

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUB SECCIÓN B

Bogotá D.C., quince (15) de octubre de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 110013341045201700147-01
Actor: MARLENE ROJAS RODRÍGUEZ
Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES
Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO – APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la señora Marlene Rojas Rodríguez contra la sentencia del 10 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C. (fls. 96 a 101 cdno. no. 1), mediante la cual se dispuso lo siguiente:

"RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la parte demandante en favor de la parte demandada. Líquidense por secretaría. Para tal efecto se fijan como agencias en derecho el cinco (5%) de la multa impuesta a la señora Marlene Rojas Rodríguez.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente 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. (fl. 101 cdno. no. 1 – Mayúsculas y negrillas sostenidas del texto original).

I. ANTECEDENTES.

1. La demanda.

Mediante escrito radicado el 31 de julio de 2017 en la Oficina de Administración y Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, la señora Marlene Rojas Rodríguez, actuando por

intermedio de apoderada judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (fls. 1 a 22 cdno. no. 1), con las siguientes súplicas:

"II. PRETENSIONES

PRIMERA: Que se declare Nula la Resolución **No 1-03-241-433-601-2401009** del 6 de julio de 2016 por medio de la cual se impone multa a favor de la nación Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por la suma de \$28.279. 000 por violación al artículo 75 de la resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus respectivas modificaciones y el artículo 1° de la resolución 03416 del 10 de abril de 2006 por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajeros, sin estar inscrito en el registro de profesionales de compra y venta de divisas (sic) establecido por la Dirección de Impuestos, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad de la resolución 03-236-408-610-0012 del 12 de enero de 2017 la cual confirma en todas sus partes la resolución sanción, esta última proferida por la División Jurídica de la dirección seccional de aduanas de Bogotá, y señalando en esta última que quedó así agotada la vía gubernativa.

TERCERA: A título de restablecimiento del derecho, que se excluya a mi representada de la lista de morosos del estado.

CUARTA: Se condene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al pago de gastos, costas judiciales y agencias en derecho, en el evento de que las anteriores pretensiones sean favorables a mi poderdante. (fls. 3 y 4 cdno. no. 1 – Mayúsculas y negrillas sostenidas del texto original).

2. Hechos.

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso, en síntesis, lo siguiente:

1) Indicó que, la señora Marlene Rojas Rodríguez, posee un establecimiento de comercio ubicado en el municipio de Zipaquirá en el centro comercial la Alhambra, en la carrera 10 No. 4-23 local 103 desde hace 7 años, para la venta por menor de productos de tupperware, Leonisa, natura y Anway.

2) Señaló que el 20 de agosto de 2015, llegaron al establecimiento dos funcionarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con

auto comisorio No. 429-284 del 13 de agosto justo cuando la señora Marlene Rojas entregaba a una conocida USD\$51 dólares.

3) Participó que, la funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales intimidó, juzgó, requisó el establecimiento e interrogó a la persona que se encontraba ahí, concluyendo que la señora Marlene Rojas se encontraba realizando la actividad de cambio de divisas desde hace más de seis (6) meses.

4) Advirtió que, con fundamento en lo anterior se dio apertura al expediente administrativo OI20152015-965 y le profieren pliego de cargos 01-03-548-429-301-40-1417 del 30 de septiembre de 2015, notificado el 1º de octubre de 2015.

5) Anotó que el cargo que se le imputó a la señora Marlene Rojas fue el de ejercer la actividad de compra y venta de divisas en efectivo y cheques viajeros sin estar autorizada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.

6) Mediante la Resolución No. 1-03-241-433-601-240-1009 del 6 de julio de 2016, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN le impuso a la señora Marlene Rojas la sanción cambiaria por la infracción al inciso 2º del numeral 18 del artículo 3º del Decreto Ley 2245 de 2011, por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajeros, por un valor de \$28.279.000.

7) Contra la citada resolución la sancionada interpuso recurso de reconsideración bajo el radicado No. 1012 del 12 de agosto de 2016, el cual fue resuelto mediante la Resolución 03-236-408-610-0012 del 12 de enero de 2017, notificado personalmente el 20 de enero de 2017, mediante la se confirmó la sanción impuesta.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

El concepto de violación esgrimido por la sociedad demandante tuvo como fundamento, en síntesis, los siguientes cargos:

3.1. Falsa Motivación.

Explicó que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales impuso una sanción a la señora Marlene Rojas por la comisión de la infracción prevista en el artículo 75 de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y de sus respectivas modificaciones y el artículo 1º de la Resolución No. 03416 de 10 de abril de 2006 por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques viajeros, imponiéndole la sanción contemplada en el inciso segundo del numeral 18 del artículo 3º del Decreto Ley 1245 de 2011.

Señaló que la entidad demandada al hacer el estudio del expediente se basa en el acta de hechos, donde la funcionaria intimidó a la señora Marlene Rojas y le hizo firmar un reconocimiento errado por la intimidación y el temor infundido.

Advirtió que si bien es cierto la señora Rojas entregó USD\$51, lo hizo porque el día anterior una familiar le pidió que le cambiara ese dinero a sabiendas de que podía tenerlo ya que sus hijos viajan frecuentemente y no porque esta sea su actividad.

Recordó que la sancionada tiene un establecimiento de comercio donde su actividad principal no es la venta de divisas en efectivo ella hizo un favor a una persona que conoce y le cambió la suma de 51 dólares.

Anotó que la motivación utilizada en la aplicación de la sanción no es cierta e insiste que la señora Rojas afirmó que ejercía la actividad hace seis (6) meses, pero es claro que ella no ejerce esa actividad, hecho evidente que se demostró en el proceso en el cual se allegó certificación del centro comercial donde ella posee su establecimiento.

Reiteró que los actos administrativos están motivados por una apreciación inexacta de los hechos, circunstancia que conlleva a la violación del debido proceso y por ende a la nulidad de los actos administrativos demandados.

3.2. La infracción no se cometió.

La señora Marlene Rojas no ejerce la actividad de compra y venta de divisas habitualmente y, por lo tanto, no está incurso en la infracción que se le endilga, es decir comprar y vender divisas de manera profesional sin la autorización, ya que son características de la profesionalidad la habitualidad, el ánimo de lucro y organización de empresa, y la señora Rojas no los posee.

3.3. Violación al principio de buena fe.

Advirtió que la actuación de la señora Marlene Rojas fue desarrollada con buena fe, circunstancia que se evidenció en la visita y con los documentos que se aportan como prueba, y quedó claro que no hubo intención de defraudar al Estado.

Al imponer la sanción la entidad demandada no tuvo en cuenta la buena fe de la señora Marlene Rojas, si bien se comprobó que ella cambió unos dólares no se lucró del hecho y además en la visita adelantada por las funcionarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se le verificó hasta la cartera para verificar que no tenía más divisas, violándosele el debido proceso, y el valor que la citada señora cambió fue de USD\$51 por lo que la sanción razonable sería la multa del 100% del valor de las operaciones de compra y venta realizadas.

Señaló que es necesario que los funcionarios en cada caso particular verifiquen la existencia de los hechos y determinen la gravedad de la falta y el daño que ocasiona al Estado con la comisión de los hechos de manera que al infringirse dicho daño resulte necesario y viable la aplicación de la sanción.

4. Contestación de la demanda.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda (fls. 56 a 73 cdno. no. 1), solicitando que se denieguen las pretensiones y condenas solicitadas por la parte actora, con fundamento, en síntesis, bajo los siguientes planteamientos:

Explicó que los actos administrativos acusados fueron emitidos cumpliendo con las normas sustantivas y de procedimiento aplicables al caso, por violación del artículo 75 de la Resolución No. 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus respectivas modificaciones y del artículo 1º de la Resolución No. 03416 de 10 de abril de 2006, por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajeros, sin estar inscrito en el registro de profesionales de compra y venta de divisas establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Señaló que en el presente asunto no hay lugar a predicar la falsa motivación de los actos administrativos por cuanto los supuestos de hecho esgrimidos para la imposición de la sanción no son contrarios a la realidad, así como tampoco se incurrió el error o utilización de razones engañosas o simuladas.

Indicó que la jefe del GTI Control a Profesionales de Compra y Venta de Divisas de la División de Gestión de Control Cambiado mediante auto comisorio No. 429-284 del 13 de agosto de 2015, comisionó a unos funcionarios para ejercer inspección vigilancia y control sobre personas naturales o jurídicas no autorizadas para ejercer la actividad de compra y venta de divisas de manera profesional, en el establecimiento de comercio ubicado en el Centro Comercial La Alambra Local 103, propiedad de la señora Marlene Rojas Rodríguez, a quien se le práctico visita administrativa.

Advirtió que de la citada diligencia se dejó constancia en el Acta de Hechos de 20 de agosto de 2015, en donde la señora Rojas manifestó cuando se le preguntó ¿Hace cuanto tiempo se dedica al cambio de moneda?: *"Hace como 6 meses"*. A su vez indicó que negocia montos pequeños porque su actividad principal es realizar ponqués, galletas y las ventas por catálogo; así mismo se le preguntó *"Por los soportes de entrega a los clientes al hacerles cambio de divisas"*, a lo cual respondió que no deja ningún tipo de registro porque no se dedica exclusivamente a eso. También se dejó constancia de que en el lugar no se encontraron divisas.

Además de lo anterior, se hizo entrevista a una clienta del establecimiento, señora Amparo Sánchez Muñoz, dejando constancia de dicha entrevista mediante Acta de Hechos de 20 de agosto de 2015.

Con base en los anteriores hechos, el Grupo Interno de Trabajo Control a Profesionales de Compra y Venta de Divisas de la División de Gestión de Control Cambiario profirió el acto de formulación de cargos No. 1-03-248-429-301-40-1471 del 30 de septiembre de 2015, por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajeros, sin estar inscrito en el registro de profesionales de compra y venta de divisas establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Anotó que no le asiste la razón a la demandante al señalar que existe falsa motivación de la resolución sanción ya que para poder ejercer la actividad como profesional de compra y venta de divisas, se debe contar con inscripción en el registro mercantil y en el registro profesional de compra y venta de divisas que establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales conforme a los requisitos que señala la entidad, los cuales están enmarcados en las Resoluciones 07860 de 2006, 0425 de 2008 y 3521 de 2009, tal como lo reconoce en recursos la investigada y esta demostrado que la sancionada no cuenta con esa calidad.

Frente al cargo de que la infracción no se cometió señaló que no le asiste la razón a la demandante porque se evidenció en la investigación que la señora Rojas ejercía la actividad de compra y venta de divisas tal como quedó consignado en las actas de hechos y no se puede aceptar como estrategia que se firmó porque no sabía lo que hacía, por estar muy nerviosa o porque la funcionaria la intimidó.

Respecto de la vulneración del principio de buena fe indicó que una vez valoradas las pruebas y analizados los argumentos planteados por la demandante dicho principio no fue vulnerado ni amenazado, teniendo en cuenta que la actuación desplegada por la entidad demandada se ajustó a derecho y en ninguna etapa del proceso, se desconocieron las disposiciones que enmarcan las competencias, facultades de control y vigilancia y claramente en el ordenamiento jurídico se encuentran señaladas las normas sustantivas.

5. La sentencia de primera instancia.

El Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá D.C., mediante auto del 8 de junio de 2018 (fl. 360 cdno. no. 1), fijó fecha para la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, la que se llevó a cabo el 10 de julio de 2018 (fls. 96 a 101 vlto. cdno. no. 1), diligencia en la cual, teniendo en cuenta que no era necesario practicar otras pruebas y que se trataba de un asunto de puro derecho, se prescindió de la audiencia de pruebas, por lo que, se le corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, seguidamente, procedió a emitir la sentencia apelada denegando las pretensiones de la demanda con el sentido y alcance de las determinaciones ya transcritas en la parte inicial de esta providencia.

Los fundamentos de la decisión del juez de primera instancia fueron, en síntesis, los siguientes:

Primer cargo de nulidad: falsa motivación - la infracción no se cometió.

El *a quo* concluyó que la demandante ejerció de manera profesional la actividad de compra y venta de divisas, como ella misma lo reconoció cuando recibió la visita de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que llevaba seis meses desarrollando las operaciones de ese tipo, de manera que para ejercer válidamente la referida actividad, la señora Rojas debía estar inscrita en el Registro Mercantil, como en el Registro de Profesionales de Compra y Venta de Divisas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y adicionalmente debía tener en su poder la autorización expedida por la entidad demandada en la que constara el cumplimiento de esos requisitos, situaciones que no acreditó en sede administrativa, ni en sede judicial.

Advirtió que se encontró probado que la demandante ejerció de manera profesional la actividad de compra y venta de divisas, sin cumplir los requisitos exigidos para ello, conducta que está prohibida, de manera que tal como consideró la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales desatendió lo previsto en el numeral 2º del artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2000 y en el artículo 1º de la Resolución 03416 de 10 de abril de 2016, razón por la cual la decisión adoptada en los actos demandados, contrario a lo afirmado como sustento de las pretensiones de la demanda, se basó en razones ajustadas a la realidad y en consideraciones ajustadas a derecho, por lo que no está viciada de falsa motivación.

El *a quo* advirtió que la demandante no allegó prueba de que había indicado sobre el desarrollo de la actividad de compra y venta de divisas por seis meses, porque había sido intimidada por las funcionarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, que realizaron la visita.

Segundo cargo de nulidad: infracción de las normas en que deberían fundarse violación al principio de buena fe.

El juez de primera instancia señaló que la demandante realizó operaciones de cambio de divisas por el lapso de seis meses sin contar

con la autorización legal necesaria para el efecto, luego en principio, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso segundo del numeral 18 del artículo 3° del Decreto Ley 2245 de 2011, el valor de la multa correspondería al 100% del valor de las operaciones de compra y venta realizadas.

Indicó que la demandante al ser cuestionada respecto de si entregaba a los clientes soporte de las operaciones de cambio de moneda que realizaba, señaló que no dejaba ningún tipo de registro porque no se dedicaba exclusivamente a eso, lo que indica que no era posible para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales establecer a cuánto equivaldrían las operaciones que la demandante ejecutó, caso para el cual la norma en comento prevé que la multa a imponer será la equivalente a 1000 Unidades de Valor Tributario (UVT).

La conducta que dio lugar a la sanción debatida ocurrió en el año 2015 y el valor de la UVT para esa anualidad era de \$28.279 (fl. 31 vlto cdno. no. 1) es claro que la suma antes señalada a título de multa se ajusta a los parámetros establecidos para tal fin, con lo cual no es posible predicar respecto de la tasación de la sanción, como lo pretende la demandante.

Respecto de la indebida valoración de las pruebas por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN no se evidencia que dicha entidad haya incurrido en esa conducta, pues como quedó claro, se logró acreditar que la demandante infringió la normatividad que regula las operaciones de compra y venta de divisas.

Concluyó el *a quo* que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cumplió los requisitos en desarrollo del procedimiento administrativo adelantado contra la demandante, pues la conducta por la cual se impuso la sanción fue la de compra y venta de divisas, y los requisitos para el ejercicio de esta actividad de manera profesional se encuentran establecidos en el numeral 2° del artículo 75 de la Resolución Externa 8

de 2000, el artículo 1° de la Resolución 03416 del 10 de abril de 2016, proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como el inciso segundo del numeral 18 del artículo 3° del Decreto Ley 2245 de 2011, esta última que prevé la sanción a que haya lugar cuando la referida actividad es realizada sin el lleno de los requisitos exigidos para tal fin, es decir, la imposición de multa equivalente al 100% de las operaciones realizadas, o a 1000 Unidades de Valor Tributario, en caso de que no sea posible establecer el primero de los criterios.

Advirtió que se acreditó que la demandante realizó de forma profesional operaciones de compra y venta de divisas sin acreditar que cumplía los requerimientos exigidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, de manera que incurrió en la conducta sancionable.

6. El recurso de apelación.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia (fls. 108 a 114 cdno. no. 1), impugnación que fue concedida por el *a quo* mediante auto del 9 de agosto de 2018 (fl. 116 *ibidem*).

1) Resaltó que a la señora Marlene Rojas se le vulneró el debido proceso por indebida valoración de las pruebas porque no se tuvo en cuenta que a pesar de haber contestado en el momento de la visita de forma equivocada que la actividad de compra y venta de divisas la ejercía hace seis (6) meses, la realidad es que esos dólares se los había regalado su hijo, y el *a quo* se centró en el acta de hechos como única prueba sin valorar las que se aportaron al proceso.

Indicó que la demandante tiene un establecimiento de comercio donde su actividad es la miscelánea, y que dicho establecimiento se encontraba en un centro comercial en Zipaquirá y el administrador del centro comercial certificó la actividad que la señora realiza y se aportaron los extractos bancarios donde se puede deducir que la

actividad de la señora Rojas no es la venta de divisas de manera profesional.

El *a quo* desconoce la verdad real, porque tiene en cuenta el hecho de la entrevista realizada a la persona que compró los US\$51 dólares quien contestó que conocía a la señora Rojas y que había ido por un encargo de una familiar.

Señaló que contrario a lo manifestado por el *a quo* en ninguna parte del expediente administrativo se acredita que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales haya probado que la actividad de la señora Rojas fuera de manera profesional y que llevara tiempo de haberla ejercido y se le dio valor probatorio a un acta que fue levantada bajo presión a una persona a la que le fue registrado hasta su bolso.

El *a quo* hace una apreciación errada y copia de la entidad demandada para afirmar que se encuentra demostrado que la señora Rojas ejercía la actividad en forma profesional de venta de divisas y a la prueba arrimada para demostrar lo contrario no le da el valor probatorio necesario, desconociendo el principio de la sana crítica.

2) Advirtió que a la demandante se le aplicó la sanción más alta que la normatividad contempla, sin tener en cuenta que la funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN pudo constatar que la operación que se realizó tenía un valor específico de US\$51 dólares, valor por el cual debió ser sancionada.

3) Indicó que el *a quo* resolvió fijar agencias en derecho, condena que no comparte, porque el proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y no se está ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés ventilado en el presente asunto es de carácter individual.

7. Actuación surtida en segunda instancia.

Por auto del 13 de febrero de 2019 (fls. 4 y 5 cdno. ppal.), se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y posteriormente, el 22 de octubre de 2019 (fl. 9 *ibidem*), se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión por el término de 10 días, oportunidad en la que el Ministerio Público podría emitir su respectivo concepto.

Dentro de dicho lapso, tanto la parte demandante como la entidad demandada presentaron alegatos de conclusión (fls. 10 a 14 20 a 26 cdno. ppal.), donde, en síntesis, reiteraron los argumentos expuestos en los escritos contentivos de la demanda, contestación de la misma y del recurso de apelación.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Agente del Ministerio Público Delegado ante esta Corporación, no rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: 1) Competencia de *ad quem*, 2) Objeto de la controversia; 3) Análisis de los recursos de apelación; y 4) condena en costas.

1. Competencia del *ad quem*

Sobre el punto, cabe advertir que, dentro del asunto de la referencia únicamente interpuso recurso de apelación la parte actora, esto es, la señora Marlene Rojas Rodríguez, con el fin de que se revoque la sentencia impugnada, y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, norma aplicable por remisión

expresa del artículo 306 del CPACA, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso de alzada.

En efecto, el artículo 328 del Código General del Proceso, preceptúa:

"Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)" (Negrillas fuera de texto).

En ese contexto, es claro que el *ad quem*, cuando se trata de apelante único, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

2. Objeto de la controversia.

La señora Marlene Rojas Rodríguez pretende la declaración de nulidad de los actos administrativos contenidos las Resoluciones Nos. **1-03-241-433-601-240-1009** del 6 de julio de 2016 "*Por la cual se impone una sanción cambiaria*" y **03-236-408-6100012 del 12 de enero de 2017** "*Por medio del cual se resuelve recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 1-03-241-433-601-240-1009 del 06 de julio de 2016*", proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por cuanto la apelante considera: **i)** Que no se valoraron en debida forma las pruebas aportadas al proceso, **ii)** Que la entidad demandada no acreditó que la demandante ejerciera de manera profesional el cambio de divisas y **iii)** Que la sanción no se ajusta a los parámetros del artículo 3º numeral 18 inciso 2º del Decreto 2245 de 2011 y no está de acuerdo con la condena en costas.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad de los actos administrativos señalados, y se excluya a la señora Marlene Rojas Rodríguez de la lista de morosos del Estado.

El juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda, en los términos ya indicados en el acápite de la sentencia impugnada.

3. Análisis de la apelación.

En los términos en que ha sido propuesta la controversia, la Sala revocará la sentencia apelada, por las razones que se consignan a continuación:

1) Insiste la demandante que se le vulneró el debido proceso por indebida valoración de las pruebas; que solo fue valorada el acta de hechos aportada por la entidad demandada y no los extractos bancarios donde se puede deducir que la actividad de la señora Rojas no es la venta de divisas de manera profesional.

Para resolver este motivo de inconformidad la Sala tendrá en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, es del caso precisar que la demandante no alegó dentro de los cargos de la demanda la vulneración al debido proceso y en la fijación del litigio el *a quo* señaló: "*Se deberá establecer: i) si los actos administrativos demandados se encuentran falsamente motivados y ii) si los actos cuestionados desconocieron los criterios de proporcionalidad de las sanciones*" (fl. 97 cdno, no. 1).

En ese orden, atendiendo el principio de justicia rogada de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la Sala podría abstenerse de estudiar este argumento, sin embargo, como ha sido señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-197 de 1999, tratándose de derechos fundamentales de aplicación inmediata, el juez administrativo a efecto de asegurar su vigencia y goce efectivos debe aplicar la correspondiente

norma constitucional, en forma oficiosa, así en la demanda no se haya invocado expresamente.

Asimismo, la Corte Constitucional en sentencia SU061 de 2018, respecto de las excepciones a la aplicación del principio de justicia rogada en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ha precisado lo siguiente:

"(...)

6.1. El carácter rogado de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Criterios generales

6.1.1. *La jurisdicción de lo contencioso administrativo funciona bajo el principio de justicia rogada. Ello significa que, por regla general, el operador jurídico no puede actuar de manera oficiosa, sino que su actividad se desarrolla respecto de los cargos que los ciudadanos plantean en ejercicio de las acciones constitucionales y legales que han sido previstas por el Legislador. En otras palabras, le compete al administrado iniciar, impulsar y tramitar las actuaciones judiciales que le permitan defender sus pretensiones^[79]. De ahí que, este principio tenga dos implicaciones significativas. La primera, la imposibilidad de iniciar de oficio un trámite judicial, pues se entiende que la persona interesada en reclamarle a la Administración la ocurrencia de un daño antijurídico, tiene la carga procesal de presentar la demanda, exponiendo con suficiencia las razones que le sirven de fundamento a sus pretensiones. Por consiguiente, el A quo no puede, al momento de tramitar y decidir de fondo el asunto, rebasar el marco de la relación jurídico procesal trabada por las partes.*

La segunda involucra, la imposibilidad del fallador para iniciar de oficio el trámite de apelación, ya que son los sujetos procesales involucrados en la causa los que tienen el deber de sustentar los motivos de su inconformidad. Así visto, la competencia del juez de alzada se restringe a los cargos que fueron formulados por las partes a través del recurso de apelación^[80].

6.1.2. *En relación con este último punto, el Legislador delimitó con claridad la competencia del juez de alzada, al establecerse que a la autoridad judicial correspondiente no le es válido resolver el problema jurídico trayendo a colación argumentos no planteados por los apelantes. De manera específica, fijó en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 (actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que las partes cuentan con la potestad para presentar el recurso de apelación contra los contenidos de la sentencia de primera instancia que les sean desfavorables, pero asumiendo la doble carga de: (i) interponer el recurso de forma oportuna y (ii) sustentar las razones por las cuales consideran que la*

decisión apelada contiene, de manera injustificada, apartes adversos a sus pretensiones. Cumplidas las anteriores condiciones, precisó el Legislador, al superior jerárquico le corresponde, decidir acerca de la modificación, revocatoria o confirmación del fallo de primer grado, pero únicamente respecto de los elementos que fueron impugnados.

(...)

6.1.2. En relación con este último punto, el Legislador delimitó con claridad la competencia del juez de alzada, al establecerse que a la autoridad judicial correspondiente no le es válido resolver el problema jurídico trayendo a colación argumentos no planteados por los apelantes. De manera específica, fijó en el artículo 247 de la Ley 1437 de 2011 (actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), que las partes cuentan con la potestad para presentar el recurso de apelación contra los contenidos de la sentencia de primera instancia que les sean desfavorables, pero asumiendo la doble carga de: (i) interponer el recurso de forma oportuna y (ii) sustentar las razones por las cuales consideran que la decisión apelada contiene, de manera injustificada, apartes adversos a sus pretensiones. Cumplidas las anteriores condiciones, precisó el Legislador, al superior jerárquico le corresponde, decidir acerca de la modificación, revocatoria o confirmación del fallo de primer grado, pero únicamente respecto de los elementos que fueron impugnados.

(...)

6.1.7. En conclusión, de conformidad con los parámetros expuestos con anterioridad, esta Corporación reitera que, por regla general, resulta legal y jurisprudencialmente válido que el juez de alzada se pronuncie únicamente sobre los reparos formulados por los apelantes, pues son las partes las que tienen la carga procesal de exponer las razones por las cuales consideran que la decisión judicial resulta contraria a sus derechos e intereses. **No obstante lo anterior, la aplicación del principio de justicia rogada, en materia de lo contencioso administrativo, no puede llegar al extremo de conducir a la adopción de una decisión judicial que resulte abiertamente incompatible con el ordenamiento jurídico, especialmente cuando su interpretación restringe (i) el goce efectivo de los derechos fundamentales de aplicación inmediata previstos en el Texto Superior, (ii) normas y principios consagrados en la Constitución Política, (iii) la real comprensión de la relación jurídica-procesal trabada por las partes, (iv) el cumplimiento de derechos humanos y normas de derecho internacional humanitario ratificadas por el Estado colombiano y, finalmente, (v) leyes relevantes para la resolución del asunto comprometido.**

De conformidad con lo anterior, procede la Sala ha pronunciarse sobre los argumentos expuestos en el recurso de apelación presentado por la señora Marlene Rojas con el fin de verificar si efectivamente se le vulneró el derecho al debido proceso, por indebida valoración probatoria, ya que como fue expresado por la Corte Constitucional el juez administrativo a efecto de asegurar la vigencia de derechos fundamentales y su goce efectivo debe aplicar la correspondiente norma constitucional, en forma oficiosa, así en la demanda no se haya invocado expresamente; más aun porque una de las pruebas, tenidas en cuenta por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN para concluir que la aquí demandante incurrió en la infracción por la que fue sancionada es el acta de hechos del 20 de agosto de 2015, en la cual la actora manifestó que ella realizaba el cambio de divisas desde hace seis meses.

Para resolver este motivo de censura la Sala tendrá en consideración lo siguiente:

a) Revisados los actos administrativos demandados y los antecedentes administrativos que dieron origen a los mismos se observa que a folio 3 del cuaderno de antecedentes administrativos obra Acta de Hechos del 20 de agosto de 2015, mediante la cual las funcionarias de la División de Gestión Control Cambiario se hicieron presentes en la dirección carrera 10 No. 4-23 de Zipaquirá, en cumplimiento del Auto Comisorio No. 429-284 de 13 de agosto de 2015, en la cual se consignó lo siguiente:

"(...)

UNA VEZ UBICADA LA DIRECCIÓN SE ENCONTRÓ UN ESTABLECIMIENTO ABIERTO Y EN FUNCIONAMIENTO, AL INICIO DE LA DILIGENCIA LA SEÑORA MARLENE ROJAS ESTABA REALIZANDO UNA VENTA DE USD 51 DÓLARES A LA SEÑORA AMPARO SANCHEZ A QUIEN SE LE REALIZÓ UNA ENTREVISTA LA CUAL SE ANEXA A LA PRESENTE ACTA SE PROCEDIÓ A COMUNICAR EL AUTO COMISORIO 429-284 A LA SEÑORA MARLENE ROJAS RODRÍGUEZ QUIEN NOS ATENDIÓ DURANTE LA VISITA, SE LE PREGUNTA HACE CUANTO SE DEDICA AL CAMBIO

DE MONEDA, A LO CUAL RESPONDE "HACE COMO SEIS MESES", INDICA QUE NEGOCIA MONTOS PEQUEÑOS PORQUE SU ACTIVIDAD PRINCIPAL ES REALIZAR PONQUÉS Y GALLETAS Y LAS VENTAS POR CATALOGO. SE LE PREGUNTA POR LOS SOPORTES QUE ENTREGA A LOS CLIENTES AL HACERSELES EL CAMBIO DE DIVISAS Y MANIFIESTA QUE NO DEJA NINGUN TIPO DE REGISTRO PORQUE NO SE DEDICA EXCLUSIVAMENTE A ESO. EN EL LUGAR NO SE ENCONTRARON DIVISAS. SE DA POR TERMINADA LA DILIGENCIA ADMINISTRATIVA Y SE DEJA CONSTANCIA QUE NO SE VIOLÓ NINGÚN DERECHO FUNDAMENTAL"

b) A folio 5 del cuaderno de antecedentes obra Acta de Hechos del 20 de agosto de 2015, en la cual se consignaron las respuestas dadas por la señora Amparo Sánchez, quien se encontraba en el establecimiento comercial de la demandante realizando una operación de cambio de unos dólares, en la cual se lee:

"(...)

PREGUNTA FUNCIONARIO: Clase de operación celebrada:
RESPONDE CLIENTE: Compra___x___ venta _____
Clase de moneda y monto transado___Dólares 51_____

(...)

A continuación se le indica a Amparo Sánchez que le asiste el derecho de agregar, aclarar o complementar cualquier acápite de los incluidos en la presente acta, a lo cual contestó: Compre dólares porque la conozco hace tiempo los dólares que compre fue por encargo de mi cuñada (...)"

Es del caso resaltar que la prueba antes transcrita es la única prueba que hay contra la señora Marlene Rojas y no fue analizada, teniendo en cuenta que la declaración de la demandante no podría tenerse como una confesión.

c) A folio 6 del cuaderno de antecedentes administrativos obra el Registro Único Tributario del Almacén Libanés ubicado en la carrera 10 No. 4-23 Local 103 de propiedad de la señora Marlene Rojas Rodríguez.

d) En el folio 7 ibidem obra una certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá del 16 de septiembre de 2015, en la cual se informa que la actividad económica reportada por el comerciante es: "COMERCIO AL

POR MENOR EN ESTABLECIMIENTO NO ESPECIALIZADO, CON SURTIDO COMPUESTO PRINCIPALMENTE POR PRODUCTOS DIFERENTES DE ALIMENTOS (VIVERES EN GENERAL), BEBIDAS Y TABACO".

e) A folios 13 a 15 del cuaderno de antecedentes administrativos obra el Acto de formulación de cargos No. 01-03-248-429-301-40 del 30 de septiembre de 2015, en la cual se señala:

"(...) al momento de realizar la diligencia administrativa adelantada el 20 de agosto de 2015, por parte de los funcionarios de este Grupo en la CRA 10 No. 4-23 de Zipaquirá, según el acta de hechos de la misma fecha, se pudo determinar que la señora MARLENE RODRÍGUEZ ROJAS (sic), identificado con la cédula de ciudadanía No. 51.617.865, ejerce la actividad de compra y venta de divisas, lo cual quedó demostrado con lo manifestado por la señora Amparo Sánchez, en el acta de hechos de la misma fecha quien se encontraba realizando en ese momento una operación de compra de USD\$51 y al verificar la base interna del GIT de Control a Profesionales de Compra y venta de divisas y la página Web de la DIAN, se determinó que no se encuentra autorizada para hacerlo, es decir no cuenta con Resolución previa de la DIAN para el ejercicio profesional de compra y venta de divisas.

En razón a lo anterior, se determina que la señora MARLENE RODRÍGUEZ ROJAS (sic), incumplió con lo establecido en el artículo 75 numeral 2do. de la Resolución Externa del 8 de mayo de 2000 modificado por las Resoluciones Externas 3 de junio 7 de 200, 1 de 14 de febrero de 2003, 5 del 15 de agosto de 2003, 6 del 23 de julio de 2004 y 4 del 3 de junio de 2005 de la Junta del Banco de la República y el artículo 1º de la Resolución No. 03416 del 10 de abril de 2006, pues según lo afirmado por ella misma en cuanto a que se dedica al cambio de moneda, desde hace más o menos seis meses y los montos de las operaciones y teniendo en cuenta, lo manifestado por la señora Amparo Sánchez, quien se encontraba al comienzo de la diligencia en el establecimiento haciendo compra y venta de divisa, sin estar autorizada para ejercer esta actividad (...)".

f) A folios 22 a 33 del cuaderno de antecedentes administrativos obra el escrito de descargos presentada por la apoderada judicial de la señora Marlene Rojas Rodríguez, con el cual aportó copia del certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá de la señora Marlene Rojas Rodríguez, en el cual se lee: *"ACTIVIDAD ECONÓMICA: 4719 COMERCIO AL POR MENOR EN ESTABLECIMIENTOS NO ESPECIALIZADOS, CON SURTIDO COMPUESTO PRINCIPALMENTE POR PRODUCTOS DIFERENTES DE ALIMENTOS*

(*VÍVERES EN GENERAL*), *BEBIDAS Y TABACO*”(fl. 35 cdno. antecedentes administrativos); y los extractos bancarios de la citada señora (fls. 37 a 48 ibidem).

g) En los folios 28 a 32 del cuaderno no. 1 obra la Resolución No. 1-03-241-433-601-240- 1009 del 6 de julio de 2016 “Por la cual se impone una sanción cambiaria”, mediante la cual la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN resolvió imponer una multa a la señora Marlene Rojas Rodríguez por la suma de \$28.279.000.00, por violación del artículo 75 de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República y sus respectivas modificaciones y del artículo 1º de la Resolución 03416 del 10 de abril de 2006, por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques viajeros, sin estar inscrito en el registro de profesionales de compra y venta de divisas establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

h) Contra la citada resolución la señora Rojas Rodríguez interpuso recurso de reconsideración (fls. 69 a 82 cuaderno de antecedentes administrativos), el cual fue desatado por la Resolución No. 03-236-408-610-0012 del 12 de enero de 2017, mediante la cual se confirmó la resolución sancionatoria.

Analizadas las pruebas allegadas al expediente la Sala advierte que según lo manifestado por la señora Marlene Rojas Rodríguez en el acta de hechos en la visita que realizaron las funcionarias de la División de Gestión Control Cambiario el 20 de agosto de 2015 visible en el folio 3 del cuaderno de antecedentes administrativos ella venía adelantando operaciones de cambio de divisas desde hace seis (6) meses.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el numeral 2º del artículo 75 de la Resolución Externa 8 de 2008 “*Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales*”, expedida por el Banco de la República, los residentes podrán comprar y vender de manera profesional divisas y cheques de viajero, previa inscripción en el

registro mercantil y en el registro de profesionales de compra y venta de divisas que establezca la DIAN conforme a los requisitos y condiciones que señale esa entidad. Dicha autorización no incluye ofrecer profesionalmente, directa ni indirectamente, servicios tales como negociación de cheques o títulos en divisas, pagos, giros, remesas internacionales, distribución y venta de tarjetas débito prepago, recargables o no, e instrumentos similares emitidos por entidades del exterior, ni ningún servicio de canalización a través del mercado cambiario a favor de terceros.

En el caso concreto, se tiene que la entidad demandada estableció que la señora Marlene Rojas Rodríguez ejerció de manera profesional la actividad de compra y venta de divisas, de la siguiente manera: "(...) *Como se advirtió anteriormente, la actividad de compra y venta de divisas que efectúa la investigada, se evidencia en la entrevista realizada a una cliente, quien en la fecha de la visita de inspección, vigilancia y control, efectuada el 20 de agosto de 2015, responde que compró 51 dólares, en el local comercial de la investigada y queda comprobada con la aceptación de la investigada al manifestar que "Hace como seis meses" se dedica al cambio de moneda, que negocia montos pequeños porque su actividad principal es realizar ponqués, galletas y las ventas por catalogo y que no deja ningún tipo de registro porque no se dedica exclusivamente a eso. En razón a que no se encontraron divisas en el lugar, ni registro alguno de las transacciones, no fue posible cuantificar el valor de las operaciones efectuadas dentro durante el periodo manifestado*" (fl. 30 vltto cdno. no 1).

En la Resolución No. 1-03-241-433-601-240 del 6 de julio de 2016, "*Por la cual se impone una sanción cambiaria*", se señaló que en desarrollo de la diligencia administrativa se dejó constancia en el acta de hechos que la señora Marlene Rojas Rodríguez manifestó lo siguiente: "(...) *"Hace como seis meses" se dedica al cambio de moneda e indica que negocia montos pequeños porque su actividad principal es realizar ponqués, galletas y las ventas por catálogo, así mismo la investiga (sic)*

manifiesta que no deja ningún tipo de registro porque no se dedica exclusivamente a eso. También se dejó constancia de que en el lugar no se encontraron divisas.

(...)

Como se advirtió anteriormente, la actividad de compra y venta de divisas que efectúa la investigada, se evidencia en la entrevista realizada a una clienta quien en la fecha de visita de inspección, vigilancia y control, efectuada el 2 de agosto de 2015, responde que compró 51 dólares, en el local comercial de la investigada al manifestar que "Hace como seis meses, se dedica al cambio de moneda (...)"

Es del caso resaltar, que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 2245 de 28 de junio 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"*, las pruebas se valoraran en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria y la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente.

La citada disposición establece que para la práctica y valoración de las pruebas serán admisibles todos los medios de prueba y la aplicación de todos los procedimientos y principios consagrados para el efecto en los artículos 168 y siguientes del Código Contencioso Administrativo y 174 del Código de Procedimiento Civil específicamente en los artículos 742 a 749 del Estatuto Tributario o en las normas que los adicionen o los sustituyan.

Precisado lo anterior, revisada el acta de hechos del 20 de agosto de 2015, la Sala advierte que la manifestación realizada por la señora Marlene Rojas, y la cual fue tenida en cuenta por la entidad demandada para establecer que la investigada ejercía el cambio de divisas de manera profesional sin estar inscrita en el registro de profesionales de compra y venta de divisas que establezca la DIAN, motivo de la sanción

que se debate, no fue una prueba técnicamente tomada, puesto que si se trataba de una confesión debió ser practicada de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil- hoy Código General del Proceso.

En efecto, el artículo 191 del código General del Proceso vigente al momento del inicio de la investigación administrativa, establece:

"ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. *La confesión requiere:*

- 1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.*
- 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
- 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
- 4. Que sea expresa, consciente y libre.*
- 5. Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.*
- 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas".

Así las cosas, reitera la Sala que manifestación de la señora Marlene Rojas no cumple con los requisitos de la confesión establecidos en el artículo 191 del Código General del Proceso y dicha prueba no fue valorada como lo establece el artículo 25 del Decreto 2245 de 2011 esto es, con observancia de las reglas de la sana critica, pues con solo dicha manifestación la demandada concluyó que la investigada ejercía de manera profesional el cambio de divisas y como consecuencia de lo anterior le impuso la sanción demandada.

Ahora bien, como ya se advirtió anteriormente a folio 5 del cuaderno de antecedentes administrativos, obra Acta de Hechos del 20 de agosto de 2015, en la cual se consignaron las respuestas dadas por la señora

Amparo Sánchez quien se encontraba en el establecimiento comercial de la demandante realizando una operación de cambio de USD\$51, en la cual se lee: "(...) A continuación se le indica a Amparo Sánchez que le asiste el derecho de agregar, aclarar o complementar cualquier acápite de los incluidos en la presente acta, a lo cual contestó: Compre dólares porque la conozco hace tiempo los dólares que compre fue por encargo de mi cuñada (...)".

Del análisis de la prueba antes mencionada no se logra evidenciar que efectivamente la señora Marlene Rojas ejerciera de manera profesional, esto es, de manera principal y habitual el cambio de divisas, puesto que lo que se constató al momento de la visita y de la entrevista realizada a la señora Amparo Sánchez, es que la aquí demandante se encontraba cambiado USD\$51, en el establecimiento de comercio de su propiedad.

Asimismo, revisada la actuación administrativa se tiene que la entidad demandada no citó a la señora Amparo Sánchez dentro del trámite administrativo, para que ratificara la manifestación realizada por ella el 20 de agosto de 2020, respecto de la actividad del cambio de divisas que realizaba la señora Marlene Rojas y por lo tanto, de la sola manifestación, no se logra evidenciar que efectivamente dicha practica se realizara de manera profesional como fue señalado por la entidad demandada.

2) La apelante advierte que en ninguna parte del expediente administrativo se acredita que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales haya probado que la actividad de la señora Rojas fuera de manera profesional y que llevara tiempo de haberla ejercido, y que se le dio valor probatorio a un acta que fue levantada bajo presión a una persona que le fue registrado hasta su bolso.

El *a quo* hace una apreciación errada y copia de la entidad demandada para afirmar que se encuentra demostrado que la señora Rojas ejercía la actividad en forma profesional de venta de divisas y a la prueba

arribada para demostrar lo contrario no le da el valor probatorio necesario, desconociendo el principio de la sana crítica.

Para resolver este motivo de censura la Sala tendrá en cuenta lo siguiente:

Sobre el ejercicio “profesional” de la compra y venta de divisas el Consejo de Estado Sección Primera C.P: Rafael E Ostau De Lafont Pianeta, en providencia proferida el 24 de septiembre de 2009, dentro del expediente radicado 11001-03-24-000-2006-0198-00, demandante: Asociación de Profesionales de Cambio de Bogotá y Cundinamarca, demandado: DIAN, ha precisado lo siguiente:

"(...)

*La Sala, en sentencia de fecha 11 de diciembre de 2008, con ponencia del H. Consejero Dr. Héctor J romero Díaz dictada dentro del proceso número 110010327000200600035-00 (16106, al referirse a las normas precipitadas señaló: además de los intermediarios del mercado cambiario, existen profesionales de compra y venta de divisas, que son los residentes en el país que se encargan de comprar y vender moneda y cheques de viajero de manera profesional, previa inscripción en el registro mercantil y en el registro de compra y venta de divisas que establezca la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN.
(...)*

Así pues, para que los profesionales de compra y venta de divisas puedan ejercer su actividad, la Junta Directiva del Banco de la República exige que se inscriban tanto en la cámara de comercio como en el registro que establezca la DIAN (...)"

Bajo el anterior marco jurisprudencial, se tiene que para que los profesionales de compra y venta de divisas puedan ejercer su actividad, la Junta Directiva del Banco de la República exige que se inscriban tanto en la cámara de comercio como en el registro que establezca la DIAN.

En el caso concreto y del análisis de las pruebas allegadas al expediente, contrario a lo señalado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, no se advierte que la señora Marlene Rojas haya realizado las operaciones de cambio de manera “profesional”, es decir,

que ejerciera esta actividad de manera principal y habitual, más aun si se tiene en cuenta que la citada señora aportó pruebas en las que se acredita su actividad económica es el comercio al por menor en establecimiento no especializado, con surtido compuesto principalmente por productos diferentes de alimentos (víveres en general), bebidas y tabaco (fl. 35 cuaderno de antecedentes administrativos), si bien ella misma reconoció ante las funcionarias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN que realizaba la compra y venta de divisas desde hace seis (6) meses, lo anterior no permite inferir que lo hacía de manera "profesional" y que por lo tanto, tuviera que estar inscrita en el registro de compra y venta de divisas establecido por la entidad demandada.

En ese orden, le asiste la razón a la apelante puesto que fue sancionada por ejercer la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero sin cumplir los requisitos previstos para el efecto por el régimen cambiario, sin estar inscrita en el registro de profesionales de compra y venta de divisas establecido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sin embargo, en el expediente administrativo no obran pruebas suficientes con las que se pueda acreditar que efectivamente la señora Marlene Rojas ejercía la actividad de cambio de divisas de manera "profesional".

Lo anterior permite concluir, que si la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN no determinó que efectivamente la señora Marlene Rojas, ejercía la actividad de compra y venta de manera profesional, no había lugar a imponer la sanción objeto de la presente demanda, puesto que, se reitera, la entidad demandada fundamentó su decisión en una declaración de la misma investigada y de una persona que estaba cambiando dólares en el momento de la visita efectuada por la entidad demandada, pruebas que no son determinantes de la conducta endilgada y más aun que no se tuvo en cuenta la actividad económica a la que se dedica la aquí demandante que no es la del cambio de divisas, sino comercio al por menor en establecimientos no especializados, con

surtido compuesto por productos diferentes de alimentos (víveres en general), bebidas y tabaco como consta en el certificado de Cámara y Comercio aportado por la investigada al momento de rendir descargos (fl. 35 cuaderno de antecedentes).

Así las cosas y ante la prosperidad de los argumentos expuestos por la actora en el recurso de alzada y en los alegatos de conclusión en esta instancia judicial, se desvirtúa la presunción de legalidad que amparaba los actos demandados, por lo que, la sentencia apelada deberá ser revocada, y en su lugar, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, esto es, de las Resoluciones Nos. **1-03-241-433-601-240-1009** del 6 de julio de 2016 "*Por la cual se impone una sanción cambiaria*" y **03-236-408-6100012 del 12 de enero de 2017** "*Por medio del cual se resuelve recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución No. 1-03-241-433-601-240-1009 del 06 de julio de 2016*", proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

3.1. Restablecimiento del Derecho.

Ante la prosperidad de la pretensión de nulidad de los actos administrativos demandados, procede la Sala a determinar el restablecimiento del derecho con ocasión de la declaratoria de nulidad de los mismos de la siguiente manera:

La parte demandante solicitó el restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

"Tercera: A título de restablecimiento del derecho, que se excluya a mi representada de la lista de morosos del estado (fl. 4 cdno. no. 1)

Al respecto la Sala observa que una consecuencia directa de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados corresponde al hecho de que la parte actora no está obligada a cancelar el valor de la multa impuesta en tales actos, razón por la cual, se

ordenará a la entidad demandada abstenerse de exigir y cobrar la sanción pecuniaria.

Igualmente, a título de restablecimiento del derecho se ordenará a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, si ya recibió el pago por parte de la señora Marlene Rojas Rodríguez, deberá restituirle a la demandante la suma cancelada en los términos del numeral 2º del artículo 192 del CPACA, suma que se actualizará a valor presente a la fecha en que haga efectiva la devolución del dinero, la cual deberá ser indexada, según la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{IPC \text{ final}}{IPC \text{ inicial}}$$

Donde:

Vp= valor presente.

Vh= valor histórico.

IPC final= el correspondiente al mes inmediatamente anterior a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

IPC inicial= el correspondiente al mes y año en que se hizo efectivo el correspondiente pago.

4. Condena en costas.

El artículo 188 de la **Ley 1437 de 2011**, "*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*", prescribe:

"ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."*

De conformidad con la norma transcrita, tenemos que, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, debe el juez imponer condenas en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

Así, es del caso precisar que, el Código General del Proceso¹, regula la condena en costas y su liquidación, en los siguientes términos:

"CAPÍTULO III.

CONDENA, LIQUIDACIÓN Y COBRO.

ARTÍCULO 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. Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. *Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:*

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

(...)." (Se destaca).

Conforme a las normas transcritas, tenemos que **se condena en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso,** entre otros, **de apelación,** queja o súplica, condena que se debe imponer en la sentencia o auto que resuelva la actuación que da lugar a ella, y que dentro de su liquidación

¹ Norma aplicable al presente asunto de conformidad con las remisiones expresas establecidas en los artículos 188 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

debe incluirse agencias en derecho conforme a las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, cabe advertir que, una cosa es la condena en costas en sí misma, y otra la liquidación de las mismas; así, por disposición legal, **se condena en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente un recurso**, en tanto que, la liquidación de las mismas queda supeditada a la comprobación de su causación, correspondiéndole la liquidación al secretario del despacho y al juez su aprobación.

Así las cosas, ante la decisión de revocar la decisión adoptada por el juez de primera instancia, y en su lugar, acceder las pretensiones de la demanda de la referencia, la Sala condenará en costas, tanto en primera como en esta instancia procesal, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN lo cual se hará de manera concentrada por aquel, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa del artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUB SECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Revócase la sentencia del 10 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Administrativo Oral del Circuito de Bogotá, D.C., por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

Segundo. Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. **1-03-241-433-601-240-1009** del 6 de julio de 2016 "*Por la cual se impone una sanción cambiaria*" y **03-236-408-6100012 del 12 de enero de 2017** "*Por medio del cual se resuelve recurso de reconsideración*

interpuesto contra la Resolución No. 1-03-241-433-601-240-1009 del 06 de julio de 2016", proferidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

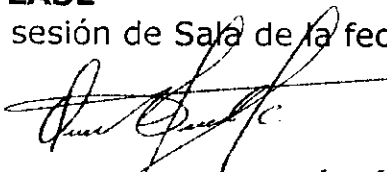
Tercero. Como restablecimiento del derecho, **ordénase** a la entidad demandada Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN abstenerse de exigir el cobro de la sanción impuesta en los actos administrativos demandados y en caso de que haya recibido el pago, restituirle a la demandante la suma cancelada, en los términos del numeral 2º del artículo 192 del CPACA, suma que se actualizará a valor presente a la fecha en que haga efectiva la devolución del dinero, la cual deberá ser indexada según la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Condénase en costas en la instancia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, las que serán liquidadas por el a quo, conforme lo señalado en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **devuélvase** el expediente al juzgado de origen

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de Sala de la fecha. Acta No.



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PÍNZÓN
Magistrado