

Honorable Jueza
Dra. LUZ MYRIAM ESPEJO RODRIGUEZ
Juzgado Primero (1) Administrativo Oral
Sección Primera - Bogotá D.C.

REF: Expediente : 110013334001**20210003400**
Demandante : JAIME CANO FERNANDEZ
Demandado : U.A.E.- DIAN.
Medio de Control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO: CONTESTACIÓN DEMANDA

ASHLEY JANELLA FORERO FORERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.049.632.343 expedida en Tunja, abogada en ejercicio portadora de la tarjeta profesional No. 267.642 del Consejo Superior de la Judicatura, según poder especial conferido por la Directora Seccional de Aduanas Bogotá, me permito adjuntar para que me sea reconocida personería para actuar, y de acuerdo con el artículo 175 del Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respetuosamente acudo a su Despacho con el fin de **CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, de conformidad con las siguientes consideraciones:

1.- LA ENTIDAD DEMANDADA:

De acuerdo con la demanda, el medio de control se dirige contra la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, precisando que según el Decreto 1071 del 26 de junio de 1999, dicha entidad se encuentra representada para todos los efectos de ley por su Director General, quien a través de la Resolución No. 000204 del 23 de octubre de 2014, delegó en la Directora Seccional de Aduanas Bogotá la facultad de otorgar poder para representar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los procesos en que sea demandada, tal como sucedió en el presente evento.

El Director de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se encuentra domiciliado en la Carrera 7A 6-45 Piso 6, de la ciudad de Bogotá.

La Directora Seccional de Aduanas de Bogotá se encuentra domiciliado en la Avenida Calle 26 # 92 – 32 Módulos G5 Piso 3 de la ciudad de Bogotá

La suscrita es la apoderada judicial de la entidad demandada y me encuentro domiciliada en la Avenida Calle 26 # 92 – 32 Módulo G4 - G5 Piso 3 de la ciudad de Bogotá.

2.- EXCEPCIÓN PREVIA.

En primera medida el artículo 100 del Código General del Proceso contempla las excepciones previas, a saber:

“ARTÍCULO 100. EXCEPCIONES PREVIAS. *Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda:*

(...)

5. Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones”. (Énfasis añadido).

De otra parte, el legislador estableció los requisitos previos a demandar que en materia contenciosa administrativa se encuentran consagrados en el artículo 161 del C.P.A.C.A., el cual, fue modificado por el artículo 34 de la Ley 2080 de 25 de enero de 2021, que, a su tenor literal, expresa:

“ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*

(...)

2. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto.*

Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.

(...)”

Ahora bien, frente a esta excepción el Consejo de Estado en Sentencia 00831 de 2018, expresó:

“(…)”

La vía gubernativa comprende el conjunto de actuaciones que el administrado, afectado con un acto de carácter particular, debe cumplir ante la administración previo a acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Luego entonces, es viable colegir que aquella tiene dos connotaciones, la primera, como una prerrogativa en favor de la administración, en tanto se le otorga la oportunidad, como consecuencia de los recursos y las peticiones radicadas, de enmendar sus propios errores; la segunda, como un beneficio para el individuo que presenta las solicitudes, pues de recibir una respuesta favorable no tendría que verse inmerso en un proceso judicial.¹⁴

Al respecto, el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo establece que previo a presentar demanda en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la parte demandante deberá acudir ante la administración con el fin de que esta se pronuncie sobre las pretensiones, y de ser el caso, reconozca el derecho reclamado. El tenor de la norma es el siguiente:

«La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo.

El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa.

Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.»

*Lo anterior significa que esta etapa del procedimiento administrativo en que se impugna ante la propia administración la decisión que pone fin a una actuación administrativa, que, conforme al artículo 63 del CCA, se agota cuando contra la determinación no procede ningún recurso, o los recursos se hayan decidido, o los de reposición o de queja no hayan sido interpuestos, **y constituye un requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo**, en la que solo se podrá conocer lo que en la vía gubernativa se discutió, o sea, que no pueden plantearse hechos nuevos diferentes a los expuestos en la vía gubernativa; pero sí pueden presentarse mejores argumentos jurídicos respecto de ellos, siempre y cuando no se cambie la petición que se hizo.¹⁵*

*Sobre el particular, esta corporación¹⁶ ha sostenido que **«el agotamiento de la vía gubernativa, presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consiste, en términos generales, en la necesidad de usar los recursos legales para poder impugnar judicialmente los actos administrativos».***

En ese orden de ideas, es claro que en el presente proceso se presenta demanda sin el cumplimiento de todos los requisitos para poder demandar y por tal motivo debe prosperar la excepción previa de inepta demanda, ya que la administración no pudo conocer del recurso de reconsideración impetrado contra la Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020 por parte del demandante al no cumplir el recurso con los requisitos establecidos en el artículo 77 del CPACA, ya que el recurso fue suscrito por el señor YANYS RAMIRO REYES AMAYA identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.754.112, como representante legal de la sociedad SCIENTIA CONSULTORES S.A.S., a quien se le confirió poder especial amplio y suficiente, donde en los escritos presentados, no informa identificación de su Tarjeta Profesional como abogado y al realizar la consulta de abogados, en la página del Consejo Superior de Judicatura, se encontró que no figura información, por lo cual se confirma que no ostenta la calidad de abogado titulado, condición legal, para poder representar dentro de un proceso judicial o administrativo, a cualquier interesado, conforme la normatividad nacional.

