

CONCEPTO 12323 DE 19 DE MAYO DE 2016
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Bogotá, D.C.

Señora

DIANA MARIA SALAZAR SALDARRIAGA

Carrera 72 B No 45 F – 39

dianasalazars@hotmail.com

Medellín (Antioquia)

Ref: Radicado 005464 del 06/04/2016

Tema	Cambios
Descriptor	Presunción de infracción Cambiada
Fuentes formales	Artículo 6 de la Ley 383 de 1997, Artículo 72 de la Ley 488 de 1998 y Decreto 2245 de 2011

Cordial saludo, Sra. Diana:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, este Despacho está facultado para resolver de forma general las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, en lo de competencia de la Dirección de impuestos y Aduanas Nacionales

En consulta de la referencia indica que en el Concepto 11698 del 11 de febrero de 2009 señala en uno de sus apartes:

"Es así como la presunción de infracción cambiada contemplada por el artículo 60 de la ley 383 de 1997, modificado por el artículo 72 de la ley 488 de 1998, es una típica presunción iuris tantum que admite prueba en contrario, razón por la cual, si el presunto infractor demuestra de manera efectiva que cumplió con las obligaciones cambiadas inherentes a la importación de las mercancías, resulta obvio que no habrá lugar a la imposición de sanción por infracción cambiada derivada de la citada presunción, (aunque la mercancía haya sido objeto de decomiso por defectos procedimentales aduaneros), debiendo la administración en consecuencia finiquitar al correspondiente proceso cambiado conforme a las pruebas allegadas, no solo por haberse desvirtuado la citada presunción, sino en acatamiento a los mandatos fundamentales del respeto al debido proceso y al derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de nuestra carta fundamental."

Por lo que pregunta ¿qué se entiende por defectos procedimentales aduaneros?. Al respecto debe observarse y tenerse en cuenta para los efectos pertinentes la sentencia T-781 de 2011 proferida por la Corte Constitucional, que precisa:

(...) "Defecto procedimental

El denominado defecto procedimental tiene soporte en los artículos 29 y 228 de la Constitución Política referentes a los derechos al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales.

Este tiene lugar siempre que, en desarrollo de la actividad judicial, el funcionario se aparte de manera evidente y grotesca de las normas procesales aplicables. Al desconocer completamente el procedimiento determinado por la ley., el juez termina produciendo un fallo arbitrario que vulnera derechos fundamentales.

También se ha admitido que, en forma excepcional, éste puede configurarse debido a un exceso ritual manifiesto, a consecuencia del cual el operador judicial resta o anula la efectividad de los derechos fundamentales por motivos excesivamente formales.

Así, se han reconocidos dos modalidades de defecto procedimental uno absoluto, que se produce cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecidos para el trámite de un asunto concreto, bien sea porque; i) sigue un trámite totalmente ajeno al pertinente y en esa medida equivoca la orientación del asunto, u ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido, afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso. Y un defecto procedimental por exceso ritual manifestó, que tiene lugar cuando el funcionario arguye razones formales a manera de un impedimento, que sobrevienen en una denegación de justicia.

No obstante, en definitiva, el desconocimiento del procedimiento debe tener unos rasgos adicionales para configurar el defecto bajo estudio: a) debe ser un error trascendente que afecte de manera grave el derecho al debido proceso y que tenga una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y, b) debe ser una deficiencia no atribuible al afectado.(...)"

La doctrina ha expuesto que en el caso de la presunción de infracción cambiaría, su aplicación no determina obligatoriamente la imposición de la sanción, pues esta presunción solo constituye un elemento indiciario para determinar la eventual responsabilidad del presunto infractor, que admite prueba en contrario dentro del correspondiente proceso que se adelante, al considerarse una presunción "juris tantum".

En ese orden de ideas, para que se consagre la presunción legal de infracción cambiarla, se debe partir de la certeza de la realización del hecho que la configura, esto es que se haya probado dentro del proceso aduanero que, en efecto, se introdujo una mercancía a territorio aduanero nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras o cuando a pesar de haberse declarado, el valor declarado es inferior al valor aduanero de las mismas, en los términos del artículo 6 de la Ley 383 de 1997, subrogado por el artículo 72 de la ley 488 de 1998.

Respecto de la segunda inquietud: ¿Puede constituirse la factura comercial expedida por el proveedor, el documento que, pese al yerro formal cometido en la descripción de las mercancías en las declaraciones de importación, permita entablar un nexo causal entre las declaración de cambio, la declaración de importación y la mercancía decomisada, a efectos de demostrar el precio pagado o por pagar al proveedor y con ello dar cumplimiento a la obligación cambiaría que corresponde a la mercancía decomisada?

En relación con esta inquietud se precisa:

El artículo 6o de la Ley 383 de 1997, modificado por et artículo 72 de la Ley 488 de 1998, dispone:

"ART. 6o" Se presume que existe violación al régimen cambiado cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras. En estos eventos el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de decomiso.

La sanción cambiaría se aplicará sobre el monto que corresponda al avalúo de la mercancía, establecido por la DIAN en el proceso de definición de la situación jurídica.

Igualmente se presume que existe violación al régimen cambiado cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor de las mismas en aduanas. En estos eventos, el término de prescripción de la acción sancionatoria se contará a partir de la notificación del acto administrativo de liquidación oficial de revisión de valor.

La sanción cambiaría se aplicará sobre el monto de la diferencia entre el valor declarado y el valor en aduana de la mercancía establecido por la DIAN en la liquidación oficial de revisión de valor".

Sobre el particular, este despacho mediante concepto 071 de 2002, problema jurídico No. 2 señaló:

"De conformidad con las normas transcritas, para que se consagre la presunción legal que establece que "cuando se introduzca mercancía al territorio nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras, o cuando el valor declarado de las mercancías sea inferior al valor de las mismas en aduanas" se debe partir de la existencia real de alguno de los hechos generadores de la presunción; es decir, que se haya probado dentro del proceso aduanero que, en efecto, se introdujo una mercancía a el territorio aduanero nacional por lugar no habilitado, o sin declararla ante las autoridades aduaneras o cuando a pesar de haberse declarado, el valor declarado es inferior al valor aduanero de las mismas.

Así las cosas, el punto de partida del proceso sancionatorio cambiarlo cuya finalidad perseguida es establecer el responsable de la violación al régimen de cambios, necesariamente, debe ser la conclusión del proceso aduanero que determine la existencia de alguno de los hechos antes mencionados, independientemente, de las circunstancias cómo ocurrieron, del responsable de los mismos y de las sanciones a que haya lugar.

Partiendo de la certeza de la realización del hecho que configura la presunción legal, es necesario indagar por la norma que se presumen violada y por el sujeto que estaba obligado a cumplirla, teniendo en cuenta para el efecto, las infracciones, sujetos y sanciones previstas en el Decreto 1092 de 1996, modificado por el Decreto 1074 de 1999; la Resolución 8 de 2000 y demás normas complementarias.

En este orden ríe ideas, debe llevarse a cabo la investigación correspondiente, pudiéndose hacer uso de todos los medios probatorios que permitan establecer la tipicidad de la infracción y al infractor cambiado, el cual, no necesariamente, debe coincidir con aquel a quien se le aprehendió y decomiso la me manda, ni a quién se le haya sancionado en el proceso aduanero, sino que responde quien tenía la obligación cambiaría y la incumplió.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, no obstante contarse con un hecho cierto a partir del cual puede iniciarse la investigación cambiaria; para poderle proferir cargos a una persona, deben existir pruebas que comprometan su responsabilidad, pues teniendo en cuenta que no existe norma cambiaría o de otra índole que permita presumir la responsabilidad, no puede la administración imputar a una persona determinada infracción, sin sustentar los fundamentos de hecho y de derecho que motivan dicha responsabilidad".

De otra parte el Decreto 2245 de 2011, por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiarlo a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dispone en los artículos 24 y 25 lo siguiente:

ARTÍCULO 24. PERIODO PROBATORIO. Las pruebas solicitadas se decretarán cuando sean conducentes pertinentes, eficaces y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación; se denegarán las que no lo sean y se ordenará de oficio las que se consideren pertinentes mediante resolución motivada que señalará el término para su práctica, que no podrá exceder de cuatro (4) meses, si se trata de pruebas a efectuarse en el territorio nacional, o de seis (6) meses, si deben practicarse en el exterior.

Las pruebas aportadas se incorporarán al expediente sin necesidad de resolución que así lo disponga y las mismas se valorarán en su conjunto en la resolución sancionatoria, en la que resuelva el recurso de reconsideración que procede contra esta última o en la que decida la terminación de la actuación administrativa cambiaria.

Contra la resolución que deniegue total o parcialmente las pruebas solicitadas procederá únicamente el recurso de reposición ante el funcionario que dictó el acto recurrido, presentado dentro del mes siguiente a la fecha de su notificación.

El recurso se resolverá y notificará dentro de los dos (2) meses siguientes a su interposición, mediante resolución contra la cual no procederá recurso alguno.

El periodo probatorio correrá a partir de la ejecutoria de la resolución de pruebas.

ARTÍCULO 25. VALORACIÓN PROBATORIA. Las pruebas se valorarán en su conjunto conforme con las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria y la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente.

La valoración de las pruebas que fueron aportadas al expediente o practicadas dentro del periodo probatorio se hará en la resolución sancionatoria, en la que resuelva el recurso de reconsideración que procede contra esta última, o en la de terminación de la actuación administrativa cambiaria, según corresponda

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, 174 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y específicamente en los artículos 742 a 749 y demás disposiciones concordantes del Estatuto Tributario, o en las normas que los adicionen o sustituyan.”

A su vez, el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 señala que:

"ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos. El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.

Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales.

Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil."

Por su parte el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) prevé:

"ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.

ARTÍCULO 166. PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitiré prueba en contrario cuando la ley lo autorice.

ARTÍCULO 174. PRUEBA TRASLADADA Y PRUEBA EXTRAPROCESAL. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan"

En conclusión, cuándo la mercancía arriba al territorio aduanero nacional por

lugar no habilitado o sin declarar a la autoridad aduanera es objeto de aprehensión y decomiso, para efectos de la aplicación de la sanción por presunción de violación al régimen cambiario, es viable legalmente tener en cuenta el valor que figura en las facturas consularizadas en donde consta el valor de las mercancías, cuando se demuestre que este era el monto sujeto a la canalización.

En los anteriores términos se resuelve su solicitud y cordialmente le informamos que tanto la normativa en materia tributaria, aduanera y cambiada, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias pueden consultarse directamente en nuestra base de datos jurídica ingresando a la página electrónica de la DIAN: www.dian.gov.co <http://www.dian.gov.co> siguiendo los iconos "normativa" - "técnica" y seleccionando los vínculos "Doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica"

Atentamente,

PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO
Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina