

7.2. Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial



Radicado: 2-2017-034472

Bogotá D.C., 17 de octubre de 2017 16:42

Doctora
Elsy Caballero Ojeda
Secretaria de Hacienda
Gobernación de Santander
Calle 37 No. 10 – 30 Palacio Amarillo
Bucaramanga - Santander

Radicado entrada 1-2017-082885
No. Expediente 20747/2017/RCO

Asunto : Oficio No. 1-2017-082885 del 11 de octubre de 2017
Tema : Procedimiento Tributario y Régimen Sancionatorio
Subtema : Ley 1762 de 2015

Cordial saludo Doctora Caballero:

Mediante escrito radicado en el buzón de atención al cliente de este Ministerio con el número y fecha del asunto, después de efectuar un extenso análisis de la Sentencia C-403 de 2016 proferida por la Corte Constitucional a propósito del examen del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, efectúa usted una serie de interrogantes que serán atendidos en el mismo orden de consulta no sin antes precisar que nuestros pronunciamientos se efectúan de manera general y abstracta, y se ofrecen en los términos y con los alcances de los artículos 14-2 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de manera que no son obligatorias ni vinculantes y no comprometen la responsabilidad de este Ministerio.

Consulta usted:

“1. ¿Es procedente que la administración departamental o el distrito capital en la misma diligencia de decomiso directo proceda a cerrar de una vez el establecimiento de comercio imponiendo los sellos de cerrado por evasión y contrabando, sin que se surta un procedimiento de defensa por parte del sancionado?”

En respuesta a este interrogante es menester señalar que la Corte Constitucional al efectuar el estudio de constitucionalidad del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, lo declara

Continuación oficio

exequible en el entendido que existe en el Estatuto Aduanero un procedimiento aplicable para la imposición de la sanción de cierre de establecimiento, el cual garantiza los derechos al debido proceso y a la defensa de los presuntos infractores. Dijo la Corte en la Sentencia C-403 de 2016:

[...] 6.27. Como se dijo, una vez quede en firme el decomiso se puede llegar a aplicar, la sanción de cierre temporal del establecimiento[60], que siguiendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-616 de 2002 sólo se podría imponer o ejecutar una vez surtido el trámite del “requerimiento especial aduanero”, descrito en el artículo 507 del Decreto 2685 de 1999, y que se señale de manera específica en el Acta de Aprehensión, que además de la sanción de decomiso la administración pretende imponer la sanción de clausura de establecimiento contemplada en el literal c) del artículo 657 del E.T[61].

(...)

6.39. En conclusión, con relación a la sanción de cierre temporal del establecimiento se puede decir que dado que el Estatuto Tributario y el Nuevo Estatuto Aduanero establecen un procedimiento para la ejecución de la sanción en donde se garantiza el derecho de defensa, la práctica de pruebas, los alegatos y la impugnación de la sanción dentro de unos plazos determinados, se puede constatar la garantía del derecho al debido proceso del investigado. Por esta razón no encuentra la Corte que en el caso de la imposición de la sanción de cierre temporal del establecimiento se vulnere el debido proceso del artículo 29 de la Constitución.

(...)

*6.46. Teniendo en cuenta lo anterior se puede concluir que el inciso tercero del artículo 23 que dispone que, “En esa misma acta podrá imponerse la sanción de multa correspondiente y la sanción de cierre temporal del establecimiento, cuando a ello hubiere lugar” es **exequible** por el cargo de violación del debido proceso del artículo 29 de C.P, ya que si se entiende que la autoridad administrativa es la que puede imponer “cuando ello hubiera lugar” la sanción de cierre temporal del establecimiento o multa, deja un margen de discrecionalidad a la autoridad de fiscalización para imponer dichas sanciones en los casos más graves que puedan afectar la salubridad de los consumidores, o por el valor, cantidad de la mercancía o por la reincidencia en los hechos. Del mismo modo, porque una vez proferida el Acta de Aprehensión el investigado cuenta con la posibilidad de interponer el recurso de reconsideración contra dicho acto administrativo, y además cuenta con la posibilidad de empezar un trámite ante la autoridad de fiscalización de requerimiento especial aduanero, de acuerdo a la contenido en los artículos 507 a 512 del Decreto 2685 de 1999 y los artículos 581 a 591 del NEA o a través del régimen general para la imposición de sanciones contenidos en los artículos 47 y siguientes del CPACA.*

Continuación oficio

6.47. Como se analizó en este recuento, el inciso tercero del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, se debe interpretar de manera integral y sistemática y tener en cuenta las remisiones que se hacen al Estatuto Tributario y Aduanero en el inciso final del artículo 23, en el artículo 25 de la misma ley y en las normas administrativas de carácter general contenidas en el CPACA. Entendido así el inciso demandado es constitucional ya que se comprueba que para la imposición de las sanciones de cierre temporal del establecimiento y de multa, se garantiza el derecho al debido proceso a través del recurso de reconsideración y del trámite administrativo contemplado en el Estatuto Tributario, Aduanero y en las normas del CPACA en donde se garantiza los derechos de defensa, aporte y contradicción de pruebas, notificación e impugnación de la decisión del investigado. [...]” (Subrayas nuestras, negrillas originales)

Así las cosas, haciendo eco de lo expresado por esa alta corporación, esta Dirección considera que la sanción de cierre de establecimiento, en el marco del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, (es decir mercancías con valor igual o inferior a 456 UVT), debe imponerse una vez se encuentre en firme el acto de decomiso directo de la mercancía¹, y previa aplicación del procedimiento de requerimiento especial establecido en los artículos 582 y siguientes del Decreto 390 de 2016 “*Por el cual se establece la regulación aduanera*”. En consecuencia, en este caso, no resultaría procedente la imposición directa de la sanción de cierre de establecimiento de comercio establecida en el artículo 16 de la Ley 1762 de 2015.

Ahora bien, tratándose de mercancías con valor superior a 456 UVT, la imposición de la sanción de cierre de establecimiento comercial, entre otras, deberá sujetarse al procedimiento establecido en el artículo 24 de la Ley 1762 de 2015, como expresamente lo señala esa norma.

“2. ¿Cuál es el procedimiento que deben surtir las administraciones departamentales y el distrito capital para imponer la sanción de cierre de establecimiento de comercio cuando se aprehendan mercancías gravadas con el impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 cuya cuantía sea igual o inferior a 456 UVT?”

Tal como se expresó en la respuesta al interrogante anterior, tratándose de mercancías con valor igual o inferior a 456 UVT, el procedimiento a seguir para imponer la sanción de cierre de establecimiento comercial, conforme con lo señalado por la Corte Constitucional, será el del requerimiento especial aduanero establecido hoy día en los artículos 582 y siguientes del Decreto 390 de 2016 “*Por el cual se establece la regulación aduanera*”, de cuyo análisis se puede colegir lo siguiente:

1. Para su aplicación debe surtirse el trámite del requerimiento especial aduanero del artículo 581 del Decreto 390 de 2016 (Estatuto Aduanero).

¹ Esto es, una vez agotado el término para recurrir sin que se haga uso de los recursos, cuando se haya renunciado a los recursos, cuando se haya desistido de ellos, o cuando hayan sido resueltos.

Continuación oficio

2. En el requerimiento especial deberá proponerse la imposición de la sanción y deberá expedirse y notificarse a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia de los hechos que lo motivan. (Artículos 582 y 583 del Decreto 390 de 2016).
3. La notificación del requerimiento especial debe hacerse por correo o personalmente. (Artículo 586 del Decreto 390 de 2016).
4. La respuesta al requerimiento debe presentarse dentro de los 15 días siguientes a la notificación del requerimiento especial (Artículo 586 del Decreto 390 de 2016).
5. Dentro de los diez días siguientes a la recepción de la respuesta al requerimiento se decretará la práctica de pruebas. (Artículo 587 del Decreto 390 de 2016).
6. El acto administrativo que decide de fondo, deberá expedirse por la administración dentro del término de 45 días, contados a partir de:
 - (i) El día siguiente al vencimiento del término para responder el requerimiento especial, cuando no se decretaron pruebas;
 - (ii) El día siguiente al de la presentación de la respuesta al requerimiento especial cuando el interesado renuncie al resto del término que faltare, siempre y cuando no hubieren nuevas pruebas que decretar;
 - (iii) El día siguiente a la notificación del auto que cierra el periodo probatorio.
7. Contra el acto que decida de fondo procede el recurso de reconsideración de que trata el artículo 720 del ETN, el cual deberá interponerse dentro del término establecido en el inciso segundo de la precitada norma, esto es dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto que decide de fondo.

“2. ¿Cuál es el procedimiento que deben surtir las administraciones departamentales y el distrito capital para imponer la sanción de cierre de establecimiento de comercio cuando se aprehendan mercancías gravadas con el impuesto al consumo del que trata la Ley 223 de 1995 cuya cuantía sea igual o inferior a 456 UVT?”

Tal como se señaló en la respuesta al interrogante número 1 tratándose de mercancías con valor superior a 456 UVT, el procedimiento a seguir para imponer la sanción de cierre de establecimiento comercial es el establecido por el artículo 24 de la Ley 1762 de 2015. Sea del caso precisar que en este evento, el recurso de reconsideración deberá ser interpuesto dentro de los diez (10) días, siguientes a la notificación de la resolución que impone la sanción y se decidirá dentro de los treinta (30) días, siguientes a su interposición, por el Gobernador o el Alcalde Mayor del Distrito Capital, según sea el caso, tal como expresamente lo dispone la norma en cita.

Continuación oficio

“5. ¿Cuál es el término que tiene el tenedor de la mercancía aprehendida y decomisada para interponer el recurso de reconsideración contra el acta de la diligencia de que trata el inciso tercero del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015?”

“6. ¿Cuál es el término que tienen las administraciones departamentales y del distrito capital para resolver el recurso de reconsideración contra el acta de la diligencia de aprehensión y decomiso directo de que trata el inciso tercero del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015?”

Para dar respuesta a estos interrogantes hacemos nuestro lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-403 de 2016, así: “(...) *con relación a este tipo de multas hay que tener en cuenta que en el cuarto inciso del artículo 23 se establece que, “El acta de la diligencia es una decisión de fondo y contra la misma procede únicamente el recurso de reconsideración”. Es decir que una vez levantada el Acta de Aprehensión e impuesta las sanciones de decomiso, multa o cierre temporal del establecimiento el investigado puede interponer inmediatamente contra la decisión de fondo el recurso de reconsideración que como quedo dicho, está regulado en el artículo 720 del E.T., y se puede interponer dentro de los 2 (dos) meses siguientes a la notificación de la sanción. En este caso se reitera que la administración tiene un término de un (1) año para resolver dicho recurso y que de no hacerlo opera el silencio administrativo positivo a favor del recurrente”.*

“7. ¿Cuál es (sic) término que tienen las administraciones departamentales y del distrito capital para proferir el pliego de cargos una vez se ha aprehendido la mercancía, con el objetivo de que no prescriba la facultad sancionadora?”

A este respecto, conforme con lo expresado a lo largo de este escrito, y en el entendido de que se trata de la sanción de cierre de establecimiento de comercio en el marco del artículo 23 de la Ley 1762 de 2015, esto es cuando corresponda a mercancías con valor igual o inferior a 456 UVT lo que se profiere no es pliego de cargos sino requerimiento especial, y éste debe proferirse dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia de los hechos conforme con el artículo 583 del Decreto 390 de 2016.

De otra parte, en el marco del artículo 24 de la Ley 1762 de 2015, esto es cuando corresponda a mercancías con valor superior a 456 UVT sí se profiere pliego de cargos. No obstante, en este caso es menester señalar que la norma no establece un término específico para la expedición del pliego de cargos motivo por el cual para determinar ese plazo debe darse cumplimiento a lo establecido en el inciso final de la norma *sub examine*, según el cual “*En los aspectos no contemplados en este capítulo, se seguirá lo dispuesto por el Estatuto Tributario, en lo que sea compatible*”. En consecuencia, el plazo máximo para la expedición del pliego de cargos se encuentra regulado en el artículo 637 del Estatuto Tributario Nacional, así:

Continuación oficio

“Artículo 638. Prescripción de la facultad para imponer sanciones. Cuando las sanciones se impongan en liquidaciones oficiales, la facultad para imponerlas prescribe en el mismo término que existe para practicar la respectiva liquidación oficial. **Cuando las sanciones se impongan en resolución independiente, deberá formularse el pliego de cargos correspondiente, dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se presentó la declaración de renta y complementarios o de ingresos y patrimonio, del período durante el cual ocurrió la irregularidad sancionable o cesó la irregularidad, para el caso de las infracciones continuadas.** Salvo en el caso de la sanción por no declarar, de los intereses de mora, y de las sanciones previstas en los artículos 659, 659-1 y 660 del Estatuto Tributario, las cuales prescriben en el término de cinco años. (...)” (Negrillas nuestras)

En ese orden de ideas, a juicio de esta Dirección ante la indefinición de un plazo específico para la formulación del pliego de cargos a que hace referencia el artículo 24 de la Ley 1762 de 2015, debe aplicarse el término señalado en el artículo 638 del ETN *supra*, esto es dentro de los dos años siguientes a la ocurrencia de la conducta sancionable. Los demás términos deberán sujetarse a lo establecido en el artículo 24 de la Ley 1762 de 2015.

Cordialmente

LUIS FERNANDO VILLOTA QUIÑONES

Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial
Dirección General de Apoyo Fiscal

ELABORÓ: César Segundo Escobar Pinto

Firmado digitalmente por:LUIS VILLOTA QUIÑONES

Subdirector De Fortalecimiento Institucional Territorial

Carrera 8 No. 6 C 38 Bogotá D.C. Colombia

Código Postal 111711

Conmutador (57 1) 381 1700 Fuera de Bogotá 01-8000-910071

atencioncliente@minhacienda.gov.co

www.minhacienda.gov.co