MAESTRÍA VIRTUAL EN TRIBUTACION INTERNACIONAL, COMERCIO EXTERIOR Y ADUANAS





TRABAJO DE GRADO

LAS SANCIONES EN EL REGIMEN ADUANERO COLOMBIANO Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

MAESTRANTE: GLORIA AMPARO ARBOLEDA H.

BOGOTÁ, FEBRERO DE 2020

Universidad Externado de Colombia Facultad de Derecho Maestría en tributación internacional, comercio exterior y aduanas Rector: Juan Carlos Henao Secretaria general: Martha Hinestrosa Directora (E) Departamento de Derecho Fiscal: Olga Lucia González Olga Lucia González Parra Presidente del Jurado Carolina Acosta Ramos Directora trabajo de grado Dra. Sandra Mora Jurado

Oscar Buitrago

Jurado

Dedicatoria

A mi esposo, por su permanente comprensión, apoyo y por estar siempre a mi lado.

A mi familia por su dedicación, fraternidad, unión y condescendencia durante el desarrollo de este proyecto

Agradecimientos

A mi Directora de Trabajo de Grado Dra. Carolina Acosta con respeto y gratitud por ser una gran guía, una excelente orientadora, porque con su apoyo se lograra el desarrollo de este trabajo

TABLA DE CONTENIDO

			Pág.
In	itrodu	cción	6
C	apitul	o I.	3
1.	El p	orincipio de proporcionalidad en el Acuerdo de F	acilitación del Comercio ¡Error!
Marc	ador n	o definido.	
	1.1	La Organización Mundial del Comercio OMC	¡Error! Marcador no definido.
	1.2	El Acuerdo de Facilitación del Comercio- AFC	¡Error! Marcador no definido.
	1.3	El principio de proporcionalidad en el Convenio de	e Kyoto Revisado de la OMA
		¡Error! Marcador no definido.	
C	apitul	o II:	12
2.	Rég	imen Sancionatorio Aduanero	12
	2.1	Procedimiento de la acción administrativa sanciona	adora 23
	2.2.	Caducidad de la acción administrativa sancionatori	a y/o de la imposicion en materia
ad	uanera		28
	2.3	Prescripcion de la sanción	23
C	apitul	o III.	31
3.	Prii	ncipio de proporcionalidad y su aplicación en el d	erecho aduanero ¡Error!
Marc	ador n	o definido.	

Referencia Bibliográficas		59
Conclu	siones	55
3.5.	El principio de proporcionalidad y la gradualidad	44
3.1. I	mportancia del principio de proporcionalidad	34

Lista de graficas

	Pág.
Grafica 1. Régimen Sancionatorio Art 602	13
Lista de tablas	
	Pág.
Tabla 1. Infracciones Administrativas aduaneras	16

Introducción

A través de la presente monografía se pretende analizar de manera teórica y normativa, la necesidad del desarrollo del Principio de Proporcionalidad, dentro del contexto de la regulación aduanera colombiana.

En este trabajo se analiza el problema de cómo la falta del desarrollo de este principio impide a las autoridades aduaneras su aplicación en el marco del procedimiento sancionador aduanero colombiano, es decir la ausencia normativa de este principio no permite al operador aduanero una reflexión sensata y moderada respecto de la sanción a aplicar de cara a la gravedad de los hechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este trabajo se evalúa cómo en la aplicación de las sanciones el funcionario aduanero realiza el ejercicio de ubicar la conducta reprochable e impone la sanción exegéticamente ante la inobservancia de la obligación debida, apartándose éste de las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

La Corte Constitucional Colombiana ha indicado que las sanciones a imponer por la administración deben estar enmarcadas en criterios de proporcionalidad y razonabilidad que legitimen su poder sancionador.

A través del presente trabajo de grado se pretende demostrar cómo por la falta de reglamentación de este principio en la regulación aduanera y dada la discrecionalidad en su

aplicabilidad, no tiene el funcionario aduanero, la suficiente capacidad de decisión para definir las controversias jurídicas con fundamento en la aplicación de este principio.

Este estudio hace referencia a las decisiones de la autoridad aduanera colombiana, sobre el papel importante que podría desarrollar el principio de proporcionalidad en las determinaciones de la autoridad, así como también en la definición en los casos tomando como fundamento en el principio de proporcionalidad.

Este principio de proporcionalidad tiene su arraigo en el Acuerdo de Facilitación del Comercio – AFC - de la Organización Mundial del Comercio – OMC – dado que en él se exige a los países miembros de la organización, que garanticen que la sanción impuesta tenga en consideración los hechos y las circunstancias de cada caso en particular, y que sea **proporcional al grado y la gravedad de la infracción cometida.** Por lo tanto, la regulación aduanera nacional debería incorporar y velar por la aplicación de dicho principio, pues desconocerlo implica desconocer el contexto normativo internacional y los compromisos de Colombia ante la OMC.

La nueva regulación aduanera colombiana ha sido creada para lograr la armonización con los convenios internacionales, los tratados de libre comercio y las mejores prácticas de las aduanas más avanzadas, es por ello que en el primer capítulo del presente trabajo se atiende tangencialmente el marco normativo supranacional como derrotero en el ámbito del comercio exterior y de la libre circulación.

Con la aplicación del principio de proporcionalidad en las decisiones de la autoridad aduanera, se pretende que la aduana actúe sobre los usuarios que realmente merezcan ser sancionados; de manera que se evite que la no aplicabilidad de este principio suponga una traba al comercio transfronterizo de bienes. En este sentido, la aplicación del principio supone no alejarse de la normativa internacional y por el contrario acoger los acuerdos internacionales que regulan la materia, tales como el Convenio de Kyoto de la Organización Mundial de Aduanas, el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio – y la normativa supraregional de la Comunidad Andina principalmente. No obstante, se aclara que para efectos del presente documento de trabajo de grado, únicamente se abordará el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

A nivel multilateral el llamado a el uso del principio de proporcionalidad se encuentra esencialmente expresado en el Acuerdo de facilitación del Comercio – AFC, en la medida que en el se hayan normas que determinan e invitan a mejorar sobre la transparencia y sanciones justas, así se encuentran en la Sección I del AFC, en particular el artículo 6.3.3 referidas a las sanciones que pueden imponer las autoridades aduaneras integrantes de la OMC, según el cual las sanciones deben ser proporcionales al grado y severidad de la violación, y en todo caso proporcional a las circunstancias del caso. De igual manera, la aplicación del principio representa para la entidad una relación costo beneficio, toda vez que se podría evitar para el Estado un daño antijurídico evitando fallos judiciales adversos a la entidad aduanera.

El segundo capítulo del presente documento, se ocupa del régimen sancionatorio aduanero colombiano, el cual responde al poder sancionador o *Ius puniendi* del Estado, presentandose

entonces más coherente y garantista. Se hace entonces una descripción sobre de qué manera la nueva regulación aduanera sancionatoria define: ¿Quiénes son los sujetos responsables de las obligaciones aduaneras en el marco de la nueva regulación aduanera? Y ¿Cuáles son las infracciones y clases de sanciones aduaneras?

El tercer capítulo del trabajo de grado, se enfoca en *el principio de proporcionalidad*, que, si bien no está señalado taxativamente en la actual regulación aduanera (Decreto 1165 de 2019), si ha sido desarrollado por vía jurisprudencial, pues señala el Consejo de Estado que este principio es uno de los de mayor relevancia dado que sirve como parámetro y herramienta de control a la actividad sancionadora de la Administración.

Con el presente estudio, se pretende entonces demostrar que el principio de proporcionalidad se convierte entonces en un soporte para la Administración Aduanera. Sin embargo, es preciso evaluar que la administración buscando la protección del interés público amenazado, puede llegar a incurrir en un desgaste administrativo antes que un verdadero mensaje correctivo en la apolicación del régimen aduanero para el caso colombiano.

Capitulo I

1. El principio de proporcionalidad en el Acuerdo de Facilitación del Comercio

Para otorgar mayor claridad y facilitar las operaciones de comercio exterior actuales y futuras, en un contexto globalizado de la economía colombiana, la regulación aduanera debe establecerse en armonía con los convenios internacionales sobre la materia, tales como el Convenio de Kyoto de la Organización Mundial de Aduanas, el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio – y la normativa supraregional de la Comunidad Andina principalmente; incorporando las directrices y mejores prácticas internacionales para facilitar el comercio exterior y así mismo el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el país dentro de los acuerdos comerciales bilaterales y regionales.

No obstante, se aclara que, para efectos del presente documento de trabajo de grado, únicamente se abordará el Acuerdo de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio.

Por lo tanto, es Importante recapitular tangencialmente el organismo internacional por excelencia, encargado de regular el comercio internacional, cual es la OMC.

1.1.La Organización Mundial del Comercio

La Organización Mundial del Comercio (OMC) se ocupa de las normas mundiales por las que se rige el comercio entre las naciones. Su principal función es velar por que el comercio se realice de la manera más fluida, previsible y libre posible.

La Organización Mundial del Comercio puede verse desde distintas perspectivas. Es una Organización para la apertura del comercio y a su vez es un foro para que los gobiernos negocien acuerdos comerciales de carácter multilateral.

La OMC está dirigida por los gobiernos de sus países miembros. Todas las decisiones importantes son adoptadas por la totalidad de los Miembros, ya sea por sus Ministros (que se reúnen por lo menos una vez cada dos años) o por sus embajadores o delegados (que se reúnen regularmente en Ginebra)

Los Miembros de la OMC concluyeron en la Conferencia Ministerial de Bali de 2013 las negociaciones relativas al importante AFC que entró en vigor el 22 de febrero de 2017 tras su ratificación por dos tercios de los Miembros de la OMC.

Los comerciantes, tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados, a menudo señalan los excesivos trámites a que han de hacer frente para mover las mercancías a través de las fronteras. Para solucionarlo, los Miembros de la OMC sellaron el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio (AFC), que entró en vigor el 22 de febrero de 2017.

1.2.El Acuerdo de Facilitación del Comercio - AFC

La OMC es la fuente y origen del Acuerdo sobre la Facilitación del Comercio que busca la simplificación, modernización y armonización de los procedimientos de exportación e importación- aspectos que se han convertido, en un tema importante para el sistema mundial de comercio

El AFC contiene disposiciones para agilizar el movimiento, el levante y el despacho de las mercancías, incluidas las mercancías en tránsito. Asimismo, en él se establecen medidas para la cooperación efectiva entre las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes en las cuestiones relativas a la facilitación del comercio y el cumplimiento de los procedimientos aduaneros, además de disposiciones sobre asistencia técnica y creación de capacidad en esta esfera.

Que, no obstante, no haber entrado en vigor para Colombia ciento por ciento, el 5 de junio de 2014 se notificó la inclusión de todas las disposiciones de la Sección I del Acuerdo de Facilitación de Comercio, dentro de la Categoría A excepto los procedimientos de prueba y mercancías perecederas. Ley número 109 de 2015, por medio del cual se aprueba el "Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio" adoptado por el Consejo General de la Organización Mundial del Comercio en Ginebra, Suiza, el 27 de noviembre de 2014.

El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC establece compromisos para todos los Países Miembros de la Comunidad Andina en la medida que estos permitan el impulso del comercio y promuevan su desarrollo.

Las disposiciones contenidas se dirigen a agilizar el movimiento, levante y despacho de mercancías, incluidas las mercancías en tránsito. Además, establece medidas para lograr cooperación efectiva entre las administraciones aduaneras y otras autoridades relacionadas a temas de facilitación del comercio y cumplimiento de procedimientos aduaneros.

Así mismo, contiene disposiciones sobre asistencia técnica y creación de capacidad en esta esfera.

La primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo se reunió en Ginebra en 1964 y, dados los desafíos de las cuestiones planteadas, se institucionalizó mediante la Resolución 1995 (XIX) de la Asamblea General para que se reuniese cada cuatro años, estableciendo un secretariado permanente con sede en Ginebra. También cuenta con oficinas en Nueva York y en Adís Abeba

Expresa Gonzalo David Gamarra que el AFC en la medida que establece disposiciones para mejorar la transparencia y la previsibilidad del comercio transfronterizo para alcanzar una reducción de costos en las operaciones de comercio exterior, reconoce la importancia de tener un proceso sancionatorio uniforme que conlleve a brindar esa necesaria transparencia y predictibilidad.

Toda medida que agilice una transacción comercial y permita ahorrar tiempo y gastos en todo el ciclo de la transacción pertenece a la categoría de facilitación del comercio. Esto puede lograrse a través de procedimientos y operaciones más eficientes o de la eliminación de pérdidas económicas generadas por cargas y prácticas superfluas. Es así que la facilitación del comercio puede incluir medidas relacionadas con las formalidades, procedimientos y documentos y el uso de mensajes electrónicos estandarizados para las transacciones comerciales; de igual manera, la agilización del movimiento físico de las mercancías a través de mejoras en los servicios, la infraestructura de transporte y comunicaciones. y el análisis oportuno de la información relacionada con el comercio y su distribución a todas las partes interesadas.

Es así como en Colombia atendiendo la actual dinámica internacional en materia de comercio exterior se ha creado una estrategia de modernización de la gestión aduanera atendiendo los requerimientos de los entes internacionales la cual consiste en la modernización mediante reformas normativas y procedimientos innovadores. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN - como ente técnico especializado, tiene como objetivo controlar el tráfico de mercancías; en este sentido, la DIAN lideró un amplio trabajo de revisión de la normativa en materia de regulación y procedimientos aduaneros, con miras a obtener una regulación aduanera que sustituyera la que por más de quince años se venía aplicando en Colombia, la nueva normatividad atiende consideraciones tales como la necesidad de armonizar sus objetivos, normas, estructura, funciones, recursos, relaciones, procesos, control y gestión con los demás socios comerciales así como también enmarcarse y responder a la concepción de la política económica, comercial y aduanera del Estado. Por ello el nuevo régimen sancionatorio castiga drásticamente operaciones asociadas al contrabando, lavado de activos y el fraude aduanero,

teniendo en cuenta la calidad, participación y responsabilidad de los declarantes y operadores de comercio exterior.

Es del caso traer a colación la sección I del AFC en el cual se encuentran disposiciones referidas a las sanciones que pueden ser aplicadas por las aduanas de los miembros de la OMC, Gamarra las denomina bloque de normas, titulado disciplinas en materia de sanciones, las cuales se encuentran en el artículo 6, párrafo 3.3, establece lo siguiente:

Artículo 6: Disciplinas generales en materia de derechos y cargas establecidos sobre la importación y la exportación o en conexión con ellas.

3.2.Disciplinas en materia de sanciones

- a. A los efectos del párrafo 3, se entenderá por "sanciones" aquellas impuestas por la administración de aduanas de un Miembro por la infracción de sus leyes, reglamentos o formalidades de aduana.
- b. Cada Miembro se asegurará de que las sanciones por la infracción de una ley, reglamento o formalidad de aduana se impongan únicamente a la persona o personas responsables de la infracción con arreglo a sus leyes.
- 3.3 La sanción impuesta dependerá de los hechos y las circunstancias del caso y será proporcional al grado y la gravedad de la infracción cometida.

2.3.1. Cada Miembro se asegurará de mantener medidas para evitar:

 a) conflictos de intereses en la determinación y recaudación de sanciones y derechos; y la creación de un incentivo para la determinación o recaudación de una sanción que sea incompatible con lo dispuesto en el párrafo 3.3.

De acuerdo con las disposiciones de TFA, los Miembros pueden imponer sanciones solo a las personas responsables por el incumplimiento de un requisito de ley, regulación o procedimientos aduaneros. Los miembros también deben asegurarse de que la sanción dependa de los hechos y circunstancias del caso y sea acorde con el grado y la gravedad de la violación. El TFA alienta a los Miembros a considerar la divulgación voluntaria como un posible factor atenuante al establecer una sanción.

1.3 El Principio de Proporcionalidad en el Convenio de Kyoto Revisado de la OMA

El Capítulo 3 del Anexo General de RKC contiene varias normas relacionadas con materia sancionatoria, en particular con los delitos y errores aduaneros. Además, el Capítulo 1 del Anexo H específico se ocupa de la investigación y el establecimiento de infracciones de la legislación aduanera y de la resolución administrativa de infracciones por parte de la Aduana. El Capítulo establece normas cuyo objetivo es combinar la investigación adecuada de los delitos aduaneros con una interrupción mínima del comercio.

Anexo general - Capítulo 3

El Capítulo 3 del Anexo general contiene varias normas relacionadas con los delitos y errores aduaneros. Durante el proceso de suministro de información a la Aduana mediante una declaración de mercancías, documentos de respaldo, una declaración de carga o cualquier otro medio, siempre es posible que se produzcan errores. Cuando los errores en la información suministrada son accidentales y no se cometen de manera regular, la Aduana normalmente puede darle al declarante la oportunidad de corregir el error y no tomará medidas adicionales, como imponer una sanción.

Cuando se detecta un delito, puede transcurrir un tiempo considerable antes de que se complete el procedimiento administrativo o legal. A menudo no es beneficioso para la Aduana o para el comercio retrasar la liberación de las mercancías hasta que se haya tomado una decisión final sobre el delito. La Norma 3.43 establece que la Aduana libere las mercancías bajo ciertas condiciones y tome la seguridad adecuada para garantizar el pago de cualquier arancel e impuesto adicional o cualquier sanción que pueda imponerse una vez que se complete el procedimiento administrativo o legal.

La Aduana no impondrá sanciones sustanciales por errores cuando esté convencido de que tales errores son inadvertidos y que no ha habido intención fraudulenta o negligencia grave.

Cuando consideren que es necesario desalentar la repetición de tales errores, se puede imponer una penalización, pero no será mayor de lo necesario para este propósito.

Respecto a la aplicación de este principio en el ámbito internacional se comparte la tesis que señala Gonzalo David Gamarra Podbrscek cuando expresa que:

"la facultad sancionadora de la que goza toda autoridad aduanera de los países miembros de la Comunidad Andina debe estar provista de proporcionalidad. De lo contrario, el ejercicio de dicha facultad puede constituir una restricción al comercio" "Se concluye que la autoridad aduanera. deberá observar un proceso sancionador respetuoso del principio de proporcionalidad. Este principio es aplicable no solo en las actuaciones que realice la autoridad aduanera ante las operaciones de comercio exterior de los países miembros de la Comunidad Andina, sino también ante todo miembro de la organización Mundial del Comercio (OMC). Lo segundo se produce como resultado de la entrada en vigencia del acuerdo de Facilitación del Comercio (AFC) ... El AFC incorpora normas sobre sanciones aduaneras y como una forma de facilitar el comercio multilateral, este Acuerdo insta a los miembros de la OMC a evitar el uso de dichas sanciones de manera desproporcionada."

A continuación, en el segundo capítulo procederemos a explicar de manera general el régimen sancionatorio colombiano de la regulación aduanera vigente contenido en el Decreto 1165 de 2019.

Capitulo II

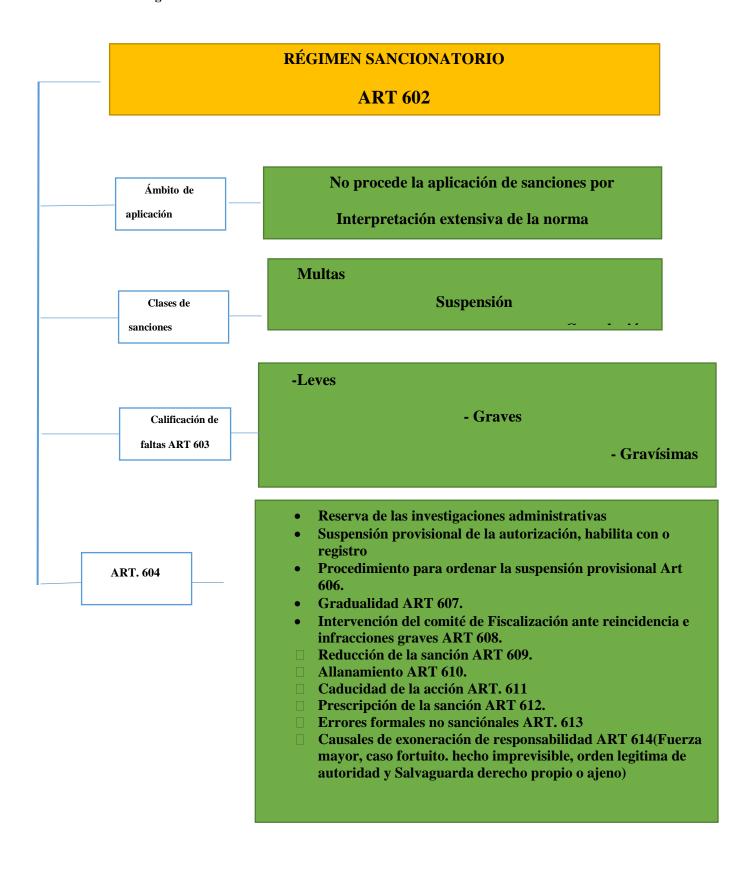
2. Régimen Sancionatorio Aduanero Colombiano

Es preciso señalar que el régimen sancionatorio prevé el derecho defensa, en el encontramos que su ámbito de aplicación establece las infracciones administrativas aduaneras y en la actual normativa aduanera se encuentra establecida mediante el decreto 1165, articulo 602.

A través del régimen sancionatorio se busca la defensa de los intereses estatales, en nuestra actual regulación se buscó la simplificación y facilitación de los procedimientos en el marco de las disposiciones internacionales, en el tratamiento de los diferentes regímenes aduaneros, tal como señala la directriz de la decisión 618 cuando dispone acatar las disposiciones del Convenio de Kioto.

Para una mayor claridad y de manera esquemática se grafica a continuación el régimen sancionatorio:

Grafica 1. Régimen Sancionatorio Art 602



El régimen sancionatorio se acciona ante el incumplimiento de las obligaciones aduaneras, por tanto, amerita que nos detengamos en el análisis de la obligación aduanera.

La obligación aduanera debe entenderse, como el cumplimiento de las formalidades y obligaciones que se derivan de las actuaciones que emprenda la administración aduanera y nace con la formalidad que debe cumplirse de manera previa a la llegada de la mercancía. Art. 4 del decreto 1165 de julio 2 de 2019.

La obligación aduanera es el vínculo jurídico entre la administración aduanera y cualquier persona directa o indirectamente, relacionada con cualquier régimen, modalidad u operación aduanera derivada del cumplimiento de estas, quedando las mercancías sometidas a la potestad aduanera y los obligados al pago de los tributos aduaneros, intereses, tasa, recargos y sanciones a que hubiere lugar.

De igual manera en los artículos siguientes encontramos el alcance de la obligación aduanera, los obligados aduaneros (directos los usuarios aduaneros e indirectos, como toda persona que haya intervenido de manera indirecta en el cumplimiento de cualquier trámite u operación aduanera y en general cualquier persona que sea requerida por la autoridad aduanera).

El importador es responsable de acreditar la legal introducción de las mercancías al territorio aduanero nacional, con el lleno de los requisitos y si actúa directamente por la exactitud y veracidad de los datos contenidos en la declaración aduanera y de la liquidación y correcta determinación de la base gravable

También el importador y exportador deben garantizar que la información entregada a través de los servicios informáticos electrónicos, corresponda con la contenida en los documentos que la soportan

La aplicación extensiva de las normas de carácter sancionatorio vulnera el derecho fundamental al debido proceso

Infracciones Administrativas

El régimen sancionatorio atiende un compendio de infracciones que se encuentran determinadas, conforme a la actividad realizada o la calidad con que se actué (declarante, importador, exportador, beneficiario de programa, deposito, etc.) las infracciones aduaneras y sus sanciones se regulan a partir del artículo 615.

Consagra en materia de infracciones Administrativas la descripción de las conductas consideradas reprochables en cada régimen, así, por ejemplo, se encuentra infracciones al régimen de importación con indicación del valor punitivo a imponer dependiendo de la clasificación de la conducta que para el caso tratándose de una conducta gravísima como la de sustraer mercancía sujeta al control aduanero, la sanción aplicable será de multa al cien por ciento del valor FOB de la mercancía sustraída o sustituidas o de exportación o de transito aduanero.

La sanción será impuesta según corresponda a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de la falta. De acuerdo a lo indicado las faltas se encuentran calificadas como Leves, graves y gravísimas tal como se encuentran de manera sucinta en la tabla 1 que a continuación se presenta

Tabla 1. Infracciones Administrativas aduaneras

INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS ADUANERAS

INFRACCIONES EN EL REGIMEN DE IMPORTACION: ART 615

GRAVISIMAS: Numeral 1 Sustraer y/o sustituir mercancía

GRAVES: Numeral 2

- 2.1 No tener los documentos soportes
- 2.2 Incurrir en inexactitud en la declaración e importación
- 2.3 Incurrir en inexactitud y error en la DI y esta conllevé a menor pago
- 2.4 No conservar los originales o copias de las DI, DV y documentos soportes
- 2.5 No reembarcar mercancías que no puedan ingresar al país
- **2.6** No presentar la DA cuando fuere obligatorio

LEVES: Numeral 3

- 3.1 No registrar en el original de los soportes el # y fecha de la DI
- 3.2 No asistir a la práctica de las diligencias ordenadas y comunicadas por la autoridad aduanera
- 3.3 Impedir u obstaculizar la práctica de las diligencias
- 3.4 No terminar las modalidades de importación temporal o suspensivas de tributos aduaneros

INFRACCIONES AL REGIMEN DE EXPORTACION: ART 617

GRAVISIMAS: Numeral 1

- 1.1 Exportar mercancías por lugares no habilitados, ocultadas, disimuladas o sustraídas del control aduanero
- 1.2 Someter a la modalidad de reembarque sustancias químicas controladas por el CN de estupefacientes

GRAVES: Numeral 2

- 2.1 No tener los documentos soportes según el art. 349
- 2.2 Declarar mercancías diferentes a las que realmente se exportaron o se pretende exportar
- 2.3 Consignar inexactitudes en las autorizaciones de embarque en las DEX
- 2.4 No conservar o copia de las DEX y demás documentos soporte
- 2.5 Someter a la modalidad de reembarque mercancía que se encuentre en abandono
- 2.6 Someter a la modalidad de exportación muestras sin valor comercial

LEVES: Numeral 3

- 3.1 Consignar inexactitudes en las solicitudes de autorización de embarque o en las DEX
- 3.2 No presentar dentro del plazo previsto en este decreto la DEX con datos definitivos cuando la autorización de embarque se haya diligenciado con datos provisionales
 - 3.3 No presentar en el plazo previsto la DEX definitiva embarques fraccionados
- 3.4 Ceder sin aviso a la aduana mercancías en el exterior bajo la modalidad de exportación temporal para perfeccionamiento pasivo
 - 3.5 No terminar la modalidad de exportación temporal para perfeccionamiento pasivo
 - PAR Las infracciones aduaneras y sanciones de los #s 3.4 y 3.5 solo se aplicarán al exportador

INFRACCIONES EN LAS OPERACIONES ADUANERAS POR POLIDUCTOS Y/O OLEODUCTOS: ART 618

GRAVISIMAS: Numeral 1

- 1.1 No registrar la operación de importación o exportación conforme a la regulación establecida
- 1.2 Realizar operaciones sin tener instalados los equipos de medición y control

GRAVES Numeral 2

2.1 Quien incumpla las obligaciones que resulten de un trámite aduanero propio de la importación o exportación a través de poliductos

INFRACCIONES AL REGIMEN DE TRANSITO ADUANERO: ART 619

GRAVES Numeral 1

- 1.1 Incurrir en inexactitud o error en la Declaración de transito aduanero y estas lleven a un menor pago
- 1.2 Incurrir en inexactitud en la declaración de transito aduanero y conlleven a la omisión de requisitos
- 1.3 No tener los documentos a que se refiere el #al 2 del art. 440 al momento de presentar la declaración de transito aduanero

INFRACCIONES AL TRANSITO TRANSFRONTERIZO ART 620

1 Importar mercancías diferentes a las autorizadas en la lista de la Dian, o que superen el cupo fijado por el Gobierno Nacional

INFRACCIONES DE LOS BENEFICIARIOS PROGRAMA PEX ART 621

GRAVISIMAS Numeral 1

- 1.1 Haber utilizado medios irregulares para obtener la inscripción en el programa PEX
- 1.2 Expedir certificados PEX sin estar inscrito en la Dian
- 1.3 Expedir un certificado PEX sobre mercancías que no fueron efectivamente recibidas en el PEX
- 1.4 Percibir beneficios acreditando un certificado PEX obtenido por medios irregulares
- 1.5 Utilizar las materias primas, insumos, bienes intermedios, material de empaque o embaces para fines diferentes a lo acordado con el comprador en el exterior
- 1.6 No exportar los bienes finales elaborados con las materias primas, insumos, bienes intermedios, material de empaque o embaces recibidos en el PEX

GRAVES Numeral 2

- 2.1 No presentar a la Dian el informe de las operaciones realizadas
- 2.2 No entregar la copia del certificado PEX a la subdirección de comercio exterior
- 2.3 No conservar el original y la copia del certificado PEX
- LEVES numeral 3 Presentar extemporáneamente o sin cumplimiento de los requisitos el informe sobre las operaciones realizadas en el PEX

INFRACCIONES DE LAS AGENCIAS DE ADUANAS ART 622

GRAVISIMAS Numeral 1

- 1.1 Haber obtenido la autorización por medios irregulares
- 1.2 Prestar sus servicios de agenciamiento aduanero y se determine la ocurrencia de la aprehensión de mercancía
- 1.3 No mantener dentro de la oportunidad legal los requisitos en virtud de los cuales se le otorgó la autorización
- 1.4 Prestar sus servicios de agenciamiento aduanero en operaciones no autorizadas
- 1.5 No cancelar la totalidad de los tributos aduaneros liquidados exigibles
- 1.6 Iniciar actividades sin aprobación de la garantía
- 1.7 Permitir que actúen como agentes de aduana ante la Dian personas con inhabilidad o incompatibilidad
- 1.8 Desarrollar total o parcialmente las actividades como agencia de aduanas estando en vigencia de una sanción
- 1.9 No informar a la Dian sobre los excesos o diferencias de mercancías encontradas en el reconocimiento físico de las mismas
 - 1.10 No reportar a la Dian las operaciones sospechosas
 - 1.11 Obtener el levante o autorización de embarque con utilización de medios fraudulentos o irregulares
- 1.12 Realizar labores de consolidación, desconsolidación y transporte de carga o almacenamiento de mercancía sujeta a control aduanero
 - 1.13 Permitir que terceros actúen como agentes o auxiliares no autorizados o no vinculados a la agencia
 - 1.14 Negarse sin justa causa a los servicios de agenciamiento aduanero
 - 1.15 Perder la totalidad de sus agentes las evaluaciones de conocimiento técnico que realice la Dian

GRAVES Numeral 2

- 2.1 No cumplir con los requerimientos mínimos de conocimiento del cliente
- 2.2 Ejercer la actividad de agencia de aduanes sin cumplir con el patrimonio líquido exigido
- 2.3 No contar con sitio Web que contenga la información mínima (#al 3 del art. 37 Dec 1165/19)
- 2.4 Adelantar trámites ante la Dian utilizando un código diferente al asignado
- 2.5 No vincular a sus empleados de manera directa o formal
- 2.6 Hacer incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior en infracciones administrativas aduaneras

LEVES Numeral 3

- 3.1 No expedir los carnés que identifiquen a sus agentes y auxiliares
- 3.2 No informar oportunamente dentro de los tres días hábiles siguientes al hecho a la Dian sobre la desvinculación y retiro de las personas que representan a la sociedad
 - 3.3 No expedir copia o fotocopia de los documentos que conserven en su archivo a solicitud del exportador o importador
 - 3.4 No mantener aprobado y actualizado los manuales exigidos en el art. 49 Dec 1165/19

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS USUARIOS DE LAS ZONAS FRANCAS ART. 625

GRAVISIMAS Numeral 1

- 1.1 Simular operaciones de comercio exterior
- 1.2 Cambiar o sustraer mercancías que se encuentren en sus instalaciones
- 1.3 Permitir la salida de mercancías al TAN sin el cumplimiento de los requisitos
- 1.4 Realizar actividades de zona franca sin haber obtenido la aprobación de la garantía
- 1.5 No reportar a las autoridades competentes operaciones sospechosas
- 1.6 No controlar las operaciones realizadas en la zona franca de los usuarios industriales de bienes y servicios

GRAVES Numeral 2

- 2.1 Permitir el ingreso de mercancía extranjera cuyo documento de transporte no esté consignado o endosado a un usuario industrial o usuario comercial
- 2.2 Permitir el ingreso de mercancía en libre disposición o con disposición restringida a la ZF sin el cumplimiento de requisitos
 - 2.3 Permitir la salida de mercancía al exterior sin el cumplimiento de requisitos
 - 2.4 No informar a la Dian las inconsistencias encontradas entre los datos de la planilla de envío y la mercancía recibida
 - 2.5 No reporta la información relacionada con la recepción de la mercancía entregada por el transportador
- 2.6 No expedir o expedir con inexactitud el certificado de integración de materias primas e insumos utilizados en la transformación de la mercancía
 - 2.7 Incurrir en error o inexactitud en la información referente al peso en mercancía a granel
 - 2.8 No llevar los registros de la entrada y salida de mercancías según lo requerido
- 2.9 No informar por escrito a la autoridad aduanera dentro de los tres días siguientes sobre el hurto pérdida o sustracción de mercancía
- 2.10 No estar presente en los procesos de destrucción de mercancía, o autorizar sin el cumplimiento de los requisitos de la destrucción
 - 2.11 No conservar para la autoridad aduanera por el término de cinco años los documentos que soporten las operaciones

LEVES Numeral 3

- 3.1 No disponer de las áreas necesarias para la inspección física de las mercancías
- 3.2 Impedir u obstaculizar la práctica ordenada por la Dian
- 3.3 No contar con los equipos de seguridad, de cómputo y de comunicaciones que ordene la Dian
- 3.4 No permitir la inspección previa de la mercancía por parte de los importadores o las agencias de aduana

INFRACCIONES DE USUARIOS INDUSTRIALES DE BIENES Y SERVICIOS ART. 626

GRAVISIMAS Numeral 1

- 1.1 Ejecutar las operaciones contrarias indicadas en el art. 6ºdentro o fuera de las instalaciones declaradas como ZF
- 1.2 Cambiar o sustraer mercancías que se encuentren en sus instalaciones
- 1.3 Permitir la salida de sus instalaciones de mercancía sin cumplir requisitos
- 1.4 Obtener ingresos provenientes de la venta en el mismo estado de las piezas de reemplazo o material de reposición

GRAVES Numeral 2

- 2.1 Permitir el ingreso a sus instalaciones de bienes que no le hayan sido consignados o endosados en el documento de transporte
- 2.2 Suministrar la información con inexactitud, errores u omisiones para expedir el certificado de integración
- 2.3 No reingresar los bienes cuya salida fue autorizada de ZF para efectos de procesamiento parcial
- 2.4 No informar por escrito al usuario operador a más tardar al día siguiente la ocurrencia del hecho sobre el hurto, pérdida o

sustracción de bienes

2.5 No declarar en importación ordinaria los residuos y desperdicios con valor comercial

LEVES Numeral 3

- 3.1 No disponer de las áreas necesarias para realizar la inspección física de las mercancías
- 3.2 No facilitar las labores de control de inventarios

- 3.3 Impedir y obstaculizar la práctica de las diligencias ordenadas por la Dian
- 3.4 No contar con los equipos de seguridad, de cómputo y de comunicaciones establecidas por la Dian
- 3.5 No informar al usuario operador de manera previa el ingreso de los bienes que trata el art. 9° del Dec. 2147 del 2016
- 3.6 Destruir mercancías sin el cumplimiento de los términos y condiciones

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS USUARIOS ADMINISTRADORES Y EXPOSITORES DE ZONAS

FRANCAS TRANSITORIAS ART. 627

GRAVISIMAS Numeral 1

1.1 Permitir la salida de mercancías de las instalaciones de ZF transitoria sin cumplir con los requisitos

GRAVES Numeral 2

2.1 Permitir el ingreso a las instalaciones de la ZF transitoria de mercancía cuyo documento de transporte este consignado o endosado a un usuario expositor

LEVES Numeral 3

3.1 Impedir u obstaculizar la práctica de las diligencias ordenadas por la Dian

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DEPOSITOS PUBLICOS Y PRIVADOS ART.628

INFRACCIONES DE LOS CENTROS DE DISTRIBUCION LOGISTICA INTERNACIONAL ART. 629

INFRACCIONES DE OTROS DEPOSITOS

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DEPOSITOS Y DE LOS TITULARES DE LAS ZONAS DE VERIFICACION
DE LA MODALIDAD DE TRAFICO POSTAL Y ENVIOS URGENTES ART, 630

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DEPOSITOS FRANCOS ART 631

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS DEPOSITOS DE PROVISIONES DE A BORDO PARA CONSUMO Y PARA LLEVAR ART. 632

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS TITULARRES DE PUERTOS Y MUELLES DE SERVICIO PUBLICO Y
PRIVADO
INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS TITULARRES DE PUERTOS Y MUELLES DE SERVICIO PUBLICO Y
PRIVADO HABILITADOS PARA LA ENTRADA Y SALIDA DE MERCANCIA Y/O VIAJEROSDEL TERRITORIO
ADUANERO NACIONAL ART 633
INFRACCIONES ADUANERASRELATIVAS AL USO DE LOS SERVICIOS INFORMATICOSELECTRONICOS ART.
634
INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS INTERMEDIARIOS DE LA MODALIDAD DE TRAFICO POSTAL Y ENVIOS
URGENTES ART. 635
INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS TRANSPORTADORES ART. 636
INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS AGENTES DE CARGA INTERNACIONAL ART. 637
INTRACCIONES ADUANERAS DE LOS AGENTES DE CARGA INTERNACIONAL ART, 057
INFRACCIONES ADUANERAS EN MATERIA DE VALORACION DE MERCANCIAS ART. 638
INFRACIONES ADUANERAS EN MATERIA DE ORIGEN ART. 639
INIED A CCIONES EN MATEDIA DE DECOLUCIONES ANTEIOIDADAS O DE ATRICTE DE VALOR DEDAGANISME
INFRACCIONES EN MATERIA DE RESOLUCIONES ANTICIPADAS O DE AJUSTE DE VALOR PERMANENTE
ART. 640
INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS COMERCIANTES DE LAS ZONAS DE REGIMEN ADUANERO
ESPECIALDE LA REGION DE URABA, TUMACO Y GUAPI Y DE MAICAO, URIBIA Y MANAURE ART. 641

INFRACCIONES ADUANERAS DE LOS COMERCIANTES DEL PUERTO LIBRE DE SAN ANDRES, PROVIDENCIA
Y SANTA CATALINA Y DE LA ZONA ADUANERA ESPECIAL DE LETICIA ART. 642
INFRACCIONES ADUANERAS DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACION INTERNACIONAL ART. 643
INFRACCIONES ADUANERAS EN EL REGIMEN DE ADMISION TEMPORALEN DESARROLLO DE LOS
SISTEMAS ESPECIALES DE IMPORTACION-EXPORTACION ART 644
AND A COVENING A DVA AND A COVENING TO A COVENING DAY DE VENEZUE OCCUPANTO DE CALIFORNICO DE CAL
INFRACCIONES ADUANERAS EN LA INTERNACION TEMPORAL DE VEHICULOSAUTOMOTORES AL AMPARA
DE LA LEY 191 DE 1995 ART. 645
OTRA INFRACCIONES DE LOS USUARIOS ADUANEROS ART. 646

La regulación que desarrolla el régimen sancionatorio lo encontramos a más de los artículos señalados, también están los artículos 604 a 614, que contienen:

- Reserva de las investigaciones administrativas
- Suspensión provisional de la autorización, habilita con o registro
- Procedimiento para ordenar la suspensión provisional Art 606.
- Gradualidad ART 607.
- Intervención del comité de Fiscalización ante reincidencia e infracciones graves ART
 608.

- Reducción de la sanción ART 609.
- Allanamiento ART 610.
- Caducidad de la acción ART. 611
- Prescripción de la sanción ART 612.
- Errores formales no sanciónales ART. 613
- Causales de exoneración de responsabilidad ART 614 (Fuerza mayor, caso fortuito. hecho imprevisible, orden legitima de autoridad y Salvaguarda derecho propio o ajeno)

En este sentido, Las sanciones a aplicar por el incumplimiento a las obligaciones aduaneras pueden ser multas, suspensión o cancelación de la autorización, Inscripción o habilitación para ejercer actividades según corresponda., este régimen se encuentra reglado en el titulo 14, a partir del artículo 602 del decreto 1165 de 2019 y comprende las infracciones administrativas aduaneras en que puedan incurrir los sujetos responsables de las obligaciones aduaneras así como también el artículo 603 establece que, dependiendo de la infracción y la gravedad de la falta las sanciones aplicables por la comisión de las infracciones, pueden ser gravísimas, graves y leves.

Este es un elemento novedoso que no estaba presente en la regulación aduanera anterior (decretos 390 de 2016, 349 de 2018 y decreto 2685). también es importante en materia del régimen sancionatorio, extraer del contenido del Decreto 1165 de 2019, las causales de exoneración de responsabilidad, y entre ellas se encuentran indicadas.

- -La Fuerza mayor
- -Caso Fortuito
- -el hecho imprevisible e irresistible ocasionado por un tercero
- -En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente distinta a la aduanera
- -Por salvar un derecho propio o ajeno ante un peligro eminente inevitable
- Por fallas imprevistas e irresistibles del sistema informático

2.1. Procedimiento de la acción administrativa sancionadora

Es importante traer a colación lo expresado por la Dra. Grety Patricia López Alban, dada la concordancia con la tesis que se plantea y desarrolla en el presente trabajo investigativo, al afirmar la doctrinante que el procedimiento administrativo sancionatorio aduanero no debe ser ajeno a las garantías procesales que se deben manifestar en el respeto y en la aplicación coordinada del derecho al debido proceso y de los principios que orientan la función pública y las actuaciones administrativas.

De otra parte, también señala que el acto administrativo sancionatorio para que sea válido, debe ser el producto del cumplimiento de los elementos que en general conforman cualquier acto administrativo, tales como la competencia, la forma y el procedimiento administrativo, el motivo, el objeto o contenido y la finalidad del acto.

Y es precisamente aquí donde surge el cuestionamiento de si hay un verdadero control aduanero, cuando en eventuales casos el acto administrativo sancionador aduanero se proyecta y

expide con todos los elementos indicados, en busca de la protección del orden económico nacional, pero olvidándose de la equidad y de la facilitación de las operaciones de comercio exterior.

Para el desarrollo del tema relacionado con el procedimiento sancionador aduanero es necesario aclarar que éste surge según el tipo de control que se ejerza por la autoridad aduanera, según se trate del momento en que ejerce el control así: previo, simultáneo o posterior.

En un Control simultáneo Si la autoridad aduanera conforme a las facultades establecidas en el art. 182 del Decreto 1165 de 2019, determina irregularidades en el proceso de importación, puede ordenar la suspensión de la operación aduanera o no ordenar el levante de las mercancías, atendiendo las causales previstas en el artículo 647 del Decreto 1165 en mención; lo cual conlleva que si se trata de un decomiso ordinario (art. 660), el importador podrá presentar recurso de reconsideración ante la División de Gestión Jurídica, estancia donde se evaluará el acervo probatorio y los argumentos de inconformidad del usuario aduanero. Ahora bien, en el evento de tratarse de un decomiso ordinario, tiene el usuario aduanero la instancia ante la División de Fiscalización mediante la presentación de objeciones para solicitar que se evalúe sus inconformidades, en dicha división se debe proceder a resolver mediante la expedición de una Resolución de Decomiso (art. 660 del Decreto 1165 concordante con los artículos 618 y 619 de la Res. 46 de 2019; y así mismo el artículo 666 del Decreto 1165 en concordancia con el articulo 622 y 684 de la Resolución en mención.

En el evento en que la decisión no le sea favorable al usuario aduanero, según se encuentra estipulado en el artículo 699 del plurimencionado decreto, procede entonces el recurso de reconsideración ante la División de Gestión Jurídica; segunda instancia en la cual se evaluarán las circunstancias y el acervo probatorio recaudado y surtido en el proceso administrativo aduanero respectivo.

En un **Control posterior** cuando la autoridad aduanera en desarrollo de este procedimiento determine irregularidades en la importación de la mercancía, tales como puede ser incurrir en una causal de aprehensión contempladas en el artículo 647 del Decreto, podrá la autoridad aduanera, conforme al procedimiento indicado en el artículo 650 del decreto 1165 de julio de 2019, ordenar la procedencia o no de la cancelación del levante.

Para el desarrollo del procedimiento en cita una vez determinada la causal de aprehensión se deberá comunicar y requerir al importador, declarante, poseedor o tenedor de la situación detectada, además se le debe requerir a fin de que aporte la información, documentación o pruebas necesarias para aclarar los hechos o para demostrar la legal introducción de la mercancía, con un término de un mes para la respuesta.

Recibida la respuesta a la comunicación o vencido el término establecido en el numeral anterior, la autoridad aduanera con fundamento en las pruebas allegadas y con las que cuenta la misma la dirección seccional correspondiente, tendrá un (1) mes para decidir sobre la procedencia o improcedencia de la cancelación del levante. Cuando proceda la cancelación de levante, ordenará poner la mercancía a disposición de la autoridad aduanera. Contra esta decisión

procederá el recurso de reconsideración en los términos establecidos en el Decreto 1165 objeto de estudio.

2.2. Caducidad de la acción administrativa sancionatoria y/o de la imposición en materia aduanera

El término de caducidad de la acción administrativa sancionatoria en materia de derecho aduanero es de tres (3) años según lo previsto en el artículo 611 del Decreto 1165 de 2019.

Se refiere al plazo que tiene la administración para iniciar la acción administrativa sancionatoria, es decir, el procedimiento que puede concluir con resolución sancionatoria o absolutoria, según lo que se haya probado. De acuerdo con el Consejo de Estado, si bien existe una regla general prevista en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, que consagra un término de tres (3) años para imponer la sanción administrativa, la misma norma establece la posibilidad de que otra de naturaleza especial disponga lo contrario, lo cual ocurre con la disposición aduanera mencionada.

Así las cosas, la autoridad aduanera debe hacer uso de la potestad de iniciar las acciones tendientes a sancionar a los infractores dentro de los tres años siguientes a la comisión del hecho o la omisión. Con estos argumentos, el alto tribunal revocó un fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle y recordó lo señalado en el Concepto Aduanero 76 del 2007, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y en la Sentencia 20030163102 del 2011. (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 20080086000, jun. 19/14, C. P. María Elizabeth García González).

Al respecto la interpretación jurídica que da la DIAN, en materia de caducidad la presenta mediante el CONCEPTO ADUANERO 76 DE 2007: "Caducidad de la acción administrativa sancionatoria. La acción administrativa sancionatoria prevista en este decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa aduanera. Cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión.

La acción administrativa sancionatoria prevista en el artículo 482-1 del presente decreto caduca en el término de tres años contados a partir del vencimiento del plazo de la importación temporal señalado en la declaración".

Nótese como el texto de la norma transcrita hace referencia expresa a

la "acción" administrativa sancionatoria y no a la imposición de la sanción misma, como es el caso de lo preceptuado por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, cuyo tenor literal reza:

"Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caducas a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas".

Es claro en consecuencia que la norma general transcrita hace referencia al término de caducidad para la **imposición** de las sanciones de carácter administrativo,

Es obvio igualmente que este principio general solo aplica en ausencia de "disposición especial en contrario", por mandato expreso de la norma en comento.

Por esta razón, de derecho resulta colegir, que el término de caducidad establecido por el artículo en cita aplica para el inicio de la acción sancionatoria, de cuya potestad es titular la autoridad aduanera.

Así las cosas, la autoridad aduanera debe hacer uso de su potestad de iniciar las acciones procedimentales tendientes a la imposición de sanciones a los infractores de la norma aduanera, dentro los tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción aduanera,

Esta acción administrativa sancionatoria se debe materializar con la notificación, dentro del referido término de tres años, del correspondiente requerimiento especial aduanero.

De no hacerlo así, habrá operado el fenómeno de la caducidad de la acción administrativa sancionatoria aduanera.

En los anteriores términos se corrigen los Conceptos 076 de septiembre 6 de 2005 y 066 de noviembre 17 de 2006.

2.4. Prescripción de la sanción

La facultad para hacer efectivas las sanciones en materia aduanera, prescriben en un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que impone la sanción. La norma aduanera no consagra una definición de esta figura jurídica, en el artículo 612 del decreto

1165 de 2019 se encuentra señalado el término de 5 años. La figura de la prescripción difiere de la caducidad en que esta última corresponde a la facultad que tiene la autoridad aduanera de imponer la sanción diferente de la facultad para hacer efectiva la sanción.

La figura jurídica de la prescripción tiene diferentes connotaciones; sin embargo, para efectos fiscales y aduaneros, la entendemos como la extinción de un derecho, de una obligación o de una acción, de la autoridad tributaria por el simple trascurso del tiempo y por no haberse ejercido tal derecho, obligación o acción. En materia fiscal, la prescripción opera sobre un derecho, una obligación o una acción, de la autoridad y no sobre las facultades de la misma. La prescripción respecto de la caducidad encuentra similitud por cuanto tienen un elemento en común que es el trascurso del tiempo, pero cada una de estas figuras operan con resultado diferente, ya que tienen aspectos y características propias.

La caducidad es una institución jurídica sustantiva que afecta la competencia de las autoridades mientras que la prescripción es una institución procesal que no atiende a la competencia de la autoridad sino a la inexistencia del crédito.

La caducidad afecta la legalidad del acto administrativo, en tanto la prescripción no afecta la legalidad de la resolución que impuso el crédito, sino la legalidad del cobro.

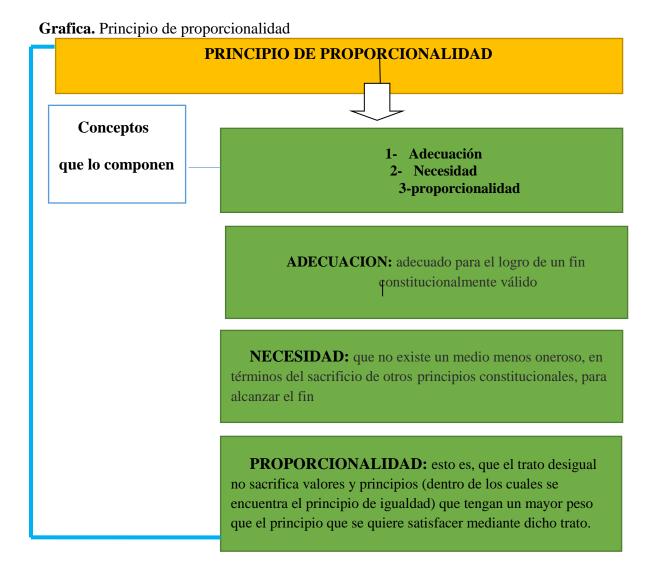
Se han señalado algunas diferencias respecto de la caducidad permitiéndonos afianzar más el conocimiento sobre la figura y efectos de la prescripción, pero sin el ánimo de profundizar en el tema de estas dos figuras sobre las cuales hay considerables estudios, que no son del caso pues se trata de ilustrar sobre estas dos figuras que consagra el decreto 1165 de 2019 en sus artículos 611 y 612.

Señala Juan David Barbosa que lo establecido por la normatividad aduanera en el artículo 612 sobre la prescripción no es una novedad, sino que se trata de la integración dentro de la regulación aduanera de la disposición general prevista en el código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo.

Capitulo III

Principio de proporcionalidad y su aplicación en el derecho aduanero

Señala la Honorable Corte Constitucional (Sentencia C-022/96) que El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: Adecuación, Necesidad y proporcionalidad tal como de manera gráfica se presenta a continuación



De la gráfica podemos extraer que al principio de proporcionalidad lo conforman un conjunto de conceptos centrales para que este pueda cobrar vida en el ámbito jurídico. Es importante

destacar que de llegar a faltar alguno de ellos pierde la connotación de equidad, de una acción justa.

Al respecto se considera importante abordar el tema del presente capitulo con la presentación del pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional, -Sentencia C-022/96

El concepto de proporcionalidad lo comprende 3 conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Se tiene entonces que entre los elementos que conforman el concepto del principio de proporcionalidad se encuentran:

Adecuación: implica que bien el juez o el legislador tiene que elegir la medida o sanción que sea adecuada para alcanzar el fin que la justifica. Para ello han de tener en cuenta el bien jurídico que se tutele. La pena optima ha de ser cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.

Necesidad: hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.

Proporcionalidad: Es la razonabilidad que debe mediar entre la medida y la gravedad de los hechos. Es el juicio de ponderación o valoración a través del cual se valore la carga o gravedad de la pena.

El Principio de Proporcionalidad no está expresamente consagrado en la regulación aduanera colombiana. Es preciso entonces entender que este principio ha tenido un desarrollo a través de la jurisprudencia constitucional en materia de la interpretación de los derechos fundamentales, esencialmente en el campo del derecho a la igualdad y de los principios de justicia y tipicidad.

Al respecto, debemos señalar que este principio responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones, limita su uso a la aplicación forzosa de una sanción sin desbordar su efecto respecto del hecho factico o conducta reprochable. Entonces, no es otra cosa que establecer las sanciones e imponerlas exclusivamente para proteger bienes jurídicos, dentro del marco de la razonabilidad en la imposición de la sanción.

En la sentencia C-125/03 expresa la honorable Corte Constitucional que "En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, este exige que tanto la falta descrita, como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad.

En lo que respecta al concepto de proporcionalidad, encontramos también expresado en la sentencia C - 368 de 2014 de la honorable Corte Constitucional, que la sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en el ejercicio de la potestad punitiva implica que el reproche penalizable se realice sobre conductas que vulneren efectivamente bienes jurídicos de

suficiente relevancia y cuando para cumplir los deberes de respeto, garantía y protección no exista otra alternativa que acudir a penalizarlos como forma de control social.

De lo expresado por la Honorable Corte Constitucional en las sentencias citadas, se percibe que el principio de proporcionalidad constituye una garantía al determinar que no debe la medida restrictiva ser mayor en sus efectos a la conducta objeto de reproche.

3.1. Importancia del principio de proporcionalidad

El principio sobre el cual se realiza este estudio adquiere relevancia dado su origen, el cual lo encontramos a nivel nacional en la Constitución Política por ser Colombia un estado social de derecho (artículo 1 de la constitución política Nacional, art 29 del debido proceso, art, 209 de la función administrativa) y también en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

De igual manera y con criterio similar a nivel internacional, por mandato expreso del Acuerdo de Facilitación en el cual se establece la exigencia a los Miembros se aseguren de que la sanción impuesta dependa de los hechos y las circunstancias del caso y que sea **proporcional al grado y** la gravedad de la infracción cometida, como se explicó en el primer capítulo del presente documento.

El poder sancionador del Estado se puede dar tanto en lo penal como en lo administrativo, se considera pertinente por ser concordante, presentar el fallo de la Corte Constitucional en la sentencia C-647 de 2001 en la cual indica que:

"...Como quiera que el delito vulnera un bien jurídico protegido por la ley, la proporcionalidad de la pena exige que haya una adecuación entre la conducta delictiva y el daño social causado con ella, habidas las circunstancias que la agraven o la atenúen, lo que supone de suyo que la proporcionalidad traza los límites de la pena y la medida concreta de la misma, asunto que corresponde establecer al legislador e individualizar al juez dentro de los límites mínimos y máximos señalados por aquel, analizadas las circunstancias concretas de modo, de tiempo y de lugar, así como las particulares en que se sitúe el agente del delito, todo lo cual constituye el amplio campo donde se desarrolla la dosimetría penal. "

Desde el ámbito del régimen sancionatorio aduanero, cuyo bien jurídico tutelado es la observancia y cumplimiento del régimen de aduanas y de comercio exterior, se precisa entender que la autoridad aduanera tiene la facultad y el deber de reflexionar sobre la dosis punitiva a imponer para que esta sea proporcional frente a la respectiva actuación reprochable del usuario sancionado, en nuestro caso, de la conducta irregular realizada dentro de un proceso aduanero.

Tratándose de las actuaciones que se suscitan en el proceso administrativo por parte de los funcionarios en la DIAN, sería prudente el desarrollo normativo del principio de proporcionalidad, a fin evitar que se desborde la facultad sancionadora de la autoridad aduanera, evitar la imposición de sanciones fuera de las proporciones normativas; o incluso analizar si la

actuación que ejerció el usuario y los hechos investigados deben concluir en una sanción, y de ser así, analizar si esta fue proporcional, es decir, si fue adecuada a los hechos constitutivos de la infracción.

Oportuno es traer a colación lo señalado en materia aduanera sobre este principio por la Dra.

Julia Inés Sánchez, indica ella en su obra Aspectos didácticos de la Nueva Regulación Aduanera en Colombia que este principio constituye un límite a la potestad sancionadora, donde nos ilustra planteando

"...La proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones. Este es otro de los principios fundamentales del Derecho-Sancionatorio, según el cual, la sanción a imponer por la comisión de una infracción debe ser la adecuada, la justa, en razón de la naturaleza de los hechos constitutivos de la infracción. Este principio constituye un límite a la potestad sancionadora, que busca impedir sanciones desmedidas; y cobra especial importancia cuando la autoridad tiene unos rangos entre los cuales puede escoger una mayor o menor sanción, según la gravedad de los hechos."

Continúa expresando la Dra. Sánchez que en el anterior Decreto 390de 2016

" ya viene, para prácticamente todas las infracciones, una sanción fija, sin que le sea dable al funcionario entrar a hacer esa tasación. En el nuevo régimen sancionatorio se logra hacer realidad dicho principio cuando se establecieron las sanciones de amonestación o una multa menor a 200 UVT para las infracciones leves; una multa superior a los 200 UVT, el 60 % del valor de los fletes o del valor FOB de las

mercancías, para infracciones graves; y, la cancelación de las calidades de operador de comercio exterior (actualmente usuario aduanero) para las infracciones gravísimas.

En algunos casos se ha dado que la autoridad aduanera, no ha presentado decisiones administrativas ecuánimes y humanistas. Para ilustrar este planteamiento resulta pertinente traer a esta investigación el ejemplo de lo que aconteció y que nos presenta el Dr. Juan Manuel Camargo en su artículo de la Revista Derecho Aduanero • ISSN: 2357-3228 Núm. 4-junio de 2013, pág.: 84-90 Sentencia Del consejo de Estado, del 25 de noviembre de 2004 MP Juan Angel Hincapie: Unidades funcionales, caso del cual se presentarán aspectos relevantes a fin de ilustrar las circunstancias en que se dieron los hechos:

Mercancía: unidad funcional ".

HECHOS En el año 2003, la empresa ICOLLANTAS decidió adquirir una unidad funcional para la producción de llantas neumáticas, compuesta de diversas partes, ingresaron al territorio nacional en momentos distintos e incluso por diferentes administraciones de aduanas, cosa que expresamente permite el artículo 133 del Decreto 2685 de 1999. El problema fue que los embarques se nacionalizaron como embarques independientes, es decir, clasificando subpartida por subpartida, y liquidando y pagando los aranceles establecidos para cada una de las partes que los componían, en lugar de clasificar todas las partes por la subpartida de la unidad funcional, y liquidar y pagar los tributos aduaneros a la tarifa que correspondía a dicha unidad funcional. Lo cual implicó una gran diferencia en cuanto al valor de los tributos aduaneros a pagar. Cada pieza pagaba arancel a tarifas entre el 5% y el

30%, mientras que la unidad funcional hubiera pagado el 0% de arancel. EL BENEFICIO ARANCELARIO La subpartida de la unidad funcional (8477.59.90.00) se veía beneficiada por el decreto 2394 de 2002, que resolvió "Diferir el gravamen arancelario a cero por ciento (0%) hasta el 31 de diciembre de 2003 para los bienes de capital, sobre los cuales no exista producción en los países de la Comunidad Andina de Naciones, Detectada la situación y presentadas las declaraciones y pagados los tributos, el importador y su agencia de aduanas, ALMAVIVA, desarrollaron una estrategia legal así: a. Se solicitó a la DIAN una clasificación oficial de la unidad funcional, que confirmó la subpartida que tenía derecho al diferimiento arancelario. b. Se pidió al Ministerio de Comercio la certificación de no producción subregional. c. Validos de los anteriores documentos, se solicitó a la DIAN una liquidación oficial de corrección con el fin de obtener la devolución de los tributos pagados en exceso. La DIAN negó la solicitud, por lo que el importador y su agencia de aduanas demandaron en acción de nulidad y restablecimiento de derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En cuanto a la certificación de no producción subregional andina, se hizo notar que la misma acreditaba la no producción durante el periodo de las importaciones, y que no había ninguna norma legal que exigiera que esa certificación se obtuviera antes de la presentación de las declaraciones de importación.

LA DEMANDA. El requisito de obtener una certificación de no producción subregional andina para acceder al beneficio del diferimiento arancelario al 0% se puede cumplir con posterioridad a la presentación de las declaraciones de importación; lo importante es que la certificación se refiera a la época de las

importaciones (aspecto sustancial), Ahora bien, el artículo 133 del Decreto 2685 de 1999 establece algunas precisiones en relación con la forma como deberá procederse para declarar dicha unidad funcional, ya que ordena que se indique en las declaraciones de importación que se importa una unidad funcional. Sin embargo, el omitir esta mención no puede conducir a que se desconozca la calidad de unidad funcional, ya que en ningún momento se establece tal sanción, ni en el Decreto 2685 de 1999 ni. POSICIÓN DE LA DIAN La sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, favoreció a los demandantes. En su recurso de apelación, la DIAN se opuso alegando lo siguiente: En primer lugar, adujo que la clasificación oficial emitida por la misma DIAN, mediante resolución, no podía ser aplicada retroactivamente; es decir, no podía ser aplicada a importaciones efectuadas antes de que la citada resolución hubiera sido expedida. Como consecuencia de lo anterior, la DIAN postuló que se debían analizar las declaraciones a la luz de las subpartidas arancelarias declaradas, que no estaban beneficiadas con la tarifa de arancel 0% establecida en el decreto 2394 de 2002., la DIAN hizo hincapié en dos omisiones formales: a) que en las declaraciones de importación no se dejó constancia de que las mercancías formaban parte de una unidad funcional, lo que, según la DIAN, era un requisito exigido por el artículo 133 del decreto 2685 de 1999 para poder declarar la importación de unidades funcionales; y b) que al momento de la importación no se demostró que los bienes importados no tenían producción en la comunidad andina. LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, la corporación pasó a analizar si la mercancía importada realmente se clasificaba en la subpartida 8477.59.90.00, que era la posición de la unidad funcional, y si tal

subpartida estaba beneficiada con la tarifa de arancel del 0% por el artículo 2 del decreto 2394 de 2002. El Consejo de Estado, atendió la nota 4 de la sección XVI del arancel la que dispone que las combinaciones de máquinas con una función definida se clasificarán en la partida correspondiente a la función que realice. El fallo constata, en efecto, que las declaraciones de importación describieron las mercancías como partes usadas y reconstruidas de máquinas y aparatos para fabricar caucho en el proceso de construcción de llantas neumáticas. Como la función de las mercancías fue declarada, el Consejo de Estado consideró pertinente aplicar la nota ya citada, y clasificar todas las partes en la subpartida correspondiente a la función que realice, esto es, la subpartida alegada por los actores (8477.59.90.00). En este punto, la sentencia aborda un tema importante, ratificando una posición que el Consejo de Estado ha enunciado varias veces, pero que a menudo no es conocida ni comprendida. Hablando de la supuesta retroactividad de las clasificaciones arancelarias generales expedidas por la DIAN, la Corporación aclaró una vez más que el juez de la causa debe hacer un ejercicio de clasificación propio, confrontando las mercancías con el arancel para la época de los hechos, y que ese ejercicio es independiente y autónomo, y prevalece sobre lo que hayan establecido las resoluciones generales dictadas por la DIAN. Refiriéndose al segundo argumento postulado por la entidad demandada, se desestimó el reproche de que las declaraciones de importación clasificaban las mercancías por subpartidas distintas a la de la unidad funcional. poder declarar la importación de unidades funcionales; y b) que al momento de la importación no se demostró que los bienes importados no tenían producción en la comunidad andina.

Del caso planteado en criterio del autor de esta reseña, la sentencia comentada es importante tanto por su aspecto filosófico como el puramente jurídico. Y para la presente investigación permite ilustrar la necesidad de que surja a la vida jurídica mediante reglamentación a través del derecho positivo. Del caso señalado surge la comprobación que, en la realidad los funcionarios atienden más la exegesis que las verdaderas circunstancias en que se desarrollan los procesos aduaneros. En el caso esbozado se desconocieron los argumentos del usuario aduanero, conllevando esto a un mayor pago de arancel y además se le sanciona negándose la corrección de la declaración, no atendiendo la situación fáctica de haber incurrido en un error el usuario; máxime que como lo expresó el Consejo de Estado en este caso se estaba ante un vacío jurídico y que la Corporación aclaró una vez más que el juez de la causa debe hacer un ejercicio de clasificación propio, confrontando las mercancías con el arancel para la época de los hechos, y que ese ejercicio es independiente y autónomo, prevaleciendo sobre los que hayan establecido las resoluciones generales dictadas por la DIAN, es así como nos encontramos ante una decisión con una implementación de medidas contrarias a los principios constitucionales.

El caso en cita también nos permite ilustrar la objetividad a que lleva el camino de la determinación de la infracción, en el caso planteado no se demostró el origen de la mercancía en su momento por parte del usuario y fue suficiente para desconocer las pretensiones del mismo, así a posteriori se allegara al proceso la certificación.

Del ejemplo presentado la expedición del acto administrativo proferido en las circunstancias planteadas nos ubica también en el aspecto de la responsabilidad objetiva, siendo contraproducente este tipo de actuaciones al régimen sancionador justo y para el discurrir

aduanero internacional porque prende las alarmas de un régimen sancionatorio desproporcionado contrario al principio de libre circulación.

Con suficiente claridad sobre el tema de la objetividad, los doctores Julio Guadalupe

Bascones y Enrique Vargas Ginocchio, quienes a su vez citan al Dr. Juan Manuel Camargo (13) y

nos indican que la: "objetividad" "como pauta de referencia para la atribución de

responsabilidad en materia aduanera, "se atribuye a un sujeto por el solo hecho de cometer un

acto que esté tipificado como infracción, sin importar su estado o circunstancia personales".

13. Bascones Julio Guadalupe, Universidad de Lima. Abogado. Miembro de la Academia Internacional de derecho Aduanero, Socio de Rodrigo, Elías & Medrano

Vargas, Enrique Ginocchio, Universidad Peruana de Ciencias aplicadas. Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias aplicadas, autores de la obra Subjetivando la objetividad, a propósito de la determinación de las infracciones aduaneras

También indican los doctrinantes citados que lo mencionado se encuentra en línea con lo expresado por Juan Velásquez en el sentido que el sistema objetivo en referencia "significa que basta el sólo incumplimiento de la obligación para que la infracción se configure, sin importar las razones que hayan motivado dicho incumplimiento", Concluyendo los mismos que, la "determinación objetiva de la infracción aduanera" implica que la Administración Aduanera únicamente deba verificar que el administrado haya cometido el acto calificado como infracción, sin considerar si éste tuvo o no dolo o culpa en la comisión de la infracción por la cual se le pretende imponer una determinada sanción y de imposición por responsabilidad objetiva.

Es así como, respecto de lo aquí expresado adquiere más relevancia el PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, a fin de evitar que en el ejercicio del ius puniendi para sancionar conductas reprochables al trasgredir la normativa aduanera se vulneren principios al administrado, toda vez que la aplicabilidad del principio señalado permite la evaluación de circunstancias en las que incurrió el supuesto infractor.

Es importante para el desarrollo del presente trabajo atender que este principio es aplicable a todo tipo de decisiones administrativas y no únicamente las de carácter discrecional, como lo establece la normativa sustancial y procedimental administrativa del CPACA:

El artículo 44 del CPACA, establece que "... en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y **proporcionalmente** a los hechos que le sirven de causa..."

Autores como Horacio Félix Alais, Gonzalo David Gamarra P, Yesid Carrillo- De la Rosa, Milton Pereira- Blanco entre otros, han determinado y dado trascendencia al principio de proporcionalidad en el ejercicio de las actuaciones administrativas (manifiestas mediante un acto administrativo).

Tanto en la teoría presentada por estos doctrinantes y de la investigación que se realiza es coincidente la línea de opinión en que la supuesta libertad de la autoridad en el momento de imponer la sanción para evaluar las condiciones que llevaron a la realización de la conducta del infractor no se da en materia sancionatoria aduanera, es inexistente, encontrándonos con que no

hay aplicabilidad al principio en cuestión, que hay desconocimiento del deber de su aplicación, de que es otro elemento que permite la aplicación del debido proceso.

2.5.El principio de proporcionalidad y la gradualidad

Se presentan conceptos y apreciaciones que denotan un mismo trato tanto a la gradualidad de las sanciones como del principio de proporcionalidad, pero valga la pena detenernos a evaluar estas dos figuras.

La gradualidad surge de una tarifa legal creada por el legislador, es decir por ejemplo en la actual normatividad aduanera en el artículo 607 se establece unos rangos dentro de los cuales la sanción se graduará:

Artículo 607. Gradualidad. En los siguientes eventos, la sanción se graduará como se indica en cada caso:

- 1. Cuando con un mismo hecho u omisión se incurra en más de una infracción, se aplicará la sanción más grave, prevaleciendo en su orden la de cancelación a la de multa. Si todas fueren sancionadas con multa, se impondrá la más alta incrementada en un veinte por ciento (20%), sin que el resultado sea superior a la suma de todas las multas. Dicho incremento también procederá cuando todas las infracciones en que se incurra con el mismo hecho u omisión sean sancionadas con multa de igual valor.
- 2. Las infracciones en que se incurra en una declaración aduanera y sus documentos soporte se tomarán como un solo hecho, en cuyo caso se aplicará la sanción más grave.

3. La comisión de la misma infracción por un usuario aduanero, sancionada mediante acto administrativo en firme o aceptada en virtud del allanamiento a su comisión, en el curso de los últimos cinco (5) años, dará lugar a incrementos sucesivos en un veinte por ciento (20%) del monto de la multa, sin que tales incrementos superen el cien por ciento (100%) de la multa base del cálculo. Estos incrementos no convertirán la infracción en grave.

En tanto el principio de proporcionalidad permite que se atienda en la parte punitiva de un régimen sancionatorio, aspectos circunstanciales tales como el desarrollo de los hechos y la relación causa y efecto. Es decir que al ejercer la facultad sancionadora se atienda con criterios de justicia y conveniencia.

Situaciones como la que sucedió en el caso de un cargamento de cigarrillos en el cual se detectó un faltante de 2 pacas en un depósito, y que derivó en una sanción por el orden de los treinta millones; es evidente que fue excesiva la sanción impuesta frente al hecho que generó la infracción calificada como gravísima. De los hechos se deduce que la irregularidad fue detectada durante una visita realizada por un funcionario del grupo control usuarios y garantías de la División de Servicio al comercio exterior el cual informó que respecto de una mercancía declarada en abandono se detectó el faltante de 10 cajetillas de cigarrillos, por tanto, consideró que el depósito público habilitado había infringido la norma aduanera e incurrido en infracción administrativa aduanera al sustraer mercancías sometidas a control aduanero, contraviniendo las obligaciones propias de los depósitos autorizados por la Dian, incurriendo en conducta tipificada como infracción gravísima (numeral 1.4 del artículo 490 del decreto 2685 de 1999 norma vigente

en el momento en que ocurrieron los hechos) para la cual aplicaba multa equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Circunstancias de Tiempo, modo y lugar: Mediante documento de transporte 84439 (numero ficticio) ingresó al territorio aduanero nacional un contenedor del se decía tener 782 cajas de cigarrillos, sometida al régimen de tránsito aduanero con numero de aceptación 3501718 y numero de autorización N2425 y en diciembre 10 de 2017 ingresó al depósito. Legan 87 cajas de mercancía húmeda, cajas mostrando contenido, abolladas, contenedor roto en la parte superior. La mercancía llegó en mal estado, con cajas abiertas y evidenciando el contenido de las mismas, y aporta el depósito registro fotográfico, además señala el depósito que dicha mercancía se presenta sin verificar funcionalidad técnica, ni estado interno, ni cantidad interna. El depósito elaboró acta de inconsistencias A314 de fecha 12 de octubre de 2017. De la mercancía indicada se nacionalizó una parte y entró en abandono otra. Posteriormente con fecha 14 de abril de 2018, mediante resolución 007 el grupo de comercialización ordenó la destrucción de la mercancía dentro de las cuales se encontraba aquellas que se reputaban perdidas por parte de la autoridad aduanera, señala el depósito que la mercancía que se decía faltante de todas maneras debía ser destruida por el daño que la afectaba.

Cobra aquí relevancia lo expresado en torno a la necesidad de implementar jurídicamente el principio de proporcionalidad en la regulación aduanera.

No es debido ante los principios constitucionales, ni de la ley marco de aduanas, ni de la misma estructura y fundamento internacional de la actual regulación aduanera despropósitos

sancionadores que llevan al desconocimiento de una verdadera responsabilidad; en este sentido, se debe evitar el excesivo apego a la regulación impositiva para proteger al administrado de excesos que podrían exponerlo a situaciones de injusticia e indefensión.

Otro ejemplo aplicable al tema de estudio, es el caso en el cual una empresa realizó una importación presentándose un error por parte del proveedor en la entrega de la mercancía al ser cambiada por otra que iba para Ecuador; en todo el trámite aduanero correspondiente a dicha importación de cadenas y uniones para cadena, no se detectó la irregularidad del envió equivocado de la mercancía, ni en el control previo ni en el control simultáneo dado que se obtuvo levante automático. La irregularidad se detectó con ocasión del despacho a la sede de la compañía, donde se encuentra que la mercancía no corresponde a lo declarado y en su lugar se encontraron kits de repuestos de soldadura cuyo destino era Ecuador, situación que deriva en la aprehensión de la mercancía en nuestro territorio Colombiano: el usuario aduanero solicito que se le permitiera el reembarque de la mercancía previa certificación del proveedor con quien se había pactado en término FOB. Para tal fin la empresa importadora de Guayaquil envió a la empresa importadora por error en Colombia el conjunto de documentos que registraban las gestiones adelantadas para la nacionalización por parte del proveedor que actualmente el proveedor logró la entrega correcta de la carga, nacionalizando el embarque por la seccional de aduanas de Bogotá, por tanto solicita el importador en Colombia: " que tratándose de un error explicado, ajeno a pretensiones de infringir la normatividad aduanera y considerando los principios de orden superior de vigencia de un orden justo y la buena fe, así como el principio de justicia previsto en la legislación de aduana, con el debido respeto, solicita que se autorice con las medidas de control que se disponga la salida con destino a Guayaquil Ecuador, el kit de

repuestos para soldadura que se encuentra en la ciudad de Cali, ante la petición del importador Colombiano, el funcionario del grupo de Operación Aduanera, contestó que no era factible atender la solicitud de embarque de los kits por que conforme al artículo 140 del decreto 390 de 2016 que regula el reembarque de las mercancías, por cuanto no se reunían ninguno de los requisitos que indica dicha norma:

El reembarque será obligatorio en los siguientes casos:

- Para las mercancías que hayan ingresado por lugares no habilitados y que tengan restricción de ingreso ... El reembarque se deberá llevar a cabo dentro del plazo de permanencia en el lugar de arribo, so pena del decomiso directo.
- 2. Cuando existe orden de autoridad competente, el reembarque se llevará a cabo dentro del plazo de permanencia en el lugar de arribo, salvo que exista orden de destrucción, en cuyo caso correrá por cuenta del consignatario o del destinatario.
- 3. Cuando por error de despacho del transportador internacional, se envíe mercancía al territorio aduanero nacional, sin que este país sea su destino.
- 4. Cuando se descarga mercancía diferente a la descrita en el documento de transporte e informado a través de los servicios informáticos electrónicos, por error de despacho del proveedor, siempre y cuando no haya intervención de la autoridad aduanera.

Así justificó el funcionario aduanero, que la mercancía materia de consulta no se encontraba en ninguno de los numerales arriba enunciados, razón por la cual no es posible autorizar el reembarque de esta mercancía.

La misma situación aconteció en Ecuador – con resultado diferente, en la aduana ecuatoriana se le permitió al importador en Ecuador que a más de los documentos que se recaudaron como acervo probatorio se presentara una declaración juramentada ante notario permitiendo el reembarque para Colombia de la mercancía correspondiente a las cadenas y uniones para cadena que era la mercancía del importador Colombiano que por equivocación había llegado a Guayaquil, logrando la nacionalización de la misma a través de la aduana en Bogotá .

De los ejemplos presentados es evidente que existen circunstancias que son similares en dos aduanas diferentes, mientras que la aduana colombiana fue rigurosa con la normatividad aduanera, pero alejada de los principios invocados por el usuario aduanero y desconociendo el efecto que tendría dicha sanción para el libre comercio; mientras que en la otra aduana (ecuatoriana) ante la misma situación primó la facilitación del comercio y el principio de buena fe llevando a buen término el proceso de importación, tal como lo consagra el Acuerdo de Facilitación del Comercio.

Casos como los que se presentaron, nos llevan a la reflexión sobre la necesidad de la reglamentación y desarrollo del principio de proporcionalidad para la función aduanera en la aplicación del régimen sancionatorio para que este sea preventivo-represivo y no exegético-represivo.

Respecto a la aplicabilidad de los principios Opinan Ramiro Araujo Segovia y Juan David Barbosa Mariño que estos contribuirán a que el derecho aduanero y su aplicación práctica sean más ecuánimes, y humanistas, menos dirigidos al cumplimiento ciego del texto del inciso o de a

la configuración del sistema de recolección de datos, aunque con ellos se ofenda la razón, sino que permitirán avanzar hacia decisiones diferentes a la fría y cómoda respuesta de "usted tiene razón pero el sistema no lo permite" o aquello de "la norma dice eso, pero la orden es no aplicarla así, sino como dice la circular xyz."

Podría pensarse que la regulación del principio de proporcionalidad se lograría dar a través de un organismo especial como el establecido en el artículo 608 de la actual regulación aduanera Decreto 1165 de 2019 y su resolución reglamentaria 46 de 2019, esto es la intervención del Comité de Fiscalización el cual está creado para atender la reincidencia en la comisión de infracciones aduaneras, graves.

La comisión de diez (10) infracciones aduaneras graves, por un usuario aduanero con autorización, habilitación o registro vigente, sancionadas mediante actos administrativos en firme o la comisión de veinte (20) infracciones graves, aceptadas en virtud del allanamiento, en el curso de los últimos cinco (5) años, dará lugar, en caso de cometerse una nueva infracción aduanera grave, a reportar tal circunstancia a la Secretaría Técnica del Comité de Fiscalización.

Para los efectos anteriores, la Dirección Seccional competente para conocer de <u>la nueva</u> <u>infracción</u> enviará a la Secretaría Técnica del Comité de Fiscalización, dentro de los diez (10) días siguientes a la verificación de los hechos y conformación del expediente, un informe, junto con las pruebas y demás antecedentes de los hechos, según corresponda.

El Comité de Fiscalización, con base en el informe presentado por la Secretaría Técnica, evaluará la procedencia de la sanción de cancelación, en lugar de la sanción de multa, tomando en consideración criterios tales como: la naturaleza de los hechos, el impacto de la medida sobre el comercio exterior y los antecedentes del infractor y emitirá su concepto. Dicho concepto es vinculante para la Dirección Seccional y contra él no procede ningún recurso.

Si en concepto del Comité de Fiscalización procede la cancelación, en el requerimiento especial aduanero se propondrá la sanción de cancelación, en lugar de la sanción de multa prevista para la infracción. En caso contrario, la sanción a proponer en el requerimiento especial será la prevista para la infracción de que se trate incrementada en mil unidades de valor tributario (1.000 UVT).

. Este organismo ha sido creado para atender el procedimiento que se debe adelantar a fin de ordenar la suspensión de la autorización o habilitación, en casos de reincidencia de las conductas catalogadas como infractoras de las obligaciones aduaneras.

La figura del comité podría citarse como una aproximación de la aplicación de la facultad discrecional otorgada por el principio de proporcionalidad; se considera una aproximación toda vez que el comité tiene la función específica de evaluar los casos de reincidencia de un usuario aduanero, no sobre las actuaciones punitivas realizadas por la autoridad aduanera. Pero bien podría pensarse en otorgar facultades a este comité para evaluar los casos especiales como los señalados, para hacer más viable la aplicación de la regulación aduanera y de comercio exterior.

En materia aduanera, existe la dosis punitiva que merece cada conducta, tal como fue presentado en el capítulo segundo del presente trabajo, a cada infracción le está señalada su respectiva sanción, como por ejemplo en el artículo 615 del decreto 1165, concordante con el artículo 124 parágrafo 4 se encuentra establecido las infracciones aduaneras en que puedan incurrir los declarantes del régimen de importación, y a renglón seguido se indica que para el grado de gravísimas la sanción aplicable será de multa equivalente al cien por ciento (100%) del valor FOB de la mercancía sustraída o sustituida.

Es así como en estos casos, de advertir el funcionario administrativo que la sanción desborda la relación de adecuación con la conducta, surge una tensión entre el principio de legalidad que lo obliga a imponer la sanción sólo en atención a una tarifa establecida para ciertas infracciones dejando de lado el principio de justicia y proporcionalidad con base en el cual podría abstenerse de sancionar al evaluar las circunstancias de tiempo modo y lugar. esto significa que los funcionarios actúan en estricto cumplimiento del principio de legalidad, toda vez que este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico colombiano.

A manera de conclusión podemos decir que el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en diversas formas, una de las cuales y quizá la más frecuente, es la administrativa. Junto a la facultad que tiene el Estado de imponer castigos a quienes cometan infracciones, en el campo administrativo se establecen sanciones que regulan ciertas infracciones que pueden ser calificadas de menores, pero de gran relevancia social.

Encontramos otra aproximación a la aplicación del principio de proporcionalidad en el concepto 073471 de noviembre 19 de 2013, de manera clara y precisa expresa que: *la autoridad administrativa cuando va a imponer una sanción cuenta con un margen de apreciación reconocido por el ordenamiento jurídico*.

De igual manera por vía jurisprudencial en la sentencia C-125/03 se expresa que "En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, este exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad".

Dados los ejemplos, la doctrina y la jurisprudencia, citados se evidencia la necesidad de crear una disposición en Colombia que de manera expresa consagre el principio de proporcionalidad aplicable para el régimen sancionatorio aduanero, que permita un verdadero fortalecimiento del desarrollo de este y el debido proceso y derecho de defensa del administrado.

Amerita la investigación realizada sobre el principio de proporcionalidad, al encontrar que este no está desarrollado en la norma aduanera nacional y por su importancia dado su rango constitucional, otro elemento que permite la trascendencia de este principio es su connotación internacional, al estar consagrado este en el acuerdo de facilitación, estableciendo este el no uso de sanciones de manera desproporcionada.

Conclusiones

El comercio exterior en Colombia ha experimentado una serie de cambios y transformaciones durante los siglos XX y XXI, estos cambios han creado necesidades en términos de reglamentación y agilización de los procesos transfronterizos. Actualmente Colombia se enfrenta a grandes retos respecto a la facilitación del comercio exterior, existiendo una intención de presentar un sistema eficiente, efectivo y eficaz que permita el desarrollo sano y sostenible de los negocios internacionales.

La intención de la política exterior y de la normatividad aduanera se ve reflejada en la reciente regulación aduanera, con el que se busca simplificar una serie de procesos y procedimientos, reducir tiempos y trámites, reducir costos y finalmente hacer más eficiente el sistema para el comercio exterior en Colombia, elimninando consigo la figura de la vigencia escalonada que ocasiono inseguridad jurídica en cuanto a la aplicación de las normas vigentes tanto sustanciales como sancionatorias.

No obstante, aunque actualmente, si hay simplificaciones y se reconocen los beneficios de la actual normatividad aduanera, también es necesario tener en cuenta que se abren espacios para una interpretación ambigua de la norma y que es necesario atender los lineamientos de la normatividad colombiana en sinergia con los estándares internacionales propuestos por la Organización Mundial del Comercio (OMC), el cual consagra el principio de proporcionalidad en materia aduanera en el artículo 6.3.3 del Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC; por tanto, se requiere una implementación del mismo en la regulación aduanera colombiana y

adicionalmente capacitación sobre los convenios internacionales para los funcionarios de la Aduana.

Encontramos que la nueva regulación aduanera establecida en el Decreto 1165 de 2019, en su artículo segundo señala que sin perjuicio de los principios constitucionales y los previstos en el artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de la Ley 1609 de 2013 y del Código General del Proceso, las disposiciones contenidas en este Decreto se aplicarán e interpretarán teniendo en cuenta los siguientes principios: Principio de eficiencia, Principio de favorabilidad, Principio de justicia, Principio de prohibición de doble sanción por la misma infracción o aprehensión por el mismo hecho, Principio de seguridad y facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior, Principio de tipicidad, Principio de prohibición de la analogía, Principio de prevalencia de lo sustancial. Por lo tanto, ni taxativamente ni exegéticamente se encuentra consagrado o relacionado el principio de proporcionalidad.

El Principio de proporcionalidad ha trascendido por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en materia aduanera particularmente en las sentencias estudiadas en el presente documento. Establece la Corte Constitucional que el principio de proporcionalidad constituye una garantía al determinar que no debe ser la medida restrictiva mayor en sus efectos a la conducta objeto de reproche.

Podemos decir que el *ius puniendi* del Estado puede manifestarse en diversas formas, una de las cuales y quizá la más frecuente, es la administrativa. Junto a la facultad que tiene el Estado de imponer castigos a quienes cometan infracciones, en el campo administrativo se establecen unas

sanciones relativas a infracciones que pueden ser calificadas de menores, pero de gran relevancia social.

El sector del comercio exterior es de los más intervenidos desde el punto de vista regulatorio teniendo en consideración lo que representa para la economía colombiana, esto justifica la existencia de infracciones y sanciones que tienen como fin garantizar un clima de seguridad en las operaciones aduaneras desde el punto de vista jurídico y el cumplimiento del régimen aduanare: parte sustancial, procedimental, infracciones y sanciones, así como la conexidad con otras ramas del derecho como lo es el derecho administrativo, tributario y penal.

Estas infracciones y sus consecuentes sanciones surten las etapas procesales contempladas en el procedimiento administrativo aduanero, en donde debe tener presencia el principio de proporcionalidad como límite al ejercicio de la potestad sancionadora de la autoridad aduanera, y por lo tanto del Estado mismo.

Con la nueva regulación aduanera tenemos que las restricciones que se imponen, están dadas de manera exegética por los reglamentos internos de la autoridad aduanera – DIAN- y en algunos casos no se contempla causal alguna que permita la gradualidad en la sanción o exención para aquellos casos en los cuales un castigo no guarda relación con las obligaciones incumplidas ni genera provecho para el fortalecimiento del control aduanero.

No obstante, la ausencia en Colombia de una disposición que de manera expresa consagre el principio de proporcionalidad, no impide que dicho principio pueda aplicarse como un criterio de

control sobre la legalidad de las normas que establecen las sanciones y sobre los actos administrativos que las imponen a los casos concretos que fueron estudiados en el tercer capitulo del presente estudio.

Se evidencia entonces la necesidad de incluir de manera expresa la consagración del principio de proporcionalidad aplicable para el régimen sancionatorio aduanero en la regulación aduanera colombian; lo cual permitiría no solo el desarrollo del principio y su aplicación sino una verdadera armonia y cumplimiento del debido proceso y derecho de defensa del administrado.

Esta inclusión expresa del principio de proporcionalidad en la norma aduanera nacional le permitiría a su vez a Colombia, cumplir con el artículo 6.3.3 del Acuerdo de Facilitación del Comercio de la OMC, estudiando en el primer capitulo del documento y según el cual la aplicación de las sanciones no debe ser de manera desproporcionada y debe ser aplicada según el caso concreto, es decir atendiendo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en cada caso particular.

Referencia Bibliográficas

- ALADI. (2017). Convenio Internacional Para La Simplificación Y Armonización De Los Regímenes Aduaneros. Asociación Latinoamericana de Integración Sitio web: file:///C:/Users/LUISA%20MORA/Downloads/ConvenioInternacionaparalaSimplificaci
 ArmonizacRegAduanero%20(1).pdf
- BASCONES G. Julio, y Vargas, Enrique Ginocchio.Universidad de Lima. Autores de la obra Subjetivando la objetividad, a propósito de la determinación de las infracciones aduaneras
- CAM. (2010). definiciones básicas. 23 de enero, 2017, de Código Aduanero de Mercosur Sitio web:
 - http://www.iri.edu.ar/images/Documentos/CENSUD/boletines/23/codigo_aduanero.pdf
- CAN. (2007). Comunidad Andina de Naciones. Decisión 617. 23 de enero, 2017, de Sistema de Información sobre Comercio Exterior. Recuperado de:

 http://www.sice.oas.org/Trade/Junac/Decisiones/DEC617s.asp
- Cano, G. Juan D. (2016). Revista de Derecho Fiscal. No. 8. Recuperado de: http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/4749/5508
- Decreto 1165 DE 2019. Por el cual se establece la regulación aduanera. Legis, primera edición 2019
- Diaz-Alejandro Carlos (1976), Colombia: Foreign Exchange Regimes and Economic Development, NBER and Columbia University Press.
- Díaz Néstor. (2016). Manual contable DIAN función recaudadora. 21 de septiembre, 2016, de Subdirección de Gestión de Recaudo y Cobranzas Coordinación de Contabilidad Sitio web:

- http://www.dian.gov.co/descargas/convocatorias/128_2009/DocumentosGuiaNo.2/Manu alContabledelaDIANFuncionRecaudadora.pdf
- Elizondo Vanessa Valentina & Pinto Cerda María Elsa. (2004). Derecho Tributario Aduanero.

 11 de enero, 2017, de Universidad de Chile. Facultad de Derecho Sitio

 web:http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/107430/deelizondo_v.pdf?sequence=3
- http://www.legismovil.com/ResultadosBusquedalnDetalle.asp?id=145538&sigla=legismovil)

 Documento disponible para suscriptores de Legismóvil (http://www.legismovil.com/).

 Sol
- Gamboa, N. (2005). Hacia una economía de mercado. En: *La economía colombiana: del modelo de protección al modelo de apertura*. p. 162. Editorial Sello Universidad de Medellín. Colombia.
- Jaramillo, A. (1992). La apertura económica en Colombia. En: Revista Universidad Eafit. Vol. 28, No. 87. Universidad Eafit. Medellín
- Mora, M. Luisa F. (2017). Actividad de control, como función esencial de la aduana.

 Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá. Tomado de:

 http://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14192
- Ocampo, J.A. y L. Villar (1992), "Trayectoria y Vicisitudes de la Apertura Económica Colombiana", Pensamiento Iberoamericano, No. 21, pp 165-186.
- Ochoa, P. (1998). Políticas e instrumentos de promoción de exportaciones en Colombia. En:
 Integración y Comercio. Instituto para la integración de América Latina y el Caribe.
 Buenos Aires.

- OMC. (2017). Glosario de términos. 23 de enero, 2017, de Organización Mundial de Comercio Sitio web: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/glossary_s.htm
- Sentencia C-125/03 Honorable Corte Constitucional- Del Principio de Proporcionalidad
- Sentencia C 368 de 2014 de la honorable Corte Constitucional-Del Principio de Proporcionalidad
- Sentencia C-647 de 2001 de la Honorable Corte Constitucional- dosimetría penal
- Pardo Schlesinger, Cristina (2009). "Fundamentos constitucionales del derecho aduanero", en Parado Carrero, Germán. *El derecho aduanero en el siglo xxi*. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Piza Julio. (2014). La función de fiscalización tributaria en Colombia. 21 de septiembre, 2016, de revistas. uexternado. Tomado de Sitio web:

 http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/3934/4227
- Ramos Donal. (2009). El Derecho Tributario Y Los Principios De Legalidad E Igualdad En Guatemala. 1 de octubre, 2016, de Universidad De San Carlos De Guatemala Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales. Tomado de:

 http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_8048.pdf
- Rocha, R. & Sanchez, F. (2000). Patrones de Insercion y Obstaculos Estructurales en los años 90.
- SII. (2016). Renta. 21 de septiembre, de Servicio de Impuestos Internos Sitio web: http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_r.htm
- Yesid Carrillo-de la rosa y otro revista digital de derecho administrativo No. 18 segundo semestre /2917. Pag 67