

ACCION CAMBIARIA / INFRACCION AL REGIMEN DE CAMBIOS INTERNACIONALES – Procedimiento sancionatorio

Debe primero la Sala determinar si el procedimiento sancionatorio que en este caso culminó con la expedición de los actos acusados se regía por el Decreto 444 de 1967 y la Ley 33 de 1975 o por el Decreto Ley 1746 de 1991, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 32 de la Ley 9ª de 1991. El artículo 35 de la Ley 9ª de 1991 señaló: “Vigencia.- La presente Ley rige desde la fecha de su publicación y deroga parcialmente la Ley 6ª de 1967 y el Decreto Extraordinario 444 de 1967 así como las disposiciones que lo modifican, adicionan o reforman, los artículos 1º a 5º y 7º a 10 de la Ley 74 de 1989, el artículo 19 de la Ley 25 de 1923, y todas las disposiciones que le sean contrarias. No obstante, sus efectos derogatorios solamente se producirán a medida que entren en vigencia las normas que se expidan en desarrollo de las disposiciones generales en ellas establecidas, y en todo caso, se producirán a más tardar un año contado a partir de la publicación”. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 32 de la Ley 9ª de 1991, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1746 de 1991, que empezó a regir el 1º de octubre del mismo año, “Por medio del cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios”, cuyo artículo 27 dispuso: “Artículo 27 .Los procedimientos administrativos ya iniciados a la fecha en que entre a regir el presente decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a las disposiciones legales vigentes al momento de su iniciación, siempre y cuando se hubiere proferido acto de apertura de investigación, de acuerdo con la Ley 33 de 1975”. Como quiera que en este caso el auto de apertura de la investigación se profirió el 21 de mayo de 1991, con fundamento en la Ley 33 de 1975, para determinar posibles violaciones al régimen de cambios internacionales vigente (Decreto 444 de 1967), se colige que la actuación administrativa debía regirse por las disposiciones del Decreto Ley 444 de 1967, comoquiera que el procedimiento administrativo ya se había iniciado al entrar a regir el Decreto 1746 de 1o. de octubre de 1991.

PRESCRIPCION DE LA ACCION POR INFRACCIONES CAMBIARIAS - Término de 4 años según Ley 33/75 / INFRACCION CAMBIARIA - Interrupción de la prescripción por auto de apertura de la investigación / INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION CAMBIARIA - Auto de apertura de la investigación: reanudación del término / REITERACION JURISPRUDENCIAL

En cuanto a la caducidad de la acción cambiaria que alega la actora, se tiene que al tiempo de proferirse el auto de apertura de investigación, los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1975, regulaban la prescripción de la acción por infracciones cambiarias, en los siguientes términos: “Artículo 1º.- La acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribirá en cuatro (4) años, y la sanción en ocho (8).Artículo 2º.- La prescripción de la acción contravencional al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se interrumpirá por el auto de apertura de investigación, y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción”. Como ya se dijo, la Administración dictó el acto de apertura de investigación el 21 de mayo de 1991, luego no habían transcurrido cuatro años desde que se cometieron las presuntas conductas irregulares. A partir de esta fecha la Administración tenía cuatro años para proferir la Resolución que imponía la sanción, o sea, hasta el 21 de mayo de 1995. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, que como lo explica la Resolución núm. 4219 de 7 de julio de 1997, que confirmó la sanción (folio 112 del cuaderno principal), mediante las Resoluciones

núms. 699 y 1883 de 5 de agosto y 21 de octubre de 1993, el Director de la DIAN, “dispuso la suspensión de los términos de caducidad de la acción por infracciones cambiarias para las investigaciones que estuviesen en curso, por un lapso que suman veintinueve (29) días hábiles, ampliándose la competencia temporal para definir de fondo la investigación adelantada en el expediente núm. 15.222 hasta el 6 de julio de 1995, debiendo dentro de este término notificarse dicha providencia a los interesados”. Por lo anterior, si la entidad demandada tenía plazo hasta el 6 de julio de 1995 para expedir el acto sancionatorio, y este se produjo el 30 de junio de 1995 mediante la Resolución núm. 695, y notificado el 4 de julio del mismo año, no existe la caducidad alegada por la actora.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la prescripción de la acción por infracciones cambiarias se citan las sentencias: Consejo de Estado, Sección Primera, del 2 de octubre de 2003, Radicado 1998-00154 (7092), M.P. Camilo Arciniegas Andrade; de 4 de octubre de 2001, Radicado 6701, M.P. Manuel S. Urueta Ayola, 01 de noviembre de 2001, Radicados 6702 y 6283, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero, del 7 de abril de 2011, Radicado 2001-00790, M.P. María Claudia Rojas Lasso, del 09 de junio de 2011, Radicado 2004-00986, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno y del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 25 de julio de 1991, Radicado 1476, Actor. Álvaro Restrepo Jaramillo y de 8 de septiembre de 2000, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

INFRACCION CAMBIARIA – PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - inaplicabilidad / REITERACION JURISPRUDENCIAL – No aplicable en infracciones cambiarias

Explicado lo anterior, debe la Sala pronunciarse sobre la aplicación del principio de favorabilidad, pues la actora insiste en que le era más favorable lo dispuesto en el Decreto Ley 1746 de 1991, que disponía un término de caducidad de dos años. Al respecto, cabe señalar que reiteradamente esta Corporación ha precisado que tal principio no es aplicable en las infracciones cambiarias. En efecto, en la pluricitada sentencia de 2 de octubre de 2003 (Expediente núm. 1998 00154 01 (7092)), la Sala sostuvo: “las infracciones cambiarias no tienen la naturaleza de infracciones penales, razón por la cual no le es aplicable el principio de favorabilidad, se ha reiterado en jurisprudencia del Consejo de Estado en fallos de 26 de junio de 1987 y de 28 de febrero de 1992.”. “En ocasiones anteriores en que la Sala ha examinado este argumento, ha señalado que el principio de favorabilidad no opera en materia cambiaria. Así en sentencia de 16 de agosto de 2001 (C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6262), que reitera para el caso presente, sostuvo: «Sobre este aspecto la Sala reitera el punto de vista precisado en el fallo de 7 de diciembre de 2000 (Expediente 6434, Actores: Efraín de Jesús Vargas y otro, C.P. doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la cual se acogió el criterio de la Sección Cuarta de esta Corporación plasmado en sentencia de 8 de noviembre de 1996, con ponencia de la C.P. doctora Consuelo Sarria Olcos (Expediente 7855), en cuanto a que el principio de favorabilidad, solo tiene aplicación en el ámbito del derecho penal. En efecto, se dijo en la precitada sentencia: «...Frente a la pretendida ilegalidad de los actos acusados por no aplicación de la ley posterior, es del caso recordar que en virtud de expresa disposición contenida en el artículo 29 de la Carta, sólo en materia penal procede la aplicación de la ley posterior al hecho imputado....»

NOTA DE RELATORIA: En relación con el principio de favorabilidad se cita la sentencia: Consejo de Estado, Sección Primera, del 02 de octubre de 2003, Radicado 1998-00154 (7092), M.P. Camilo Arciniegas Andrade

ACCION CAMBIARIA / TIPIFICACION DE LA FALTA – Cuenta corriente bancaria en moneda extranjera. Operación de Mandato a los bancos

Asegura la actora que no estaba clara la tipificación de la falta; que se le sancionó por la apertura de una cuenta corriente bancaria en moneda extranjera; que no se configuró, porque se trataba de una operación de mandato a los bancos para que se cobraran en el exterior los cheques en dólares procedentes de pagos por exportaciones y se hiciera el trámite para el reintegro correspondiente en pesos colombianos. De lo anterior se colige, sin mayor esfuerzo, que contrario a lo afirmado por la actora, las conductas irregulares sí estaban tipificadas y los actos acusados las identificaron o señalaron con claridad; dichas conductas fueron por el manejo de unas cuentas en moneda extranjera al margen de las autorizaciones legales y el ingreso y egreso de divisas que no se sujetaron a las disposiciones de control de cambios, independientemente del nombre que se le quiera dar. Como lo expresó el a quo, los argumentos de la actora pretenden denominar “mandato” a su relación con los bancos, cuando según las pruebas constituye una verdadera cuenta corriente de conformidad con el artículo 1245 del Código de Comercio.

INFRACCION CAMBIARIA / GRADUACION SANCION – Graduación de acuerdo a las circunstancias

En cuanto a la graduación de la sanción, que la actora consideró desproporcionada pero no explicó razones, considera la Sala que por tratarse, precisamente, de conductas distintas, nada impedía que el porcentaje aplicable para efectos de tasar las multas sobre el monto de las divisas manejadas fuera en un caso del 20%, y en otros del 8% y 4% de la infracción cambiaria, los cuales, en todo caso, son notablemente inferiores al tope máximo previsto en el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967, que dispone: “ARTICULO 221. La cuantía de las multas a que se refiere el Artículo anterior será hasta del 200% del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción”.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la prescripción de la acción por infracciones cambiarias se citan las sentencias: Consejo de Estado, Sección Primera, del 2 de octubre de 2003, Radicado 1998-00154 (7092), M.P. Camilo Arciniegas Andrade; de 4 de octubre de 2001, Radicado 6701, M.P. Manuel S. Urueta Ayola, 01 de noviembre de 2001, Radicados 6702 y 6283, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero, Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 25 de julio de 1991, Radicado 1476, Actor. Álvaro Restrepo Jaramillo y de 8 de septiembre de 2000, M.P. Julio Enrique Correa Restrepo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-24-000-1997-10054-01

Actor: COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FABRICATO S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –DIAN-

Referencia: APELACION SENTENCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 30 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

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

1ª. La nulidad de los artículos Tercero, Sexto, Séptimo, Octavo y Noveno de la Resolución núm. 695 de 30 de junio de 1995, proferida por la Jefe de la División de Cambios de la Subdirección de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en cuanto la sancionó por supuestas violaciones al régimen cambiario.

2ª. La nulidad de la Resolución núm. 4219 de 7 de julio de 1997, en lo relacionado con los mencionados artículos, expedida por la Jefe de la División de Análisis y Supervisión y Control de la Subdirección Jurídica de la DIAN, que confirmó el acto anterior.

3ª. Como consecuencia se le declare exenta de pago de la sanción por infracción cambiaria impuesta por las citadas Resoluciones.

4ª. Se condene a la Nación a restituirle las sumas que pruebe haber pagado por concepto de las sanciones referidas, con los ajustes e intereses de Ley.

I.2- La actora señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el 21 de mayo de 1991, se le inició una investigación por parte de la Superintendencia de Control de Cambios, relacionada con operaciones realizadas por o a través de los Bancos de Crédito y Comercio de Colombia (Banco Andino S.A. y Unión Colombiano); que se le formuló pliego de cargos, junto con otras personas naturales y jurídicas, mediante acto de 28 de mayo de 1993, al cual dio respuesta, pero sus descargos no fueron aceptados por la DIAN, entidad que asumió la competencia para investigar y sancionar las infracciones al Régimen de Cambios Internacionales.

Que los temas centrales de la investigación que se le hizo, versan sobre hechos relacionados con cuentas en moneda extranjera: una en el Banco de Crédito y Comercio de Colombia y otra en el Banco Unión Colombiano, entre los años 1988 y 1991; egreso ilegal del país y manejo de una suma de dinero a través de una cuenta corriente en moneda extranjera no autorizada, abierta en un Banco extranjero en Islas Caimán, hasta el 1o. de febrero de 1989; e ingreso ilegal y manejo de una suma de dinero a través de una cuenta en moneda extranjera mantenida y utilizada en la Sucursal de Medellín del Banco de Crédito, hasta el 1º de febrero de 1989. Advirtió que pese a que algunos de los hechos señalados integraban una misma operación, fue sancionada dos veces.

Manifestó que tanto en la respuesta al pliego de cargos, como en el recurso de reposición, negó que hubiese manejado y mantenido cuentas en moneda extranjera después de marzo de 1988 cuando canceló la cuenta, sobre lo cual presentó pruebas suficientes, como el certificado del revisor fiscal y las declaraciones de funcionarios de los respectivos bancos y del encargado del manejo de negocios internacionales de la sociedad.

Que a partir del cierre de la referida cuenta en el exterior, continuó enviando a los mencionados bancos con sede en Colombia, los cheques y divisas que recibía por concepto de exportaciones, para que dichas entidades tramitaran los respectivos reintegros ante el Banco de la República y una vez convertidas en moneda legal colombiana, se depositara en sus cuentas corrientes; que por errores de procedimiento y de concepto por parte de funcionarios de la sociedad, que continuaron utilizando la misma papelería y las mismas expresiones que se empleaban para el manejo de la cuenta corriente en moneda extranjera en el B.C.C.C., y por haber dispuesto tanto éste como el Banco Unión Colombiano, para sus efectos contables internos, clasificar los movimientos bajo el rubro “acreedores varios”, las autoridades interpretaron que había manejado cuentas en moneda extranjera en dichas instituciones bancarias; que las sumas en dólares que se entregaron a los mencionados bancos, se hicieron a título de “mandato” para que verificaran el trámite de los reintegros, puesto que no podía conservarlas, precisamente, para no incurrir en infracciones cambiarias; que, además, no quería mantener cuenta corriente en moneda extranjera, por lo engorroso que le resultaba el control de las autoridades cambiarias.

Señaló que la Superintendencia de Cambios y la DIAN consideraron que el “mandato” que confirió a los bancos para tramitar los reintegros y hacer eventualmente algunos pagos en el exterior por concepto de operaciones de

comercio internacional, implicaba necesariamente la constitución de depósitos regulados por los artículos 32 del Decreto 444 de 1967 y 3° de la Resolución núm. 46 de 1983 de la Junta Monetaria; que una cuenta contable no entraña necesariamente un depósito y reitera que en este caso se trata de un mandato.

Aseveró que probó que los valores en moneda extranjera que se entregaron a los bancos correspondían a operaciones de comercio exterior; que la destinación de los fondos se hizo de acuerdo con las reglas pertinentes y que los reintegros de rigor se verificaron, lo que quiere decir que la infracción cambiaria, de que tratan los actos acusados, es procedimental, pues consiste en haber omitido la autorización previa para celebrar y ejecutar el mandato.

Que los dineros que el acto acusado dice que egresaron ilegalmente a una cuenta no autorizada en el Banco de Crédito – Bank and Trust Company de las Islas Caimán, fueron los que se entregaron a la sucursal de Medellín del B.C.C.C. para que tramitara los correspondientes reintegros; que las autoridades cambiarias no consideraron la posibilidad de que el B.C.C.C. tuviera una cuenta no autorizada en el referido corresponsal en Islas Caimán.

Explicó que por lo anterior, solicitó que se enviara carta rogatoria a las autoridades competentes de las Islas Caimán, para que ordenaran al mencionado banco, certificar sobre la identidad del titular de la cuenta de depósitos a la vista núm. 03080 y demás pormenores, así como para que exhibiera los respectivos documentos de apertura, prueba que fue negada por la DIAN aduciendo improcedencia y extemporaneidad de la solicitud; que en subsidio solicitó que se oficiara en igual sentido a la Oficina de Representación de la entidad bancaria en Colombia, quien manifestó que no tenía esa información.

Que la prueba se solicitó oportunamente en la respuesta al pliego de cargos y en el recurso de reposición, y sí era conducente, por lo que se le violó el debido proceso y el derecho de defensa y de audiencia.

Anotó que como esos dineros ilegales ingresaron al país, las autoridades cambiarias dedujeron que eran los que la sociedad había egresado ilegalmente.

Consideró que además la sanción que se le impuso fue severa, en tanto equivale al 20% de la infracción cambiaria supuestamente comprobada, por valor de US\$ 975'866.596.20, cuando en los demás casos solo se le aplicó el 8% y el 4%; que, además, se estaría presentando una doble sanción, porque también se le condenó por manejo de una cuenta en moneda extranjera en la sucursal de Medellín de la B.C.C.C., por los dineros que supuestamente ingresaron ilegalmente.

Manifestó que reitera lo que solicitó en el recurso de reposición en la vía gubernativa, es decir, la nulidad del procedimiento que sirvió de base para imponer la sanción y la caducidad de la acción cambiaria.

I.3.- Consideró que se violaron los artículos 4°, 13 y 29 de la Constitución Política; 36 del Código Contencioso Administrativo, 3° y 6° y Título II del Decreto 1746 de 1991; 35 de la Ley 9ª de 1991; 32 y 221 del Decreto Ley 444 de 1967; y 3° de la Resolución 46 de 1983 expedida por la Junta Monetaria.

Formuló los siguientes cargos de violación:

- Falta de competencia temporal para expedir los actos acusados, de conformidad con el artículo 6° del Decreto 1746 de 1991, según el cual la Administración disponía de dos años para sancionarla, por lo que la acción caducó, para cada uno de los hechos por los cuales se le sancionó; que la norma aplicable no era el

régimen precedente, como lo considera la entidad demandada, por cuanto el artículo 35 de la Ley 9ª de 1991, que es norma de superior jerarquía, dispuso que el Decreto Ley 444 de 1967 y las normas que lo adicionaron o modificaron, dejarían de regir a más tardar el 17 de enero de 1992, por lo que el procedimiento previsto en el régimen cambiario anterior a la Ley 9ª de 1991, no podía aplicarse en ningún caso con posterioridad a esa fecha; que, además, la figura de la caducidad de la acción cambiaria no es asunto procedimental sino sustantivo; anotó que de acuerdo con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, expuesta en la sentencia C-510 de 3 de septiembre de 1992, el primer ejercicio de las facultades extraordinarias produce el agotamiento de las mismas, de manera que con posterioridad a dicho ejercicio ya no se pueden expedir nuevos decretos con fuerza de Ley sobre las mismas materias, así no haya vencido el límite temporal de las facultades, de lo que concluyó que el Gobierno al expedir el Decreto 2248 de 1991¹, cuyo artículo 1º aplicó la entidad demandada, violó la Constitución Política.

- Violación del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, porque los actos acusados se expedieron en aplicación de un procedimiento que se derogó por el artículo 35 de la Ley 9ª de 1991, como ya lo explicó, por lo que se infringieron además los artículos 4º y 13 de la Constitución Política, y el Título II del Decreto núm. 1746 de 1991, sobre procedimiento administrativo cambiario.

¹ Este Decreto modificó el artículo 27 del Decreto Ley 1746 de 1991; mediante sentencia C-599 de 1992, la Corte Constitucional resolvió ***"Declarar que el artículo 27 del Decreto 1746 de 1991, en cuanto modificado por el Decreto 2248 de 1991, es inexecutable"***. (resalta la Sala)

Que se violó el artículo 13 de la Constitución Política, por cuanto dependiendo de la fecha de apertura de la investigación, a los hechos de la misma naturaleza se aplicarían procedimientos diferentes: el del Decreto 444 de 1967 y la Ley 33 de 1975, o el Decreto 1746 de 1991, más favorable en cuanto a procedimiento y términos de defensa.

- Violación de los artículos 32 del Decreto Ley 444 de 1967, que exigía autorización de la Junta Monetaria para que los residentes en Colombia mantuvieran y utilizaran depósitos u otros fondos en moneda extranjera, pudiendo mantenerse los mismos en establecimientos de crédito que operaran en el país; y 3° de la Resolución núm. 46 de 1983, de la Junta Monetaria, que permitía a la Oficina de Cambios dicha autorización para las actividades de las personas y entidades que menciona; que en la investigación cambiaria la DIAN señaló que quedó probado que tenía cuenta corriente bancaria en los bancos B.C.C.C. y Unión Colombiano, refiriéndose a cuenta en moneda extranjera, sin tener en cuenta que lo que hizo fue entregar unos títulos valores y divisas en efectivo a los mencionados bancos, que no eran depósitos en cuenta corriente, sino que se trataba de un "mandato" en virtud del cual dichas entidades se obligaban a realizar las operaciones pertinentes al cumplimiento del deber legal de reintegro de los fondos al Banco de la República y el depósito del producto del mismo en sus cuentas corrientes en moneda nacional. Luego, la DIAN asimiló el mandato al depósito en cuenta corriente bancaria.

Señaló respecto de la cuenta corriente bancaria en el Banco de Crédito Bank and trust Company de Islas Caimán, que no está probado que la cuenta de depósitos a la vista núm. 03080 se hubiera abierto, mantenido y manejado por la sociedad, luego no se le puede sancionar por este hecho, y que los \$975'866.536.20 que se dice se movieron ilegalmente a través de dicha cuenta, corresponden a cheques

que se enviaron a la sucursal Medellín del B.C.C.C. y se incluyeron dentro de las sumas por las cuales se le sancionó con el 8%, porque supuestamente las manejó en una cuenta al margen de toda autorización legal; que de este modo se le sancionó dos veces por el mismo hecho violando el principio non bis in ídem.

- Violación del derecho de defensa, en lo relacionado con la sanción por \$195'173.319, por el supuesto manejo de \$975'866.596.20 en cuenta corriente en moneda extranjera en el Banco de Crédito Bank and Trust Company en Islas Caimán, por haberse negado la DIAN a ordenar la prueba que oportunamente se le pidió desde la respuesta al pliego de cargos y luego con el memorial de reposición contra la Resolución sancionatoria, prueba que era definitiva para establecer los hechos.

- Violación de los artículos 36 del Código Contencioso Administrativo, 221 del Decreto 444 de 1967 y 3° del Decreto 1746 de 1991, porque los actos que se le endilgan son formales, pues en ninguna parte se le señaló violación sustancial del régimen cambiario, como sería, por ejemplo, la desviación u ocultamiento de ingresos procedentes de exportaciones; que, por lo tanto, las sanciones respectivas deben graduarse en función de la levedad de los hechos y del carácter correctivo que tienen, lo que no ocurrió en este caso, en el que las sanciones sumaron \$739'441.835.00.

I.4- CONTESTACION DE LA DEMANDA.

La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo, al efecto, lo siguiente:

- Que no era aplicable el artículo 6° del Decreto 1746 de 1991, en materia de acción cambiaria, porque el procedimiento especial administrativo que rige para el caso está contenido en los artículos 216 a 225 del Decreto Ley 444 de 1967; que el artículo 27 del Decreto 1746 de 1991, que empezó a regir el 1° de octubre de 1991, señala que los procedimientos administrativos ya iniciados, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a las normas vigentes al momento de su iniciación, siempre y cuando se hubiera proferido acto de apertura de investigación, de acuerdo con la Ley 33 de 1975; que la Superintendencia de Cambios profirió dicho acto el 21 de mayo de 1991.

- En cuanto al cargo de violación al debido proceso, porque según la actora se aplicó un procedimiento que estaba derogado, consideró que no puede prosperar, porque de conformidad con lo dispuesto en los artículos 34 y 35 de la Ley 9ª de 1991, las normas que no requieren desarrollo para su efectividad serán aplicables a las operaciones de cambio que se encuentren en curso; que el artículo 32 dio facultades extraordinarias al Presidente de la República, quien expidió el Decreto - Ley 1746 de 1991, que tiene igual categoría que la Ley, que dispuso sobre los procedimientos administrativos iniciados con el acto de apertura de investigación.

Que el acto acusado se fundamentó en la Ley 33 de 1975 e involucró a todas las personas mencionadas², con el fin de determinar posibles violaciones al Régimen de Cambios Internacionales vigente, es decir, al Decreto Ley 444 de 1967 y demás normas que lo adicionan y complementan.

