

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CUARENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
CARRERA 57 No. 43 – 91, PISO 6

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020).

PROCESO:	11001-33-41-045-2017-0059-00
DEMANDANTE:	HIDALGO E HIDALGO COLOMBIA SAS
DEMANDADO:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Entra el Despacho a decidir lo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, previos los siguientes

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La sociedad Hidalgo e Hidalgo SAS, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, previos los trámites de un proceso ordinario, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 1-03-241-433-601-238-0414(o 0414) del 30 de marzo de 2016, expedida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá de la DIAN, “POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN CAMBIARIA”

2. DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 03-236-408-610-0897 (o 0897) del 12 de octubre de 2016, expedida por la División Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, de la DIAN, “Por medio de la cual se resuelve recurso de reconsideración interpuesto contra la

Resolución No. 1-03-241-433-601-238-0414 del 30 de marzo de 2016” confirmándola en su totalidad.

3. RESTABLECER EL DERECHO DE Hidalgo e Hidalgo reconociendo que no hay lugar a imponerle ninguna glosa y/o sanción por los hechos establecidos en los actos administrativos mencionados con anterioridad, y que por ende procede el archivo del expediente administrativo No. OI 20152015865.

4. CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la demandante las agencias en derecho o gastos de defensa judicial ocasionados dentro de este proceso contencioso administrativo.

5 CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la demandante las costas del proceso en concordancia a lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA.

6. ORDENAR el cumplimiento de la sentencia a la demandada en el término establecido en el artículo 192 del CPACA” (negrilla y mayúscula del texto original)

2. HECHOS

Del escrito de demanda se desprenden las siguientes situaciones fácticas:

1º. Mediante oficio de No. 1-03-248-427-1060 de fecha 15 de julio de 2015, expedido dentro de la Diligencia Preliminar No. 2015-205, la División de Gestión de Control Cambiario de la Dirección Seccional de Aduanas – DIAN solicitó a la sociedad demandante una documentación aduanera y cambiaria para entregarle a los funcionarios comisionados los días 3 y 4 de agosto de 2015, durante la visita de inspección cambiaria que se llevaría a cabo en las instalaciones de la entidad.

2º La información solicitada por la DIAN corresponde a: i) declaraciones de importaciones que habían sido realizadas por mi representada en años anteriores, con los soportes, que ya se encontraban en los archivos de la DIAN; ii) documentación referente a las operaciones de cambio por medio de las cuales se canalizaron los dineros con los cuales se adquirieron las mercancías

importadas con las declaraciones anteriores, los cuales reposan en el archivo del Banco de la República; y iii) otros insumos tributarios que reflejan la contabilización de las compras realizadas. Por lo que la información aduanera, cambiaria y tributaria ya se encontraba en custodia de la Administración de Aduanas.

3º. Para el requerimiento de información solicitado por la entidad demandada, el representante legal de la sociedad demandante coordinó la recopilación de esta para ser entregada durante los días programados para la visita que fue avisada, pero no notificada en legal forma, sin que en las fechas la entidad se hubiera hecho presente para llevar a cabo tal visita.

4º. El 4 de agosto de 2015, la sociedad demandante vía correo electrónico remitió a la DIAN la información solicitada por su División de Control Cambiario en el numeral 16 del Oficio No. 1-03-248-427-1060, a través de su Departamento de Contabilidad, dentro del plazo establecido por la misma entidad, esto es, 15 días y dirigido a la dirección electrónica indicada en tal oficio hmartinezm3@dian.gov.co, asignado al funcionario Henry Orlando Martínez Morales, con lo cual se cumplió de forma oportuna e íntegra con la entrega de la información requerida.

5º. El 24 de agosto de 2015, de forma sorpresiva y sin la notificación prevista en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, se hicieron presentes dos personas que manifestaron haber sido comisionadas por el jefe de la División de Control Cambiario de dicha Seccional para realizar una visita de inspección a los archivos de Hidalgo e Hidalgo S.A., solicitando la entrega de tal documentación, cuando la misma ya había sido remitida previamente vía correo electrónico el 4 de agosto de 2015.

6º. El día de la mencionada visita, en las oficinas de la sociedad demandante no se encontraba presente ninguno de los representantes legales, por lo que a los funcionarios de la empresa que atendieron la visita les fue imposible entregar la información confidencial requerida por la DIAN, ya que no estaban autorizados para ello y la mayoría de esa información era registros contables y movimientos financieros.

7°. La diligencia no se pudo terminar de forma satisfactoria, ya que a los empleados de la sociedad demandante les estaba prohibido entregar información de la compañía, sin la debida autorización, hacerlo los haría incurrir en investigaciones disciplinarias por violación del reglamento interno de trabajo. Así mismo, tampoco les era posible notificarse del acto por el cual se comisionada la visita y firma el acta de hechos, documento que no fue elaborado en las instalaciones de la sociedad, teniendo los medios para haberlo hecho ahí mismo, por lo que no es aceptable la acusación de renuencia, señalada en el inciso segundo de la página tres del Pliego de Cargos No. 1306 del 15 de septiembre de 2015.

8°. El 17 de septiembre de 2015, la DIAN les notificó el auto de formulación de cargos No. 1-03-248-427-301-38-1306, por medio del cual se dio inicio al procedimiento sancionatorio en su contra, por la supuesta violación del numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 28 de junio de 2011, con fundamento en la renuencia de entregar información en la visita del 24 de agosto de 2015 y había impedido que se llevara a cabo la misma.

9. El 9 de noviembre de 2015, funcionarios comisionados por la División de Gestión de Control Cambiario de la DIAN realizaron otra visita de inspección en las oficinas de la sociedad demandante, en la que por segunda vez se les entregó la documentación que había sido solicitada mediante oficio No. 1-03-248-427-1060 de 21 de julio de 2015.

10°. El 12 de noviembre de 2015, la sociedad demandante presentó escrito de descargos con el No. 65836 junto con los documentos y pruebas que dan cuenta que no se trataba de una conducta evasiva, por lo cual volvió a remitir de forma física la información que se le había solicitado el 15 de julio de 2015, mediante oficio No. 1-03-248-427-1060, es decir, que en tres oportunidades se remitió tal información.

11°. Con la remisión de la documentación vía correo electrónico al funcionario de la DIAN Henry Orlando Martínez Morales el 4 de agosto de 2015, la entrega de documentos en la visita de 9 de noviembre de 2015 y la radicación de los mismos con los descargos, son prueba suficiente de que la sociedad demandante no se ha rehusado a entregar la información a la DIAN, sino que simplemente para la fecha de la primera visita los empleados no contaban con la autorización para

entregar los documentos contables y financieros, debido a que dicha inspección no fue previamente notificada.

12°. Mediante la Resolución 0414 de 30 de marzo de 2016, la sociedad demandante fue sancionada con multa por valor de \$5.655.800, por el incumplimiento de lo previsto en el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externas No. 8 de 5 de mayo de 2000 proferida por la Junta Directiva del Banco de la República según el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011.

13°. El 2 de mayo de 2016, presentó recurso de reconsideración en contra de la anterior decisión, solicitando la práctica de pruebas, respecto del cual mediante Auto No. 03-236-408-105-0489 expedido por la Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, negó la práctica de las pruebas testimoniales que había sido solicitadas, con el argumento de que con los documentos allegados se podía establecer la veracidad de los hechos alegados.

14°. El 21 de octubre de 2016, la DIAN les notificó personalmente la Resolución No. 0897 de 12 de los mismos mes y año, por medio de la cual se confirmó la sanción impuesta sin realizar ninguna valoración probatoria.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En su escrito de demanda, la parte actora consideró como infringidos el numeral 1 y parágrafo 1 del artículo 3, numeral 32 artículo 3, artículo 15 Decreto 2545 de 2011, artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000, artículo 29 de la Constitución política, artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012 y artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.

La parte demandante formuló los siguientes cargos de nulidad:

Primer Cargo – Violación de las normas en que debía fundarse la Resolución No. 0897 de 12 de octubre de 2016, por omitir la aplicación del numeral 1 y parágrafo 1 del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011

Señaló, que el cargo por el cual se sancionó a su representada se fundamentó en que se rehusó a suministrar la información solicitada en una visita sorpresa, sin tener en cuenta que la documentación requerida fue remitida a la DIAN en

tres oportunidades diferentes. A pesar de ello y de estar suficientemente probado, no dio aplicación al numeral 1 y parágrafo 1 del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011, esto es, que no existía mérito para imponer la glosa discutida, como quiera que la entidad demandada obtuvo la información solicitada.

Adicionalmente, indicó que tampoco se tuvo en cuenta el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 en la medida en que no se graduó adecuadamente la sanción impuesta, pues se demostró que no hubo resistencia, negativa u obstrucción a la acción de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Segundo cargo – falsa Motivación de la Resolución No. 0897 de 12 de octubre de 2016 por Violación al Debido Proceso y al Derecho de Defensa y Contradicción por falta de congruencia entre el pliego de cargos y el acto sancionatorio al interpretar extensivamente una norma sancionatoria.

Adujo, que la sanción propuesta en el acápite de *“INFRACCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA MULTA A PROPONER”* de la Resolución No. 1306 de 15 de septiembre de 2015, por medio del cual se formuló el pliego de cargos es: *“por rehusarse a atender la comisión visitadora e impedir llevar a cabo la visita administrativa de inspección, vigilancia y control ordenada en Auto Comisorio 248-427-131 de 19 de agosto de 2015, es la provista en el numeral 32 del artículo 3º del Decreto 2245 de junio 28 de 2011”*.

Explicó que, pese a lo anterior, el fundamento de la Resolución No. 0414 de 30 de marzo de 2016, por medio de la cual se sancionó a la sociedad demandante fue una norma diferente, esto es, *“por infringir lo previsto en el inciso 2 del artículo 3º de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones de la Junta Directiva del Banco de la República, conforme lo establece el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011”*, correspondiente a no haber presentado los documentos que contenían las características de una operación cambiaria a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Concluyó, que el acto administrativo sancionatorio varió la motivación y desatendió los cargos formulados en el pliego de cargos, endilgando una sanción por un hecho distinto, lo cual viola abiertamente el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción, como quiera que existe incongruencia entre la

primera actuación administrativa (pliego de cargos) y la segunda (resolución sanción), ya que no tuvo la posibilidad de controvertir la imputación de haber incumplido el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externa 8 del 2000, proferida por el Banco de la República. Tan es así, que el acto administrativo que culminó la actuación – Resolución 0897 de 12 de octubre de 2016, explicó que sí existiera tal disparidad entre la motivación del pliego de cargos y la resolución sanción, las normas guardan correspondencia, puesto, que la primera de ellas es norma sustantiva y la otra como sancionatoria.

Con fundamento en lo anterior, dedujo que el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011 no señala que el hecho generador de la sanción allí contemplada sea incumplir con el artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000, dándole así una aplicación extensiva a la primera de estas normas, lo cual configura falsa motivación del acto administrativo y desconoce el artículo 29 de la Constitución Política.

Tercer Cargo: Ausencia de Hecho Generador y/o Atipicidad de la Sanción impuesta, mediante el Pliego de Cargos – Resolución 1306 de 15 de septiembre de 2015

Señaló, que se propone de manera subsidiaria en caso de que la DIAN decida cambiar su tesis y argumentar que el pliego de cargos es congruente con las resoluciones sancionatorias, como quiera que del material probatorio allegado a la investigación se pudo demostrar que por parte de los empleados de la sociedad demandante nunca existió manifestación con la cual se pueda determinar que se ocultó, se impidió y no se autorizó la entrega de la información solicitada y el adelantamiento de la inspección, por lo que no es coherente que la DIAN con base en el acta de hechos haya determinado la reticencia de la sociedad demandante, cuando tal documento no se elaboró en el lugar de la visita. No tuvo en cuenta que la misma fue atendida por personas que no tenía competencia ni mucho menos legitimación para componer, firma y hablar en nombre de Hidalgo e Hidalgo, ya que la persona jurídica por ley tiene un representante legal traducido en una persona física, encargada de comprometer o no al ente societario y velar por el cumplimiento de sus competencias, función es y limitaciones.

De otra parte, indicó que el hecho de que los empleados de la sociedad demandante no hayan atendido la visita sorpresiva del 24 de agosto de 2015, viciada por no haber sido notificada previamente frente a las pruebas documentales que dejaron de ser valoradas y rechazadas las testimoniales solicitadas en los actos demandados, muestra la intención de desquite y escarmiento por parte de ente demandado, cuando la única realidad que tales personas no estaban autorizadas para entregar la información contable y financiera de la Compañía.

Finalmente, concluyó que no existió motivación y/o hecho generador que diera continuación al procedimiento sancionador que se adelantó, como quiera que mediante los descargos presentados el 12 de noviembre de 2015, nuevamente se hizo entrega de la información requerida por la DIAN y nunca efectuó manifestación de renuencia a entregar tal información.

Cuarto Cargo: Falsa Motivación y Desviación de poder por Ausencia de hecho generador y/o atipicidad de la sanción impuesta mediante las Resoluciones acusadas:

Argumentó, que el fundamento de la sanción fue: *“por infringir lo previsto en el inciso 2 del artículo 3º de la Resolución Externa 8 del 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones de la Junta Directiva del Banco de la República, conforme lo establece el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011”*, y dicho acto administrativo pareciera concluir que la sociedad demandante nunca ha presentado la información solicitada dentro de la investigación administrativa en la diligencia preliminar, lo que no corresponde con la realidad, como quiera que se demostró con suficiencia que en tres oportunidades se entregó tal información, así: i) el 4 de agosto de 2015, se remitió al correo electrónico de Henry Orlando Martínez Morales (se anexó constancia de remisión); ii) el 9 de noviembre de 2015 en la visita efectuada por la DIAN se volvieron a entregar; y iii) 12 de noviembre de 2015, como anexo al documento de descargos.

Con fundamento en lo anterior dedujo, que los actos administrativos demandados están viciados de nulidad por falsa motivación y desviación de poder, en la medida en que los hechos que dieron origen no tienen ninguna conexidad con la norma fundamento de estas.

Cargo Quinto: Violación al Debido Proceso Administrativo por ilegalidad de la visita adelantada por la DIAN el 24 de agosto de 2015 por no haber sido notificada en la forma establecida en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011.

Explicó, que los actos sancionatorios nada dijeron respecto de no haberse atendido la visita del 24 de agosto de 2015, ya que solamente tuvieron como prueba el acta de hechos elaborada por los mismos funcionarios de la DIAN, en desarrollo de una visita ilegal, que se recaudó sin atender los procedimientos previstos en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, es decir, no se notificaron de forma previa la decisión por la cual se programó tal visita y el comisorio.

Señaló, que no tiene ningún sentido que la entidad demandada ante la anterior falencia hubiera alegado que la visita sorpresa adelantada el 24 de agosto de 2015, se encuentra enlistada en el artículo 9 del Decreto 2245 de 2011, como una de las actividades a cargo de tal entidad como ente de administración cambiaria, sin tener en cuenta el artículo 15 de la misma normatividad.

Lo anterior, tiene sustento en el concepto emitido por la DIAN con radicado No. 100033024 de 23 de octubre de 2015, por medio del cual esa entidad señaló que con ocasión del artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, todas las actuaciones administrativas en materia cambiaria *“deben notificarse por correo a través de la red oficial de correos o de cualquier servicios de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente, o personalmente, o de manera electrónica”*, dentro de las cuales se encuentran las diligencias enunciadas en el artículo 9 de la misma norma.

Cargo sexto: violación del artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012.

De otra parte, mencionó que con la solicitud de los documentos soporte de las declaraciones de importación realizadas por la sociedad demandante se viola el artículo 9 del Decreto ley 019 de 2012, en razón a que el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999 dichos documentos deben reposar en los archivos de la Agencia de Aduanas que adelantó la operación de comercio exterior – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por lo tanto, la entidad demandada no estaba

facultada para solicitar la entrega de documentación que ya había sido remitida en tres ocasiones, por lo que reposaban en sus archivos.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado de la entidad demandada - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN – (en adelante DIAN) respecto del primer cargo argumentó, que los actos administrativos acusados se expidieron en cumplimiento de las normas sustantivas y de procedimiento aplicables para el caso, estas son, el artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, el artículo 9 del Decreto Ley 2245 de 2011 y el Decreto 2685 de 1999.

Señaló que los intermediarios del mercado cambiario y los titulares de las cuentas de compensación, deben permitir que la U.A.E. – DIAN ejerza las funciones legales de control como autoridad tributaria, aduanera y cambiaria y por ser la sanción impuesta el resultado de no permitir el acceso a los archivos de la sociedad demandante, con el fin de que los funcionarios de dicha entidad pudieran verificar que la información que ellos presentaron era completa, idéntica, acorde y coherente con la que manejan físicamente, motivo por el cual no es posible dar aplicación al numeral 1 del parágrafo 1 del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011 y tampoco el artículo 50 de la ley 1437 de 2011.

Adujo, que lo anterior fue probado ya que los funcionarios de la División de Gestión de Control Cambiario de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, el 24 de agosto de 2015 cuando se hicieron presentes para llevar a cabo la visita fueron atendidos por el contador, tesorero y abogado de la sociedad demandante, quien le recomendó no atender la diligencia ni suministrar ninguna documentación, así como tampoco suscribir algún tipo de actuación.

En relación con el segundo cargo, señaló que con la expedición de los actos administrativos acusados no se violó el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción de la sociedad demandante, ya que no existe incongruencia entre el pliego de cargos y la resolución sanción, por cuanto la norma invocada en los dos es la misma y como la legislación cambiaria señala las causales sancionatorias, que en este caso, se encuentra consagrada en el inciso 2 del

numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011 y en el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externa 8 del 5 de mayo de 2000, expedida por el Banco de la República.

Adujo, que la sociedad demandante tuvo conocimiento de los hechos que originaron la sanción, cuya constancia obra en el acta de hechos que se negaron a suscribir los empleados de la sociedad demandante el día de la visita, así como durante toda la actuación administrativa el ente demandado dio a conocer todos los actos administrativos proferidos con tal fin y prueba de ello es que hicieron uso de los recursos en contra de los mismos, por lo que tales decisiones gozan de plena legitimidad y eficacia, con respeto del debido proceso y del derecho de defensa.

De otra parte, indicó que no existe falsa motivación en la expedición de las resoluciones demandadas, ya que en la parte motiva de los mismos se invocaron las razones de hecho y de derecho que los sustentan, es decir, que la situación de hecho que fundamentó la sanción existe y fueron verificados por la División de Gestión de Control Cambiario, quien las calificó de forma legal y correcta, lo que conlleva a deducir que no existió error de hecho ni de derecho, que determine la nulidad de dichos actos.

Respecto del tercer y cuarto cargo, expresó que es prueba suficiente el acta de hechos que obra a folios 3 y 4 de los antecedentes administrativos, la cual no ha sido desvirtuada y en unos de sus apartes textualmente, entre otras, indica: “(...) se le comunica al señor Duarte el motivo de la visita y le ponemos de presente el Auto Comisorio que nos faculta para tal evento, nos dice que nosotros como funcionarios de DIAN (sic) no podíamos presentarnos sin previo aviso, argumentándose en el artículo 476 del Decreto 2685 de 1999, por lo que se le hizo saber que la diligencia de verificación no era de tipo aduanero sino cambiaria y que no nos regíamos por el Decreto 2685 de 1999 sino a acuerdo a las facultades que nos otorga el Decreto 2245 de 2011, artículo 9 numeral 2... Por lo anterior, dicho señor da instrucciones de no atender la diligencia ni suministrar ninguna documentación, como tampoco formar ningún tipo de actuación por parte de la comisión visitadora, persona que adicionalmente se demostró descortés y renuente a brindar información y firmar documentos a los funcionarios de la DIAN (Auto Comisorio y Acta de Hechos y demás (...))”

Con base en lo anterior, concluyó que por parte del funcionario de la sociedad demandante si existió una conducta renuente a suministrar la información solicitada por la comisión visitadora, a pesar de ponérsele de presente el auto que fueron comisionados para tal fin, lo cual permitió la tipificación de lo dispuesto en el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, correspondiente a sanción de multa equivalente a doscientas unidades de valor tributario. Por lo tanto, esa conducta omisiva constituyó el hecho generador de la sanción impuesta, ya que el artículo 7 del Decreto 2245 de 2011 establece que, para inicio de una investigación administrativa tendiente a determinar la comisión de infracciones cambiarias, es posible adelantar visitas administrativas de registro, inspección, vigilancia y control como la del 24 de agosto de 2015.

Señaló que la finalidad de las infracciones cambiarias atiende a la protección del orden público – económico, por lo que basta con que se realice un hecho u omisión de alguna de las normas consagradas en el régimen de cambios para que se configure una infracción de ese tipo, a la que le corresponde multa pecuniaria, sin justificación por causas subjetivas eximentes de responsabilidad, como las alegadas por la sociedad demandante, esto es, que no se encontraban las personas autorizadas para atender la visita y haber remitido en tres ocasiones a la DIAN la información requerida, por cuanto no se trata de recepcionar la información y documentación, que posiblemente ya había sido entregada, sino de verificar que la misma fuese consistente con la que reposaba físicamente en los documentos oficiales de la sociedad demandante y que adicionalmente estuviera completa.

Finalmente, dedujo que no le asiste razón a la demandante en relación con la ausencia de hecho generador y/o atipicidad de la sanción impuesta a través de los actos administrativos demandado, por supuestamente haber entregado en 3 ocasiones los documentos requeridos, como quiera que existe norma sustantiva y sancionatoria que prevé la conducta desplegada por la sociedad demandante, que en su orden son: el artículo 3 de la resolución Externa No. 8 de 5 de mayo de 2000, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República y el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, que prescribe el evento en que se configura la sanción, esto es, cuando no se entrega la documentación requerida

por la entidad competente en el curso de una visita administrativa de registro, inspección y control, como aquí ocurrió.

Sobre el quinto cargo, refirió que no se presentó violación al debido proceso administrativo de la sociedad demandante en la visita efectuada por los funcionarios de la DIAN el 24 de agosto de 2011, como quiera que el auto comisorio que la ordenó no es de aquellas actuaciones señaladas en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, a pesar de que allí se prevea respecto de las demás actuaciones administrativas cambiarias, pues se trata de un auto de trámite que no afecta derechos.

Sin embargo, explicó que la referida disposición establece la posibilidad de notificarse de 3 formas: i) notificación por correo; ii) personal; y iii) electrónicamente, por lo que como ya se había mencionado antes, la diligencia de notificación personal no pudo llevarse a cabo ante la renuencia del funcionario de la sociedad demandante para entregar la información y firmar los documentos, lo que implicaba la exhibición original del auto comisorio que ordenó la visita de verificación cambiaria y la entrega de una copia. Por lo tanto, la DIAN si cumplió con la normatividad en materia de notificación y comunicación de las actuaciones administrativas cambiarias de conformidad con el Decreto 2245 de 2011.

Finalmente, en relación con el último cargo indicó que no se presentó violación al artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012, como quiera que según los numerales 4 y 5 del artículo 3 del Decreto 4048 de 2008, la DIAN tiene como función dirigir, administrar, controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, así como controlar y vigilar las operaciones derivadas del régimen cambiario que no sean de competencia de otra entidad.

5. TRÁMITE PROCESAL Y ALEGACIONES

1º. La demanda se presentó el 27 de marzo de 2017 (f. 103) y se admitió por auto de 8 de mayo del mismo año (fs. 106 y 107).

3º. El 12 de diciembre de 2017 se notificó la admisión de la demanda a la DIAN, quien a través de apoderado judicial allegó contestación el 29 de septiembre de 2017, oponiéndose a las pretensiones de esta (fls. 117 a 117 a 130):

4º. Por auto de 1 de marzo de 2018 (f. 150), se fijó fecha para audiencia inicial, la que se llevó a cabo el día 3 de abril del mismo año (fs. 152 a 156), en ella se evacuaron todas las etapas señaladas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 y se fijó fecha para audiencia de pruebas, la que se practicó el 22 de mayo de 2018 (fs. 168 y 169).

5º. En la primera sesión de la audiencia de pruebas se recaudaron la totalidad de las pruebas decretadas en la audiencia inicial y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito, derecho del que hicieron uso las partes (fs. 171 a 174 y 175 a 183), en el sentido de reiterar sus argumentos de demanda y contestación de esta.

7º. El señor Agente del Ministerio Público no allegó concepto.

CONSIDERACIONES

Revisado el proceso se encuentra que no se da causal alguna que pueda dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido y se procede a decidir sobre el fondo del asunto litigado, lo que se hará en primera instancia.

1. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo anterior, debe ponerse de presente que este Juzgado al momento de llevar a cabo la audiencia inicial, fijó el litigio en los siguientes términos:

Declarar o no la nulidad de las Resoluciones Nos. 1-03-241-433-601-238-0414 de 30 De marzo de 2016, expedida por la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, por medio de la cual se impuso una sanción cambiaria y la 03-236-408-610-0897 de 12 de octubre de 2016, proferida por el Jefe Grupo Interno de Trabajo Vía Gubernativa de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto en contra del acto inicial y si como consecuencia de ello debe restablecer el derecho en favor del demandante, declarando que no

había lugar a imponer a la sociedad demandante la multa determinada en los actos administrativos acusados.

2. MEDIOS PROBATORIOS RELEVANTES

Para efectos de la adopción de esta decisión de fondo, el Despacho pone de presente que en el expediente obran los siguientes medios de prueba a los que se les dará el valor probatorio correspondiente:

1. Oficio 1-03-248-247-1060 de 9 de julio de 2015, mediante el cual la DIAN dentro de la diligencia preliminar 2015-205, solicitó a la sociedad demandante preparar una serie de información que debe ser verificada y recopilada durante los días 3 y 4 de agosto de 2015, notificada vía correo electrónico (fs. 38 a 40).
2. A folios 3 y 4 del expediente de antecedentes administrativos obra Acta de Hechos de fecha 24 de agosto de 2015, donde consta la visita administrativa de inspección, vigilancia y control llevada a cabo por funcionarios de la DIAN a la sociedad demandante en cumplimiento del Auto Comisorio No. 248-427-0131 de 19 de agosto de 2015.
3. Acto de Formulación de Cargos No. 1-03-248-427-301-38 de 15 de septiembre de 2015, con el que la funcionaria delegada de G.I.T. Otras Infracciones cambiarias I División de Gestión de Control Cambiario – Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, resolvió formular cargos a la sociedad demandante por presunta violación de lo previsto en el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones de la Junta Directiva del Banco de la República, por rehusarse a atender e impedir llevar a cabo la visita administrativa de inspección y vigilancia ordenada en Auto Comisorio 248-427-131 de 19 de agosto de 2015 (fs. 46 y 47)
4. Acta de Hechos levantada el 9 de noviembre de 2015, en desarrollo de la visita llevada a cabo por los funcionarios de la DIAN en las instalaciones de la sociedad demandante, para dar cumplimiento al Auto Comisorio No. 248-427-176 de 6 de noviembre de 2015, atendida por Farnedy Flores y

Rodrigo Castellano en su calidad de contadora y financiero, suscrita únicamente por la primera de ellas.(fs. 48 a 51)

5. Escrito a través del cual la sociedad demandante el 12 de noviembre de 2015, presentó descargos al acto de formulación de cargos No. 03-248-427-301-38-1306 (fs. 52 a 60)
6. Resolución 0414 de 30 de marzo de 2016, a través de la cual el Funcionario GIT Fallo de Investigaciones Cambiarias División de Gestión de Liquidación – Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá, impuso a la sociedad demandante multa por la suma de \$5.655.800, por violación de lo previsto en el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones dela Junta Directiva del Banco de la República, por rehusarse a atender e impedir llevar a cabo la visita administrativa de inspección, vigilancia y control ordenada en Auto Comisorio 248-427-131 de 19 de agosto de 2015 (fs. 61 a 67)
7. Escrito radicado el 2 de mayo de 2016, con el que la sociedad demandante interpuso recurso de reconsideración en contra de la decisión anterior (fs. 68 a 83)
8. Resolución 03-236-408-610 0897 de 12 de octubre de 2016, por medio de la cual la Jefe GIT Vía Gubernativa – División de Gestión Jurídica confirmó el acto inicial y su notificación personal (fs. 84 a 93).
9. A folios 98 a 102 del expediente obra el reglamento interno de trabajo de la sociedad demandante.
10. Antecedentes administrativos (1 a 235).

3. DECISIÓN SOBRE LOS CARGOS DE NULIDAD

La parte demandante formuló los siguientes cargos de nulidad: i) violación de las normas en que debía fundarse la Resolución No. 03-236-408-610 0897 de 12 de octubre de 2016, al omitir la aplicación del numeral 1 del párrafo 1 del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011; ii) violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción por falta de congruencia entre el pliego de cargos y el acto sancionatorio – falsa motivación de la Resolución No. 0897 de 12 de octubre

de 2016 por interpretación extensiva de una norma sancionatoria; iii) ausencia de hecho generador y/o atipicidad de la sanción impuesta mediante el pliego de cargos; iv) falsa motivación y desviación de poder por ausencia de hecho generador y/o atipicidad de la sanción impuesta mediante las resoluciones acusadas; v) violación al debido proceso administrativo por ilegalidad de la visita adelantada el 24 de agosto de 2015, ya que no se notificó según lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, y vi) violación del artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012.

En atención a lo anterior el Despacho pasa a resolver los cargos propuestos, para lo cual se analizará así:

3.1. Cargo Primero: Violación de las normas en que debía fundarse la Resolución 03-236-408-610 0897 de 12 de octubre de 2016:

El apoderado de Hidalgo e Hidalgo Colombia SAS, adujo que el fundamento de la sanción consistió en el hecho de haberse rehusado a suministrar información solicitada en la visita efectuada por la entidad demandada de manera sorpresiva, sin que se tuviera en cuenta que tal información ya había sido remitida en 3 oportunidades diferentes, por lo que no existía mérito para imponer la respectiva sanción, según lo dispuesto en el numeral 1 párrafo 1 del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011. En tal virtud tampoco se dio aplicación al artículo 50 de la ley 1437 de 2011, como quiera que no se graduó adecuadamente la sanción impuesta al no haberse demostrado la resistencia, negativa u obstrucción.

Para responder este cargo, el apoderado de la DIAN señaló que la entidad que representa en ejercicio de las funciones legales de control como autoridad tributaria, aduanera y cambiaria sancionó a la sociedad demandante por no permitir el acceso a sus archivos con el fin de verificar que la información presentada era completa, idéntica, acorde y coherente con la que se manejaba físicamente. Situación que se encuentra probada, como quiera que al momento de llevar a cabo la visita el abogado les recomendó no atenderla ni suministrar ninguna información, así como tampoco suscribir alguna actuación. Por lo anterior, no es procedente la aplicación del numeral 1 párrafo 1 del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011 y el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011.

El Despacho considera que en la Resolución 03-236-408-610 0897 de 12 de octubre de 2016 *“Por medio del cual se resuelve recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 1-03-241-433-601-238-0414 de 30 de marzo de 2016”*, no existió violación de las normas en que debía fundarse, por las siguientes razones:

En primera instancia, el Despacho pone de presente que la violación a la norma jurídica superior por falta o indebida de aplicación, se configura en aquellos eventos en que la decisión cuestionada se adopta sin tomar en consideración la norma que regula de manera específica un trámite en concreto, o lo que es lo mismo, cuando no se considera la disposición superior que gobierna la materia de la que el mismo se ocupa.

En este sentido, se recuerda que en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 2245 de 2011 *“Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”*, dicha entidad en desarrollo de sus funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario podrá, entre otras. *“(…) 2. Realizar visitas administrativas de registro, inspección, vigilancia y control a los intermediarios del mercado cambiario, a las personas naturales o jurídicas y demás entidades asimiladas a éstas; a los agentes autorizados y terceros que realicen operaciones de cambio; así como a los establecimientos y oficinas donde se realicen dichas operaciones de conformidad con el régimen cambiario. En desarrollo de estas visitas se podrán registrar o examinar sus oficinas, archivos y muebles, contabilidad y, en general, realizar aquellas diligencias destinadas a verificar el manejo de las operaciones de cambio. 3. Solicitar y obtener la expedición de copias de los documentos que se examinen en el curso de una visita administrativa de registro, inspección, vigilancia y control, o puedan ser materia de la investigación cambiaria correspondiente”*

Así las cosas, del material probatorio allegado al proceso se evidencia de una parte, que en desarrollo de la normatividad anterior los funcionarios de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá – División de Gestión de Control comisionados por Auto No. 248-427-0131 de 19 de agosto de 2015, se hicieron presentes en las instalaciones de la sociedad demandante el día 24 de agosto de 2015, con el fin de llevar a cabo una visita administrativa de inspección, vigilancia

y control en relación con la canalización a través de mercado cambiario de los pagos o financiación en moneda extranjera de las importaciones de maquinaria pesada requeridas con anterioridad, lo cual consta en el acta de hechos que se suscribió por parte de tales funcionarios. En tal documento se dejaron las manifestaciones de que fueron atendidos por el tesorero y la contadora de la empresa a quienes se les enteró del motivo de la visita y que recibiendo instrucciones del señor Jorge Duarte no la atendieron ni suministraron información, así como tampoco firmaron documento alguno.

De otra parte, es claro que en virtud de la facultad de investigación y fiscalización tributaria dada a la entidad demandada en cabeza de tal división de gestión respecto del cumplimiento de régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios¹, se podrán adelantar visitas para inspeccionar, vigilar y controlar las actuaciones de los intermediarios del mercado cambiario y los titulares de las cuentas de compensación, solicitando la documentación correspondiente a los sujetos de vigilancia, quienes están en la obligación de suministrar la información solicitada en desarrollo de estas. De igual manera cuenta también, con la potestad de adelantar acciones encaminadas a prevenir, investigar y sancionar las infracciones a la legislación aduanera y cambiaria², para lo cual deberá adelantar las investigaciones y ejecutar todos los actos previos y preparatorios para dar aplicación a las sanciones en estas materias³. Las anteriores prerrogativas no pueden ser equiparadas o suplidas, como lo pretende la parte demandante, con el envío de la documentación requerida. Dicho en otras palabras, la facultad ejercida por el ente de control no puede ser desplazada por la remisión de la información directamente a la entidad, ello sería desnaturalizar el objeto de las visitas, más cuando el fin de la misma, en este caso, fue aclarar inconsistencias presentadas con la canalización del giro de divisas por la compra de mercancía “Maquinaria Amarilla” presentadas en la información suministrada en formato cuadro Excel enviado por correo electrónico, solicitado en el requerimiento.

En consecuencia, en el presente caso no era procedente dar aplicación al numeral 1 y párrafo primero del artículo 31 del Decreto 2245 de 2011, por

¹ Inciso 2 artículo 1, numerales 4 y 5 del artículo 3 del Decreto 4048 de 2008 “Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”

² Numeral 15 artículo 39 del Decreto 4048 de 2008.

³ Numeral 1.1. del artículo 46 del Decreto 4048 de 2008.

cuanto en relación con la omisión de entregar la documentación requerida en desarrollo de la visita de inspección, vigilancia y control adelantada por la entidad demandada en 24 de agosto de 2015, si existía mérito para imponer la sanción acusada, en virtud de lo establecido en el numeral 32 del artículo 3 de la misma norma⁴.

Finalmente, respecto de la aplicación del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, bastará con precisar que ésta es una norma de carácter supletoria, es decir, dispuesta únicamente para cuando no existan leyes especiales, lo cual no ocurre en este caso, como quiera que el Decreto Ley 2245 de 2011, prevé el régimen sancionatorio que debe seguir la DIAN, por lo tanto, hay norma especial.

3.2. Cargo Segundo: Falsa Motivación de la Resolución No. 08987 de 12 de octubre de 2016 por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción por falta de congruencia entre el pliego de cargos y la resolución sancionatoria – interpretación extensiva de una norma sancionatoria:

El apoderado demandante explicó, que dentro del acápite de infracción y liquidación de la multa a proponer que aparece en la formulación pliego de cargos, hace referencia al hecho de haberse rehusado a atender e impedir llevar a cabo la visita de inspección, vigilancia y control realizada por los funcionarios de la entidad demandada, lo cual no corresponde al fundamento de la Resolución No. 0414 de 30 de marzo de 2016, por la que se impuso la sanción. Es decir, se aplicó una norma diferente, esto es, por infringir el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones del Banco de la República, lo que corresponde a no haber presentado los documentos que contenían las características de una operación cambiaria. En consecuencia,

⁴ **ARTÍCULO 3o. SANCIÓN.** Las personas naturales o jurídicas y demás entidades asimiladas a estas que infrinjan el régimen cambiario respecto de operaciones y obligaciones cuya vigilancia y control sea de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, serán sancionadas con la imposición de multa que se liquidará de la siguiente forma: (...)

32. Por no presentar o no enviar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la información o los documentos solicitados mediante requerimiento oficial o en desarrollo de visitas administrativas de registro e inspección, o por presentar o enviar la información o los documentos con errores o en forma incompleta se impondrá una multa equivalente a doscientos (200) unidades de valor tributario (UVT) por cada requerimiento o solicitud no atendido o atendido con errores o en forma incompleta.

Igual sanción será aplicable en los eventos en que se oculte o se impida o no se autorice el acceso a los archivos a los funcionarios competentes que se encuentren investigando la ocurrencia de una posible infracción cambiaria, en ejercicio de las facultades de control otorgadas a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el artículo 9o del presente decreto.”

existió incongruencia, por ende, falsa motivación y violación del debido proceso y del derecho defensa y contradicción al haberse endilgado una sanción por un hecho distinto, pues el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, no señala que el hecho generador de la sanción sea la norma contemplada en la Resolución externa antes mencionada.

Al respecto, el apoderado de la DIAN adujo que las normas invocadas en los dos actos administrativos mencionados son las mismas y por ser legislación cambiaria consagran las causales sancionatorias aplicables, además que en su parte motiva se invocaron las razones de hecho y de derecho que los sustentan, así como también a la sociedad demandante se le dieron a conocer todas las actuaciones adelantadas dentro del trámite administrativo y los hechos que dieron origen a la sanción impuesta, por lo que no es cierto que se hayan desconocido los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Para el Juzgado la Resolución 1-03-241-433-601-238 de 30 de marzo de 2016 *“POR LA CUAL SE IMPONE UNA SANCIÓN CAMBIARIA”*, se encuentra debidamente motivada, por cuanto la misma le fue propuesta mediante formulación de cargos de fecha 15 de septiembre de 2015, por ende, no existió incongruencia entre ellas, así como tampoco se interpretó de forma extensiva la norma fundamento de tal decisión, como pasa a explicarse:

Para resolver este cargo de nulidad, el Despacho recuerda que la falsa motivación a la que se refiere el inciso segundo del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, entraña el control de los motivos o circunstancias de hecho y de derecho que tuvo en cuenta la administración para adoptar la respectiva decisión. La misma se configura, (i) en los eventos en los que la realidad no concuerda con los supuestos que se dieron por probados, bien porque no existieron o se valoraron de manera equivocada, (ii) porque se pasaron por alto circunstancias que estaban demostradas y que de haber sido apreciadas el asunto se habría definido de una manera diferente, o (iii) las reglas de derecho consideradas no hacen parte del ordenamiento jurídico o no existen en la forma en la que las consideró la administración⁵.

⁵ Frente a la falsa motivación, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, en sentencia del 12 de octubre de 2011, con ponencia del Consejero Gustavo Gómez Aranguren, dentro del proceso con radicado No. 68001-23-31-000-2008-00066-01, indicó lo siguiente: *“La falsa motivación, como causal de anulación de los actos administrativos, ha sido entendida como aquella razón que da la administración de manera engañosa, fingida, simulada, falta de ley, de realidad o veracidad. De igual forma se ha dicho que la falsa motivación se configura cuando las circunstancias de hecho y de derecho que se aducen para la*

En el presente caso, se tiene que el pliego de formulación de cargos señaló que la investigación administrativa se inició con ocasión a que la sociedad demandante se rehusó a atender e impidió llevar a cabo la visita administrativa de vigilancia, inspección y control ordenada mediante Auto Comisorio 248-427-131 de 19 de agosto de 2015, según lo consignado en el Acta de Hechos de 24 de agosto de 2015, para lo cual en el acápite denominado “*INFRACCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA MULTA A PROPONER*” hizo mención a que la sanción era la prevista en el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, teniendo en cuenta que tanto en el análisis y conclusiones como en el resuelve indicó como conducta constitutiva de tal sanción la establecida en el inciso 2 del artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones de la Junta Directiva del Banco de la República.

En el mismo sentido, la Resolución 0414 de 30 de marzo de 2016 por medio de la cual se impuso una sanción cambiaria se fundamentó en los mismos hechos objeto de investigación, así como también la conducta y la sanción que se propuso en la formulación de cargos coincide plenamente. Por lo tanto no le asiste razón a la parte demandante respecto a que se sancionó por un hecho distinto al propuesto, como quiera que el apoderado actor confunde la conducta con la sanción por su incumplimiento, pretendiendo que la norma que consagra la sanción contenga expresamente la referencia de la norma que establece la conducta o el hecho generador de tal sanción, olvidando que en este caso la conducta descrita en el artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones del Banco de la República⁶, hace referencia a la presentación de los documentos allí señalados ante las entidades encargadas del control y vigilancia del cumplimiento del régimen cambiario dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones cambiarias, en este caso, la visita efectuada el 24 de agosto de 2015 dentro de la cual los funcionarios de la sociedad demandante no entregaron la

emisión del acto administrativo correspondiente, traducidas en la parte motiva del mismo, no tienen correspondencia con la decisión que se adopta o disfrazan los motivos reales para su expedición”.

6

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.*

documentación requerida, por ende no permitieron que la misma se llevara a cabo.

Adicionalmente, el artículo 4 de la misma norma respecto a las sanciones por el incumplimiento de cualquier obligación de carácter cambiario remite a las normas legales pertinentes, esto es, al Decreto 2245 de 2011, específicamente el aplicable en este caso, el numeral 32 del artículo 3 que, en su tenor literal, reza:

“(…)

32. Por no presentar o no enviar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la información o los documentos solicitados mediante requerimiento oficial o en desarrollo de visitas administrativas de registro e inspección, o por presentar o enviar la información o los documentos con errores o en forma incompleta se impondrá una multa equivalente a doscientos (200) unidades de valor tributario (UVT) por cada requerimiento o solicitud no atendido o atendido con errores o en forma incompleta.

Igual sanción será aplicable en los eventos en que se oculte o se impida o no se autorice el acceso a los archivos a los funcionarios competentes que se encuentren investigando la ocurrencia de una posible infracción cambiaria, en ejercicio de las facultades de control otorgadas a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el artículo 90 del presente decreto.

(…)”

Solo en gracia de discusión, si se aceptara la tesis del apoderado actor se estaría desconociendo que la norma antes citada contempla tanto la conducta o hecho generador como la sanción a imponer por su inobservancia, así como también que existen normas que contiene tipos sancionatorios abiertos, el caso de la Resolución Externa 8 de 2000. Dichos tipos han sido reconocidos ampliamente, incluso por parte de la H. Corte Constitucional al definirlos como: *“aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se*

determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria”⁷

En consecuencia, este cargo no está llamado a prosperar.

3.3. Cargos Tercero y Cuarto: Ausencia de hecho generador y atipicidad de la sanción impuesta mediante el pliego de cargos y las resoluciones acusadas -Falsa motivación y desviación de poder:

Por metodología el Despacho procede a resolver conjuntamente estos cargos, como quiera que sus fundamentos son semejantes.

Básicamente, el apoderado actor centró su argumentación en que no existe material probatorio con el que se hubiera podido demostrar que los empleados de la sociedad demandante ocultaron e impidieron la entrega de la información solicitada en el desarrollo de la visita, por cuanto la misma fue atendida por personas que no tenían la competencia ni legitimación para comprometer, firmar y hablar en nombre de ésta. Por lo tanto, no existió motivación y/o hecho generador que diera continuidad al procedimiento sancionatorio, cuando la información requerida había sido enviada en varias oportunidades, lo que demuestra la intención de sancionarlos.

Al apoderado de la entidad demandada sobre estos cargos, señaló que el acta de hechos es prueba suficiente, ya que allí se consignó lo ocurrido en la visita del 24 de agosto de 2015 y una vez fueron enterados del motivo de esta, los funcionarios de la sociedad demandante recibieron instrucciones de no atender la diligencia ni suministrar documentación alguna. Por lo tanto, si existió una conducta renuente que permite la tipificación de lo establecido en el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, es decir, que la conducta omisiva constituyó el hecho generador de la sanción impuesta

Señaló, que para que se configure una infracción cambiaria basta con que se realice un hecho u omisión de alguna de las normas consagradas en dicho

⁷ Sentencia C 018 de 2005.

régimen y su consecuencia será la imposición de multa y las razones subjetivas que alega la parte demandante no lo eximen de responsabilidad, como quiera que el objeto de la solicitud de entrega de información era verificar que la misma coincidiera con los que físicamente reposaban en las instalaciones de la sociedad.

El Juzgado advierte que los actos administrativos acusados no fueron expedidos con falsa motivación o desviación de poder por ausencia de hecho generador y/o atipicidad de la sanción impuesta a través de estos, con fundamento en las siguientes razones:

Con el fin de dilucidar si la actuación administrativa que dio origen a la expedición de los actos acusados, lo fue con plena observancia de los principios que inspiran el debido proceso administrativo, entre ellos el de tipicidad, para lo cual es indispensable analizar la normatividad que tuvo como soporte la DIAN para la adecuación de la conducta por la cual profirió la sanción, como también las normas en las que edificó el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado.

Al respecto se reitera lo dicho en acápites anteriores, según lo señalado en los actos acusados, la conducta por la cual finalmente se investigó y sancionó a la sociedad Hidalgo e Hidalgo SAS fue por haber transgredido las disposiciones establecidas en el artículo 3 de la Resolución Externa 8 de 5 de mayo de 2000 y sus modificaciones del Banco de la República y el numeral 32 del artículo 3 del Decreto 2245 de 2011, relativos en primer término, a la conservación de los documentos que deberá ser presentados a las entidades de vigilancia y control en cumplimiento del régimen cambiario dentro de las actuaciones administrativas que se inicien para determinar la comisión de infracciones a dicho régimen, así como también, consagra los eventos en los cuales se oculte o se impida o no se autorice el acceso los archivos a los funcionarios competentes cuando investiguen la ocurrencia de una posible infracción cambiaria en ejercicio de las facultades de control otorgadas en el artículo 9 del Decreto 2245 de 2011, esto es, el desarrollo de las visitas de inspección, vigilancia y control o por no presentar la información o los documentos solicitados mediante requerimiento oficial o en desarrollo de visitas administrativas de registro e inspección. Para lo anterior, se prevé la imposición de multa equivalente a 200 unidades de valor

tributario (UVT), aspectos que quedaron expresamente señalados tanto en la formulación de cargos como en la resolución sanción, por lo que no es cierto que la Administración haya omitido el deber de encuadrar el comportamiento de la actora en las normas jurídicas que le sirvieron de sustento para proferir la sanción.

Bajo esa óptica, es dable entender que, con anterioridad a la comisión de la conducta endilgada, la norma contenía una descripción típica que encajaba dentro del actuar omisivo de dicha sociedad, concluyendo entonces que el principio de tipicidad de las faltas no fue vulnerado en el presente asunto, puesto que era obligación de la demandante conocer dichas normas y acatarlas en su integridad, so pena de incurrir en una infracción que como consecuencia conlleva la imposición de una sanción.

En síntesis, el Despacho encuentra que la entidad demandada no vulneró los principios de legalidad y tipicidad, toda vez que de la revisión de los antecedentes administrativos se colige que a lo largo del procedimiento que concluyó con la sanción que la demandante discute, se observaron todas las etapas y procedimientos contemplados en las normas citadas líneas arriba, la falta endilgada estaba descrita con antelación en la norma, así como las consecuencias de su inobservancia. Por las anteriores razones, este cargo tampoco está llamado a prosperar.

3.4. Cargo Quinto: Violación al debido proceso administrativo por ilegalidad de la visita adelantada por la entidad demandante el 24 de agosto de 2015:

La parte actora adujo, que la visita efectuada por la entidad demandada es ilegal como quiera que no se le notificó de forma previa la decisión por la cual se programó la misma y el comisorio que la ordenó, según lo establecido en el artículo 15 del Decreto 2011.

Al respecto, el apoderado de la DIAN señaló que el auto comisorio que ordenó la visita efectuada por sus funcionarios el 24 de agosto de 2015 no se encuentra enlistados en el artículo 15 del Decreto 2245 de 2011, ya que se trata de un auto de trámite. Sin embargo, tal disposición prevé 3 formas de notificación y una de

ellas es la personal, que no pudo llevarse a cabo ante la renuencia de los empleados de la sociedad demandante para firmar los documentos exhibidos.

El Juzgado considera que la visita efectuada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN el 24 de agosto de 2015 no viola el debido proceso administrativo de la sociedad demandante, en la medida en que no es ilegal, ya que se efectuó en desarrollo de las funciones de control y vigilancia respecto del cumplimiento del régimen cambiario y no es requisito su notificación previa, como se analiza:

Para resolver este cargo, se hace necesario precisar que como se manifestó en los hechos de la demanda la sociedad Hidalgo e Hidalgo SAS tenía conocimiento de que dicha visita se llevaría a cabo los días 3 y 4 de agosto de 2015, por cuanto mediante requerimiento previo se le había solicitado una información y en tal visita sería recopilada la misma. Sin embargo, en tales fechas no se hicieron presentes, si no el 24 de los mismos mes y año.

Del artículo 15 del Decreto 2245 de 2011⁸, el Despacho infiere que la decisión por medio de la cual se ordena la comisión a los funcionarios correspondientes para que lleven a cabo la visita administrativa no se encuentra expresamente enlistada dentro de aquellas a las que se les indica una forma de notificación específica. Sin embargo, el inciso primero señala “y demás actuaciones administrativas cambiarias”, entendiendo según el artículo 8 de la misma norma, que la actuación administrativa es la etapa que se desarrolla previa a la

⁸ **“ARTÍCULO 15. FORMAS DE NOTIFICACIÓN.** Las citaciones, los requerimientos, los autos de archivo, los actos de formulación de cargos, las resoluciones de pruebas, las resoluciones de terminación de la investigación, las resoluciones que no acepten el pago de la sanción reducida, las resoluciones que impongan sanciones, las que decidan autorizar o cancelar la autorización como profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero o negar la misma, y demás actuaciones administrativas cambiarias, deben notificarse por correo a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente, o personalmente, o de manera electrónica.

Las resoluciones que resuelvan el recurso de reconsideración se notificarán personalmente o por edicto si el investigado no compareciere dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, contados a partir del día siguiente a la fecha de introducción al correo del aviso de citación.

PARÁGRAFO 1o. Los autos de archivo expedidos antes de la notificación del acto de formulación de cargos serán de cúmplase y no requerirán de notificación alguna.

PARÁGRAFO 2o. La notificación por medios electrónicos se aplicará en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional en reglamentación del artículo 46 de la Ley 1111 de 2006 y demás normas que la modifiquen o sustituyan.

PARÁGRAFO 3o. Las notificaciones a las que se refiere el presente artículo podrán efectuarse a través del mecanismo de la autorización para recibir la notificación, a partir de la entrada en vigencia del artículo 71 de la Ley 1437 de 2011.”

formulación de cargos, dentro de la cual se encuentran contempladas tales visitas.

La previsión anterior contiene un campo abierto de actuaciones, por lo que se hace necesario precisar que el acto administrativo a través del cual se ordena la comisión para la visita administrativa se profirió, de una parte, en desarrollo de las facultades de control legalmente otorgadas a la entidad demandada, según el artículo 9 del Decreto 2245 de 2011 – entre otras-:

(...)

2. Realizar visitas administrativas de registro, inspección, vigilancia y control a los intermediarios del mercado cambiario, a las personas naturales o jurídicas y demás entidades asimiladas a éstas; a los agentes autorizados y terceros que realicen operaciones de cambio; así como a los establecimientos y oficinas donde se realicen dichas operaciones de conformidad con el régimen cambiario. En desarrollo de estas visitas se podrán registrar o examinar sus oficinas, archivos y muebles, contabilidad y, en general, realizar aquellas diligencias destinadas a verificar el manejo de las operaciones de cambio.

3. Solicitar y obtener la expedición de copias de los documentos que se examinen en el curso de una visita administrativa de registro, inspección, vigilancia y control, o puedan ser materia de la investigación cambiaria correspondiente.

PARÁGRAFO. *La facultad para ordenar visitas administrativas que impliquen el registro cambiario recaerá únicamente en el Director de Gestión de Fiscalización, en el Subdirector de Gestión de Control Cambiario o en el Director Seccional competente para ejercer el control cambiario en el lugar objeto del registro, o en los empleados públicos que hagan sus veces.”*

Así las cosas, la administración en desarrollo de sus amplias facultades de investigación y fiscalización para adelantar visitas, verificaciones o constataciones, cruces de información, requerimientos ordinarios entre otros, no requiere poner en conocimiento previo o dar aviso de tales visitas, es decir, que

no haberse notificado la fecha en que se harían no vicia de alguna manera la actuación, ya que – como se dijo – la investigada tenía pleno conocimiento de los documentos solicitados, así como también que la visita se llevaría a cabo con el fin de constatar tal documentación e información, la que se solicitó mediante requerimiento y finalmente por cuanto los funcionarios comisionados le pusieron de presente previo al desarrollo de la visita el auto por medio del cual fueron comisionados para tal fin.

En tales condiciones, este cargo de nulidad no prospera.

3.5. Cargo sexto: Violación del artículo 9 del Decreto Ley 019 de 2012.

Argumentó que la solicitud de documentos soporte de las declaraciones de importación realizadas por la sociedad demandante viola el artículo 9 del Decreto 2245 de 2011, en razón a que de conformidad con el artículo 121 del Decreto 2685 de 1999, tales documentos deben reposar en los archivos de la agencia de aduanas que adelantó la operación de comercio exterior y por tanto también se desconoció el artículo 9 de la Ley 169 de 2012.

El apoderado de la entidad demandada explicó, que en virtud de los numerales 4 y 5 del Decreto 4048 de 2008 la entidad que representa tiene como función dirigir, administrar, controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias por importación y exportación de bienes y servicios, así como también las operaciones derivadas del régimen cambiario.

Advierte el Despacho que no existió transgresión de los artículos 121 del Decreto 2685 de 1999 y 9 de la Ley 169 de 2012, ya que el primero de ellos hace referencia a los documentos que deberá conservar para su presentación cuando la entidad de control así lo requiera, sin que ello implique prohibición por parte de dicha entidad de solicitarlos en el curso de la investigación de una posible infracción cambiaria, pues precisamente ese es el espíritu de la disposición; y el segundo aplica a los trámites que se adelanten ante la administración, lo cual no se presenta en este caso, ya que la entidad de control y en desarrollo de sus facultades legales solicita una información y documentación que la sociedad demandante está en la obligación – también legal- de presentar cuando se los soliciten. Por lo tanto, el requerimiento de la información y documentación no

constituye de ninguna manera vulneración de las disposiciones antes mencionadas, pues como se indicó el propósito de la visita tiene un propósito mas amplio al requerimiento de los documentos pues se trata de contrastar con los que reposan en la entidad.

Así entonces, se tiene que la demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el acto administrativo demandado, por lo que se negarán las pretensiones de la demanda.

4. COSTAS

En criterio de este operador judicial, para el *sub-lite* procede la condena en costas de manera objetiva tal como lo disponen los artículos 188 de la Ley 1437 de 2011, y el numeral 1º del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

Lo anterior, concretado en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, con ponencia del consejero William Hernández Gómez, en providencia de siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso con radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14)¹¹. reiterada en la providencia de 18 de enero de 2018, dentro del proceso con radicación No. 44001233300020149003501 (15752016), en la cual, se acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, entre ellos que la parte resultara vencida en el juicio.

Así las cosas, se condenará entonces en costas a la parte demandante en virtud de lo establecido por las normas antes citadas y la jurisprudencia expuesta, por haber resultado vencida. Se fija el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, en la suma equivalente al 1% de las pretensiones indicadas en la demanda, según lo establecido por el numeral 1 literal a. del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA-16-10554 del 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Cinco Administrativo de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

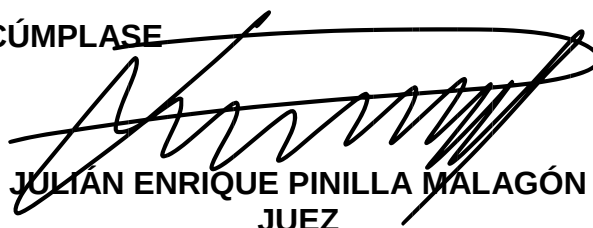
RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las razones esbozadas.

SEGUNDO.- CONDÉNASE en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada. **LIQUÍDENSE** por Secretaría. **FÍJASE** el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación, en la suma equivalente al 1% de las pretensiones indicadas en la demanda, según lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JULIÁN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN
JUEZ

Firmado Por:

JULIAN ENRIQUE PINILLA MALAGON
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 45 ADMINISTRATIVO BOGOTÁ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

26e4d87b186bece3948b9f808457b4ba2a1c1f292b08bedd3aaef4d4d3a1edbd

Documento generado en 18/09/2020 02:32:29 p.m.