

**MEDIOS DE CONTROL DEL CONTRABANDO EN LA FRONTERA COLOMBO
ECUATORIANA**

**GENNY MAGALY LARA CAMPAÑA
CRISTHIAN DANILO PINZON MUÑOZ**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
SAN JUAN DE PASTO
2007**

**MEDIOS DE CONTROL DEL CONTRABANDO EN LA FRONTERA COLOMBO
ECUATORIANA**

**GENNY MAGALY LARA CAMPAÑA
CRISTHIAN DANILO PINZON MUÑOZ**

**TRABAJO DE INVESTIGACION PARA OPTAR TITULO DE ESPECIALISTA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO.**

DOCTOR: LUIS FELIPE SOLARTE MAYA
Asesor

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
ESPECIALIZACION DERECHO ADMINISTRATIVO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIOJURÍDICOS
SAN JUAN DE PASTO
2007**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva de su autor”.

Artículo 1° del acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966.

Emanado del Honorable Consejo Directivo de la
Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACION

APROBADO

LUIS FELIPE SOLARTE MAYA
ASESOR

ALVARO ARTEAGA
JURADO

CLARA INES LOPEZ DAVILA
JURADO

San Juan de Pasto, 31 de mayo de 2007

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a Dios por todas sus bendiciones. E igualmente a mis padres, esposo, y hermanas, por el apoyo brindado en mi formación personal y profesional.

AGRADECIMIENTOS

*Agradezco a mis
padres, esposa, hija y
hermanos, por su
apoyo incondicional en
el desarrollo de mi
vida profesional.*

CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	
1. EL CONTRABANDO	13
1.1. DEFINICIÓN	13
1.2. ANTECEDENTES	14
1.3. CLASES DE CONTRABANDO	15
1.3.1. CONTRABANDO ABIERTO	15
1.3.2. SUBFACTURACION DE IMPORTACIONES	16
1.3.3. SOBREFACTURACION DE IMPORTACIONES	16
1.3.4. CONTRABANDO TECNICO	17
1.3.5. CAMBIO DE ORIGEN Y PROCEDENCIA	18
2. MEDIOS DE CONTROL DEL CONTRABANDO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ADUANERA COLOMBIANA.	19
2.1. REGIMEN ADUANERO.	19
2.1.1. AUTORIDAD ADUANERA	19
2.1.2. CAUSALES DE APREHENSION Y DECOMISO DE MERCANCIAS MAS FRECUENTES EN LA FRONTERA COLOMBO – ECUATORIANA Y EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO	21
2.1.3. PROCESO ADMINISTRATIVO PARA LA DEFINICION JURIDIA DE MERCANCIAS.	24
2.1.3.1 Proceso administrativo de definición de situación jurídica mercancías aprehendidas.	25

2.1.3.1.1. El acta de aprehensión.	26
2.1.3.1.2. Tipos de decomiso de actas de aprehensión	27
2.1.3.1.2.1. El decomiso directo.	27
2.1.3.1.2.2. El decomiso ordinario.	28
2.1.3.2 Notificación del acto administrativo que decide de fondo el decomiso de mercancía.	32
2.1.3.3 Recurso de Reconsideración	33
2.1.3.3 El silencio administrativo positivo	34
2.1.4. CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA DIAN EN EL PROCEDIMIENTO DE DECOMISO Y APREHENSION DE MERCANCIAS	37
2.2. BASES DOCTRINALES	38
3. MEDIOS DE CONTROL DEL CONTRABANDO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ADUANERA ECUATORIANA.	51
3.1. GENERALIDADES	51
3.2. INFRACCIONES ADUANERAS.	52
3.3. PROCESO ADMINISTRATIVO DE DECOMISO DE MERCANCÍAS.	56
3.4. CONTROVERSIAS, RECLAMOS Y RECURSOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO	57
3.4.1. RECLAMOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ADUANERO	57
3.4.2. RECURSOS	58
4. COMO REDUCIR EL CONTRABANDO, A PARTIR DEL ANALISIS SOCIAL ECONOMICO Y CULTURAL DE LAS CAUSAS QUE LLEVAN A LA PRACTICA DEL CONTRABANDO EN LA FRONTERA.	60
5. CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFIA	65

RESUMEN

Desde la Constitución política de 1991, la dirección de la economía esta a cargo del Estado, y es por esta razón que le compete el control del contrabando; respondido a este reto, ha establecido el ordenamiento jurídico en materia aduanera, mediante el decreto 2685 de 1999, que regula los procedimientos administrativos establecidos para tal fin e igualmente ha instituido a la DIAN, como la principal autoridad aduanera, a quien le compete hacer cumplir las normas aduaneras. Uno de los procesos establecidos para el control del contrabando es el proceso administrativo de definición de situación jurídica de mercancías, que parte de la configuración de las causales de aprehensión y decomiso de mercancías, el cual inicia con la emisión del acta de aprehensión, la que da lugar al proceso de decomiso de mercancía directo y ordinario, en el primero en el acta que se aprehende la mercancía se decide de fondo el decomiso de la misma, acto administrativo objeto del recurso de reconsideración; en el segundo el acta de aprehensión es un acto administrativo de trámite, y da lugar a la presentación de objeciones y la práctica de pruebas, para que se decida de fondo el decomiso o la devolución de la mercancía, acto administrativo contra el cual procede el recurso de reconsideración; procede el silencio administrativo positivo cuando se ha incumplido con los términos para resolver la decisión de fondo o el recurso de reconsideración; igualmente es objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho y de nulidad simple.

ABSTRACT

From the political Constitution of 1991, the direction of the economy this in charge of the State, and is therefore that the control of the contraband is incumbent on to him; responded to this challenge, it has established the legal ordering in customs matter, by means of the 1999 decree 2685, that regulates the established administrative procedures for such aim and also it has instituted to the DIAN, like the main customs authority, to that competent to make him fulfill the norms customs. One of process established them for the control of the contraband is the administrative process of definition of legal situation of merchandise, that leaves from the configuration of causal of apprehension and the seizure of merchandise, which initiates with the emission of the apprehension act, the one that gives rise to the process of seizure of direct and ordinary merchandise, in first in the act that apprehend the merchandise it decides of bottom the seizure of the same one, administrative act object of the reconsideración resource; in the second the apprehension act is an administrative act of transacts, and gives rise of objections upon presentment and it practices it of tests, so that the seizure or the return of the merchandise is decided of bottom, administrative act against which comes the resource from reconsideración; administrative silence comes positive when it has been failed to fulfill with the terms to solve the decision of bottom or the resource of reconsideración; also it is object of the action of invalidity and reestablishment of the Right and of simple invalidity.

INTRODUCCION

En la Constitución Política de Colombia de 1991, no se consagro un determinado modelo económico; el estado colombiano consagró normatividad tendiente a la protección de la propiedad privada (art. 58 CP), libertad de empresa y libre competencia (art. 333 CP), e igualmente se instituye que la dirección de la economía esta a cargo del Estado (art. 334 CP) y se establece que la economía debe responder a los principios y fines esenciales del estado, consagrados en el preámbulo y título I de la Constitución Política. Para ello el Estado tiene como instrumento de intervención en la economía al Banco de la República, el cual tiene como funciones básicas las de regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, (art. 372 C.P.).

Antes de la expedición de la Carta política de 1991, se inició la implementación del modelo económico neoliberal, en respuesta a las tendencias de globalización y con ello el desarrollo de la apertura económica.

Teniendo en cuenta que al estado le corresponde la dirección de la economía, de igual forma le compete el control del contrabando, respondido a este reto, ha establecido el ordenamiento jurídico en materia aduanera, que regula los procedimientos administrativos establecidos para tal fin e igualmente ha instituido a la DIAN, como la principal autoridad aduanera, a quien le competente hacer cumplir las normas aduaneras.

El contexto se reduce a identificar los medios de control del Contrabando en la Frontera Colombo – Ecuatoriana, a partir de la legislación aduanera, para lo cual se conceptualiza el concepto del Contrabando y sus clases.

Partiendo de esta concepción se establece que el Estatuto Aduanero responde a las necesidades de contrarrestar el contrabando y en esté se instituye el Procedimiento administrativo de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas, que tiene por objeto determinar si la mercancía aprehendida dentro del contexto del contrabando, se decomisa o caso contrario de efectúa la respectiva devolución.

La decisión de fondo dentro de este procedimiento administrativo es una acto administrativo, contra el cual opera el control de legalidad en vía administrativa, con el agotamiento de la vía gubernativa, mediante el recurso de reconsideración, e igualmente es objeto del control de legalidad en vía judicial ante el contencioso administrativo, con la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este mismo contexto se configura el silencio administrativo positivo, con excepciones expresas en el ordenamiento legal. Así mismo contra el acto

administrativo que contiene la decisión de fondo es susceptible a petición de parte o de oficio por parte de la administración la revocatoria directa.

Aspectos que son objeto de estudio y se fortalecerán en el desarrollo del contenido mediante la interpretación normativa y la compilación de la doctrina aduanera.

Con el objeto de identificar la regulación del contrabando y las causas del mismo, se esgrimo una investigación descriptiva y jurídica, por cuanto responde al tema de los medios de control del contrabando en la frontera Colombo – Ecuatoriana, a partir de la legislación Colombiana dentro de un contexto social, económico, político y cultural de la región.

Igualmente se identifica y distingue dentro de la zona fronteriza Colombo – Ecuatoriana, la vigencia de dos regímenes aduaneros, que independientemente rigen dentro del territorio aduanero Colombiano y Ecuatoriano; determinando que el control del contrabando se afianza en la frontera por los ordenamientos vigentes en cada territorio.

Es preciso señalar que las fuentes que establecen los medios de control del contrabando, se referencian en la Constitución Política, la legislación aduanera, con sus decretos reglamentarios, resoluciones y la doctrina aduanera.

1. EL CONTRABANDO

1.1 DEFINICION

El contrabando generalmente se define como: “Comercio o producción prohibidos; Productos o mercancías que han sido objeto de prohibición legal; Lo ilícito o encubierto; Acción o intento de fabricar o introducir fraudulentamente dichos géneros o de exportarlos estando prohibido; Introducción de géneros sin pagar los derechos de aduana a que están sometidos legalmente”¹. “Si eres tú el contrabandista, es que tienes miedo a que te descubran en alguna trampa, y si es otro el que realiza el contrabando puede indicar que no estás de acuerdo con ciertos reglamentos o normas de vida, en los que te ves envuelto.”²

E igualmente se conoce como Ilícito aduanero y se define como: “Circulación de productos o mercancías que han sido objeto de prohibición legal. Comercio que se hace en forma clandestina, contra lo dispuesto en las leyes, para evadir los impuestos fiscales, constituyendo un fraude contra el Fisco Nacional.”³

El contrabando es considerado en Colombia como el AGUJERO DE LA ECONOMIA, un de los fenómenos que más afecta a la economía del país y se define como: La introducción ilegal de mercancías al territorio nacional.

El contrabando se define en materia penal como el importe de mercancías al territorio colombiano, o el exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control.

De lo anterior se desprende que el contrabando se configura como el ingreso y salida de mercancía del país, cuando esta no cumpla con los requisitos establecidos en la ley para su legal introducción, o no sea declarada y presentada ante las autoridades aduaneras.

En la legislación penal colombiana se constituye el Contrabando como un delito que va en contra del orden económico social y se encuentra regulado en el título X, capítulo cuarto, Artículo 319 modificado por el art. 69 de la Ley 788 DE 2002.

¹ Tomado de <http://www.fac.mil.co>. 15 de abril de 2007.

² Tomado de <http://www.glosario.tributos.com> el 15 de abril de 2007

³ Tomado de <http://www.glosario.tributos.com> el 15 de abril de 2007

1.2. ANTECEDENTES

El contrabando en Colombia no es un fenómeno nuevo. El contrabando o “alijo”, es una ocupación que ha sido desarrollada durante cientos de años. “Ya desde 1931 se estaba legislando con el propósito de perseguirlo y controlarlo y desde entonces, existía al menos una predisposición del Estado para contrarrestarlo y penalizarlo. Sin embargo nunca antes como ahora este fenómeno había llegado a constituir uno de los problemas más importantes de la economía colombiana. En la última década del siglo pasado los niveles alcanzados por el flujo del comercio ilegal parecieron desbordar toda suerte de previsiones sobre el mismo.

La introducción ilegal de mercancías al territorio nacional, bajo cualquiera de sus modalidades (contrabando abierto, contrabando técnico, sub facturación), genera graves inconvenientes sobre la economía formal al convertirse, por un lado, en expresión y significado de la competencia desleal para la producción nacional al igual que para el comercio legal y organizado y, por otro, en un asalto a las finanzas públicas.

En el primer caso, el auge del contrabando, evidenciado en los últimos años tanto por el sorprendente aumento de los expendios públicos de estas mercancías, como por la proliferación indiscriminada de toda clase de artículos de manufactura foránea y de procedencia ilegal, tiene efectos y consecuencias claros sobre la economía: maneja una escala subvalorada de precios de los bienes y productos contrabandeados, atentando contra la industria nacional, al deprimir sus precios o maltratar su demanda; por esta vía, destruye además las fuentes nacionales de trabajo, ya que con el cierre de las empresas y factorías sobreviene el consiguiente despido de los trabajadores de sus puestos de trabajo. A la par que destruye la industria nacional, otra causa del desempleo.

En el segundo caso, el contrabando asalta el erario público al privarlo de los tributos que debían pagar las mercancías ingresadas clandestinamente.

El contrabando, al tiempo que decrece la base impositiva, disminuyendo el monto de los impuestos atribuidos a la actividad externa, contribuye a fomentar esta cultura en otras instancias del aporte público: la evasión de los impuestos de renta, ventas y patrimonio, etc.

En suma, esta actividad ilegal promueve la informalidad del comercio y del empleo, generando además actitudes delincuenciales entre sus agentes.

La DIAN, no solamente ha tomado control de las dimensiones y magnitud del problema, sino que bajo el auspicio y directrices de las respectivas autoridades económicas y judiciales del país, ha buscado enfrentar el problema, adelantando, por un lado, acciones punitivas, de corte institucional y legal para perseguir y

controlar el fenómeno y, por otro, acciones preventivas para ilustrar y educar a las gentes sobre su carácter, naturaleza y significado.”⁴

El primer acercamiento a tal intención se hará a través de una rápida caracterización del fenómeno, su descripción y naturaleza en la ZONA FRONTERIZA DE COLOMBIA CON LA REPUBLICA DEL ECUADOR, donde de manera periódica se desarrolla esta actividad.

La sociedad permite que esta actividad se siga desarrollando con más auge, porque siempre encuentra una excusa para mantener el Contrabando, no existe conciencia de que el contrabando es un delito y que la consecuencia más directa puede ser el desempleo, que afecta la producción del país porque genera competencia desleal, reduce el ingreso de los impuestos evadidos, que a su vez produce que se reduzca la cantidad de recursos destinados para inversión social.

1.3. CLASES DE CONTRABANDO

La DIAN, establece en el Sistema Informático INTRANET, las siguientes clases de contrabando y las define en el siguiente sentido:

1.3.1. CONTRABANDO ABIERTO

Este concepto es la síntesis del Contrabando que se lleva a cabo en la frontera Colombo - Ecuatoriana; y podemos decir que es la introducción irregular de mercancías extranjeras al territorio nacional sin el cumplimiento de las normas y reglamentación existentes, con el objeto de eludir prohibiciones totales o parciales vigentes o el pago de los tributos aduaneros correspondientes y derivar de esta forma márgenes extraordinarios de beneficios.

Básicamente, las mercancías son introducidas ilegalmente al país a través de lugares habilitados o no habilitados: aéreos, terrestres y marítimos. Pertenecen al primer grupo, los principales aeropuertos del país, los puertos, área marinas, las fronteras y puertos fronterizos. En efectos, los aeropuertos de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla, Cartagena y Bucaramanga, y otros de menor importancia, han venido siendo utilizados para el ingreso ilegal de este tipo de mercancías, al igual que los puertos de Buenaventura, Barranquilla, Cartagena, Santa Marta y Tumaco, las áreas de fondeo del golfo de Urabá, el puerto de Leticia y **los puentes internacionales** de Cúcuta, **Rumichaca**, Paraguancho y Arauca.

⁴ Tomado de INTRANET exclusivo de la DIAN.

Se consideran lugares no habilitados aquellos que no han recibido autorización legal por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para permitir el ingreso de las mercancías al territorio nacional. La imposibilidad física y humana de controlar las amplias fronteras nacionales, tanto terrestres como marítimas, hizo posible la extendida práctica de utilizar una amplia zona de territorio colombiano para internar mercancías ilícitamente. Sin embargo, a partir de los primeros años de la década pasada, con la abrupta apertura económica del país, estos lugares fueron perdiendo progresivamente importancia, cediéndola a favor de los lugares habilitados, los cuales con el incremento del comercio exterior, los grandes volúmenes de mercancías manejados y la eliminación de muchos mecanismos y controles, permitieron la entrada masiva de productos de contrabando.

1.3.2. SUBFACTURACION DE IMPORTACIONES

Es la consignación en la declaración de importación, de un valor menor al realmente pagado por la mercancía en el exterior, con el propósito de reducir la base monetaria sobre la cual se calcula el monto de los tributos aduaneros, evadiendo de esta manera el pago de una buena parte de los mismos.

La práctica más común para desfigurar el costo real de las mercancías es presentar una factura que no representa los términos de la transacción comercial o que es diferente a la expedida por el exportador. Esta práctica es mucho más frecuente que las otras irregularidades cometidas en la importación de mercancías, y en ella participa el importador, en conveniencia muchas veces con el exportador y bajo el patrocinio del agente de ventas o representante del exportador.

En estas condiciones, la factura presentada es falsa e involucra maniobras de inexactitud tanto tributaria como cambiaria, ya que el importador debe enfrentar un doble pago, uno por la cantidad que aparece en la factura presentada, hecho en forma regular, y, otro en forma dolosa, para cubrir el resto de la transacción real. En este caso, el importador puede obtener un doble beneficio, uno tributario, al reducir el monto de los tributos fiscales y otro cambiario al aprovechar un posible diferencial en las tasa de cambio del mercado oficial respecto a los otros mercados.

1.3.3. SOBREFACTURACION DE IMPORTACIONES

Contrariamente a la irregularidad anterior, la sobrefacturación existe cuando el importador consigna en su declaración de importación un valor mayor al realmente

pagado por la mercancía. El propósito es múltiple y puede buscar desde la transferencia de fondos al exterior y la evasión del pago de derechos “antidumping”, (en conclusión es un impuesto que tiene por objeto equilibrar el valor de las mercancías que por diferentes estudios realizados por la Organización Mundial del Comercio y la DIAN se consideran susceptibles de contrabando técnico), hasta perseguir la elusión del pago de impuestos de renta mediante la presentación de menores beneficios.

En esta práctica, el infractor usualmente termina pagando una cifra mayor de impuestos a la que le corresponde; en compensación, a través de este tipo de fraude, obtendrá beneficios ampliados, de acuerdo con el fin buscado.

Además de la transferencia de fondos al exterior, en forma irregular, también a través de la sobrefacturación de importaciones se hacen reembolsos ocultos, reversión de utilidades, normalmente entre firmas asociadas, evitando con esto ser gravadas en el país, o desdoblar valores para asignar las cifras mayores a mercancías que tienen aranceles más bajos y viceversa.

Son operaciones muy frecuentes, dentro de esta práctica, las que involucran los precios de transferencia, entre firmas asociadas que buscando la reversión de utilidades, sobrefacturan el valor de sus importaciones.

En materia cambiaria las personas que deseen ingresar moneda extranjera al territorio aduanero nacional, tienen que declararlo en el lugar de arribo (puente internacional de Rumichaca), estas personas y de conformidad a la normatividad cambiaria vigente pueden ingresar hasta la suma de DIEZ MIL DOLARES, sin declararlos en el lugar de arribo, mediante una declaración de aduanas, en el evento en que se quiera ingresar una cantidad mayor a esta sin declararla, la DIAN, administración local de aduanas de Ipiales, a través del grupo de infracciones cambiarias, aprehenderá las divisas generando el proceso cambiario, tendiente a la imposición de multas a los infractores, de conformidad con el art. 77 de la Resolución Externa 8 de 2000, del Banco de la República y el Decreto 1092 de 1996, mediante el cual se establece el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la DIAN, artículos 3 y s.s.

1.3.4. CONTRABANDO TECNICO.

Conducta irregular en la que el importador, aparentemente, bajo el lleno de los requisitos legales, introducen una mercancía al país amparada en una descripción arancelaria distinta a la de sus verdaderas características y naturaleza, con el propósito de reducir el valor de los tributos aduaneros a pagar o eludir ciertas restricciones administrativas que impiden su libre importación, evitar controles o evadir resoluciones de precios mínimos.

A través de esta práctica, en algunas ocasiones, también es posible escapar a exigencias de licencia previa o favorecer engañosamente una mercancía con preferencias arancelarias derivadas de convenios o acuerdos internacionales.

A esta práctica acuden muchos importadores merced a la existencia de un significativo número de desdoblamientos en el arancel colombiano, el cual se refiere a una partida arancelaria que identifica al producto dentro del arancel de aduanas, y se subdivide en otras partidas arancelarias referente al mismo producto con diferentes características.

De esta manera, entonces, no sólo es posible acudir a esta práctica para reducir dolosamente los tributos, sino también para eludir restricciones legales (en el caso de algunos productos que sólo pueden importarse bajo licencia previa), evadir los controles de precios (en las circunstancias en que se fijen precios mínimos oficiales) o evitar la presentación de vistos buenos o permisos (en los eventos en que ciertas restricciones al comercio son impuestas para prevenir daños o perjuicios a la salubridad o seguridad públicas).

1.3.5. CAMBIO DE ORIGEN O DE PROCEDENCIA

A través de esta irregularidad, en algunas declaraciones de importación, se adultera el lugar de origen o de procedencia de una mercancía para hacerla aparecer como originaria o procedente de otro país, con el objeto de eludir la prohibición de importarla de ciertos lugares, de evadir el pago de los derechos tributarios, de evitar reconocer derechos antidumping. El derecho antidumping o de esquivar cláusulas de salvaguardia. La cláusula de salvaguardia, son acuerdo entre países, que permiten a uno de ellos imponer temporalmente restricciones a las importaciones de ciertos productos cuando tales importaciones amenacen con causar perjuicios al sector productivo o a la economía nacional, incorporadas para defender la producción o la economía nacional.

Así mismo, es utilizada esta práctica para buscar los beneficios que otorgan ciertos convenios o tratados internacionales. Mercancías que gozan de ciertos privilegios, merced a convenios como los del Grupo Andino (que otorga exención de aranceles), por ejemplo, al ser importadas de otros países, con los cuales no existen tales acuerdos, son ingresadas al territorio nacional presentando documentos adulterados para hacerlas pasar como originarias de los países bajo Acuerdo.

En la mayoría de casos, los documentos, como los certificados de origen, presentan adulteración de firmas o de sellos de proveniencia de las mercancías.

2. MEDIOS DE CONTROL DEL CONTRABANDO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ADUANERA COLOMBIANA.

2.1. REGIMEN ADUANERO

2.1.1. AUTORIDAD ADUANERA

El Decreto 2685 de 1999, Estatuto aduanero, artículo 1, define Autoridad aduanera en el siguiente sentido: “Es el funcionario público o dependencia oficial que en virtud de la ley y en ejercicio de sus funciones, tiene la facultad para exigir o controlar el cumplimiento de las normas aduaneras”.

La DIAN, es la autoridad aduanera en nuestro territorio, y a partir del Decreto 1071 de 1999 se constituyo como la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal. En el art. 4 de este decreto establece taxativamente su objeto: “ La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, **mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones** tributarias, **aduaneras** y cambiarias, **y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad**”⁵ (negrilla fuera del texto); se deduce de lo anterior que le corresponde el control del cumplimiento de las normas aduaneras, contrarrestando el contrabando que es una actividad ilegal que afecta directamente la economía nacional, ya que desde el punto de vista de las empresas importadoras, organizadas legalmente, se genera competencia desleal, con respecto al contrabandista, que considera esta actividad como fuente de trabajo y elude el pago de impuestos de importación.

En materia aduanera a la DIAN, de conformidad con el art. 5 del referido Decreto le competen las siguientes funciones:

“ - le corresponde el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones.....

⁵ Decreto 1071 de 1999 artículo 4.

- La administración de los derechos de aduana y demás impuestos al comercio exterior, comprende su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones aduaneras.

- La dirección y administración de la gestión aduanera comprende el servicio y apoyo a las operaciones de comercio exterior, la aprehensión, decomiso o declaración en abandono de mercancías a favor de la Nación, su administración, control y disposición.

- Le compete igualmente actuar como autoridad doctrinaria y estadística en materia tributaria, aduanera, y de control de cambios en relación con los asuntos de su competencia”⁶

En este sentido igualmente establece que para cumplir las funciones de su competencia la DIAN, desarrollará todas las actuaciones necesarias.

Es necesario establecer en este mismo contexto la competencia que se instituye a la DIAN en el art. 37 del Decreto 1071 de 1999, referente a la Competencia de proferir Actos Administrativos, dentro de las actuaciones de la administración aduanera, la cual le corresponde a los servidores públicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales nombrados o designados como jefes de las diferentes dependencias de la entidad.

A este tenor se desarrolla el tema de las funciones de investigación o práctica de pruebas, reguladas en el art. 38 del Decreto 1071 de 1999, donde se establece que cualquier servidor público aduanero podrá cumplir la comisión de estas funciones, de acuerdo con las autorizaciones y delegaciones correspondientes. Se exceptúa en materia tributaria la práctica de la prueba pericial contable, quien será realizada por un Contador Público matriculado; igualmente para actuar ante los Jueces, debe ser abogado inscrito.

A la par es necesario referirse a la Competencia Funcional establecida en el art. 39 del Decreto 1071 de 1999, donde se estipula competencias para las divisiones de las administraciones. En este sentido de acuerdo con la función aduanera de la división de la DIAN, se regulan las siguientes:

a.- La División que cumple con las funciones de fiscalización aduanera le compete:

1. Adelantar investigaciones y actos previos y preparatorios referentes al decomiso de mercancías, y/o aplicación de las sanciones por infracción al régimen aduanero. (negrilla fuera del texto)

⁶ Decreto 1071 de 1999 artículo 5.

2. Proferir los emplazamientos, requerimientos especiales y pliegos de cargo con el objeto de garantizar el derecho de defensa.

b.- La División que cumple funciones de sanción, decomiso o abandono de mercancías, en relación a esto le compete:

1. Estudiar las respuestas de los emplazamientos, requerimientos especiales y pliegos de cargo.

2. **Proferir los actos de decomiso** o abandono de mercancías y/o de imposición de sanciones. (Negrilla fuera del texto).

c.- La División que cumple funciones jurídicas, le compete: **admitir y resolver los recursos interpuestos contra los actos de decomiso** o abandono de mercancías y/o de imposición de sanciones. (Negrilla fuera de texto)

En conclusión la DIAN resume su competencia en materia aduanera en los siguientes aspectos y divisiones:

- FISCALIZACION: Cumplimiento del régimen aduanero, mediante el adelantamiento de planes operativos tendientes a la aprehensión y decomiso de mercancías de contrabando, e igualmente le compete adelantar visitas de control posterior a sociedades de intermediación aduanera, empresas transportadoras, importadores y depósitos habilitados.

- RECAUDACION: De los derechos de Aduana, competencia exclusiva de la división de comercio exterior.

- DE COMERCIO EXTERIOR: actividad aduanera, llevando a cabo el tramite interno de importación y exportación de mercancías.

- JURIDICA: Como autoridad doctrinaria, resolver los recursos de no tengan competencia en otra dependencia, asesoría en materia aduanera y representación ante la jurisdicción contenciosa administrativa y ordinaria.

En cumplimiento de la competencia en materia aduanera, referente al decomiso de mercancía a continuación desarrollaremos el tema de las causales de aprehensión y el procedimiento administrativo establecido en el Decreto 2685 de 1999 y los aspectos inherentes al mismo.

2.1.2. CAUSALES DE APREHENSION Y DECOMISO DE MERCANCIAS MAS FRECUENTES EN LA FRONTERA COLOMBO – ECUATORIANA Y EL DEPARTAMENTO DE NARIÑO.

Como fundamento del procedimiento administrativo de decomiso de mercancías tenemos las causales de aprehensión, las cuales se encuentran tipificadas en el

artículo 502 del decreto 2685 de 1999, Estatuto Aduanero, estas se presentan en nuestra frontera colombo ecuatoriana “Rumichaca”, y por los caminos que comunican a las dos Republicas, en las ciudades y en los territorios aledaños.

Las causales que se aplican con mayor frecuencia en la aprehensión de mercancías son las siguientes:

1. Establecida en el art. 502, numerales 1.1 del Estatuto Aduanero, la cual reza: “cuando se oculte o no se presente a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional, salvo cuando las mercancías estén amparadas en documentos de destino a otros puertos.”⁷

Con respecto a esta causal podemos especificar que tiene aplicación diaria en el puente internacional de Rumichaca; ya que en este acontecer el contrabandista oculta las mercancías o no las presenta ante la autoridad aduanera; por lo que la aprehensión y decomiso posterior es fundamentado en esta causal.

Es de conocimiento social que en el puente internacional de Rumichaca; la DIAN, como autoridad aduanera aplica todas las funciones de control, en torno a incautar, registrar y aprehender mercancías que ingresan al territorio aduanero nacional en los distintos medios de transporte municipal, buses, taxis, carros particulares, camiones de carga; en donde la policía fiscal y la DIAN realizan el control aduanero.

2. Igualmente se encuentra regulada en el art. 502, numeral 1.2 del Estatuto Aduanero, causal que reza: ” ...Cuando el ingreso de mercancías se realice por lugares no habilitados por la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN), salvo que se configure el arribo forzoso de que trata el artículo 1541 del Código de comercio...”⁸

Con relación a esta causal, tenemos que se aplica generalmente en lugares no habilitados por la DIAN, los cuales se conocen como “trochas”, estos son caminos rudimentarios que comunican a las dos naciones. En nuestra frontera tenemos más de cinco caminos de trocha por donde ingresan diariamente y preferiblemente en horas de la noche y madrugada, mercancía procedente del vecino país del Ecuador; en estos casos la autoridad aduanera aprehende las mercancías con fundamento en la causal 1,2; ya que estas trochas no son caminos ni vías autorizadas por la DIAN para el ingreso de mercancías, ni son pasos de frontera hábiles; claro esta y dentro del debate jurídico el éxito de la prueba corresponde en demostrar la dirección de ingreso de las mercancías a Colombia; es decir que las mercancías tendrán que venir de Ecuador hacia nuestro país. Esta causal se

⁷Decreto 2685 de 1999 artículo 502, numeral 1.1.

⁸ Decreto 2685 de 1999 artículo 502, numeral 1.2.

configura cuando las mercancías sean aprehendidas en lugares no habilitados por la DIAN, que comuniquen a Colombia y Ecuador.

3. La regulada en el art. 502, numerales 1.6 del Estatuto Aduanero, la cual dice :"- cuando la mercancía no se encuentre amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización, o declaración de importación, o no corresponda con la descripción declarada, o se encuentre en una cantidad superior a la señalada en la declaración de Importación, o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción, salvo estos últimos se hayan subsanado en la forma prevista en los numerales 4 y 7 del artículo 128 y en los parágrafos 1 y 2 del artículo 231 del presente decreto , en cuyo caso no habrá lugar a la aprehensión.."⁹

Debemos hacer especial referencia a esta causal, ya que es la que más se presenta en esta parte del territorio nariñense y en general en el territorio aduanero nacional. Tiene ocurrencia por lo general cuando se adelantan operativos, procedimientos administrativos, en los cuales interviene la Policía fiscal y aduanera y la DIAN, en establecimientos de comercio, centros de comercio informal, centros comerciales, lugares de acopio de mercancías y en la calle, vía o carretera publica.

En el evento previsto en esta causal, la mercancía no se encuentra amparada en declaraciones de importación , documento que soporta la legalidad aduanera de las mercancías; ni tampoco se encuentra aparada en facturas de nacionalización ni planillas de envío; que es el documento que expide la empresa transportadora mediante el cual se autoriza, registra y ampara el traslado de la carga bajo control aduanero, del lugar de arribo a un deposito habilitado, o a una zona franca; ubicados en la misma Jurisdicción aduanera.

En el territorio de nuestra investigación; es de repetida ocurrencia que se aprehendan mercancías las cuales no concuerdan con la descripción realizada en la declaración de Importación; recordemos que la descripción y detalles de la mercancía deben ser consignados en este documento de manera exacta e inequívoca; con el objeto de que en el futuro y para el legal amparo de la mercancía no se le presenten problemas al usuario y se adelante un proceso administrativo por el ente de control aduanero.

Sin duda alguna, hay un sin número de conceptos emitidos por la oficina Jurídica de la DIAN; que constituyen en Doctrina Aduanera y que se caracterizan por ser precisos y aclaratorios de la normatividad aduanera citada, como por ejemplo:

Concepto 124 de julio 19 de 2000--- ..DECLARACION DE IMPORTACION, DESCRIPCION DE LA MERCANCIA: cuando la mercancía no corresponda con la descripción declarada es procedente la aprehensión y decomiso de la misma.

⁹ Decreto 2685 de 1999 artículo 502 numeral 1.6.

Concepto 143 de mayo 9 de 2001, ---- las fotocopias de la declaración de importación son validas y no habrá lugar a la aprehensión; la DIAN a través del sistema informático llamado SIFARO , verifica la autenticidad, legalidad de la declaración como documento soporte.

Concepto 70 de mayo 7 de 2002,--- si la mercancía no posee documentos que acrediten su legal introducción al país, se aprehenden y decomisa ; aun si esta en establecimientos de comercio por compraventa o retroventa.

Concepto 103 del 22 de octubre de 2003, toda mercancía introducida ilegalmente al país o territorio aduanero nacional debe ser aprehendida, para ser definida su citación jurídica de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley –

2.1.3. PROCESO ADMINISTRATIVO PARA LA DEFINICION DE SITUACION JURIDICA DE MERCANCIAS.

Al desarrollarse estas prácticas contrabandistas en la frontera, no todos los casos terminan siendo investigados por la DIAN, que es el organismo de Control por excelencia a todas las modalidades del contrabando en nuestro país y en el puente internacional de Rumichaca.

Se afirma lo anterior, la policía fiscal y aduanera, cuando existe ausencia de funcionario de la DIAN, retiene la mercancía, fundamentada en las causales de aprehensión del estatuto aduanera art. 502 y levanta un acta de retención de mercancías, en la cual se relaciona de manera general la mercancía, acta que debe ser firmada por el interesado y que posteriormente se remite a la división de fiscalización para que se elabore el acta de aprehensión correspondiente, la cual se notifica personalmente o por estados.

Con la elaboración del acta de aprehensión de mercancías empieza a construirse la relación jurídico procesal entre el Estado el cual se encuentra representado por la DIAN, y la comunidad que es sorprendida en esta practica; esta relación termina desembocando en procesos de decomiso de mercancías y procesos de sanciones a usuarios de la función aduanera.

Veamos entonces como se entabla la relación jurídica procesal correspondiente al proceso administrativo de definición de situación Jurídica de mercancías aprehendidas.

2.1.3.1 Proceso Administrativo de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas.

La división competente para conocer y tramitar el proceso administrativo de situación jurídica de mercancías aprehendidas, es la División de Fiscalización aduanera – grupo de infracciones aduaneras, de la Administración local de aduanas de Ipiales.

Este se lleva a cabo por la DIAN y en términos procesales es bastante corto y complejo para los usuarios y contribuyentes de la función aduanera; es así que a partir del decomiso de mercancías tanto en los lugares de arribo, como en los puestos de control impuestos por la DIAN, se realiza el mayor control a los productos que ingresan al territorio aduanero Colombiano; y ahora bien en las carreteras de nuestro departamento de Nariño; podemos mencionar una gran cantidad de mercancías y de productos como por ejemplo arroz, manteca, aceites, atún entre otros; se desplazan por la carretera que de la ciudad de Ipiales conduce a Pasto (Vía Panamericana.)

Es importante tener en cuenta que el documento que ampara la mercancía que ingresa a nuestro País; es la declaración de importación, documento que en la actualidad se tramita por Internet, ingresando a la pagina Web de la DIAN, y en donde se realiza un proceso informático de comercio exterior; el cual tiene como objetivo suministrar y dar a conocer una serie de datos y de información requerida por la autoridad aduanera; como por ejemplo: valor FOB de la mercancía (es el valor total de una mercancía incluido el valor de los aranceles), cantidad en bultos, valor del arancel en aduanas, nombre y código de la Sociedad de Intermediación Aduanera, etc. Una vez cumplidos y suministrados los requisitos exigidos por la DIAN, esta entidad a través del sistema informático mencionado y a través de un acto llamado selectividad puede determinar el levante de mercancías automático o una inspección física de mercancías, en este ultimo evento un funcionario inspector realiza un examen minucioso sobre los por menores de la mercancía con sus documentos soportes; claro esta que este acto de selectividad es una decisión de azar del sistema informático aduanero (Resolución 4240/2000).

Para conocer el procedimiento administrativo aduanero es importante basarnos en la normatividad aduanera vigente; la cual se ve desarrollada en el decreto 4431 de 2004 y el decreto 2685 de 1999, dentro de los cuales se fijaron pautas y normas con las cuales el ente de control aduanero y los usuarios despliegan la relación jurídica procesal que entre ellos se entabla.

El proceso se desarrolla así:

1. Tiene inicio cuando el funcionario aduanero tiene identificada la causal de aprehensión de la mercancía y la persona no tiene documentos con los cuales ampare la mercancía.
2. En este orden de ideas las mercancías o los productos quedan bajo medida cautelar consistente en aprehensión.
3. Y una vez establecida una de las causales del artículo 502 de nuestro estatuto aduanero, el funcionario emite un acta de aprehensión con la cual inicia el proceso de decomiso de mercancías, esta acta debe contener una serie de requisitos como lo son por ejemplo: fecha de elaboración, número del acta, código de la administración que realiza la medida cautelar, cantidad y clase de la mercancía, embalaje, nombre del funcionario que realizó la aprehensión, autoridad de apoyo, firma del usuario, enumeración de la causal de aprehensión, medio de transporte de la mercancía, relación de las pruebas a portadas en la diligencia: como declaraciones de importación, facturas, remisiones, guías, etc.

2.1.3.1.1 El Acta de aprehensión.

El acta de aprehensión es un acto administrativo de trámite y contra el no proceden los recursos en la vía gubernativa, ya que en este no se toma una decisión de fondo (artículo 49 del C.C.A), esta acta se notifica por cualesquiera de los medios enunciados en el artículo 563 del estatuto aduanero; puede ser personalmente, con la firma del interesado en el acta, por estado fijado en un lugar visible de la división competente que realizó la aprehensión. Cuando la aprehensión se realiza en lugares de exhibición venta o depósito, y no se pueda notificar personalmente; se fijará copia del acta de aprehensión en la entrada del inmueble y se entenderá notificada por aviso transcurridos cinco (5) días a partir de la fecha de fijación. Estas modalidades de notificación las podemos observar en los artículos 562 a 567 del decreto 2685 de 1999.

El concepto 159 del 25 de agosto de 2000; establece que en la diligencia de aprehensión se debe entregar copia del acta al interesado. Vistas estas modalidades de notificación podemos aseverar que en la mayoría de los casos la notificación del acta de aprehensión se realiza por estado, con el cual se fija el acto administrativo en un lugar visible de la división competente, con la correspondiente firma del funcionario encargado por el término de 3 días hábiles; pasados los cuales comienza a correr el término para presentar objeciones al acta de aprehensión. Esta modalidad de notificación se presenta en la gran mayoría de las aprehensiones realizadas en la frontera con el Ecuador; ya que en estos casos no hay interesado y no es posible notificar personalmente al sujeto que figura como remitente o destinatario de la mercancía; estos casos desgastan

administrativamente la función pública aduanera, ya que los mismos quitan gran cantidad de tiempo en resolverse, por el gran número de ocurrencia de estos.

De conformidad con el artículo 563 del Decreto 2685 de 1999, el Acta de aprehensión de mercancía se notifica personalmente al finalizar la diligencia al interesado o responsable de la obligación aduanera. Cuando no hay interesado, tenedor, poseedor, remitente, destinatario o propietario de la mercancía o no sea posible el acta de aprehensión se notifica por estado.

Si el acta de aprehensión no es notificada personalmente o por estado según el caso se estaría conculcando el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la constitución política de 1991, dando lugar a la protección constitucional de la acción de tutela consagrada en el art. 86 del mismo ordenamiento.

2.1.3.1.2 Tipos de decomiso o de actas de aprehensión.

Ahora bien en el proceso administrativo de decomiso de mercancías existen dos tipos de decomiso o de actas de aprehensión, los cuales corresponden al decomiso directo y al decomiso ordinario

2.1.3.1.2.1 El Decomiso Directo.

En el decomiso directo se aprehende y en la misma diligencia se decomisa la mercancía directamente; esta clase de aprehensión se presenta cuando el avalúo de los productos es igual o inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, esta acta es un acto administrativo de fondo en el cual la DIAN decomisa la mercancía aprehendida, sin realizar el procedimiento administrativo aduanero de decomiso ordinario y únicamente dando al usuario el término de diez (10) días para que presente el recurso de reconsideración ante la División Jurídica de la aduana competente con el objeto de que esta se encargue de revocar o confirmar el decomiso directo.

Si el interesado no presenta los documentos que amparen la mercancía en la diligencia de aprehensión, se realiza acta de aprehensión, reconocimiento y avalúo y decomiso directo; es posible también presentar ante esta división jurídica petición de revocatoria directa ya que este decomiso es un acto administrativo de fondo que deberá contener todos los requisitos establecidos anteriormente y los que se estipulan en el artículo 449 de la resolución 4240 de 2000.

Contra el acto que resuelve el recurso de reconsideración no procede ningún recurso y únicamente puede ser demandable ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando la cuantía no supere los 300 salarios mínimos legales vigentes, le corresponde la competencia en primera instancia a los jueces administrativos del circuito de pasto (art. 134 B, numeral 3 del código contencioso administrativo); caso contrario cuando la cuantía exceda de 300 salarios mínimos legales vigentes la competencia en primera instancia le corresponde al Tribunal administrativo de Nariño (art. 132 numeral 3 del código contencioso administrativo.)

Con respecto a esta clase de decomiso directo, esta opera para aprehensiones de Hidrocarburos, o sus derivados, licores o cigarrillos, así como otras mercancías sin importar su naturaleza que tengan un valor igual o inferior a 5 salarios mínimos. Lo anterior de conformidad al art 21 del decreto 4431 de 2004; el cual se adiciono al artículo 512-1 del Decreto 2685 de 1999.

Es importante referirse a que en la frontera Colombo – Ecuatoriana, no existe convenio para ingresar hidrocarburos a nuestro territorio aduanero nacional, por ende serán objeto de decomiso directo, e igualmente serán objeto de investigación penal, por cuanto el contrabando de hidrocarburos y sus derivados es delito, y se encuentra consagrado en el art. 319-1 y 320-1 de la Ley 599 de 2000.

Además el párrafo del artículo 512-1 del Estatuto aduanero establece que con ocasión del recurso de reconsideración o de la petición de revocatoria directa interpuesta contra el acta de aprehensión y decomiso se determine que el valor de la mercancía aprehendida y decomisada directamente resulta superior a la cuantía de cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes, prevista en el inciso primero del artículo 512-1; los términos se le restablecerán al interesado para que presente el documento de objeción a la aprehensión y se surta el procedimiento ordinario de decomiso de mercancías, para definir su situación jurídica. La revocatoria directa opera de conformidad con los artículos 69 a 73 del código contencioso administrativo, el competente para revocar es directamente el funcionario que expidió el acto administrativo o el inmediato superior, para el caso que nos ocupa es el administrador de aduanas de Ipiales.

Es relevante aclarar que la resolución 1249 de 2005 expedida por la DIAN; dio a conocer lo que se entiende por hidrocarburos y sus derivados; entre ellos tenemos: la gasolina para avión y para vehículos, aceites, gas, parafinas, etc.

2.1.3.1.2.2 Decomiso Ordinario.

El proceso ordinario de decomiso de mercancías se presenta cuando el avalúo de los productos aprehendidos sobrepasa los cinco salarios mínimos legales

mensuales vigentes; y es allí donde comienza proceso de decomiso ordinario de mercancías; el cual es muy lento y complejo ya que los términos procesales así lo definen. Veamos entonces que en las carreteras de nuestro departamento, cuando la policía fiscal y la DIAN realizan controles en los distintos lugares de arribo y en las vías del departamento se presenta con mayor frecuencia cuando los propietarios o usuarios de los productos no poseen declaraciones de importación de las mercancías que introdujeron a Colombia; es allí cuando la mercancía por medio de un acta de aprehensión queda bajo medida cautelar consistente en aprehensión; recordemos que de conformidad al artículo 504 del E.A, el acta de aprehensión es un acto administrativo de trámite y contra el no procede recurso alguno en la vía Gubernativa, es en este momento cuando los productos quedan retenidos por la autoridad aduanera, posteriormente la mercancía es trasladada a un depósito habilitado por la DIAN, en el cual es inventariada y avaluada a través de un documento emitido por la DIAN denominado DOCUMENTO DE INVENTARIO Y AVALUO DE MERCANCIAS; el cual se lo conoce como (DIAMMA); este reconocimiento y avalúo se entenderá surtido dentro de la misma diligencia de aprehensión de la mercancía; salvo cuando se trate de mercancías que requieran conceptos, o análisis especializados, caso en el cual dentro de un plazo de hasta de diez (10) días siguientes a la fecha de notificación del acta de aprehensión se deberá efectuar la diligencia de reconocimiento y avalúo definitivo de la mercancía aprehendida.

Es importante relacionar en nuestra investigación que si como resultado del avalúo de mercancías este es igual o supera los 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, se tipifican los delitos previstos en la ley 788 de 2002, en este evento se deberá informar a la Fiscalía General de la nación para lo de su competencia, enviando copia de las actuaciones adelantadas.

La autoridad aduanera continuara con el proceso administrativo de que trata nuestro estatuto para definir la situación jurídica de la mercancía, igual determinación deberá adoptarse en cualquier estado del proceso siempre que se establezca un hecho que pueda constituir delito.

Luego de notificada el acta de aprehensión por cualesquiera de los medios de que trata el Art. 563 del decreto 2685 de 1999, el usuario tendrá derecho para que dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del acta de aprehensión el interesado o responsable de la mercancía aprehendida acredite la legal introducción o permanencia de la misma en el territorio aduanero nacional o desvirtúe la causal que genero la aprehensión.

Para lo anterior deberá presentar el documento de objeción a la aprehensión; en este documento el titular de derechos o responsable de la mercancía expone o da conocer ante la DIAN sus objeciones respecto de la aprehensión, anexando las pruebas que acrediten la legal introducción o permanencia de la mercancía en el

territorio aduanero nacional. Este documento debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Interponerse dentro del plazo legal, personalmente y por escrito por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido; y sustentarse con expresión concreta de los motivos de inconformidad con el acta de aprehensión.
- b. Relacionar y solicitar las pruebas que se pretenden hacer valer.
- c. Indicar el nombre y la dirección de la persona que objeta el acta de aprehensión y su apoderado para efecto de las notificaciones;
- d. Que se firme por el titular de derechos o responsable de las mercancías aprehendidas, o por su apoderado o representante legal, según el caso.

Este documento se puede presentar sin necesidad de hacer uso de jus Postulandi (Derecho de actuar a través de apoderado). Lo anterior de conformidad con el artículo 505-1, inciso final del Estatuto Aduanero.

Estas objeciones serán resueltas por la dependencia competente en el acto administrativo que se expida para decidir de fondo la situación Jurídica de la mercancía aprehendida; decisión que puede ser una resolución de decomiso o de devolución de la mercancía.

En este estado del proceso se presentan dos situaciones que conviene analizarlas:

1. Cuando el usuario o interesado en la mercancía presenta objeciones al acta de aprehensión, en este caso y dependiendo del análisis llevado a cabo por el funcionario sustanciador se puede abrir periodo probatorio hasta por el termino de dos (2) meses, periodo que se debe aperturar dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de las objeciones en la aduana que conoce el caso, en este evento y en este lapso de tiempo el cual es perentorio para la administración, esta misma debe decretar y practicar todas las pruebas allegadas en el escrito de objeciones y decretar de oficio las que considere pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de retención de la mercancía.

Los medios de prueba más utilizados por los usuarios y la propia administración se refieren a la verificación de documentos como facturas y declaraciones de importación aportadas por los interesados, también inspecciones judiciales realizadas por la DIAN en el deposito habilitado donde se encuentran las mercancías; con el objeto de verificar la descripción de la misma, seriales, marcas, y referencias que pueda tener el producto objeto de la aprehensión, se

realiza un cruce de información de la mercancía y el producto para verificar la legal introducción de esta al territorio aduanero nacional.

La prueba clave y sumaria que ampara la mercancía objeto de aprehensión es la declaración de importación, documento expedido por la DIAN dentro de las aduanas de origen por las cuales fue legalizada y presentada la mercancía, también cobra importancia las declaraciones de parte rendidas por personas allegadas al proceso y que pueden ayudar a la administración a dilucidar los hechos materia de litigio.

Una vez decretadas y practicadas todas las pruebas que se consideraron eficaces; la DIAN tendrá un término de treinta (30) días hábiles para proferir el acto de fondo el cual deberá estar sustentado en las pruebas recabadas y el análisis realizado para cada caso en particular; esta decisión de fondo puede materializarse en una resolución de decomiso de la mercancía o una resolución de devolución de la misma.

2. Cuando el interesado no presenta objeciones al acta de aprehensión; en este caso la administración puede abrir periodo probatorio por el término que estime conveniente y que no sobrepase de dos meses; siempre y cuando dentro de los documentos anexos al acta de aprehensión se encuentren indicios, pruebas u otros elementos que indiquen a la DIAN la posibilidad de devolver la mercancía. En este caso la administración tendrá un término de quince (15) días para proferir la decisión de fondo los cuales se cuentan a partir del vencimiento del término para presentar objeciones al acta de aprehensión, decisión que puede ser una resolución de decomiso de mercancías o una de devolución. Lo anterior de conformidad al art 512 del Estatuto Aduanero.

Se desprende de los tipos de decomiso, dos procesos administrativos, el primero referente al Decomiso directo, donde el Acto administrativo contra el cual procede el recurso de reconsideración, resuelve la aprehensión y el decomiso; en el segundo llamado Decomiso ordinario, el acto inicial considerado un acto de administrativo de tramite, concerniente al acta de aprehensión, no es objeto de recursos, posterior a esto y una vez tramitada la presentación de las objeciones y la etapa probatoria, se expide la decisión de fondo plasmada en un Acto administrativo de decomiso de mercancías.

El acto que se expide en estos procedimientos, es un Acto Administrativo, que debe cumplir con los elementos esenciales para producir efectos jurídicos; estos elementos se resumen en los siguientes:

a. Elemento subjetivo: La DIAN, es competente para expedir Actos Administrativos.

b. Elemento objetivo: La decisión debe respetar las normas y principios constitucionales, en cumplimiento del postulado de que “La Constitución es norma de normas”

c. Elemento formal: El acto es el resultado del procedimiento establecido en el estatuto aduanero y código contencioso administrativo en cumplimiento del derecho de defensa y debido proceso establecido en el art. 29 de la Constitución Política.

d. Elemento causal: El motivo del acto, con un referente individual, concreto y específico.

e. Elemento final: El fin de estos actos administrativo va dirigida a la satisfacción del interés general.

Tratándose de Actos Administrativos, las decisiones de la DIAN, en el proceso de aprehensión y decomiso de mercancías, estos están sometidos al control de legalidad, control que ejerce la Jurisdicción Contenciosa Administrativa mediante la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho.

2.1.3.2 Notificación del acto administrativo que decide de fondo el decomiso de una mercancía.

El art. 562 del decreto 2685 de 1999, establece que cuando no sea posible establecer la identidad y/o dirección de quien resulte afectado por un acto administrativo que define la situación jurídica de una mercancía, este deberá notificarse mediante la publicación en un diario de amplia circulación.

En este mismo sentido el art. 563 del decreto 2685 de 1999, modificado por el decreto 1232 de 2001, artículo 54, modificado por el decreto 4431 de 2004, artículo 23, establece que el acto administrativo que decide de fondo el decomiso de una mercancía, debe notificarse personalmente o por correo.

La notificación personal se practica por la administración aduanera en el domicilio del interesado, o en la sede de la administración de aduanas, cuando el notificado se presente voluntariamente a notificarse o por que haya mediado citación, la cual debe enviarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto. (Artículo 564 del decreto 2685 de 1999, modificado por el decreto 1232 de 2001, artículo 55)

De no ser posible la notificación personal, al cabo de diez (10) días del envío de la citación, se fijará edicto en la sede de la administración aduanera por el término de

diez (10) días con inserción de la parte resolutive del acto administrativo. (Artículo 566 del decreto 2685 de 1999)

La notificación por correo, establecida en el artículo 567 del decreto 2685 de 1999, modificado por el decreto 1232 de 2001, artículo 56, se efectúa enviando copia del acto, mediante correo certificado, la misma que se entiende surtida en la fecha de entrega debidamente certificada por parte por la entidad postal. En el caso de que sea devuelto el correo, esta será notificada mediante aviso publicado en un periódico de amplia circulación nacional.

2.1.3.3 Recurso de Reconsideración

Actualmente este recurso se presenta ante la oficina jurídica de la DIAN en la ciudad de Ipiales; administración de aduanas encargada de resolver las solicitudes de Reconsideración de mercancías aprehendidas en el Departamento de Nariño. La anotación anterior se realiza ya que desde el primer trimestre del año 2006, la Administración de Aduanas de Ipiales tiene la categoría de Administración Local de Aduanas, dejando de ser una Administración delegada como lo era anteriormente.

El artículo 515 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 50 del Decreto 1232 de 2001, regula que contra el acto administrativo que decida de fondo procede el Recurso de Reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación.

Dispone la norma en comento que el término para resolver el Recurso de Reconsideración será de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su interposición y se suspenderá por el término que dure el período probatorio cuando a ello hubiere lugar.

“Dentro de los diez (10) días siguientes a la interposición del recurso, se debe decretar mediante auto motivado la práctica de las pruebas solicitadas que sean conducentes, eficaces, pertinentes y necesarias, denegar las que no lo fueren y ordenar de oficio la práctica de las que considere pertinentes y necesarias, de acuerdo a lo previsto en el art. 511 del decreto 2685 de 1999.”¹⁰

De acuerdo con el art. 511, inciso 3 del decreto 2685 de 1999, en caso de denegar las pruebas se procederá el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y resolverse dentro de los tres (3) días siguientes a su interposición

¹⁰ Concepto 050 de 2006 de la Oficina Jurídica de la DIAN.

El auto que decreta las pruebas se deberá notificar por estado, conforme a lo establecido en el artículo 566 del Decreto 2685 de 1999.

Igualmente en su artículo 516, se refiere a la presentación del recurso de reconsideración, en los siguientes términos: "El recurso puede presentarse directamente por la persona contra la cual se expidió el acto administrativo que se impugna, o a través de apoderado especial y deberá presentarse personalmente ante la autoridad aduanera a la cual se dirige, con exhibición del documento de identidad del signatario y si es apoderado especial, de la correspondiente tarjeta profesional de abogado."

Los requisitos del recurso de reconsideración de conformidad con el art. 518 del decreto 2685 de 1999 son:

- a) Que se formule por escrito, con expresión concreta de los motivos de inconformidad.
- b) Que se interponga dentro de la oportunidad legal.
- c) Que se interponga directamente por la persona contra la cual se expidió el acto que se impugna, o se acredite la personería si quien lo interpone actúa como apoderado o representante.

El Recurso de reconsideración, debe ser interpuesto, puesto que constituye un mecanismo para que la administración corrija su propio acto. Contra los actos administrativos que deciden de fondo, la interposición del Recurso de reconsideración, es un requisito sine qua non para acudir a la vía contenciosa administrativa.

2.1.3.4 El Silencio Administrativo Positivo

Los términos para decidir de fondo en el presente procedimiento son perentorios y de obligatorio cumplimiento y su incumplimiento dará lugar a la configuración del silencio administrativo positivo.

El silencio administrativo positivo se produce cuando:

1. No se resuelve la decisión de fondo en el término establecido. Para determinar este evento debemos traer lo regulado en el artículo 512 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el art. 20 del Decreto 4431 de 2004, que establece los siguientes términos:

- Para decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida se dispone de 15 días, cuando no se presenta el documento de objeción.

- Se dispone de 30 días para decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida, cuando se presentó el documento de objeción, pero no se decretaron pruebas.

- Se dispone de 30 días para decidir de fondo, contados a partir del día siguiente al vencimiento del período probatorio, cuando se presenta el documento de objeción y se decreta la práctica de pruebas.

2. No se resuelve el recurso de reconsideración en el término establecido.

Teniendo en cuenta lo anterior tenemos que el silencio administrativo positivo, produce los siguientes efectos:

1. Cuando el procedimiento se haya adelantado para imponer una sanción, se entenderá fallado a favor del administrado.

2. Cuando el procedimiento se haya adelantado para formular una liquidación oficial, dará lugar a la firmeza de la declaración.

3. Y en los casos de mercancía aprehendida para definición de situación jurídica, dará lugar a la entrega de la misma al interesado previa presentación de declaración de legalización, cancelando los tributos aduaneros a que hubiere lugar y sin lugar al pago de sanción alguna o rescate.

Cuando a solicitud del silencio positivo la administración denegare el mismo habrá lugar a interponer recurso de reposición de conformidad con los términos del código contencioso administrativo.

Cuando se declaró el silencio administrativo positivo en el proceso administrativo de definición de mercancías, el usuario tendrá el término de un (1) mes para presentar declaración de legalización de la mercancía. Vencido el término sin que la declaración de legalización haya obtenido el levante, quedará en firme el acto que ordeno el decomiso de la mercancía.

En nuestro proceso de definición de situación jurídica de mercancías es poco frecuente el incumplimiento de los términos para decidir de fondo; caso en el cual habrá responsabilidad disciplinaria con respecto al Jefe de la División que expidió el acto o que conoció del proceso y contra el funcionario sustanciador.

El procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo se encuentra regulado en el art. 42 del C.C.A., en el cual se establece que se debe protocolizar el memorial contentivo de la petición o del recurso, junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, ante una

Notaria mediante una escritura pública de protocolización del silencio administrativo positivo, la cual tiene todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió.

En materia aduanera el silencio administrativo positivo se regula en la resolución 4240 de 2000, en su art. 437-1, adicionado por la resolución 1249 de 2005, art. 11, donde se establece que para declarar el silencio administrativo positivo por incumplimiento de los términos debe mediar petición, la cual puede presentarse en el recurso de reconsideración en el mismo documento o en escrito separado ante la División jurídica de la administración de aduanas competente; cuando la administración haya proferido la decisión de fondo.

En el caso de no haberse proferido la decisión de fondo, la petición debe elevarse ante la dependencia que este conociendo del expediente.

La DIAN, en el caso de encontrar probados los presupuestos del silencio administrativo positivo resolverá en el mismo acto las pretensiones del recurso de reconsideración y se precisarán los efectos del silencio administrativo positivo.

Y por otra parte la DIAN, de no encontrar probados los presupuestos del silencio administrativo positivo, resolverá en el mismo acto las pretensiones del recurrente en el recurso de reconsideración y denegará la ocurrencia del silencio administrativo positivo, para lo cual concederá el término de cinco (5) días siguientes a la notificación del auto, para interponer el recurso de reposición, de conformidad con el art. 51 del C.C.A; recurso que se resolverá dentro de los dos (2) meses siguientes a su interposición de conformidad con el art. 60 del C.C.A.

Dentro del proceso de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas no opera el silencio administrativo positivo, de conformidad con el art. 519 del E.A, modificado por el Decreto 4431 de 2004, art. 22, en los siguientes casos:

- Cuando el administrado no haya interpuesto objeciones al acta de aprehensión.
- Cuando se trate de mercancías sobre las cuales existan restricciones legales y administrativas; es decir la mercancías que necesitan registro del INVIMA, certificado fito o zoo sanitario del ICA, permisos o cuando requiera la presentación de documentos soportes, como declaración andina de valor.

2.1.4. CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO EXPEDIDO POR LA DIAN, EN EL PROCEDIMIENTO DE APREHENSION Y DECOMISO DE MERCANCIAS.

En relación con los actos administrativos que ponen fin a una actuación administrativa, como en el caso que nos ocupa, estos quedan en firme en los siguientes términos:

- Cuando se interpuso el recurso de reconsideración, y este haya sido decidido de manera expresa.
- Cuando se interpuso el recurso de reconsideración y no se dio trámite al mismo y se configuró el silencio administrativo positivo.
- Cuando no se interpone el recurso de reconsideración, o en el caso de ser rechazado, entendiéndose que no fue presentado. E igualmente cuando se resuelve el recurso de reposición contra el acto que rechaza el recurso de reconsideración.
- Cuando se renuncia expresamente al recurso de reconsideración.

Configurada la firmeza del acto administrativo, esto es, cuando se convierta en una decisión definitiva, que no será controvertida más en la administración, el procedimiento administrativo culmina (art. 62 del C.C.A) y es susceptible de ser controlado judicialmente, cuando su legalidad sea discutida.

Este control se tramita ante la Jurisdicción Contenciosa administrativa, encargada de conocer sobre las controversias de legalidad de los actos administrativos.

El Acto administrativo expedido por la DIAN, en cumplimiento del procedimiento administrativo de aprehensión y decomiso de mercancía, es acto administrativo de carácter particular, susceptible del control de legalidad mediante la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, que tiene por objeto que se anule el acto y se restablezca el derecho violado, desconocido o menoscabado; de conformidad con el art. 85 del C.C.A.

Un requisito esencial y exigido para instaurar esta acción, es que debe interponerse el recurso de reconsideración, para que se agote la vía gubernativa, mediante la respuesta expresa.

La acción puede interponerse siempre que se encuentre dentro del término para actuar, es decir que no se haya configurado la Caducidad de la acción; el cual corresponde a cuatro (4) meses, a partir de la notificación del acto que resuelve el recurso de reconsideración.

Para demandar la nulidad y restablecimiento del derecho, se debe demostrar que un acto administrativo le viola un derecho legítimo, transgrediendo de esta

manera, y al mismo tiempo, la norma superior que directa o indirectamente protege, establece o reconoce tal derecho; el fin de esta acción es el restablecimiento del derecho transgredido por el acto que se acusa.

De la Sentencia C426 de 2002, de la Corte Constitucional, se deduce que contra los actos de contenido particular, como el acto administrativo que nos ocupa, procede la acción de simple nulidad, siempre y cuando la pretensión sea exclusivamente el control de legalidad en abstracto del acto, “dejando a un lado la situación jurídica particular que en éste se regula, para entender que actúan en interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la Administración en el ejercicio del poder público”¹¹

“No se le puede negar al administrado su derecho de acudir a la jurisdicción, por el solo hecho de impugnar la legalidad de un acto administrativo, por la fútil consideración de que la violación alegado provenga de un acto de contenido particular y concreto que también afecta derechos subjetivos o generales”¹²

Contra los actos administrativos de decomiso de mercancía, procede la acción de simple nulidad (art. 84 del C.C.A.), siempre y cuando la pretensión sea única y exclusivamente la de solicitar la nulidad del acto violador, la cual puede promoverse en cualquier tiempo de conformidad con el artículo 136, numeral 1 del C.C.A.

2.2 BASES DOCTRINALES.

La DIAN, en cumplimiento de su competencia jurídica, que la instituye como autoridad doctrinaria, expide la denominada doctrina aduanera.

La doctrina aduanera se constituye por los conceptos emitidos por la oficina jurídica de la DIAN y es fuente de interpretación de normatividad aduanera frente a problemas jurídicos planteados.

En nuestra investigación hemos compilado algunos conceptos que se instituyen en bases doctrinales del procedimiento administrativo del control del contrabando.

En desarrollo del tema tenemos los siguientes conceptos que se establecen mediante tesis jurídicas, establecidas mediante la interpretación jurídica.

¹¹ Sentencia de 4 de marzo de 2003 - Expediente IJ-05683 del Consejo de Estado. M.P. Manuel Urueta Ayola, pág. 25.

¹² Sentencia 426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

A continuación recogemos las siguientes tesis jurídicas que refuerzan la temática de estudio.

1. LA ADMINISTRACIÓN ADUANERA TIENE AMPLIAS FACULTADES PARA DESARROLLAR LOS CONTROLES NECESARIOS PARA ASEGURAR EL EFECTIVO CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS ADUANERAS.

“El Decreto 1071 de junio 26 de 1999 por medio del cual se organizó la unidad administrativa especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, dispuso en el literal a) de su artículo 33 que conforme a las políticas, instrucciones, delegaciones y distribución de competencias consagradas en este decreto, son funciones de las administraciones especiales, locales y delegadas para ejercerlas directamente o a través de sus divisiones, la de aplicar las disposiciones que regulan las obligaciones y el procedimiento tributario, las operaciones aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la entidad dentro de la jurisdicción que corresponda a cada administración, según las competencias que les sean distribuidas, de acuerdo con las normas legales vigentes.

El Decreto 1265 de 1999 por el cual se organiza y se distribuyen funciones en la DIAN señala en sus artículos 32 y 34 que son funciones de las Administraciones Especiales de Aduanas y Locales de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercerlas directamente o a través de las divisiones creadas por este decreto, entre otras las siguientes:

“ Cumplir y hacer cumplir las normas que regulan los regímenes y procedimientos aduaneros y cambiarios, de acuerdo con las normas vigentes y las instrucciones que imparta el nivel central.

“ Prevenir, reprimir, investigar y sancionar las infracciones a la legislación aduanera y cambiaria en su jurisdicción, conforme a las normas vigentes.

Consonante con lo anterior, la Resolución número 5632 de Julio 19 de 1999 dispone en su artículo 72 que son funciones de las Divisiones de Servicio al Comercio Exterior de las Administraciones Especiales y Locales, entre otras las de:

“ Aplicar las normas relativas a los regímenes aduaneros para garantizar que las operaciones aduaneras dentro de su jurisdicción, se cumplan en los términos y condiciones previstos por la ley.

“ Garantizar el control en los lugares de arribo de mercancía, en los pasos de frontera y lugares habilitados, conforme a los manuales de funciones.

Ahora bien, es claro que en el texto de las normas citadas, no se encuentra establecida expresamente que la Administración Aduanera tenga dentro de sus funciones la facultad para determinar la autenticidad y veracidad de un documento presentado por el transportador con ocasión de la inmovilización de una mercancía, sin embargo, le están atribuidas funciones como la de cumplir y hacer cumplir las normas que regulan los regímenes y procedimientos aduaneros y cambiarios, dentro de los cuales se puede encasillar la relacionada con determinar la autenticidad y veracidad de un documento presentado por el transportador con ocasión de la inmovilización de una mercancía, caso en el cual, y tal como se precisa en la Sentencia C-160 de abril 29 de 1998 de la Corte Constitucional, de advertirse que la información o dato suministrado es erróneo o no corresponde a lo solicitado, la carga de la prueba se traslada a quien está en la obligación de demostrar el cumplimiento de las normas aduaneras.....” 13

Como se concluye en la interpretación jurídica esbozada por la oficina jurídica de la DIAN, la Administración aduanera en cumplimiento de su función de cumplir y hacer cumplir los regímenes y procedimientos aduaneros, le corresponde determinar la autenticidad y veracidad de un documento presentado por el transportador con ocasión de la inmovilización de una mercancía; en este orden de ideas se fundamenta la tesis mediante la cual se establece que la administración aduanera tiene amplias facultades para controlar el cumplimiento del Estatuto aduanero y demás disposiciones que regulan la materia, que como autoridad aduanera le corresponde.

2- LAS AUTORIDADES ADUANERAS, ÚNICAMENTE A PETICIÓN DEL INTERESADO, MAS NO DE OFICIO, PUEDEN SANEAR LAS NULIDADES QUE RESULTEN DE VICIOS DE PROCEDIMIENTO EN LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS CASO CONTRARIO LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMPETE RESOLVERLA A LA JURISDICCIÓN CONSTENCIOSO ADMINISTRATIVA PREVIA VERIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS FACTICOS Y JURÍDICOS ESTABLECIDOS DENTRO DEL PROCESO.

”.....Frente al asunto en discusión y por remisión expresa que hace el artículo 471 del Decreto 2685 de 1999 al Código de Procedimiento Civil en lo referente a la determinación, practica y valoración de pruebas, es del caso manifestar que de considerarlo procedente el funcionario investigador debe dar aplicación al artículo 238 del código de procedimiento civil, que señala las etapas que deben adelantarse para la contradicción de un dictamen.

¹³ Concepto 004 de 2004 de la oficina jurídica de la DIAN

Sobre el artículo 29 de la Constitución que establece que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, la Corte Constitucional ha manifestado que las actuaciones administrativas deben ser el resultado de un proceso, donde quien hace parte del mismo debe tener oportunidad de expresar sus opiniones, presentar y solicitar las pruebas que demuestren sus derechos, con la plena observancia de las disposiciones que regulan la materia, respetando en todo caso los términos y las etapas descritas o aplicables en cada proceso.

Así mismo, el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo señala que habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada, al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

De otra parte, el código contencioso administrativo en su artículo 3 establece entre otros principios orientadores, la imparcialidad, publicidad y contradicción de todas las actuaciones administrativas. La potestad sancionatoria de la administración debe ceñirse a los principios generales que rigen las actuaciones administrativas, máxime si la decisión afecta negativamente al administrado privándolo de un bien o de un derecho: revocación de un acto favorable, imposición de una multa, pérdida de un derecho o de una legítima expectativa, modificación de una situación jurídica de carácter particular y concreto, etc.

De lo anterior se colige que el debido proceso se vulnera cuando no se verifican los actos y procedimientos establecidos en la ley y los reglamentos.

Al respecto y según Sentencia T-145/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) carece de respaldo constitucional la imposición de sanciones administrativas de plano con fundamento en la comprobación objetiva de una conducta ilegal, en razón del desconocimiento que ello implica de los principios de contradicción y de presunción de inocencia, los cuales hacen parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso.

Adicionalmente, cuando el artículo 50 del Código Contenciosos Administrativo establece que contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas proceden los recursos en vía gubernativa, significa ello que el acto definitivo o resolutorio es el resultado de un procedimiento administrativo que previamente tuvo un trámite, con intervención de las personas interesadas o afectadas con él.

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Corte y del Consejo de Estado, que siempre que en un proceso administrativo se determine que hubo violación al debido proceso, regulado en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 29 de la carta magna, el acto administrativo que se produzca estaría afectado de nulidad.

No obstante, no es de competencia del ente administrativo declarar la nulidad de los actos administrativos, por ser dicha declaratoria de competencia de las Corporaciones Administrativas, habiéndose consagrado en el Título II, artículos 49 a 61 del Código Contencioso Administrativo, la vía gubernativa como el mecanismo idóneo para que la administración confirme, revoque o modifique sus actuaciones, siempre y cuando dentro de las mismas y previa valoración de cada caso se den los supuestos de derecho para hacerlo, entre ellos la violación al debido proceso.

Por lo anterior y frente a la inquietud planteada es del caso precisar, que la nulidad de los actos administrativos compete resolverla a la jurisdicción contenciosa administrativa, previa verificación de los supuestos fácticos y jurídicos.

No obstante lo anterior y respecto a la posibilidad de que la Administración sea quien decrete y subsane nulidades, la entonces División de Doctrina de la Subdirección jurídica se pronunció al respecto mediante el Concepto 080 de 1996, en el que se sostiene que es procedente sanear las nulidades que resulten de vicios de procedimiento en las actuaciones administrativas iniciadas por las autoridades aduaneras, pero únicamente a petición del interesado, mas no de oficio por parte de la administración.....¹⁴

Como lo desarrollamos anteriormente la Administración en cabeza de la DIAN, hace control administrativo de legalidad del acto administrativo mediante el agotamiento de la vía gubernativa, con la interposición del recurso de reconsideración; en firme el acto administrativo, si hay discusión de su legalidad, esta le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho o de nulidad simple. Se establece entonces que la administración en cabeza de las autoridades aduaneras, no pueden decretar de oficio la nulidad del acto administrativo; únicamente opera a solicitud de parte cuando los actos administrativos hayan sido expedidos con desconocimiento del debido proceso, por vicios en el procedimiento.

Igualmente la Administración de Aduanas como mecanismo de control de legalidad del acto administrativo de decomiso de mercancía, aplica la revocatoria directa de oficio o a petición de parte, en los parámetros establecidos en los artículos 69 a 74 del código contencioso administrativo.

¹⁴ Concepto 169 de 2001 de la oficina jurídica de la DIAN

3. ACTO ADMINISTRATIVO - DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO NO PROCEDE LA FIGURA DEL DECAIMIENTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO, CUANDO ESTE SE EXPIDA EN VIGENCIA DE UNA NORMA QUE FUE DEROGADA POSTERIORMENTE.

“Según estableció la División de Doctrina Aduanera en el Concepto 188 de septiembre 6 de 2001, los actos administrativos pueden llegar a perder su eficacia por circunstancias posteriores a su expedición e independientemente de la voluntad de la administración pública, las cuales hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho, indispensable para la existencia del acto.

Así mismo, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa, pero perderán su fuerza ejecutoria, en los casos contemplados en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo; entre otros, por la desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, cuya ocurrencia para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, por ser resoluciones que se encuentran en firme y por ello corresponden a situaciones jurídicas consolidadas. Por ende, las causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación.

Los anteriores planteamientos, nos llevan al igual que el mencionado concepto, a reiterar las siguientes conclusiones:

- El acto administrativo respecto del cual se alega la pérdida de fuerza ejecutoria no pierde validez por el hecho de haber desaparecido sus fundamentos de derecho, pues se entiende que mientras estos existieron, el acto gozó de presunción de legalidad, luego, así se declare la pérdida de fuerza ejecutoria, dicha declaratoria no tiene los efectos que si produce una nulidad.
- La pérdida de fuerza ejecutoria de un acto puede ser declarada de manera general por la autoridad que lo produjo, pero refiriéndose a actos administrativos de carácter general. Respecto de los actos administrativos de carácter particular, en razón a que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, es claro que si el fundamento de derecho que sirvió de base para su expedición desaparece una vez consolidada la situación jurídica, ésta por supuesto no se verá afectada por el decaimiento del acto general que sirvió de base para su expedición.

En efecto y en aras de la seguridad jurídica, el Consejo de Estado en sus múltiples pronunciamientos, tales como la Sentencia de agosto 25 de 1995. Expediente 7173. Consejero Ponente: Dr. Julio E. Correa Restrepo, ha precisado que las situaciones jurídicas consolidadas, no pueden verse afectadas por un fallo de nulidad, toda vez que la anulación de un acto reglamentario ilegal, no conlleva, per

se, la modificación de los actos individuales de determinación que podrían haber tenido por sustento la disposición retirada del ordenamiento; menos aún puede la derogatoria de una norma válida y que mientras rigió gozó de presunción de legalidad, generar el decaimiento de un acto administrativo sancionatorio”¹⁵

Teniendo en cuenta que el Acto administrativo expedido por la autoridad aduanera, es un acto de carácter particular en razón a que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas, expedido con fundamento en un acto de carácter general derogado posteriormente, no desvirtúa el principio de presunción de legalidad con el cual fue creado. El decaimiento de Acto general que fundamenta el Acto administrativo particular, no desvirtúa la situación creada por este.

Entonces el decaimiento no opera para el acto administrativo por el hecho de que este se haya expedido con fundamento en un acto general derogado posteriormente.

4. RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN.

LA DEPENDENCIA COMPETENTE PARA EL CONOCIMIENTO Y FALLO DEL RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN, DEBE PROFERIR AUTO MOTIVADO QUE ORDENE LA PRACTICA DE LAS PRUEBAS SOLICITADAS QUE SEAN CONDUCTENTES, EFICACES, PERTINENTES Y NECESARIAS, DENIEGUE LAS QUE NO LO FUEREN Y CONCEDA EL RECURSOS DE REPOSICIÓN CONTRA LA DENEGACIÓN DE ESTAS ULTIMAS.

“Conforme a lo previsto por el artículo 515 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 50 del Decreto 1232 de 2001, contra el acto administrativo que decida de fondo procede el Recurso de Reconsideración, el cual deberá interponerse dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación.

Dispone la norma en comento que el término para resolver el Recurso de Reconsideración será de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su interposición y se suspenderá por el término que dure el período probatorio cuando a ello hubiere lugar.

Sin embargo, cabe observar que el artículo que nos ocupa, no efectúa precisiones sobre el término ni el procedimiento aplicable para la práctica de las pruebas dentro del estudio del recurso de reconsideración.

Por esta razón, para efectos resolver tal situación, resulta imperativo acudir al principio de interpretación normativa contenido en el artículo 30 de nuestra

¹⁵ Concepto 105 de 2002 de la oficina jurídica de la DIAN.

codificación civil, según el cual "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía."

Conforme al inciso segundo del artículo en cita, "Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

Toda vez que en el caso que nos ocupa no es necesario acudir a otras leyes, en atención a que dentro del mismo título y sección del Decreto 2685 de 1999, se establece de manera precisa el procedimiento a seguir para la práctica de pruebas dentro del procedimiento administrativo aduanero, resulta procedente, en ejercicio de un esquema de interpretación sistemática de las normas que componen el capítulo XIV del Decreto 2685 de 1999, relativas al "Procedimiento administrativo para la imposición de sanciones por infracciones aduaneras, la definición de la situación jurídica de la mercancía y la expedición de liquidaciones oficiales", acudir al texto del artículo 511 del Decreto en cita, para determinar, tanto el procedimiento, como el término del periodo probatorio previsto en el artículo 515, dentro del estudio y fallo del recurso de reconsideración.

En este orden de ideas, y al tenor de lo establecido por el artículo 511 del Decreto 2685 de 1999, se deduce lógicamente que la dependencia competente para el conocimiento y fallo del recurso de reconsideración deberá, dentro de los diez (10) días siguientes a la interposición en debida forma del recurso, decretar mediante auto motivado la práctica de las pruebas solicitadas que sean conducentes, eficaces, pertinentes y necesarias, denegar las que no lo fueren y ordenar de oficio la práctica de las que considere pertinentes y necesarias.

El término para la práctica de las pruebas correrá a partir de la ejecutoria del acto que las decretó, **suspendiendo por el término que dure el período probatorio, el término para resolver el recurso de reconsideración**, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 515 ibídem.

El auto que decrete las pruebas se deberá notificar por estado conforme a lo establecido en el artículo 566 del Decreto 2685 de 1999. Cuando se denieguen pruebas procederá el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación y resolverse dentro de los tres (3) días.¹⁶

En relación con el recurso de reconsideración este se encuentra previsto en el Estatuto Aduanero, e igualmente en esta normatividad se prevé que mediante auto motivado debe decretarse la práctica de pruebas, período probatorio que

¹⁶ Concepto 050 de 2006 de la oficina jurídica de la DIAN.

suspenderá el término para resolver el recurso. Igualmente en este auto puede denegar la práctica de pruebas, contra este auto procede el recurso de reposición, el cual se resolverá en el término de tres (3) días siguientes a su interposición.

SI ES PROCEDENTE RECHAZAR UN RECURSOS DE RECONSIDERACIÓN RECIBIDO EXTEMPORÁNEAMENTE EN LA ADMINISTRACIÓN COMPETENTE PARA RESOLVERLO AUNQUE SE HAYA INTERPUESTO DENTRO DEL TÉRMINO LEGAL ANTE OTRA ADMINISTRACION.

El Decreto 2685 de 1999, en su artículo 516, se refiere a la presentación del recurso de reconsideración, en los siguientes términos:" El recurso puede presentarse directamente por la persona contra la cual se expidió el acto administrativo que se impugna, o a través de apoderado especial y deberá presentarse personalmente ante la autoridad aduanera a la cual se dirige, con exhibición del documento de identidad del signatario y si es apoderado especial, de la correspondiente tarjeta profesional de abogado.

El signatario que esté en lugar distinto podrá presentarlo ante Juez o Notario, quien dejará constancia de su presentación personal.

En todo caso el recurso de reconsideración deberá entregarse dentro del término previsto en el artículo 515 de este Decreto para su interposición".

..... es la propia norma quien exige que el recurso de reconsideración debe ser interpuesto dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto administrativo que decide de fondo, dando la posibilidad al recurrente, si se encuentra en un lugar diferente, de presentarlo ante Juez o Notario, con la debida constancia de su presentación personal.

....., los términos para decidir de fondo son perentorios y su incumplimiento acarrea el silencio administrativo positivo como lo establece el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 22 del Decreto 4431 de 2004.

Así mismo observa el Despacho que el artículo 33 del C.C.A., se refiere al deber del funcionario incompetente al resolver una petición de remitirla al funcionario competente, pudiéndose ampliar el término por 10 días más, lo cual no tiene aplicación en el caso analizado ya que no se trata de resolver una petición, sino un recurso y por otra parte, el procedimiento consagrado en el Decreto 2685 de 1999, es una norma especial y sus procedimientos se rigen por ella."¹⁷

En el presente caso se establece que el término para la interposición del recurso de reconsideración se encuentra previsto en el Decreto 2685 de 1999, y que no le

¹⁷ Concepto 141 de 2005 de la oficina jurídica de la DIAN.

es aplicable en el caso de que se haya presentado el mismo ante otra autoridad en el término establecido y extemporáneamente ante la autoridad que lo expidió el artículo 33 del C.C.A, ya que no se trata de una petición, sino de un recurso; por lo que es viable el rechazo del mismo por extemporaneidad. En este sentido se reiteran el concepto 236 de 22 de noviembre de 2001 y se confirma con el concepto 004 de 2006 proferidos por la División Normativa y Doctrina Aduanera de la DIAN.

5. LA CAUSAL DE APREHENSION CONTEMPLA EN EL NUMERAL 1.2 DEL ART. 502 DEL DECRETO 2685 DE 199 SE REFIERE AL INGRESO DE MERCANCÍAS POR LUGARES NO HABILITADOS EXCLUSIVAMENTE POR LA DIRECCIÓN DE IMPUESTO Y ADUANAS NACIONALES Y NO POR OTRAS ENTIDADES DEL ESTADO.

"El inciso 2° del artículo 476 del Decreto 2685 de 1999 dispone: ***"Para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, o dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, o a la formulación de una liquidación oficial, deberá estar previsto en la forma en que se establece en el presente título. No procede la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma."*** (el resaltado es nuestro).

De tal manera que el artículo 1° ibídem define la **aprehensión** como una medida cautelar consistente en la retención de mercancías respecto de las cuales se configure alguno de los eventos previstos en el artículo 502 del mencionado decreto.

Por tanto el artículo 502 citado, modificado por el artículo 48 del Decreto 1232 de 2001, enuncia en forma expresa las causales de aprehensión y decomiso de las mercancías:

"Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

*(..) 1.2. Cuando el ingreso de mercancías se realice por **lugares no habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**, salvo que se configure el arribo forzoso legítimo a que se refiere el artículo 1541 del Código de Comercio. (..)"* (el resultado es nuestro)

Es de anotar que las causales de aprehensión de las mercancías se tipificaron en consideración al incumplimiento de determinadas obligaciones por parte de los sujetos responsables de la obligación aduanera que repercuten esencialmente en la situación de la mercancía, la cual es menester definirla mediante el

procedimiento administrativo especialmente creado para ello. Luego entonces, para determinar la viabilidad de aprehender mercancías resulta imperioso efectuar una adecuación típica entre el hecho acaecido y la disposición que califica la causal en concreto. Es decir, que para dar aplicación a la causal de aprehensión, la conducta desarrollada debe enmarcarse de manera perfecta en la descripción de la disposición, sin que sea posible hacer interpretaciones extensivas para soportar la respectiva aprehensión y su consecuencial decomiso, toda vez que ello violaría el principio de interpretación extensiva contemplado en el artículo 31 del Código Civil, que reza: *"Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido (...)."*

Por tal razón, al indicarse que el ingreso de la mercancía se realice por lugares no habilitados por la DIAN, se está haciendo especial énfasis en que son únicamente los sitios señalados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no por otras entidades del Estado, pues la norma se encarga de dejar en forma expresa tal restricción.

..... En virtud de lo anterior es viable concluir que la causal de aprehensión contemplada en el numeral 1.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 se refiere al ingreso de mercancías por lugares no habilitados exclusivamente por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no por otras entidades del Estado."¹⁸

La Causal de aprehensión contemplada en el numeral 1.2. del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, y desarrollada en el presente estudio, debe ser interpretada en el contexto y alcance de la disposición; en este sentido esta establece que se configurará siempre y cuando el ingreso de mercancías se realice por lugares no habilitados exclusivamente por la DIAN.

6. SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO QUE NIEGA PRUEBAS NO SUSPENDE LOS TERMINOS DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

“De conformidad con el artículo 519 del Decreto 2685 de 1999, modificado con el artículo 22 del Decreto 4431 de 2004 el incumplimiento de términos que dan lugar al silencio administrativo positivo son:

1. El incumplimiento de los términos para decidir de fondo y;

¹⁸ Concepto 057 de 2006 de la oficina jurídica de la DIAN.

2. El incumplimiento para resolver el recurso de reconsideración

Por su parte y de conformidad con el artículo 512 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 20 del Decreto 4431 de 2004, el acto administrativo que decide de fondo se debe proferir cumplidos los siguientes eventos y dentro de los siguientes términos:

1. Cuando no se presenta el documento de objeción a la aprehensión o la respuesta al requerimiento especial aduanero.

En estos eventos la autoridad aduanera dispone de quince (15) días para decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida, mediante resolución motivada y de treinta (30) días para expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción, la formulación de la Liquidación Oficial o el archivo del expediente, si a ello hubiere lugar.

2. Cuando presentado el documento de objeción a la aprehensión o la respuesta al requerimiento especial aduanero, no se decretaron pruebas de oficio ni las solicitadas a solicitud de parte.

La autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para decidir de fondo sobre la situación jurídica de la mercancía aprehendida y para expedir el acto administrativo que decida de fondo sobre la imposición de la sanción, la formulación de la Liquidación Oficial o el archivo del expediente, contados a partir del día siguiente al cual se radica la objeción a la aprehensión o la respuesta al requerimiento especial aduanero.

Por consiguiente, cuando se hayan denegado las pruebas e interpuesto el recurso contra el auto que las deniega, si la autoridad aduanera confirma su decisión de no decretar las pruebas, este trámite no interrumpirá el plazo que tiene la autoridad aduanera para proferir el acto administrativo que decide de fondo.

3. Cuando presentado el documento de objeción a la aprehensión o la respuesta al requerimiento especial aduanero, se decreta la práctica de pruebas de oficio o a solicitud de parte. En estos eventos, la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para decidir de fondo, contados a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos establecidos para la práctica de las pruebas, es decir que independientemente de su práctica, los términos para decidir de fondo corren una vez vencido el periodo probatorio previsto en la legislación, esto es los dos (2) meses o los tres (3) de que trata el inciso 4 del artículo 511 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 19 del Decreto 4431 de 2004, dependiendo si las pruebas se practican en el país o fuera de el.

Por su parte, tratándose del recurso de reconsideración, valga precisar que de conformidad con el artículo 515 del Decreto 2685 de 1999 el término para resolverlo solo se suspende por el término que dure el periodo probatorio cuando a ello hubiere lugar, lo cual implica que sólo se suspende cuando se han decretado y practicado las pruebas, sin que haya lugar a suspenderlo cuando éstas se deniegan, se interpone el correspondiente recurso y la dependencia competente confirma su decisión de denegarlas.”¹⁹

El periodo probatorio de conformidad con el estatuto aduanero, únicamente suspende el término para resolver el recurso de reconsideración. El auto que deniega las pruebas, no suspende los términos para que se constituya el silencio administrativo positivo.

¹⁹ Concepto 057 de 2006 de la oficina jurídica de la DIAN.

3. MEDIOS DE CONTROL DEL CONTRABANDO DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ADUANERA ECUATORIANA.

3.1. GENERALIDADES

La República del Ecuador de conformidad con los principios estipulados en la Ley de modernización del Estado y con el fin de activar este proceso en el campo aduanero, estableció un mecanismo para combatir la evasión fiscal, a través de la creación de la entidad autónoma de derecho público encargada, entre otras facultades, la de administrar directamente o concesionar los servicios aduaneros; la misma que se creó a partir de la ley orgánica de aduanas, y se denomina "CORPORACIÓN ADUANERA ECUATORIANA".

La corporación aduanera ecuatoriana es una empresa estatal, autónoma y moderna, orientada al servicio, comprometida con la gran responsabilidad de ser la aduana del Ecuador.

"En julio 13 de 1998 se expide la ley orgánica de aduanas y se crea la Corporación Aduanera Ecuatoriana CAE, como una persona jurídica de derecho público de duración indefinida, patrimonio del estado, con autonomía técnica, administrativa, financiera y presupuestaria..."²⁰

A partir de la Ley orgánica de Aduanas se le atribuye a la CAE competencias técnico-administrativas, necesarias para llevar adelante la planificación y ejecución de la política aduanera del país.

Igualmente se le entregan las facultades tributarias de determinación, resolución y sanción en materia aduanera, de conformidad con esta ley y sus reglamentos.

De conformidad con la Ley Orgánica de Aduanas son facultades de la Aduana:

"a) Aprender las mercancías no declaradas o no manifestadas y los objetos abandonados en las proximidades de las fronteras;

b) Inspeccionar todo medio de transporte que se dirija al exterior o proceda de él;

²⁰ Tomado de <http://www.aduana.gov.ec> 20 de abril de 2007

- c) Aprender a las personas y medios de transporte que trafiquen con sustancias estupefacientes y psicotrópicas y ponerlos a órdenes de la autoridad competente;
- d) Someter a inspección personal a quienes crucen la frontera, cuando exista la presunción de delito aduanero;
- e) Aprender objetos o publicaciones que atenten contra la seguridad del Estado, la salud o moral públicas de conformidad con las leyes y reglamentos respectivos;
- f) Recibir declaraciones e informaciones y realizar las investigaciones necesarias para el descubrimiento, persecución y sanción de las infracciones aduaneras;
- g) Proceder a la captura de los presuntos responsables en los casos de delito flagrante, conforme a lo que se dispone en el Código Tributario;
- h) Ejercer la acción coactiva directamente o mediante delegación; e,
- i) Las demás atribuciones que señalen la Ley y su Reglamento.”²¹

Para el caso de Colombia la aduana es la Unidad administrativa especial dirección de impuestos y aduanas nacionales DIAN.

3.2 INFRACCIONES ADUANERAS DE ACUERDO A LA LEY ORGANICA DE ADUANAS.

El Art. 80 de la Ley orgánica de Aduanas, regula tácitamente que “Constituye infracción aduanera toda acción u omisión que viole normas sustantivas o adjetivas que regulen el ingreso o salida de mercancías por las fronteras y zonas aduaneras del país, sancionada con pena establecida con anterioridad a esa acción u omisión.”

Igualmente en su Art. 81 establece las siguientes Clases de infracciones:

- Delitos: que requieren la existencia de dolo.
- Contravenciones
- Faltas reglamentarias.

²¹ Art. 8 Ley Orgánica de Aduanas del Ecuador.

Para la configuración de las contravenciones y faltas reglamentarias basta la trasgresión de la norma.

1. DELITO ADUANERO, que de conformidad con el art. 82 de la Ley orgánica de aduanas “consiste en el ilícito y clandestino tráfico internacional de mercancías, o en todo acto de simulación, ocultación, falsedad o engaño que induzca a error a la autoridad aduanera, realizados para causar perjuicios al fisco, evadiendo el pago total o parcial de impuestos o el cumplimiento de normas aduaneras, aunque las mercancías no sean objeto de tributación.”

De igual forma el Art. 83 establece como delitos aduaneros los siguientes:

“a) La entrada de mercancías al territorio aduanero, o la salida de él sin el control de la Administración Aduanera;

b) La carga o descarga de mercancías de un medio de transporte sin control de la administración aduanera;

c) El lanzamiento de mercancías de un medio de transporte, eludiendo el control aduanero;

d) La modificación del estado de las mercancías entre el punto de franqueamiento de la frontera aduanera y el Distrito de destino;

e) La utilización no autorizada de un lugar, puerto o vía no habilitado para el tráfico internacional de mercancías salvo los casos fortuitos o de fuerza mayor;

f) El abandono de mercancías en lugares contiguos o cercanos a las fronteras;

g) La venta, transferencia o el uso indebido de mercancías importadas al amparo de regímenes suspensivos de pago de impuestos, o con exoneración total o parcial, sin la autorización previa del Gerente competente;

h) La tenencia o movilización de mercancías extranjeras sin la documentación que acredite su legal importación;

i) La falta de presentación del manifiesto de carga total o la tenencia de mercancías no manifestadas a bordo de un transporte internacional;

j) La falsa declaración aduanera respecto del tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías, cuando la diferencia de los tributos causados exceda del diez por ciento;

k) La falsificación o alteración de los documentos que deben acompañarse a la declaración aduanera;

l) La sustitución de mercancías para el aforo físico;

m) La violación de sellos o precintos u otras seguridades colocadas en los medios y unidades de transporte;

n) La salida de mercancías de las bodegas de almacenamiento temporal o de los depósitos, sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras;

o) La ejecución de actos idóneos inequívocos dirigidos a realizar los actos a que se refieran los literales anteriores, si éstos no se consuman por causas ajenas a la voluntad del infractor; y,

p) La falsa declaración sobre los valores del flete y del seguro relacionados con el tipo, naturaleza, peso, cantidad, valor, origen y procedencia de las mercancías.”

La competencia para conocer los delitos aduaneros según el Art. 86 de la ley de aduanas, es de Función Judicial y es competente para conocer y juzgar el delito aduanero a través del Juez Fiscal de la jurisdicción donde se cometió la infracción, se aprehendieron las mercancías o se descubrió la infracción, en su caso. En segunda instancia es competente el Tribunal Distrital de lo Fiscal de su respectiva jurisdicción.

Para el juzgamiento de los delitos aduaneros, el Juez Fiscal sustanciará el proceso hasta dictar sentencia, observando el procedimiento establecido en el Código Tributario, en esta Ley y su Reglamento.

En estos hechos se configura el Decomiso Judicial, regulado en el art. 87 y tácitamente dice: “El Juez Fiscal declarará el decomiso definitivo y ordenará el remate o venta directa de las mercancías conforme a las normas de esta Ley y su Reglamento, cuando transcurridos quince días desde la fecha de citación del auto cabeza del proceso no compareciere el sindicado o propietario de las mercancías aprehendidas o no fuere identificado

En caso de llegarse a identificar a los sindicados, el juicio continuará para su juzgamiento y aplicación de las demás penas, sin perjuicio de dictarse el decomiso definitivo a que hubiere lugar.”

2. LAS CONTRAVENCIONES

El Art. 88 de la referida Ley consagra las siguientes contravenciones:

- “ a) Incurrir en faltantes de mercancías declaradas en los manifiestos de carga y no entregadas por el transportista a la administración aduanera;
- b) El incumplimiento de la entrega inmediata de las mercancías descargadas por parte del transportista, para su almacenamiento temporal o depósito aduanero;
- c) Descargar lastre sin autorización del Distrito;
- d) El incumplimiento de plazos en los regímenes especiales;
- e) La falta de permisos o autorizaciones previas al embarque de las mercancías cuando estos requisitos sean exigibles, antes de la presentación de la declaración; y,
- f) La entrega por parte de funcionarios o empleados del servicio aduanero, de información calificada como confidencial por las autoridades respectivas.”

3. FALTAS REGLAMENTARIAS

El art. 90 de la Ley orgánica establece como faltas reglamentarias las siguientes:

- “a) El error o la inexactitud de la declaración aduanera o en los documentos de acompañamiento que no provenga de acción u omisión dolosa;
- b) La no prestación de facilidades para la sujeción al control aduanero;
- c) La presentación tardía o incompleta de la declaración aduanera; y,
- d) La inobservancia a los reglamentos o disposiciones administrativas aduaneras, de obligatoriedad general, no tipificadas como delitos o contravenciones.”

Y es competente para sancionar las contravenciones y las faltas reglamentarias, el Gerente Distrital, siguiendo el procedimiento administrativo establecido en la Ley y el Reglamento General.

Con respecto a la legislación aduanera en Colombia, la infracción aduanera es “Toda acción u omisión que conlleva la transgresión de la legislación aduanera”²², las cuales igualmente se clasifican en:

1. Infracciones administrativas aduaneras, establecidas en el régimen de importación, exportación y tránsito aduanero. (artículos 482 a 484 y 500 del decreto 2685 de 1999).

²² Art. 1 del decreto 2685 de 1999, Estatuto aduanero de Colombia.

2. Infracciones aduaneras, aplicadas a los usuarios de la función aduanera como sociedades de intermediación aduanera, usuarios aduaneros permanentes, usuarios altamente exportadores, depósitos habilitados públicos o privados, transportadores. (artículos 485 a 489 y 501 del decreto 2685 de 1999).

A diferencia del régimen aduanero del Ecuador, el Contrabando como delito se encuentra tipificado en el código penal artículo 319 y se sigue el proceso penal establecido en la ley 904 de 2006.

3.3. PROCESO ADMINISTRATIVO DE DECOMISO DE MERCANCIAS

La Ley orgánica de aduanas, establece el decomiso administrativo, que es la pérdida de la propiedad de las mercancías por declaratoria del Gerente distrital, del respectivo distrito Aduanero. La cual opera en los siguientes casos:

“a) Mercancías rezagadas, inclusive en la zona primaria, cuando se desconozca su propietario, consignatario y consignante;

b) Mercancías náufragas;

c) Mercancías que hayan sido objeto de hurto o robo en los recintos aduaneros, o a bordo de los medios de transporte, cuando luego de recuperadas se ignore quien es su propietario, consignatario o consignante;

d) Mercancías de prohibida importación, que no hayan sido reembarcadas, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley; y,

e) Mercancías a las que, por falta del certificado de inspección, cuando proceda, se ha ordenado el reembarque y no se ha realizado en los 15 días posteriores contados a partir de la fecha de la resolución.”

Igualmente el Decomiso Administrativo se reglamenta en el artículo 12 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas, en el siguiente sentido: **“Art. 12.- Decomiso Administrativo.-** En los casos previstos en los literales a), b) y c) del Art. 26 de la LOA, y una vez puestas las mercancías a disposición del Gerente Distrital, éste publicará el listado de las mismas. Si realizada la publicación no se presenta el propietario de las mercancías dentro del plazo de 15 días, el Gerente Distrital mediante resolución declarará el decomiso administrativo de ellas, en virtud del cual las mercancías pasan a propiedad del Estado. Si dentro del plazo de 15 días de la publicación, se presenta el propietario de las mercancías, éstas le serán restituidas previo el pago de los tributos aduaneros así

como los gastos y multas a que hubiere lugar, excepto en el caso de las de prohibida importación.”²³

3.4. CONTROVERSIAS, RECLAMOS Y RECURSOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ADUANERO.

3.4.1. RECLAMOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO ADUANERO

En materia de los reclamos del Acto Administrativo aduanero, se regula en el art. 76 de la Ley orgánica de aduanas así:

“Art. 76.- (Reformado por el lit. c) del Art. 99 de la Ley 2000-4, R.O. 34-S, 13-III-2000).- Materia de los reclamos sobre cualquier acto administrativo aduanero.- Los reclamos sobre cualquier acto administrativo aduanero u otro que ocasione perjuicio directo a una persona natural o jurídica, se presentarán por el afectado, ante el Gerente del que emanó el acto administrativo, dentro del término de veinte días de realizado o notificado el acto.

Cuando las reclamaciones o controversias que se originen entre los importadores y las verificadoras o de estas con el Gerente Distrital, verse sobre clasificación arancelaria, valoración, origen de las mercancías o reliquidación de tributos, podrá acudir al arbitraje de derecho como mecanismo de solución de conflictos con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación.”

En el cual se establece que los Actos administrativos son objeto de reclamo y este debe ser presentado por el afectado de la decisión administrativa ante el Gerente del Distrito aduanero que emitió el Acto.

Al respecto igualmente regula en el Art. 77 de la referida Ley, que el reclamo ser resuelto en el término de 20 días hábiles contados a partir de la presentación de la petición, término que se prorrogará por 10 días hábiles cuando amerite el decreto y práctica de pruebas. Tácitamente se establece lo siguiente:

“Art. 77.- Resolución.- El Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se

²³ Reglamento General de la Ley Orgánica de Aduanas del Ecuador.

haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de diez días.”²⁴

La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio de los recursos de reposición y de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar.

La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo.

La aceptación tácita del reclamo excluye el deber del Gerente Distrital de dictar resolución expresa. La aceptación tácita tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado.

El Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, impondrá una multa equivalente a diez salarios mínimos vitales generales, a los funcionarios responsables de la aceptación tácita, sin perjuicio de la responsabilidad personal y pecuniaria a que hubiere lugar.”

Como podemos establecer en la legislación aduanera también se regula que en caso de no resolver la petición del reclamo en el término causará aceptación tácita del reclamo, fenómeno que en Colombia se conoce como Silencio Administrativo Positivo.

3.4.2 RECURSOS

En materia de Recursos en contra de las decisiones administrativas aduaneras, se establecen los Recursos de Reposición y de Revisión, y al respecto se regula en los siguientes términos:

“Art. 79.- Recursos.- En materia aduanera, el recurso de reposición será conocido por la autoridad del que emanó la resolución; y, el recurso de revisión será conocido por el Gerente General de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, conforme a lo previsto en el Código Tributario.

Las resoluciones administrativas podrán ser impugnadas ante el Tribunal Fiscal Distrital competente dentro del plazo y observando los requisitos establecidos en el Código Tributario.”²⁵

Con respecto a la aplicación de la legislación aduanera Ecuatoriana, si un ciudadano de nacionalidad Colombiana, es sorprendido con mercancía de

²⁴ Ley orgánica de aduanas del Ecuador de 1998

²⁵ Ley orgánica de aduanas del Ecuador de 1998

contrabando, se le aplicará el procedimiento fiscal y penal del vecino país, no existe convenio respecto a un tratamiento especial o preferencial en estos casos. Si se configura el delito del Contrabando por parte de un Colombiano y es condenado, cumplido un término de la pena, puede solicitarse por intermedio del consulado que la pena se cumpla en Colombia.

4. COMO REDUCIR EL CONTRABANDO, A PARTIR DEL ANÁLISIS SOCIAL, ECONOMICO Y CULTURAL DE LAS CAUSAS QUE LLEVAN A LA PRACTICA DEL CONTRABANDO EN LA FRONTERA COLOMBO – ECUATORIANA.

Nuestro análisis parte del conversatorio realizado con personas dedicadas al contrabando en la frontera Colombo – Ecuatoriana, en el puente internacional de Rumichaca, propietarios de empresas importadoras establecidas en la ciudad de Ipiales, como Coralsa, Coagromar y funcionarios de la DIAN, Administración local de aduanas de Ipiales.

El contrabando en el contexto regional partiendo de las concepciones de la DIAN, como autoridad aduanera, establece que este genera desempleo y afecta el recaudo de impuestos; igualmente afecta la producción porque causa la competencia desleal.

La frontera colombo – ecuatoriana es parte del territorio nariñense donde el contrabando se configura con mayor frecuencia; con el objeto de controlar esta actividad ilegal se establece en la ciudad de Ipiales la Administración local de aduanas.

Entre las ciudades de Ipiales (Colombia) y Tulcán (Ecuador), existe el Puente internacional de Rumichaca, zona fronteriza, donde constantemente se produce el comercio ilegal de mercancías; para esto los dos países cuentan con legislaciones aduaneras que regulan y controlan el contrabando, como el decreto 2685 de 1999 y la ley orgánica de aduanas de 1998, e instituyen autoridades aduaneras, que tienen la competencia de cumplir esta normatividad, como la DIAN y la Corporación de aduanas del Ecuador.

Los contrabandistas, indistintamente y por regla general desconocen las normas aduaneras; fundamentándose la mayoría en que esta clase de actividad es una forma de empleo y subsistencia.

Para controlar eficazmente y disminuir paulatinamente el contrabando, se tendría que adelantar políticas de empleo dirigidas al comercio legal de mercancía, cumpliendo con las exigencias que el estado Colombiano establece en su ordenamiento jurídico. Esta sería una de las soluciones lógicas, pero debemos tener en cuenta que existe una referencia circular, donde el Contrabando es una de las razones por las cuales el presupuesto nacional se disminuye en gran medida, por cuanto se está dejando de recaudar los ingresos provenientes de los

impuestos; que produce consecuentemente la reducción del presupuesto destinada a inversión social.

La lucha contra el contrabando no es competencia única de las autoridades aduaneras, quienes actualmente están adelantando acciones de decomiso de mercancía en cualquier punto; sino que corresponde también a la ciudadanía dejar de comprar mercancía ilegal y dejar de venderles a los contrabandistas, concientizandonos de que el contrabando y la evasión de impuesto reduce los ingresos por este concepto al presupuesto de inversión social.

Igualmente debemos analizar que la existencia del contrabando se debe a que los precios de las mercancías objeto de esta figura son menores que los productos que ingresaron al territorio nacional pagando los impuestos que la ley establece para las actividades de importación. Razón esta que incide a que los colombianos consumidores compremos mercancía de contrabando y generemos que este problema avance en nuestra contra.

Otra de las razones que generan el contrabando, es la realidad social de la región, la cual se encuentra olvidada por el gobierno nacional y local, siendo uno de los departamentos que por ser zona fronteriza su desarrollo se fundamenta en el contrabando.

La ciudad de Ipiales basa su economía en el contrabando, determinando a esta actividad como una fuente informal de trabajo, que tiene como finalidad la subsistencia personal y de la familia; considerando al contrabando como una fuente de trabajo y actividad mercantil.

El contrabando en nuestra región se ha desarrollado en gran medida por la existencia de la zona fronteriza, para que se erradique tendría que presupuestarse políticas nacionales que igualmente terminen con los demás factores que están afectando nuestra realidad social, política y económica. Contrarrestar el contrabando independientemente de estos factores no es la solución. Hasta el momento no ha existido una política integral que incida en el desarrollo social, político y económico, por esta razón no es casualidad que hasta ahora esta poderosa fuerza no haya podido ser erradicada.

De acuerdo a la presente investigación, el factor generalizado que lleva a la comunidad asentada en la frontera Colombo – Ecuatoriana, es el desempleo. E igualmente la misma se refiere al contrabando como una fuente de trabajo. Caso contrario sucede para quienes han quedado desempleados por el cierre de las empresas legalmente constituidas por la competencia desleal que se genera con el contrabando.

Los contrabandistas son conscientes de las causas que genera el contrabando en la economía regional y nacional, pero aducen que no tienen otras fuentes de trabajo que les ofrezca cierta estabilidad.

Es así como consideramos que el Contrabando genera empleo informal y a la vez por la competencia desleal genera desempleo, cuando las empresas se ven obligadas al cierre de las mismas o a la disminución de sus empleados.

En la frontera Colombo – Ecuatoriana, el único mecanismo legal que se está implementando por la DIAN, son los controles aduaneros en el lugar de arribo (Puente internacional de Rumichaca) y la carretera panamericana (Pedregal), además de los operativos aduaneros realizados en la ciudad de Ipiales, en cumplimiento del Decreto 2685 de 1999 en lo referente a las funciones de fiscalización aduanera.

Actualmente con la devaluación y caída del dólar en nuestro país, el ingreso de mercancías a nuestro territorio se aumenta en gran medida, debido al bajo precio en la compra de esta divisa. Por esta razón los ciudadanos colombianos compran mayor número de mercancías, para su canasta familiar o comercializarlos. Esta situación afecta al vecino país del Ecuador, por cuanto se produce mayor demanda y por lo tanto los precios bajan.

En la frontera Colombo – Ecuatoriana, también se presenta el lavado de activos, en el caso de que la DIAN de Ipiales, conozca de alguna operación ilegal de lavado de activos, se informa a la UIAF, Unidad de análisis financiero, la cual tiene sede en Bogotá, quien tramita estos procesos con fundamento en la legislación penal, art. 323 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8 de la ley 747 de 2002.

5. CONCLUSIONES

- El Contrabando es la introducción ilegal de mercancías al territorio nacional, una de sus clases es el Contrabando abierto, que es el ingreso de mercancías al país sin documentos soportes, por lugares habilitados y no habilitados por la DIAN. La zona fronteriza con el Ecuador, el Puente internacional de Rumichaca es un lugar habilitado, y se ha convertido en el medio de entrada masiva de productos de contrabando.
- El contrabando esta instituido en la legislación penal colombiana como un delito, objeto de proceso penales, que determinen la ocurrencia de esta conducta punible, el cual se configura cuando el valor de la mercancía aprehendida sea superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A partir del Decreto 1071 de 1999, la DIAN se constituyo como la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, dentro de este ordenamiento se establece igualmente sus competencias y funciones en materia aduanera.
- El proceso administrativo de definición de situación jurídica de mercancías, parte de la ocurrencia de las causales de aprehensión y decomiso de mercancías, establecidas en el art. 502 del decreto 2685 de 1999. En la zona fronteriza las causales que se aplican con mayor frecuencia son: 1.1. Cuando se oculte o no se presente a la autoridad aduanera mercancías que han arribado al territorio aduanero nacional, salvo cuando las mercancías estén amparadas con documentos de destino a otros puertos; 1.2. Cuando el ingreso de mercancía se realice por lugares no habilitados por la DIAN; 1.6. Cuando la mercancía no se encuentre amparada en una planilla de envío, factura de nacionalización o declaración de importación, o no corresponda a la descripción declarada, o se encuentre en cantidad superior a la señalada en la declaración de importación o se haya incurrido en errores u omisiones en su descripción.
- Con relación al Proceso administrativo de definición de situación jurídica de mercancías aprehendidas, este se inicia con la emisión del acta de aprehensión, la cual da lugar al proceso de decomiso de mercancía directo y ordinario, en el primero en el acta que se aprehende la mercancía se decide de fondo el decomiso de la misma, acto administrativo objeto del recurso de reconsideración; en el segundo el acta de aprehensión es un acto administrativo de tramite, y da lugar a la presentación de objeciones y la practica de pruebas, para que se decida

de fondo el decomiso o la devolución de la mercancía, acto administrativo contra el cual procede el recurso de reconsideración.

- El recurso de reconsideración se presenta ante la oficina jurídica de la DIAN de la ciudad de Ipiales, y constituye el agotamiento de la vía gubernativa, necesario para acudir ante el control de legalidad judicial. El recurso de reconsideración puede presentarse de manera personal o a través de apoderado, en escrito que contenga fundamentos de hecho y derecho, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del acto administrativo que decida de fondo.

- El silencio administrativo positivo procede cuando se ha incumplido con lo términos para resolver la decisión de fondo o el recurso de reconsideración.

- El Acto administrativo que decide de fondo, es objeto de la acción de nulidad y restablecimiento del Derecho. El término de caducidad es de cuatro meses posteriores a la notificación del acto que decide el recurso de reconsideración, por cuanto para acudir a la referida acción es requisito sine qua non interponer el recurso de reconsideración y de conformidad con la Sentencia C 426 de 2002 de la Corte Constitucional, el acto administrativo aduanero que decide de fondo la situación jurídica de una mercancía es susceptible de la acción de nulidad simple, cuando se pretenda única y exclusivamente la nulidad del acto violador.

- La Doctrina aduanera la constituye los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la DIAN, que se fundamentan en una tesis jurídica y en la interpretación jurídica del marco normativo.

- Dentro del ordenamiento jurídico que regula el contrabando en el Ecuador, aplicable en la zona fronteriza con Colombia, se establece la Ley orgánica de aduanas y el reglamento general de la ley orgánica de aduanas. Donde se establece las infracciones aduaneras en tres grandes grupos, los delitos, las contravenciones y las faltas reglamentarias. Igualmente en este mismo ordenamiento se instituye el Proceso administrativo de decomiso de mercancías, tramitado por el Gerente distrital, del respectivo distrito aduanero, en la zona fronteriza Tulcán es un distrito aduanero. El acto de declaratoria de decomiso de mercancías es un Acto administrativo aduanero y contra este procederá reclamo y reposición el cual debe ser resuelto por el gerente que resolvió el decomiso. Si no se resuelve en el plazo previsto opera la aceptación tácita del reclamo, el cual tendrá el carácter de acto firme que ha causado estado.

- El Contrabando en la frontera Colombo – Ecuatoriana, se considera una fuente de trabajo, y es uno de los aspectos que genera desarrollo a la ciudad fronteriza de Ipiales. E igualmente para otros sectores como las empresas legalmente constituidas, el contrabando desarrolla competencia desleal, que genera desempleo, por el cierre de las mismas y la disminución de empleados.

BIBLIOGRAFIA

BETANCOURTH J, Carlos. Derecho Procesal administrativo. Sexta edición. Bogotá, Señal editora, 2002. 336 p.p.

CONSTITUCION POLITICA de 1991, Legis. Primera edición. Bogotá D.C., 359 p.p.

DE LAUBADERE, André. "Manual de Derecho Administrativo". Edit. Temis. Bogotá. 1984. 288 p.p.

DOCTRINA ADUANERA, Conceptos expedidos por la Oficina Jurídica de la DIAN.

ESTATUTO ADUANERO, Decreto 2685 de 1999, y sus decretos reglamentarios, Legis. Segunda edición. Bogotá. Legis editores S.A., 2006, 604 p.p.

MORA C, Esteban. Código Contencioso Administrativo. Bogotá. Editorial LEYER, 2005, 258 p.p.

LEY ORGANICA DE ADUANAS DEL ECUADOR de 1998.

REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY ORGANICA DE ADUANAS DEL ECUADOR

RESOLUCION No. 4240 de 2000 DE LA DIAN

RESOLUCION No. 1249 de 2005 DE LA DIAN

<http://.www.aduanas.gov.ec>

<http://.www.dian.gov.co>

