



Referencia: Expediente D-13679

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 (parcial) de Decreto Ley 2245 de 2011.

Demandantes: Álvaro Andrés Díaz Palacios y Alejandro Sotello Riveros.

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, y cumplidos todos los trámites y requisitos contemplados en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 241.4 de la Constitución Política, los ciudadanos Álvaro Andrés Díaz Palacios y Alejandro Sotello Riveros presentaron demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 5 (parcial) del Decreto Ley 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”*.
2. En síntesis, sostuvieron que el aparte demandado debía ser declarado inexecutable porque desconocía los artículos 13, 29, 93 y 363 de la Constitución Política, y subsidiariamente, solicitaron la declaración de exequibilidad condicionada bajo el entendido de que el operador jurídico

debía darle al artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011, una interpretación ajustada a la Constitución.

3. En providencia del 3 de marzo de 2020, la Magistrada sustanciadora, luego de revisar el contenido de la demanda, concluyó que ésta no cumplía con los requisitos señalados en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, razón por la cual la inadmitió.

4. De conformidad con lo previsto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991, el auto mencionado concedió un término de tres días para que los actores procedieran a corregir su demanda, decisión que fue notificada por medio de estado No 034 de 5 marzo de 2020.

5. Los demandantes presentaron escrito de corrección de la demanda en el que solicitaron la exequibilidad condicionada del aparte demandado únicamente por vulneración del artículo 29 de la Constitución Política.

6. El 4 de mayo de 2020 se admitió la demanda, por encontrar reunidos los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991. En la misma providencia se ordenó correr traslado al Procurador General de la Nación, comunicar el inicio del proceso al Presidente de la República y al Presidente del Congreso. Asimismo se ordenó la fijación en lista y se invitó a participar en este proceso a las ministras del Interior y de Justicia y del Derecho, al Director de la DIAN y al Superintendente de Sociedades. Igualmente, al Centro Externadista de Estudios Fiscales; a la Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo - FEDESARROLLO-; al Observatorio Fiscal de la Pontificia Universidad Javeriana; el Centro de Pensamiento en Política Fiscal de la Universidad Nacional; el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia; y a las facultades de Derecho de las universidades de los Andes, de la Sabana, Externado de Colombia, Libre de Colombia, Rosario, EAFIT, Javeriana, Nacional de Colombia, Sergio Arboleda, Valle y del Norte.

7. Cumplido lo previsto en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA BAJO EXAMEN

8. A continuación se transcribe el texto del artículo acusado y se subraya el aparte demandado:

“DECRETO LEY 2245 DE 2011

(Diario Oficial No. 48.114 de 28 de junio de 2011)

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,
en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 30 de la Ley 1430 de 2010, y
CONSIDERANDO:

(...)

CAPÍTULO III.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CAMBIARIO.

ARTÍCULO 5o. 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.”

III. LA DEMANDA

9. Los actores consideran que la interpretación del inciso segundo del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011 vulnera el derecho al debido proceso y el principio de prescripción contenidos en el artículo 29 de la Constitución Política. En particular, señalan que el aparte normativo censurado establece que “[e]n 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.”

10. A juicio de los demandantes la disposición censurada es ambigua, pues “no estableció de manera precisa los elementos que deben seguirse para determinar cuándo se está frente a una infracción cambiaria continuada.” Esa circunstancia resultaría violatoria de la Constitución, pues da lugar a diversas interpretaciones y, por consiguiente, deja en libertad a la administración para determinar la existencia o no de una “infracción continuada.” En concreto, enfatizan que la interpretación que resulta contraria a la Constitución apunta a

que “una operación cambiaria realizada en un momento específico no prescribiría en el tiempo, simplemente por el hecho de que podría estar seguida de otra canalización cambiaria, aunque esta segunda canalización sea autónoma e independiente, es decir, que no tenga nexo o cohesión con la primera.”

11. Manifiestan que, en la práctica, esta comprensión de la norma conduce a que “las acciones sancionatorias en materia cambiaria no prescriben en el tiempo”, pues en todos los casos se puede considerar que se trata de “infracciones cambiarias continuadas.” De este modo, explican que en materia cambiaria “los giros y reintegros canalizados voluntariamente a través del mercado cambiario son considerados hechos independientes”, en tanto cada “canalización” agota la obligación formal y sustancial cambiaria.

12. En definitiva, sostienen que “[l]a falta de claridad respecto al elemento de “nexo” o “cohesión” ha generado que sean los funcionarios de la Administración quienes, a su arbitrio, interpreten cuándo ocurre una “infracción continuada” lo que deriva en la práctica en la imposibilidad de establecer un término de prescripción en el régimen cambiario, y por lo tanto, una violación al artículo 29 de la Constitución Política y al principio de seguridad jurídica.” Bajo tal óptica, señalaron que la Corte Constitucional ha admitido su competencia para pronunciarse “en conflictos atinentes a la interpretación de las normas jurídicas, siempre que dicha interpretación involucre problemas de interpretación constitucional.”¹ Y que, en ese sentido, le corresponde a este Tribunal “definir el alcance y la interpretación que los operadores jurídicos deben otorgarle a esta disposición normativa, con la finalidad de que la misma resulte compatible con la Constitución Política.”

IV. INTERVENCIONES

1. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

13. La Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) solicitan de forma conjunta la inhibición de la Corte por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su defecto, la exequibilidad de la norma acusada.

14. En cuanto a la petición de inhibición sostienen que la demanda carece de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia. La demanda no es clara porque los fundamentos del cargo son abstractos y confusos y controvierten una interpretación que no ha sido establecida por la administración de impuestos. No es específica, pues el reproche no satisface la carga especial exigida para cuestionar por vía de acción pública de inconstitucionalidad interpretaciones judiciales o administrativas.² Los accionantes no asumen “una carga argumentativa seria, ponderada y suficiente”, ya que la acusación se

¹ En particular, transcriben fragmentos de las sentencias C-354 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y C-135 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

² Al respecto reproducen apartes de la Sentencia C-354 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sustenta en “argumentos vagos, indeterminados, abstractos y globales que dejan entrever que se trata de una interpretación autónoma de los demandantes y no de la DIAN a través de sus actos administrativos como autoridad que ejerce la potestad sancionatoria cambiaria.” No es pertinente, porque la censura no plantea un problema de relevancia constitucional y, por el contrario, esboza motivos de índole personal o de simple conveniencia. No es suficiente, toda vez “no demuestra que la interpretación del inciso segundo del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011 es consistente y sistemática por parte de algún operador judicial o de la Administración (DIAN). Por el contrario, su apreciación se estructura más como un caso aislado y particular de los demandantes, quienes pretenden se les dé la razón declarando la exequibilidad condicionada de la norma demandada.”

15. En relación con la solicitud de exequibilidad del aparte normativo acusado, sostienen que el artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011 se ajusta a la Constitución, ya que si bien el Legislador no estableció un catálogo taxativo de infracciones cambiarias continuadas, sí determinó los elementos estructurantes de las mismas. De esta manera, explican que el Decreto Ley 2245 de 2011 fijó un nuevo régimen y procedimiento sancionatorio sobre las operaciones cambiarias de competencia de la DIAN, como “el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias por importaciones, exportaciones de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones a nivel nacional.” Indican que el decreto tiene como propósito principal flexibilizar y reglamentar de forma autónoma la regulación cambiaria, con la finalidad de promover la inversión extranjera y otorgar mayor seguridad jurídica a las inversiones en el país.³

16. El artículo acusado hace parte de este entramado normativo y, por lo tanto, se dirige a la consecución de las finalidades plasmadas en el Decreto Ley 2245 de 2011. Los intervinientes insisten en que la norma atacada contiene los elementos estructurales para la configuración de la infracción continuada y la determinación del momento que genera el último hecho constitutivo de la infracción, a partir del cual se inicia el cómputo de la prescripción de la acción sancionatoria. De esta manera, exponen que en la infracción cambiaria continuada deben concurrir las siguientes circunstancias: (i) un mismo sujeto infractor, que pese a estar obligado a cumplir la norma cambiaria la transgrede reiteradamente; (ii) una misma conducta (acción u omisión), así esta se ejecute en momentos diferentes; y (iii) varias obligaciones cambiarias independientes del mismo tipo. De acuerdo con lo expuesto, la infracción cambiaria continuada “no solo requiere que se incumpla con la misma norma u obligación, sino que además debe tratarse del incumplimiento de obligaciones

³ En la misma dirección, aluden al artículo 150 numeral 19 literal b) de la Constitución y al artículo 2 de la Ley 9 de 1991 y aseguran que el Decreto Ley 2245 de 2011 tiene el propósito de amparar los bienes jurídicos señalados en estas disposiciones. En especial, hacen referencia a la regulación del comercio exterior y el régimen cambiario internacional, así como a la necesidad de fortalecer el desarrollo económico y social y el equilibrio cambiario.

*cambiarías concretas, nuevas e independientes y del mismo tipo, esto es, derivadas de la misma norma.”*⁴

17. Finalmente, precisan que cuando la conducta se ha desarrollado en periodos extendidos y en momentos diferentes la administración debe comprobar la existencia de una unidad causal de comisión de la infracción cambiaria.⁵ De este modo, la verificación de los elementos que configuran la infracción cambiaria continuada y el deber de analizar y motivar la presencia de un nexo que entrelace las diferentes operaciones cambiarias, permiten salvaguardar la seguridad jurídica y el debido proceso de los administrados y, al mismo tiempo, el ejercicio de la función de control cambiario a cargo de la DIAN.

2. Universidad Externado de Colombia

18. El Centro Externadista de Estudios Fiscales del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia⁶ considera que el aparte normativo acusado del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011 debe ser declarado inconstitucional. Asegura que el Legislador extraordinario incurrió en una omisión legislativa relativa, pues omitió regular de manera completa la forma en que se debe determinar la sanción en el caso de las infracciones continuadas. En su criterio, la norma censurada *“únicamente se refirió a la infracción continuada cambiaria para efectos de la prescripción y omitió definir requisitos fundamentales para la aplicación de la respectiva sanción al presunto infractor.”* Lo anterior, *“genera una desigualdad negativa frente a sujetos infractores que si (sic) tienen determinada de forma previa la sanción*

⁴ Los intervinientes precisan que los numerales 12, 18 y 24 del artículo 3 del Decreto Ley 2245 de 2011 contienen hipótesis de infracciones cambiarias continuadas. Luego de hacer un recuento de los supuestos de hecho recogidos en esta disposición, explican que *“[e]n los eventos precedentes, la infracción continuada se materializa con la situación irregular de aprovechamiento y de prolongación de la conducta en el tiempo. // Lo anterior, por cuanto quien ejerce una actividad de comercio requiriendo de alguna autorización previa, sin cumplir con este requisito, la conducta se entiende continuada o permanente pues la consumación de la falta se extiende a tantos actos como permanezca la falta. // Debe entenderse que esa violación periódica de la norma que impone obligaciones cambiarias, constituye, al tenor del inciso segundo del artículo 5 del Decreto 2245 de 2011, una infracción continuada, la cual se manifiesta en el incumplimiento sistemático y reiterado de la obligación cambiaria durante cada periodo”* Así mismo, añaden que *“[p]ara estos casos, a pesar de que el hecho comporta una infracción independientemente sancionable, existe concurrencia de (i) sujeto infractor, (ii) conducta realizada (acción), y (iii) tipo de obligación cambiaria. // En casos como los citados el término de prescripción de 5 años se contará a partir de la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción.”*

⁵ Bajo tal perspectiva, señalan los siguientes ejemplos de infracción cambiaria continuada en los que se debe acreditar la unidad de acción entre las diferentes operaciones de cambio: (i) *“[d]urante TODO el tiempo en el que el profesional de cambio no autorizado ejerció la actividad de compra y venta de divisas de manera profesional, sin haber sido inscrito en el registro establecido por la DIAN”*; (ii) *“[d]urante TODO el tiempo en que el residente en el país se dedicó a celebrar diferentes operaciones sucesivas de transferencias de divisas no autorizadas por cuenta de terceras personas, sin tener la calidad de intermediario del mercado cambiario; (iii) “[d]urante TODO el periodo temporal en el que el residente en el país canceló al exterior, con varias operaciones y declaraciones de cambio, divisas por concepto de pago de supuestos “servicios” sin existir causa jurídica alguna que soporte estos pagos por haberse desvirtuado la existencia de la prestación de tales servicios, utilizando esta misma modalidad para sustentar el pago”*; y (iv) *“[d]urante TODO el periodo en el cual el residente en el país ingresó o reintegró al país divisas desde el exterior, con varias operaciones y declaraciones de cambio, por concepto de pagos de supuestas exportaciones de bienes que no se realizaron o fueron desvirtuadas o fueron sobrefacturadas, utilizando la misma modalidad para sustentar este reintegro o ingreso de divisas.”*

⁶ En representación de la Universidad Externado de Colombia interviene Olga Lucía González Parra, Directora del Centro Externadista de Estudios Fiscales y la profesora Carolina Acosta Ramos.

cambiaría y su forma de cuantificarla lo cual carece de un principio de razón suficiente.”

19. Resalta que los principios del derecho sancionador y, en particular, del derecho penal y disciplinario son aplicables al ámbito del derecho cambiario sancionador. En ese sentido, anota que la infracción cambiaria continuada representa un concurso de sanciones y, por lo tanto, *“para sancionar un concurso punible, necesariamente debe encontrarse definido el delito, la tipicidad y la pena, es decir, el sistema mediante el cual se sancionará.”* En especial, agrega que *“debe establecerse previamente en la normativa si se acumularán las sanciones con o sin límite o si se aplicará la sanción de mayor entidad.”*⁷

20. Bajo tal perspectiva, sostiene que la indeterminación de la norma acusada resulta violatoria del debido proceso y de los principios de legalidad y seguridad jurídica. En ese orden, puntualiza que *“al no haberse establecido en la norma la forma de determinar la sanción en el caso de la infracción continuada, no puede el operador jurídico, quien no tiene competencia para crear el régimen sancionatorio aplicable, determinar de manera arbitraria el monto de la sanción y sus límites, pues se estarían vulnerando los principios de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica.”*

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

21. El Procurador General de la Nación solicita que la Corte se declare inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda o, en su defecto, que se declare la exequibilidad de la disposición acusada.

22. En relación con la petición de inhibición, argumenta que la demanda carece de certeza, pues los accionantes parten de una interpretación equivocada de la norma censurada y le atribuyen consecuencias jurídicas que no se desprenden de su contenido normativo. En esa dirección, plantea que la disposición acusada es precisa y que a partir de ella es posible establecer el momento en que inicia el cómputo del término de prescripción. Señala que la norma *“tiene la claridad conceptual suficiente en razón a que define los elementos de la infracción cambiaria continuada, esto es, indica que se trata de una violación permanente de obligaciones cambiarias independientes (se ejecutan en momentos diferentes), derivadas de una misma norma y mediante varias acciones u omisiones (misma conducta).”* Sostiene que la norma permite comprender que la infracción cambiaria es *“aquella conducta (acción u omisión) de tracto sucesivo que es realizada por un mismo sujeto que transgrede en varias oportunidades durante un lapso de tiempo, una misma*

⁷ Añade que en materia cambiaria la DIAN fijó su postura en el Concepto 65694 de 1995. De acuerdo con la intencionalidad, este documento establece que la infracción continuada se entiende como *“aquella conducta (acción u omisión) realizada por parte de un sujeto sometido al cumplimiento de una obligación cambiaria, que vulnera o transgrede permanentemente durante un lapso (permanencia), una misma norma u obligación cambiaria vigente.”* El mismo concepto precisaría que frente a las infracciones continuadas *“el término de caducidad de la acción de la administración para investigar y sancionar infracciones cambiarias, se cuenta a partir de la ocurrencia del último acto constitutivo de la infracción.”*

norma cambiaria. Es decir, la infracción inicia y continúa por un periodo de tiempo hasta que la misma cesa, momento este, en el cual inicia [el] conteo del término de prescripción señalado por la norma.”

23. Manifiesta que la disposición atacada no puede ser interpretada de forma aislada, sino en armonía con la jurisprudencia constitucional y ordinaria que han definido el alcance de las faltas, los delitos y las infracciones continuadas.⁸ Así mismo, destaca que los accionantes no aportaron elementos de juicio que permitan advertir el verdadero sentido que la administración de impuestos le ha dado a la disposición y, en su lugar, tan solo presentaron algunos ejemplos de aplicación de la norma que, en todo caso, parten de un análisis equivocado de la figura de la infracción cambiaria continuada y del cálculo de su término de prescripción.

24. Por último, la Vista Fiscal sostiene que en el evento en que la Corte examine el fondo de la demanda, la norma atacada debe ser declarada exequible, ya que *“de esta no se desprende la posibilidad de anular las garantías constitucionales derivadas del derecho al debido proceso, pues es evidente que se mantiene incólume el mandato superior que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, en conocimiento del principio de seguridad jurídica y de la protección de los derechos fundamentales de los imputados.”*

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

25. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 241, numeral 4º, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la acusada en esta ocasión.

2. Cuestión previa. Examen sobre la aptitud sustantiva de la demanda

2.1. Antecedentes

26. Para la Corte es preciso definir la aptitud del cargo por violación al debido proceso planteado en contra del artículo 5 (parcial) del Decreto Ley 2245 de 2011. Esto, teniendo en cuenta la solicitud de inhibición planteada en la intervención conjunta de la Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como en el concepto emitido por el Procurador General de la Nación.

⁸ Al respecto transcribe fragmentos de las sentencias C-551 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) de la Corte Constitucional; SP-1942018 (51233) del 14 de febrero de 2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; y la dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el expediente radicado 25000232400020030022801.

27. Como se indicó en los antecedentes, en la fase de admisión inicialmente fueron presentados cargos por desconocimiento de los artículos 13, 29, 93 y 363 de la Constitución Política. No obstante, una vez subsanada la demanda, la admisión se circunscribió únicamente al cargo por vulneración del artículo 29 de la Constitución Política.

28. Según los actores el precepto censurado es ambiguo pues no define de manera precisa los elementos para determinar cuándo se está frente a una infracción cambiaria de carácter continuado. A su juicio, dicha indefinición vulnera el debido proceso porque impide al operador administrativo aplicar la prescripción en las diferentes canalizaciones cambiarias. Agregan que no existen parámetros para establecer la autonomía e independencia de las canalizaciones cambiarias de suerte que se deja a la interpretación de la autoridad administrativa la existencia de nexo o cohesión entre aquellas, y consecuentemente, la aplicación de la prescripción en el estudio de casos relacionados con infracciones cambiarias continuadas. Señalan que se requiere excluir del ordenamiento las interpretaciones de la norma demandada que resultan inconstitucionales.

29. Por su parte, la Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales argumentan que la demanda carece de claridad, especificidad, pertinencia y suficiencia. La falta de claridad se estructura en que los fundamentos del cargo son abstractos y confusos y controvierten una interpretación que no ha sido establecida por la administración de impuestos. La carencia de especificidad se sustenta en el incumplimiento de la carga argumentativa que exige proponer la inconstitucionalidad por interpretaciones judiciales o administrativas.⁹ La ausencia de pertinencia está relacionada con que la demanda presenta motivos de índole personal o de simple conveniencia y no de naturaleza constitucional. Por último, sostienen la falta de suficiencia porque no demuestran que la interpretación de la DIAN es sistemática o consistente sino que los demandantes se refieren a un caso aislado y particular.

30. En similar sentido, el Ministerio Público cuestiona la certeza del cargo admitido porque en su concepto los accionantes parten de una interpretación equivocada de la norma censurada y le atribuyen consecuencias jurídicas que no se desprenden de su contenido normativo. En esa dirección, plantea que la disposición acusada es precisa, contiene los elementos para definir una infracción cambiaria continuada, y que a partir de ella es posible establecer el momento en que inicia el cómputo del término de prescripción. Agrega que la disposición atacada no puede ser interpretada de forma aislada, sino en armonía con la jurisprudencia constitucional y ordinaria que han definido el alcance de las faltas, los delitos y las infracciones continuadas.¹⁰

⁹ Al respecto reproducen apartes de la Sentencia C-354 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁰ Al respecto transcribe fragmentos de las Sentencias C-551 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) de la Corte Constitucional; SP-1942018 (51233) del 14 de febrero de 2018 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; y la dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en el expediente radicado 25000232400020030022801.

2.2. Parámetros de análisis para los cargos de constitucionalidad

31. De conformidad con el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, la demanda de inconstitucionalidad debe contener tres elementos esenciales: (i) referir con precisión el objeto demandado, (ii) el concepto de la violación y (iii) la razón por la cual la Corte es competente para conocer del asunto (Art. 241 de la CP y Art. 2 del Decreto 2067 de 1991). A su vez, respecto del *concepto de la violación* se ha establecido que los cargos deben cumplir con tres parámetros básicos: (i) el señalamiento de las normas constitucionales que consideren infringidas (Art. 2, num. 2 del Decreto 2067 de 1991); (ii) la exposición del contenido normativo de las disposiciones constitucionales que riñe con las normas demandadas; y (iii) la presentación de las razones por las cuales los textos normativos demandados violan la Constitución. Vinculado a lo anterior, ha determinado que las razones expuestas para sustentar cabalmente la censura constitucional deben ser -al menos- claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

32. La *claridad* hace relación a que los argumentos sean determinados y comprensibles y permitan captar en qué sentido el texto que se controvierte infringe la Carta. Deben ser entendibles, no contradictorios, ilógicos ni anfibológicos. Conforme la exigencia de la *certeza*, de una parte, se requiere que los cargos tengan por objeto un enunciado normativo perteneciente al ordenamiento jurídico e ir dirigidos a impugnar la disposición señalada en la demanda y, de la otra, que la norma sea susceptible de inferirse del enunciado acusado y no constituir el producto de una construcción exclusivamente subjetiva, con base en presunciones, conjeturas o sospechas del actor.

33. La *especificidad* de los cargos supone concreción y puntualidad en la censura, es decir, la demostración de que el enunciado normativo exhibe un problema de validez constitucional y la explicación de la manera en que esa consecuencia le es atribuible. Es necesario que los cargos sean también *pertinentes* y, por lo tanto, por una parte, que planteen un juicio de contradicción normativa entre una disposición legal y una de jerarquía constitucional y, por la otra, que el razonamiento que funda la presunta inconstitucionalidad sea de relevancia constitucional, no legal, doctrinal, político o moral. El cargo tampoco es *pertinente* si el argumento en que se sostiene se basa en hipótesis acerca de situaciones de hecho, reales o de hipotética ocurrencia, o ejemplos en los que podría ser o es aplicada la disposición.

34. Por último, la *suficiencia* implica que el razonamiento jurídico contenga un mínimo desarrollo, en orden a demostrar la inconstitucionalidad que le imputa al texto demandado. El cargo debe proporcionar razones, por lo menos básicas, que logren poner en entredicho la presunción de constitucionalidad de las leyes, derivada del principio democrático, que justifique llevar a cabo un control jurídico sobre el resultado del acto político del legislador.¹¹ En los

¹¹ Estos criterios fueron recogidos de la jurisprudencia desde la Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), y han sido utilizados de manera reiterada, uniforme y pacífica por la Corte Constitucional.

anteriores términos, es indispensable que la demanda de inconstitucionalidad satisfaga las mencionadas exigencias mínimas, para que puede ser emitido un pronunciamiento de fondo. En caso contrario, no poseerá aptitud sustantiva y la Corte deberá declararse inhibida para fallar.

2.3. Inhibición por ineptitud sustantiva de la demanda: incumplimiento de los requisitos de certeza, suficiencia y pertinencia

35. Para la Sala las razones de inconstitucionalidad propuestas por los demandantes en el cargo admitido por desconocimiento del debido proceso carecen de certeza, suficiencia y pertinencia.

36. No se cumple con el requisito de certeza por cuanto los demandantes deducen una proposición jurídica de la disposición acusada que no se acompaña con el contenido normativo del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011. En efecto, el artículo demandado establece:

ARTÍCULO 5o. 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.

(Subrayado corresponde al texto demandado)

37. El primer inciso del artículo 5° del Decreto Ley 2245 de 2011 señala el término de prescripción de 5 años para ejercer la acción sancionatoria cuando se presenta una infracción cambiaria, contados desde la fecha en que ocurrieron los hechos. Indica que se requiere la formulación de cargos a los presuntos infractores.

38. En el inciso segundo, ahora demandado, refiere que las infracciones cambiarias continuadas se presentan cuando con varias acciones u omisiones

Para un recuento enunciativo ver, entre otras, la Sentencia C-105 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera), nota al pie N° 26.

se viola una misma norma cambiaria, así estas se ejecuten en momentos diferentes. Al tiempo que prescribe que no se considera como infracción continuada el incumplimiento de plazos o términos legales señalados por las normas constitutivas del régimen cambiario. En cuanto a la prescripción advierte que se contará desde el último hecho constitutivo de la infracción.

39. El inciso tercero dispone que el término de la investigación cambiaria no debe exceder dos años y debe contar con un periodo probatorio. Finalmente, el inciso cuarto permite que la prescripción se aplique de oficio o a petición de parte.

40. A partir de la descripción normativa realizada, la Corte concluye que el precepto censurado contiene elementos para determinar cuándo se está frente a la infracción cambiaria continuada, pues se requieren varias acciones u omisiones frente a una misma norma cambiaria que hayan sido llevadas a cabo en distintos momentos.

41. Al respecto, la Presidencia de la República y la DIAN señalaron que si bien el Legislador no determinó de forma taxativa las conductas que constituyen infracciones cambiarias continuadas sí fijó los elementos estructurales de las mismas:

“(i). Una violación permanente de diferentes obligaciones cambiarias derivadas de la misma norma.

(ii). Que dicha acción u omisión fue realizada por el mismo sujeto

(iii). Que se ejecutó mediante una misma conducta.”¹²

42. De tal suerte, que según la intervención que se reseña, la configuración de la infracción cambiaria continuada es determinable en aras de aplicar la prescripción pues es posible identificar:

“a) Un mismo sujeto. Persona que está obligada a cumplir la norma cambiaria y la trasgrede reiteradamente.

b) Que se trate de una misma conducta. (acción u omisión) así esta se ejecute en momentos diferentes.

c) Varias obligaciones cambiarias independientes del mismo tipo.

De acuerdo con lo anterior, es necesario entender que la infracción cambiaria continuada no solo requiere que se incumpla con la misma norma u obligación, sino que además debe tratarse del incumplimiento de obligaciones cambiarias concretas, nuevas e independientes y del mismo tipo, esto es, derivadas de la misma norma.”¹³

43. En suma, para la Sala no es cierta la premisa del cargo planteada por los demandantes sobre la indefinición legal de los elementos de las infracciones cambiarias continuadas, porque el artículo acusado sí contiene elementos descriptivos para que el operador configure la infracción cambiaria continuada

¹² Intervención conjunta de Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Página 18.

¹³ *Ibidem.*

y aplique la prescripción correspondiente. En contraste, la demanda derivó un contenido normativo distinto al dispuesto en el artículo censurado, y por tanto, desdibujó la certeza del cargo. Ahora bien, si el reproche constitucional de los demandantes se circunscribe a la interpretación inconstitucional de esa norma, entonces para la Corte el cargo carece de suficiencia como pasa a explicarse.

44. El cargo por violación del debido proceso incumple el requisito de suficiencia en tanto no cuenta con la carga argumentativa exigida en tratándose de inconstitucionalidades generadas por interpretaciones. Al respecto, la Sala recuerda, que el control de constitucionalidad se adelanta, por excelencia, respecto de las normas y no sobre la hermeneútica que los operadores judiciales realizan de aquellas.¹⁴ De modo, que esta Corporación ha evaluado con mayor rigor esta clase de cargos:

“Exigencias, a su vez, signadas por una “mayor carga argumentativa” por parte del demandante. La sentencia C-802 de 2008, sintetizó los requisitos exigidos por la jurisprudencia, frente a la modalidad de control constitucional mencionada, así: “a.- En cuanto al requisito de claridad, el ciudadano no sólo debe señalar cuál es la disposición acusada como inconstitucional (numeral 1º del artículo 3º del Decreto 2067 de 1991), sino que, en demandas contra interpretaciones judiciales, es necesario indicar con absoluta precisión cuál es el contenido normativo o “norma” derivada de la disposición acusada. b.- En cuanto al requisito de certeza, las demandas contra interpretaciones judiciales comprenden al menos tres dimensiones. Por un lado, (i) debe tratarse de una interpretación que realmente fije un contenido normativo derivado de la disposición impugnada. Esto significa que la interpretación debe derivarse directamente de la disposición demandada. De otro lado, (ii) no puede considerarse satisfecho el requisito de certeza cuando el reproche de inconstitucionalidad se sustenta en simples “hipótesis hermenéuticas” que no hallan sustento en una real y cierta interpretación judicial, o donde la interpretación no conduce a las implicaciones reprochadas, sino que responden a una proposición jurídica inferida por el actor o que recaiga sobre disposiciones que no han sido acusadas. Finalmente, (iii) no se cumple el requisito de certeza cuando la interpretación no se deriva de normas con fuerza material de ley, sino de otro tipo de disposiciones como actos administrativos, contratos estatales o cualquier otra fuente de derecho. c.- En cuanto al requisito de especificidad, en esta clase de demandas lo que se exige es que las razones de inconstitucionalidad sean puntuales y recaigan sobre el contenido normativo cuyo alcance específico ha sido fijado por la interpretación acusada, pero no sobre

¹⁴ En la Sentencia C-802 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. La Corte en esta providencia puntualizó: “El control que ejerce esta Corporación a través de la acción pública de inconstitucionalidad (art.241 CP) comprende la facultad de examinar la interpretación que en ciertos casos hacen las autoridades judiciales de normas con fuerza material de ley. Se trata de una suerte de control, verdaderamente excepcional”. Adicionalmente presentó como sustento de esta afirmación las siguientes sentencias: C-1436 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-426 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-207 de 2003; C-1093 de 2003. M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes; C-803 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; y C-187 de 2008. M.P. Humberto Sierra Porto.

*la base de argumentos “vagos, indeterminados, indirectos, abstractos y globales”. d.- En cuanto al requisito de pertinencia, es necesario que el demandante señale cómo y en qué medida la interpretación judicial impugnada plantea al menos un problema de relevancia constitucional, “y no razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia”. e.- **Por último, el requisito de suficiencia exige, en demandas contra interpretaciones judiciales, demostrar que se está ante una posición consistente y reiterada del operador jurídico y no producto de un caso en particular, pues “una sola decisión judicial en la que se interprete una norma no constituye per se una doctrina del derecho viviente y en caso de serlo debe demostrarse”. Más allá de una cuestión relativa a la certeza de la interpretación, el criterio de suficiencia exige aportar los elementos fácticos y argumentativos para demostrar que la interpretación no sólo existe, sino que plantea una verdadera problemática constitucional.**”¹⁵ (subrayado no original).*

45. Por consiguiente, para superar el requisito de suficiencia es necesario que la demanda presente una interpretación consolidada del operador judicial u administrativo que considera inconstitucional. En esta ocasión, la demanda se limita a afirmar que respecto al elemento de nexo o cohesión han sido los operadores administrativos los que a su arbitrio han dado contenido y alcance a la continuidad de las infracciones, imposibilitando la aplicación de la prescripción en el régimen cambiario.

46. Para ilustrar el tema, los demandantes presentan un ejemplo de lo que puede interpretarse, a su juicio, equivocadamente como una infracción continuada.¹⁶ En efecto, en eso consistió la evidencia fáctica de interpretación

¹⁵ Sentencia C-354 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta oportunidad la Corte se inhibió de proferir un pronunciamiento de fondo sobre la interpretación que el Consejo de Estado había realizado sobre la expresión “y el monto de la pensión de vejez”, contenida en el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la demanda solo presentó una decisión que estimaba inconstitucional y no proporcionó una posición consolidada y mucho menos reiterada de esa Corporación. También pueden consultarse la Sentencia C-557 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que la Corte declaró exequible la expresión “solamente” contenida en el artículo 59 de la Ley 610 de 2000, de acuerdo con la que que en los procesos de responsabilidad fiscal, sólo es demandable ante la jurisdicción contencioso administrativa el acto mediante el cual éste termina, por cuanto no desconocen el derecho al debido proceso ni a la administración de justicia. En esa ocasión la Corte tuvo en cuenta la interpretación que el Consejo de Estado había dado a la disposición acusada (derecho viviente): “la expresión “solamente” cuestionada no impide que los demás actos, generalmente de trámite o preparatorios, sean objeto de control judicial cuando sea demandado el acto definitivo mediante el cual termina el proceso.” Por su parte, en la Sentencia C-304 de 2013 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Corte se inhibió de proferir un pronunciamiento de fondo sobre algunas disposiciones del Estatuto Tributario, entre otras razones, porque la demanda no acreditó una posición consolidada de los tribunales y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales respecto al impuesto al patrimonio. Finalmente, en la Sentencia C-136 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo), la Sala se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto del artículo 11 de la Ley 680 de 2001, entre otros motivos, por cuanto carece de competencia para conocer de demandas de constitucionalidad que cuestionen la interpretación de actos administrativos.

¹⁶ La demanda señala a página 7: “Para ilustrar esta situación, ponemos de presente el siguiente ejemplo, el cual constituye la interpretación que actualmente la Administración realiza sobre la norma demandada, y la cual es violación al artículo 29 de la Constitución Política y al principio de prescripción. // 1. Un residente realizó una canalización a través del mercado cambiario, en el año 2012 por concepto de servicios. // 2. Posteriormente, en los años 2015 o 2016 o 2017 realiza otro giro por concepto de servicios, pero correspondiente a obligaciones distintas, autónomas e independientes a las que originaron el pago del año 2012. // 3. Debe recordarse, que en materia cambiarla los giros y reintegros canalizados a través del mercado cambiario deben ser considerados como hechos independientes y autónomos. // 4. Sin embargo, el operador jurídico sostiene que la canalización del año 2012 no prescribe sino contados 5 años desde la canalización del año 2017. // 5. Lo anterior, bajo el argumento que esta corresponde a una infracción

inconstitucional aportada por los demandantes. No se allegó ningún concepto de la DIAN respecto a la interpretación del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011. Por el contrario, esta entidad en su intervención advirtió:

“[t]oda vez que la interpretación adecuada de la norma a cargo de la DIAN permite identificar la infracción cambiaría continuada a partir de sus elementos estructurantes y consecuentemente el momento de ejecución de la infracción, identificando la fecha exacta a partir de la cual debe contarse el término de prescripción de la acción sancionatoria cambiaría, que no es otra que la ocurrencia del último hecho constitutivo de la infracción.”¹⁷

47. Para la Corte, no se acreditó entonces, una posición sólida de la DIAN derivada de los argumentos planteados en la demanda que habiliten el estudio de constitucionalidad a partir de la interpretación del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011, en lo que se refiere a la prescripción de la infracción cambiaria de carácter continuado. Tal como quedó señalado, es necesario aportar fácticamente los pronunciamientos reiterados y consistentes del intérprete judicial o administrativo para que tenga lugar el excepcional examen de constitucionalidad.

48. Por último, la Sala encuentra que el cargo presentado tampoco cumple con el requisito de pertinencia pues como acaba de exponerse los demandantes formulan un problema de aplicación práctica de la norma, lo cual escapa al control abstracto de constitucionalidad que compete a la Corte.

49. En efecto, el planteamiento de los demandantes, a partir del ejemplo mencionado, es que en las infracciones continuadas cabe la posibilidad de que la DIAN considere que hechos cometidos hace mucho tiempo hagan parte de una misma infracción realizada hace poco, de tal modo que los primeros difícilmente prescribirían. Pero esto nada tiene que ver con el contenido, el sentido ni el alcance de la norma acusada, el recurso de la ejemplificación en esta ocasión constituye un argumento de conveniencia que escapa al análisis propio de los juicios de constitucionalidad.

50. El empleo de argumentos que no sean de naturaleza estrictamente constitucional sino razones de orden legal, personal, doctrinal o de simple conveniencia desdibujan la competencia de la Corte. De esta manera, como los demandantes centran la acusación en una aplicación hipotética de la norma demandada, el cargo carece de pertinencia.

continuada en los términos del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011. // 6. Lo anterior, 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. Es decir, que los giros efectuados en 2012 no tienen relación alguna con los giros efectuados en 2015, 2016 ni 2017. // 7. En otras palabras, bajo la interpretación efectuada por el operador jurídico, la operación efectuada en el año 2012 NUNCA prescribiría, ya que estaría ligada al término de prescripción del giro de 2017 o al término de prescripción de operaciones futuras (inclusive aquellas efectuados en 2020, es decir, 8 años después del primer giro).”

¹⁷ Intervención conjunta de Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Página 19.

51. En conclusión, la Sala Plena se declarará inhibida para pronunciarse de fondo sobre el cargo por violación al debido proceso en la demanda contra el artículo 5 (parcial) del Decreto Ley 2245 de 2011.

3. Síntesis de la decisión

52. La Corte examinó la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la interpretación del inciso segundo del artículo 5 del Decreto Ley 2245 de 2011, mediante el cual se regula la prescripción de las infracciones cambiarias continuadas, por vulneración del derecho al debido proceso y el principio de prescripción contenidos en el artículo 29 de la Constitución Política. Ante la solicitud de inhibición de la intervención conjunta de la Secretaria Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, así como del Procurador General de la Nación, se estudió de forma preliminar la aptitud sustantiva de la demanda.

53. La Sala Plena concluyó que el cargo no cumplía con los requisitos de certeza, suficiencia y pertinencia. La falta de certeza radicó en que la demanda desestimó que el aparte censurado sí contiene elementos para definir cuando se puede configurar una infracción cambiaria continuada, y por ende, fijar el término de prescripción. La ausencia de suficiencia se evidenció en que la demanda no identificó una postura o interpretación reiterada y consistente de la DIAN sobre la norma demandada que pudiera ser objeto de análisis constitucional. La carencia de pertinencia se constató dado que el cargo se estructuró a partir de eventuales interpretaciones del precepto acusado o situaciones meramente hipotéticas. En consecuencia, decidió inhibirse de realizar un pronunciamiento de fondo.

VII. DECISIÓN

54. En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declararse **INHIBIDA** para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 5 Decreto Ley 2245 de 2011, por ineptitud sustantiva de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR
Magistrado
Salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada
(Impedimento aceptado)

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General