 1996. ARTICULO 4o. PRESCRIPCION DE LA ACCION 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."

"Decreto 1092 de 1996. ARTICULO 20. TERMINO DE TRASLADO DEL ACTO DE FORMULACION 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 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."

⁶ Artículo 7o. OPERACIONES. Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:

1. Importación y exportación de bienes;

la República establece que la operación de exportación de bienes debe canalizarse por el mercado cambiario. Además, porque conforme con el contrato que celebró la demandante con la empresa Colombia Import Inc, se acordó la exportación de las mercancías, precisamente porque la empresa Colombia import Inc. residía en el exterior. Este hecho permitía inferir que el negocio celebrado entre las partes no era una simple venta en territorio nacional.

Explicó también que en el contrato se acordó que la venta se pagaría mediante giro directo a favor de la demandante o por carta de crédito de 60 días. Que esas formas de pago, dijo, sólo pueden efectuarse con la intervención de los intermediarios del mercado cambiario.

La demandada consideró que, conforme con el contrato que celebró la empresa de Licores de Cundinamarca, a ésta le correspondía la responsabilidad de la exportación y que, en consecuencia, tenía que asumir las consecuencias de incumplir las obligaciones cambiarias.

La DIAN añadió que el pago en cheques que hizo la empresa Colombia Import Inc, no satisfizo el cumplimiento de la obligación cambiaria a cargo de la empresa de licores de Cundinamarca, empresa que omitió presentar la declaración de cambio por exportación de bienes o la declaración de cambio por crédito en moneda extranjera, como era su deber. Que con esta omisión, dijo, se había afectado la balanza cambiaria, que es el bien jurídico tutelado por la legislación cambiaria.

Respecto del cargo referente a que los hechos no constituyan infracción cambiaria, la DIAN manifestó que este argumento no se alegó en la vía gubernativa y en ese sentido propuso la correspondiente excepción. Sin embargo, precisó que era la demandante y no la sociedad Colombia Import Inc, la que tenía la obligación de canalizar las divisas por las exportaciones.

Por último, respecto a la desproporción de la sanción impuesta invocó las sentencias de la Corte Constitucional que declararon exequibles los decretos que regulan el régimen sancionatorio en materia cambiaria.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda porque consideró que aunque la notificación de la resolución no se surtió en la dirección procesal que reportó el demandante, ese acto se verificó en las instalaciones de la propia empresa. Que como no obra en el proceso prueba de la devolución del correo o rechazo del envío, no hay evidencia de que la parte actora hubiera desconocido la existencia del acto administrativo acusado. Consideró que ese hecho no tuvo el efecto de desvirtuar el acto de enteramiento o de comunicación, que es el propósito de la notificación. Que el acto fue conocido oportunamente, tanto que la empresa pudo ejercer el “derecho de contradicción, mediante la interposición del recurso de reposición en el término consagrado por la ley para el efecto”.

En cuanto a los cargos referidos a la conducta sancionable, el a quo analizó el acervo probatorio y concluyó que la demandante tuvo la calidad de exportadora y dedujo la obligación cambiaria a cargo de aquella. Explicó que el negocio jurídico que celebró la demandante con la Empresa Colombia Import Inc. no tenía el carácter de operación interna toda vez que dicho negocio no se realizó entre residentes en el país. Además, precisó que el objeto del negocio consistió en la salida definitiva de la mercancía del país para ser consumida en el extranjero y que, en tales circunstancias, no es de recibo el argumento según el cual, la exportadora era la sociedad extranjera y, por ende, la obligada a cumplir la obligación.

Dijo el a quo que también se probó que la demandante no presentó las declaraciones cambiarias y que se probó que el pago se efectuó en moneda legal colombiana a través de bancos comerciales. En consecuencia, consideró que la sanción que se impuso era procedente.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La empresa demandante apeló la sentencia y precisó, frente al término de prescripción, que no se discutía cuándo se presentó el recurso sino cuando se notificó el acto administrativo que impuso la sanción. Dijo que el Tribunal incurrió en imprecisiones jurídicas por que *“las reiteradas confusiones en que se apoya, contradicen de manera clara los preceptos del Estado de Derecho, los principios del Derecho de Contradicción, y la importancia de las formas procesales debidas, que son de obligatorio cumplimiento”*.

Consideró que el Tribunal omitió el análisis del artículo 13 del Decreto 1092 de 1996 y, por eso, discrepó de la decisión del a quo en cuanto consideró eficaz la notificación que se surtió en una dirección diferente a la procesal que había reportado la parte demandante. Dijo que precisamente porque el acto administrativo se notificó sin atender las formalidades legales, se debe entender que la demandante se notificó por conducta concluyente en la fecha de interposición del recurso y no en la fecha del acuse de recibo de la notificación por correo.

En ese orden de ideas, insistió en la prescripción de la acción administrativa sancionatoria toda vez que el acto administrativo se notificó extemporáneamente, esto es, por fuera del año siguiente al vencimiento del término establecido para responder el pliego de cargos.

En relación con la conducta sancionada, insistió en que la DIAN no demostró que el negocio jurídico que celebró la demandante con la Compañía Import Inc. configuró un caso de exportación.

Cuestionó al Tribunal porque interpretó que toda transacción entre un residente y un no residente en el territorio nacional constituye una operación de comercio internacional. Consideró que el pago en moneda nacional colombiana

desvirtuó el concepto de exportación y convirtió el negocio en una operación nacional.

Adicionalmente, precisó que los hechos no se encuentran tipificados en ninguna de las causales de infracción cambiaria señaladas en los literales comprendidos entre la a) y la s) del artículo 3 del Decreto 1092 de 1996, de donde estima que la multa del 200% sobre el valor no canalizado no corresponde a aquel que el legislador señaló en el literal t) del artículo 3 del Decreto 1092 de 1996. Consideró que la sanción fue excesiva y, por ello, que se violó el artículo 6 de la Constitución Política.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante no alegó de conclusión.

La entidad demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

El Ministerio Público consideró que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada porque a pesar de que la notificación se surtió a la dirección comercial del demandante y no a la procesal que se reportó, eso no impidió que la demandante se enterara de la existencia del acto y, por eso, pudo ejercer en tiempo el derecho de defensa.

En cuanto a la conducta sancionada precisó que, así como la demandante adelantó los trámites de la exportación, debió cumplir con la obligación de canalizar la operación a través del mercado cambiario. Consideró que el pago en cheques a favor de la demandante no implicó que el Banco emisor actuara en calidad de intermediario cambiario. Con mayor razón si el demandante no presentó las declaraciones de cambio correspondientes.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, corresponde a la Sala decidir si son nulos los actos acusados.

La controversia se concreta a decidir si se configuró la prescripción de la infracción cambiaria, si los hechos que investigó la demandada constituyen infracción cambiaria o, si los hechos se adecúan a la infracción que sancionó la Administración y, en caso afirmativo, si procedía la graduación de la sanción.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA POR INFRACCIÓN CAMBIARIA.

El artículo 4 del Decreto 1092 de 1996 dispone.

“ARTICULO 4o. PRESCRIPCION DE LA ACCION 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. (negrilla fuera de texto)

La prescripción podrá decretarse de oficio (sic) a solicitud del investigado.”

El artículo 20 del Decreto 1092 de 1996 dispone que el término de traslado del pliego de cargo a los presuntos infractores será de dos (2) meses, contados a partir del día siguiente a la notificación del acto de formulación de cargos.

El artículo 13 del Decreto 1092 de 1996 señala a su vez lo siguiente.

“ARTICULO 13. DIRECCION PROCESAL. Si durante el desarrollo del procedimiento administrativo cambiario el investigado o su apoderado señala expresamente una dirección para que se le notifique las actuaciones correspondientes, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá hacerlo a esa dirección a partir de dicho momento.”

Se encuentra probado en el proceso que el 3 de septiembre de 2001, la División de Investigaciones Especiales de la Subdirección de Control Cambiario de la DIAN, expidió el pliego de cargos No. 1466, que se notificó mediante correo certificado el 5 de septiembre de 2002, enviando el pliego de cargos a la carrera 36 No. 10-95 conforme consta en los folios 349 y 350. Esa dirección corresponde a la sede de la empresa, tal como se aprecia en el membrete de la comunicación mediante la cual la demandante, respondió el pliego de cargos.⁷

También se encuentra probado que el 2 de noviembre de 2001 la demandante respondió el pliego de cargos e informó como dirección procesal para notificaciones, la Calle 124 No. 9 B – 44 Oficina 506 de Bogotá, D.C., dirección que corresponde a la del apoderado de la empresa, tal como se deriva del acápite de notificaciones de la demanda.⁸

⁷ Folios 355 a 359

⁸ Folio 22 del cuaderno principal.

No obstante que el demandante reportó esa dirección procesal para notificaciones, también se acreditó que la parte demandada notificó por correo la resolución 10129 del 17 de octubre de 2002 a la dirección de la empresa, esto es, a la Carrera 36 No. 10-95, el 22 de octubre de 2002, tal como consta en el acuse de recibo de correo certificado No. 50 719130⁹ y en el oficio 7001-16-14425 del 12 de diciembre de 2002.¹⁰

La demandante alegó la prescripción de la acción sancionatoria toda vez que como la notificación no se surtió en la dirección procesal que reportó en la respuesta al pliego de cargos, alegó que la notificación debe entenderse surtida por conducta concluyente el día en que interpuso el recurso de reposición, esto es, el 18 de noviembre de 2002 y no el día en que recibió la comunicación en la sede de la empresa.

La Sala considera que el Decreto 1092 de 1996 regula, en lo que concierne a la publicidad de los actos administrativos, la notificación personal, por edicto, por correo y por aviso en un periódico de amplia circulación.

La notificación por conducta concluyente no la regula el Decreto 1092 de 1996. Sin embargo, ante ese vacío, es pertinente aplicar el C.C.A. por disposición del artículo 1 ibídem que prescribe que en lo no previsto en los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales, se aplicarán las normas de la primera parte del C.C.A. en cuanto sean compatibles.

El artículo 48 del C.C.A. precisamente establece las consecuencias de la falta o irregularidad de las notificaciones. Dispone la norma.

“Artículo 4. Falta o irregularidad de las notificaciones. Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.

(...)"

Se infiere de la norma que, cuando la parte interesada utiliza en tiempo los recursos, cualquier irregularidad que se haya cometido en la notificación queda saneada.¹¹

⁹ Folio 424 cuaderno antecedentes

¹⁰ Folios 422 y 423.

¹¹. “(...) la Sala ha considerado que es perfectamente admisible para cumplir con la finalidad de la notificación, siempre y cuando se den los presupuestos consagrados en el artículo 48 del Código Contencioso Administrativo. El artículo 48 mencionado dispone que cuando hay falta o irregularidad en una notificación, no se tendrá por hecha, ni producirá efectos legales la decisión, “a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales.” De manera que, un presupuesto indispensable es que se conozca de la decisión, para aceptarla o recurrirla.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION CUARTA. Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ. Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-27-000-2002-00169-01(14908). Actor: STELLA LACOUTURE DE GUTIERREZ Y ULYSES JOSE GUTIERREZ LACOUTURE. Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

En el caso concreto se encuentra probado que la parte demandante recibió el correo en la sede de la empresa, el 22 de octubre de 2002. No obstante que tal notificación no se surtió en la dirección del apoderado de la demandante, no se configuró una notificación por conducta concluyente sino por correo por cuanto, la dirección a la que se envió el acto objeto de notificación, también corresponde a la demandante y el acto no fue devuelto o rechazado por el interesado. Además, el demandante interpuso el recurso de reposición en término y, por tanto, debe entenderse que se cumplió el propósito de la notificación, que no es otro que la publicidad de los actos.

Por otra parte, acertó el a quo al precisar que en el expediente no obra prueba de la devolución o rechazo de la correspondencia que se envió a la dirección de la empresa a la Carrera 36 No. 10-95 y que, por lo tanto, no se evidenció la falta de conocimiento del acto por parte de la parte demandante. Esta situación, tal como lo precisó el Tribunal, se corroboró por la interposición oportuna de los recursos por parte de la parte demandante.

La Sala considera que, en el caso concreto, la dirección procesal a que alude el Decreto 1092 de 1996 hubiera primado si la dirección a la que se surtió la notificación, no hubiera sido la de la sede de una empresa y que, además, se hubiera probado que se rechazó o se devolvió por el correo. El debido proceso no se afectó porque finalmente la notificación cumplió el cometido hasta el punto de que el afectado con el acto tuvo ocasión de impugnarlo.

En efecto, como la notificación por correo se surtió el 22 de octubre de 2002, de conformidad con el artículo 25 del Decreto 1092 de 1996¹², la demandante contaba con un mes para interponer el recurso de reposición, plazo se vencía el 22 de noviembre de 2002. Está probado en el proceso que el demandante interpuso el recurso el 18 de noviembre de 2002. Esa circunstancia demuestra que la parte actora se enteró de la decisión, que la parte demandante acató el principio de publicidad del acto acusado y, por tanto, que no se vulneró el derecho al debido proceso y de defensa. En consecuencia, la impugnación por este cargo no prospera.

EXAMEN DE LA INFRACCIÓN CAMBIARIA, DE LA ADECUACIÓN TIPICA DE LOS HECHOS, DE SI LOS HECHOS ANALIZADOS ESTÁN CONTEMPLADOS COMO INFRACCIÓN CAMBIARIA Y DE SI LA SANCIÓN RESULTA DESPROPORCIONADA.

¹² "Decreto 1092 de 1996. ARTICULO 25. RECURSO CONTRA LA RESOLUCION SANCIONATORIA. Contra la resolución que imponga la multa procederá únicamente el recurso de reposición ante la División Jurídica de la Administración de Impuesto 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.

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

Conforme con el recurso de apelación, la parte actora insiste en que no se encuentra demostrado en el expediente que la operación fue una exportación, a pesar de los documentos en los que figura como exportadora.

Impugna el análisis que hizo el a quo según el cual se probó que la demandante, en calidad de residente en el país, celebró el contrato de distribución No. 204 con una sociedad no residente, lo que generó una operación de comercio internacional canalizable obligatoriamente por el exportador, pese a que se haya pagado en moneda nacional.

Para la demandante, con la conclusión a la que llegó el a quo, todo tipo de operaciones que cualquier residente en el país realice con extranjeros se convierte en una operación de comercio exterior, lo que a su juicio, es equivocado, contrario a la lógica y a la ley. El demandante consideró que el pago que se hizo a su favor en el territorio nacional convierte la operación en nacional.

La parte actora insistió en que se analice la naturaleza de la operación porque consideró que el Tribunal no acometió dicha tarea. Dijo que el contrato de distribución No. 205 de 1997 es un contrato para ser ejecutado en el territorio nacional y que era la sociedad distribuidora la que debió realizar las operaciones de exportación de los bienes y, por consiguiente, cumplir el régimen de cambios.

Para la entidad demandada la violación al régimen de cambios internacionales es ostensible e irrefutable por lo que solicita que se confirme la sentencia del a quo.

Se encuentra probado en el proceso que la demandante suscribió el contrato No. 205 de 1997 con la Sociedad Colombia Import Inc., empresa sin domicilio en Colombia,¹³ que se obligó a comprar, para su posterior distribución y venta en los Estados Unidos de Norte América, con carácter de exclusividad, los productos que producía, distribuía o comercializaba la Empresa de Licores de Cundinamarca (parte actora).

Conforme con la cláusula tercera del contrato, la Empresa de Licores de Cundinamarca se comprometió con el contratista a entregarle los documentos necesarios para adelantar los trámites de importación en el exterior y, por su parte, la Sociedad Colombia Import Inc. se comprometió a entregar a la Empresa de Licores de Cundinamarca: “*a) la copia rosada del documento de exportación (DEX) debidamente diligenciado por las autoridades competentes, b) la guía de transporte c) el original de la tornaguía legalizada y d) copia de la declaración simplificada de exportación del aguardiente que se exportó para degustación.*”

En la cláusula sexta del contrato, la Sociedad Colombia Import Inc. se obligó a pagar el valor del precio de fábrica de los productos de cada pedido, mediante giro directo a favor de la demandante o por carta de crédito a sesenta (60) días.

¹³ Empresa con domicilio en Houston Texas. Fl. 283 y 284 del cuaderno antecedentes

Según la cláusula octava del contrato, la demandante se comprometió con la Sociedad Colombia Import Inc. a entregarle los productos en las instalaciones de la Empresa de Licores de Cundinamarca.

También se encuentra acreditado en el expediente que la demandante figuró como exportadora en las declaraciones de exportación que se tramitaron por conducto de intermediario aduanero¹⁴ y que la Sociedad Colombia Import Inc. pagó con cheque girado a favor de la demandante, el producto del contrato.

De las cláusulas del contrato 205 de 1997, infiere la Sala, que en efecto, el negocio jurídico se suscribió entre un residente en el país y un residente en el exterior que implicó la compra de mercancías cuyo destino final fue el exterior. En tales términos, es evidente que sí se configuró un negocio internacional con implicaciones cambiarias.

De las cláusulas tercera y octava del contrato se infiere que el negocio se hizo en términos ex work¹⁵, término INCOTERM¹⁶ que significa que el vendedor, en este caso la demandante, se comprometió a entregar la mercancía a disposición del comprador, esto es, la Sociedad Colombia Import Inc, en el establecimiento del vendedor o en otro lugar convenido, en este caso en la fábrica del demandante.

Conforme con los términos de negociación ex work, en adelante, EXW, el vendedor asume menores obligaciones, pues su responsabilidad, tal como se deduce de la cláusula tercera del contrato y como se acostumbra en los negocios internacionales pactados en términos EXW, se limita a la entrega de la mercancía y de los documentos necesarios para que se surta la importación en el país de destino. Adicionalmente, el vendedor asume los costos por el empaque y el embalaje de la mercancía.

Por su parte, el comprador asume como costos los siguientes:

- Pago de la mercancía

¹⁴ Fl. 34, 97, 121, 151, 160, 177, 194, 208, 233

¹⁵ "Con más o menos variantes, existe una terminología aceptada comúnmente en el comercio internacional, respecto a las modalidades de entrega de las mercancías, que entraña la designación del punto en que el vendedor las sitúa a disposición del comprador y las obligaciones de las partes.

Para conseguir la mayor uniformidad posible en la aplicación de dicha terminología y, al propio tiempo, para que sirviera como guía a todos los interesados en las transacciones internacionales, la cámara Internacional de Comercio publicó, por primera vez, en 1936 unas reglas para la interpretación de los términos comerciales, conocidas con el nombre de <<INCOTERMS 1936>>. Posteriormente, se procedió a la revisión de la versión primitiva, actualizando sus normas y acomodándolas al máximo a las prácticas más corrientes del comercio internacional, con objeto de que pudieran ser adoptadas por el mayor número posible de comerciantes; estas reglas, revisadas, fueron los <<INCOTERMS 1953>>, a los que más tarde se añadieron, en 1967 y 1976, nuevos términos (...)" . Rafael Herrera Ydáñez. Javier Goizueta Sánchez. "Valor en Aduana de las mercancías según el Código del GATT". Ediciones ESIC. Madrid. 1985. Pág. 131.

¹⁶ International Commerce Terms. Términos de negociación en comercio exterior.

- Flete interno (de fábrica al lugar de exportación)
- Aduana (documentos, permisos, requisitos, impuestos)
- Gastos de exportación (maniobras, almacenaje, agentes)
- Flete internacional (de lugar de exportación al lugar de importación)
- Seguro
- Gastos de importación (maniobras, almacenaje, agentes)
- Transporte y seguro (lugar de importación a planta)

En ese contexto, conforme con las cláusulas del contrato 205 de 2007 suscrito entre la parte demandante y la Sociedad Colombia Import Inc., se infiere que la operación que se celebró constituyó un negocio internacional que se sujetó a ciertas reglas que permitieron precisar los responsables de los costos de la operación de exportación.

Sin embargo, en cuanto al pago del precio del contrato, en la cláusula sexta, se pactó que el comprador pagaría al demandante -en calidad de vendedor-, el valor del contrato, a través de un giro directo o, a través de carta de crédito. De esta cláusula se deriva que el vendedor era el beneficiario del pago de la exportación y, por lo tanto, en calidad de exportador, la Empresa de Licores de Cundinamarca asumió la obligación de canalizar las divisas a través del mercado cambiario.

Según lo ordenaba el No. 4 del artículo 71 de la Resolución Externa de 1993 cuando un no residente pretendía pagar en moneda legal colombiana exportaciones, era procedente que abriera cuentas corrientes para el efecto, pero siguiendo los requisitos de la citada disposición.

Empero, la parte actora recibió el pago en cheques de cuentas corrientes que no se abrieron conforme con esa reglamentación y el solo hecho de que el pago se haya hecho a través de una cuenta corriente abierta en el país no mutó la operación de comercio exterior en una operación de comercio interno, ni se debe entender que se canalizaron las divisas de conformidad con los reglamentos del mercado cambiario.¹⁷

La Sala considera que como la exportación es una operación de cambio que debe canalizarse a través de los intermediarios cambiarios; con los pagos así recibidos por parte de la demandante, se configuró infracción al régimen cambiario porque ésta no siguió el procedimiento legal vigente en su momento.¹⁸

¹⁷ Mediante oficio S.F. 0067001 del 16 de febrero de 2001, que obra en el folio 58 del cuaderno 1 el Subgerente Financiero de la Empresa de Licores de Cundinamarca le informó al Jefe de la División de Investigaciones especiales de la DIAN que no presentaron las Declaraciones de Cambio formulario No. 2 considerando que la firma Colombia Import canceló los valores generados en las ventas realizadas a la sociedad en pesos colombianos.

Por otra parte, los Bancos de donde procedieron los cheques con los que se surtieron los pagos y a donde se consignaron, salvo el Banco de Occidente, no certificaron de manera expresa que las cuentas corrientes se abrieron para efectuar y recibir pagos en moneda legal de exportaciones. Ver folios 89 a 92 del cuaderno 1

¹⁸(Norma vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos)
Resolución Externa 21 de 1993. Artículo 7o. **OPERACIONES.** Las siguientes operaciones de cambio deberán canalizarse obligatoriamente a través del mercado cambiario:

1. Importación y exportación de bienes;
2. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país, así como los costos financieros inherentes a las mismas;
3. Inversiones de capital del exterior en el país, así como los rendimientos asociados a las mismas;

Conforme lo precisaba la Circular Reglamentaria CDIC-61 de junio 10 de 1997, para la canalización de las divisas, el demandante, en calidad de exportador, debió diligenciar el formulario “Declaración de Cambio” correspondiente, en el momento del reintegro de las divisas, bien sea mediante la venta a los intermediarios del mercado cambiario o mediante la consignación en las cuentas corrientes de compensación, utilizando el respectivo numeral cambiario.

Ahora bien, como el pago se surtió en moneda legal, para que se entienda debidamente canalizado, el residente en el exterior, esto es, la Sociedad Import Inc., debió efectuar el depósito en moneda legal colombiana en una cuenta abierta ante un intermediario cambiario y el demandante, en calidad de exportador, canalizar por ahí el ingreso proveniente de la exportación, presentando la declaración de cambio correspondiente y ajustándose a los demás procedimientos que estipulaba la circular Externa Básica Jurídica No. 007/96 de la entonces Superintendencia Bancaria.

Expresamente la Circular Reglamentaria CDIC-61 de junio 10 de 1997 disponía que se debía diligenciar la Declaración de Cambio – Formulario No. 2 en la cual se debía indicar el valor en dólares que se reintegraba de cada declaración de exportación y en la casilla No. 11 se debía anotar el numeral cambiario 1060-“Reintegro de exportaciones en moneda legal”.

Del acervo probatorio que obra en el expediente no se acredita que las declaraciones de cambio hayan sido presentadas. Es más, la parte actora justificó tal omisión con el argumento de que la operación derivada del Contrato 205 de 1997 no constituyó una operación de comercio exterior porque, precisamente, recibió el pago directamente y en moneda legal colombiana y no en divisas.

Para la Sala, se encuentra plenamente probado que tal operación si constituyó una operación de comercio exterior. Que no fue un error que la demandante figurara en los documentos soporte de cada operación de exportación en calidad de exportador. Su participación en el negocio la acreditó como exportador porque del contrato 205 de 1997 se derivó que vendió productos con destino a la exportación. La negociación en términos EXW corrobora la calidad de exportadora de la demandante toda vez que este tipo de negociación tiene como fin precisar, entre otras obligaciones, quién asume los costos de la operación de exportación. En consecuencia, fue acertada la decisión del a quo porque concluyó que la operación no tuvo el carácter de operación interna y que el demandante no acreditó que cumplió la obligación de presentar las declaraciones de cambio correspondientes. En consecuencia, no prospera el cargo alegado.

-
4. Inversiones de capital colombiano en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas;
 5. Inversiones financieras en títulos emitidos o en activos radicados en el exterior así como los rendimientos asociados a las mismas, salvo cuando las inversiones se efectúen con divisas provenientes de operaciones que no deban canalizarse a través del mercado cambiario;
 6. Avales y garantías en moneda extranjera;
 7. Operaciones de derivados y operaciones peso-divisas.

Ahora bien, conforme con los actos administrativos demandados, al demandante se le impuso la sanción prevista en el literal e) del artículo 3 del Decreto 1092 de 1996 que dispone:

"e) Por no canalizar a través del mercado cambiario el valor de las operaciones obligatoriamente canalizadas definidas en el Régimen Cambiario y cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se impondrá una multa del doscientos por ciento (200%) del monto dejado de canalizar;"

Considera la Sala que la sanción impuesta es la pertinente toda vez que los hechos analizados encajan dentro del tipo de infracción descrito en la norma y, por lo tanto, no le asiste razón al demandante cuando considera que la sanción que se le aplicó no es la pertinente. Por lo tanto, por este cargo tampoco prospera el recurso.

Ahora bien, en cuanto a que la sanción es desproporcionada, precisa la Sala que cuando el legislador establece tarifas fijas para tasar las multas, no es pertinente que la entidad competente las gradúe si el legislador no estableció parámetros para el efecto.

De la norma citada se aprecia que el legislador tasó la multa en el 200% del monto dejado de canalizar y, por tanto, la entidad demandada no estaba facultada para graduar la sanción.

Por otra parte, conforme lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-010 de 2003, que reitero lo que se expuso en la sentencia C-599 de 1992, la responsabilidad en materia cambiaria es objetiva y, no obstante que en precedente reciente se ha reconocido que es posible graduar las multas o exonerar de las mismas en caso de que no se configure daño, en el caso del régimen sancionatorio cambiario, admitió que se exonere de la multa, sólo en casos de fuerza mayor. Dijo la Corte:

*"(...) se explicó ampliamente que el régimen de cambios si bien implica la imposición de sanciones económicas de contenido fiscal no puede ser confundido con el régimen penal ordinario, pues está claro que las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico no son todas de naturaleza punitiva o penal de modo que de llegar ellas a fundarse sobre los mismos hechos no suponen vulneración al principio del *non bis in idem*. Además precisó la Corte que el régimen penal ordinario busca la protección de bienes jurídicos de interés social mediante la tipificación de conducta punibles que merecen sanción sobre la libertad de los individuos que las cometen, advirtiendo que la diferencia entre uno y otro ámbito de responsabilidad por la conducta sancionable también se fundamenta en altos cometidos de orden constitucional contenidos en principios, fines y valores como son la justicia, el bienestar colectivo, y particularmente el desarrollo y el orden económico y fiscal. Así mismo según lo expuesto en la referida Sentencia C-599 de 1992, la garantía consagrada en el artículo 29 de la Carta no significa que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones administrativas o judiciales*

de naturaleza sancionatoria, sino que en las mismas exista un proceso debido que impida la arbitrariedad haciendo prevalecer los principios y los derechos que reconoce la Constitución.

De otra parte, en relación con la posible vulneración de la presunción de inocencia en el citado pronunciamiento se dijo que la misma es una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, de modo que ocurrido el hecho constitutivo de la infracción al régimen cambiario no opera *ipso iure* la imposición de la respectiva sanción, sino que es necesario que la administración formule previamente cargos a los infractores por los hechos investigados si se considera que efectivamente se ha presentado tal violación, para lo cual de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1092 de 1996 debe expedir un acto administrativo motivado en el cual se haga una relación de los hechos constitutivos de las posibles infracciones cambiarias, las pruebas allegadas, las normas que se estiman trasgredidas, el análisis de las operaciones investigadas frente a 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. Del pliego de cargos se le dará traslado al infractor para que presente los descargos que considere pertinentes, pudiendo solicitar la práctica de pruebas, aportarlas u objetarlas según el caso, para lo cual se pondrá el expediente a su disposición. Surtida esta actuación la administración expide la resolución sancionatoria imponiendo la multa o, en dado caso, dictará resolución de terminación si no existe mérito para formular cargos o imponer sanciones.

Otro de los motivos invocados por el Procurador para solicitar el cambio de la jurisprudencia plasmada en la Sentencia C-599 de 1992 consiste en que esta providencia resulta contraria a la jurisprudencia constitucional posterior, a la doctrina nacional en materia de aplicación del debido proceso en procedimientos sancionatorios, y además a la larga tradición garantista doctrinal, jurisprudencial y normativa sobre la materia.

No comparte la Corte la anterior apreciación del Procurador, pues esta Corporación ha aceptado la responsabilidad objetiva de manera excepcional para el régimen cambiario y así lo ha venido reiterando, tal como se verá a continuación.

A partir de la Sentencia C-690 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, si bien se aceptó la aplicación del principio de culpabilidad en materia tributaria cuando se ha incumplido con el deber de presentar personalmente la declaración de impuestos, también se reconoció la excepcionalidad de la responsabilidad objetiva en ciertos campos del derecho administrativo como el régimen de cambios, reiterándose la doctrina contenida en la Sentencia C-599 de 1992 y advirtiendo que los principios del derecho penal se aplican con ciertos matices a todas las formas de actividad sancionadora del Estado.

En Sentencia C-506 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte si bien toleró la disminución de la actividad probatoria de la administración encaminada a probar la culpa del sancionado que en materia de aplicación de sanciones tributarias y sin llegar a aceptar la responsabilidad objetiva, nuevamente reiteró la aceptación excepcional de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria cambiaria.

Posteriormente en Sentencia C-616 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se reiteró que “*la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado solo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva*”. En dicho pronunciamiento la Corte consideró que la exequibilidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho sancionador debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga, señalando que como la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva es de carácter excepcional en el régimen constitucional colombiano por ello se encuentra sujeta a estos requisitos: **(i) que carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina[2] llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) que tengan un carácter meramente monetario; y (iii) que sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras).** Fue así como bajo estos supuestos en la citada providencia la Corte consideró que la sanción de cierre de establecimiento consignada en la norma acusada no llenaba los requisitos anteriormente mencionados pues comprometía de manera específica el ejercicio del derecho al trabajo y de la libertad de empresa no sólo por parte del sancionado sino eventualmente de quienes laboran en el establecimiento o tienen relaciones comerciales legítimas con éste; igualmente no tenía un carácter meramente monetario, como sucede con las multas y la duración del cierre podía llegar a ser suficientemente prolongada como para que la sanción no fuera considerada de menor entidad.

El anterior recorrido jurisprudencial pone de manifiesto que respecto de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria cambiaria la Corte ha conservado intacta su línea jurisprudencial en sentido de admitir la responsabilidad objetiva excepcionalmente para ese caso, por lo cual no encuentra un motivo razonable alguno que justifique la modificación de la doctrina vertida en las mencionadas providencias, pues en las normas ahora en estudio se imponen sanciones solo de tipo económico que son de menor entidad y no afectan, por tanto, derechos fundamentales.

Además, las normas declaradas exequibles en la Sentencia C-599 de 1992 se encuentran vigentes para la aplicación del régimen sancionatorio de competencia de la Superintendencia de Sociedades[3], por lo que si se retiraran del ordenamiento los artículos bajo revisión que reproducen el contenido material de aquellas disposiciones y que forman parte del régimen sancionatorio cambiario que aplicar la DIAN, se generaría una situación de desigualdad en materia de sanciones para el régimen de cambios, pues mientras que la Superintendencia de Sociedades aplicaría un régimen de responsabilidad objetiva por virtud de lo dispuesto en la mencionada providencia, a la DIAN le correspondería tener en cuenta un régimen de responsabilidad subjetiva.

Finalmente, debe precisarse que en el ámbito del régimen cambiario se pretende alcanzar una finalidad de carácter político que consiste, básicamente, en la protección del orden público económico. Es en desarrollo de este objetivo que el Estado impone deberes a quienes ejecuten actos, contratos y

operaciones en el mercado cambiario, cuyo control, para que sea oportuno y eficaz, demanda total objetividad por parte de la administración, lo cual no se lograría si la efectividad del régimen sancionatorio en esta materia dependiera de la demostración de factores subjetivos como el dolo y la culpa, sin descontar, claro está, que ciertas actividades solamente son ejercidas por personas jurídicas como es el caso de los intermediarios del mercado cambiario, que según las voces del artículo 8º de la Ley 9ª de 1991 son las instituciones financieras o entidades que tienen por objeto exclusivo realizar operaciones de cambio, respecto de quienes obviamente no sería posible adelantar un juicio de culpabilidad.

La circunstancia de que las sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, pues la imposición de las condignas sanciones no se hace de plano y sin procedimiento alguno sino previo el agotamiento de un debido proceso en el que la administración le debe demostrar al investigado la comisión de una infracción al estatuto de cambios, que de ser cierta conlleva la formulación de cargos al posible infractor con el fin de que una vez notificado de ella exponga las razones de su defensa. Además, en la aplicación de tales sanciones se deben respetar otros principios generales propios del derecho penal, como por ejemplo el principio de la legalidad *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*; o el principio de la favorabilidad, según el cual la ley posterior se aplica de preferencia a la ley anterior cuando es favorable al inculpado.

Igualmente, el hecho de que la administración al adelantar el procedimiento sancionatorio en materia cambiaria no tenga que entrar a demostrar elementos de orden subjetivo relacionados con la conducta del infractor no quiere significar que a éste se le esté desconociendo su presunción de inocencia, pues ha quedado establecido que aquella no puede proceder a la imposición de sanciones económicas sin que previamente haya adelantado un trámite en el cual, quien ha violado el régimen de cambios tenga la oportunidad de expresar las razones por las cuales considera que no es responsable de la infracción que se le endilga. No sobra recordar que sobre el particular la jurisprudencia ha expresado que “*la presunción de inocencia sólo puede ser desvirtuada mediante una mínima y suficiente actividad probatoria por parte de las autoridades represivas del Estado. Este derecho fundamental se profana si a la persona se le impone una sanción sin otorgársele la oportunidad para ser oída y ejercer plenamente su defensa*”.[\[4\]](#)

Sin embargo, cree la Corte que aun cuando en materia de faltas administrativas al régimen de cambios la jurisprudencia ha considerado que no es procedente analizar el grado de culpa del responsable, siendo factible desde luego sancionar a las personas jurídicas que actúan como intermediarios en el mercado de divisas, de todas formas debe aplicarse el principio general de que la fuerza mayor o caso fortuito operan como factores eximentes de responsabilidad pues nadie está obligado a lo imposible[\[5\]](#). En efecto, al margen de que en materia sancionatoria cambiaria no se pueda efectuar un juicio de culpabilidad sobre la conducta del infractor, no sería justo ni equitativo que la administración pretendiera aplicar sanciones sin tomar en cuenta la presencia de situaciones extremas de carácter objetivo que en dado caso eximirían de responsabilidad a quien haya infringido el estatuto de cambios[\[6\]](#). Al respecto, no puede olvidarse que en materia tributaria esta Corporación ha considerado que el principio de presunción de

inocencia quedaría anulado con grave afectación del debido proceso si no se le permite al contribuyente presentar elementos de descargo que “*no son simples negativas de la evidencia, sino pruebas certeras que demuestran el advenimiento de hechos ajenos a la culpa de la persona obligada a declarar, las cuales deben ser tomadas en consideración por la Administración, puesto que como se indicó en esta sentencia, resulta contrario al debido proceso, a la dignidad humana y a la equidad y justicia (CP art. 1°, 29 y 363) sancionar a la persona por el solo hecho de incumplir el deber de presentar declaración fiscal, cuando la propia persona ha demostrado que el incumplimiento no le es imputable sino que es consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor*”.[\[7\]](#)

Por lo anterior, la Corte considera que respecto de los artículos 24, en lo acusado, y 30 del Decreto 1092 de 1996 ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en sentido material, razón por la cual decidirá estarse a lo resuelto en la Sentencia C-599 de 1992 que declaró exequibles, en lo acusado, los artículos 19 y 21 del Decreto 1746 de 1991.” (negrilla fuera de texto)

Conforme con lo expuesto, considera la Sala que la actuación de la entidad demandada se ajustó a la ley y al precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional y, en consecuencia, tampoco prospera el cargo por desproporcionalidad de la sanción.

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

FALLA

CONFÍRMASE La sentencia del 16 de noviembre de 2006 proferida por la Subsección “B” de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