

Algunas consideraciones para el análisis de la aprehensión y el decomiso en Colombia¹

Some considerations for the analysis of apprehension and confiscation in Colombia

Algumas considerações para a análise da apreensão e confiscação na Colômbia

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO²

Para citar este artículo / To reference this article

Juan David Barbosa Mariño. *Algunas consideraciones para el análisis de la aprehensión y el decomiso en Colombia*. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 79. Noviembre de 2018. At. 289.

Recibido: 5 noviembre 2018

Aprobado: 19 noviembre 2018

Página inicial: 289

Página final: 314

Sumario

Introducción; 1. El procedimiento administrativo de decomiso; 2. Diferencia entre el procedimiento de decomiso ordinario y el decomiso directo; 3. Las causales de aprehensión; 4. Perspectivas.

Resumen

Este artículo presenta un estudio sobre los aspectos más importantes que, en materia de decomiso, contempla la regulación aduanera vigente, incluyendo tanto

1 Este documento es parte de la investigación que se viene realizando en materia del régimen sancionatorio y que ha sido publicada regularmente en esta y otras revistas, dados los constantes cambios normativos. El autor agradece la colaboración para este capítulo de Daniela Lozada. Los análisis aquí indicados no se constituyen en una asesoría jurídica y deberán ser revisados frente a situaciones concretas.

2 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. Correo: juan.barbosa@phrlegal.com

el procedimiento administrativo como las distintas causales de aprehensión y decomiso que esta contempla.

Como resultado de lo anterior, el artículo busca resaltar los retos que tanto la autoridad aduanera como los particulares encuentran en la aplicación y efectividad de la política aduanera colombiana, en un escenario de gran diversidad en las diferentes aduanas del país, de dispersión normativa y de aumento en el establecimiento de causales de aprehensión.

Palabras clave: Decomiso; aprehensión; decomiso directo; decomiso ordinario; causales de aprehensión; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; independencia de la sanción penal; principio de favorabilidad; procedimiento de decomiso.

Abstract

This article studies the most important aspects regarding current customs regulation in the confiscation process, and analyses both the administrative procedure and the different causes of apprehension and deprivation.

The article seeks to highlight the challenges not only customs authority but also the particulars find in the application and effectiveness of the Colombian customs policy, in a scenario of lack of juridical certitude in the different customs local authorities, regulatory dispersion and increase in the causes of apprehension.

Keywords: Confiscation; apprehension; direct confiscation; ordinary confiscation; cause of apprehension; Code of administrative procedure and administrative disputes; independence from criminal penalties; principle of favorability; confiscation procedure.

Resumo

Este artigo apresenta um estudo sobre os aspectos mais importantes que, em matéria de confiscação, contempla a regulação alfandegária vigente, incluindo tanto o procedimento administrativo quanto as distintas causais de apreensão e confiscação que ela contempla.

Como resultado do anterior, o artigo busca ressaltar os desafios que, tanto a autoridade alfandegária quanto o particular, encontram na aplicação e efetividade da política alfandegária colombiana, em um cenário de grande diversidade nas diferentes alfândegas do país, de dispersão normativa e de aumento no estabelecimento de causais de apreensão.

Palavras-chave: Confiscação; apreensão; Confiscação direta; Confiscação ordinária; causais de apreensão; Código de Procedimento Administrativo e do Contencioso Administrativo; independência da sanção penal; princípio de favorabilidade; procedimento de confiscação.

Introducción

El decomiso se encuentra definido como el *acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías, medios de transporte o unidades de carga, respecto de los cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su legal introducción, permanencia y circulación en el Territorio Aduanero Nacional*³.

El mismo no es una sanción⁴, aunque tiene una directa relación con el régimen sancionatorio tal y como se presentará en este artículo⁵. No recae sobre los declarantes, operadores de comercio exterior y demás sujetos responsables de las obligaciones aduaneras, sino que recae y se aplica sobre las “mercancías”⁶.

El procedimiento de decomiso de las mercancías tiene como fin permitir a la autoridad pertinente esclarecer el cumplimiento de las formalidades aduaneras

-
- 3 Decreto 390 de 2016, artículo 3. Esta misma definición se encuentra en el Tomo I en borrador.
 - 4 Expediente 0081. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pineta y Expediente 2000.2240 M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo.
 - 5 Silvia Paula González analiza en su artículo “La facultad de fiscalización de decomiso de la DIAN y la caducidad de la acción de la DIAN” del Observatorio de Jurisprudencia, Tomo VIII, cómo “el decomiso lejos de ser una sanción por un indebido comportamiento, es una consecuencia a la que se llega por no haber podido demostrar la legalidad al momento de realizar el ingreso de un bien a territorio aduanero nacional”. Indica, además, cómo “el decomiso y la sanción se derivan de dos actuaciones que debe adelantar la Autoridad Aduanera con motivo del ingreso ilegal de una mercancía al país pero que son totalmente diferentes. Por una parte la relativa a definir la situación de la misma y por otra la de sancionar a la persona responsable del incumplimiento de la obligación aduanera”.
 - 6 Un reto en este tema es la aplicación del principio de favorabilidad. ¿Qué pasa si la causal de la aprehensión se elimina? En una sentencia del 26 de febrero de 2018 del Juzgado Tercero del Circuito Judicial de Bogotá (Radicación 11001-3334-003-2017-0001-00) se señaló puntualmente que, dada la “relación directa e inescindible con el régimen sancionatorio” y el principio de favorabilidad, el régimen sancionatorio entró a regir el 22 de marzo de 2016, sin estar supeditado a la vigencia escalonada, toda vez que el mismo, por esta circunstancia, no está condicionado a la regulación que profiera la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. ¿Qué ocurre si una conducta en curso se tipifica bajo una nueva causal de aprehensión? En este sentido, el Consejo de Estado en la Sentencia CE-SEC1-EXP.2009-N0196 determinó expresamente la necesidad de establecer, por ejemplo, la fecha de embarque de la mercancía según el documento de transporte para efectos de determinar aplicación o no de una prohibición. En este caso se trató de la prohibición de ingresar azúcar de caña al país por un puerto diferente al de Buenaventura y la entrada en vigencia de dos excepciones: no aplica para la carga consignada a personas habilitadas como Usuarios Aduaneros Permanentes, ni para mercancías embarcadas en fecha antes de la entrada en vigencia de la misma Resolución. Aquí concluyó la Sección Primera que “La mercancía se considera cargada en el medio de transporte de conformidad con la fecha de expedición del documento de transporte master, ya que este es expedido por el transportador marítimo cuando embarca la mercancía. No se puede aducir como fecha de embarque la que aparezca como fecha en el documento de transporte hijo, toda vez que este es expedido por el Agente de Carga Internacional, quien no certifica el embarque de la mercancía si no que fue recepcionada en muelle por este”.

de las mercancías extranjeras en el territorio colombiano dentro de la regulación aduanera, y en caso de que estas no se hubieran cumplido, darle a esta una herramienta eficaz para garantizar una consecuencia a esta circunstancia.

Como tal, las normas aduaneras establecen las formas de destinación y los particulares seleccionan voluntariamente algunas de estas formas para sus mercancías, para lo cual estos deberán cumplir con las obligaciones propias del régimen escogido⁷.

Ahora bien, el procedimiento de decomiso tiene lugar cuando los particulares no cumplen con las obligaciones propias del régimen aduanero seleccionado, y la Aduana entra a corregir esta situación sobre las mercancías.

De acuerdo con la definición adoptada en el artículo 3º del Decreto 390 de 2016, con el decomiso aduanero las mercancías, medios de transporte o unidades de carga respecto de las cuales no se haya acreditado el cumplimiento de los requisitos legales para su introducción, permanencia y circulación dentro del territorio aduanero nacional, pasan a poder de la Nación y, en consecuencia, se priva al particular del ejercicio del derecho de propiedad de manera definitiva.

Así entonces, es claro que el decomiso es una medida de origen legal que limita legítimamente el derecho de propiedad⁸, sin perjuicio de lo cual es preciso indicar que este no es un procedimiento equiparable al de la extinción de dominio, pues se trata de un mecanismo que atiende a supuestos diferentes. Por un lado, en la extinción de dominio el derecho de propiedad se ve limitado como consecuencia de la ilicitud en el origen o destinación de los bienes y, por otro, en el decomiso aduanero esta responde a la verificación de irregularidades en la introducción y permanencia de mercancías en el territorio nacional, o al incumplimiento de ciertas obligaciones aduaneras respecto de tales bienes⁹.

De igual forma es preciso señalar cómo Colombia, en sus compromisos internacionales, ha establecido en materia de facilitación al comercio que “3.6 Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de un Miembro a examinar, retener, decomisar o confiscar las mercancías o a disponer de ellas de cualquier manera que no sea incompatible por otros motivos con los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de la OMC”¹⁰.

7 Maximiliano Carvajal Contreras. *Derecho Aduanero*, México: Editorial Porrúa, 2014, pp. 431-432.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-459 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chalub.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 9 de diciembre de 2004. Exp. 8692, C.P. Gabriel E. Mendoza M., cita Sentencia de 2 de octubre de 1997. Exp. 4431, C.P. Juan A. Polo F.

10 Acuerdo de Facilitación Aduanera de la OMC.

En Colombia, el decomiso en materia aduanera debe analizarse conjuntamente con la medida cautelar de aprehensión, la cual es definida en la nueva regulación aduanera como “una medida cautelar consistente en la retención de las mercancías, medios de transporte o unidades de carga, mientras la autoridad aduanera verifica su legal introducción, permanencia y circulación dentro del territorio aduanero nacional, en los términos previstos en este decreto”¹¹.

Adicionalmente es preciso señalar que la aprehensión y el decomiso se desarrollan en el contexto del control aduanero y, por ende, de la política aduanera de un país. Para ejemplificar esto, es preciso indicar cómo en el año 1992 las causales de aprehensión se reducían a dos: la no presentación de la mercancía y su no declaración (artículo 72, Decreto 1902 de 1992)¹², mientras que en la regulación aduanera vigente el artículo 550 del Decreto 390 de 2016 modificado por el Decreto 349 de 2018 determina 56 causales de aprehensión y decomiso¹³, estableciendo incluso como la causal 56 “las demás causales de aprehensión y decomiso previstas en las normas especiales”¹⁴ o *indicando como causal 30*, aplicación subsidiaria, que la misma aplica “Cuando expresamente se encuentre establecido que la aprehensión y el decomiso deban aplicarse subsidiariamente, de conformidad con lo establecido en la regulación aduanera vigente”¹⁵.

Así entonces, este artículo analiza tanto el procedimiento administrativo de decomiso, como las distintas causales de aprehensión y decomiso que establece la nueva regulación aduanera, buscando plantear interrogantes tanto en la

11 Decreto 390 de 2016, artículo 3°. En el Tomo I en borrador se mantiene la misma definición.

12 Juan Manuel Camargo. *Nuevo Derecho Aduanero*. Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez, 2002, p. 506.

13 En el borrador del Tomo I se disminuye a 45 causales, sin perjuicio que se mantiene la “de las demás previstas en normas especiales.” En la causal 5 (sobrantes) se incluye el margen de tolerancia de la carga a granel como uno de los eventos en los cuales no procede la aprehensión. La causal 6 se amplía (mercancías de prohibida importación). No se circunscribe a que la mercancía haya sido sometida a los regímenes de impo, expo, tránsito aduanero, depósito. En la causal 8 se elimina la aprehensión cuando el declarante sea una persona inexistente. La causal 10 (doble facturación) ya no habla de diligencia de aforo sino de inspección. En la causal 12 (operaciones de tránsito) se elimina el transporte combinado. En la causal 13 (excesos o sobrantes) se eliminan las operaciones de transporte. En la causal 14 (entrega de mercancía) se eliminan las operaciones de transporte y se establece que la sanción es por no entregar la mercancía al depósito habilitado o a la ZF (antes hablaba del operador de comex) elimina las causales 15, 16 (mercancías hurtadas), 20, 21 (tráfico postal), 23, 24 viajeros, 26 (mercancía diferente o en cantidad superior), 35, 36 y 44 del 390. La causal 27 dice que los errores que dan lugar a la aprehensión son los del serial de la mercancía. La causal 33 circunscribe al control posterior, solo para etiquetas requeridas en reglamentos técnicos, rotulados, etc., y señala que no aplica cuando el requisito deba ser cumplido posteriormente. Se elimina la causal 44 (alimentos perecederos).

14 Por ejemplo el Decreto 1745 de 2016. De hecho en el 2017, tal y como se presenta en este artículo se encuentra una aprehensión importante en este tema. Otro caso es el Decreto 2218.

15 Omar Rodríguez propone procesos de extinción de dominio. Ver detalle en la Mesa Redonda Problemas en la aplicación de las causales de aprehensión y evaluación de la política de contrabando” por Oscar Buitrago, 3 de octubre de 2018, ICDT. En el desarrollo de esta discusión se planteó que la misma es para “aquellas entidades vinculadas entre sí, con un impacto en precios de transferencia, que trabajan entre sí, buscando frente al contrabando técnico que puede llevar a un lavado de activos”.

aplicación de las mismas como en el contexto del control aduanero y, por ende, de la política aduanera.

Para todos los efectos, es preciso señalar que las causales de aprehensión que aquí se analizan solo han entrado en vigencia con el Decreto 349 del 20 de febrero de 2018, e incluso algunas de ellas no es claro que resulten aplicables a la fecha en que se escribe este artículo, por lo que este documento más que conclusiones busca plantear distintos interrogantes que se generarán en su aplicación.

1. El procedimiento administrativo de decomiso

Con el fin de compilar, modernizar, simplificar, sistematizar y adecuar la regulación aduanera a las mejores prácticas internacionales, el Decreto 390 recogió gran parte de los procedimientos administrativos aduaneros en un solo título. A excepción de lo relacionado con la protección a la propiedad intelectual, cuyo procedimiento se encuentra regulado en el título XVIII; las resoluciones de clasificación arancelaria y determinación de valor en aduanas, reguladas en el capítulo II del Título V; y el cobro de las obligaciones aduaneras, que por remisión expresa se rigen por la regulación prevista en el Estatuto Tributario Nacional, el Título XVII sobre procedimientos administrativos¹⁶ del Decreto 390 incluye toda la regulación correspondiente a las investigaciones administrativas que se adelanten en materia de: i) **decomiso de las mercancías**; ii) imposición de sanciones; iii) formulación de liquidaciones oficiales de revisión y de corrección; iv) declaratoria de incumplimiento y efectividad de garantías, y v) verificación del origen de mercancías.

Por otra parte, y teniendo en cuenta que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo rige las actuaciones de todas las autoridades que integran los organismos y entidades del poder público¹⁷, entre las cuales se encuentra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (de aquí en adelante DIAN); es importante agregar que en los aspectos no regulados en el Decreto 390 de 2016 debe remitirse a este Código, incluyendo el procedimiento de decomiso.

Incluso, el propio Decreto 390 de 2016 reconoce esta remisión en el caso de las “correcciones en la actuación administrativa” en su artículo 554 al establecer una remisión expresa al artículo 41 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y a los artículos 285 y 287 del Código General

16 Decreto 390 de 2016, artículo 552.

17 Ley 1437 de 2011, artículo 2°.

del Proceso, específicamente en el evento que se establezca que la causal de aprehensión es “diferente a la invocada en el acta respectiva”.

De igual manera, el procedimiento administrativo de decomiso debe garantizar el cumplimiento de los principios de legalidad¹⁸, tipicidad¹⁹, debido proceso²⁰, proporcionalidad²¹, independencia de la sanción penal²², y todos los demás principios que, de manera general, rijan las actuaciones administrativas²³.

Finalmente, es preciso reiterar que el decomiso es una medida tendiente a definir la situación jurídica de la mercancía, y, por lo tanto, no es una sanción, por lo que tradicionalmente el Consejo de Estado ha considerado que el mismo no es susceptible de caducidad (Sección Primera. Radicado 250002324000200600664-01 C.P. Carlos Enrique Moreno)²⁴.

2. Diferencia entre el procedimiento de decomiso ordinario y el de decomiso directo

Gianguina Orsini en su libro *Poligamia y contrabando* reproduce el testimonio de un funcionario guajiro de la Aduana, que lo fue posteriormente de la DIAN-Maicao, y que señaló su experiencia en materia de control aduanero en Maicao y en el resto del departamento de La Guajira con la adopción de la nueva regulación aduanera del entonces “Nuevo Estatuto Aduanero” en el año 2000 (Decreto 2685):

“Esto fue bastante traumático para uno lograr encasillar a esos señores en que tenían que cumplir con unos requisitos previos antes de traer la mercancía.

18 El principio de legalidad comporta una doble perspectiva; por un lado impone el sometimiento de las autoridades administrativas al ordenamiento jurídico y por el otro constituye un límite o garantía constitucional en la medida en que toda sanción debe imponerse conforme a una ley preexistente.

19 En materia administrativa, a diferencia de la penal, este principio no es tan riguroso y exige que la norma haga una descripción de la conducta que da lugar a la sanción y determinar expresamente cuál es la sanción.

20 Principio constitucional de obligatorio cumplimiento en los procesos judiciales y administrativos y que tiene como fin el “efectivo cumplimiento de derechos que permitan una justicia material” [Ibarra P., Gabriel. *El régimen sancionatorio en el derecho aduanero* (Decreto 390 de 2016)].

21 El principio de proporcionalidad implica que cuando la autoridad administrativa imponga una sanción, esta debe ser proporcional al daño que dio lugar a su imposición. [Ibarra P., Gabriel. *El régimen sancionatorio en el derecho aduanero* (Decreto 390 de 2016)]. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que debido a su naturaleza, el decomiso debe ser excepcional (Corte Constitucional Sentencia C-459 de 2011).

22 Significa que el decomiso es procedente independientemente de que la conducta que dé lugar a él constituya infracción penal, tal como lo desarrolla el artículo 20 de la Resolución 64 (ponga lo referente a la Fiscalía).

23 Ver, para un mayor análisis, el artículo de Francia Hernández “Aplicación del debido proceso en los trámites administrativos que imponen la sanción de decomiso”, Observatorio de Jurisprudencia, Tomo VI.

24 Ver, para más información, el análisis de Silvia Paula González en el Observatorio de Jurisprudencia, Tomo VIII sobre esta sentencia.

Entonces allí se formó algo de tirantez entre el usuario y el funcionario, en cuanto el funcionario no podía complacer a ese señor en todo lo que él quería hacer. Porque él entendía el discurso en una forma plana, que traía su mercancía y aquí le decía, 'bueno, váyase', que él no necesitaba pagar, pues entendía la apertura como no pago, no control, que era comprar en el exterior y traer acá y pare de contar... Tanto así que fui amenazado de muerte más de dos veces para sacarme del espacio, porque yo era el único que molestaba, el único que veía las cosas y exigía lo que no me decían..."²⁵.

Este relato ilustra cómo la regulación aduanera y el manejo del proceso de decomiso han estado permeados por la aproximación del Estado hacia el manejo del contrabando y por la modernización del control aduanero mismo²⁶. Sin embargo, y esta es solo una hipótesis, parte de que lo que busca reconocer el Decreto 390 es la diversidad que Colombia tiene en sus aduanas y la persistencia de problemas que a la fecha no han podido ser resueltos; buscando dentro del espíritu de la legalidad dotar de herramientas a los funcionarios para afrontar los mismos. Es el caso de los problemas de contrabando en materia de hidrocarburos o sus derivados; de licores, vinos, aperitivos, cervezas, sifones, refajos; cigarrillos o de animales vivos por las fronteras, entre otros. Y es esto lo que podría explicar la razón de por qué la nueva regulación aduanera continúa previendo un procedimiento de decomiso ordinario y otra, de decomiso directo, estableciendo este último para ciertas mercancías expresamente²⁷.

2.1. El procedimiento de decomiso ordinario

Cuando la autoridad aduanera considere necesario realizar la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para la importación, exportación o tránsito de una mercancía por el territorio aduanero, esta realiza una diligencia de control que debe quedar consignada en un acta de hechos, en la cual deberá relacionar, entre otros elementos, las pruebas practicadas o aportadas; los hallazgos encon-

25 Giangina Orsini Aarón. *Poligamia y contrabando: nociones de legalidad y legitimidad en la frontera guajira*. Colombia: Siglo XX, Uniandes CESO, 2007, p. 179.

26 Una tesis similar ha sido expuesta con mayor detalle en la Mesa Redonda "Problemas en la aplicación de las causales de aprehensión y evaluación de la política de contrabando" por Oscar Buitrago, 3 de octubre de 2018, ICDT. De forma muy interesante este autor analiza la ley anticorruptiva a través de una clasificación de los contrabandistas, a saber: "i) Como opción laboral (ejemplo: La Guajira); ii) Por necesidad (fronteras); iii) Elusión de controles (*courrier*); iv. Corporativo (subfacturación); v) Como modo de vida (sanandresitos); vi) Organización de contrabando y vii) Mafias-Narcotráfico", siendo importante plantearse cómo esto ha afectado la determinación de que en Colombia tengamos 56 causales de aprehensión, que si se revisan pueden ser enmarcadas en esta clasificación.

27 El decomiso directo ya se encontraba previsto por el artículo 512-1 del Decreto 2685 de 1999 y en el artículo 4º del Decreto 4320 de 2008.

trados; la descripción, cantidad y valor de las mercancías; y las objeciones realizadas por el interesado.

Para estos efectos, la Administración aduanera²⁸ puede advertir irregularidades tanto en i) el control previo; esto es, antes del desaduanamiento, como en ii) el control simultáneo, es decir, durante el proceso de desaduanamiento; o iii) en el control posterior a dicho proceso²⁹. Esto será indispensable para efectos de determinar la competencia territorial en el procedimiento de decomiso, pues esta será de la seccional de aduanas del lugar donde se haya practicado la diligencia de control aduanero³⁰.

Una vez la autoridad aduanera determine que se ha configurado una causal de aprehensión y decomiso, esta profiere un **acta de aprehensión** en la cual se debe señalar la causal e identificar los titulares de derechos, los responsables de las mercancías y, en general, todas las personas que intervienen en la diligencia.

Con esta acta se suspende automáticamente el levante, es decir, el proceso de pago y retiro de las mercancías, y se da inicio al procedimiento de decomiso³¹. El reconocimiento y avalúo de la mercancía se hace dentro de la misma diligencia de aprehensión³².

El acta de aprehensión es un acto administrativo de trámite³³, que por oposición a los actos administrativos definitivos, no decide ni directa ni indirectamente el fondo del asunto, lo que implica que contra este acto no proceden recursos en la vía gubernativa y tampoco es susceptible de control judicial anticipado, sin perjuicio de que los vicios que se encuentren en él sí pueden afectar la legalidad del acto definitivo.³⁴ Sin embargo, y esto es un avance en la regulación aduanera, la misma debe ser clara y no debe de ninguna forma dilatar el proceso.

28 Artículo 3º, Decreto 390.

29 Aquí es importante indicar que la Sentencia CE-SEC1-EXP2015-N00448 hizo referencia al conflicto negativo de competencia y a la competencia territorial en las controversias que versen sobre actos administrativos sancionatorios. Para la Sala, el juez competente en las controversias que versen sobre actos administrativos sancionatorios es el del lugar donde ocurrieron los hechos o actos que dieron origen a la sanción, que para el caso concreto es el del lugar del decomiso de las mercancías. Sin embargo, este tema no es claro en el caso de control posterior.

30 En el proceso de decomiso aduanero este es un tema de especial relevancia, pues no solo implica la garantía del principio de legalidad, sino que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 135 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el evento en que un acto administrativo sea proferido por un funcionario que no estuviese legalmente habilitado para ello, este acto administrativo estaría viciado de nulidad por el incumplimiento de sus requisitos formales (ver CE. Anales 9 de marzo de 1971, op. cit. supra.)

31 Artículo 563, Decreto 390 de 2016.

32 Artículo 563, Decreto 390 de 2016.

33 Artículo 565, Decreto 390 de 2016.

34 Decreto 390 Artículo 562: *El acta de aprehensión es un acto administrativo de trámite contra el que no procede recurso alguno en sede administrativa y hará las veces de documento de ingreso de las mercan-*

De acuerdo con la regulación prevista en el artículo 53 de la Ley 1762 de 2015 y la Resolución 64 de 2016, cuando se encuentre que la causal de aprehensión objeto del procedimiento aduanero también constituye una conducta punible bajo la legislación penal, la autoridad aduanera deberá informárselo a la Fiscalía General de la Nación para que proceda a realizar el proceso de recolección de elementos materiales probatorios y evidencia física que se requieran, lo que de ninguna manera ata o vincula la investigación aduanera a la penal.

En este sentido se pronunció la Autoridad Aduanera en el Concepto N° 24224 de 3 de septiembre de 2018, resaltando expresamente que

“el artículo 509 del Decreto 390 de 2016 es claro en señalar la independencia de las responsabilidades derivadas del proceso administrativo con el del proceso penal [...], toda vez que el penal está dirigido a establecer la responsabilidad de la conducta punible; y el administrativo, a resolver la situación de las mercancías cuando se configura cualquiera de las causales de aprehensión y decomiso [...]”.

Así entonces, si la investigación penal es cerrada, ello no conlleva, *per se*, a la terminación de la investigación aduanera, pues independientemente de que haya o no lugar a una atribución de responsabilidad penal, es perfectamente posible que ante el incumplimiento de las obligaciones propias del régimen aduanero, sí se configure una causal de aprehensión y decomiso de las mercancías.

Ahora bien, una vez se ha notificado el acta de aprehensión, el titular de los derechos sobre los bienes aprehendidos, o el responsable de estos, cuenta con 15 días hábiles para presentar documento de objeción³⁵, con el cual podrá i) exponer las razones de hecho y de derecho que fundan su inconformidad respecto de la aprehensión, del reconocimiento o del avalúo de la mercancía, y ii) aportar o solicitar pruebas³⁶ que permitan desvirtuar la causal que dio lugar a la aprehensión.

El auto que decide sobre el decreto de pruebas se notifica por estado, y contra él podrá interponerse el recurso de reposición dentro de los diez días siguientes a su notificación.

cias al recinto de almacenamiento.

35 De conformidad con el artículo 566 del Decreto 390, el documento de objeción se tendrá como no presentado cuando i) no se presente por escrito, ii) dentro de los 15 días siguientes a la notificación del acta de aprehensión, iii) no exprese concretamente los motivos de su inconformidad, iv) no señale los hechos, razones y pruebas que tenga a su favor en relación con la sanción accesoria de cierre de establecimiento, en caso de que esta se hubiese propuesto en el acta de aprehensión, v) no esté firmado por el interesado, su representante o su apoderado, o vi) no indique la dirección de la persona que objeta o su apoderado.

36 Solamente se pueden solicitar pruebas en la aprehensión, en el documento de objeción a la aprehensión, en las oportunidades procesales únicamente y en los expresamente previstos en el Decreto 390.

Las pruebas deberán practicarse dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria del auto que las decretó.

Una vez vencido este término, o antes cuando se hubieren practicado todas las pruebas decretadas, la autoridad administrativa declarará el cierre del período probatorio mediante auto que se notificará por estado, contra el cual no procede ningún recurso.

Realizada la notificación del mencionado auto de cierre, empiezan a contar dos términos simultáneos, el primero de cinco días hábiles para presentar alegatos de conclusión, los cuales son además opcionales, y el segundo de 45 días hábiles para que la autoridad aduanera decida de fondo sobre el decomiso y el avalúo de las mercancías³⁷.

En este punto es preciso resaltar que, de acuerdo con el último inciso del artículo 568 del Decreto 390, este término para decidir de fondo no incluye la notificación del mismo, frente a lo cual consideramos que esta disposición contraviene abiertamente los principios al debido proceso y publicidad, situación que sobrepasa la potestad de configuración legislativa en materia de procedimientos administrativos.

Establecer un término para proferir un acto administrativo pero no para dar a conocer el mismo al interesado impide que los principios de publicidad y contradicción se materialicen, puesto que esto implicaría que la administración bien podría dar a conocer su decisión años después de haber proferido el acto, situación que además se presta para prefechar los actos administrativos.

Lo anterior responde básicamente a que establecer un término para proferir un acto administrativo y no para dar a conocer el contenido del mismo al interesado, impide que los principios de publicidad y contradicción se materialicen; ello por cuanto en la práctica esto implicaría facultar a la administración en el absurdo de poder dar a conocer su decisión en cualquier tiempo, incluso años después de haber sido proferida, todo lo cual no solo impacta directamente en los intereses del destinatario del acto, sino que cobra especial relevancia al ser un procedimiento al cual le resulta aplicable el silencio administrativo positivo.

En efecto, en caso de que el silencio administrativo positivo resulte aplicable a un caso de decomiso, este dará lugar a la devolución de las mercancías al interesado, previa presentación y aceptación de la declaración aduanera, con el cumplimiento de todos los requisitos y formalidades aduaneras inherentes al régimen correspondiente donde conste el pago de los derechos e impuestos y los intereses correspondientes cuando los derechos e impuestos se incrementen

37 Artículo 568, Decreto 390.

respecto de los liquidados y pagados previamente. Resulta además procedente señalar que en el caso de que la DIAN confirme el silencio administrativo (lo que puede ocurrir por ejemplo dentro del plazo que se tiene para responder a un derecho de petición ante la ocurrencia del mismo), no se deben pagar gastos de almacenamiento³⁸.

En este procedimiento es posible que, siempre que no existan restricciones legales o administrativas para la importación de la mercancía y se dé una garantía equivalente al 100 % del valor FOB de la misma, la autoridad aduanera autorice la entrega de la mercancía aprehendida antes de la decisión de fondo³⁹.

De igual forma, es posible dar por terminada la aprehensión, siempre y cuando resulte aplicable, legalizando (Decreto 2685) o rescatando (Nuevo Estatuto Aduanero) la mercancía. Siendo importante resaltar que no por esto se pierde el tratamiento preferencial por liquidar y cancelar el valor correspondiente al rescate, según la situación en que se encuentre la mercancía⁴⁰.

Finalmente, es importante señalar que conforme con el artículo 229 del Decreto 390 las mercancías extranjeras podrán ser rescatadas.

Así mismo, se tendrá que revisar con especial cuidado el hecho de que el artículo 554 del Decreto 390 permite corregir la causal de aprehensión en el proceso de decomiso.

2.2. Procedimiento de decomiso directo

Por oposición al procedimiento de decomiso ordinario, el decomiso directo se realiza simultáneamente con la aprehensión y, por ende, resulta más corto y rápido que el primero.

Este procedimiento procede exclusivamente respecto de las mercancías que así señala la regulación aduanera⁴¹, a saber:

38 El artículo 635 del Decreto 390 de 2016 establece lo siguiente: *Cuando las mercancías hayan sido aprehendidas o se haya expedido el acto de decomiso en firme, y no sean objeto de rescate, los costos de almacenamiento correrán por cuenta de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Cuando se trate de mercancías aprehendidas o inmovilizadas, que deban ser objeto de devolución ordenada mediante acto administrativo por improcedencia de dicha medida, la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), asumirá únicamente los costos causados por concepto de transporte y almacenamiento, desde la fecha en que esta ingresó al recinto de almacenamiento y hasta el vencimiento del plazo concedido para su salida.*

39 Artículo 564, Decreto 390 de 2016.

40 Concepto N° 132 del 19 de abril de 2001 de la oficina jurídica de la DIAN.

41 Artículo 569, Decreto 390 de 2016.

1. Aquellas que tengan un valor inferior o igual a 500 UVT, sin importar su naturaleza.
2. Hidrocarburos o sus derivados.
3. Licores, vinos, aperitivos, cervezas, sifones, refajos.
4. Tabaco, cigarrillo.
5. Perfumes.
6. Animales vivos.
7. Mercancías de prohibida importación.
8. Mercancías objeto de devolución en virtud de convenios internacionales, tales como especies protegidas o en vía de extinción, o artículos que pertenecen al patrimonio cultural de otro Estado y no cumplen con los requisitos para su legal importación al país.
9. Mercancías que impliquen alto riesgo para la salubridad pública, certificada por la autoridad respectiva.
10. Mercancías que se encuentren en los demás casos expresamente previstos en el presente decreto.

Durante el curso de la diligencia de decomiso directo, el interesado debe aportar prueba de la legalidad de la importación de los bienes, sin que ello le permita solicitar garantía en remplazo de la aprehensión, pues de acuerdo con la redacción del artículo 564 del Decreto, todo parece indicar que esto no es posible.

Ahora bien, si la autoridad aduanera lo considera procedente, al final de la diligencia proferirá acta de decomiso directo en la cual decidirá de fondo el asunto. Contra este acto administrativo solo procede el recurso de reconsideración dentro de los 15 días siguientes a su notificación.

Teniendo en cuenta que, de acuerdo con lo anterior, en el decomiso directo la aprehensión, el reconocimiento, el avalúo y el decomiso se realizan en el mismo acto administrativo, no resulta claro si es posible revisar y modificar el avalúo de las mercancías en un momento posterior a la adopción de la decisión final.

Al respecto, es preciso señalar que si bien este procedimiento se encuentra regulado en la Resolución 64 de 2016 únicamente respecto del decomiso ordinario, en la misma se establece que dicha modificación podría ser efectuada “en cualquier etapa del proceso de decomiso e inclusive dentro del término para resolverse el recurso de reconsideración”.

En consecuencia, consideramos que sí es posible realizar la revisión y modificación del avalúo de las mercancías en un momento posterior a la notificación del acta de decomiso directo, para lo cual será preciso que la Autoridad Aduanera agote el procedimiento establecido en el artículo 29 de la Resolución 64 de 2016, lo que implica tener en cuenta i) **como mercancía idéntica** aquella que resulta igual a otra mercancía registrada en la base de precios en aspectos tales como el carácter esencial, la marca, el modelo, la composición, el tamaño, las características, la naturaleza, la funcionalidad, el país de origen y la calidad; y ii) **como mercancía similar** la que posea algunos elementos comunes, tales como la función o servicio que presta, carácter esencial y la composición, aunque no sea de la misma calidad⁴².

De acuerdo con el inciso 4º del artículo 40 de la Resolución 64 de 2016, el auto que ordene la modificación del avalúo de la mercancía se notificará por correo y contra el mismo proceder el recurso de reposición, el cual será decidido dentro de los tres días siguientes a su interposición. Este acto administrativo deberá ser motivado, estar soportado técnicamente y avalado por el jefe de la división que esté conociendo el proceso.

Es preciso señalar que varias de las mercancías listadas para este tipo de decomiso directo tienen un tipo penal propio (artículo 319-1. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados) o están sometidas a impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995 y sus modificaciones (licores), por lo que una vez en firme el decomiso, se deberá remitir a la fiscalía o al fisco regional.

Lo interesante de este proceso expedito es que aparentemente se predica de las mismas causales de aprehensión expresamente señaladas por el artículo 550 de la nueva regulación aduanera⁴³. Por lo que surge la inquietud respecto de la posibilidad de rescate de las mercancías extranjeras enlistadas conforme con el artículo 229 del Decreto 390. No hay una norma que lo prohíba, salvo el inciso 2º del propio artículo 229, que aplica tanto para el decomiso ordinario como para el directo, ya que se predica es de la causal específica y no del procedimiento mismo.

Por otro lado, nos llama la atención el artículo 571 del Decreto 390 que establece la posibilidad de “ajustar el trámite” del decomiso directo al ordinario, siempre que el primero no se encuentre en firme; esto es, antes de la notificación de la resolución que resuelve el recurso de reconsideración contra el acta de decomiso directo.

42 Artículo 29, Decreto 390 de 2016.

43 Artículo 569, Decreto 390 de 2016.

Esta disposición únicamente tiene vigencia en los casos en los que la Autoridad Aduanera considere que el procedimiento a seguir no era el decomiso directo sino el ordinario, evento en el cual esta proferirá un auto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 571 del Decreto *ordenará retrotraer la actuación al momento de la notificación del acta de decomiso, y a partir de allí continuar con el procedimiento de decomiso ordinario*⁴⁴.

Lo anterior implica que, si el recurso de reconsideración ya fue decidido, la administración no podrá adecuar el trámite, lo que no implica que esta situación no dé lugar a una vulneración al debido proceso y a una nulidad del acto administrativo por no haber agotado el trámite que resultaba aplicable al caso concreto.

Finalmente, en cuanto al trámite del mencionado recurso de reconsideración, el Decreto 390 establece que el término de cuatro meses con que cuenta la Autoridad Aduanera para **proferir** la decisión del mismo, y aquí la misma consideración en relación con la importancia de la notificación del mismo, inicia una vez se haya dado el traslado de tres días hábiles siguientes a su interposición entre la dependencia que recibió el recurso y la competente para resolverlo, más ocho días hábiles adicionales para que esta última solicite el expediente respectivo y el mismo le sea remitido.

Lo anterior también es aplicable al término de diez días para la notificación del auto inadmisorio del recurso.

3. Las causales de aprehensión y decomiso

De acuerdo con lo previsto en el artículo 550 del Decreto 390 de 2016, el procedimiento aduanero de decomiso procede únicamente cuando la autoridad aduanera advierta sobre la presencia de un evento que configura una de las causales taxativamente listadas en la norma.

La aprehensión al ser una medida cautelar, debe considerar las limitaciones cuantitativas (solo la mercadería presuntamente involucrada) y cualitativa (solo las medidas autorizadas)⁴⁵ de toda medida cautelar⁴⁶. Así mismo, no hay que olvidar que esta no es la única medida cautelar dispuesta por la regulación aduanera

44 Este mismo efecto no es aplicable a los casos en que la autoridad aduanera advierta que el trámite procedente no era el ordinario sino el directo, pues en este caso deberá seguir con el trámite inicial.

45 Ver el análisis de Juan Patricio Cotter sobre medidas cautelares. *Las infracciones aduaneras*, pp. 350 y ss.

46 A nivel comparativo, en Perú, por ejemplo, las medidas son denominadas “medidas preventivas”, siendo potestad de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) en uso de su potestad aduanera aplicar las mismas. Ver Roberto Zagal Pastor. *Derecho Aduanero*. Perú: Editorial San Marcos, pp. 210 y ss.

en Colombia (artículo 507 del Decreto 390). Esto sin perjuicio de que la propia regulación aduanera ha establecido que *Cuando hubiere lugar a aprehender las mercancías, no será posible aplicar una medida cautelar diferente*⁴⁷.

Es necesario entonces preguntarse cómo el proceso de “modernización” que ha implicado el Decreto 390 de 2016 y de “moralización” de la Aduana, que se viene dando en los últimos años, se ha visto reflejado en el incremento respecto de la anterior regulación de las causales y en la definición del alcance de las causales mismas que actualmente se han establecido.

Así mismo, en el desarrollo del artículo 550 del Decreto 390, y su vigencia escalonada, dada la redacción abierta y general de muchas de las causales, tal y como lo ha señalado Omar Rodríguez, será necesario estar muy atentos al cumplimiento del principio de “tipicidad y prohibición de analogía”⁴⁸.

En términos generales, las causales de aprehensión y decomiso atienden al deber de la administración de proteger, de la manera más eficaz, el orden público económico y el patrimonio público de la Nación. El decomiso permite materializar inmediatamente las medidas de control aduanero que han fijado los Estados a través de diferentes tratados internacionales y de su regulación interna en materia de comercio exterior.

En este contexto, los fines perseguidos con el control aduanero superan el recaudo de los derechos e impuestos aduaneros, pues si bien este es esencial, encontramos otros, no menos importantes, que contribuyen a que la administración aduanera tutele el patrimonio público económico y el patrimonio de la Nación; por ejemplo por cuanto constituye una herramienta que permite proteger la conservación de las especies de fauna y flora silvestres que se encuentran amenazadas; luchar contra la pesca ilegal; impedir el tráfico ilícito de bienes que conforman el patrimonio cultural de la nación (y que por ende conforman la identidad nacional); impedir la competencia desleal que pueda afectar el mercado interno; asegurar que los bienes que ingresen al país cumplan con las condiciones de sanidad para ser posteriormente puestos en el mercado, entre otros. Incluso, buscando garantizar otros impuestos distintos a los mismos derechos e impuestos aduaneros; a saber, por ejemplo, la siguiente causal: “45. Cuando se encuentren productos de procedencia extranjera sujetos al impuesto al consumo,

47 Artículo 507, Decreto 390.

48 Omar Rodríguez, detalle en la Mesa Redonda “Problemas en la aplicación de las causales de aprehensión y evaluación de la política de contrabando” por Oscar Buitrago, 3 de octubre de 2018, ICdT.

fuera de los sitios autorizados por la autoridad competente, sin los elementos físicos de marcación y conteo legalmente establecidos⁴⁹.

Sin embargo, es preciso señalar que no todas las causales de aprehensión resultan aplicables en todas las instancias del control aduanero; por ejemplo en materia de tráfico postal expresamente se indican varias causales que aplicarán solo “en el control simultáneo”⁵⁰. O en el caso de control posterior, donde expresamente se establece una causal para cuando “se detectan errores u omisiones en la descripción de la mercancía que no conlleven a que se trate de mercancía diferente”⁵¹, o cuando se detecta que “el serial de la mercancía en la declaración de importación” conlleva a que se trate de mercancía diferente⁵². Siendo también preciso revisar la competencia que tiene un funcionario según la causal, por ejemplo en la práctica algunas causales son de aplicación de la Policía Fiscal Aduanera (POLFA), otras no (competencia según control previo, simultáneo o posterior). Así mismo y esto es importante, no todas las causales de aprehensión son susceptibles de “legalización”.

Ya en concreto respecto del artículo 550, es preciso señalar cómo a lo largo de las distintas causales algunas llaman la atención por la casuística que las mismas implican; por ejemplo, en el régimen de tránsito aduanero o en la operación de transporte multimodal, donde se señala expresamente un caso para cuando la mercancía objeto de hurto haya sido recuperada por autoridad competente y el declarante o importador **“según el caso, dentro de los 10 días siguientes a partir de la entrega de la misma, no la someta a un régimen de importación, o no la introduzca a una zona franca, a un depósito temporal dentro de la zona de régimen aduanero especial o a un depósito franco, a los que estaba destinada, previa autorización de la autoridad aduanera”**.

En esa misma tendencia casuística, se encuentran causales dirigidas a ciertos actores o sectores del comercio exterior. Es el caso de los “empleados de líneas navieras cargueras y aerolíneas cargueras o los tripulantes de cualquier

49 Es preciso analizar esta causal frente a lo señalado en la Ley 1762 de 2015. Artículo 15. Decomiso de las mercancías. *Sin perjuicio de las facultades y competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, los departamentos y el Distrito Capital de Bogotá en los términos de los artículos 200 y 222 de la Ley 223 de 1995, podrán aprehender y decomisar mercancías sometidas al impuesto al consumo, en los casos previstos en esa norma y su reglamentación. En el evento en que se demuestre que las mercancías no son sujetas al impuesto al consumo, pero posiblemente han ingresado al territorio aduanero nacional de manera irregular, los departamentos o el Distrito Capital, según sea el caso, deberán dar traslado de lo actuado a la autoridad aduanera, para lo de su competencia.*

50 Numeral 18.

51 Numeral 34.

52 Numeral 35.

medio de transporte”⁵³ o el caso del “café”⁵⁴ o los “vehículos motocicletas y embarcaciones fluviales menores con matrícula o registro del país vecino, ingresados al amparo de la Ley 191 de 1995”⁵⁵.

Lo cierto es que el decomiso aduanero constituye un mecanismo de significativa importancia para la administración, pues dada su inmediatez, es una de las herramientas más efectivas en la lucha contra el contrabando, la evasión y la competencia desleal⁵⁶. Y es por eso que también encontramos causales como la 49 respecto del medio de transporte específicamente “construido, adaptado o modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías”.

A continuación se presenta una categorización de las 56 causales de aprehensión y decomiso que establece la regulación aduanera vigente, presentándolas según lo establece el artículo 550 del Decreto 390 de 2016 modificado, pero agrupándolas para una mejor comprensión:

A. Causales de aprehensión de aplicación general

Incluimos en esta primera clasificación tanto la primera causal referente a “cuando se trate de mercancías no presentadas conforme con la regulación aduanera vigente”⁵⁷ como la segunda que establece que dará lugar la aprehensión y el decomiso “cuando se trate de mercancías de procedencia **extranjera** que no estén amparadas por unos de los documentos exigidos”⁵⁸.

En la primera causal es preciso indicar que al establecer el término “presentadas”, es ante la autoridad aduanera. Por lo que esta causal incluye “contrabando abierto”. Sin embargo, hay que hacer precisión ya que “no declaradas” no es igual que “no presentadas”, por lo que además es preciso ver cómo se interpreta la palabra “conforme” y lo que esta implica, ya que una característica general del artículo 550 es que no hay remisiones expresas. Esta primera causal no se limita solo a la importación, sino que puede aplicarse a otros regímenes, como por ejemplo el tránsito o el depósito, sin limitarse a que se trate en control previo, simultáneo o posterior⁵⁹. Esta causal además tiene un agravante y es cuando

53 Numeral 22.

54 Numeral 38.

55 Numeral 52.

56 Corte Constitucional, Sentencia C-194 de 1998; M.P. Hernando Herrera Vergara.

57 Numeral 1.

58 Numeral 2.

59 No hay claridad respecto a la exportación, ya que expresamente en el artículo 550 se estableció la causal “48. Cuando se encuentren mercancías de origen nacional o nacionalizadas o desaduanadas, que estén

se trate de ingreso al territorio aduanero nacional por lugar no habilitado; en ese evento se incluirá el medio de transporte y las mercancías a bordo del mismo.

La segunda causal tampoco se limita a la importación y podría aplicarse tanto en control previo, simultáneo o posterior. Sin embargo, lo importante en la aplicación de esta causal es preciso considerar tanto la noción de **extranjera** como “amparado **por uno** de los documentos exigidos”, en este caso se pensaría que con que estuviera amparada en uno ya no sería aplicable la misma.

De igual forma, a lo largo del artículo 550, hay otras causales de aplicación general, tales como la 9 que establece que “en desarrollo de actuaciones de las autoridades, control simultáneo o posterior se determine que: i) los documentos soporte NO se presentaron o ii) los presentados NO corresponden con la operación de comercio exterior declarada por NO ser los originalmente expedidos o iii) los presentados NO corresponden con la operación de comercio exterior declarada por encontrarse adulterados”⁶⁰.

B. Causales de aprehensión aplicable según un determinado régimen

En esta categoría se incluyen, por ejemplo, aquellas que aplican solo al régimen de importación o en el proceso de importación, tales como la causal 3 aplicable a “mercancías no declaradas en la importación”, pero también se incluye la 4 referente a “cuando en la diligencia de reconocimiento de la carga se encuentren bultos que la mercancía relacionada en los documentos de viaje es diferente a la efectivamente descargada”. De la redacción de estas se pensaría que estas dos causales son aplicables en el control simultáneo.

Así mismo se han previsto distintas causales aplicables al régimen de tránsito, por ejemplo cuando “con ocasión del resultado del reconocimiento, se detecten excesos o sobrantes o mercancía diferente”; o “se encuentren mercancías que hubieren obtenido la autorización del régimen de tránsito o de las operaciones, según el caso, a pesar de estar sometidas a restricciones o prohibiciones

saliendo por el punto de frontera del territorio aduanero nacional, por lugar no habilitado o sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras”.

60 Dado el limitante y estado de la cuestión, este ejercicio de clasificación no pretende explicar cada causal. Solo por ejemplo en la aplicación de esta causal surgen dudas como ¿Qué pasa si es el declarante el que se percató de que NO se presentaron los documentos, qué implicación tiene que sea “En desarrollo de actuaciones de las autoridades”? ¿Qué efecto tiene si esto ocurre después de que la declaración ya quedó en firme? ¿En la práctica es la declaración la que queda en firme o también los documentos? ¿Cabe la buena fe de aquel importador que se percató de la adulteración de uno de los documentos soporte? ¿Qué ocurre si es un adquirente de buena fe de la mercancía importada?

propias del régimen o de las operaciones” o “cuando al momento de recibir la carga, el operador de comercio exterior correspondiente encuentre excesos o sobrantes” o “la mercancía no sea entregada al operador de comercio exterior correspondiente”. O en el régimen de depósito aduanero, cuando “en el control simultáneo o con ocasión del ingreso al depósito aduanero, se encuentre mercancía en cantidad superior a la declarada o mercancías diferentes”⁶¹.

Incluso se han previsto causales aplicables solo a los regímenes especiales, tales como el de viajeros⁶².

C. Causales aplicables según la naturaleza de la mercancía (prohibida o sujeta a restricciones legales o administrativas); la ubicación de la mercancía misma cuando esta sea sujeto del control aduanero por parte de la autoridad o de donde provengan las mercancías como tal

En esta categoría se incluye todo lo referente a “las mercancías de prohibida importación y exportación o con restricciones legales o administrativas”⁶³, incluyendo lo referente a “cuando en desarrollo de las actuaciones de la autoridad aduanera en los controles previo, simultáneo o posterior se determine que las restricciones legales o administrativas no hayan sido superadas”⁶⁴.

A lo largo del artículo 550 se encuentran causales como las anteriores que enfatizan que las mismas son aplicables en los controles previo, simultáneo o posterior, se encuentren mercancías de prohibida importación o exportación, enfatizando que estas son aplicables con independencia de que hayan ingresado o hayan sido sometidas o no a “los regímenes de importación, exportación, tránsito aduanero o depósito aduanero”. Pareciera que se buscara una “semántica infalible”.

Sin embargo, precisamente ese detalle genera vacíos. La anterior causal no debería resultar aplicable al régimen de zona franca, por ejemplo, al no mencionarlo expresamente. Contrario a la causal 5, que expresamente limita la aplicación de la misma a “el depósito habilitado o zona franca”, cuando “se encuentran bultos sobrantes o excesos de peso en la carga o mercancía recibida, o no se justifiquen tales sobrantes o excesos en aquellos eventos en los que la planilla de recepción haga las veces de informe de descargue o inconsistencias”.

61 Numeral 26.

62 Números 23, 24 y 25. (La causal 25 pierde vigencia cuando entre en vigencia el sistema informático, artículo 550 Par. Trans. Decreto 390).

63 Numeral 6.

64 Numeral 7.

Así mismo, y esto sujeto al tema de “restricciones legales o administrativas” la casuística que caracteriza varias de las causales de aprehensión de la nueva regulación aduanera vigente, genera la posibilidad de encontrar otras que pueden concurrir, y que deberán distinguirse si acaso por el momento del control aduanero en que ocurren. Por ejemplo, la causal 6 ya mencionada frente a la causal 42: “cuando la mercancía no cuente con los rotulados, pictogramas, marcaciones” como requisito para el desaduanamiento en la importación o la causal 43 que indica que resulta aplicable “en desarrollo del control posterior se encuentre que la mercancía no cuenta con las etiquetas requeridas en los reglamentos técnicos, o con los rotulados, estampillas, leyendas o sellos determinados en las disposiciones legales vigentes, o cuando tales etiquetas, rotulados, estampillas, leyendas o sellos no cumplan con los requisitos exigidos en las normas vigentes, o los mismos presenten evidencia de adulteración o falsificación”⁶⁵. Piénsese que una mercancía que no cumple un reglamento técnico, por ende no está cumpliendo una restricción legal.

Otro ejemplo es el caso de la causal 39, que se refiere también a mercancías de prohibida exportación al incluir “bienes que formen parte del patrimonio cultural de la Nación o se trate de especies protegidas, sin la autorización de la autoridad correspondiente”, lo cual se incluye también en la causal 6, ya citada.

Finalmente, el artículo 550 ha previsto una serie de causales dependiendo de dónde provenga la mercancía; a saber: “Introducir al resto del territorio aduanero nacional sin el pago de tributos aduaneros o los derechos e impuestos a la importación, bienes provenientes de las zonas especiales económicas de exportación”⁶⁶ o se “encuentren en el territorio aduanero nacional mercancías procedentes de zona franca, sin haber cumplido las formalidades aduaneras correspondientes para su importación o salida temporal al resto del territorio aduanero nacional o para la salida a otra zona franca o al resto del mundo, o a un depósito franco o de provisiones de consumo o para llevar”⁶⁷.

D. Causales aplicables según la documentación de la mercancía (incluyendo los servicios informáticos electrónicos)

En esta categoría y como todo en este “arbitrario” ejercicio de clasificación, sujeto a discusión, llama la atención que no es preciso que se indique el régimen, por

65 Esta causal perdería vigencia según Omar Rodríguez cuando entre en vigencia el Decreto 390 y los sistemas informáticos aduaneros. (Ver también Par. Trans. Art.550, Decreto 390).

66 Numeral 37.

67 Numeral 41.

lo que también se puede incluir la causal 8 que aplica por “introducir al territorio aduanero nacional mercancías cuyo consignatario o destinatario o declarante sea una persona inexistente o cuando no obstante su inexistencia no hubiera autorizado o realizado la operación”.

También podría incluirse la causal 10 que indica que en la “diligencia de aforo en el régimen de importación se encuentre doble facturación como soporte del valor en aduana declarado”. Donde se limita la misma a la factura y a que esto ocurre en el “aforo”, tal y como lo define la propia regulación aduanera vigente.

Es preciso señalar que la documentación aquí referida no solo abarca la documentación soporte exigida por ejemplo en la importación, ya que también incluye “Cuando en desarrollo de una acción de control y después del análisis de la información contable, la documentación comercial y el cruce de inventarios, se establezca la existencia de mercancías no amparadas en declaración aduanera”⁶⁸ o el caso sensible de que “se trate de alimentos perecederos que aparentan ser de origen nacional” donde “no se acredite su procedencia mediante la factura o documento pertinente del molino, finca productora o vendedor”⁶⁹.

En esta categoría también podrían incluirse aquellas causales que resultan de la comparación documental frente a la realidad de la mercancía. Es el caso de **tráfico postal y envíos de entrega rápida** donde “se encuentren mercancías que no correspondan con las guías de envíos de entrega rápida o mensajería expresa incorporadas en el sistema de seguimiento y rastreo en línea”⁷⁰.

Finalmente en esta categoría se incluye la aparición de las causales relacionadas con los servicios informáticos electrónicos, que en el caso de tráfico postal y envíos urgentes es expresa al tipificar cuando “se encuentre que la guía no fue emitida en origen y no se encuentre incorporada en los servicios informáticos electrónicos”, es aplicable la causal número 21.

E. Otras causales

En la nueva regulación aduanera persisten varias causales que venían de la regulación aduanera anterior. Es el ejemplo de la causal 27⁷¹ aplicable a “**Mercancía en disposiciones restringida**” y lo referente a “cambiar la destinación de mercancía que se encuentre en disposición restringida a lugares, perso-

68 Numeral 36.

69 Numeral 44.

70 Numeral 20.

71 Esta causal solo está vigente hasta que entre el sistema informático. Ver Par. Trans. Artículo 550 Decreto 390.

nas o fines distintos a los autorizados o alterar su identificación, de conformidad con lo establecido en la regulación aduanera vigente⁷² o a “Enajenar, destinar a personas o fines diferentes a los autorizados o almacenar en lugares no permitidos, mercancías importadas temporalmente en desarrollo de los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, mientras se encuentren en disposición restringida”⁷³. O el caso de la causal 28⁷⁴ referente a importación temporal a corto plazo/transformación “cuando, vencido el término señalado en la declaración de importación temporal a corto plazo para reexportación en el mismo estado, no se haya terminado la modalidad o la no exportación en el caso de las mercancías importadas temporalmente para procesamiento industrial”⁷⁵, entre otras causales específicamente diseñadas para asuntos particulares (Sistemas Especiales de Importación-Exportación⁷⁶; Puerto Libre de San Andrés, Proviencia y Santa Catalina o desde las Zonas de Régimen Aduanero Especial⁷⁷, Zona de Régimen Aduanero Especial⁷⁸).

4. Perspectivas

Es temprano para indicar cómo evolucionará la aplicación de las nuevas causales de aprehensión⁷⁹. Estadísticamente el volumen de aprehensiones se viene incrementando año a año. En buena parte por los esfuerzos innegables de la exdirectora de Aduanas Claudia Gaviria (en el cargo de 2013 a 2018)⁸⁰, lo que se puede ver reflejado en las notificaciones que casi semanalmente anuncia la propia DIAN.

Sin embargo, y tomando como referencia que en esos seis años se pasó de tener 34 causales bajo el Decreto 2685 de 1999, a 19 causales inicialmente bajo el Decreto 390 y finalmente, las 56 causales que aquí se analizan, es importante considerar cómo en el año 2017, tal y como lo ilustra la tabla de abajo, el gran porcentaje de aprehensiones se ubica solo en un par de causales, por lo que es preciso preguntarse realmente cuántas causales realmente se necesitan. Resulta necesario revisar, a partir de las actas de aprehensión, la gestión (aquellas que

72 Ver Diana Rodríguez, Observatorio de Jurisprudencia, Tomo VI.

73 Numeral 32.

74 Esta causal solo está vigente hasta que entre el sistema informático. Ver Par. Trans. Artículo 550 Decreto 390.

75 Numeral 29.

76 Numeral 33.

77 Números 46 y 47.

78 Números 53, 54 y 55.

79 La Administración ya ha plasmado el tema en los memorandos 096 y 227 de 2018, y el análisis integral frente a las causales de aprehensión.

80 Ver <https://www.dinero.com/pais/articulo/claudia-gaviria-en-la-direccion-de-aduanas-de-colombia-2018/262655>

resultan de la POLFA, de fiscalización y por comercio exterior de la DIAN) y la efectividad misma de estas actuaciones.

Normatividad		2017	
DECRETO	Causal Apreh.	No. Apreh.	Valor Apreh. (\$)
2685/99	1.1	847	6,930,657,754
2685/99	1.11	32	775,136,669
2685/99	1.12	6	915,064,558
2685/99	1.14	10	682,010,078
2685/99	1.16	5	96,718,724
2685/99	1.19	45	1,611,732,773
2685/99	1.2	4	158,133,330
2685/99	1.23	1	241,325
2685/99	1.25	77	3,511,998,882
2685/99	1.27	114	30,204,180,993
2685/99	1.28	316	4,537,499,275
2685/99	1.29	1	626,044
2685/99	1.3	71	3,447,017,780
2685/99	1.4	16	1,007,344,137
2685/99	1.5	31	106,630,770
2685/99	1.6	45,787	300,197,224,087
2685/99	1.7	11	753,895,016
2685/99	1.8	1	24,525,875
2685/99	1.9	1	32,206,902
2685/99	2.2	1	53,141,367
2685/99	3.1	13	373,668,804
2685/99	3.3	22	166,744,258
2685/99	3.4	1	203,280,000
390/16	15	1	28,195,421
390/16	17	2	19,105,480
390/16	19	4	2,043,096,792
390/16	3 "C	1	4,324,658
390/16	3, C	1	31,617,600
390/16	3. C	67	3,204,700,019
390/16	5. E	197	2,243,666,045
390/16	6.C	20	377,521,024
390/16	8. C	2	767,568,765
2685/99	e) I	22	24,789,994
1745/16	INCU	1	584,183,406

Normatividad		2017	
DECRETO	Causal Apreh.	No. Apreh.	Valor Apreh. (\$)
390/16	LEY	1	10,050,000
390/16	Otra	2	1,132,928
TOTALES		47,734	356,129,631,533

Fuente: DIAN-SGF Aduanera Reporte Aprehensiones

Es necesario además poder determinar cuántas de estas aprehensiones realmente terminan en un control efectivo contra el contrabando; con mayor razón considerando cómo el artículo 562 del Decreto 390 de 2016 –que se encuentra vigente y reglamentado por la Resolución 64 de 2016– establece que en caso de que la DIAN evidencie que la mercancía aprehendida o decomisada se encuentra relacionada con alguna conducta punible –como el contrabando– se informará inmediatamente a la Fiscalía General de la Nación, para que “ordene la recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física que lo requiera”.

La anterior norma supone que cuando inicialmente la DIAN, en virtud de control previo, simultáneo o posterior, se percata de una mercancía que puede ser considerada como contrabando, la cual es aprehendida y/o decomisada y posteriormente a este evento, informe a la Fiscalía General de la Nación para que se investigue en materia penal a un sujeto que pudo haberla introducido por lugares no habilitados por la normatividad aduanera⁸¹.

Finalmente no es claro cuáles de estas 56 causales de aprehensión y decomiso serán de recurrente aplicación⁸², más ahora que en el 2019 entrará a regir

81 Aquí es preciso señalar cómo las normas conocidas por los particulares no dan unas pautas claras sobre el procedimiento a seguir en el evento en el cual una persona adquiere de buena fe unos bienes sobre los cuales de forma posterior evidencia que se presumen entraron por contrabando, por ejemplo ante una posible falsedad “de los documentos exigidos por la regulación aduanera vigente” o sobre los cuales el presunto importador se niega a suministrar los documentos soporte con posterioridad a la entrega de los mismos, por lo que no obstante ni la DIAN ni la Fiscalía General de la Nación conocen sobre esta situación, el adquirente procede hipotéticamente a radicar la correspondiente denuncia penal ante la Fiscalía. Bajo la situación arriba mencionada, si hipotéticamente el propietario de la mercancía denuncia penalmente al vendedor ante la Fiscalía General de la Nación por posible contrabando y/o falsedad, no existe claridad en la regulación aduanera vigente sobre el procedimiento que el adquirente de buena fe deba adelantar ante la DIAN respecto a las mercancías aquí indicadas en la eventual ocurrencia de estos eventos y ante la hipotética denuncia penal. Es de nuestro conocimiento que existe un procedimiento interno de la DIAN (Instructivo PR-FL-0375) de Denuncias de Fiscalización el cual está catalogado como “información pública reservada, es decir, información disponible solo para un proceso de la Entidad”, lo que no permite conocer al público el procedimiento que lleva a cabo la Autoridad Aduanera cuando evidencia un posible contrabando de mercancía ingresada al país y si este aplica cuando sea el adquirente de buena fe el que se percata. A nivel comparativo, llama la atención por ejemplo las *E-Allegations* y el *Enforce and Protect Act* (EAPA) que se establecen en EE. UU. para que particulares denuncien fraudes en materia *antidumping*.

82 Omar Rodríguez en su interpretación indicó que seguramente serán las causales 2; 3 (que probablemente reemplazará la del numeral 1.6 del Decreto 2685); 7; y los numerales 9, 13 y 35. Ver Mesa Redonda “Problemas en la aplicación de las causales de aprehensión y evaluación de la política de contrabando”.

un nuevo Estatuto Aduanero compilado (Tomo I); sin embargo y considerando que la razón del aumento de las aprehensiones nunca se debería dar por el incremento de las propias operaciones aduaneras es preciso estar muy atentos a la evolución e interpretación que haga la Administración de estas en la regulación aduanera vigente.