

Comercio ilícito: Fraude aduanero y adquirente de buena fe exento de culpa

Erwin Blanco Nagle



IX

**Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO**

Agenda

Elementos y sujetos pasivos de la obligación aduanera en la importación de mercancías a Colombia.

Conductas delictivas asociadas a la importación de mercancías a Colombia.

Exoneración expresa de la responsabilidad aduanera y penal.

Amparo constitucional al tercero adquirente de buena fe y su desarrollo jurisprudencial.

Conclusiones.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Tema central de análisis

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 asignada a la Autoridad Aduanera,

en los casos que las mismas se hubieren importado de forma irregular y

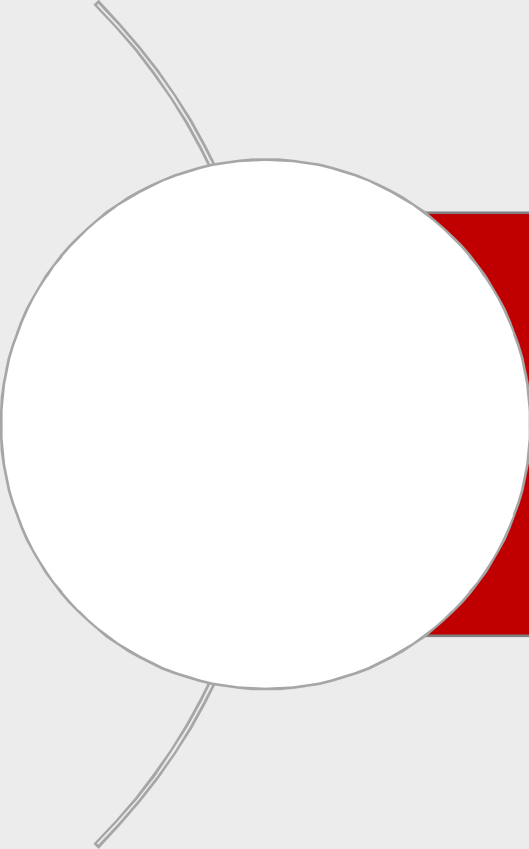
para el momento del decomiso se encuentren en manos de terceros adquirentes de buena fe.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Naturaleza de la obligación aduanera



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.

Obligados aduaneros

Directos: Los importadores, los exportadores, los declarantes de un régimen aduanero y los operadores de comercio exterior;

Indirectos: Toda persona que en desarrollo de su actividad haya intervenido de manera indirecta en el cumplimiento de cualquier formalidad, trámite u operación aduanera.

Hecho generador de una importación

La introducción de mercancías procedencia extranjera al territorio aduanero nacional cumpliendo las formalidades aduaneras previstas en el presente Decreto. (390 de 2016)



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Obligaciones a cargo del sujeto pasivo

Formales: Cumplir con las formalidades aduaneras en forma previa y posterior a la llegada de mercancías al territorio aduanero nacional.

Sustanciales: Pago de los derechos e impuestos a la importación. (Arancel e IVA)

Consecuencias en sede administrativa frente al incumplimiento

Amonestación, multa o cancelación de la autorización o habilitación del operador de comercio exterior o cancelación de la calidad de importador o exportador en el RUT.



Aprehensión y decomiso de mercancías (cuando proceda)

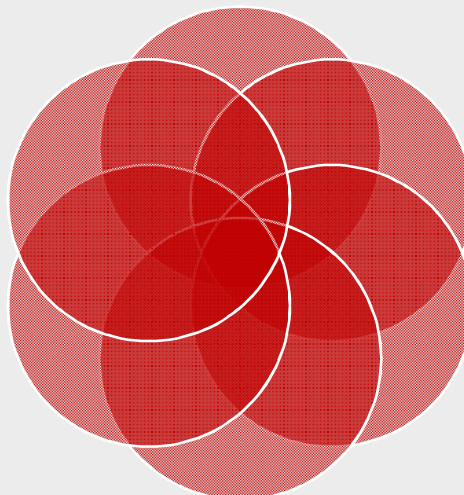


Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Medida cautelar de aprehensión

1. La aprehensión es una medida cautelar que da inicio al procedimiento de decomiso de la mercancía.
2. Las causales de aprehensión se encuentran taxativamente establecidas en la regulación aduanera.
3. El acta de aprehensión es un acto de trámite y contra él no procede recurso alguno.
4. La mercancía será devuelta si en cualquier momento del proceso se evidencia que cumplió con el lleno de las exigencias normativas.
5. La aprehensión culmina en sede administrativa con el decomiso.
6. La aprehensión y decomiso se podrá adelantar aun cuando la mercancía se encuentre en poder de terceros poseedores o tenedores.



Sanción cuando no sea procedente aprehender la mercancía

Cuando no sea posible aprehender la mercancía porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción de multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del avalúo de la misma, que se impondrá al importador y al poseedor o tenedor, según corresponda.

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



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Efectos del decomiso

El decomiso es el acto administrativo a través del cual se define en sede administrativa la situación jurídica de la mercancía previamente aprehendida.

El decomiso aparta al titular del derecho de dominio de la propiedad de la mercancía importada y pasa a manos del Estado.

Contra la decisión de decomiso procede la instauración de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Ley Anticontrabando

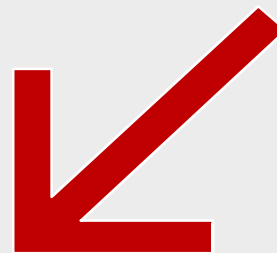


Conductas delictivas

Contrabando
abierto

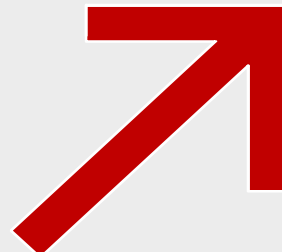


Fraude aduanero
(Contrabando técnico)



Conductas tipificadas

Favorecimiento y
facilitación del
contrabando



Lavado de activos



Fraude aduanero

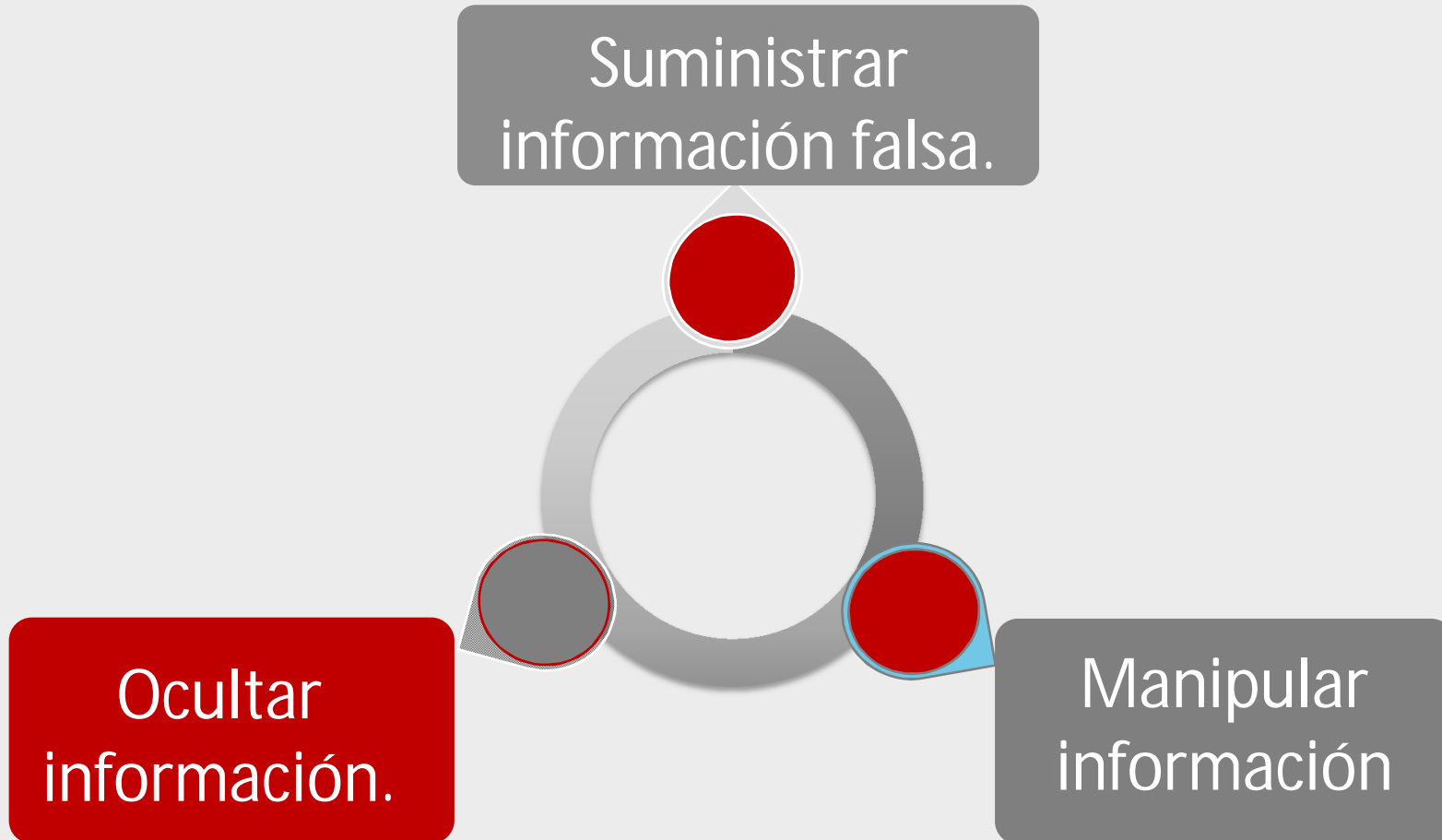
El que por cualquier medio suministre información falsa, la manipule u oculte cuando le sea requerida por la autoridad aduanera o cuando esté obligado a entregarla por mandato legal, con la finalidad de evadir total o parcialmente el pago de tributos, derechos o gravámenes aduaneros a los que esté obligado en Colombia, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes del valor real de la mercancía incurrirá en pena de prisión de ocho (8) a doce (12) años, y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Verbos rectores

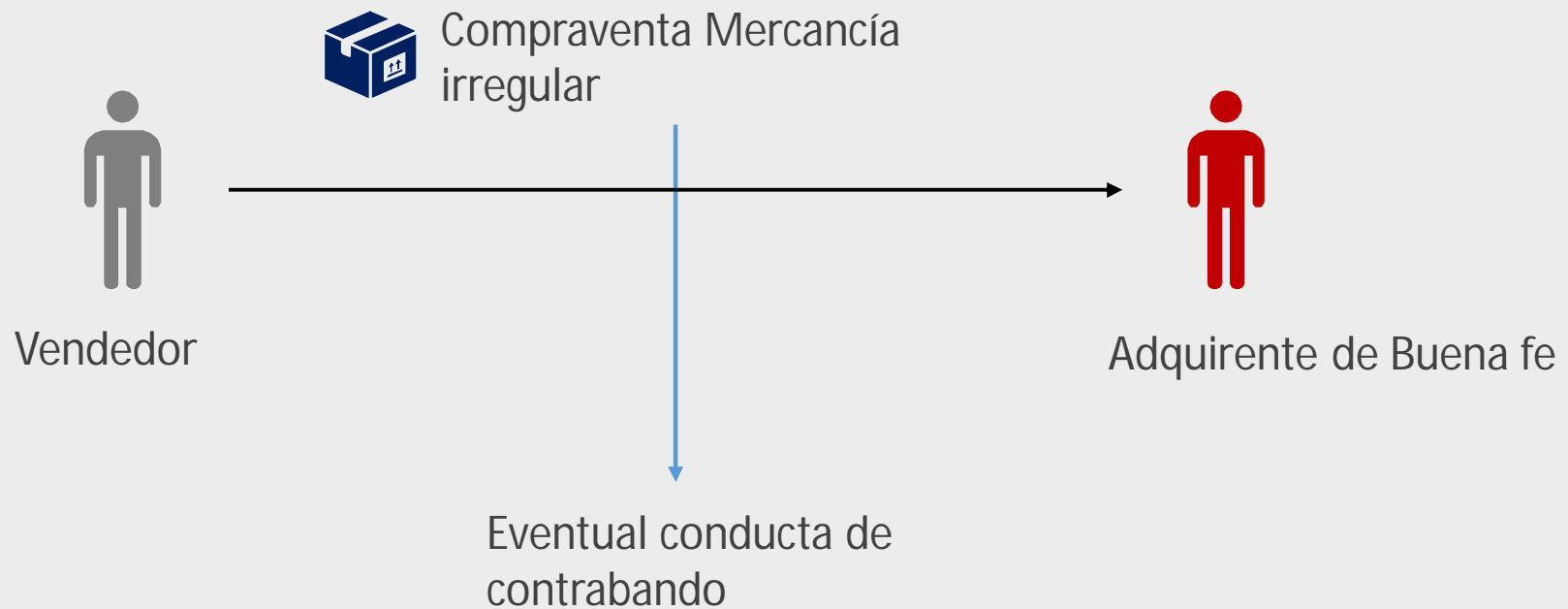


Favorecimiento y facilitación del contrabando

- Poseer
- Tener
- Transportar
- Embarcar – Desembarcar
- Almacenar
- Ocultar
- Distribuir
- Enajenar

Mercancías que hayan sido introducidas al país ilegalmente o que se hayan ocultado, disimulado o sustraído del control aduanero, o que se hayan ingresado a zona primaria sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, cuyo valor supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin superar los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años y multa del doscientos por ciento (200%) al trescientos por ciento (300%) del valor aduanero de la mercancía objeto del delito.

Tercero adquirente de buena fe



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 llenado de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del Estatuto Tributario.

Protección aduanera y penal al tercero adquirente de buena fe

En materia aduanera se exonera de la imposición de la sanción del 200% aplicable en los casos de no poder aprehender la mercancía, siempre y cuando disponga de la factura de compra venta con el lleno de los requisitos establecidos por el estatuto tributario.

En materia penal se exonera de la pena privativa de la libertad, frente al delito de favorecimiento del contrabando, igualmente cuando disponga de la factura de compra venta.

No obstante la protección legal que se observa para los terceros adquirentes de buena fe, tratándose de la aprehensión y el decomiso no está unificado el criterio de la protección.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Desarrollo jurisprudencial del tercero adquirente de buena fe en materia aduanera



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Posición de las Altas Cortes frente al decomiso

Las Altas Cortes en Colombia a lo largo del tiempo han asumido diferentes posiciones frente al tercero de buena fe en materia aduanera.

Amparando al tercero adquirente de buena fe.

Amparando a la Autoridad Aduanera y Tributaria.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Buena fe

“Tal principio exige de gobernantes y gobernados el compromiso de obrar honesta y desprevenidamente, 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”.

Corte Constitucional en la Sentencia
T-532 de 1995



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Confianza legitima

"...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"



Sentencia T-566 de 2006. Corte Constitucional.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Amparo al tercero adquirente

Carácter personal de la obligación aduanera

“... 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”



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

Amparo al tercero adquirente

La factura de venta local

“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”.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



No amparo al tercero adquirente

Posición reciente del Consejo de Estado

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

“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”



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



No amparo al tercero adquirente

Buena fe

“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”



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



No amparo al tercero adquirente

Confianza legítima

“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”



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



No amparo al tercero adquirente

Levante es un acto sujeto a condición

“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”



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



El gran reto y propuesta



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



El gran reto

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.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Propuesta

Diferenciar los efectos aduaneros que se derivan de:

i) la buena fe simple, ii) de la cualeficada 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.



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Consideraciones de la Corte Constitucional

Buena fe simple

"(...) 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.

Sentencias C-1007-021 y C-740 de 2003

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 si aminoran sus efectos."

Consideraciones de la Corte Constitucional

Buena fe cualificada

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.

Reciente reglamentación aduanera



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Novedad jurídica

Resolución DIAN 64 del 28 Septiembre 2016 – Entra a regir el 18 de Octubre.

Artículo 7. Factura de venta y relación de causalidad.

Si en las acciones de control de fiscalización,

- i) el consumidor final presenta factura de venta o documento equivalente que ampare la mercancía objeto de la misma,*
- ii) la Autoridad Aduanera verificará que este documento cumpla con los requisitos señalados en el Estatuto Tributario, según el caso;*
- iii) así mismo establecerá la relación de causalidad o nexo comercial con el vendedor nacional verificando que la factura o el documento equivalente aportados hayan sido realmente expedidos por este;*
- iv) de encontrarse conformidad no se adoptará medida cautelar alguna.*



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO



Gracias

Erwin Blanco Nagle

Socio Director

Blanco De Castro Abogados & Contadores

eblanco@blancodecastro.com

www.blancodecastro.com

Colombia – Sur América



Jornadas Bolivianas de
DERECHO TRIBUTARIO