- En cuanto a la supuesta violación del derecho a la igualdad, consideró que ésta se refiere a la igualdad ante la Ley, y no frente a los hechos, por lo que si el

² El Decreto acusado núm. 0695 de 30 de junio de 1995, impuso sanciones de multa a las sociedades COLPISA MOTRIX S.A, COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGROINDUSTRIAL S.A.-CINSA, y al señor AGUSTÍN RODRIGO URIBE LONDOÑO, por diferentes hechos.

Decreto Ley contempla un tratamiento diferente para las investigaciones ya adelantadas, y las que no, ello no quiere decir que no exista igualdad ante la ley, pues los casos en que ya se había iniciado la investigación se siguieron tramitando conforme a las disposiciones legales vigentes.

- En relación con el cargo de violación de los artículos 32 del Decreto Ley 444 de 1967 y 3° de la Resolución 46 de 1983 de la Junta Monetaria, explicó que a la actora no se le sancionó por el manejo y apertura de cuenta corriente en moneda extranjera, sino por el manejo de una cuenta en moneda extranjera que no reunía los requisitos y no estaba autorizado su manejo por la Oficina de Cambios del Banco de la República; que se probó que la sociedad actora canalizó y manejó fondos por valor de US\$4'031.908.58 sin la autorización de la Oficina de Cambios, y que además mantuvo en su contabilidad las notas crédito expedidas por el Banco de Crédito Bank y Trust Company Cayman Islands, en las que consta el acreditamiento del valor de los cheques citados en la cuenta "Depósitos a la vista" núm. 03-080; que todos los indicios, de los cuales cita algunos, concuerdan y convergen a concluir que la actora envió remesas al mencionado banco, en total 36 cheques para ser consignados en la cuenta 03-080 por medio de la Oficina de Representación y con la colaboración del Banco de Crédito de Colombia.

- Frente al cargo de violación al derecho de defensa, por no haberse practicado una prueba solicitada por el demandante, manifestó que la Administración realizó las visitas de inspección, vigilancia y control a los investigados, en cuyo desarrollo se recaudaron las pruebas que condujeron a concluir que el demandante había violado los artículos 32 del Decreto Ley 444 de 1967 y 3° de la Resolución 46 de 1983, por lo que se notificó el pliego de cargos, cuyo traslado es la única oportunidad en que los presuntos infractores pueden solicitar la práctica de

pruebas, objetar las obtenidas antes de la formulación de cargos, allanarse a ellos y presentar los descargos que consideren pertinentes.

Que al resolver el recurso de reposición, una vez practicadas las pruebas y negadas las inconducentes, dio aplicación al artículo 56 del C.C.A.

- En cuanto a la supuesta violación de los artículos 36 del C.C.A., 221 del Decreto Ley 444 de 1967 y 3° del Decreto 1746 de 1991, consideró que el demandante tan solo se limitó a señalar que las sanciones deberían graduarse en función de la levedad de los hechos y del carácter coercitivo con que el régimen las previó, es decir, las circunstancias objetivas del hecho; que en todo caso las sanciones impuestas corresponden al 20%, 8% y 4% de la infracción cambiaria y en ningún caso se impone la máxima, prevista en el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda y, para ello, razonó, principalmente, de la siguiente manera:

- Falta de competencia temporal. Consideró que este cargo no prospera, porque la norma aplicable no era, como lo afirma la actora, el artículo 6° del Decreto Ley 1746 de 1991, que en efecto establece un término de caducidad de la facultad sancionatoria en materia de infracciones cambiarias de dos años; que en este caso los hechos que dieron origen a la actuación administrativa ocurrieron entre abril de 1988 y abril de 1991, es decir, antes de que entrara en vigencia el mencionado Decreto, el 1° de octubre de 1991; que la norma vigente era el Decreto Ley 444 de 1967, contentivo del régimen de cambios.

Que el artículo 27 del Decreto Ley 1746 de 1991, se ocupó del tema de tránsito de la legislación estipulando que las disposiciones legales vigentes antes de entrar en vigencia ésta nueva norma, continuarían regulando los trámites administrativos ya iniciados, siempre y cuando ya se hubiera proferido acto de apertura de investigación de acuerdo con la Ley 33 de 1975, el cual se notificó a la actora el 11 de junio de 1993.

Que aunque es cierto que la Ley 9ª de 1991 derogó el Decreto Ley 444 de 1967, y esa derogatoria solo produciría efectos a partir del momento en que entraran en vigencia las normas que se expidieran como desarrollo de las “disposiciones generales en ella establecidas”, según el artículo 35 de la Ley, por lo que el Decreto Ley *ídem*, desapareció del mundo jurídico en enero de 1992, cuando ya había sido expedido el Decreto Ley 1746 de 1991.

Que en todo caso, subsistía la Ley 33 de 1975 que no fue derogada por la Ley 9ª de 1991, que era la que mencionaba que el término de caducidad de la facultad sancionatoria en materia de infracciones cambiarias era de cuatro años y que ese término se interrumpía con el auto de apertura de la investigación, para empezar nuevamente a contarse por el mismo término.

- Expedición irregular por violación del debido proceso. Consideró el a quo que éste cargo es el mismo del anterior, pero desde la óptica de violación al debido proceso, por haber aplicado la DIAN el procedimiento de la Ley 33 de 1975 y no el del Decreto Ley 1746 de 1991 que era más benigno. Señaló que si bien hay diferencia en los términos de caducidad, ello no implica discriminación ni atenta contra la igualdad, sino precisión en cuanto a la aplicación de la nueva ley en el tiempo.

- Violación de normas superiores: artículos 32 del Decreto Ley 444 de 1967 y 3° de la Resolución núm. 46 de 1983, expedida por la Junta Monetaria. Consideró el a quo que este cargo no prosperaba, porque la conducta que sancionó la DIAN consistía en mantener o utilizar depósitos u otros fondos en moneda extranjera sin autorización de la autoridad monetaria; que la actora pretende darle a las operaciones comerciales un carácter de mandato, para desvirtuar lo que en realidad es una cuenta corriente, en los términos del artículo 1245 del Código de Comercio.

Señala que existiera o no el mandato alegado por la actora, lo cierto es que se demostró hasta la saciedad que los bancos recibían cheques y otros depósitos en moneda extranjera, cuyo titular último era la sociedad actora, para ser abonados en su cuenta; que tampoco era del caso determinar cuál era el destino final de esos dineros, ya que ello no desvirtúa que de hecho se estuvieran manejando dineros en moneda extranjera sin contar con autorización para ello; que también quedó demostrado en la actuación administrativa, que la sociedad actora consignó por lo menos 30 cheques en moneda extranjera en el Banco de Crédito Bank & Trust Company de Islas Caimán, que en su contabilidad aparecían relacionadas las notas crédito por tal concepto y en sus papeles de comerciante estaba su razón social, sus sellos y sus notas de recibido, luego no puede afirmar que no tenía relación con los cheques o que era un simple intermediario.

- Violación al derecho de defensa. Para el a quo no prospera este cargo, porque el hecho de que el particular haya solicitado una prueba y le haya sido negada, no implica violación de este derecho; que en este caso existían muchos elementos probatorios de tipo documental que demostraban que la sociedad actora mantenía algún tipo de cuenta con el Bank & Trust de Islas Caimán; que es posible que

formalmente la cuenta núm. 0380 no hubiera sido abierta por la actora y que por lo tanto no fuera su titular, pero lo cierto es que las relaciones comerciales eran reales y materialmente constitutivas de un contrato de cuenta corriente.

Anotó que la carta rogatoria que solicitó la actora como prueba, no aportaba nada al proceso, pero que, sin embargo, el Tribunal la decretó, sin que hubiera sido reclamada por la sociedad, para darle el trámite que le correspondía, como era su deber.

