

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR ALONSO VALERO NISIMBLAT

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA.

rpmemorialestadmvcauca@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: **ALEGATO DE CONCLUSIÓN** - Auto interlocutorio No.128

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO- ADUANAS
DEMANDANTE	LA PREVISORA S.A. gherrera@gha.com.co
DEMANDADO	DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN-
RADICADO	76001-23-33-000- 2019-00508-00

Honorable Magistrado:

Antes de todo, me permito informar que los actos administrativos sancionatorios fueron demandados por la compañía AGENCIA DE ADUANAS SOCIEDAD DE TRAMITES ADUANEROS EN COMERCIO EXTERIOR – SOTRAEX, en acción de nulidad y restablecimiento que se adelanta en este mismo Tribunal bajo el radicado 76001-23-33-000-2019-00528-00, y que se encuentra pendiente de fallo.

PROBLEMA JURÍDICO

El Auto mediante el cual se convoca a presentar alegatos de conclusión define claramente el litigio en el sentido de indagar previamente cual era el régimen sancionatorio que debía aplicarse, si el contenido en el Decreto 390 de 2016, como lo alega la demanda o, el contenido en el Decreto 2685 de 1999, como lo alega la demandada:

“Definir sobre la legalidad de los actos administrativos demandados, para lo cual deberá definirse previamente cual era el régimen sancionatorio que debía aplicarse, si el contenido en el Decreto 390 de 2016, como lo alega el demandante o el Decreto 2685 de 1999, como lo alega la Dian”.

Lo anterior para establecer si la agencia de aduanas incurrió en la infracción aduanera que se le imputa y por la cual se le impuso sanción en los actos demandados; y de allí, determinar si la compañía aseguradora está obligada en calidad de garante.

Esta fijación del litigio -que considero acertada-, va de la mano Honorables Magistrados, de cuestiones que, después de ocho (8) años de haberse expedido el Decreto 390 del 7 de marzo de 2016, deben resolverse en este caso concreto, y que ya fueron resueltas en sentencias que allegué previamente.:

¿Las normas del régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 requerían para su entrada en vigencia de un pronunciamiento reglamentario (Resolución) del Director de la DIAN?

¿ Al no haberse expedido tal reglamento durante la vida del Decreto 390 de 2016, significa que dicho régimen sancionatorio nunca entró en vigencia?; por tanto, según la aduana las conductas típicas del Decreto 2685 de 1999 no contempladas en este último decreto (derogadas tácitamente o tipificadas pero con menor sanción), ¿i) continuaron vigentes sin solución de continuidad, o, ii) por tratarse de normas de carácter sancionatorio entraron en vigencia inmediatamente por cuanto no podían confundirse con las normas de procedimiento aduanero?

En el caso que nos ocupa, se trata de la conducta sancionable contemplada en el numeral 2.6 del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, sobre la cual SOTRAEX y PORVENIR S.A. han predicado que debió la DIAN aplicar el principio de favorabilidad por haberse cometido la supuesta infracción en vigencia de norma anterior, pero impuesta la sanción en vigencia de la norma que no la contempla.

En efecto, el día 10 de septiembre de 2018 se expidió el acto de fondo que impuso la sanción (Resolución 0001358, expediente aduanero RA 2015 2018 0676), con fundamento en el Decreto 2685 de 1999, no obstante que había sido expedido un nuevo régimen sancionatorio (Decreto 390 de 2016 del 22 de marzo de 2016), que no contemplaba la conducta sancionable.

El Decreto 390 entró a regir el 22 de marzo de 2016, es decir 15 días comunes luego de su publicación en el Diario Oficial, mientras que la sanción, como ya se dijo, se impuso el 10 de septiembre de 2018. Se cumple así el presupuesto para la aplicación de la favorabilidad, puesto que la norma favorable (Decreto 390 de 2016) se expidió antes de la decisión de fondo.

La agencia de aduanas y Porvenir S.A. han invocado la aplicación del principio de favorabilidad por supresión del canon punitivo en el nuevo régimen sancionatorio consagrado en ese entonces en el Decreto 390 de 2016; empero, la administración adujo, en la época de la controversia –pasados más de dos años desde la expedición del Decreto 390 de 2016-, que ese nuevo régimen sancionatorio no había empezado a regir porque, según el mismo decreto su entrada en rigor dependía de un acto reglamentario del Director de la DIAN

Durante la controversia - y aún hoy, a pesar de distintos pronunciamientos judiciales-, la autoridad aduanera optó por aducir que el régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 nunca entró en vigencia porque el anunciado reglamento nunca se expidió.

ATIPICIDAD DE LA CONDUCTA IMPUTADA Y PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Trata este punto sobre la vigencia de las normas sancionatorias aduaneras y la aplicación del principio de favorabilidad.

El Decreto 390 de 2016 modificó el régimen aduanero y su régimen sancionatorio. Teniendo en cuenta que muchos de sus preceptos relacionados con los trámites y

procedimientos aduaneros no eran aplicables de manera inmediata al momento de su promulgación, se decretó la entrada en vigencia escalonada de aquellos cánones, según el desarrollo que pudiera darle la DIAN, en razón de la dependencia de muchos de estos procedimientos aduaneros al sistema informático y a las aplicaciones a desarrollar por esta entidad; y claro está por la dependencia del reglamento a expedir en los eventos en que fuera necesario, una vez se implantaran los procedimientos en el sistema informático.

Las reglas de entrada en vigencia escalonada no dijeron nada respecto de las normas de tipo sancionatorio, las cuales, honorables magistrados, no dependen de un sistema informático para su entrada en vigencia, porque no son operaciones y procedimientos que lo requieran..

Al haber guardado silencio el Decreto 390 de 2016 sobre la vigencia de su régimen sancionatorio –dado su carácter punitivo no requería pronunciarse sobre la vigencia de tales normas-, la DIAN interpretó en varios conceptos que el nuevo régimen sancionatorio –al igual que las demás normas de procedimiento y los trámites aduaneros-, requería reglamento para su entrada en vigencia.

Trascurrió la vigencia del Decreto 390 de 2016 y nunca se expidió el anunciado reglamento del que decía depender su entrada en vigor –porque ni material ni jurídicamente el Director de la DIAN podía hacerlo-, de tal manera que el nuevo régimen de sanciones en la práctica se “congeló” vía conceptos de la autoridad doctrinal.

Esta entrada en latencia del nuevo régimen, podemos decir que fue *ad eternum*. La condición de que solo es posible hacer entrar en vigencia el decreto mediante reglamento fue un imposible jurídico y funcional hasta el punto de que más de tres (3) años después se extinguió tal pretensión al expedirse un nuevo decreto (1165 de 2019), que eliminó la fracasada “vigencia escalonada”.

Con errados pronunciamientos, y más con el ánimo de imponer sanciones, la DIAN declaró prácticamente en “suspensión” el nuevo régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016, predicando su sujeción a un acto reglamentario, echando de menos que por disposición expresa de la Ley Marco de Aduanas (Ley 1609 de 2013), lo relativo a sanciones y el procedimiento de imposición deberá estar consagrado en los decretos que en desarrollo de esta ley expida el Gobierno Nacional.

Por obvias razones, el término trascurrido desde aquel yerro interpretativo es elocuente en demostrar lo errónea de tal tesis, ya que es imposible que las normas sancionatorias pendan de un reglamento que por su naturaleza no puede producirse, amén de que está excluida la DIAN (Director General) de la potestad para dictarlo, como efectivamente lo demostró el simple paso del tiempo sin que tal reglamento pudiera ser expedido

Como se explicó en la demanda, y se hará de manera breve en este escrito, esta hermenéutica sobre la entrada en vigencia del régimen sancionatorio aduanero es monumentalmente errónea. Para sustentar lo antedicho, veamos:

En materia de vigencia de las leyes en el tiempo, las normas que pueden establecerla son la Constitución Política y las leyes, estas últimas entendidas bajo el concepto de Ley en sentido formal, es decir, la que expide el Congreso de la República con base en los artículos 150 a 152 de la Constitución, sin perjuicio, por supuesto, que también pueda ser regulada por los decretos expedidos por el Presidente de La República en ejercicio de facultades ordinarias, atendiendo lo dispuesto en la ley sobre vigencia, si fuere del caso; o también en ejercicio de facultades extraordinarias o en estados de excepción.

Lo anterior significa que no es posible establecer condiciones de vigencia a través de normas que no tengan carácter constitucional o legal, como sería por ejemplo los decretos reglamentarios que subviertan una norma superior, u otro tipo de normas de carácter inferior¹, como lo serían las circulares o los conceptos de la DIAN.

Por obvias razones, tratándose de actuaciones que se surten en una plataforma informática, como son los procedimientos aduaneros, la aplicación de su régimen depende de la implementación de tal sistema.

En materia sancionatoria penal o administrativa es principio general el de favorabilidad, que difiere en pequeños matices en algunos estatutos; empero, sin duda alguna, las nuevas normas sancionatorias rigen hacia el futuro con prevalencia del principio de favorabilidad que las convierte en retroactivas.

Ahora, si la entrada en vigencia de una norma se supedita a una condición, esta debe ser razonable, realizable (competencia), clara y sin ambigüedades. De allí resulta que al no estar sometidas las normas sancionatorias a reglamento de la DIAN para su aplicación, por imposibilidad material y jurídica de esta entidad para dictarlo y por no ser requisito *sine qua non* para su implementación, las normas de tipo sancionatorio del Decreto 390 de 2016 entraron en vigencia inmediata, conforme al principio general.

Pero la DIAN, de una manera antitécnica -que no se compadece con la calidad de sus especialistas sobre la materia-, emitió pronunciamientos que generaron caos, inseguridad jurídica, detrimento para la nación y perjuicio para los administrados.

Y antes que todo, honorables magistrados, valga recordarle a la DIAN que los conceptos son obligatorios para los funcionarios, no para la rama judicial.

Como ejemplo de este yerro tenemos el **Concepto 384 del 9 de abril de 2018**, dirigido al doctor LUIS FERNANDO FUENTES IBARRA, Director de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La cuestión por resolver la plantea el mismo concepto al dirigirse al alto funcionario consultante:

1 SIERRA PORTO, Humberto "Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana", Universidad Externado de Colombia. Página 18

“Indaga en primer término, sobre cuáles artículos de los Decretos 390 de 2016, 349 de 2018 y 2685 de 1999, se encuentran vigentes a la fecha”.

Como se observa, se anuncia que el concepto a emitir tiene el propósito de responder cuáles son las normas vigentes del Decreto 2685 de 1999. Pero; revisado letra por letra, el concepto no lo hace; se va por las ramas indicando las normas vigentes de los Decretos 390 de 2016 y 349 de 2018 y deja al consultante la tarea de identificar por deducción las normas vigentes del Decreto 2685 de 1999, las que explícitamente prometió individualizar.

Y para eludir la respuesta concreta a la consulta sobre las normas sancionatorias vigentes, se despachó con el siguiente galimatías:

“En cuanto a la inquietud sobre la vigencia de los artículos sobre infracciones y sanciones, se precisa que estos solo son aplicables en la medida en que la obligación correlativa se encuentre vigente y rigiendo”.

Esta “precisión” asombrosa, ejemplifica la regla que ha regido la interpretación y aplicación del nuevo régimen sancionatorio desde la “declaratoria de suspensión” de la entrada en vigencia de las conductas típicas nuevas; y claro está, de inaplicación de las sanciones derogadas, bajo la tesis de la supuesta dependencia de reglamento de la DIAN para que entre a regir el nuevo régimen sancionatorio.

En el Concepto Jurídico 22410 del 2016 octubre de 2018 la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN sostiene que el régimen sancionatorio no ha entrado a regir por inexistencia de reglamento. Acudió a la Sentencia C-957 de 1999 en la que la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema de la vigencia y concluye:

“...Por tanto, en cuanto a la vigencia de una norma, esta entra en vigor, a partir del momento en que así lo establece el legislador. Igualmente, el legislador establece la forma como la norma entrará en vigencia. Esta forma puede obedecer a las siguientes reglas: con la promulgación de las normas; o en otra fecha determinada; o bien disponer de una vigencia escalonada en el tiempo y sobre este tema la Sentencia C 1199 del 2008 se pronunció en el siguiente sentido: “...la determinación acerca de la fecha de entrada en vigencia de una ley es un asunto que compete de manera privativa al legislador, teniendo en cuenta los análisis de conveniencia y oportunidad que en cuanto representante de la sociedad y de sus distintos intereses le corresponde realizar, frente a lo cual no resulta posible que el juez constitucional u otra autoridad cuestionen el sentido de su decisión. Dentro de esta autonomía, el legislador puede adoptar cualesquiera reglas de entrada en vigencia, desde que aquélla sea inmediata a la sanción o a la promulgación de la ley, hasta que comience varios meses o años después. También puede disponer una vigencia escalonada o fraccionada en el tiempo, para distintos capítulos de la norma o para preceptos específicos”. (...) En

conclusión, el Legislador es el llamado a determinar, de manera discrecional, la fecha en que comienza la vigencia de una ley, sin embargo, esta libertad de configuración encuentra un límite infranqueable en la fecha de publicación de la ley, de manera tal que se puede diferir la entrada en vigencia de la ley a un momento posterior a su publicación pero no antes de esta”.

De acuerdo con el análisis anterior manifiesta la DIAN que “hay dos formas de entrar en vigencia” en el artículo 674 del Decreto 390 del 2016 y concluye que el régimen sancionatorio dependía de reglamento. De esta manera arrasó con su artículo 4:

“Artículo 4°. Principios Generales.

(...)

Parágrafo 4°, Para efectos del Principio de Favorabilidad la Autoridad Aduanera en el proceso sancionatorio y de decomiso de mercancías, aplicará oficiosamente las normas que favorezcan al interesado aun cuando no haya sido solicitada o alegada. Se excepciona de este tratamiento lo relativo a los aranceles y tributos aduaneros”.

Adicionalmente, el artículo 2 del Decreto 390 de 2016 consagró como regla primordial del régimen sancionatorio aduanero la aplicación de las normas una vez EXPEDIDAS; lo que significa, ni más ni menos, que está prohibido el aplazamiento de su entrada en vigencia por reglamento de inferior categoría (resolución del Director de la DIAN) y menos por un concepto de carácter general o por interpretación en cada caso concreto, habida cuenta que se trata de normas no susceptibles de reglamento que justifique el diferimiento de su entrada en vigencia.

Reza el artículo 2 del Decreto 390 de 2016:

“Artículo 2. Principios generales. 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:

a) Principio de eficiencia. (...)

b) Principio de favorabilidad. Si antes de la firmeza del acto que decide de fondo la imposición de una sanción o el decomiso se expide una norma que favorezca al interesado la autoridad aduanera la aplicará oficiosamente, aun cuando no se hubiere solicitado”.

En su momento puse a disposición de los Honorables Magistrados, en el radicado 2019-00528-00, copia de sentencias que en caso similar se han proferido por la jurisdicción contenciosa, en las que se reconoce la entrada en vigencia inmediata del régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 -y la consecuente aplicación del principio de favorabilidad-, por ausencia de potestad de la DIAN para reglamentar o dictar normas de carácter sancionatorio, del proceso de imposición, y por ende, para postergar su entrada en vigencia:

1. Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad de la ciudad de Bogotá, 26 de febrero de 2018.
2. JUZGADO Treinta Administrativo del Circuito de Medellín, tres (03) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).
3. TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER San José de Cúcuta, dieciocho (18) de junio dos mil veinte (2020) Magistrado Ponente: ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ.
4. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA CONSEJERA PONENTE: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022) Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO Radicación: 68001-23-33-000-2019-00259-01 (25999)

En estos fallos, los Juzgados, el Tribunal y el Consejo de Estado encontraron acertada la tesis por cuanto, efectivamente, al expedir los actos demandados la DIAN omitió dar aplicación al principio de favorabilidad en virtud del cual, al momento de imponer la sanción, debió haber verificado que en el artículo 538 del Decreto 390 de 2016 no se consagraba la infracción administrativa que dio lugar a la multa impuesta.

Esta violación de las normas referidas, por falta de aplicación, constituye una causal de anulación de los actos acusados, sin que sea óbice para ello que la parte actora lo haya planteado como una falsa motivación, puesto que evidentemente se trató fue de una vulneración de las normas superiores por falta de aplicación.

En efecto, Honorables Magistrados, el Decreto 390 de 2016, consagratorio por la época de los hechos de un nuevo régimen aduanero, en su artículo 538 conservó algunas conductas típicas del Decreto 2685 de 1999 y excluyó otras; no obstante, ya sea por errónea interpretación de la DIAN, o por errónea redacción de la norma por el legislador aduanero -según la óptica de donde se aborde-, la entidad de control, por vía de conceptos obligatorios para los funcionarios, decidió no aplicar el nuevo régimen porque -según su parecer expuesto doctrinalmente-, EL RÉGIMEN SANCIONATORIO NO HA ENTRADO EN VIGENCIA POR AUSENCIA DE REGLAMENTACIÓN-

Esta excusa, con el debido respeto resulta inverosímil, por no decir que irrazonable o absurda, en la medida que la derogatoria de conductas típicas no requiere de reglamento para su aplicación. Comprendemos que ante este pronunciamiento de autoridad, los funcionarios con calidad de operadores jurídicos se relevaron del esfuerzo de discernir o cuestionar las tesis de su superior, por la sencilla razón de que los conceptos, así el funcionario los perciba notoriamente erróneos, son de obligatorio acatamiento.

Pero solo bajo una explicación muy convincente -y por ende razonable, se podría aceptar que, a pesar de la diferencia textual entre las conductas típicas y las sanciones de la norma anterior y las de la nueva, se requiera de un reglamento para la entrada en vigencia del nuevo régimen sancionatorio.

Tal criterio no tendría un mínimo de credibilidad, pues por más que sea laxo el principio de legalidad, no puede sentarse el principio que una conducta típica requiera de reglamento para ser aplicada por el operador jurídico, con mayor razón, si EN LA NUEVA NORMA LA CONDUCTA QUE SE IMPUTA ES INEXISTENTE; ESTO ES, CUANDO ES IMPOSIBLE DE REGLAMENTAR LO ATÍPICO, lo que convierte este principio en una falacia, en un absurdo desde la más elemental lógica.

Y en verdad, Honorables Magistrados, no se entiende como una sanción derogada puede depender de una norma reglamentaria que arbitrariamente determine desde que momento se entiende derogada, contradicción que explica la imposibilidad del Director de la DIAN de expedir tal norma, salvo que acometiera su incursión en el absurdo, y con él en la ilegalidad, a lo que afortunadamente no se atrevió.

La derogatoria de algunas normas típicas del Decreto 2685 de 1999, o su ausencia en el Decreto 390 de 2016, es indiscutible; pero, según la interpretación de la entidad se requería de una resolución del Director de Aduanas que así lo dijera, y solo a partir de esa manifestación se entendería derogada. Esta interpretación no soporta el más mínimo embate, pues con todo respeto, para el más profano en asuntos jurídicos, se adentra en el campo de lo irrazonable.

Es una contradicción argumentar que está pendiente de reglamento una norma que deroga o que no contempla conductas típicas de un régimen anterior y, que por tanto continúan vigentes las normas que han dejado de existir. En gracia de discusión podría discutirse la eventual entrada en vigencia de una norma con vocación de existencia o vigencia -ya sea del mismo tenor que la anterior o modificada-, pero no una inexistente en el nuevo régimen.

Este argumento, a pesar de su falacia, sería admisible si la norma bajo análisis existiera y estuviera llamada a entrar en vigencia, pero la norma cuya aplicación se hace pender de reglamento, en este caso, no existe ni existirá, mientras no se tipifique de nuevo como conducta infractora.

Como se explicó anteriormente, el primer concepto dirigido al Director de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Industria y Turismo el día 10 de abril de 2018, no identificó las normas vigentes del Decreto 2685, a pesar de ser anunciadas como el tema a decidir.

El 27 agosto de 2018 -casi cinco (5) meses después-, la misma funcionaria de la DIAN, emite un nuevo concepto que titula "*Actualización Oficio 384 del 10 de abril de 2018. Vigencias Regulación Aduanera*", en el cual, en vez de corregir de una vez el yerro, reproduce en su totalidad el primer oficio, y sutilmente, casi que "a escondidas" introdujo unas ligeras modificaciones.

Y se revela monumentalmente porqué se afirma que tan solo hubiera bastado un libelo de 3 renglones para informar los cambios del anterior. Veámoslos:

I. Artículos del decreto 390 de 2016 que a la fecha se encuentran vigentes y rigiendo.

Introduce: "artículo 504 salvo los numerales 4, 5 y 9".

Adiciona los artículos que considera vigentes con ocasión de la Resolución 31 de 2018, compara la fecha de esta resolución y la del primer oficio.

II. ARTICULOS DEL DECRETO 349 DE 2018 VIGENTES DESDE EL 7 DE MARZO DE 2018 QUE MODIFICAN ARTÍCULOS DEL DECRETO 390 DE 2018.

Sigue igual.

III. ARTICULOS DEL DECRETO 349 DE 2018 QUE MODIFICAN EL DECRETO 2685 DE 1999 QUE ENTRARON EN VIGENCIA EL 7 DE MARZO DE 2018.

Sigue igual.

IV. ARTICULOS PROPIOS DEL DECRETO 349 DE 2018 ENTRARON EN VIGENCIA EL 7 DE MARZO DE 2018.

Sigue igual

V. ARTICULOS DEL DECRETO 349 DE 2018 QUE ADICIONAN ARTÍCULOS AL DECRETO 390 DE 2018, ENTRARON EN VIGENCIA EL 7 DE MARZO DE 2018.

Sigue igual.

VI. ARTICULO DEL DECRETO 349 DE 2018 QUE ADICIONA UN ARTÍCULO AL DECRETO 390 DE 2018, QUE ENTRARÁ EN VIGENCIA A MÁS TARDAR EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2019.

Sigue igual

VII. ARTICULOS DEL DECRETO 2685 DE 1999 QUE NO SE ENCUENTRAN VIGENTES CON OCASIÓN DE LOS DECRETOS 390 DE 2016 Y 349 DE 2018.

Introduce el artículo 519-1

En suma, para mencionar dos artículos, uno que considera vigente y otro que no, reproduce todo el texto del oficio anterior y pone a los destinatarios a escarmentar uno por uno en los más de cien (100) artículos que menciona en ambos textos para encontrar los dos que adiciona. Esta actitud evidencia el propósito de encubrir los desaciertos y crear confusión tanto en los operadores como en los destinatarios del régimen.

El más profano en técnica jurídica solo hubiera utilizado tres renglones para informar al destinatario:

"Me permito informarle que se adiciona el concepto 384 del 9 abril de 2018 con lo siguiente: ..."

Pues bien, con independencia de la forma o la técnica utilizada, que de suyo es lamentable, salta a la vista la falta de idoneidad de la funcionaria y la penosa exposición del área jurídica de la DIAN a la malquerencia de los contribuyentes y de los operadores jurídicos de la misma entidad, en cuanto a la inseguridad jurídica que tienen que tratar en el día y día. Y dejemos de lado la corrupción que esta inseguridad jurídica propicia.

No admite discusión que para el operador jurídico aduanero era necesario demostrar en este caso concreto la existencia de norma típica, por cuanto en materia aduanera rige el principio de estricta tipicidad que no permite inferir la consagración de una conducta por vía interpretativa, por disposición del artículo 476 del Decreto 2685 de 1999 que dispone:

ARTICULO 476. AMBITO DE APLICACIÓN.

El presente Título, establece las infracciones administrativas aduaneras en que pueden incurrir los sujetos responsables de las obligaciones que se consagran en el presente Decreto. Así mismo, establece las sanciones aplicables por la comisión de dichas infracciones; las causales que dan lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías y los procedimientos administrativos para la declaratoria de decomiso, para la determinación e imposición de sanciones y para la formulación de Liquidaciones Oficiales.

Para que un hecho u omisión constituya infracción administrativa aduanera, o dé lugar a la aprehensión y decomiso de las mercancías, o a la formulación de una Liquidación Oficial, deberá estar previsto en la forma en que se establece en el presente Título. No procede la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma.

(Resaltados añadidos).

Luego, dado que en materia sancionatoria aduanera se prohíbe la interpretación extensiva de las normas, para imponer una sanción por una conducta, se requiere que el legislador aduanero asuma su potestad para erigir una nueva norma con sus propios ingredientes fácticos y típicos, bajo una consecuencia jurídica expresa, integrando a la nueva conducta los presupuestos materiales, los extremos temporales y las reglas de dosificación punitiva; sin embargo, como ya vimos, el legislador aduanero eliminó esta norma al no reproducirla en el Decreto 390 de 2016, muy posiblemente por su evidente injusticia.

CONCLUSIÓN

Se sancionó a la demandante por una conducta que era atípica por no estar consignada en el listado taxativo de infracciones al régimen de aduanas consagrado en el Decreto 390 de 2016, expedido el 7 de marzo de 2016, lo que significa aplicación indebida y falta de aplicación del artículo 538 del Decreto 390 de 2016.

Por consecuencia, se declaró la efectividad de la garantía.

No se trata de imputar al Gobierno Nacional haberse extralimitado en la designación de las reglas de entrada en vigencia al omitir mencionar en el Decreto 390 de 2016 la entrada en vigencia de las normas de carácter punitivo aplicables por la DIAN, entidad que en verdad es la que la estructura, presenta y sustenta el proyecto de decreto ante el gobierno.

Más que ello, se trata de un yerro por parte del área jurídica de la DIAN, ya que este "vacío" –claramente supuesto-, podía ser superado por la entidad con un poco de esfuerzo interpretativo -como operador jurídico ampliamente facultado para ello-, tan

solo con el reconocimiento de la regla básica de que el régimen sancionatorio es de aplicación inmediata conforme al artículo 674; y por tanto, que la vigencia no depende de reglas de vigencia escalonada, basadas en la dependencia de reglamento o de adecuaciones técnicas que le son propias a los procedimientos operativos o reglamentarios.

Al decir lo opuesto, además de contrariar el espíritu del legislador aduanero, se edificó la absurda regla de que una norma sustancial del régimen aduanero nunca entrará en vigencia por cuanto no existe la posibilidad de una norma del Director que modifique o cree normas adjetivas, ni proclame justificadamente su entrada en vigencia, lo que se demuestra claramente con el hecho de que transcurrieron tres (3) años y la DIAN no se pronunció ni siquiera en el sentido de indicar cuales normas de su reglamento anterior continuaron vigentes como lo ordenó el artículo 674-2 del Decreto 390 de 2016.

Y para demostrar más la contradicción, la parte motiva del Decreto 349 de 2018 del 20 de febrero de 2018 le recordó a la autoridad aduanera cuáles son las normas que permiten diferir su entrada en vigencia:

“Que en desarrollo de la directriz establecida por el artículo 5 de la Ley 1609 de 2013, el Decreto 390 de 2016 estableció una aplicación escalonada, sujeta a su reglamentación y al desarrollo del sistema informático electrónico aduanero”.

Elementalmente, el apartado en subraya del Decreto 349 de 2018 recuerda, una vez más, que la aplicación escalonada recae sobre normas sujetas a reglamentación y a la implementación del sistema informático, aspecto que no requiere explicación.

Y como se ha revelado hasta la saciedad, las normas sancionatorias no dependen de reglamento ni del sistema informático, herramienta básica de las operaciones aduaneras, que es en la práctica un sistema de alta complejidad tecnológica que requiere mucho tiempo para su implementación y consolidación, circunstancia que de entrada sería contraproducente si de él dependiera el régimen sancionatorio, como lo demostró el hecho de que trascurrió el citado decreto sin haber sido reglamentado para ese despropósito.

Y para complementar la contrariedad con el ordenamiento jurídico en materia aduanera, por la no aplicación del nuevo régimen sancionatorio, el Decreto 349 de 2018, en la medida que no es de su resorte subsanar la inaplicación del Decreto 390 de 2016, mantuvo la errónea regla de la entrada en vigencia:

Artículo 203. Vigencia. (...)

“Los artículos que modifican el Decreto 390 de 2016, entrarán a regir atendiendo las reglas establecidas por el artículo 674 del citado Decreto”.

Y como las reglas establecidas en el artículo 674 están encaminadas a definir la entrada en vigencia de dos (2) tipos de normas; i) las que dependen de disposiciones reglamentarias y, ii) las que establecen los procedimientos de aduana sean o no dependientes del sistema informático, queda claro que este último decreto no se podía referir a la entrada en vigencia de las normas de carácter sancionatorio; las cuales, de estuvieron vigentes, por virtud del principio de favorabilidad, desde la entrada en vigencia del Decreto 390 de 2016, y mejor aún, desde su promulgación hasta su derogatoria.

Por lo dicho en este alegato, y por los demás argumentos expuestos en la demanda, solicito al Honorable Tribunal declarar la nulidad de los actos demandados por considerar

que están viciados de falsa y errónea motivación por indebida apreciación de los presupuestos fácticos y jurídicos; especialmente, por errónea interpretación de la vigencia del régimen sancionatorio que condujo al desconocimiento del principio de favorabilidad y por la inaplicación de la ritualidad especial para sancionar en la situación concreta en la que debía establecer la responsabilidad de la agencia en la conducta de “hacer incurrir” al importador, en la infracción que conllevó al pago de un mayor valor.

EL RÉGIMEN SANCIONATORIO ADUANERO Y LA SENTENCIA C-441

Mediante Sentencia C-441 de 2021 de la Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 4 del artículo 5 de la Ley 1609 de 2013 (Ley Marco del Régimen de Aduanas), por la violación de los artículos 29 y 150.19, literal c) de la Constitución Política, por cuanto el régimen sancionatorio debe dictarse mediante Ley, no por Decreto.

Honorables Magistrados, se evidencia con esta decisión la regla de que en nuestra legislación determinadas materias tienen competencia privativa, como en este caso, en el que al no haber contemplado el Decreto 390 de 2016 determinadas conductas del régimen sancionatorio anterior –y haber aligerado otras en su dosis punitiva-, se pueda predicar que dichas normas típicas de carácter punitivo pendan de una resolución del Director de la DIAN para su entrada en vigencia.

Y más allá, que al no haberse expedido el anunciado reglamento durante la vida del Decreto 390 de 2016, se pueda predicar que dicho régimen sancionatorio nunca entró en vigencia; por tanto, que las conductas típicas del Decreto 2685 de 1999 no contempladas en este último decreto (derogadas tácitamente) o con menor sanción, continuaron vigentes sin solución de continuidad.

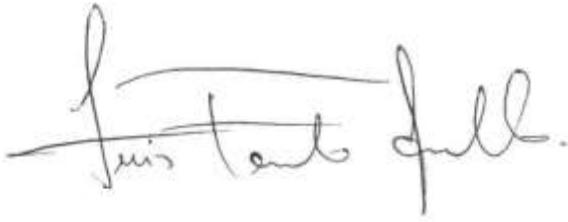
Como lo anuncié, puse a disposición del Tribunal copia de algunas sentencias que respecto de la misma imputación se han proferido en similares asuntos, decisiones en las que se reconoce la entrada en vigencia inmediata del régimen sancionatorio del Decreto 390 de 2016 -y la consecuente aplicación del principio de favorabilidad-, por ausencia de potestad de la DIAN para reglamentar o dictar normas de carácter sancionatorio, o del proceso de imposición, y por ende, por carecer de potestad para definir su entrada en vigencia.

También puse a disposición una resolución de la Dirección Seccional de Aduanas de Pereira, en la cual se reconoce el mismo principio recogido en las providencias.

Honorables Magistrados, se evidencia con esta decisión la regla de que en nuestra legislación determinadas materias tienen competencia privativa, como en este caso, en el que al no haber contemplado el Decreto 390 de 2016 determinadas conductas del régimen sancionatorio anterior –y haber aligerado otras en su dosis punitiva-, se pueda predicar que dichas normas típicas de carácter punitivo pendan de una resolución del Director de la DIAN para su entrada en vigencia.

Y más allá, que al no haberse expedido el anunciado reglamento durante la vida del Decreto 390 de 2016, se pueda predicar que dicho régimen sancionatorio nunca entró en vigencia; por tanto, que las conductas típicas del Decreto 2685 de 1999 no contempladas en este último decreto (derogadas tácitamente) o con menor sanción, continuaron vigentes sin solución de continuidad.

Con todo respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Luis Fernando Duque". The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the top.

Luis Fernando Jaramillo Duque.

C.C. 10.163.346 – T.P. 62932 del C.S.J.

jaraduque@yahoo.com Celular: 317-6673861 - Calle 19 9 64 Oficina 902, Bogotá
D.C.

Copia:

División Jurídica- Dirección Seccional de Aduanas de Cali
notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

Doctor, NEWTON ANTONIO VIAFARA MOLINA
nviafaram@dian.gov.co

LA Previsora S.A.
gherrera@gha.com.co