

# Comercio ilícito: fraude aduanero y adquirentes de buena fe exento de culpa

*Erwin De Jesús Blanco Nagle*  
COLOMBIA

## RESUMEN

Producto de la apertura comercial que desde hacía varios años ha vivido Colombia, se han configurado situaciones que involucran conductas delictivas de contrabando, y que en últimas afectan el derecho de propiedad de los terceros que adquieren de buena fe en el entorno local.

Ante esta realidad, en el presente artículo se plantea la disyuntiva que surge frente al tercero adquirente de buena fe, cuando adquiere bienes previamente importados al territorio aduanero nacional, que no cumplieron los requisitos formales y sustanciales para su legal introducción y desaduanamiento.

La disyuntiva emerge por el alcance de la protección que en materia aduanera debe tener el principio constitucional de la buena fe y la confianza legítima, si se tiene en cuenta que de una parte se propende por garantizar el derecho de propiedad y por otra, contrarrestar las conductas contrarias a la ley.

Bajo este contexto, al analizar los planteamientos esgrimidos por los dos extremos de la relación, como son Estado y particulares, a juicio del autor, es posible concluir que cada uno de ellos posee argumentos lo suficientemente sólidos para defender sus posturas.

Frente a la dicotomía que aflora, el reto consiste en lograr garantizar los derechos fundamentales del conglomerado social, particularmente el de propiedad, sin que se vea afectada la lucha del Estado por combatir la comisión de conductas delictivas, especialmente la del contrabando técnico y sus delitos conexos.

## INTRODUCCIÓN

Previo a abordar la temática central objeto de análisis, resulta adecuado por el escenario internacional en el que se presentan estas reflexiones, hacer un recuento sucinto del proceso de apertura comercial que ha vivido Colombia y del marco normativo que principalmente soporta sus actuaciones.

La política de apertura comercial desarrollada por el país, tuvo su mayor punto de impulso en la historia reciente, con la promulgación de la Constitución de 1991, la cual entró a reemplazar la Constitución emanada de la Asamblea Constituyente de 1886, después de haber regido por más de 100 años la vida constitucional del país.

A partir del nuevo enfoque de integración consagrado en la naciente Constitución, Colombia se da a la tarea de fortalecer sus lazos con los países latinoamericanos, al tiempo que inicia conversaciones con sus homólogos alrededor del globo, a fin de consolidar acuerdos que permitan el incremento de transacciones mercantiles, inversiones y circulación de sus nacionales, en condiciones de igualdad de trato y reciprocidad.

El proceso de incursión en mercados internacionales, trajo consigo la necesidad de revisar de forma transversal las disposiciones normativas domesticas que inciden de forma directa y conexas en la estructuración y desarrollo del comercio transfronterizo.

En este esfuerzo el andamiaje normativo del comercio exterior, que involucra el derecho aduanero y penal, revistió especial relevancia, en la medida que sus disposiciones son las encargadas de establecer las reglas que guiaran el actuar del Estado y los particulares al celebrar y desarrollar transacciones internacionales.

Como resultado de la revisión normativa se promulgan una serie de disposiciones, entre las que se encuentra la Ley 1004 de 2005, o Ley de Zonas Francas, a través de la cual se modifica el régimen especial de este instrumento, con el ánimo de estimular la inversión, la competitividad, las economías de escala y la simplificación de los procedimientos de comercio exterior.

Sobre el particular, oportuno resulta destacar, que próximamente se espera la emisión de un nuevo decreto de política, que establezca nuevos lineamientos para el desarrollo del comercio al amparo del régimen franco.

Igualmente se adopta la Ley 1609 de 2013, que introduce una nueva Ley Marco de Aduanas, con la cual se deroga la Ley 6 de 1971, que estuvo vigente en el ordenamiento interno por aproximadamente 41 años.

Con esta nueva ley marco, se establecen las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Esta ley se acompasa con la Ley Marco de Comercio Exterior, Ley 7 de 1991, que aunque se incorporó al andamiaje normativo nacional en fecha cercana a la promulgación de la nueva Constitución, guarda concordancia con el enfoque holístico de la política comercial.

En armonía con los postulados de la política de apertura y los compromisos supranacionales, se promulga en el año 2015 la Ley 1762, por medio de la cual se modifica la normatividad penal, a efectos de robustecer los instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal.

En esta misma dirección se encuentra la Ley 1778 de 2016, por la cual se adoptan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional, y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción.

Dentro de este cuerpo de normas, no se puede dejar de citar el Decreto 390 de 2016, que introduce una nueva Regulación Aduanera en el derecho positivo colombiano.

La nueva regulación representa un hito en la historia jurídica del país, en la medida que previo a su adopción transcurrieron aproximadamente 7 años en los que el Estado y el sector privado, integrado por empresarios, gremios, académicos y consultores, conformaron mesas de diálogo y concertación, a efectos de analizar en detalle los pormenores de la nueva disposición normativa.

Por último, pero no por ello menos importante, se debe hacer alusión al Estatuto Tributario y demás normas que lo conforman, las cuales engranan el esquema impositivo del país, que además de ser el vehículo a través del cual el Estado percibe los recursos necesarios para su funcionamiento, juega un papel determinante para la atracción de la inversión y la dinamización del comercio exterior.

El compendio de normas mencionadas, al igual que otras tantas no citadas por lo extenso que se tornaría el texto, han permitido que el país en la actualidad goce de una política de apertura comercial sostenible en el tiempo, soportada sobre bases de seguridad jurídica y confianza inversionista.

Bajo este contexto, hoy en día Colombia tiene un número importante de Acuerdos Comerciales suscritos con diversos países alrededor del mundo, lo mismo que Acuerdos de Doble Tributación – ADTs y Acuerdos de Protección a la Inversión – APPRIs, que en su conjunto constituyen el sistema jurídico - comercial gestado por el legislativo y el Estado para impulsar el comercio internacional.

Sin duda, el camino por recorrer en materia de integración comercial aún es extenso, y son diversos los esfuerzos que se requieren para continuar avanzando sobre un ambiente de seguridad y sostenibilidad, pero los logros hasta

ahora alcanzados proporcionan el incentivo suficiente para continuar edificando un comercio exterior dinámico, cobijado por las garantías jurídicas necesarias para los actores intervinientes, y dotado con la firme decisión del Estado de combatir las conductas delictivas que obstruyen el desarrollo y la transparencia de las transacciones internacionales.

## **EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL MARCO DEL DERECHO ADUANERO**

Establece la Constitución de Colombia que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.<sup>1</sup>

La importancia que reviste el principio constitucional de la buena fe, se ha estudiado por las altas cortes de forma amplia, por lo que conviene traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-532 de 1995, así:

*“Tal principio exige de gobernantes y gobernados el compromiso de obrar honesta y desprevencidamente, en el marco de unas relaciones de mutua confianza, de tal manera que, sometidos todos al orden jurídico y dispuestos a cumplir sus disposiciones con rectitud, no haya motivo alguno de recelo.*

*La norma en mención no obliga tan sólo al particular sino que se aplica con igual severidad al servidor público, que ni puede presumir la mala fe de la persona respecto de la cual cumple su función, ni le es permitido, en lo que toca con sus propios deberes, asumir actitudes engañosas o incorrectas”.*

Nótese cómo la Corte Constitucional es enfática al señalar que la cobertura del principio supra de la buena fe, se extiende a gobernantes y gobernados, lo cual expuesto de otra forma quiere significar que cobija a la totalidad de actos y actores que se encuentran presentes en el Estado colombiano.

En este sentido, el desarrollo del derecho aduanero no se escapa a tal presunción, como en efecto lo consagra la Ley Marco de Aduanas en su artículo 4, al señalar expresamente la buena fe, dentro de los principios que debe atender el Gobierno Nacional para emitir los decretos que desarrollen la ley.

Similar mención se observa en la nueva Regulación Aduanera, al establecer dentro de su artículo 2 como principios generales para su aplicación, los consagrados en la Constitución y en la Ley Marco de Aduanas, entre los que se encuentra específicamente la buena fe.

Así las cosas, resulta posible concluir que, las diversas actuaciones de comercio exterior que se adelanten en el territorio aduanero nacional se encuentran sujetas al principio constitucional, por lo que en caso de invocar alguna de las partes, Estado o particulares, la trasgresión del mismo, le corresponderá desvirtuar la presunción que acompaña la actuación, salvo, excepciones que pudiera llegar a consagrar taxativamente la ley.

## **LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN**

Acompasado con el principio de buena fe, se encuentra el de la confianza legítima, en virtud del cual, los administrados confían en las normas y actuaciones desarrolladas por el Estado.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

*“(…) la aplicación del principio de confianza legítima, presupone la existencia de expectativas serias y fundadas, cuya estructuración debe corresponder a actuaciones precedentes de la administración, que, a su vez, generen la convicción de estabilidad en el estadio anterior. Sin embargo, de ello no se puede concluir la intangibilidad e inmutabilidad de las relaciones jurídicas que originan expectativas para los administrados.*

*Por el contrario, la interpretación del principio estudiado, debe efectuarse teniendo en cuenta que no se aplica a derechos adquiridos, sino respecto de situaciones jurídicas modificables, sin perder de vista que su alteración no puede suceder de forma abrupta e intempestiva, exigiéndose por tanto, de la*

<sup>1</sup> Artículo 83 de la Constitución Política de 1991

*administración, la adopción de medidas para que el cambio ocurra de la manera menos traumática para el afectado (...)*<sup>2</sup>

Del análisis de lo expuesto por la alta corporación, se desprende que la confianza legítima es una garantía de arraigo constitucional, que tiene como propósito proteger a los administrados de los cambios abruptos introducidos por la administración, dado su potencial efecto perjudicial que pudiera generar frente a situaciones en curso que aún no se consideren consolidadas.

En materia aduanera, la confianza legítima se encuentra presente no solo en el andamiaje normativo que la regula, sino en los pronunciamientos doctrinarios que emanan de la autoridad competente, toda vez que por ser un área en constante cambio, las directrices que establece la administración se convierten en una guía para los administrados en su diario obrar.

## **APLICACIÓN DE LA BUENA FE Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ADQUISICIÓN DE BIENES IMPORTADOS**

Se ha expuesto hasta este punto lo relativo a la generalidad de los principios de la buena fe y la confianza legítima, por lo que se pasará a abordar el análisis de su aplicación en el caso concreto de la adquisición de bienes importados en el territorio aduanero nacional por parte de terceros adquirentes de buena fe.

Para tal propósito, oportuno es iniciar señalando como la nueva Regulación Aduanera establece que la obligación aduanera es de carácter personal, sin perjuicio de que pueda hacerse efectivo su cumplimiento sobre la mercancía mediante el abandono o el decomiso, con preferencia sobre cualquier otra garantía u obligación que recaiga sobre ella.<sup>3</sup>

Conforme lo dispuesto por la disposición en comento, la autoridad aduanera se encuentra facultada para decomisar la mercancía que hubiere ingresado de manera irregular al territorio nacional, por supuesto previo al desarrollo del debido proceso especial establecido para estos casos.

A fin de plantear el contexto fáctico en el que se aplica la norma en cita, se debe mencionar que la importación al territorio aduanero nacional consagra una serie de obligaciones de carácter formal y sustancial, representadas básicamente en el cumplimiento de las exigencias para la introducción de las mercancías, la presentación de la declaración de importación con sus respectivos documentos soportes, lo mismo que la liquidación y pago de los derechos e impuestos a la importación, conformados por el arancel y el impuesto a las ventas - IVA.

El cumplimiento de las obligaciones formales y sustanciales permite al importador obtener el levante, entendido como la autorización de la administración aduanera para continuar con el proceso de pago y retiro de la mercancía.

Sin embargo, es de advertir que el acto de levante ha sido considerado como un acto sujeto a condición, por lo que de llegar a evidenciarse en procesos de fiscalización posteriores al desaduanamiento que la importación vulnera las disposiciones aduaneras, la autoridad se encuentra facultada para dejar sin efecto el levante y proceder con la aprehensión y posterior decomiso de la mercancía.

Sobre el particular el Consejo de Estado señaló en Sentencia del 27 de Enero del 2000:

*"Luego, el acto de levante está sometido a condición, esto es, a que no se haya incurrido en irregularidades dentro del proceso de importación, irregularidades éstas que, como ya se vio, pueden detectarse no solo en dicho proceso, sino, posteriormente, en desarrollo de programas de fiscalización"*<sup>4</sup>

Así las cosas, se puede señalar que si bien la obligación aduanera se entiende como personal, la facultad otorgada a la administración permite perseguir la mercancía importada ilegalmente, indistintamente de quien sea su propietario, tenedor o poseedor para el momento de la aprehensión.

2 Sentencia T-566 de 2006. Corte Constitucional.

3 Artículo 19 del Decreto 390 de 2016.

4 Expediente: 5425. Demandante: Juan Manuel Camargo González. Demandado: DIAN.

Ante este escenario surge el objeto principal de análisis del presente documento, toda vez que se debe evaluar si el amparo que conceden los principios constitucionales de la buena fe y la confianza legítima, permiten limitar la facultad de decomiso de las mercancías en los casos que las mismas se encuentren en manos de terceros adquirentes de buena fe.

La disyuntiva planteada no resulta menor, como quiera que de un parte se encuentra el derecho legítimo que posee el tercero adquirente para invocar la protección constitucional, y de otra se tiene la facultad legal y constitucional del Estado para combatir las conductas que transgredan el ordenamiento aduanero.

El desarrollo normativo y jurisprudencial en la materia muestra ciertas luces sobre los elementos a considerar para llegar a soluciones, que aunque diferentes, permiten al lector formar su propio criterio sobre el particular.

## **DESARROLLO NORMATIVO ADUANERO Y PENAL FRENTE AL TERCERO ADQUIRENTE**

Al estudiar las normas recientes emitidas en las áreas aduanera y penal, se observa como existe un interés común por proteger al tercero adquirente de buena fe, frente a los perjuicios que pueda sufrir por la adquisición de bienes en el escenario local, que se encuentren incursos en irregularidades al momento de su importación.

En este sentido la nueva Regulación Aduanera en el caso específico de la sanción aplicable cuando no sea posible aprehender la mercancía, otorga una clara protección al tercero adquirente de buena fe, al señalar:

*“No procederá la sanción prevista en este artículo al tercero adquirente con factura de compraventa de los bienes, expedida con todos los requisitos legales”*

Es de resaltar, la relevancia que la norma aduanera le otorga a la factura emitida por el vendedor local, al punto que le asigna la fuerza de tornar improcedente la aplicación de la sanción del 200% para el tercero que adquiere de buena fe.

Esta nueva incorporación en la legislación aduanera, igualmente representa un avance significativo en lo que respecta a la responsabilidad objetiva que doctrinariamente ha manifestado la autoridad frente a la comisión de conductas infractoras.

Para el efecto, resulta oportuno mencionar, lo señalado en el Concepto 627 de Julio de 2014, en el que se refiere al tema en los siguientes términos:

*“En cuanto a la aplicación del principio de la buena fe en las infracciones administrativas aduaneras, no se admite la presunción de este principio constitucional, por cuanto a dichas conductas no se les aplica la culpa o la preterintención, como opera en el campo del derecho penal por el contrario, en el campo administrativo, es suficiente para que proceda la aplicación de la sanción, que la conducta del usuario de comercio exterior se encuentre tipificada como infracción”*

El nuevo enfoque normativo permite pensar que en casos puntuales como el de la sanción expuesta en líneas previas, las consideraciones que se tendrán en cuenta en la valoración de los hechos, no se supeditarán a la responsabilidad objetiva, sino que por el contrario se analizará la calidad de tercero con que actúa el afectado dentro del proceso.

Similar tratamiento se advierte en materia penal, al analizar lo dispuesto por la Ley Anticontrabando, la cual establece frente al delito de favorecimiento y facilitación de contrabando lo siguiente:

*“No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentren en su poder, estén soportados con factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario”<sup>5</sup>*

La exoneración de responsabilidad en materia penal se constituye sin duda en un amparo de la mayor importancia para el tercero adquirente, toda vez que, adicional a la imposición de sanciones de multa, la comisión de la conducta

5 Artículo 6 de la Ley 1762 de 2015.

delictiva establece penas privativas de la libertad, que en modo alguno debería asumir el tercero que adquiere al amparo del principio constitucional de la buena fe.

Los avances normativos expuestos, si bien dan muestra de una innegable protección de los principios constitucionales para todos los gobernados, no cubren en su alcance el perjuicio del tercero adquirente que se genera con la aprehensión y decomiso de la mercancía importada.

Así las cosas, es dable concluir que, el amparo constitucional opera frente a las sanciones administrativas y penales que pueden imponer las autoridades competentes, más no frente al proceso de decomiso de la mercancía importada, en el que la autoridad conserva en todo momento la posibilidad de perseguir los bienes introducidos al país sin la observancia de las disposiciones que la regulan.

## **POSICIONES JURISPRUDENCIALES FRENTE AL DECOMISO DE MERCANCÍAS A TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENA FE**

Las posiciones de las altas cortes y particularmente del Consejo de Estado, muestran a lo largo del tiempo dos interpretaciones distintas frente al decomiso de mercancías a terceros adquirentes de buena fe.

En los diversos fallos se exponen argumentos que analizados de forma objetiva permiten concluir que ambas posiciones, la de amparar y no amparar el derecho del tercero, poseen asidero para su invocación.

Por ser el derecho cambiante, la dualidad de posiciones frente al tema no resulta exótica, sin embargo, en opinión del autor, se debe propender por soluciones que armonicen los principios de amparo al tercero y prevención de las conductas contrarias a las leyes, sin menoscabo del uno o del otro, toda vez que ambos son pilares fundamentales para el desarrollo sostenible de la política socio económica adoptada por el país.

## **CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES FRENTE AL AMPARO DEL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE**

Al estudiar los diversos fallos del Consejo de Estado sobre la materia objeto de análisis, es posible encontrar, pronunciamientos en los que se ampara la buena fe del tercero que adquiere bienes en el entorno doméstico, los cuales previamente fueron importados de forma irregular al territorio nacional.

En este sentido, el punto de partida se encuentra en el carácter personal de la obligación aduanera, la cual establece que será el sujeto que actúa como importador el llamado a satisfacer las obligaciones formales y sustanciales que emanan del hecho generador, sin perjuicio de la responsabilidad que le asiste a los operadores de comercio exterior respecto de las actuaciones derivadas de su intervención.<sup>6</sup>

Lo anterior, es apenas natural, si se tiene en cuenta que las obligaciones propias de una importación solo serán aplicables en la medida que un sujeto opte por llevar a cabo la introducción de bienes al territorio nacional, decisión frente a la cual debe asumir los efectos que conlleve, dentro de los que se tiene el cumplimiento de las disposiciones aduaneras.

Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“... si bien es cierto que la DIAN tiene la facultad de verificar en cualquier momento la legal introducción de la mercancía, independientemente de quien la tenga en sus manos, también es cierto que la DIAN no puede desconocer el carácter personal de la obligación aduanera y exigir su cumplimiento a quien no es responsable de la misma”.*<sup>7</sup>

Frente a lo señalado, se puede advertir que, el tercero adquirente de buena fe en el escenario local, debe velar porque la compra venta que realiza reúna los requisitos legalmente exigidos para su perfeccionamiento, más no entrar a garantizar que el proceso de importación llevado a cabo por el vendedor se encuentre blindado de irregularidades, lo

6 Artículo 20 del Decreto 390 de 2016.

7 Consejo De Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. María Claudia Rojas Lasso: Expediente 01566-01 de 2010.

cual encuentra sentido en la medida que, los pormenores del negocio local son de competencia directa del adquirente, mientras que las circunstancias en que se negoció y desarrolló la importación son totalmente ajenas a su conocimiento.

En estos términos, será la declaración de importación que el vendedor entrega al tercero adquirente, el documento que le otorga la seguridad jurídica de estar obteniendo bienes ingresados al territorio nacional con el lleno de los requisitos de ley, al margen de ser el levante solo una autorización sujeta a condición.

Se suma a la declaración como documento soporte de la negociación, la factura de venta local, igualmente entregada por el vendedor, en la que reposa la manifestación de las partes para llevar a cabo una compra venta de bienes, que como se mencionó en apartes previos, constituye un instrumento de exoneración frente a determinadas sanciones administrativas y penales que llegaren a surgir.

Frente a la factura, igualmente el Consejo de Estado se ha pronunciado, señalando:

*“Al haberle aportado la actora a la DIAN las facturas de compra de la mercancía a ella aprehendida y posteriormente decomisada, aquella debió dirigirse a quienes expidieron dichas facturas con el fin de exigirles la presentación de las respectivas declaraciones de importación, pues es evidente que no se le puede exigir al administrado más allá de lo que esté en posibilidades de hacer que, para el caso, se reitera, era presentar las facturas que demuestran la compra de los elementos decomisados en el mercado nacional”.*<sup>8</sup>

Nótese la hilaridad de los argumentos señalados por la alta corporación en los que se mantiene la protección al tercero adquirente, destacándose en esta oportunidad la imposibilidad de exigir al administrado aportar documentos que se escapan de su manejo por corresponder a la órbita exclusiva del importador.

Es apenas natural la conclusión mencionada, toda vez que no se encuentra usualmente dentro de las posibilidades reales de negocios, solicitar al importador – vendedor, el suministro de la documentación comercial de la importación, entre otras cosas porque de ellos se puede obtener información sensible como es el costo de adquisición, los márgenes de rentabilidad, los datos de proveedores internacionales, etc.

Sin embargo, al margen de la posibilidad que puede tener el adquirente de obtener la documentación soporte de la importación, lo destacable del argumento es quien es el sujeto llamado a aportar la documentación, que no es otro distinto al importador, en la medida que por su actuar tuvo lugar la activación del hecho generador y el surgimiento de las obligaciones que le son propias.

En últimas, la actuación del tercero se basa principalmente en la confianza que transmite el vendedor nacional de haber obrado en forma correcta y transparente al momento de importar los bienes que son objeto de comercialización, confianza que no sólo surge por la creencia subjetiva del adquirente, sino que se soporta usualmente en elementos notorios para llegar a tal convencimiento, como pueden ser la excelente reputación de la que goza el vendedor en el sector comercial, la ubicación de sus establecimiento de comercio en sitios de incuestionable manejo, entre otros.

Precisamente, esta confianza es la que permite el desarrollo habitual de los negocios y demás actuaciones que se adelantan a diario en toda sociedad, la cual se soporta sin duda en el principio de buena fe con que las partes desarrollan su obrar, por lo que cualquier afectación que se haga a esta presunción constitucional, debe conllevar a las sanciones pertinentes en cabeza de quien vulneró la creencia colectiva, pero no trasladar los efectos nocivos al tercero que se ve asaltado en su convencimiento, como es para el caso bajo análisis, el tercero adquirente de buena fe.

En estos términos, la posición de amparar el derecho que le asiste al tercero adquirente encuentra total sentido, toda vez que, de no ser así, se vulneraría el derecho de propiedad, en la medida que la resolución de decomiso finaliza el proceso en sede administrativa y en consecuencia, separa de la propiedad del adquirente los bienes frente a los cuales canceló el valor acordado para su adquisición.

Es decir, con el decomiso se presenta un detrimento patrimonial para el tercero, que sólo podrá evitar si llegara a obtener un fallo favorable a sus intereses por vía de la jurisdicción contencioso administrativa.

8 Consejo De Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. María Claudia Rojas Lasso: Expediente 6800123150002002020701 de 2012.



## CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES FRENTE AL NO AMPARO DEL TERCERO ADQUIRENTE DE BUENA FE

El Consejo de Estado en el año 2015 profirió un nuevo fallo en el que analiza las disposiciones constitucionales y normativas que giran alrededor del tercero adquirente de buena fe, específicamente de la facultad que por ministerio de la ley se le otorga a la autoridad aduanera para aprehender y decomisar las mercancías importadas de forma irregular al territorio nacional.

Producto de este nuevo análisis, la alta corporación decidió proteger el derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la autoridad aduanera, apoyado en la siguiente conclusión:

*“En esas condiciones, la Sala considera que el decomiso sí puede recaer en personas distintas del importador, incluso con fundamento en los principios de la buena fe y de la confianza legítima por las razones que pasan a exponerse”<sup>9</sup>.*

Así las cosas, se cambia la postura frente a la posibilidad de aprehender y decomisar la mercancía en cabeza del tercero adquirente de buena fe, bajo el entendido que la obligación aduanera puede hacerse exigible mediante el decomiso de la mercancía.

En lo que respecta al principio constitucional de la buena fe, igualmente se pronunció el máximo órgano de lo contencioso administrativo así:

*“Aquí interesa resaltar que el principio de buena fe no es absoluto porque no puede constituir un eximente de responsabilidad frente a conductas lesivas del orden jurídico. En otras palabras, la ley impone unas obligaciones y el principio de buena fe no puede servir de excusa para desconocer esas obligaciones, so pena de hacer inoperante el orden jurídico”.*

La posición del Consejo de Estado frente a la limitación del principio de la buena fe, vista desde una óptica objetiva encuentra total sentido, si se tiene en cuenta que efectivamente no puede ser este el vehículo a través del cual se subsanen irregularidades cometidas al desarrollar importaciones al territorio nacional.

Tal planteamiento se acompaña con el de la confianza legítima, frente al que se estableció:

*“Entonces, en consideración al principio de confianza legítima, las autoridades deben ser coherentes en sus actuaciones, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas o reconocidas, sin que eso limite las facultades que tiene la administración para modificar justificadamente sus decisiones. Empero, la confianza legítima tampoco ampara las situaciones irregulares o ilegales, por cuanto en esos casos el Estado conserva la potestad de revisar las actuaciones, al punto que puede modificarlas y afectar el “derecho” adquirido de manera irregular, esto es, en contra del ordenamiento jurídico”.*

Nótese como en su conjunto, el principio de la buena fe y la confianza legítima, encuentran a juicio de la alta corte una limitación en su aplicación, bajo el entendido que la seguridad que debe otorgar la administración con sus actuaciones, no le impiden modificar las decisiones que identifique se profirieron vulnerando el ordenamiento legal.

Así las cosas, se insiste, el gran reto que surge es lograr proteger al tercero adquirente de buena fe, que se ve afectado en su derecho de propiedad con la aprehensión y decomiso de la mercancía adquirida en el escenario nacional, sin que con ello se permita la comisión de conductas delictivas que vean en los principios constitucionales la forma de burlar las disposiciones de ley.

## CONSIDERACIONES DEL AUTOR

Frente a la dicotomía que emana en lo relativo al amparo del tercero adquirente de buena fe, en opinión del autor, uno de los caminos a explorar para encontrar posibles soluciones, es diferenciar los efectos aduaneros que se derivan

9 SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA. Radicación número: 11001-03-15-000-2014-01114-01(AC). 26 de febrero de 2015.



de la buena fe simple y de la cualificada o creadora de derechos, toda vez que no es lo mismo el actuar bajo el convencimiento subjetivo de no incurrir en vulneraciones de ley, que aquel obrar en el que se actúa soportado en fundamentos objetivos para llegar al convencimiento colectivo de no contrariar disposiciones normativas.

Sobre la buena fe simple y cualificada resulta oportuno transcribir lo dispuesto por la Corte Constitucional en sus Sentencias C-1007-021 y C-740 de 2003, en las que se refirió al tema en los siguientes términos:

*“(...) La buena fe simple, que equivale a obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones.*

***Es así que, si alguien de buena fe adquiere el derecho de dominio sobre un bien cuyo titular no era el verdadero propietario, la ley le otorga ciertas garantías o beneficios, que si bien no alcanzan a impedir la pérdida del derecho sí aminoran sus efectos.***

*Además de la buena fe simple, existe una buena fe con efectos superiores y por ello denominada cualificada, creadora de derecho o exenta de culpa. Esta buena fe cualificada, tiene la virtud de crear una realidad jurídica o dar por existente un derecho o situación que realmente no existía.”*

En este sentido, si el tercero adquirente de los bienes importados que se encuentran incursos en irregularidades, pone de manifiesto que fue lo suficientemente diligente en su obrar, adoptando las medidas necesarias para prevenir razonablemente el cumplimiento de las disposiciones legales, el amparo constitucional debe emerger, como quiera que surge la buena fe cualificada.

Distinta suerte correría el tercero adquirente que obra sin ejercer mínimos controles al momento de adquirir mercancías importadas en el comercio nacional, es decir, que solo se soporta en la apreciación personal y subjetiva del sujeto que funge como vendedor, evento en el cual, de llegar a evidenciarse que en la importación de los bienes no se cumplieron con las disposiciones aduaneras aplicables, resultaría procedente su aprehensión y decomiso por tratarse de un tercero que actuó al amparo de la buena fe simple no creadora de derechos.

Al amparo de la propuesta planteada, en cada caso particular los terceros adquirentes de bienes importados en el escenario local, deberán adoptar las medidas que resulten apropiadas para preservar su derecho de propiedad, en la medida que ante posibles cuestionamientos de la autoridad aduanera, la exhibición de tales medidas marcaría la diferencia para considerar que se trata de un tercero adquirente de buena fe simple o cualificada.

## CONCLUSIONES

- La adopción de una política comercial abierta y en constante crecimiento ubica a Colombia como un país con alto flujo de transacciones internacionales, lo cual representa retos importantes en materia de prevención y lucha de actividades delictuosas como el contrabando.
- En este contexto, surge el tercero adquirente de buena fe, como uno de los sujetos que merece especial protección del Estado, si se tiene en cuenta que al momento de adquirir bienes de procedencia extranjera en el entorno doméstico, puede verse comprometido su derecho de propiedad por la facultad legal que posee la autoridad aduanera de aprehender y decomisar los bienes, en el evento que hubieren sido introducidos al territorio nacional sin el lleno de los requisitos de ley.
- Sobre la problemática mencionada, los avances normativos surgidos en materia aduanera y penal, han otorgado una protección significativa en lo referente a las sanciones pecuniarias y de penas privativas de la libertad, sin embargo, en lo que toca a la aprehensión y decomiso, la protección otorgada no cubre tal obrar, por lo que el tercero se encuentra expuesto a sufrir un detrimento de su patrimonio por la posible expropiación de la propiedad que puede llegar a configurarse.
- Frente a esta situación, las altas cortes de Colombia y expresamente el Consejo de Estado, en diversos fallos ha sentado su posición sobre el tema, la cual ha cambiado a lo largo del tiempo, protegiendo en algunos casos el derecho del tercero adquirente y en otros el de la autoridad aduanera.

- Los argumentos expuestos en cada uno de los fallos, vistos desde una perspectiva integral y objetiva, poseen la fuerza suficiente para defender las posturas adoptadas, sin embargo, en un Estado garantista y respetuoso del ordenamiento constitucional, la protección al tercero adquirente de buena fe debe ser una de las máximas expresiones del sistema judicial.
- No obstante, la protección constitucional en comento, no puede convertirse en un instrumento para permitir que los procesos de importación de bienes al territorio nacional, llevados a cabo sin el lleno de las disposiciones de ley, encuentren un camino para subsanar la inobservancia legal.
- Ante este escenario, a juicio del autor, la diferencia que surge entre la buena fe simple y cualificada, representa una alternativa para establecer en qué casos el derecho del tercero adquirente goza de protección constitucional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Decreto 2685 de 1999.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Decreto 390 de 2016.
- Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Legis Editores S.A., Bogotá. (2011).
- Congreso de la República de Colombia. Código Civil. Legis Editores S.A., Bogotá. (2011).
- Congreso de la República de Colombia. Ley 1762 de 2015.
- Comentarios a la Regulación Aduanera. Instituto Colombiano de Derecho Tributario – ICDT. Instituto Colombiano de Derecho Aduanero – ICDA.