- Violación del artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Consideró que la formulación del cargo es vaga e imprecisa, pues la actora señala que la DIAN no le formuló cargos objetivos o sustanciales, sino formales; que el acto de formulación de cargos y posteriormente en los actos acusados, la entidad demandada le endilgó a la actora la comisión de infracciones al régimen cambiario mediante unas conductas muy precisas y detalladas; que contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, la sanción impuesta fue benigna, dado que el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967, establecía como monto máximo de las multas, un 200% del valor de la operación irregular y en este caso los porcentajes fueron apenas del 20%, 8% y 4%, según la infracción.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION.

La parte demandante solicita la revocatoria del fallo, en síntesis, por lo siguiente:

1. Que debió aplicarse el artículo 6° del Decreto 1746 de 1991, en virtud del cual la autoridad cambiaria solo disponía de dos años para sancionarla, porque si bien los hechos ocurrieron con anterioridad a su vigencia, la investigación es posterior a los mismos, por lo que el régimen procedimental aplicable tenía que ser el vigente

al momento de aquella; que desconocer la norma para ampliar los términos de caducidad en detrimento del investigado, resulta violatorio de los principios de equidad y favorabilidad que deben considerarse implícitos en la garantía del debido proceso, consagrado en el artículo 29 Constitucional.

Considera que carece de lógica que para los eventos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de este ordenamiento se aplique un término de caducidad inferior, que para los sucedidos con anterioridad.

Insiste en el hecho de que no se está en presencia de actuaciones iniciadas con anterioridad al nuevo régimen, respecto de las cuales hay cierta lógica en que las formas procedimentales y los términos de caducidad se rijan por la normativa anterior, sino de actuaciones que tuvieron inicio bajo el nuevo régimen y al cual deben someterse, en razón del debido proceso.

2. Insiste en las consideraciones de fondo de la demanda, en el sentido de que en sus relaciones con el Banco de Crédito y Comercio S.A., luego Banco Andino S.A., no se configuró la apertura de cuenta corriente bancaria en moneda extranjera, sino una operación de “mandato” para que el Banco cobrara en el exterior los cheques en dólares procedentes de pagos por exportaciones e hiciera el trámite para el reintegro correspondiente en pesos colombianos.

3. Señala que respecto de la supuesta cuenta en Islas Caimán, no obra prueba alguna en el expediente de que estuviese abierta a su nombre y bajo su manejo; que la carga de la prueba correspondía a la entidad investigadora y no a la actora.

IV. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, en la oportunidad procesal de alegatos de conclusión, guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Mediante la Resolución núm. 695 de 1995, confirmada por la núm. 4219 de 7 de julio de 1997, la DIAN sancionó a la actora con multa por infracción cambiaria, por los siguientes hechos:

- Manejo de la suma de US\$4'031.908.98, a través de una cuenta en moneda extranjera manejada y mantenida en la Sucursal Medellín del Banco de Crédito Comercio de Colombia B.C.C.C., en ese momento Banco Andino S.A., entre abril 5 de 1988 y 15 de febrero de 1989.

- Egreso ilegal del país y manejo de la suma de US\$1'567.490.41, a través de una cuenta en moneda extranjera no autorizada, abierta en el Banco de Crédito – Bank and Trust Company de Islas Caimán, hasta el 1° de febrero de 1989.

- Ingreso ilegal y manejo de la suma de US\$1.343.418.66 a través de una cuenta en moneda extranjera mantenida y utilizada en la sucursal de Medellín del Banco de Crédito, hasta el 1° de febrero de 1989.

- Manejo de US\$23'575.307,69, a través de una cuenta en moneda extranjera mantenida en la sucursal Medellín del Banco Unión Colombiano, entre el 14 de febrero de 1989 y el 29 de abril de 1991.

La investigación fue iniciada por la Superintendencia de Control de Cambios el 21 de mayo de 1991. Formuló pliego de cargos el 28 de mayo de 1993; la DIAN, a

quien se le trasladó la competencia que antes tenía la Superintendencia para investigar y sancionar las infracciones al régimen de cambios internacionales³, no aceptó los descargos y profirió los actos acusados.

La parte resolutive acusada parcialmente de la Resolución núm. 695 de 30 de junio de 1995, confirmada mediante la núm. 4219 de 7 de julio de 1997, dispuso:

“ARTÍCULO TERCERO: Negar por ser innecesaria e inconducente, la prueba solicitada consistente en cursar oficio al Banco de la República, según se resumió en el literal c) del numeral 3.2 de la presente Resolución, así como la prueba de declaración juramentada de la señora Luz Helena de Hurtado y la inspección ocular pedida por el apoderado de la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGROINDUSTRIAL S.A.⁴ – CINSA., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

*ARTÍCULO SEXTO: Imponer a la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGROINDUSTRIAL S.A. – CINSA, hoy denominada COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FABRICATO S.A. – CINSA, ... una multa a favor del Tesoro Nacional por la suma de \$98'121.187,00, ... equivalente al 8% de la infracción cambiaria comprobada a dicha sociedad que asciende a \$1.226'514.848,73 ... por la violación del artículo 32 del Decreto Ley 444 de 1967, en concordancia con el artículo 3° de la Resolución 46 de 1983 de la Junta Monetaria, en relación con el **manejo de la suma de US\$4'031.908,58, a través de una cuenta en moneda extranjera** manejada y mantenida en la Sucursal Medellín del BANCO DE CRÉDITO Y COMERCIO DE COLOMBIA – B.C.C.C., hoy BANCO ANDINO S.A., **al margen de toda autorización legal**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución. (resalta la Sala)*

*ARTÍCULO SÉPTIMO: ARTÍCULO SEXTO: Imponer a la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGROINDUSTRIAL S.A. – CINSA., hoy denominada COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FABRICATO S.A. – CINSA., ... una multa a favor del Tesoro Nacional por la suma de ... \$195'173.319,00 ... equivalente al 20% de la infracción cambiaria comprobada a dicha sociedad que asciende a ... 975'866.596,20, por la violación de los artículos 32 y 246 del decreto Ley 444 de 1967, en concordancia con el artículo 3° de la Resolución 46 de 1983 de la Junta Monetaria, en relación con el **egreso ilegal del país y el manejo de la suma de US\$1'567.490,41, a través de una cuenta en moneda extranjera no autorizada**, abierta en el BANCO DE CRÉDITO – BANK & TRUST COMPANY de las Islas Caiman, así como por el **ingreso ilegal y el manejo de la suma de US\$1'343.418,66, a través de una cuenta en moneda extranjera mantenida y utilizada en la Sucursal en Medellín del BANCO DE CRÉDITO al margen de toda autorización legal**, de*

³ Decretos núm. 2116 de 1992, 2117 de 1993 y 1271 de 1993.

⁴ Hoy, COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FABRICATO S.A. - CINSA

conformidad con las razones consignadas en la parte motiva de la presente Resolución. (resalta la Sala)

*ARTÍCULO OCTAVO: Imponer a la sociedad COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL AGROINDUSTRIAL S.A. – CINSA., hoy denominada COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL FABRICATO S.A. – CINSA., una multa a favor del Tesoro Nacional por la suma de \$446'147.329,00, equivalente al 4% de la infracción cambiaria comprobada a dicha sociedad que asciende a \$11.153'683, 243,74 por la violación de los artículos 32 y 246 del Decreto Ley 444 de 1967, en concordancia con el artículo 3° de la Resolución 46 de 1983 de la Junta Monetaria, en relación con el manejo de la suma de US\$23'575.307,69, **a través de una cuenta en moneda extranjera** manejada y mantenida **al margen de toda autorización legal** en la Sucursal Medellín del BANCO UNIÓN COLOMBIANO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución. (resalta la Sala)*

ARTÍCULO NOVENO: Si las multas a las que se refieren los artículos anteriores no fueren canceladas dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta Resolución, o dentro de los cinco (5) días siguientes a la Resolución que resuelva el (los) recurso (s) de reposición, en caso de ser interpuesto (s) y resuelto (s) en forma desfavorable, se ordenará su cobro coactivo de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Se previene a las personas sancionadas para que una vez sean canceladas las multas respectivas, acrediten este hecho ante esta División de cambios de la Subdirección de Fiscalización, mediante la presentación del recibo oficial de pago en bancos correspondiente, conforme a lo dispuesto por la Circular N° 0171 de noviembre 11 de 1994, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, DIAN”.

La inconformidad con la sentencia apelada, se centra en que denegó las pretensiones, pese a que, según la actora la acción cambiaria había caducado, porque el procedimiento que debió seguirse fue el consagrado en el Decreto Ley 1741 de 1991; no estaba clara la tipificación de la falta; se le sancionó dos veces por el mismo hecho; se le sancionó sin prueba de que tenía una cuenta en el exterior; y la sanción fue desproporcionada.

Por lo anterior, la Sala examinará cada uno de los motivos de inconformidad con la sentencia apelada.

- Debe primero la Sala determinar si el procedimiento sancionatorio que en este caso culminó con la expedición de los actos acusados se regía por el Decreto 444

de 1967 y la Ley 33 de 1975 o por el Decreto Ley 1746 de 1991, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 32 de la Ley 9ª de 1991.

El artículo 35 de la Ley 9ª de 1991 señaló:

*“Vigencia.- La presente Ley rige desde la fecha de su publicación y deroga parcialmente la Ley 6ª de 1967 y el Decreto Extraordinario 444 de 1967 así como las disposiciones que lo modifican, adicionan o reforman, los artículos 1º a 5º y 7º a 10 de la Ley 74 de 1989, el artículo 19 de la Ley 25 de 1923, y todas las disposiciones que le sean contrarias. **No obstante, sus efectos derogatorios solamente se producirán a medida que entren en vigencia las normas que se expidan en desarrollo de las disposiciones generales en ellas establecidas, y en todo caso, se producirán a más tardar un año contado a partir de la publicación**”.* (resalta la Sala)

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 32 de la Ley 9ª de 1991, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1746 de 1991, que empezó a regir el 1º de octubre del mismo año, *“Por medio del cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Cambios”*, cuyo artículo 27 dispuso:

*“Artículo 27 .**Los procedimientos administrativos ya iniciados a la fecha en que entre a regir el presente decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a las disposiciones legales vigentes al momento de su iniciación, siempre y cuando se hubiere proferido acto de apertura de investigación, de acuerdo con la Ley 33 de 1975**”.* (resalta la Sala)

Como quiera que en este caso el auto de apertura de la investigación se profirió el 21 de mayo de 1991, con fundamento en la Ley 33 de 1975, para determinar posibles violaciones al régimen de cambios internacionales vigente (Decreto 444 de 1967), se colige que la actuación administrativa debía regirse por las disposiciones del Decreto Ley 444 de 1967, comoquiera que el procedimiento

administrativo ya se había iniciado al entrar a regir el Decreto 1746 de 1o. de octubre de 1991.

En cuanto a la caducidad de la acción cambiaria que alega la actora, se tiene que al tiempo de proferirse el auto de apertura de investigación, los artículos 1º y 2º de la Ley 33 de 1975, regulaban la prescripción de la acción por infracciones cambiarias, en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- La acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribirá en cuatro (4) años, y la sanción en ocho (8).

Artículo 2º.- La prescripción de la acción contravencional al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se interrumpirá por el auto de apertura de investigación, y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción”.

Los hechos materia de investigación ocurrieron en diferentes fechas: en el caso del manejo de cuentas en moneda extranjera en los Bancos B.C.C.C. y Unión Colombiano, el 15 de febrero de 1989 y el 29 de abril de 1991, respectivamente. En el caso del ingreso y egreso ilegal de dinero a través de cuentas en moneda extranjera no autorizada, el 1º de febrero de 1989; en todos los casos se trata de una infracción continuada, realizada antes del 1º de octubre de 1991, cuando entró en vigencia el Decreto Ley 1741 de 1991, en la cual el término de caducidad debe contarse a partir del último acto constitutivo de la infracción.

Como ya se dijo, la Administración dictó el acto de apertura de investigación el 21 de mayo de 1991, luego no habían transcurrido cuatro años desde que se cometieron las presuntas conductas irregulares. A partir de esta fecha la Administración tenía cuatro años para proferir la Resolución que imponía la sanción, o sea, hasta el 21 de mayo de 1995. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, que como lo explica la Resolución núm. 4219 de 7 de julio de 1997, que

confirmó la sanción (folio 112 del cuaderno principal), mediante las Resoluciones núms. 699 y 1883 de 5 de agosto y 21 de octubre de 1993, el Director de la DIAN, *“dispuso la suspensión de los términos de caducidad de la acción por infracciones cambiarias para las investigaciones que estuviesen en curso, por un lapso que suman veintinueve (29) días hábiles, ampliándose la competencia temporal para definir de fondo la investigación adelantada en el expediente núm. 15.222 hasta el 6 de julio de 1995, debiendo dentro de este término notificarse dicha providencia a los interesados”*.

En relación con la prescripción de la acción por infracciones cambiarias, en sentencia de 2 de octubre de 2003, expediente 1998 00154 01 (7092), que decidió sobre la demanda interpuesta por los otros sancionados mediante los mismos actos aquí acusados⁵, Consejero Ponente Doctor Camilo Arciniegas Andrade, la Sala señaló que el Consejo de Estado ha sostenido tres tesis, así: la primera⁶; que para efectos de computar tal término, basta con que se profiera el acto sancionatorio dentro del término de prescripción legalmente señalado; la segunda,⁷ que el acto sancionatorio debe expedirse y, además, notificarse dentro

⁵ Esta sentencia resolvió una apelación interpuesta por la DIAN, contra la sentencia de 23 de agosto de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que había accedido a las pretensiones de la demanda interpuesta por otra sociedad que fue sancionada por infracciones al régimen cambiario, mediante las mismas Resoluciones que sancionaron a la actora en este caso, es decir las núms. 0695 de 30 de junio de 1995 y la que la confirmó 4219 de 1997. Sin embargo, las conductas irregulares y las sanciones fueron diferentes y no guardan relación. La mencionada sentencia proferida por esta Sección, resolvió **“REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar, DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda”**.

⁶ Sentencia de 25 de julio de 1991 (Expediente núm. 1476, Actor: Alvaro Restrepo Jaramillo).

⁷ Sentencia de 8 de septiembre de 2000, Actores: Inmobiliaria el Rosal y Otros, Consejero Ponente doctor Julio Enrique Correa Restrepo.

de dicho término; y la tercera⁸, que dentro de dicho término debe proferirse el acto inicial definitivo y, además, quedar ejecutoriado el que agota la vía gubernativa.

Sobre el particular la sentencia señaló:

“La denominada «acción por infracciones cambiarias» es, en rigor, una actuación administrativa, que pone fin a la «decisión» a que se alude en el inciso primero del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, también denominada «acto definitivo» en el inciso final del artículo 50 y en el inciso segundo del artículo 138 ibídem. No puede confundirse, entonces, el acto definitivo (el que pone término a una actuación) con el acto por el cual se decide un recurso de la vía gubernativa. Este obvio contraste se aprecia en la norma últimamente citada, cuyo tenor es como sigue:

«Art. 138....

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fuere revocado, sólo procede demandar la última decisión.»

De ahí que, con razón, en sentencia de 8 de septiembre de 2000⁹, la Sección Cuarta de esta Corporación sostuviera:

«... Esta tesis intermedia, que considera válido el ejercicio de la acción contravencional con la expedición y notificación del acto principal, esto es el que impone la sanción, es la vigente; ha sido avalada y ratificada por la jurisdicción y permanecido inmodificable desde las sentencias del 24 de marzo de 1994, expedientes números 5044... tesis mayoritaria que ha venido sosteniendo esta Sección desde tiempo atrás, que hoy se reitera y que vino a ser confirmada con el Decreto 1746 de 1991, que desligó del término de prescripción de la acción lo atinente al recurso gubernativo y el acto correspondiente que lo decide ...”.

La anterior posición, en el sentido de que se considera válido para efectos de que no opere la caducidad de la acción sancionatoria de la Administración, la expedición y notificación del acto principal, ha sido sostenida por esta Corporación en recientes pronunciamientos.

⁸ Sentencias de 4 de octubre de 2001, exp. 6701, actor: Bernardo Gamboa Vargas, Consejero Ponente: Dr. Manuel S. Urueta Ayola, y de 1º de noviembre de 2001, exps. 6702 y 6283, actores: Viamédica Ltda. y Editorial La Oveja Negra Ltda., respectivamente, Consejera Ponente: Dra. Olga Inés Navarrete Barrero.

⁹ Expediente 25000-23-24-000-1995-5976-02-10056, Actores: Inmobiliaria El Rosal S.A. y otros, C.P. doctor Julio Enrique Correa Restrepo.

Es así como mediante sentencia de 7 de abril de 2011 (Expediente núm. 2001-00790, Consejera ponente doctora María Claudia Rojas Lasso), expresó la Sala:

“Ante las diferentes posiciones e interpretaciones que se le ha dado al tema de la prescripción de la acción sancionatoria, acerca de cuándo debe entenderse “impuesta la sanción”, la Sala Plena de esta Corporación con el fin de unificar jurisprudencia sostuvo mediante sentencia de 29 de septiembre de 2009 , que “la sanción se impone de manera oportuna si dentro del término asignado para ejercer esta potestad, se expide y se notifica el acto que concluye la actuación administrativa sancionatoria, que es el acto principal o primigenio y no el que resuelve los recursos de la vía gubernativa”. (Negrilla fuera de texto) (subraya la Sala).

Asimismo sostuvo que “los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado.

Mediante sentencia de 9 de junio de 2011 (Expediente núm. 2004-00986¹⁰, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), la Sala señaló:

“Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.

Por su parte, los actos que resuelven los recursos interpuestos en vía gubernativa contra el acto sancionatorio principal no pueden ser considerados como los que imponen la sanción porque corresponden a una etapa posterior cuyo propósito no es ya emitir el pronunciamiento que éste incluye la actuación sino permitir a la administración que éste sea revisado a instancias del administrado. Así, la existencia de esta segunda etapa denominada “vía

¹⁰ Esta posición fue reiterada mediante sentencia de la Sección Primera, de 23 de febrero de 2012, expediente núm. 2004 00344, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González, relacionada con una sanción pecuniaria que impuso la Superintendencia de servicios Públicos Domiciliarios.

gubernativa" queda al arbitrio del administrado que es quien decide si ejercita o no los recursos que legalmente procedan contra el acto.

La actuación administrativa y la vía gubernativa son dos figuras autónomas y regidas por procedimientos propios. La primera, culmina cuando la administración, luego de tramitarla, define la investigación y expide el acto que impone la sanción. La segunda se erige en un medio de defensa del administrado afectado con la decisión sancionatoria en su contra, que se concreta en el ejercicio de los recursos propios de la vía gubernativa, dispuestos para controvertir la decisión primigenia, es decir, se trata de una nueva etapa respecto de una decisión ya tomada.

Afirmar que la administración, además de estar en el deber de decidir y de notificar dentro del término de cinco años a partir del acto constitutivo de la falta la actuación administrativa sancionatoria también está obligada dentro de ese lapso a resolver los recursos de la vía gubernativa e incluso a notificar el acto que resuelve el último recurso, es agregarle a la norma que consagra el término para ejercer la potestad sancionatoria disciplinaria una exigencia que no contempla y permite, finalmente, dejar en manos del investigado, a su arbitrio, la determinación de cuándo se "impone" la sanción, porque en muchas ocasiones es del administrado de quien dependen las incidencias del trámite de notificación de las providencias".

Por lo anterior, si la entidad demandada tenía plazo hasta el 6 de julio de 1995 para expedir el acto sancionatorio, y este se produjo el 30 de junio de 1995 mediante la Resolución núm. 695, y notificado el 4 de julio del mismo año, no existe la caducidad alegada por la actora.

Explicado lo anterior, debe la Sala pronunciarse sobre la aplicación del principio de favorabilidad, pues la actora insiste en que le era más favorable lo dispuesto en el Decreto Ley 1746 de 1991, que disponía un término de caducidad de dos años.

Al respecto, cabe señalar que reiteradamente esta Corporación ha precisado que tal principio no es aplicable en las infracciones cambiarias. En efecto, en la pluricitada sentencia de 2 de octubre de 2003 (Expediente núm. 1998 00154 01 (7092)), la Sala sostuvo:

"las infracciones cambiarias no tienen la naturaleza de infracciones penales, razón por la cual no le es aplicable el principio de

favorabilidad, se ha reiterado en jurisprudencia del Consejo de Estado en fallos de 26 de junio de 1987 y de 28 de febrero de 1992.”.

... .

“En ocasiones anteriores en que la Sala ha examinado este argumento, ha señalado que el principio de favorabilidad no opera en materia cambiaria. Así en sentencia de 16 de agosto de 2001 (C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Radicación 6262), que reitera para el caso presente, sostuvo:

«Sobre este aspecto la Sala reitera el punto de vista precisado en el fallo de 7 de diciembre de 2000 (Expediente 6434, Actores: Efraín de Jesús Vargas y otro, C.P. doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la cual se acogió el criterio de la Sección Cuarta de esta Corporación plasmado en sentencia de 8 de noviembre de 1996, con ponencia de la C.P. doctora Consuelo Sarria Olcos (Expediente 7855), en cuanto a que el principio de favorabilidad, solo tiene aplicación en el ámbito del derecho penal.

En efecto, se dijo en la precitada sentencia:

«...Frente a la pretendida ilegalidad de los actos acusados por no aplicación de la ley posterior, es del caso recordar que en virtud de expresa disposición contenida en el artículo 29 de la Carta, sólo en materia penal procede la aplicación de la ley posterior al hecho imputado....»

... En sentencia de 8 de noviembre de la Sección Cuarta de esta Corporación, con ponencia de la doctora Consuelo Sarria Olcos, sobre el particular se dejó por sentado que:

‘el principio de favorabilidad es invocado y se afirma que fue desconocido por los actos acusados, configurándose así la violación del artículo 43 de la Ley 153 de 1887. A este respecto, en la sentencia ya citada del 26 de junio de 1987, la Sala dijo, en términos que ahora se reitera:

No puede confundirse el llamado principio de favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga, con los que regulan la vigencia de la ley en el tiempo.

En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque estas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores, porque no se trata de normas de índole penal...»

«Cabe agregar que si bien es cierto que por mandato constitucional (artículo 29), el debido proceso se predica tanto de las actuaciones judiciales, como de las administrativas, no lo es menos que la Carta en dicho precepto superior, en lo que respecta al principio de la favorabilidad, y en los siguientes (30, 31 y 32), se está refiriendo a la materia penal judicial, pues

solo en ella existe un “condenado” o persona a quien se le priva de la libertad. De tal manera que el mencionado principio, que se entiende como una excepción al principio de legalidad, conforme al cual el juzgamiento debe hacerse a la luz de normas preexistentes al acto que se imputa, está circunscrito solo a dicho ámbito; y encuentra una justificación en el hecho de que en materia penal lo que está involucrado es la libertad personal, bien jurídico este que prevalece sobre los bienes patrimoniales.»

No teniendo aplicación en materia cambiaria el principio de favorabilidad, como quiera que la Constitución Política lo circunscribe a la materia penal judicial, según el análisis precedente, es fuerza concluir que este cargo también carece de fundamento”.

En conclusión, como lo consideró el a quo, en el presente caso no operó la caducidad de la acción cambiaria, por lo tanto es del caso analizar los otros motivos de inconformidad planteados frente a la sentencia apelada.

- Asegura la actora que no estaba clara la tipificación de la falta; que se le sancionó por la apertura de una cuenta corriente bancaria en moneda extranjera; que no se configuró, porque se trataba de una operación de mandato a los bancos para que se cobraran en el exterior los cheques en dólares procedentes de pagos por exportaciones y se hiciera el trámite para el reintegro correspondiente en pesos colombianos.

Al respecto, se tiene que cada una de las sanciones se impuso con claridad **por el manejo de unas cuentas en moneda extranjera al margen de las autorizaciones legales**. Fue reiterada la respuesta de la DIAN, tanto en las Resoluciones acusadas, como en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión de esta instancia, en el sentido de que el cargo no se fundó en el incumplimiento de la obligación de reintegro de las divisas recibidas por concepto de sus exportaciones o en la existencia de dichas exportaciones, sino en el hecho de haber remitido gran cantidad de cheques en moneda extranjera a los bancos B.C.C.C., Unión Colombiano y Bank & Trust Company para su cobro, por lo que

utilizó cuentas o fondos en moneda extranjera en entidades financieras domiciliadas en Colombia o en el exterior, sin que tal manejo estuviera autorizado por parte de la Oficina de Cambios del Banco de la República, quien por lo tanto no podía controlar el manejo de dichas cuentas con desmedro del Régimen de Cambios vigente para la época de los hechos.

Las normas que por los actos acusados se consideraron violadas, fueron los artículos 32 y 246 del Decreto 444 de 1967, en concordancia con el artículo 3° de la Resolución núm. 46 de 1983 de la Junta Monetaria, a cuyo tenor:

“ARTICULO 32. No obstante lo dispuesto en el Artículo anterior¹¹, la Junta Monetaria podrá autorizar que personas naturales o jurídicas residentes en Colombia mantengan y utilicen depósitos u otros fondos en moneda extranjera cuando ello fuere necesario para el normal desarrollo de determinadas actividades económicas o cuando se tratare de personas que residiendo transitoriamente en el país, deban hacer gastos en el exterior.

Estos depósitos podrán mantenerse en establecimientos de crédito que operen en Colombia y estarán sujetos al encaje que determine la mencionada junta”. (resalta la Sala)

“ARTICULO 246. Para efectos del presente estatuto se considerarán operaciones de cambio exterior no solamente aquellas que implican ingresos o egresos de divisas, sino también las entradas al país y las salidas de éste de moneda legal colombiana.

En consecuencia, dichas entradas o salidas están sujetas a las disposiciones sobre control de cambios y solamente podrán efectuarse en la forma y en los casos que autorice la Junta Monetaria mediante resoluciones de carácter general.

¹¹ **ARTICULO 31.** Las divisas correspondientes a depósitos en moneda extranjera constituidos en establecimientos de crédito del país o en el exterior con anterioridad al Decreto 2867 de 1966 por personas naturales o jurídicas residentes en Colombia, deberán venderse al Banco de la República a la tasa del mercado de capitales o invertirse en los bonos de que trata el Artículo 251 dentro de los plazos que señale la Junta Monetaria teniendo en cuenta, entre otras consideraciones la naturaleza de las distintas clases de depósitos. Salvo las excepciones que establezca la Junta Monetaria, también deberán venderse al Banco de la República o invertirse en los mencionados bonos las divisas que resulten de la venta o liquidación de acciones, bonos, participaciones en fondos de inversión y en general de toda clase de valores denominados en moneda extranjera y los provenientes de la enajenación de otros bienes muebles o inmuebles que tengan en el exterior los residentes en Colombia. A fin de asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, los bienes a que él se refiere, al igual que toda transferencia o enajenación de los mismos deberán registrarse en la Oficina de Cambios cuando ello no se hubiere hecho en desarrollo del Decreto 2867 de 1966, dentro de los plazos y en la forma que dicha oficina determine.

La violación de las normas de este Artículo se sancionará por la prefectura de control de cambios con las penas previstas en este estatuto para el caso de infracción a las disposiciones sobre control de cambios”.

“CUENTAS CORRIENTES DE OTRAS PERSONAS O ENTIDADES

Artículo 3º. De conformidad con lo señalado en los artículos 32 y 94 del Decreto Ley 444 de 1967, la Oficina de Cambios podrá autorizar cuentas corrientes en moneda extranjera para el normal desarrollo de las actividades de las personas y entidades que se señalan a continuación:

a) Empresas exportadoras o promotoras de exportación.”

De lo anterior se colige, sin mayor esfuerzo, que contrario a lo afirmado por la actora, las conductas irregulares sí estaban tipificadas y los actos acusados las identificaron o señalaron con claridad; dichas conductas fueron **por el manejo de unas cuentas en moneda extranjera al margen de las autorizaciones legales y el ingreso y egreso de divisas que no se sujetaron a las disposiciones de control de cambios**, independientemente del nombre que se le quiera dar. Como lo expresó el a quo, los argumentos de la actora pretenden denominar “mandato” a su relación con los bancos, cuando según las pruebas constituye una verdadera cuenta corriente de conformidad con el artículo 1245 del Código de Comercio.

Es de tener en cuenta, que en esta instancia las pruebas presentadas por la DIAN para demostrar que la actora mantenía y manejaba cuentas en los mencionados bancos, y que ingresó y egresó divisas, no fueron controvertidas ni desvirtuadas, por la actora, en razón a que sus razones siempre se dirigieron a sostener que se trataba de un mandato.

- Por lo anterior, tampoco puede alegar la actora que se le sancionó dos veces por el mismo hecho, pues una conducta fue el haber **egresado e ingresado divisas** de manera ilegal, por lo cual se le sancionó según lo dispuesto en el artículo séptimo del acto acusado y otra, por el **manejo de cuentas en moneda**

extranjera en los bancos B.C.C.C. y Unión Colombiano, sin autorización legal, por lo que se le sancionó, respectivamente, según lo dispuesto en el anterior artículo y en los artículos sexto y octavo *ídem*.

- Alega la actora, que se le sancionó sin prueba de que tenía una cuenta corriente en el Bank & Trust Company, por lo que se violó el debido proceso. Sobre el particular, cabe advertir que como bien lo señaló el a quo, es posible que "*formalmente*" la cuenta núm. 0380 no hubiera sido abierta por la sociedad actora y, por tanto, no fuera su titular, pero lo cierto es que las pruebas demostraron que existían relaciones comerciales que "*materialmente*" constituían un contrato de cuenta corriente.

Ahora, se reitera, en esta instancia la actora no controvertió ni mucho menos desvirtuó las pruebas que la DIAN presentó para demostrar que en efecto sí tenía relaciones con dicho banco, que implicaban, independientemente del nombre que se le quisiera dar, el manejo de cheques con las instrucciones de ser consignados en la mencionada cuenta, corroborado con cartas, notas crédito y el envío de los cheques.

Además, pese a que el Tribunal decretó la prueba solicitada, aún convencido de que era impertinente, la actora no le dio el trámite a la carta rogatoria (folio 295 y siguientes), como era su deber, luego no demostró ningún interés en su práctica.

- En cuanto a la graduación de la sanción, que la actora consideró desproporcionada pero no explicó razones, considera la Sala que por tratarse, precisamente, de conductas distintas, nada impedía que el porcentaje aplicable para efectos de tasar las multas sobre el monto de las divisas manejadas fuera en un caso del 20%, y en otros del 8% y 4% de la infracción cambiaria, los cuales, en

todo caso, son notablemente inferiores al tope máximo previsto en el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967, que dispone:

“ARTICULO 221. La cuantía de las multas a que se refiere el Artículo anterior será hasta del 200% del monto de la operación comprobada, y se graduará de acuerdo con las circunstancias dentro de las cuales fue cometida la infracción”.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia apelada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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:

CONFÍRMASE la sentencia de 30 de noviembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que denegó las pretensiones de la demanda.

TIÉNESE al doctor **YUMER YOEL AGUILAR VARGAS**, como apoderado de la **Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-**, de conformidad con el poder visible a folio 24 del cuaderno núm. 2.

TIÉNESE a la doctora **MARÍA PAULINA VALENCIA MÚNERA**, como apoderada de la parte actora, de conformidad con el poder visible a folio 11 del cuaderno núm. 2

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 10 de octubre de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO