

RAD: 904510

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

100208221-0722

Bogotá, D.C. **19/05/2021**

Tema	Cambiario
Descriptores	Infracción cambiaria continuada
Fuentes formales	Decreto Ley 2245 de 2011, artículo 5° Decreto 4048 de 2008, artículo 20

Cordial saludo,

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, este Despacho está facultado para absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, en el marco de las competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Por consiguiente, no corresponde a este Despacho, en ejercicio de las funciones descritas anteriormente, prestar asesoría específica para atender casos particulares, ni juzgar o calificar las decisiones tomadas por otras dependencias o entidades.

Mediante el radicado de la referencia, el peticionario consulta textualmente lo siguiente:

- 1. ¿ Si se hace una operación de cambio consistente en pagar una obligación que se tiene con el exterior en el año 2012 y luego otra operación de ingreso como consecuencia de un pago que le realizaron al mismo residente colombiano en el 2013, y así sucesivamente, son consideradas operaciones continuadas y por lo tanto si se realiza una operación de pago a través del mercado cambiario en el año 2017, la facultad sancionatoria respecto de las operaciones que se hicieron en el 2012 y 2013 solamente prescribiría a los cinco años contados a partir del 2017?**
- 2. ¿Es posible interpretar, a la luz del inciso segundo del artículo 5° del decreto 2245 de 2011, que las operaciones de cambio son hechos económicos independientes y que por lo tanto cada canalización no puede enmarcarse en el concepto de “infracciones continuadas” en caso de que con alguna de ellas (las canalizaciones) se incurra en una violación al régimen cambiario?**
- 3. ¿Si un residente colombiano realiza un pago hacia el exterior a través del mercado cambiario (IMC o cuenta de compensación), cumpliendo con ello una obligación que tiene con un acreedor del exterior, y más adelante el mismo residente realiza un reintegro de**

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

divisas a través del mercado cambiario como consecuencia del pago que le hace otro deudor del exterior al mismo residente, estas dos operaciones, en la medida que se trata de un egreso por un lado y de un ingreso por el otro, son consideradas operaciones continuadas?

4. **¿La continuidad de las infracciones en materia cambiaria está dada por el volumen de las operaciones que se realicen?**
5. **¿Cuál es la interpretación de la DIAN en los procesos de fiscalización, cuando busca aplicar el concepto de “infracción continuada” a las operaciones que se realizan a través del mercado cambiario?**
6. **¿La continuidad de las operaciones y con ello el concepto de “infracción continuada” está dada por el tipo de contratos al amparo de los cuales se realizan los giros?**
7. **Aun cuando los giros por concepto de servicios se efectuaron respecto de obligaciones distintas, autónomas e independientes, sin que exista una unidad de acción sobre las mismas, ¿pueden considerarse operaciones continuadas y si con ellas se infringe el régimen cambiario se daría aplicación al concepto de infracción continuada?**

Sobre el particular, las consideraciones de este Despacho son las siguientes:

Consideraciones preliminares:

En primer lugar, vale la pena mencionar que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, por medio del Concepto 65694 de 1995, desarrolló el concepto de infracción cambiaria continuada, así:

“PROBLEMA JURÍDICO No. 1

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

De todo lo anterior podemos concluir:

1. Infracción Cambiaria:

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

Tales infracciones poseen la naturaleza de contravención administrativa.

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

2. *Momento de ocurrencia de los hechos:*

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

PROBLEMA JURÍDICO No. 2

¿Qué se entiende por infracción cambiaria continuada?

(...)

La infracción continuada supone:

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

Cabe señalar que en el evento de las infracciones continuadas, el término de caducidad de la acción de la administración para investigar y sancionar infracciones cambiarias, se contará a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción.”

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

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

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

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

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

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

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

- (i) Mismo sujeto infractor: La pluralidad de hechos constitutivos de infracciones deben ser ejecutados por un mismo sujeto.
- (ii) Misma infracción: La infracción cambiaria continuada implica un incumplimiento de la misma obligación cambiaria, derivada de la misma norma.
- (iii) Misma conducta: Que se trate de una misma conducta (acción u omisión), ejecutada en diferentes momentos.

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

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

Con base en las consideraciones preliminares anteriormente expuestas, se responden los interrogantes planteados, así:

Pregunta No. 1:

Como se advirtió en las consideraciones preliminares, para efectos de determinar la configuración de la infracción cambiaria continuada resulta necesario acreditar los elementos estructurales de la misma, es decir i) mismo sujeto infractor, ii) misma infracción, iii) misma conducta y iv) unidad de propósito o de acción. Se reitera que, para determinar la existencia de una unidad de propósito, como se advirtió anteriormente, deberán evaluarse las particularidades de cada caso en concreto.

Una vez determinado si los hechos infractores constituyen una infracción cambiaria continuada, se podrá determinar el término de prescripción de la acción sancionatoria cambiaria, de conformidad con el artículo 5° del Decreto Ley 2245 de 2011.

Pregunta No. 2:

El inciso segundo del artículo 5° del Decreto Ley 2245 de 2011, establece:

“(…) En las infracciones continuadas, vale decir, en los casos en que con varias acciones u omisiones se viole una misma norma cambiaria, así estas se ejecuten en momentos

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

diferentes, el término de prescripción se contará a partir de la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción. (...)” (Subrayas fuera de texto)

De la citada norma se concluye con claridad que la infracción continuada cambiaria se configura por la ocurrencia de una pluralidad de hechos, que vistos individualmente cada uno constituye una infracción, lo cual permite, a su vez, interpretar que si bien las operaciones de cambio resultan ser hechos económicos independientes, esto no obsta para que una vez evaluadas las condiciones de cada caso particular, se pueda evidenciar la existencia de una unidad de propósito entre las mismas, lo que podrá implicar la configuración de una infracción cambiaria continuada.

Pregunta No. 3:

Para efectos de determinar la configuración de una infracción cambiaria continuada, se deben tener en cuenta requisitos y elementos ya mencionados en las consideraciones preliminares antes expuestas.

Pregunta No. 4:

Como se señaló en la respuesta a la pregunta No. 2, la infracción cambiaria continuada se compone de más de un hecho constitutivo de infracción cambiaria, lo que implica que esta pluralidad de hechos se predica cuando se cometa más de una conducta infractora. Teniendo en cuenta lo anterior, considera este Despacho que la continuidad de las infracciones en materia cambiaria no está determinada por el volumen de las operaciones que se realicen.

Pregunta No. 5:

La función de interpretación jurídica de las normas cambiarias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se encuentra adjudicada a la Dirección de Gestión Jurídica y a la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de dicha entidad, motivo por el cual los conceptos expedidos constituyen interpretación oficial y serán de obligatoria observancia para los funcionarios de la DIAN en los términos del artículo 131 de la Ley 2010 de 2019.

Pregunta No. 6:

La configuración de las infracciones continuadas cambiarias no está determinada por los “tipos” de contratos sobre los cuales se amparen los giros. Para efectos de la configuración de la infracción cambiaria continuada se deberán tener en cuenta los requisitos mencionados en las consideraciones preliminares expuestas. Lo anterior sin perjuicio de la facultad que ostenta la autoridad cambiaria de tomar en consideración la naturaleza de los contratos sobre los cuales se amparen las conductas investigadas.

Pregunta No. 7:

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Con relación al concepto de unidad de acción o unidad de propósito, se debe tener en cuenta que la existencia del mismo resulta ser un elemento fundamental para la configuración de la infracción cambiaria continuada, motivo por el cual, en caso de ausencia del mismo, no se consideraran como una unidad la pluralidad de hechos constitutivos de infracción cambiaria.

En los anteriores términos se resuelve su solicitud y finalmente le manifestamos que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN-, con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos doctrinarios, ha publicado en su página de internet www.dian.gov.co, la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, la cual se puede ingresar por el ícono de “Normatividad” –“Doctrina”–, dando click en el link “Doctrina Dirección de Gestión Jurídica”.

Atentamente,

PABLO EMILIO MENDOZA VELILLA
Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina
Dirección de Gestión Jurídica
UAE-DIAN
Car. 8 N° 6C-38 Piso 4, Edificio San Agustín
Bogotá D.C.

Proyectó: Daniel Gómez González
Aprobó: Comité Normativa y Doctrina del 21/05/2021