

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente (E): **HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil ocho (2008)

REFERENCIA: 11001-03-27-000-2005-00030-00(15510)

ACTOR: **ALVARO EDGAR HERNANDEZ CONDE**

Acción pública de nulidad contra el artículo 1[a] de la Resolución 01483 de 2003 proferida por la DIAN
FALLO

Se decide la demanda de nulidad presentada por ALVARO EDGAR HERNÁNDEZ CONDE contra el literal a) del artículo 1 de la Resolución 01483 de 3 de marzo de 2003 expedida por el Director General de la DIAN que señala: *“Quienes ya cuenten con el requisito de registro ante la Cámara de Comercio, dentro de los (10) días hábiles siguientes a la publicación de la presente resolución”*.

EL ACTO ACUSADO

La demanda recae sobre la parte subrayada del literal a) del artículo 1 de la Resolución 01483 de 2003, cuyo texto es el siguiente:

**“RESOLUCIÓN NÚMERO 01483
03 DE MARZO 2003**

Por medio de la cual se indican las condiciones términos, plazos y formatos para al entrega de la información relacionada con las operaciones de cambio, de que trata la Resolución Externa 1 de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República

**EL DIRECTOR GENERAL DE LA UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

En uso de las facultades legales y, en especial las consagradas en los artículos 8 literal e) del Decreto Ley 1092 de 1996, artículo 19 literales a), i) y m) del Decreto 1071 de 1999

RESUELVE:

“Artículo 1º. Información a suministrar, plazos y condiciones para su entrega. Los residentes en el país que se dediquen de manera profesional a la compra y venta de divisas, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución Externa No 1 del 14 de febrero de 2003, de la Junta Directiva del Banco de la República, deberán presentar ante la DIAN, copia del certificado del registro mercantil.

El certificado del registro mercantil deberá presentarse ante la subdirección de Control Cambiario o dependencia que haga sus veces, en los siguientes términos:

a) Quienes ya cuenten con el requisito de registro ante la Cámara de Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la presente resolución.

b) Quienes inicien esta actividad con posterioridad a la publicación de la presente resolución, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de inscripción ante la respectiva Cámara de Comercio.

Parágrafo. *Toda modificación o cancelación al registro mercantil deberá ser informada y presentada a la Subdirección de Control Cambiario de la DIAN o dependencia que haga sus veces dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se efectuaron.*

Artículo 2. Formulario para informar la entrada o salida de divisas y moneda legal colombiana en efectivo o títulos representativos de las mismas [...]”.

LA DEMANDA

El artículo 75 de la Resolución Externa N° 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (Estatuto Cambiario) establece que cualquier persona residente en el país podrá comprar y vender divisas de manera profesional, para lo cual debe previamente inscribirse en el registro

mercantil, e impuso la obligación de suministrar la información a las autoridades competentes sobre las operaciones que en desarrollo de dicha actividad realicen los residentes en Colombia para hacer seguimiento y prevenir actividades delictivas y lavado de activos. Este artículo fue modificado por la Resolución 1 [6] de 14 de febrero de 2003 de la Junta Directiva de Banco de la República y estableció la obligación de enviar la información a la DIAN, una vez inscrito en el registro mercantil como comprador y vendedor de divisas. Además, estableció la imposibilidad de negociar cheques o títulos en divisas, pago de giros, remesas internacionales y ningún servicio de canalización a través del mercado cambiario a favor de terceros.

El 3 de marzo la DIAN publicó la Resolución N° 01483 (publicada en el Diario Oficial 45.118 de 6 de marzo de 2003) y en su artículo 1 determinó la información requerida, los plazos y condiciones para la entrega de la información de los residentes que realicen la actividad profesional de compra y venta de divisas¹.

El demandante invocó como normas violadas los artículos 6, 29 y 209 de la Constitución Política; 8[e] del Decreto Ley 1092 de 1996; 84 del Código Contencioso Administrativo y 75 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (Modificado por el 6 de la Resolución Externa 1 de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República). El concepto de violación lo desarrolló así:

1. Violación del artículo 29 de la Constitución Política

¹ La Resolución Externa 5 [4] de 15 de agosto de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República, modificó la Resolución Externa 8 [75] de 2000, pero dejó intacta la obligación de informar a la DIAN y adicionó otras obligaciones a los residentes que se dediquen a la compra y venta profesional de divisas.

La Resolución Externa 1[6] de 14 de febrero de 2003 consagra una obligación formal y de registro que debe ser reglamentada por la DIAN, pero que no se puede confundir con la obligación de informar las operaciones realizadas en el giro ordinario de la actividad mercantil de compra y venta profesional de divisas, como lo hace el acto acusado.

Además, el literal demandado impone de manera retroactiva la obligación, a los que ya han cumplido con anterioridad al acto administrativo, de entregar la copia del registro mercantil dentro de los 10 días siguientes a su publicación, es decir, las personas que se inscribieron en el registro mercantil antes o partir del año 2000 y hasta 2003 no estaban obligados a enviar la copia del registro, a lo cual obliga la norma demandada en un corto tiempo, so pena de verse incurso en una falta administrativa.

2) Violación de los artículos 6 y 209 de la Constitución Política, 8[e] del Decreto Ley 1092 de 1996 y 75 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República (modificada por la Resolución Externa 1[6] de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República)

La DIAN extralimitó el ejercicio de las funciones públicas, vulneró los principios fundamentales de la función pública administrativa y los fines del Estado (Igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad). Además excedió su facultad reglamentaria, pues, mientras el literal e) del artículo 8 del Decreto Ley 1092 de 1996 la facultaba para determinar la forma, el termino, el plazo y las condiciones para que los residentes en Colombia dedicados a la compra venta profesional de divisas le enviaran a la DIAN la información sobre las operaciones realizadas, con el objeto de evitar delitos y lavado de activos, la DIAN utilizó la potestad para

solicitar el cumplimiento de un deber formal, el envío del registro mercantil después de hecha la inscripción en el mismo.

Justamente el aparte demandado obliga a enviar una información diferente a la de las operaciones mercantiles de compra y venta de divisas, so pena de incurrir en falta administrativa.

Las personas ya inscritas en el registro mercantil antes del 2000 y los que se registraron desde el 5 de mayo de 2000 hasta el 14 de Febrero de 2003, no estaban obligados a informar de dicha inscripción a la DIAN, pero sí debían informar las operaciones realizadas en el giro ordinario de sus negocios.

En la Resolución demandada la DIAN asimila el envío del registro mercantil con la información que deben remitir por el giro ordinario de los negocios

3) *Desviación de poder*

El acto acusado se profirió con fines distintos para los cuales se facultó a la DIAN. Prueba de ello es el memorando 00110 de 21 de febrero de 2005 de la Subdirección de Control Cambiario del nivel Central de la DIAN que da precisas instrucciones a algunas oficinas de la Entidad por el incumplimiento de la obligación de enviar a la DIAN la información del registro mercantil.

El memorando hace énfasis en las facultades sancionatorias de la DIAN para quienes incumplan el deber de enviar la información del registro, lo cual demuestra que la DIAN no le interesa hacer la prevención del delito y del lavado de activos, fin para el cual fue impuesta la obligación de informar las operaciones, sino que su interés es imponer multas y allegar recursos al Fisco.

SUSPENSION PROVISIONAL

El actor solicitó la suspensión provisional del acto acusado, la cual fue negada por el Consejo de Estado por auto de 14 de julio de 2005 porque no era evidente la infracción aducida, sino que debía hacerse un estudio de las normas que sirvieron de sustento legal para la expedición del acto acusado y de las facultades otorgadas en la materia a la DIAN.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN expuso en síntesis lo siguiente:

En ninguna parte del artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000 antes de la modificación por parte de las Resoluciones 3 de 2002 y 1 de 2003, se menciona a la DIAN como competente para recibir la información de parte de los profesionales de cambio, relacionada con el tema de la prevención de las actividades delictivas y el lavado de activos.

El control que en este campo ejerce la DIAN es administrativo, como del mismo modo son las sanciones que impone. La Junta Directiva del Banco tampoco puede expedir normas de carácter penal o con la finalidad exclusiva de prevención de actividades ilícitas o de lavado de activos.

Cosa distinta es que este organismo ordene el acatamiento a una obligación administrativa cambiaria para los agentes que celebran de manera profesional operaciones de venta y compra de divisas, en el sentido de prestar colaboración y suministrar información que soliciten las entidades Estatales como la UIAF o la Fiscalía General de la Nación .

El incumplimiento de estas obligaciones debidamente probado es sancionado por la DIAN y no por las mencionadas entidades [artículo 27[2] del Decreto 1265 de 1999]. La sanción consiste en una multa conforme al artículo 1[a] del Decreto Ley 1074 de 1999

Luego de entrada en vigencia la Resolución 1 de 2003 y antes de la modificación por parte de la Resolución Externa 5 de 2003, es decir, para la fecha en que se expidió el acto demandado, la obligación prevista en el artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000 para los profesionales del cambio son: **Inscribirse** en el registro mercantil para poder ejercer la actividad de compra y venta de divisas de manera profesional y **enviar** la información contenida a la DIAN.

Los incisos siguientes del artículo 75 establecen otra serie de obligaciones de la misma índole, so pena de ser objeto de sanciones impuestas por la DIAN, como entidad competente para aplicar tales sanciones [inciso final].

De manera que la norma califica como cambiarias a todo el conjunto de obligaciones que se desprenden de su texto, lo que desvirtúa la afirmación del actor de que el artículo 75 tiene como único y exclusivo fin hacer seguimiento y prevenir actividades delictivas y lavado de activos.

De acuerdo con lo anterior, la Resolución 1483 de 3 de marzo de 2003 debía fijar de manera general, con en efecto lo hizo, las condiciones por medio de las cuales el profesional del cambio debía enviar la información requerida por la normatividad cambiaria, así como los términos y las dependencias competentes para recibirlas.

La sanción administrativa también es legal, pues, el incumplimiento de la obligación da lugar a una sanción cambiaria prevista en el Régimen Sancionatorio aplicable a las infracciones cuyo control y vigilancia es de la DIAN [artículo 4 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República).

El cargo de desviación de poder es infundado, pues se basa de manera impertinente en un memorando interno expedido por la DIAN casi dos años después de proferida la resolución demandada.

TERCERO COADYUVANTE

FELIX ANTONIO QUINTERO CHALARCA coadyuvó la demanda y expone en síntesis lo siguiente:

El aparte demandado vulnera no sólo los artículos 2, 29 y 209 de la Constitución Política, sino el 3 del Código Contencioso Administrativo por crear una obligación de carácter retroactivo, pues la obligación de enviar a la DIAN el registro mercantil nació el 14 de febrero de 2003, sin embargo quienes se inscribieron antes de esa fecha tienen la obligación de informar a la DIAN.

El registro Mercantil es público y la DIAN puede acudir a él en cualquier momento. De otra parte, el registro en la cámara de Comercio es una obligación mercantil y no una obligación cambiaria.

La Obligación de enviar el registro a la DIAN no es impuesta por el Banco de la República con la finalidad de que su incumplimiento acarree sanción; su objeto es ejercer control cambiario a las personas que se dediquen a esta actividad

La Administración se extralimitó en su facultad reglamentaria. Según el encabezado de la resolución demandada y las normas invocadas para su expedición, se reglamentan las condiciones, término y plazos para entregar la información relacionada con las operaciones de cambio de que trata la Resolución 1 de 2003, sin embargo, la norma demandada se refiere a la obligación formal del registro mercantil, que no es una operación de cambio, pues, aunque la Resolución Externa 8 de 2000 no da una definición de operaciones de cambio, si hace enumeración de ellas [artículos 7 y 59].

La Resolución demandada fue expedida con desviación de poder, pues, el memorando 00110, aportado por el demandante, demuestra que lo que pretendía la DIAN al configurar una infracción administrativa era aumentar el recaudo, apartándose a los fines predeterminados por la ley.

Con la información que intentaba recoger la DIAN con los registros de la Cámara de Comercio de las personas inscritas antes del 6 de marzo de 2003 no es claro qué programas de prevención y represión de la infracción cambiaria y qué control para la prevención de actividades delictivas y de lavado de activos pudo realizar la DIAN, si no había antecedentes legislativos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **demandante** reiteró los argumentos de la demanda.

La **demandada** insistió en la legalidad del acto demandado y **precisó que el** acto acusado desarrolla la nueva obligación cambiaria contenida en la Resolución Externa 1[6] de 2003 que modificó la Resolución Externa 8 de

2000 del Banco de la República, la cual sólo es posible cumplir con el envío de la copia del respectivo registro mercantil.

Finalmente, la DIAN expidió la Resolución N° 03416 del 10 de abril de 2006 que establece los requisitos para ejercer la actividad como profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques viajeros de las personas residentes en el país y, que derogó expresamente la resolución demandada.

El **Ministerio Público** solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, pues, conforme al artículo 8[e] del Decreto Ley 1092 de 1996 la DIAN tiene facultad de solicitar la información relacionada con las operaciones de cambio en la forma y términos que se determinen a través de Resolución de carácter general.

De otra parte, según el artículo 19 [a), i) y m)] del Decreto 1071 de 1999, es función de la DIAN adelantar las acciones tendientes a prevenir y reprimir las infracciones de tipo cambiario e impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos de interpretación en materia de control de cambios.

El inciso segundo del artículo 75 de la Resolución externa 8 de 5 de mayo de 2000 del Banco de la República impuso la obligación de inscribirse en el registro mercantil a los residentes en el país que eventualmente optasen por comprar y vender divisas profesionalmente.

La modificación de esta disposición por el artículo 6 de la Resolución 1 de 14 de febrero de 2003 introdujo como obligación adicional la de enviar la información contenida en el registro mercantil a la DIAN, pues de lo contrario, la obligación de registrarse en la Cámara de Comercio para efectos de control cambiario resultaría inocua, por tanto, de la facultad conferida a la DIAN por el literal e) del artículo 8 del Decreto Ley 1092 de 1996, es

evidente el establecimiento del plazo y de las condiciones para llevarla a cabo, así como la dependencia ante la cual tiene que remitirse la información.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de la presente acción de nulidad, la Sala decide la legalidad del **literal a) del artículo 1 de la Resolución 01483 de 3 de marzo de 2003** del Director General de la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, publicada en el Diario Oficial 45.118 de 6 de marzo de 2003, según el cual los residentes en el país que se dediquen de manera profesional a la compra y venta de divisas, de conformidad con el artículo 6 de la Resolución Externa 1 de 2003, de la Junta Directiva del Banco de la Republica, deberán presentar ante la DIAN (subdirección de Control Cambiario o dependencia que haga sus veces), copia del certificado del registro mercantil, en los siguientes términos: “a) Quienes ya cuenten con el requisito de registro ante la Cámara de Comercio, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación de la presente resolución”.

La Sala advierte en primer lugar, que la Resolución demandada fue derogada por la Resolución 03416 de 10 de abril de 2006, sin embargo, como reiteradamente lo ha considerado la Corporación, debe estudiarse su legalidad en virtud del tiempo que rigió y por los efectos que pudo producir mientras su vigencia.

Precisado lo anterior, la Sala abordará el estudio de los cargos de ilegalidad así:

1. El demandante considera que la norma acusada quebranta los principios de legalidad y tipicidad consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política, porque estableció una obligación formal y de registro, que aunque debe ser reglamentada por la DIAN, no se puede confundir con la obligación de informar las operaciones realizadas en el giro ordinario de la actividad mercantil de compra y venta profesional de divisas con el objeto de evitar delitos y lavado de activos, que fue precisamente para lo que la facultó el literal e) del artículo 8 del Decreto Ley 1092 de 1996. Por tanto, la DIAN se extralimitó en el ejercicio de las funciones públicas, vulneró los principios fundamentales de la función pública administrativa y los fines del Estado (Igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) y excedió su facultad reglamentaria.

Pues bien, la Resolución demandada tuvo por objeto indicar las condiciones, términos, plazos y formatos para la entrega de la información relacionada con las operaciones de cambio, de que trata la Resolución Externa 1 de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República y, fue expedida por el Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales, en virtud de las facultades legales y en especial de las conferidas por el artículo 8 literal e) del Decreto Ley 1092 de 1996, por el artículo 19 literales a), i) y m) del Decreto 1071 de 1999.

El Decreto Ley 1092 de 1996 estableció el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la DIAN y, fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 180 de la Ley 223 de 1995.

En su artículo 8 “facultades” establece que la DIAN en desarrollo de sus funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen

Cambiarío², y con el fin de prevenir e investigar posibles violaciones a dicho régimen, podrá:

“Solicitar a los intermediarios del mercado cambiario y a los demás agentes o autorizados para realizar operaciones de compra y venta de divisas de manera profesional y a los titulares de cuentas corrientes de compensación registradas en el Banco de la República, así como a terceros, la información relacionada con las operaciones de cambio que se realicen por conducto de tales organismos y cuentas, en la forma y términos que para el efecto determine el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante resolución de carácter general”(subrayas fuera del texto).

Por su parte, el Decreto 1071 de 1999 por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, en su artículo 19 [a), i) y m)], señala como funciones de la Dirección General, las siguientes:

- a) Adelantar las actividades correspondientes a la prevención y represión de la evasión, el contrabando y la infracción cambiaria, así como garantizar las acciones preparatorias tendientes a su penalización, cuando sea del caso; [...]
- i) Impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de las normas tributarias, aduaneras, de comercio exterior en lo de su competencia, y de control de cambios por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones; [...]

² En vigencia del Decreto 444 de 1967 la Superintendencia de Control de Cambios era la entidad encargada de vigilar y de sancionar la infracción de las normas cambiarias. Mediante la Ley 9 de 1991, se atorgaron facultades al Presidente de la República para establecer un nuevo procedimiento cambiario y para modificar la estructura de la Superintendencia de Control de Cambios, para lo cual el Gobierno Nacional expidió los Decretos 1745 y 1746 de 1991. En desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución Política, se expidió el Decreto 2116 de 1992, el cual suprimió la Superintendencia de Control de Cambios y distribuyó su competencia entre la Superintendencia de Sociedades, Superintendencia Bancaria y la DIAN. El artículo 3 del Decreto 2116 de 1992, señala como una de las funciones de la DIAN el control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario.

m) Dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria, aduanera y cambiaria; (Subrayas fuera del texto).

De acuerdo con lo anterior, es indiscutible que en cabeza de la DIAN están el control y la vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario y, que en virtud de ellos, puede solicitar **aquella información relacionada con las operaciones de cambio**, con el fin de prevenir posibles violaciones a las normas cambiarias y adelantar las investigaciones contra eventuales infracciones al mencionado régimen³.

Ahora bien, la Resolución demandada establece las condiciones, términos, plazos y formatos para la entrega de la información a que se refiere la Resolución Externa 1 de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República, que modificó la Resolución Externa 8 de 2000 de la misma entidad (Estatuto cambiario) y estableció en su artículo 6:

El inciso 2 del artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000 quedará así:

"Los residentes en el país podrán comprar y vender divisas de manera profesional, previa inscripción en el registro mercantil y envío de la información contenida en dicho registro a la DIAN. Dicha autorización no incluye ofrecer profesionalmente, directa ni indirectamente, servicios tales como negociación de cheques o títulos en divisas, pagos, giros, remesas internacionales ni ningún servicio de canalización a través del mercado cambiario a favor de terceros."

³Además, el Decreto 1265 de 1.999, por el cual se organiza y se atribuyen funciones a la DIAN, en su artículo 27.2 le asignó a la Sub-Dirección de Control Cambiario, "2. Planear, coordinar, controlar y vigilar el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones; y demás operaciones derivadas del Régimen Cambiario cuya vigilancia y control no sea competencia de otras entidades".

El inciso segundo del artículo 75 antes de que fuera modificado por la Resolución 1 de 2003, señalaba que la actividad de compraventa profesional de divisas, podía realizarse bajo el cumplimiento de la obligación de realizar previa inscripción en el registro mercantil y con el deber de suministrar información y colaborar con las autoridades competentes, para efectos de la prevención de actividades delictivas y lavado de activos.

Es decir, que la Resolución Externa 1 de 2003 que modificó el artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000, estableció, además de la inscripción en el registro mercantil, la obligación de **enviar la información contenida en dicho registro a la DIAN.**

Por lo anterior, no hubo desbordamiento de la facultad reglamentaria que se atribuye al acto acusado, por el contrario, es deber de la DIAN salvaguardar el ordenamiento cambiario y prevenir eventuales infracciones, por lo que es válido que con fundamento en las disposiciones transcritas, reglamente la obligación que tienen tales personas de enviarle la información contenida en el registro mercantil.

A juicio de la Sala, la resolución demandada no confunde el deber de enviar información sobre las operaciones de cambios, con el deber de informar el contenido del registro mercantil, pues, esta exigencia, trasciende su carácter aparentemente formal de certificación y forma parte del conjunto de obligaciones que deben atender las personas que realizan las operaciones de compra y venta de divisas de manera profesional, como es, en primer lugar, estar inscritas en el registro mercantil, de manera que tal inscripción es una información relacionada con las operaciones de cambios, para cuya regulación está facultada la DIAN.

De otra parte, independientemente de que la DIAN tenga entre sus funciones adelantar las actividades correspondientes a la prevención y represión de la evasión, el contrabando y la infracción cambiaria, es decir, actividades delictivas y de lavado de activos, no debe perderse de vista que la regulación de la entrega de la información a que se refiere la norma demandada, obedece al ejercicio de la facultad conferida por el artículo 8 del Decreto Ley 1092 de 1996 , en virtud del cual la DIAN tiene la función de control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario, dentro del cual está, se repite, la obligación de la inscripción en el registro mercantil para los residentes en el país que se dediquen de manera profesional a la compra y venta de divisas.