Por lo anterior, solicito a la honorable jueza dar por terminado el proceso en curso por falta de un requisito previo para demandar.

3.- EN RELACIÓN A LOS HECHOS.

PRIMERO: No es un hecho, es una afirmación que hace la parte demandante.

SEGUNDO: No es un hecho, es una apreciación.

TERCERO: No es cierto, la investigación dio apertura a través del Auto No. 438 del 7 de mayo de 2019, el cual se encuentra a folios 341 y 342 del expediente administrativo.

CUARTO: Es cierto.

QUINTO: Es cierto.

SEXTO: Es cierto, lo transcrito hace parte de lo expuesto en la Resolución Sanción.

SÈPTIMO: Es cierto, con los radicados indicados se presentó recurso de reconsideración que fue rechazado ya que quien lo presentó en calidad de apoderado no es abogado.

OCTAVO: No es un hecho, es una relación de las pruebas aportadas con el recurso de reconsideración que la administración no pudo estudiar.

NOVENO: Es cierto que con la Resolución No. 3125 del 13 de octubre de 2020, la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogota, rechazó el recurso de reconsideración porque quien lo presentó en calidad de apoderado no es abogado, lo demás son argumentos del demandante de los que nos ocuparemos en la presente contestación.

DÈCIMO A DUODÈCIMO: No son hechos, son argumentos del demandante que no están llamados a prosperar como se demostrará con la presente defensa.

DÈCIMOTERCERO: Es un hecho no relativo a los actos administrativos porque es una solicitud de copias.

DÈCIMOCUARTO: No es cierto, ya que con oficio electrónico No. 1-03-236-408-469 del 19 de noviembre de 2020, se le dio respuesta al derecho de petición presentado, donde en el mismo se le informaba que el valor de las copias era de \$47.700.

4-. EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES

El demandante pide se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

2.1. Que por motivos de ilegalidad se anulen los siguientes actos administrativos:

1. Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020, por la cual se impone una sanción cambiaria, proferida por la jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogota.

2. Resolución No. 3125 del 13 de octubre de 2020, por medio de la cual se rechaza el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020, proferida por la jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogota.

2.2 Que como consecuencia de lo anterior y A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se restablezca a su representada en la plenitud de sus derechos de conformidad con la acción contenciosa que con la demanda se interpone y, por tanto:

1. Se levante la sanción cambiaria impuesta en contra del señor JAIME CANO FERNANDEZ, mediante la Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020 por la cual se impone una sanción cambiaria, proferida por la jefe de la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogota, por la suma de

CIENTO VEINTINUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL DOS PESOS (\$129.527.002).

2. Se condene a la parte Demandada a pagar las Costas y Agencias en Derecho, si se opondrá al proceso, y resultase vencida.

5.- OPOSICIÓN A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS:

En relación con lo anterior, me permito manifestar al Despacho que me **OPONGO** a todas y cada una de las pretensiones impetradas por la sociedad demandante por no asistirle derecho, de conformidad con las razones que se expondrán en el ejercicio de la defensa y, en consecuencia, desde ahora solicito al Despacho, desestimar las súplicas de la demanda.

Respecto a solicitud de condena en costas a la DIAN, el artículo 188 del C.P.A.C.A., adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, el cual, prevé: “(...) Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se registrarán por las normas del Código de Procedimiento Civil. (...)”.

En concordancia con el artículo 365 del C.G.P., el cual, indica:

“ARTICULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código (...).

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (...)”. (Énfasis propio).

Ahora bien, el Consejo de Estado ha sido enfático en indicar que la condena en costas sólo procede cuando en el expediente aparezcan probadas que se causaron. En Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta de fecha (4) de junio de dos mil veinte (2020) con radicado No. 25000-23-37-000-2015-00480-01 (23135), Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, el cual, expresó: “(...) 7- La Sala confirmará la sentencia apelada. Además, no habrá condena en esta instancia a costas procesales (gastos del proceso y agencias en derecho) porque no fue demostrada su causación, según lo exige el artículo 365 del CGP, aplicable en virtud del artículo 188 del CPACA”. (Énfasis propio).

En este orden de ideas, la parte actora con el escrito de la demanda no allegó las pruebas de la causación de las costas procesales, por ende, no debe condenarse en costas a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

6.- EN RELACIÓN CON LOS FUNDAMENTOS, RAZONES DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

6.1. DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO.

El demandante indica que la entidad abruptamente cerceno la oportunidad de agotar la vía gubernativa, lo anterior por cuanto erróneamente y de forma ilegal mediante Resolución No. 3125 del 20 de octubre de 2020, rechazo el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020.

Señala que no se tuvo en cuenta lo establecido en el artículo 75 del Código General del Proceso y que el poder otorgado por el señor CANO a la firma Scientia Consultores S.A.S para que presentara el recurso de reconsideración fue perfectamente consolidado. De igual forma señala al artículo 22 del Decreto 2245 de 2011 y normas tributarias para afirmar que lo que debió hacer la administración era inadmitir el recurso y no rechazarlo, arguye silencio administrativo, indebida notificación y demás argumentos para sustentar violación al debido proceso.

Cargo que no tiene vocación de prosperidad, por cuanto de ninguna manera la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales violo el debido proceso de la parte demandante y fundamento mi afirmación en lo siguiente:

La División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, a través de la Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020, resolvió imponer al Señor JAIME CANO FERNANDEZ, una multa por valor de \$129.527.002. En ese mismo acto administrativo en el artículo cuarto se señaló que contra esa decisión procedía el recurso de reconsideración, dentro del mes siguiente a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto Ley 2245 de 2011.

El recurso presentado frente a la anterior Resolución fue rechazado por parte de la División Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá a través de la Resolución No. 003125 del 13 de octubre de 2020.

Ahora bien, al tratarse el presente proceso de un tema cambiario se debe aplicar lo establecido en el Decreto Ley 2245 de 2011, que, para la interposición del recurso de reconsideración, dispone:

“Artículo 26. Recurso de reconsideración. Contra la resolución que imponga sanción de multa; la que no acepte el pago de la sanción reducida en los casos previstos en los numerales 1 y 3 del artículo 23 del presente decreto; la que decida la cancelación de la autorización como profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero o la que niegue la misma, procederá únicamente el recurso de reconsideración presentado ante la División de Gestión Jurídica competente o ante la dependencia que haga sus veces, dentro del mes siguiente a la notificación del acto recurrido.

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

Como bien lo señala el artículo citado, el funcionario encargado de estudiar el recurso de reconsideración se percató que aunque el recurso viene acompañado de poder, el mismo que suscribe el recurso de reconsideración a nombre y representación del demandante, es el señor YANYS RAMIRO REYES AMAYA identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.754.112, como representante legal de la sociedad SCIENTIA CONSULTORES S.A.S., a quien se le confirió poder especial amplio y suficiente, donde en los escritos presentados, no informa identificación de su Tarjeta Profesional como abogado y al realizar la consulta de abogados, en la página del Consejo Superior de Judicatura, se encontró que no figura información, por lo cual se confirma que no ostenta la calidad de abogado titulado, condición legal, para poder representar dentro de un proceso judicial o administrativo, a cualquier interesado, conforme la normatividad nacional.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en el artículo 77 los Requisitos que deben contener los recursos que se presentan ante las autoridades públicas y textualmente establece:

Artículo 77. Requisitos. *Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.*

Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos:

1. **Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido.**

2. *Sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad.*

3. *Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.*

4. *Indicar el nombre y la dirección del recurrente, así como la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio.*

Sólo los abogados en ejercicio podrán ser apoderados. *Si la recurrente obra como agente oficioso, deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio, y prestar la caución que se le señale para garantizar que la persona por quien obra ratificará su actuación dentro del término de dos (2) meses.*

Si no hay ratificación se hará efectiva la caución y se archivará el expediente.

Para el trámite del recurso el recurrente no está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija. Con todo, podrá pagar lo que reconoce deber.

De lo anterior y contrario a lo manifestado por la parte actora se tiene que si es requisito que quien funja como apoderado tenga la calidad de abogado porque incluso de no ser así se estaría violando el derecho a una defensa técnica. Además, es claro que las mismas normas que se citan para argumentar este cargo son determinantes al indicar que si se actúa a través de apoderado especial se deberá acompañar el escrito con su respectiva tarjeta profesional, caso este que no ocurrió en el presente proceso.

De otra parte, frente al tema de que debió inadmitirse el recurso de reconsideración y que existe un silencio administrativo positivo, se debe tener en cuenta lo estipulado en el artículo 78 del CPCA y 28 del Decreto Ley 2245 de 2011, así:

Artículo 78. Rechazo del recurso. *Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, **el funcionario competente deberá rechazarlo.** (...).*

ARTÍCULO 28. TÉRMINO PARA RESOLVER EL RECURSO. *El término para expedir y notificar la resolución que resuelva el recurso de reconsideración al que se refiere el artículo 26 del presente decreto, será de siete (7) meses contados a partir del día siguiente a su interposición en debida forma.*

Contra la resolución que rechace el recurso de reconsideración no procederá recurso alguno.

Citadas estas normas es palpable el hecho que no existe violación al debido proceso y tampoco es dable señalar que se configuró el silencio administrativo, pues esta probado en la investigación que la Resolución con la cual se RECHAZÓ el recurso de reconsideración se notificó dentro del termino señalado en el articulo 28 del Decreto Ley 2245 de 2011, ya citado.

Frente a lo alegado por la parte actora donde indica que si el poder otorgado no tenía efectos debió notificarse la Resolución No. 003125 del 13 de octubre de 2020 al Señor JAIME CANO FERNANDEZ y no a la sociedad SCIENTIA CONSULTORES S.A.S. De esto es importante señalar que efectivamente la

División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá en la Resolución citada, en su artículo segundo, dispuso:

“ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el presente acto administrativo al señor YANYS RAMIRO REYES AMAYA identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.754.112, Representante Legal de la sociedad SCIENTIA CONSULTORES S.A.S. con NIT 900.648.954-8, en la CALLE 111 No. 47 a 96 de la ciudad de Bogotá y al señor JAIME CANO FERNANDEZ, con NIT 632.010.391-0 en la Calle 78 No. 8-32 piso 2 de la ciudad de Bogotá, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011 en concordancia con el artículo 19 *ibidem*.”

Finalmente, referente al artículo 75 del Código General del proceso, se tiene que el mismo señala:

ARTÍCULO 75. DESIGNACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE APODERADOS. *Podrá conferirse poder a uno o varios abogados.*

Igualmente podrá otorgarse poder a una persona jurídica cuyo objeto social principal sea la prestación de servicios jurídicos. En este evento, podrá actuar en el proceso cualquier profesional del derecho inscrito en su certificado de existencia y representación legal. Lo anterior, sin perjuicio de que la persona jurídica pueda otorgar o sustituir el poder a otros abogados ajenos a la firma. Las Cámaras de Comercio deberán proceder al registro de que trata este inciso.

En ningún caso podrá actuar simultáneamente más de un apoderado judicial de una misma persona.

El poder especial para un proceso prevalece sobre el general conferido por la misma parte. Si se trata de procesos acumulados y una parte tiene en ellos distintos apoderados, continuará con dicho carácter el que ejercía el poder en el proceso más antiguo, mientras el poderdante no disponga otra cosa.

Podrá sustituirse el poder siempre que no esté prohibido expresamente.

El poder conferido por escritura pública, puede sustituirse para un negocio determinado, por medio de memorial.

Quien sustituya un poder podrá reasumirlo en cualquier momento, con lo cual quedará revocada la sustitución.

De esta norma citada por la parte demandante, es claro que la misma norma indica que podrá actuar en el proceso cualquier profesional de derecho, circunstancia que no se da en el presente litigio porque precisamente el señor YANYS RAMIRO REYES AMAYA identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.754.112, como representante legal de la sociedad SCIENTIA CONSULTORES S.A.S. no ostenta la calidad de abogado y fue el motivo por el cual el recurso de reconsideración tuvo que ser rechazado.

De lo anterior, se evidencia que durante todas las etapas administrativas surtidas en este proceso se brindaron todas las garantías procesales al demandante y en todo caso la administración actuó con total apego de la ley.

6.2. RESPECTO A LA SUPUESTA PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN SANCIONATORIA.

Manifiesta el demandante que, el sistema jurídico colombiano ha reconocido la prescripción en la acción sancionatoria cambiaria y para ello se requiere que en el transcurso de 5 años contados a partir de los hechos de la infracción se hagan las acciones adecuadas, por lo que trae a colación el artículo 5 del Decreto 2245 de 2011 y señala que, en lo pertinente a la Declaración de Cambio, Formulario 5-Numero 8748 del 13/12/2013 opero el fenómeno de prescripción.

También manifiesta que hay caducidad de la acción sancionatoria la cual está establecida en el artículo 52 del CPACA.

Este cargo no tiene vocación de prosperidad, debido a que una vez revisados los hechos objeto de debate en la presente demanda, se tiene que nos encontramos frente a una sanción cambiaria continuada, por lo que el término de prescripción se debe contar a partir del último hecho constitutivo de infracción que, para el proceso de estudio, fue el día 24 de diciembre de 2014, fecha en cual se dio la última operación de canalización supuestamente por concepto de servicios.

Sobre este tema es importante hacer referencia del Oficio No. 0722 del 19 de mayo de 2021, donde la Subdirección de Normativa y Doctrina de la DIAN, frente a la caducidad y prescripción de la acción sancionatoria, expreso:

“PROBLEMA JURÍDICO No. 1

¿Cuál es el momento de la ocurrencia de los hechos, a partir del cual se computa el término de caducidad de la acción para investigar y sancionar las infracciones cambiarias?

(...)

De todo lo anterior podemos concluir:

1. Infracción Cambiaria:

Bajo tal noción se puede entender como aquellas acciones u omisiones, realizadas por parte de aquellos sujetos sometidos por la ley al cumplimiento de obligaciones cambiarias, que constituyen una transgresión de las normas del régimen cambiario, acarreado como consecuencia jurídica la imposición de una sanción por parte de las autoridades competentes.

Tales infracciones poseen la naturaleza de contravención administrativa.

2. Momento de ocurrencia de los hechos:

Tal expresión atañe específicamente a la fecha en que ocurre la infracción cambiaria, como instante temporal a partir del cual se computa el término de caducidad de la acción que tiene la Administración para investigar y sancionar las infracciones cambiarias (Orden Administrativa No. 2 de 1995).

PROBLEMA JURÍDICO No. 2

¿Qué se entiende por infracción cambiaria continuada?

(...)

La infracción continuada supone:

Que un mismo sujeto obligado al cumplimiento de normas cambiarias lleve a cabo una acción u omisión que quebrante permanentemente durante un lapso de tiempo un mismo precepto o deber legal cambiario.

Cabe señalar que en el evento de las infracciones continuadas, el término de caducidad de la acción de la administración para investigar y sancionar infracciones

cambiarías, se contará a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción.”

Por otro lado, el artículo 5° del Decreto Ley 2245 de 2011 establece:

*“**Artículo 5°.** Prescripción de la acción sancionatoria. La imposición de sanciones cambiarías requiere la formulación previa de un acto de formulación de cargos a los presuntos infractores, el cual deberá notificarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de infracción.*

En las infracciones continuadas, vale decir, en los casos en que con varias acciones u omisiones se viole una misma norma cambiaria, así estas se ejecuten en momentos diferentes, el término de prescripción se contará a partir de la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción. No se considerará como infracción continuada el incumplimiento de plazos o términos legales señalados por las normas constitutivas del régimen cambiario.

Dentro de los dos (2) años siguientes al vencimiento del término de respuesta al acto de formulación de cargos deberá expedirse y notificarse la resolución sancionatoria o de terminación de la investigación, según sea el caso, previa la práctica de las pruebas a que hubiere lugar.

La prescripción deberá decretarse de oficio o a solicitud del interesado.”

De la norma y el concepto citado, se destacan algunos elementos estructurales de la infracción cambiaria continuada, necesarios para su configuración:

(i) Mismo sujeto infractor: La pluralidad de hechos constitutivos de infracciones deben ser ejecutados por un mismo sujeto.

(ii) Misma infracción: La infracción cambiaria continuada implica un incumplimiento de la misma obligación cambiaria, derivada de la misma norma.

(iii) Misma conducta: Que se trate de una misma conducta (acción u omisión), ejecutada en diferentes momentos.

Adicionalmente, es necesario traer a colación el concepto de unidad de propósito o unidad de acción, el cual, por la naturaleza y el origen mismo de la infracción continuada, debe estar presente para efectos de realizar un análisis integral sobre la configuración de dicha infracción y de esa manera, garantizar los derechos procesales de los presuntos infractores.

En consecuencia, considera este Despacho debe existir, además de los requisitos descritos anteriormente, una unidad causal o unidad de propósito entre las acciones u omisiones que configuren la infracción cambiaria continuada, entendido esto como la existencia de un propósito común perseguido por el infractor al momento de ocurrencia de los hechos. Para efectos de determinar la existencia de la unidad de propósito, resulta necesario analizar los supuestos fácticos de cada caso en concreto, de manera que se permita identificar el nexo causal o unidad de propósito que reconduzca de la pluralidad a la unidad y de la instantaneidad a la continuidad, las infracciones cambiarías cometidas.

De lo anterior, en primer lugar, si estamos frente a una infracción continuada ya que se cumple con los presupuestos de mismo infractor, misma infracción y misma conducta, y en segundo lugar, se tiene que en el presente proceso el Acto de Formulación de cargos fue proferido el 8 de mayo de 2019, dentro del término de 5 años señalado por la norma transcrita y además de ello, fue en menos de dos años que se profirió la Resolución sanción No. 000858 del 13 de octubre de 2020, por lo que no hay lugar a que el cargo planteado por el demandante prospere.

En cuanto al Artículo 52 del CPACA, no aplica para el caso en concreto ya que por ser un tema cambiario aplica la norma especial, el cual es el Decreto Ley 2245 de 2011, por lo que aplica es el artículo 5 del mismo y por tal motivo reafirmo que no operó el fenómeno de prescripción porque los actos administrativos fueron emitidos dentro del término legal.

6.3. RESPECTO A LA NATURALEZA CONSENSUAL DE LOS NEGOCIOS CELEBRADOS:

Señala el demandante que, el principio de consensualidad es un pilar de los negocios, puesto que solo son posibles y legales si hay un acuerdo mutuo entre las partes, si hay voluntad en aceptar como ley las condiciones del contrato. Así pues, este principio es tan importante, que las legislaciones de todos casi los países consideran su violación como una causa suficiente para dejar sin efecto legal cualquier contrato, en la medida, claro está, en que por alguna razón se demuestre que no se cumplió con el principio de consensualidad.

Este cargo no está llamado a prosperar, puesto que, si bien es cierto los contratos por prestación de servicios no requieren ninguna solemnidad, también lo es que para el caso que nos ocupa la parte demandante no logra demostrar la relación comercial con las empresas COPPEL y AGS GROUP INVESTMENT.

Lo anterior, se deriva de las revisiones formales de tipo cambiario que se realizaron al señor JAIME CANO FERNANDEZ para el periodo comprendido entre el 01 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2014, de conformidad con lo establecido en los LINEAMIENTOS DE AUDITORIA PARA EL PROGRAMA “CONTROL CAMBIARIO A LOS INGRESOS DE DIVISAS POR CONCEPTO DE SERVICIOS CODIGO 2017-PRG-C-02-CIS.

Se establecieron e individualizaron las operaciones de ingresos de divisas a través del mercado cambiario, con cargo a los siguientes numerales cambiarios: 1840- Servicios empresariales, profesionales y técnicos y también se efectuó la consulta de la información Exógena Cambiaria, Formato 1062 “Informe de datos de declaración de cambio por servicios, transferencias y otros conceptos” Formulario 5, donde se pudieron evidenciar giros directos a través de los Intermediarios del Mercado Cambiario CORPBANCA COLOMBIA S.A y BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTRIA COLOMBIA S.A.

En conclusión, de las verificaciones realizada por la administración, se tiene de la operación realizada por el GRUPO COPPEL, numeral cambiario 1840- Servicios Empresariales Profesionales y técnicos, con declaración de cambio F5 No. 8748 del 13/12/2013, se anexa el soporte del mensaje Swift y una oferta de servicio, donde no se demuestra el nexos comercial entre el demandante y dicha sociedad, por lo que no es dable acoger como argumento que solo se debe da valor probatorio a esa transacción sin que no haya ninguna base para haberse realizado.

Respecto a las operaciones realizadas con AGS GROUP INVESTMENT HOLDING SL, con declaraciones de cambio F5 Nos. 6774 del 09/12/2014 y 14465 del 24/12/2014, quiero llamar la atención del Despacho en los correos electrónicos que se aportan con la demanda donde se evidencia que fueron enviados por el señor JAIME CANO FERNANDEZ a la Señora YENNY MONCADA, quien según los supuestos facticos es la Coordinadora Administrativa, los correos son del día 8 de junio de 2020. Al leer estos correos se trata de conversaciones del año 2013, pero lo que genera mi atención es que si estos correos son del año 2013 ¿por qué los mismos no fueron aportados en la investigación administrativa? y tampoco fueron

aportados como pruebas en el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 000858 del 21 de febrero de 2020, que si bien fue rechazado legalmente, en el escrito del recurso en el acápite de pruebas no aparecen relacionados dichos correos y es importante en este momento destacar que en sede administrativa la entidad no tuvo oportunidad de analizarlos.

Por lo anterior fue que se dio aplicación a lo establecido en la Resolución Externa 8 de 2000 y sus modificaciones, que en sus artículos 1, 2 y 3 nos señala:

Artículo 1o. DECLARACION DE CAMBIO. *La declaración de cambio es la información de los datos mínimos de las operaciones de cambio canalizadas por conducto del mercado cambiario, suministrada por los residentes y no residentes que realizan las operaciones de cambio y transmitida al Banco de la República por los intermediarios del mercado cambiario y los titulares de cuentas de compensación. Parágrafo. El Banco de la República adoptará mediante reglamentación general los términos, condiciones y procedimientos aplicables a la declaración de cambio y a las operaciones de qué trata la presente resolución. Así mismo, podrá solicitar la información adicional que considere pertinente para el seguimiento de las operaciones de cambio.*

Artículo 2o. DIFERENCIAS. *No podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas superiores o inferiores a las efectivamente recibidas, ni efectuarse giros por montos diferentes a las obligaciones con el exterior. Podrán canalizarse a través del mercado cambiario sumas diferentes al valor de las operaciones de cambio obligatoriamente canalizables, siempre y cuando estas diferencias se presenten por causas justificadas.*

Artículo 3o. CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS. *Para efectos cambiarios y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los residentes en el país que efectúen operaciones de cambio están obligados a conservar los documentos que acrediten el monto, características y demás condiciones de la operación y el origen o destino de las divisas, según el caso, por un período igual al de caducidad o prescripción de la acción sancionatoria por infracciones al régimen cambiario. Tales documentos deberán presentarse a las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario que los requieran o dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones cambiarias.*

Por su parte la Circular Reglamentaria Externa DCIN 83 de 2011 y sus modificaciones del Banco de la Republica:

“10.2 Servicios, Transferencias y otros conceptos. Los residentes podrán efectuar la compra y venta de divisas por concepto de servicios, transferencias y otros conceptos mediante la presentación de la “Declaración de cambio por servicios, trasferencias y otros conceptos (Formulario No. 5) a los intermediarios del Mercado Cambiario (en adelante MC)”

De lo anterior y teniendo en cuenta las normas citadas es claro que los ingresos por servicios prestados a no residentes que se canalicen mediante la Declaración de Cambio Formulario 5, deben cumplir con el principio de veracidad que conlleva que haya coherencia y causalidad del negocio porque el no cumplirlo lleva a una indebida canalización de divisas como sucede en el presente caso pues no basta con demostrar un intercambio de datos, sino que es necesario probar más allá de toda duda razonable que efectivamente se dio la ejecución de la prestación del servicio.

6.- PETICIÓN:

Con base en las anteriores consideraciones y las que a bien tenga el Despacho tener en cuenta, en forma comedida solicito, **desestimar las súplicas de la demanda por no asistirle derecho a la sociedad demandante.**

Así mismo, solicito se condene en costas a la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el art 47 ley 2080 del 2021.

7.- PRUEBAS

DE LA PARTE DEMANDANTE:

El demandante solicita como pruebas documentales:

- 1) Copia auténtica, con constancia de notificación y ejecutoria, de la RESOLUCIÓN por la cual se impone una SANCIÓN CAMBIARIA Número N. 000858 del 21 de febrero de 2020, código 601-240, proferida por el Jefe de la división de gestión de liquidación (A) de la Dirección seccional de Aduanas de Bogotá D.C.
- 2) Copia auténtica, con constancia de notificación y ejecutoria, de la Resolución No.3125 del 13 de octubre de 2020, por medio del cual se rechaza el recurso de reconsideración interpuesto contra la resolución Número 000858 del 21 de febrero de 2020, proferida por el Jefe de la división de Gestión Jurídica (A) de la Dirección seccional de Aduanas de Bogotá D.C.
- 3) Copia íntegra y ordenada de la totalidad del EXPEDIENTE OI 2014 2019 438.

Solicito al Despacho que la mismas sean denegadas por INNECESARIAS, ya que los actos administrativos fueron anexados con la demanda y con la contestación de esta anexando copia completa de todo el expediente administrativo.

Respecto a las pruebas referidas en los numerales 8,9, 10 y 11, en las cuales se indica:

8. Factura por concepto de gastos de asesoría diciembre 2013 GRUPO COPOEL S.A.

9. Propuesta de servicios de GRUPO COPOEL S.A.

10. Correos electrónicos que permiten acreditar la prestación del servicio en favor de AGS GROUP INVESTMEN HOLDING S.L, así:

9.1 Por el año 2014:

- 23 DIC. 2014 A LAS 11:23 SUBJECT: ENVIO SWIFT ½.
- 5 DIC. 2014 A LAS 10:49 SUBJECT: ENVIO SWIFT.
- 22 SEPT. 2014 A LAS 8:46 SUBJECT: HONORARIOS.
- 10 NOV. 2014 A LAS 8:36 SUBJECT: FW: RV: RUTA DE DÓLARES Y EUROS.
- 21 JUL. 2014 A LAS 19:32 SUBJECT: OPCIÓN DE COMPRA.
- 21 JUL. 2014 A LAS 3:09 SUBJECT: FWD: AUMENTO DE CAPITAL EN AGS
- 9 JUN. 2014 A LAS 9:50 SUBJECT: DETALLES DE OPERACIONES
- 8 ENE. 2014 A LAS 9:38 SUBJECT: PAGOS MENORES DE HONORARIOS A CARGO DE AGS GROUP.

9.2. Por el año 2013:

- 18 ABR. 2013 A LAS 5:47 SUBJECT: CONVENIO.
- 21 ABR. 2013 A LAS 14:20 SUBJECT: DATOS

- 6 MAY. 2013 A LAS 9:28 SUBJECT: LÍNEAS BASIAS
- 6 MAY. 2013 A LAS 17:50 SUBJECT: FW: PARTICIPACIÓN
- 12 JUN. 2013 A LAS 4:55 SUBJECT: RV: ACUERDO ALPAMA
- 18 JUN. 2013 A LAS 12:09 SUBJECT: ACUERDO AGS
- 27 JUN. 2013 A LAS 7:41. SUBJECT: ACUERDO
- 27 JUN. 2013 A LAS 7:41 SUBJECT: OPERACIÓN
- 18 JUL. 2013 A LAS 13:09 SUBJECT: FWD: PROYECCIÓN 2013 Y 2014
- 26 JUL. 2013 A LAS 8:12 SUBJECT: RV: MAPA SOCIETARIO
- 25 JUL. 2013 A LAS 12:44 SUBJECT: AUDITORIA 2012.
- 2 AGO. 2013 A LAS 16:39 SUBJECT: P&L Y BALANCE UK ABRIL 2013
- 2 AGO. 2013 A LAS 12:53 SUBJECT: FORECAST 2013 AGS ESPAÑA
- 7 AGO. 2013 A LAS 3:17 SUBJECT: INFORMACIÓN PENDIENTE
- 22 AGO. 2013 A LAS 20:08 SUBJECT: CONVENIO FINAL
- 26 AGO. 2013 A LAS 14:34 SUBJECT: RV: VERSIÓN DEFINITIVA DEL CONVENIO AGS/RW
- 23 SEPT. 2013 A LAS 6:51. SUBJECT: OPERACIÓN DE NEGOCIACIÓN¹⁸
- SEPT. 2013 A LAS 12:02 SUBJECT: TÉRMINOS DEFINITIVOS
- 24 SEPT. 2013 A LAS 0:17. SUBJECT: CARTA DE INTENCIÓN
- 26 SEPT. 2013 A LAS 4:30 SUBJECT: NUEVO ACUERDO AGS
- 25 OCT. 2013 A LAS 01:32 PM SUBJECT: DETALLE OPERACIÓN.
- 13 NOV. 2013 A LAS 11:30 SUBJECT: RV: BORRADOR CONTRATO TARNOW
- 18 NOV. 2013 A LAS 16:17 SUBJECT: FWD: REUNIÓN
- 20 NOV. 2013 A LAS 13:17 SUBJECT: MONZA - PLAN HACIA DELANTE
- 30 NOV. 2013 A LAS 18:18 SUBJECT: DEUDA
- 2 DIC. 2013 A LAS 16:38 SUBJECT: RE: ESCRITURAS COLOMBIA
- 4 DIC. 2013 A LAS 17:52 SUBJECT: PAGOS
- 3 DIC. 2013 A LAS 17:52 SUBJECT: PENDIENTES PARA CIERRE
- 18 DIC. 2013 A LAS 23:25 SUBJECT: PROPUESTA DE SERVICIOS.
- 19 DIC. 2013 A LAS 8:16 SUBJECT: RE: PROPUESTA
- 24 DIC. 2013 A LAS 10:24 SUBJECT: DETALLES HONORARIOS.

11. Derecho de petición mediante el cual se solicitó copia auténtica, con constancia de notificación y ejecutoria de los actos demandados.

Solicito al Despacho que la mismas sean denegadas por INCONDUCTENTES, ya que las mismas no son el medio probatorio adecuado para demostrar que no existió violación al régimen cambiario.

DE LA PARTE DEMANDADA:

Solicito a la señora Jueza se sirva tener como tales las siguientes:

- Expediente administrativo IO 2014 2019 438, contra JAIME CANO FERNANDEZ, con NIT. 632.010.391-0, del cual estoy anexando copia, integra y legible en un (3) cuadernos, compuesto por 3 archivos pdfs con 473 folios (foliado original).

8.- ANEXOS.

Allego al presente escrito:

- Poder que me faculta para actuar, con sus respectivos soportes, para que me sea reconocida personería, en 54 folios.

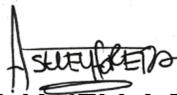
- Expediente administrativo IO 2014 2019 438, contra JAIME CANO FERNANDEZ, con NIT. 632.010.391-0, del cual estoy anexando copia, íntegra y legible en un (3) cuadernos, compuesto por 3 archivos pdfs con 473 folios (foliado original).

9.- NOTIFICACIONES

Las personales las recibiré en las oficinas ubicadas en la Avenida Calle 26 No. 92-32, G5-G4, Piso 3º, Edificio CONNECTA, de la ciudad de Bogotá, División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá; en la Secretaría de su Despacho, o al correo electrónico institucional: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co y aforerof@dian.gov.co celular 3124854299.

Igualmente, se informa al Despacho que la presente contestación de demanda fue enviada a la apoderada de la parte demandante a las direcciones de correo electrónico informadas con el escrito de demanda.

De la señora Jueza, cordialmente,



ASHLEY JANELLA FORERO FORERO

C.C. No. 1.049.632.343 de Tunja

T.P. No. 267.642 del Consejo Superior de la Judicatura.