

Algunas consideraciones en materia del Régimen Sancionatorio en las zonas francas

Certain considerations concerning the new sanctioning regime applicable to free zones

Algunas considerações em matéria do regime sancionatório nas zonas francas

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO¹

Socio director del área de Aduanas y Comercio Exterior - Posse Herrera Ruiz

Para citar este artículo / To reference this article

Juan David Barbosa Mariño. *Algunas consideraciones en materia del régimen sancionatorio de las zonas francas*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 78. Mayo de 2018. At. 393.

Fecha de recepción: 2 de abril de 2018

Fecha de aprobación: 24 de mayo de 2018

Página inicial: 393

Página final: 419

Resumen

En este artículo se presenta un primer análisis general del régimen sancionatorio aplicable en materia de zonas francas, enfatizando específicamente los eventos de pérdida de existencia, autorización o calificación que puede aplicar el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Este artículo es una aproximación inicial a este nuevo régimen sancionatorio y al marco legal en que se desarrollarán los procedimientos sancionatorios así como la estructura del mismo.

1 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en Negocios Internacionales y Derecho Económico de la Universidad de Georgetown y Especialista en Derecho Tributario de la Pontificia Universidad Javeriana.

Palabras clave

Régimen Sancionatorio, Zonas Francas, Infracciones, Pérdida de calificación, Pérdida de la declaratoria.

Abstract

This article offers an initial overall analysis of the sanctioning regime applicable in free zone matters, specifically stressing the events of loss of status, authorization or qualification that can be applied by the Ministry of Commerce, Industry and Tourism. This article is an initial approach to this new sanctioning regime and the legal framework within which its structure and the sanctioning procedures will operate.

Keywords

Sanctioning Regime, Free Zone, Infringement, Loss of qualification, Loss of the declaration.

Resumo

Neste artigo apresenta-se uma primeira análise geral do regime sancionatório aplicável em matéria de zonas francas, enfatizando especificamente os eventos de perda de existência, autorização ou qualificação que pode aplicar o Ministério de Comércio, Indústria e Turismo. Este artigo é uma aproximação inicial a este novo regime sancionatório, o marco legal em que se desenvolvem os procedimentos sancionatórios assim como a estrutura do mesmo.

Palavras-chave

Regime Sancionatório, Zonas Francas, Infrações, Perda de qualificação.

Sumario

Introducción. 1. Marco General del proceso sancionatorio en materia de zonas francas; 2. Estructura institucional del procedimiento sancionatorio: coordinación y cooperación; 3. La finalidad de este nuevo régimen sancionatorio; 4. Estructura del régimen sancionatorio de las zonas francas; 5. El allanamiento tanto en las sanciones que impone el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como la DIAN; 6. Breve descripción del procedimiento del Ministerio y de la DIAN; 6.1. Procedimiento sancionatorio del Ministerio; 6.2. Procedimiento sancionatorio de la DIAN; 7. La pérdida de la declaratoria de existencia de una zona franca, de la autorización del usuario operador y de la calificación de los usuarios. 7.1. La pérdida de la declaratoria de existencia de una zona franca; 7.2. Pérdida de la

autorización como usuario operador; 7.3 Pérdida de calificación de los usuarios industriales y comerciales; Conclusiones.

Introducción²

El Decreto 2147 de 2016, recientemente modificado por el Decreto 659 de 2018, establece una compilación de todo el régimen de zonas francas en Colombia. El mismo se compone de cuatro títulos. El primero, denominado *Zonas Francas*, establece en su capítulo I una serie de definiciones que serán de aplicación tanto para el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante también el “Ministerio”) y la DIAN, así como para todos los usuarios del régimen³. Posteriormente, en ese mismo título se establece todo lo relacionado con la declaratoria de zonas francas, es decir, los requisitos, el procedimiento, la pérdida de calificación, las zonas francas transitorias, la ampliación, la extensión y la reducción de zonas francas, el usuario operador, los usuarios industriales y comerciales y las infracciones y sanciones aplicables a estos usuarios por parte del Ministerio. El Título II, denominado *Operaciones de comercio exterior en zonas francas*, cuya aplicación es competencia de la DIAN, establece todo lo relacionado con la ejecución de dichas operaciones en el régimen de zonas francas. El Título III, denominado “*Del control y la fiscalización en las operaciones de comercio exterior*”, regula el régimen sancionatorio de las operaciones de comercio exterior que son de competencia de la DIAN⁴. Finalmente, el Título IV que corresponde a *Disposiciones Finales*, incorpora lo relacionado con la transitoriedad, vigencia y derogatorias de este régimen.

En este artículo se presenta un primer análisis general del régimen sancionatorio aplicable en materia de zonas francas, enfatizando específicamente los eventos de pérdida de autorización o calificación que puede aplicar el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

2 Este artículo hace parte de la investigación que se viene siendo realizada sobre régimen infraccional aduanero en Colombia que se espera se convierta en un libro una vez entre en vigencia la totalidad de la nueva normativa aduanera. Los análisis aquí presentados no constituyen una asesoría legal y pueden verse modificados sobre las condiciones particulares del caso. El autor agradece los comentarios de Ivonne Sierra Sánchez, Felipe Poveda, Juan David Lopez y Daniela Lozada.

3 Este Título I, si bien trae una parte de disposiciones generales, es de competencia o de aplicación por parte del Ministerio en el resto de temas. Esto sin perjuicio que las definiciones son de aplicación transversal de obligatorio cumplimiento por la DIAN.

4 Es interesante señalar que el Decreto 349 de 2018 al definir “*regulación aduanera vigente*” incluyó los títulos II y III del Decreto 2147 de 2016.

1. Marco general del proceso sancionatorio en materia de zonas francas

El régimen de zonas francas, así como sus procedimientos sancionatorios, se rigen por el derecho fundamental al debido proceso, artículo 29 de la Constitución Política, entendiendo que el mismo es un derecho de aplicación inmediata, que debe ser atendido por todas las autoridades del orden público, incluso de manera oficiosa. En palabras de la Corte Constitucional, el derecho fundamental al debido proceso “vincula a todas las autoridades y constituye una garantía de legalidad procesal para proteger la libertad, la seguridad jurídica, la nacionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales”⁵.

El artículo 29 establece una serie de máximas constitucionales que se derivan del mismo derecho fundamental, las cuales deben primar siempre en todo proceso administrativo y judicial que se lleve a cabo por una autoridad competente, incluyendo cualquier procedimiento administrativo sancionatorio que se realice tanto por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN) como por el Ministerio, por el incumplimiento al régimen de zonas francas⁶.

Así mismo, al momento de considerar el régimen sancionatorio de las zonas francas es preciso enmarcarlo en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, usualmente abreviado como CPACA⁷, el cual aplica para los todos los procedimientos llevados a cabo por los organismos y entidades

5 Sentencia T-572 de 1992, M.P. Dr. Jaime Sanín Greiffenstein.

6 El derecho al debido proceso consagra el principio referente a que toda persona deberá ser juzgado tanto en actuaciones judiciales o administrativas exclusivamente con atención a las leyes y normativas preexistentes al momento de la imputación del acto o infracción que se le acusa de cometer al particular. Además, esta primera máxima del artículo que consagra el derecho al debido proceso prescribe el deber de toda autoridad competente de observar plenamente las formas y regulaciones propias de cada procedimiento mediante el cual se juzgará a la persona. Entre otros principios inherentes al derecho fundamental al debido proceso, es importante mencionar el derecho a la presunción de inocencia con la que cuenta toda persona, presunción que es desvirtuada únicamente cuando el imputado haya sido encontrado culpable de la infracción por parte de la autoridad competente. También se consagra en este artículo el derecho de defensa, principio este materializado en la posibilidad de siempre poder contar con la ayuda de un abogado, sea contractual o de oficio, que le acompañe y guíe en tanto en la eventual investigación, como en el proceso y juzgamiento; y también, como principios inherentes al debido proceso, se consagran en la Carta Política el derecho a contar con un proceso público carente de dilaciones y demoras injustificadas y la posibilidad de presentar pruebas que le asistan en su defensa y de desvirtuar las pruebas que le perjudiquen. Es necesario recalcar que con base en la primera parte de este artículo 29 de la Constitución, que manifiesta que “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”, para todos los efectos no sólo aplica para procedimientos penales, sino para cualquier actuación judicial o administrativa. Incluso, como se profundizará más adelante, el principio de favorabilidad de la norma en materia penal, consagrado en el tercer inciso del artículo, no es de aplicación exclusiva para procesos penales, sino que cobija también procesos aduaneros y tributarios entre otros.

7 Ley 1437 de 2011.

que conforman las ramas del poder público, y también a los órganos y particulares que siendo independientes del Estado cumplan funciones administrativas.

Las disposiciones contenidas en el CPACA se aplicarán para cualquier procedimiento administrativo en los temas en que las normas especiales para cada determinado proceso, si las hubiere, no dispongan ninguna regulación particular⁸. Por este motivo, el CPACA sirve como régimen subsidiario para acudir en caso de vacío en el régimen especial de la materia para efectos de las sanciones que imponga la DIAN. Y es que si bien la DIAN también se rige por lo dispuesto en el CPACA por ser una entidad estatal que hace parte de la rama ejecutiva, el procedimiento especial para asuntos aduaneros está regulado por el Estatuto Aduanero⁹ y sus Resoluciones Reglamentarias¹⁰, al contrario del procedimiento sancionatorio aplicable por el Ministerio que sí tiene una remisión directa y explícita al CPACA, toda vez que el Decreto 2147 de 2016 expresamente remite a la Ley 1437 de 2011¹¹.

La Ley 1004¹² no establece ningún artículo en temas de procedimiento sancionatorio, ni los objetivos determinados en esta ley en materia del régimen de zonas francas hacen referencia directa a este tema¹³. Sin embargo, es preciso considerar que el régimen de Zonas Francas contenido en el Decreto 2147 de 2016, y su reciente modificación en el Decreto 659, aparte de haberse expedido en desarrollo de la Ley de Zonas Francas, también fue concebido en atención a lo dispuesto por la Ley Marco de Aduanas (Ley 1609 de 2013) y la Ley Marco de Comercio Exterior (Ley 7 de 1991).

8 Artículo 2°.

9 Decreto 390 de 2016, artículo 522 y ss. No existe consenso en la doctrina sobre si el el Decreto 390 y sus modificaciones son o no un estatuto. Sin embargo, en posición del autor, así como de otros autores, sí lo es – Ver, Ramón Guacaneme, Decreto 390 de 2016: El Estatuto Aduanero (II), Diario La República, 10 de junio de 2016.

10 Respecto a temas procesales, las Resoluciones Reglamentarias que regulan la materia son la 64 de 2016 y 72 de 2016.

11 Artículo 86.

12 En opinión del autor la Ley 1004 en lo que respecta a zonas francas es una ley marco. Esto no es un tema pacífico considerando que es en los temas de tarifas y comercio exterior que la Constitución establece las leyes marco y a raíz de las normas de la OMC las zonas francas se consideran como un régimen especial para estimular inversión. Sin embargo, en sí mismo este régimen habilita al Ejecutivo a establecer es una “*normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior*”. Un reciente pronunciamiento del Consejo de Estado tangencialmente analizó el tema inclinándose por que en los temas aduaneros las zonas francas están bajo la Ley Marco de Aduanas y en los otros temas son un desarrollo de la potestad de regulación. Sentencia con expediente 11001032400020090024100 del 8 de junio de 2016, M.P. María Claudia Rojas Lasso.

13 A lo sumo, podría considerarse que esta ley, al disponer como uno de los fines de las zonas francas “*desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo los conceptos de seguridad, transparencia producción limpia y buenas prácticas empresariales*”, está proscribiendo actividades por parte de los usuarios de la zonas francas que vayan en contra de estos fines de seguridad, transparencias y buenas prácticas, y que es con base en estos que los decretos que desarrollan las zonas francas consagran infracciones y sus respectivas sanciones para toda acción que vaya en contra de estas finalidades.

Mediante la Ley Marco de Aduanas, el legislador dispuso que todo acto de Gobierno, destinado a modificar temas arancelarios, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas, debe necesariamente hacerse en desarrollo y con observancia de los principios y máximas dispuestas en esta ley; razón por la cual cualquier disposición tendiente a regular o desarrollar el régimen de zonas francas debe inevitablemente atender a lo plasmado por el legislador en esta ley¹⁴.

La Ley Marco de Aduanas establece que además de los principios constitucionales, y los previstos en el CPACA, el Gobierno Nacional, al momento de expedir decretos que desarrollen el régimen aduanero, deberá tener en cuenta principios especiales de derecho probatorio y del régimen de aduanas, los cuales son mencionados de manera taxativa: principio de eficiencia, principio de seguridad y facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior, principio de coordinación y colaboración, y principio de favorabilidad¹⁵.

Para efectos del procedimiento sancionatorio aduanero, que incluye el de zonas francas en lo que sea de competencia de la DIAN (Títulos II y III), es de gran importancia conocer el alcance y aplicación de este principio de favorabilidad mencionado en el artículo 3° de la Ley Marco de Aduanas y desarrollado recientemente por el Decreto 349 de 2018.

El principio de favorabilidad en las actuaciones administrativas en materia aduanera implica que dentro de un proceso sancionatorio aduanero, así como dentro de un proceso de decomiso de mercancías, se podrá aplicar la norma que más favorezca al interesado. Esto con independencia, que sea solicitada por el interesado o que sea aplicada oficiosamente por el juez o el funcionario competente¹⁶. Específicamente, el Decreto 349 de 2018 estableció en su artículo 1.º que para efectos aduaneros se podrá aplicar este principio si luego de haber cometido la presunta infracción, la norma más favorable entra a regir y esto ocurre con anterioridad a que la resolución sancionatoria o liquidación oficial de revisión quede en firme¹⁷. Incluso, en caso de que la *“nueva norma sea desfavorable al interesado”*, el artículo 1.º establece que es la norma anterior la aplicable a todas las infracciones que se cometieron durante su vigencia.

14 El artículo 2° de nuevo régimen de zonas francas determina que la Ley Marco de Aduanas debe ser tenido también como criterio interpretador de este decreto. De otro lado, el Decreto 349 de 2018 que modifica el Decreto 390 de 2016 (Estatuto Aduanero) incluye en la definición *“regulación aduanera vigente”* el Título III del Decreto 2147 de 2016, por lo que es preciso estar atento al desarrollo que la DIAN le dé a este tema.

15 Artículo 3.º.

16 Parágrafo 4.º del artículo 4° de la Ley Marco de Aduanas.

17 El parágrafo 4° de la Ley Marco de Aduanas menciona, respecto al principio de favorabilidad, que *“Para efectos del Principio de Favorabilidad la Autoridad Aduanera en el proceso sancionatorio y de decomiso de mercancías, aplicará oficiosamente las normas que favorezcan al interesado aun cuando no haya sido solicitada o alegada. Se exceptiona de este tratamiento lo relativo a los aranceles y tributos aduaneros.”*

En este orden de ideas, si bien la Constitución Política determinó este principio como aplicable expresamente a materias penales, la Ley Marco de Aduanas y el Estatuto Aduanero¹⁸ consagraron además un principio de favorabilidad especial en materia sancionatoria aduanera que tiene efectos sobre el Régimen de Zonas Francas en lo que respecta al Título II y III del mismo¹⁹.

2. Estructura Institucional del procedimiento sancionatorio: coordinación y cooperación

El régimen de zonas francas establece dos autoridades gubernamentales: el Ministerio y la DIAN²⁰. La DIAN es *“la competente para vigilar y controlar el tratamiento aduanero, tributario y cambiario”*²¹ de las operaciones de comercio exterior de los usuarios instalados en las zonas francas y de todos los operadores de comercio exterior que realicen operaciones comerciales en, hacia o desde zona franca o con usuarios de la zona franca²²; mientras que por otro lado es el Ministerio el responsable de declarar la existencia de zonas francas²³, así como de revisar las calificaciones que realicen los usuarios operadores de los usuarios industriales y comerciales en sus zonas francas²⁴.

Ahora bien, en este sentido, las resoluciones que declaran o niegan la solicitud de zonas francas deben ser consideradas como actos administrativos expedidos por el Ministerio junto con todo lo que eso implica. Como tal, un acto administrativo es definido por la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia como la *“(...) manifestación de la voluntad de la administración, tendiente a producir efectos jurídicos ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos para los administrados o en contra de estos, tiene como presupuestos esenciales*

18 El artículo 2°, numeral b), Decreto 390 de 2016 fue modificado por el Artículo 1.º del Decreto 349 de 2018.

19 Un tema de análisis a futuro será revisar cómo esto aplica, si así ocurre, frente a las actuaciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y su régimen sancionatorio.

20 En estricto sentido, el Usuario Operador de una zona franca también es una autoridad, al ser un auxiliar de la función aduanera, término que si bien ya desapareció del Decreto 2147 de 2016, continúa reflejando los alcances de este.

21 Artículo 87.

22 Los artículos 131, 132, 133, 134, 135, 136 y 137 del Decreto 2147 de 2016 modificado por el Decreto 659 de 2018 traen infracciones aduaneras también para los transportadores internacionales, los agentes marítimos, agentes aeroportuarios y agentes terrestres (Art. 131), para los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, cabotaje y transporte combinado (Art. 132), para los agentes de carga internacional (Art. 133), para los operadores de transporte multimodal (Art. 134), para los depósitos habilitados (Art. 135), para los titulares de puertos (Art. 136) y para las agencias de aduanas (Art. 137); infracciones estas relacionadas con operaciones que podrían realizar los operadores de comercio exterior mencionados, en zonas francas o con usuarios de zonas francas.

23 Artículo 19.

24 De hecho, es el ministro de esta cartera quien preside la Comisión Intersectorial de Zonas Francas (CIZF) Artículo 20. Es preciso resaltar que la CIZF no tiene competencias en materia sancionatoria.

*su sujeción al orden jurídico y el respeto por las garantías y derechos de los administrados*²⁵. Por lo tanto, es claro que una decisión de una entidad que haga parte de la administración pública (como lo es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) mediante la cual se le conceda a un particular la declaración de un área geográfica determinada como una zona franca, es un acto administrativo toda vez que en virtud de este se le están concediendo derechos al administrado, al solicitante de la declaración de la zona franca, que deben ser respetados tanto por la administración como por los otros particulares.

En virtud de la naturaleza de acto administrativo de la resolución por medio de la cual se concede la declaratoria de una zona franca, o en su defecto del acto que niegue esta solicitud, esto tiene implicaciones respecto a los requisitos esenciales que deben ser respetados por la administración al momento de expedir dicho acto, tales como la obligatoriedad de la notificación²⁶; el derecho de los administrados para interponer recursos contra el mismo²⁷ y la firmeza de este acto²⁸, entre otros.

En este orden de ideas, es preciso señalar que las resoluciones mediante las cuales se modifican las áreas declaradas como zonas francas, tanto ampliaciones, extensiones como reducciones, también son actos administrativos que deben seguir las disposiciones del CPACA respecto de sus efectos, notificaciones, entrada en vigencia y demás, ya que estas actuaciones de la administración modifican derechos en cabeza de los titulares de las zonas francas.

3. La finalidad de este nuevo régimen sancionatorio

Al momento de analizar las nuevas sanciones, es preciso establecer el porqué de las mismas. En el régimen de zonas francas coexisten infracciones que buscan preservar tanto la existencia misma del sistema como la operatividad del mismo. Sin embargo, dada la naturaleza excepcional del régimen de zonas francas es siempre necesario cuestionarse si tanto las infracciones como las sanciones buscan establecer “la libertad para el autocontrol” o si se persigue una finalidad distinta. Por ejemplo, dentro de estas otras finalidades se evidencia que muchas de las nuevas infracciones van de la mano de la creciente tendencia por implementar los avances tecnológicos e informáticos en las operaciones aduaneras.

De este nuevo régimen sancionatorio quedan en cabeza del Ministerio veintidós (22) sanciones aplicables a los usuarios operadores y diez (10) sanciones aplicables a los usuarios industriales y comerciales.

25 Sentencia C-1436 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

26 Artículo 66 CPACA.

27 Artículo 74 CPACA, que a su vez se materializa en el artículo 51 del Decreto 2147 de 2016.

28 Artículo 87 CPACA. De hecho, es importante mencionar que en el Decreto 2147 de 2016 no se hace referencia a la firmeza del acto administrativo que declara la existencia de una zona franca, por lo que debe aplicarse necesariamente lo dispuesto por el CPACA.

De igual forma, en cabeza de la DIAN, dentro del régimen de zonas francas con la modificación del Decreto 659 de 2018 se establecen cuarenta y tres (43) obligaciones exigibles a los usuarios operadores y administradores y cuarenta y cinco (45) obligaciones a los usuarios industriales y comerciales. A su vez, el Decreto 2147 establece 45 infracciones de los usuarios operadores²⁹ y 45 de los usuarios industriales³⁰ y comerciales a las que se les aplicará la correspondiente sanción.

De igual forma, es preciso considerar que la anterior enumeración no incluye las sanciones que resulten aplicables a los usuarios de zonas francas como operadores de comercio exterior en virtud de la remisión que hace el parágrafo 2 ° del artículo 126 del Decreto 2147 de 2016 al Decreto 390 de 2016. Lo anterior no implica necesariamente la duplicidad de sanciones, pero es algo que de todas formas será necesario monitorear cuando finalmente entre en vigencia la totalidad del tema.

Para todos los efectos, el régimen sancionatorio del Decreto 2147 de 2016 al momento en que se escribe este artículo entrará paulatinamente en vigencia, previéndose que solo hasta el primero de diciembre de 2019 esto ocurra en su totalidad.

A futuro será necesario analizar en el desarrollo que se dé de este régimen si las distintas sanciones tienen un efecto “espejo” entre el usuario operador y los distintos usuarios autorizados o calificados en sus zonas francas. Como tal, muchas de las sanciones que resultan aplicables al usuario operador son el resultado de las infracciones del usuario industrial o comercial, estableciendo que la omisión por ejemplo para el usuario operador en sus obligaciones de reportar o corregir las conductas de sus usuarios, potencialmente pueden resultar en la aplicación de una sanción a este.

La gran mayoría de las sanciones impuestas por la DIAN respecto de los usuarios operadores, tienen una sanción correlativa para los usuarios industriales y comerciales; y en muchos aspectos, incluso las infracciones que puedan ocasionar la imposición de esas sanciones para usuarios operadores son similares a las infracciones que podrían cometer los usuarios industriales y comerciales. En el caso de las infracciones del Ministerio, en opinión de quien escribe, esto no es tan claro.

29 Artículo 129.

30 Artículo 130.

4. Estructura del régimen sancionatorio de las zonas francas

El régimen sancionatorio consagra infracciones que son sancionadas con i) amonestaciones; ii) multas o iii) pérdidas de calificaciones o autorización.

En el régimen de zonas francas, en el Capítulo I, específicamente en el artículo 85, se establecen las infracciones de los usuarios industriales y comerciales de la zona franca aplicable por el Ministerio, las cuales son sancionadas con multa o incluso la pérdida de calificación.

De igual forma, en el Capítulo IX del Título II del Decreto 2147, se consagran taxativamente las obligaciones radicadas en cabeza de los usuarios operadores, usuarios industriales de bienes y/o servicios y comerciales, y de los demás operadores de comercio exterior. Posteriormente, en el Capítulo I del Título III, respecto de cada una de las obligaciones en cabeza de los operadores de comercio exterior incluyendo usuarios de zonas francas, se impone una correlativa infracción por su incumplimiento, con la correspondiente sanción. Estas sanciones que vienen consagradas junto con cada infracción mencionada en el Capítulo I del Título III son de tipo pecuniario, son multas cuantificadas en Unidades de Valor Tributario y en ciertos casos son acompañadas de la sanción de cancelación del registro como operador de comercio exterior, que se impone usualmente en casos de reincidencia.

Es preciso señalar que el Decreto 2147 de 2016, en el artículo 86, menciona que *“cuando en un mismo hecho u omisión se incurra en más de una infracción se aplicará la sanción más grave, prevaleciendo la de cancelación a la de multa”*. Es de entender que cuando se refiere a la sanción más grave, quiere decir la más onerosa que le resulte al infractor, incluyendo la cancelación de la autorización.

5. El allanamiento frente a las sanciones que impone el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como las que impone la DIAN

El allanamiento está definido procesalmente como la aceptación expresa y voluntaria de las pretensiones de la contraparte, y es reconocido como una de las formas de terminación anticipada del proceso.

El artículo 86 del Decreto 2147 de 2016 le otorga a un imputado en un proceso sancionatorio del régimen de zonas francas respecto de las sanciones impuestas por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la posibilidad de allanarse a la comisión de la infracción de manera anticipada al desarrollo de distintas etapas de la fiscalización, y así obtener una reducción en la sanción que variará según la etapa del proceso donde se efectúe el allanamiento.

Respecto al procedimiento sancionatorio de la DIAN, en virtud de la remisión que en materia sancionatoria hace el Decreto 2147 de 2016 al Decreto 390 de 2016, modificado por el Decreto 349 de 2018, es preciso indicar que el allanamiento es uno de los eventos que podrá conducir a una reducción de la sanción³¹.

Tanto para las sanciones que imponga el Ministerio como la DIAN aplican los siguientes porcentajes de reducción de la sanción en caso de allanamiento:

Etapa del proceso en que se procede con la aceptación de la infracción	Reducción de la sanción
Reconocimiento voluntario y por escrito de la infracción previo al recibo del requerimiento.	La sanción se disminuirá en un 80%
Reconocimiento voluntario y por escrito de la infracción luego de haber recibido el requerimiento.	La sanción se disminuirá en un 60%
Reconocimiento voluntario y por escrito de la infracción dentro del término para responder el recurso al acto administrativo que decida de fondo.	La sanción se disminuirá en un 40%

Es además preciso considerar que el allanamiento que se haga a la comisión de una infracción y que derive en una sanción que imponga el Ministerio, en opinión del autor, no afecta el perfil de riesgo del respectivo usuario para efectos aduaneros, sin perjuicio que este tema no se encuentra todavía institucionalmente acordado. Esto seguramente será analizado a futuro por la doctrina según los desarrollos del Ministerio. Pero es preciso considerar que en materia sancionatoria no se pueden hacer interpretaciones extensivas si la norma no lo dice.

Finalmente, será preciso estar atento a la posición del Ministerio sobre si el allanamiento contabiliza para el tema de la reincidencia. El artículo 86 del Decreto 2147 regula el tema de la reincidencia respecto del procedimiento sancionatorio competencia del Ministerio. Este artículo 86 dispone que la reincidencia en la comisión de una infracción que haya sido sancionada mediante acto administrativo en firme o por aceptación voluntaria y por escrito, siempre que sea dentro de los 5 años siguientes a la comisión de la infracción inicial, será sancionada con aumentos sucesivos de la sanción inicial en un 20% por cada vez en que se reincida en la infracción, sin que supere el 100% de la sanción inicial³².

31 Artículo 519 del Decreto 390 de 2016.

32 “Artículo 86. Procedimiento administrativo sancionatorio (...) La comisión de la misma infracción, sancionada mediante acto administrativo en firme o aceptada en virtud de allanamiento a su comisión, durante los últimos cinco (5) años, dará lugar a incrementos sucesivos en un veinte (20%) del monto de la sanción, sin que tales incrementos superen el ciento por ciento (100%) de la sanción base de cálculo”. ¿Será preciso estar atento para poder determinar qué pasa al cumplir los 5 años? ¿Se vuelve a contar el término?

6. Breve descripción del procedimiento del Ministerio y de la DIAN

Considerando que el procedimiento sancionatorio previsto para el Ministerio es el de la Ley 1437 de 2011 y el de la DIAN el establecido en el Decreto 390 de 2016, modificado por el Decreto 349 de 2018, es preciso señalar lo siguiente:

6.1. Procedimiento sancionatorio del Ministerio

Como ya se ha mencionado, el procedimiento sancionatorio para las infracciones que sanciona el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo está determinado en el CPACA, específicamente en sus artículos 47 a 52.

El procedimiento sancionatorio aplicable a los usuarios industriales y comerciales de zonas francas a cargo del Ministerio puede ser de oficio o a solicitud de cualquier persona, y comenzará con averiguaciones preliminares para determinar si existe o no mérito para iniciar el mismo. En caso de que el Ministerio determine que sí existen razones fundadas para iniciar el procedimiento, procederá con la formulación de cargos a través de acto administrativo en el cual enumerará de manera precisa los hechos que dan lugar a abrir procedimiento sancionatorio, los usuarios de zona franca o demás personas naturales o jurídicas que son objeto de la respectiva investigación, las presuntas infracciones cometidas y las sanciones o medidas que procederían en caso de encontrar que la infracción si se cometió. El acto de formulación de cargos será notificado personalmente y contra este no proceden recursos³³.

Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del acto administrativo mediante el cual el Ministerio formuló cargos, el usuario de zona franca podrá presentar descargos, y solicitar o aportar material probatorio que considere necesario en el proceso. Las pruebas presentadas podrán ser negadas de manera motivada por el Ministerio, en caso de que las encuentre inconducentes, impertinentes, superfluas o ilegales.

En el evento en que se requiera práctica de pruebas, el Ministerio podrá fijar un periodo probatorio no mayor a 30 días, que podría ser de 60 días si hay más de tres investigados o se deban practicar pruebas en el exterior³⁴. Vencido el periodo probatorio, se dará traslado al usuario de zonas francas investigado, por un periodo de 10 días para que esté presente los alegatos al proceso; y presentados, el funcionario del Ministerio encargado de llevar el proceso sancionatorio tendrá 30 días para proferir el acto administrativo definitivo.

33 Artículo 47 del CPACA: Procedimiento administrativo sancionatorio.

34 Artículo 48 del CPACA: Periodo probatorio.

El acto administrativo que contenga la decisión final del proceso deberá contener, entre otras cosas, un completo análisis de todos los hechos que llevaron a que se iniciara la investigación, así como el análisis de todas las pruebas aportadas y recolectadas, así como de la fundamentación de la decisión tomada³⁵.

Si bien el artículo 50 del CPACA establece los criterios que deberán tomar los funcionarios al momento de graduar las sanciones en caso de que la decisión del proceso sea sancionatoria, en el caso del procedimiento sancionatorio de zonas francas es posible concluir que no hay gradualidad de la sanción, toda vez que el Decreto 2147 de 2016 consagra una suma (en UVT) específica a título de sanción para cada infracción cometida, y no da a entender que la sanción pueda ser menor que la que se establece en el decreto (excepto para los casos de allanamiento tratados en el anterior numeral del presente documento)³⁶.

6.2. Procedimiento Sancionatorio de la DIAN

Teniendo en cuenta que el Decreto 2147 de 2016 no dispone de ningún procedimiento sancionatorio especial para la DIAN para los usuarios de zonas francas o cualquier otro operador de comercio exterior que realice operaciones de comercio relacionadas con una zona franca, con base en el artículo 126 de este decreto, es necesario remitirse a la regulación aduanera (Decreto 390 de 2016) para establecer el procedimiento sancionatorio de las infracciones que son competencia de la DIAN investigar y sancionar³⁷.

35 *“Artículo 49. Contenido de la decisión. El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos. El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:*

1. *La individualización de la persona natural ó jurídica a sancionar.*
2. *El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.*
3. *Las normas infringidas con los hechos probados.*
4. *La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.”*

36 Por poner ejemplos, el artículo 85 del Decreto 2147 del 2016 dispone las infracciones y sanciones correspondientes para los usuarios industriales y comerciales de zona franca que puede poner el Ministerio. Este artículo dispone que para las infracciones relativas a *“No cumplir con las obligaciones adquiridas frente al usuario operador de la zona franca permanente en el acto de calificación”* y *“No cumplir con los procedimientos establecidos en el manual de operaciones de la zona franca”*, entre otros, la sanción a imponer será *“la de multa equivalente a doscientas (200) UVT por cada infracción”*, lo que da a entender que no se considera la posibilidad de graduación de sanción, sino que se impondrá la suma específica que manifiesta el artículo para cada infracción.

37 El Decreto 2147 de 2016, en su artículo 126 establece que *“Las disposiciones relativas a controles aduaneros, disposiciones generales del régimen sancionatorio, causales de aprehensión y decomiso de las mercancías, procedimientos administrativos, protección a la propiedad intelectual y notificaciones, establecidos en la regulación aduanera y en el presente decreto, serán aplicables para todos los usuarios de las zonas francas en relación a las operaciones de comercio exterior a los que se hace referencia el presente decreto y la regulación aduanera...”* Este artículo es el que consagra la remisión expresa en materia de procedimiento sancionatorio al Decreto 390 de 2016, que es el que contiene la regulación aduanera general. Por tanto, desde el tema procesal, todo lo no regulado por el Decreto 2147 de 2016 se remite a lo dispuesto

Además, establece el artículo 126 del Decreto 2147 de 2016 que aplicará lo dispuesto en la regulación aduanera respecto a la aprehensión y decomiso de mercancías, control aduanero, protección a la propiedad intelectual y notificaciones.

El procedimiento administrativo sancionatorio contenido en el Decreto 390 de 2016 comienza formalmente por la notificación³⁸ de un requerimiento especial aduanero, expedido por la autoridad aduanera, al operador de comercio exterior (en este caso usuario de zona franca) que presuntamente haya cometido la infracción³⁹. Este requerimiento especial aduanero deberá contener las infracciones probablemente cometidas, la sanción propuesta y las normas que lo sustentan⁴⁰; y deberá ser expedido a más tardar 30 días después de la ocurrencia de los hechos, esto sin perjuicio de los términos de caducidad respectivos⁴¹.

El usuario de zonas francas fiscalizado podrá responder el requerimiento especial aduanero dentro de un término de 15 días hábiles posterior a su notificación. En el escrito de respuesta podrá presentar sus objeciones frente a cualquier aspecto mencionado por la autoridad aduanera en el requerimiento, y podrá solicitar que se practiquen pruebas y presentar las que pretende hacer valer⁴². En caso de que sea necesaria práctica de pruebas, estas serán ordenadas dentro de los 10 días siguientes a la respuesta al requerimiento especial por parte del usuario de zona franca, y contra el acto que niegue la práctica de una prueba procederá recurso de reposición⁴³. El periodo probatorio podrá ser fijado hasta por dos meses, o hasta por cuatro si se requiere practicar pruebas en el exterior.

Tres días después de vencido el término del periodo probatorio, se dicta auto de cierre del periodo y el usuario de zona franca tiene hasta cinco días después de notificado este auto para presentar alegatos de conclusión.

La autoridad aduanera procederá a expedir el acto administrativo que decida de fondo, para lo cual cuenta con 45 días, según lo establece el artículo 588 del Decreto 390 de 2016:

por el Decreto 390 de 2016. En caso de que haya asuntos que ninguno de los dos compendios normativos regule, se deberá seguir lo dispuesto por el CPACA.

38 Notificación personal o por correo. Se le deberá notificar también a terceros interesados y a la aseguradora.

39 Artículo 582 del Decreto 390 de 2016.

40 Cuando se esté buscando sancionar al usuario de zona franca por alguna de las infracciones contenidas en el Decreto 2147 de 2016, el requerimiento especial aduanero solo tendría que señalar la infracción cometida, la sanción respectiva y las normas que la sustentan, toda vez que la sanción es específica para la infracción, y aparte que haya allanamiento, la norma no dispone que pueda ser graduada. No obstante, un usuario de Zonas Francas también puede ser sancionado según las disposiciones del Decreto 390 de 2016 en el evento en que cometa infracciones establecidas por este cuando esté obrando en calidad de operador de comercio exterior (importador, exportador, depósito aduanero, etc.), por lo que se puede dar el caso que el requerimiento especial aduanero que se le formule si proponga liquidación de sanción o de derechos dejados de pagar.

41 Artículo 583 del Decreto 390 de 2016.

42 Artículo 586 del Decreto 390 de 2016.

43 Artículo 587 del Decreto 390 de 2016.

“1. A partir del día siguiente al vencimiento del término para responder el requerimiento especial aduanero, cuando no hubieren pruebas que decretar, ni a petición de parte ni de oficio.

2. A partir del día siguiente al de la presentación de la respuesta al requerimiento especial aduanero, donde el interesado renuncie al resto del término que faltare, siempre y cuando no hubieren nuevas pruebas que decretar, ni a petición de parte, ni de oficio.

3. A partir del día siguiente a la notificación del auto que cierra el periodo probatorio”.

Este acto administrativo que decide de fondo, que en este caso será una resolución sancionatoria, deberá contener, entre otros aspectos, el nombre e identificación del sancionado, identificación de la infracción, sanción a la que haya lugar y exposición de los motivos que sustentan el acto, indicación del recurso procedente, entre otros⁴⁴.

7. La pérdida de la declaratoria de existencia de una zona franca, de la autorización del usuario operador y de la calificación de los usuarios

A continuación, dentro del análisis del régimen sancionatorio se presenta: i) la pérdida de la declaratoria de existencia de zona franca permanente y/o permanente especial (art. 52 y 53); ii) la pérdida de la autorización del usuario operador (art. 76); y iii) la pérdida de la calificación de los usuarios industriales de las zonas francas permanentes (art. 83).

7.1. La pérdida de la declaratoria de existencia de una zona franca

Es importante considerar que la pérdida de declaratoria de las zonas francas, en opinión de quien escribe este artículo, no se puede considerar siempre una sanción toda vez que no se le está imputando responsabilidad por la comisión de una infracción a una persona. Lo que implica la pérdida de la declaratoria de una zona franca es la pérdida de una situación jurídica que otorga beneficios, por razones de incumplimiento de las condiciones que la ley ordenaba que se debían cumplir para poder mantener esta situación.

Un tema problemático en el desarrollo de lo anterior es determinar frente a la pérdida el efecto de las causales eximentes de responsabilidad en el derecho

44 Artículo 590, Decreto 390 de 2016.

sancionatorio, tales como fuerza mayor y caso fortuito (podría por ejemplo ser causal no de pérdida de la calificatoria, sino de reducción/ampliación del área).

7.1.1. Pérdida de la declaratoria de existencia de las zonas francas permanentes y permanentes especiales (Art. 52 y 53)

Una de las competencias del Ministerio en materia sancionatoria en el régimen de zonas francas incluye la imposición de la sanción de pérdida de la declaratoria de existencia de zonas francas⁴⁵. Esto, como tal, es una de las sanciones a determinadas infracciones contenidas en el Decreto 2147 de 2016. Esta sanción se puede imponer tanto a zonas francas permanentes⁴⁶ como a zonas francas permanentes especiales⁴⁷, sin perjuicio que el Decreto 2147 dispone de algunas causales especiales de pérdida de declaratoria para cada una.

No obstante, independientemente de la existencia de las diferentes causales establecidas en el Decreto 2147 de 2016 que obligan al Ministerio a decretar la pérdida de declaratoria de una zona franca, la normatividad en mención otorga la posibilidad al usuario operador de una zona franca permanente para que de manera voluntaria solicite que le sea revocada la declaratoria de la zona franca, así como la posibilidad para que el usuario industrial de una zona franca permanente especial solicite la renuncia de su declaratoria. Lo anterior implica voluntariamente la pérdida de la calificación y, a su vez, la pérdida de los beneficios aduaneros y tributarios que traen las zonas francas tanto para el usuario operador como para los usuarios industriales instalados en la zona franca respecto de la cual se renunció a su declaratoria⁴⁸.

Cabe anotar que en el caso de las zonas francas permanentes, si bien es el usuario operador quien solicita la renuncia a la declaratoria de la zona franca, es necesario presentar documentos que acrediten que los usuarios industriales y

45 Es importante señalar que según lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 83, cuando el Ministerio decreta la pérdida de declaratoria de existencia de una zona franca, todos los usuarios que estén operando desde dicha zona franca, sean industriales o comerciales, perderán dicha calidad de usuarios. Esto puede ser problemático, toda vez que las causales que pueden ocasionar una pérdida de la declaratoria de la existencia de la zona franca son relativas a incumplimientos de obligaciones que tienen los inversionistas solicitantes de la declaración de la zona franca que le son ajenas a los usuarios, por lo que si de la pérdida de la declaratoria de existencia de la zona franca se le causan perjuicios materiales a los usuarios industriales y comerciales de la zona franca, esta situación podría llevar a pleitos en materia de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados a estos con los dueños de la zona franca.

46 Artículo 52.

47 Artículo 53.

48 El único requisito establecido en el Decreto 2147 para que proceda la renuncia a la declaratoria de existencia de la zona franca, aparte de los documentos que acrediten que los usuarios instalados en zona franca tiene conocimiento de la renuncia, es necesario que el usuario operador solicitante no tenga incumplimiento de compromisos. Opera también para el usuario industrial de zona franca permanente especial. Artículos 55 y 56.

comerciales instalados en el inmueble conocen la intención del usuario operador de renunciar a la declaratoria de la zona franca⁴⁹.

Ahora bien, para analizar las causales que pueden llevar a que el Ministerio decrete la pérdida de declaratoria de la zona franca, para efectos metodológicos se propone la siguiente división:

1. **Zonas francas permanentes.** El Decreto 2147 de 2016 y su reciente modificación por el Decreto 659 de 2018, en el artículo 52, consagra nueve causales generales, que se pueden dividir en las siguientes categorías, a saber:

- i) **Causales en las que se puede incurrir desde antes del inicio de operaciones propias de la actividad:**

Debido a la naturaleza propia de las zonas francas y los beneficios que estas otorgan, el ingreso y salida de personas y bienes del área habilitada como zona franca requieren de un estricto control, ya que de lo contrario se podrían presentar situaciones tales como el ingreso al Territorio Aduanero Nacional de mercancías sin nacionalizar. Por esta razón, es indispensable para la operación de una zona franca que el área habilitada como tal, esté cerrada completamente y que solo se pueda entrar y salir por los lugares habilitados previamente por el Ministerio para su efectivo control. Por lo anterior y por los riesgos que esto podría traer en caso de no cumplirse a cabalidad o que durante la existencia de la zona franca esta no se mantenga, se incurre en causal de pérdida de declaratoria de la zona franca⁵⁰.

- ii) **Causales en las que se puede incurrir solo al finalizar el 5.º año de la declaratoria:**

Como requisito especial para la declaratoria de las zonas francas permanentes, el usuario operador quien solicita la declaratoria de una zona franca permanente deberá presentar un cronograma a cinco años⁵¹ donde se precise que la zona franca que será declarada tendrá, al finalizar este quinto año, al menos cinco usuarios industriales nuevos operando en el área habilitada como zona franca. Además, el cronograma deberá indicar que al terminar este

49 Artículo 55.

50 Numeral 1, Artículo 52: "1. Cuando no se efectúe el cerramiento del ciento por ciento (100%) del área declarada como zona franca permanente antes del inicio de las operaciones propias de la actividad de zona franca o este no se mantenga durante la vigencia de la zona franca."

51 Artículo 29, numeral 1.

quinto año, entre todos los usuarios de la zona franca, incluyendo la posibilidad de que esto se cumpla en su totalidad por el usuario operador, se habrá realizado una nueva inversión de al menos 46.000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes⁵².

Ahora bien, llegado el quinto año después de la declaratoria de la zona franca sin que se haya cumplido con los cronogramas presentados, según lo dispuesto por el artículo 29 del Nuevo Régimen de Zonas Francas, el Ministerio de Comercio podrá decretar la pérdida de la declaratoria de la zona franca producto de este incumplimiento. Como causales de esta pérdida de declaratoria se incluyen (i) el no haber realizado la nueva inversión de 46.000 salarios mínimos⁵³, (ii) la no existencia de al menos 5 usuarios industriales calificados en la zona franca⁵⁴, y que (iii) a partir del inicio del sexto año no se mantenga el número de al menos cinco usuarios industriales calificados⁵⁵.

El artículo 27 permite que se solicite ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas una prórroga del plazo para cumplir los compromisos y cronogramas establecidos como requisitos para la calificación de la zona franca. La necesidad de la prórroga de plazos se deberá justificar y demostrar técnicamente; y además la solicitud deberá estar acompañada de un plan de acción que demuestre la viabilidad del cumplimiento de los compromisos dentro del nuevo plazo otorgado. No cumplir con los compromisos dentro de esta prórroga del plazo acarrea también causal de pérdida de declaratoria de existencia de la zona franca⁵⁶.

52 Para el 2018, esta suma asciende a un total de \$ 35.937.132.000 pesos colombianos.

53 Artículo 52, numeral 2: “Cuando al finalizar el quinto año de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente los usuarios industriales de bienes y/o servicios o el usuario operador no hayan realizado una nueva inversión en los términos y condiciones previstos en el numeral 1 del artículo 29 del presente decreto”.

54 Artículo 52, numeral 3: “Cuando al finalizar el quinto año de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente no existan al menos cinco (5) usuarios industriales de bienes y/o servicios calificados”.

55 Artículo 52, numeral 4: “Cuando a partir del inicio del sexto año desde la declaratoria y durante el resto del término de existencia de la zona franca no se mantenga la existencia de por lo menos cinco (5) usuarios industriales de bienes o servicios”.

56 Además de la posibilidad de renunciar a la declaratoria de existencia de zona franca, el régimen de zonas francas le otorga la posibilidad al usuario operador de una zona franca permanente, o al usuario industrial de una zona franca permanente especial, de solicitar ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la reducción del área declarada como zona franca o modificaciones al Plan Maestro. Bajo esta figura, la zona franca no dejará de existir y por lo tanto los usuarios ya instalados mantendrán sus beneficios, pero el área de operación de zona franca será reducida. Es importante tener en cuenta que una reducción del área de zona fran-

iii) **Causales en las que se puede incurrir durante la vigencia de la zona franca y causales relacionadas con el Plan Maestro.**

En la última categoría de causales de pérdida de declaratoria de la zona franca permanente se incluyen aquellas en las que se podría incurrir en cualquier momento del tiempo en que opera la zona franca, muchas de las cuales están relacionadas con el cumplimiento o no de los objetivos del Plan Maestro de Desarrollo General de la zona franca.

Una de estas causales de pérdida de declaratoria de la existencia de la zona franca se refiere al incumplimiento de los compromisos de inversión y empleo presentados en el Plan Maestro de Desarrollo General de la zona franca, expresada en el numeral 6 del artículo 52⁵⁷. Es preciso mencionar, que si bien la causal del numeral 2, no realizar al final del quinto año la nueva inversión de 46.000 salarios mínimos, se podría subsumir dentro de esta causal del numeral 6, esta última es más amplia, puesto que incluye además los posibles compromisos de generación de nuevo empleo que se tengan según la zona franca que se haya declarado ⁵⁸.

Otra causal en esta categoría es “cuando el proyecto desarrollado se desvíe sustancialmente de lo aprobado en el Plan Maestro”⁵⁹, lo cual puede ocurrir en cualquier momento desde la declaratoria de la existencia de la zona franca; sin embargo, el problema con esta causal es la falta de claridad respecto del alcance de la palabra “sustancialmente”. Esto implicaría una posible subjetividad por parte de la administración al considerar que un determinado cambio de una u otra manera del plan maestro podría derivar en un cambio “sustancial” de lo que inicialmente se estipuló en el plan maestro. Aun así, será necesario cuestionarse si un cambio en este sentido hace referencia a una modificación en aspectos

ca no disminuye o cambia de ninguna manera los compromisos de inversión y generación de empleo existentes.

57 Artículo 52, numeral 6. “Cuando no cumplan los compromisos de inversión y empleo aprobados en el Plan Maestro de Desarrollo General.”

58 Cabe anotar que respecto de las zonas francas permanentes, no se dispone que se deba comprometerse a crear un número mínimo de empleos. No obstante, como requisito para la declaratoria de la zona franca se debe presentar el plan maestro, indicando la cantidad de empleos que se espera proyectar en cada etapa del proceso (numeral 8.2.2. artículo 26). Esta cantidad de empleos podría ser fijada como compromiso para la zona franca.

59 Artículo 52, numeral 7.

fundamentales, es decir, respecto del objeto principal para el cual se aprobó la zona franca⁶⁰.

Entre otras causales que también pueden ocasionar la pérdida de declaratoria de existencia de la zona franca durante toda la duración del proyecto se incluyen (i) no conservar la disponibilidad jurídica del uso del área declarada⁶¹ en los términos presentados en el estudio de factibilidad jurídica aportado junto a la solicitud de la declaratoria⁶² y (ii) cuando se pierdan los permisos, concesiones o autorizaciones competencia de otras entidades que sean necesarias para operar la zona franca⁶³.

iv) Causales específicas para zonas francas costa afuera (numeral 9, artículo 52).

Considerando que las zonas francas permanentes costa afuera no cuentan con un plan maestro de desarrollo general, el cual se sustituye por el contrato suscrito con la Agencia Nacional de Hidrocarburos, los compromisos de inversión y empleo se consagran en la resolución que declara la existencia de la zona franca. Por esta razón se contempla una causal específica para las zonas francas permanentes costa afuera consistente en el incumplimiento de los compromisos de inversión y empleo aprobados en la resolución de declaratoria, lo cual se puede predicar solo a partir del año sexto de la declaratoria, dado la especialidad del tema⁶⁴. Es por eso preciso anotar que para las zonas francas permanentes costa afuera no será causal de pérdida de declaratoria de zona franca no contar con cinco usuarios calificados al quinto año de la declaratoria de la misma.

Por otro lado, las zonas francas permanentes costa afuera se declaran en virtud de una celebración de un contrato entre el inversor que pretende declarar la zona franca y la Agencia Nacional

60 La Real Academia Española define *sustancialmente* como “*de manera sustancial*”. A su vez, *sustancial* es descrito como “*importante o esencial*”, por lo que un cambio de manera sustancial del plan maestro puede fácilmente descifrarse como un cambio de los aspectos esenciales del proyecto específico de zona franca consagrado en el plan maestro.

61 Artículo 52, numeral 8. “*Cuando no se mantenga la disponibilidad del uso del área declarada como zona franca permanente, en los términos establecidos en el numeral 8.8.5 del artículo 26 del presente decreto.*”

62 Numeral 8.8.5 del artículo 26.

63 Numeral 10 del artículo 52: “*Cuando se pierdan los permisos, concesiones o autorizaciones que deben otorgar otras entidades que le impidan operar*”.

64 Numeral 9 del artículo 52: “*Cuando no se cumplan los compromisos de inversión o empleo aprobados en la Resolución de declaratoria de las zonas francas permanentes costa afuera.*”

de Hidrocarburos. El artículo 48 establece como causal de pérdida de la declaratoria de la zona franca la terminación de los contratos suscritos con la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

v) **Causales específicas para zonas francas declaradas en los municipios del Cauca y Huila señalados en el artículo 1.º de la Ley 218 de 1995.65**

La declaratoria de zonas francas permanentes en los municipios de los departamentos del Cauca y Huila que señala el artículo 1 de la Ley 218 de 1995 tendrán unos requisitos especiales en materia de área y compromisos. Solo se podrán declarar zonas francas en estos municipios en áreas continuas y no inferiores a 50 hectáreas, y al finalizar el quinto año luego de la declaratoria de existencia de la zona franca, esta debe contar con al menos 10 usuarios industriales calificados que realicen una nueva inversión no inferior a 92.000 salarios mínimos⁶⁶. El no cumplimiento de estos compromisos acarrea causal de pérdida de declaratoria de existencia de zona franca⁶⁷.

vi) **Causales específicas para zonas francas en parques tecnológicos.**

Al amparo del artículo 30 del Decreto 2147 de 2016 se pueden establecer zonas francas permanentes para personas jurídicas reconocidas como parques tecnológicos, para lo cual, aparte de los requisitos generales para la constitución de zonas francas permanentes⁶⁸, deberán comprometerse a mantener al menos un usuario industrial calificado durante la vigencia de la zona franca.

65 *"Para efectos del presente Decreto entiéndese que la zona afectada por el fenómeno natural es la comprendida dentro de la Jurisdicción Territorial de los Municipios de los Departamentos de Cauca y Huila, así:*

Cauca: Caldone, Inzá, Jambaló, Toribío, Caloto, Totoró, Silvia, Páez, Santander de Quilichao, Popayán, Miranda, Morales, Padilla, Puracé, Tambo, Timbío y Suárez. Huila: La Plata, Paicol, Yaguará, Nátaga, Iquira, Tesalia, Neiva, Aipe, Campoalegre, Gigante, Hobo, Rivera y Villavieja".

66 Parágrafo artículo 29.

67 Parágrafo 2º artículo 52: "A las zonas francas permanentes declaradas al amparo de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 29 del presente decreto, se les aplicará la pérdida de existencia de la declaratoria de zona franca por el incumplimiento de lo establecido en dicho parágrafo."

68 Excepto respecto del tema de área, para lo cual solo será necesario que cuenten con la infraestructura adecuada para los servicios a desarrollar, según lo dispone el artículo 30 del Decreto 2147. Tampoco tendrán que constituir una nueva persona jurídica, tener compromisos de inversión, y patrimonio mínimo entre otros.

Estas zonas francas pueden perder su calificación como tal en tres eventos⁶⁹: (i) cuando no mantengan al menos a un usuario industrial calificado en la zona franca durante la vigencia de esta, (ii) si se pierde la calificación como parque tecnológico, y (iii) si el cerramiento del 100 % del área declarada como zona franca no está completo antes del inicio de operaciones o si no se mantienen durante la vigencia de la declaratoria de la zona franca.

2. Zonas Francas Permanentes Especiales.

Para las zonas francas permanentes especiales se puede aplicar la misma división de categorías para las causales de pérdida de declaratoria de existencia de las zonas francas permanentes. No obstante, teniendo en cuenta que para la declaratoria de las permanentes especiales sí se requiere establecer compromisos específicos de nueva inversión y de generación de empleo⁷⁰, hay causales específicas de pérdida de declaratoria para estas⁷¹. Entre estas se cuentan: (i) no haber ejecutado el 100% del compromiso de la nueva inversión al tercer año siguiente a la declaratoria de la zona franca, que si bien tiene una sanción similar en el régimen de las permanentes aquí tiene un término diferente, así como (ii) no haber cumplido con el compromiso de creación de empleo también al finalizar el tercer año de la declaratoria, y (iii) no mantener a partir del segundo año siguiente a la puesta en marcha del proyecto, el 90% de los nuevos empleos directos a los que se comprometió en el plan maestro⁷².

Además de las causales anteriores, también hay una causal específica para las zonas francas permanentes especiales dedicadas a la prestación de servicios de salud⁷³, consistente en que se perderá la declaración de existencia de zona franca cuando la institución prestadora de salud no inicie el procedimiento de acreditación en salud bajo los estándares aprobados por el Ministerio de Salud

69 Parágrafo 3° del artículo 52.

70 Artículo 32.

71 Esto sin perjuicio de que los usuarios operadores que soliciten la declaratoria de una zona franca permanente deben acreditar una inversión al quinto año de 46.000 salarios mínimos y por lo menos cinco usuarios industriales.

72 Con base en el numeral 3 del Artículo 53, la zona franca permanente especial también podrá solicitar prórroga para el cumplimiento de estos compromisos ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas. Interesante pensar si esto se puede comparar con no tener usuarios industriales en una zona franca permanente.

73 Numeral 6, artículo 53.

dentro de los tres años siguientes a la entrada en operación de la zona franca permanente especial⁷⁴.

7.2. Pérdida de la autorización como usuario operador (Art.76) ⁷⁵

El Ministerio tiene la competencia de declarar la cancelación de la autorización como usuario operador a la persona jurídica que ostente esta calidad, según las causales establecidas en el artículo 76 del Decreto 2147 de 2016. Esta declaración de cancelación de autorización se inicia cuando el Ministerio establezca la posible ocurrencia de la pérdida de autorización, acto seguido del cual requerirá al usuario operador para que en un término máximo de tres meses luego de recibido el requerimiento demuestre que no ha incumplido con sus obligaciones y que no está incurrido en ninguna de las causales de pérdida de autorización⁷⁶.

Vencido este término sin que se acredite el cumplimiento de las obligaciones como usuario operador, se dejará sin efecto su autorización mediante acto administrativo en contra del cual solo procederá recurso de reposición en los términos establecidos por el CPACA.

Cabe anotar que una de las causales de pérdida de autorización como usuario operador, establecida en el numeral 1 del artículo 76, no constituye una infracción por incumplimiento de obligaciones, sino que se refiere a la solicitud voluntaria del usuario operador de perder su autorización como tal, que deberá ser presentada ante el Ministerio con una anticipación mínima de tres meses previo al vencimiento de la garantía. En este caso no se surtirá el procedimiento establecido en el artículo 77, descrito en el párrafo anterior, sino que se procederá a iniciar procedimiento de reemplazo de usuario operador de acuerdo al artículo 78 modificado por el Decreto 659 de 2018.

La pérdida de la declaratoria de existencia de la zona franca también constituye causal de pérdida de declaratoria de autorización como usuario operador de esa zona franca. En este caso no habrá procedimiento de reemplazo de usuario

74 Artículo 37.

75 El Artículo 12 del Decreto 659 indicó como "Modifíquense el inciso 1, el numeral 6 y el párrafo 1 del artículo 76 del Decreto 2147 de 2016, los cuales quedarán así:

"Artículo 76. Causales para la pérdida de la autorización como usuario operador de una zona franca. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo podrá declarar la pérdida de la autorización como usuario operador de una respectiva zona franca, por cualquiera de las siguientes causales:"

"6. Si el usuario operador no presenta la renovación de la garantía de acuerdo a lo establecido en el artículo 88 del presente Decreto".

"Párrafo 1. Cuando se trate de las causales establecidas en los numerales 5, 6 y 7 del presente artículo, no se adelantará por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo un procedimiento administrativo nuevo y bastará con ordenar mediante acto administrativo la procedencia de la pérdida de la autorización como usuario operador".

76 Artículo 77.

operador, y, aunque no está expreso en el Decreto 2147 de 2016, es apenas lógico que tampoco se surta el procedimiento para decretar la pérdida de la autorización como usuario operador, puesto que de nada serviría que este responda el requerimiento demostrando el cumplimiento de sus obligaciones, si ya no existe zona franca en la cual operar⁷⁷. En este evento, será interesante ver el desarrollo del Ministerio y de otros doctrinantes sobre ¿qué pasa en los casos en los que ese usuario operador estuviera operando otras zonas francas?

7.3. Pérdida de calificación de los usuarios industriales y comerciales en una zona franca permanente.

El artículo 83 del Decreto 2147 establece siete causales por las cuales el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe proceder a ordenar al usuario operador a declarar la pérdida de la calificación del usuario industrial de bienes y/o servicios o del usuario comercial de una zona franca permanente⁷⁸.

Dentro de las causales de la pérdida de calificación, se destacan (i) la omisión de conservar las correspondientes autorizaciones, calidades y acreditaciones necesarias para el desarrollo de la actividad del usuario industrial o comercial⁷⁹; (ii) la imposibilidad de cumplir con los requisitos mínimos de inversión y empleo dentro del plazo al tercer año siguiente a la calificación del cual se comprometieron con el usuario operador al momento de la solicitud de la declaratoria⁸⁰; (iii) cuando la DIAN imponga la sanción de cancelación de registro como operador de comercio exterior⁸¹; y (iv) por el cese de actividades⁸².

Es importante volver a la redacción del artículo 83 del Decreto 2147 con el fin de determinar la responsabilidad del usuario operador, quien es la persona jurídica que aprueba la calificación de un usuario industrial o comercial dentro de una zona franca y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, quien es la entidad responsable del manejo de las zonas francas.

El artículo en mención establece que será el usuario operador quien declare la pérdida de la calificación de un usuario industrial de bienes y/o servicios o de

77 Si bien hay muchos aspectos de este decreto que no han sido reglamentados, y es necesario esperar a que salgan dichas resoluciones, sería posible pensar que si la pérdida de declaratoria de existencia de la zona franca se dio por la ocurrencia de alguna causal cuya responsabilidad fue del usuario operador, sí sería posible pensar que el Ministerio podría surtir el procedimiento establecido el artículo 78, con el fin de darle oportunidad al usuario operador de defenderse y no vulnerar su derecho a la defensa.

78 Es importante señalar que con el Decreto 659 de 2018 “*Desaparece la autorización previa del Ministerio de Comercio Industria y Turismo para descalificar usuarios de zonas francas en casos de disolución de la empresa, liquidación o solicitud voluntaria*”.

79 Numeral 1. Artículo 83.

80 Numeral 2. Artículo 83.

81 Numeral 4. Artículo 83.

82 Numeral 7. Artículo 83.

un usuario comercial, bajo una orden expresa del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, orden que como ya se discutió, debe realizarse de acuerdo con los lineamientos del CPACA.

De manera específica, el parágrafo 4 del artículo citado establece el procedimiento para declarar la pérdida de la calificación de un usuario de zona franca permanente por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo:

Cuando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tenga conocimiento de la posible ocurrencia de alguna de las causales de pérdida de la calificación contempladas en el presente artículo, requerirá al usuario industrial o comercial para que en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de recibo del requerimiento acredite el cumplimiento de sus obligaciones y/o requisitos.

Vencido dicho término sin que se acredite el cumplimiento de los requisitos, se expedirá acto administrativo ordenando al usuario operador declarar la pérdida de calificación del usuario industrial o comercial, el cual se notificará en los términos previstos en la Ley 1437 de 2011, contra el cual solo procede el recurso de reposición que se interpondrá en la oportunidad y con las formalidades allí exigidas.

En este sentido, en opinión de quien escribe este artículo es posible identificar cuatro etapas procedimentales para declarar la pérdida de la calificación de un usuario industrial en una zona franca permanente:

- a. Una primera etapa en donde se pone en conocimiento al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo sobre la posible ocurrencia de alguna de las causales de pérdida de la calificación contempladas en el artículo 83 del Decreto 2147 de 2016.
- b. Una segunda etapa en donde el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe requerir al usuario industrial o comercial para que en un término de máximo tres (3) meses acredite el cumplimiento de sus obligaciones.
- c. Una tercera etapa en donde el Ministerio, a través de acto administrativo, ordena al usuario operador declarar la pérdida de la calificación del usuario industrial o comercial de la zona franca permanente.
- d. Una cuarta etapa donde el usuario operador notifica la decisión del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, al usuario industrial de bienes o servicios de la zona franca permanente.

Atendiendo la cuarta etapa procesal, el numeral 6 del artículo 74 del Decreto 2147 de 2016 obliga al usuario operador a declarar la pérdida de la calificación como usuario industrial o comercial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 83 del decreto en mención:

“6. Declarar la pérdida de la calificación como usuario, en los eventos previstos en el presente decreto. En caso que el usuario operador no declare la pérdida de calificación del usuario el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo adelantará el procedimiento para la pérdida de la calificación del usuario”.

Bajo una interpretación literal de la norma, parecería en principio que no existe una colisión de funciones entre el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el usuario operador, ya que el primero realiza una etapa previa de investigación una vez tiene conocimiento de la posible ocurrencia de una de las causales establecidas en el artículo 83⁸³, y de ser el caso expide un acto administrativo ordenando al usuario operador declarar la pérdida de calificación del usuario industrial y comercial, y el usuario operador simplemente acata la orden del Ministerio y declara la pérdida, en caso de que la misma proceda. Es posición de quien escribe este artículo, que la norma no le da la facultad al usuario operador de ser parte investigativa del proceso ni de tener un rol activo, sino más bien neutro y de comunicador de una decisión de la entidad pública.

Resulta entonces interesante la interpretación que le dio el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo al artículo 83 a través de la Circular 002 de 2017, ya que a partir de la expedición de la Circular –es decir, casi un año después de haberse expedido el Decreto 2147 de 2016– se le obliga al usuario operador a adelantar un nuevo proceso administrativo consistente en notificar al posible investigado por el Ministerio de Comercio conforme al CPACA:

“Antes de remitir la solicitud de pérdida de la calificación del usuario industrial o comercial instalado en Zona Franca [...] se adelante el correspondiente procedimiento administrativo, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011 con aplicación de los principios a que se refiere el artículo 3 antes citado”.

Surge entonces la duda de cuando no es el usuario operador quien pone en comunicación al Ministerio de Comercio sobre la ocurrencia de alguna de las causales de pérdida de calificación, sino un tercero (como por ejemplo, un usuario

83 Es importante anotar que no existe un sujeto determinado en la norma quien pone en conocimiento al Ministerio de Comercio sobre la posible ocurrencia de alguna de las causales de pérdida de calificación contempladas en el artículo 83 del Decreto 2147 de 2016. En otras palabras, puede más de una persona natural o jurídica comunicar al Ministerio sobre la ocurrencia de una causal de pérdida de calificación.

industrial o comercial de la zona franca) si estos terceros deben notificar al posible investigado de acuerdo con los lineamientos del CPACA. En nuestra opinión, no debería ser deber del usuario operador ni de terceros diferentes al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo realizar la obligación de notificación, ya que es la entidad quien tiene la obligación expresa de adelantar un proceso investigativo y ordenar al usuario operador declarar la pérdida del investigado. Lo anterior se aleja de lo establecido en la Circular 002 de 2017 y le genera una mayor carga administrativa a los diferentes usuarios operadores de las zonas francas permanentes, así como a cualquier tercero que desee manifestar la comunicación al Ministerio.

Conclusiones

La asunción de las funciones en materia de zonas francas por parte del Ministerio con este nuevo régimen sancionatorio implica un reto institucional enorme. Este no es un tema que en este escrito se desarrolla, pero debe ser también considerado al analizar cualquier régimen sancionatorio. Declarar, autorizar o calificar implica vigilar y, si es del caso, sancionar. Es todavía muy temprano prever cómo evolucionará esto al interior del Ministerio.

Será necesario además esperar a que entre en vigencia el régimen sancionatorio que administra la DIAN con el del Ministerio.

El presente escrito busca ser solo una aproximación inicial a este nuevo régimen sancionatorio.