Por lo anterior, para la Sala, la DIAN no desbordó la competencia prevista en el artículo 8 de la Ley 1092 de 1996, por tanto, no violó el principio de legalidad ni se excedió en su facultad reglamentaria. No prospera el cargo.

2. La norma demandada es nula porque impone retroactivamente y en un término perentorio, a las personas que se inscribieron en el registro mercantil antes o a partir de 2000 y hasta 2003, es decir, con anterioridad a la expedición del acto administrativo, la obligación, de entregar la copia del registro mercantil, so pena de una sanción administrativa, cuando antes no tenían esa obligación.

La Sala considera que cuando el literal acusado da un término para que quienes ya estén inscritos en el registro mercantil, lo presenten ante la DIAN en un término de 10 días siguientes a la publicación de la Resolución demandada, no consagra una obligación retroactiva, pues el hecho de

informar a la DIAN, es un hecho nuevo, y para ello se da un plazo razonable con posterioridad a su regulación.

Cabe precisar que la inscripción en el registro mercantil es una obligación que existía desde antes de la expedición de la Resolución Externa 1 de 2003, por lo que tampoco en este aspecto puede considerarse la imposición de un deber de manera retroactiva. Y el deber adicional que impuso esta Resolución de informar a la DIAN el contenido del registro, no puede entenderse sólo para aquellos que se registraran con posterioridad a su vigencia, sino que debía aplicarse aún para los ya inscritos, a quienes se les dio un plazo prudencial para presentar esa información.

Finalmente, el hecho de que se incumpla el régimen cambiario tiene la consecuencia de una sanción, como lo establece el artículo 4 de la Resolución Externa 8 de 2000, según el cual, “Quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario, en especial la de presentar correctamente la declaración de cambio por las operaciones de cambio que realice, se hará acreedor a las sanciones previstas en las normas legales pertinentes, sin perjuicio de las sanciones tributarias, aduaneras y penales aplicables”. Por tanto, si los sujetos destinatarios de la obligación de informar a la DIAN la inscripción en el registro mercantil no lo hacen, no es el acto demandado el que consagra la sanción, sino, que ésta tiene su fundamento en el artículo 4 citado. Además, la sanción tampoco se impone retroactivamente, es decir a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, pues, se insiste, el hecho de informar el registro mercantil a la DIAN, rigió a partir de la Resolución demandada, por lo que sólo a partir del incumplimiento de los diez días para informar se puede imponer la sanción. No prospera el cargo.

3) Hubo desviación de poder porque el acto acusado se profirió con fines distintos para los cuales se facultó a la DIAN, como lo demuestra el memorando 00110 de 21 de febrero de 2005 de la Subdirección de Control Cambiario del nivel Central de la DIAN.

Para la Sala, el presente cargo no está llamado a prosperar, pues no se puede aducir una desviación de poder con base en un documento que no hizo parte de los antecedentes del acto demandado y que fue proferido con fundamento en otras disposiciones que no estaban vigentes al momento de la formación del acto administrativo, como en este caso, en que parte fundamental de la instrucción que da la DIAN en el citado memorando, es la Resolución Externa 5 de 15 de agosto de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República, que modificó la Resolución 1 de 2003 y que no estaba vigente para la fecha en que se expidió la resolución demandada.

De otra parte, el hecho de que se instruya a los Jefes de las Divisiones de Control Cambiario, de Fiscalización Tributaria y Aduanera, entre otros funcionarios, sobre el incumplimiento de la obligación de enviar a la DIAN la información contenida en el registro mercantil por parte de los profesionales de compra y venta de divisas y de las sanciones que se prevén, no demuestra la intención desviada de la resolución demandada cuando regula los términos en que debe presentarse esa información, ni puede considerarse que tal regulación atendió a unos fines recaudatorios de la DIAN, pues, como se señaló en los cargos anteriores, tiene su fundamento legal y era deber de la DIAN ejercer la facultad que le otorgaba el ordenamiento jurídico contenido en el Decreto Ley 1092 de 1996 en concordancia con las normas que la Junta Directiva del Banco de la República había señalado sobre la materia.

Por lo anterior, no se encuentra demostrada la desviación de poder que le atribuye el demandante al acto acusado, razón por la cual no prospera el cargo.

Como corolario de lo anterior y por no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, la Sala desestimaré las pretensiones de la demanda.

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,

F A L L A:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda nulidad contra el literal a) del artículo 1 de la Resolución 01483 de 3 de marzo de 2003 expedida la DIAN.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

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

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

PRESIDENTE

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA