



Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá, D.C. 14 JUN. 2016

100208221-000549

MINHACIENDA TODOS POR UN NUEVO PAÍS

DIAN No. Radicado 000S2016015222

Fecha 2016-06-15 02:42:56 PM

Remitente Sede NIVEL CENTRAL

Depen SUB GES NORMATIVA DOCTRINA

Destinatario FEDERACION COLOMBIANA DE AGENTES

Anexos 0 Folios 3

COR-000S2016015222

Señor

MIGUEL ANGEL ESPINOSA ALFONSO

Presidente

Federación Colombiana de agentes Logísticos en Comercio Exterior

Carrera 103 N° 25F-50 Oficina 106

Bogotá, D.C.

Ref.: Radicado 001902 del 04/02/2016

Atento saludo, señor Espinosa:

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, este Despacho está facultado para resolver las consultas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, en el marco de la competencia asignada a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Con el oficio de la referencia solicita la aclaración o reconsideración del Concepto 31878 del 5 de noviembre de 2015, el cual está relacionado con el reconocimiento de mercancías de que trata el artículo 27-3 del Decreto 2685 de 1999; señala en su comunicación: "..., pues resulta claro que la Diligencia de Reconocimiento de Mercancías es potestativa y que tal decisión incluso no es de la Agencia de Aduanas en su calidad de mandatario, si no que compromete la voluntad del sujeto consignatario/importador - mandante, máxime cuando la misma sugiere tiempos y costos que impactan la operación de comercio exterior. ..."

"...1.- El reconocimiento o la inspección previa de la mercancía para su declaración ante la Aduana, no es obligatoria sino que es una **facultad discrecional** que tienen las Agencias de Aduanas de conformidad con lo previsto en el artículo 27-3 del Decreto 2685 de 1999, ..."

"... no es admisible que si el reconocimiento de mercancía depende directamente del importador, se sancione por su no realización a una agencia de aduanas, sobre todo cuando se trata de una facultad discrecional que no puede generar consecuencias diferentes a las que acertadamente se plantearon en la Circular 188 de julio 26 de 2000, expedida por la DIAN, dependiendo de si se realiza o no el reconocimiento previo de la mercancía. ..."

Sobre este particular conviene referir el Concepto 31878 del 5 de noviembre de 2015 y resaltando los apartes respecto de los cuales se manifiesta la inconformidad, así:

"1. Se solicita precisar, si las agencias de aduanas están obligadas a realizar el reconocimiento de mercancía, cuando los importadores solicitan su nacionalización sin efectuar dicha actuación y qué responsabilidad se deriva de ello?"

Sobre el particular dispone el Decreto 2685 de 1999 lo siguiente:

ARTICULO 12. AGENCIAS DE ADUANAS. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2883 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las agencias de aduanas son las personas jurídicas autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para ejercer el agenciamiento aduanero, actividad auxiliar de la función pública aduanera de naturaleza mercantil y de servicio, orientada a garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

ARTÍCULO 27-2. OBLIGACIONES DE LAS AGENCIAS DE ADUANAS. <Artículo adicionado por el artículo 1 del Decreto 2883 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Las agencias de aduanas en ejercicio de su actividad, a través de sus representantes legales, administradores, agentes de aduanas o auxiliares tendrán las siguientes obligaciones:

(...) 13. Reportar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales o a las autoridades competentes, las operaciones sospechosas que detecten en el ejercicio de su actividad, relacionadas con evasión, contrabando, lavado de activos e infracciones cambiarias.

"ARTÍCULO 27-3. RECONOCIMIENTO DE LAS MERCANCÍAS.

Las agencias de aduanas tendrán la facultad de reconocer las mercancías que se someterán al proceso de importación, en zonas primarias aduaneras y zonas francas, con anterioridad a su declaración ante la aduana..."

De las normas anteriormente transcritas se infiere que las agencias de aduanas están acreditadas por la autoridad aduanera para ejercer el agenciamiento aduanero, y garantizar que los usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios cumplan con las normas legales existentes en materia de importación, exportación y tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dichas actividades.

También gozan de la facultad de reconocer las mercancías que se someten al proceso de importación, con anterioridad a la presentación de la declaración ante la aduana.

Ahora bien los parágrafos 4 y 5 del artículo 231 del Decreto 2685 modificado por el Decreto 993 de 2015 indican lo siguiente:

"(...) PARÁGRAFO 4o. Cuando la declaración anticipada presente descripción parcial o incompleta de la mercancía, así como errores u omisiones parciales en el serial y/o marca que no conlleven a que se trate de mercancía diferente frente a lo contenido en los documentos soporte y la mercancía haya sido objeto de reconocimiento según lo previsto en el artículo 27-3 del presente decreto, se podrá presentar declaración de legalización de manera voluntaria, sin pago de rescate, hasta antes de la salida de las mercancías de la zona primaria.

PARÁGRAFO 5o. Cuando la declaración anticipada ampare mercancía diferente frente a la mercancía introducida al territorio aduanero nacional, sobre la cual se haya surtido el reconocimiento de que trata el artículo 27-3 del presente decreto, se podrá presentar declaración de legalización de manera voluntaria antes de solicitar el levante de la mercancía, con pago de rescate del veinte por ciento (20%) del valor en aduana. Por lo tanto las agencias de aduanas pueden presentar declaración de legalización voluntariamente sin la intervención de la autoridad aduanera conforme a lo previsto en la norma. (...)"

Conforme a lo anterior, las agencias de aduanas pueden reconocer las mercancías una vez presentada la declaración anticipada, acorde con lo previsto en la norma.

Así mismo, las agencias de aduanas están obligadas a reportar a la autoridad aduanera todas aquellas circunstancias que puedan constituir infracciones a la legislación aduanera, entre otras las operaciones sospechosas.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad de las agencias de Aduana, el artículo 27-4 *ibídem* dispone:

"Artículo 27-4. Responsabilidad de las agencias de aduanas. Las agencias de aduanas que actúen ante las autoridades aduaneras serán responsables administrativamente por las infracciones derivadas del ejercicio de su actividad.

Igualmente, serán responsables por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriban sus agentes de aduanas acreditados ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y responderán administrativamente cuando por su actuación como declarantes hagan incurrir a su mandante o usuario de comercio exterior que utilice sus servicios en infracciones administrativas aduaneras que conlleven la liquidación de mayores tributos aduaneros, la imposición de sanciones o el decomiso de las mercancías.

Lo anterior, sin perjuicio de las acciones legales que puedan adelantar los mandantes o usuarios de comercio exterior que utilicen sus servicios contra las agencias de aduanas.

Parágrafo. Las agencias de aduanas responderán directamente por el pago de los tributos aduaneros y sanciones pecuniarias que se causen respecto de operaciones en las que el usuario de comercio exterior sea una persona inexistente".

Como se observa, la responsabilidad de las Agencias de Aduanas al realizar las actividades propias de su ejercicio como auxiliar de la función pública aduanera en las operaciones de comercio exterior.

Frente a la autorización que cita en su consulta donde el importador de la mercancía le solicita proceder con el trámite de nacionalización omitiendo el reconocimiento físico de las mercancías y exonerando a la agencia de aduanas de esta responsabilidad, es preciso aclarar que éste documento no las exime de responsabilidad alguna, ya que por tratarse de un documento privado solo vincula a las partes y no a la autoridad aduanera, es decir no es oponible contra esta.

El alcance y la vigencia de la autorización conferida para efectos de la operaciones de comercio exterior es de resorte exclusivo de las partes que en él intervienen, en consecuencia solo al importador y a la agencia de aduanas pueden convenirlo de acuerdo a sus transacciones comerciales.

2. En casos de encontrarse excesos de mercancía por los funcionarios de la Policía Fiscal y Aduana sin haberse realizado el reconocimiento de la misma por la Agencia de Aduanas, el documento reseñado libera de responsabilidad a la agencia de aduanas?

Al respecto, la autoridad aduanera está facultada para el ejercer, entre otros, el control posterior de la mercancía importada, si como consecuencia de este se llegase a encontrar mercancía en exceso, deberá iniciarse el proceso de definición de situación jurídica de la mercancía, esto es proceder a su aprehensión y decomiso.

Efectuar o no el reconocimiento de la mercancía dependerá exclusiva de la decisión particular de la agencia de aduanas, ya que conforme al precepto legal, artículo 27-3 del Decreto 2685 de 1999, esta es una facultad discrecional, no obstante, ya se trate de que el reconocimiento no se lleve a cargo por expresa orden del declarante, se tiene que, tal decisión no es oponible a la autoridad aduanera y en consecuencia la agencia será responsable por las infracciones que se deriven de su acción u omisión, entre otras las consagradas en el artículo 485 *ibídem*.

3. Existiría responsabilidad penal de la agencia de aduanas, conforme a la Ley 1762 de 2015, cuando al importador le encuentran algún tipo de error en la mercancía y la agencia no hizo reconocimiento por instrucción del importador de acuerdo al documento firmado entre ellos?

Es importante tener en cuenta lo reglado en los artículos 474 y 477 del Decreto 2685 los cuales disponen:

"ARTICULO 474. INDEPENDENCIA DE PROCESOS. Cuando una infracción a las normas

aduaneras se realice mediante la utilización de documentos falsos, empleando maniobras fraudulentas o engañosas que tipifiquen delito por si solos o se realice en concurso con otros hechos punibles, se aplicarán las sanciones administrativas que procedan, sin perjuicio de las investigaciones penales que corresponda adelantar".

ARTICULO 477. CLASES DE SANCIONES. (...) "La autoridad aduanera aplicará las sanciones por la comisión de las infracciones previstas en este Decreto, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal, fiscal o cambiaria que pueda derivarse de las conductas o hechos investigados y de la obligación de subsanar los errores que hayan dado lugar a la comisión de la misma. (...)"

Por su parte la Ley 1762 de 2015 señala en su artículo 4:

"ARTÍCULO 4o. CONTRABANDO. Modifíquese el artículo 319 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 319. Contrabando. El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

En que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta.

PARÁGRAFO. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal

De las normas transcritas se deduce la independencia de los procesos penal y administrativo que puedan generarse en las actuaciones tendientes a efectuar los controles respecto de las mercancías que se encuentren dentro del territorio aduanero nacional. En ese orden de ideas, como se explicó, no se exime de la responsabilidad a la agencia de aduanas por omitir, ya sea por orden expresa del declarante, efectuar el reconocimiento de la mercancía.

De otra parte se debe considerar que le asiste a la agencia de aduanas la obligación legal de conocer a su cliente, conforme esta estatuido en el artículo 27-1 del Decreto 2685 de 1999, justamente con el propósito de protegerse de prácticas relacionadas con lavado de activos, contrabando, evasión y cualquier otra conducta irregular, para lo cual deberán obligatoriamente establecer mecanismos de control que les permita asegurar una relación contractual transparente con sus clientes. En cuanto a la responsabilidad de carácter penal corresponderá determinarla a la autoridad competente, conforme a las circunstancias de tiempo modo y lugar que se determinen en el respectivo proceso."

De otra parte, el numeral 1.3 de la Circular 0188 de 2000, señaló:

"1.3 En cuanto al reconocimiento de las mercancías que puedan efectuar las Sociedades de Intermediación Aduanera, conforme a lo previsto en el parágrafo del artículo 68 de la ley 488 de 1998 y los artículos 1º y 24 del Decreto 2685 de 1999, es preciso reiterar que se trata de una facultad

discrecional para verificar la cantidad, peso, naturaleza y estado de las mercancías, así como los elementos que la describen, previamente a la declaración de la misma. De manera que no es obligatoria, en todos los casos, la realización del reconocimiento de las mercancías por las Sociedades de Intermediación Aduanera.

La responsabilidad que las Sociedades de Intermediación Aduanera tienen por la exactitud y veracidad de la información contenida en los documentos que suscriben sus representantes, de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 26 literal b) del Decreto 2685 de 1999, será por la consistencia entre los datos declarados y los documentos soporte entregados por el importador.

Cuando la Sociedad de Intermediación Aduanera haya practicado reconocimiento a las mercancías, la responsabilidad por la exactitud y veracidad de la información, se predicará no sólo frente a los documentos, sino también respecto a los resultados de la verificación de la mercancía.

No sobra advertir que, cuando en la diligencia de reconocimiento la Sociedad de Intermediación Aduanera encuentre excesos o mercancías distintas, o con un mayor peso, en el caso de mercancía a granel, deberá informarlo a la autoridad aduanera, sin perjuicio de la posibilidad de reembarque o legalización de las mercancías, de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2685 de 1999.

Cuando se haya realizado reconocimiento de mercancías por parte de la Sociedad de Intermediación Aduanera, y en la diligencia de inspección aduanera el funcionario detecte excesos o diferencias de mercancías, que no se hubieren informado a la autoridad aduanera, con anterioridad a dicha diligencia, procederá su aprehensión, sin perjuicio de la sanción establecida en el numeral 2.7 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999 para las Sociedades de Intermediación Aduanera."

Entrando en materia a revisar la doctrina que se solicita aclarar o reconsiderar, es de precisar que la misma se emitió en el supuesto: "que la Agencia de Aduanas está aceptando la autorización expedida por el importador para efectos de no llevar a cabo el reconocimiento o la inspección previa de la mercancía a la presentación de declaración ante la Aduana"; y ante la acción de control de la autoridad aduanera, al comprobar la existencia de mercancía sobrante o distinta respecto a la amparada en los documentos de importación presentados, surte necesariamente la apertura de un procedimiento administrativo, en el cual se involucra a todos los responsables del cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades aduaneras.

En este contexto, se aclaran los apartes contenidos y resaltados en el Concepto 31878 del 5 de noviembre de 2015, precisando que no se está desconociendo la facultad discrecional que tiene el importador o la agencia de aduanas para efectuar el reconocimiento o la inspección previa de la mercancía a la importación, pero ante una acción de control por parte de la autoridad aduanera de conformidad a lo expresado anteriormente, la agencia de aduanas, con el solo hecho de exhibir una instrucción, autorización u orden del importador para no efectuar la inspección, no salva su responsabilidad frente al cumplimiento de su obligación de efectuar tal reconocimiento, sino que se vinculará como sujeto responsable. El eximente de responsabilidad deberá probarse en el transcurso del procedimiento administrativo correspondiente..

En los términos anteriores se absuelve su solicitud.

Atentamente,


PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO
Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina