

# Concepto Jurídico 25958 del 2018 Septiembre 14

## Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Tema: Aduanas.

Descriptores: Causales de aprehensión y decomiso de mercancías.

Fuentes formales: Código Civil artículos 27 y siguientes, 73, 74, 94 y 633.  
Código de Comercio artículo 98, 100, 110, 117 y 222.  
Decreto 2685 de 1999 artículo 231.  
Decreto 390 del 2016 artículo 550, numeral 8º.  
Resolución 64 del 2016 artículo 21.

El consultante pone de manifiesto los siguientes hechos:

1. Con oficio 100202208-0600 del 10 de mayo del 2018 la dirección de gestión jurídica manifestó que en materia aduanera no existe definición legal de persona inexistente que pueda ser objeto de interpretación.
2. En las direcciones seccionales de aduanas o de impuestos y aduanas se han efectuado aprehensiones de mercancías con fundamento en el numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016, **al considerar como persona inexistente las siguientes situaciones:**

Cuando no se encuentra ubicada en la dirección que figura en el registro único tributario, ya sea porque nunca ha tenido allí su establecimiento de comercio u oficinas o porque al momento de la visita de la autoridad aduanera, ya no está en dicho lugar...

Cuando el domicilio de las personas jurídicas corresponde a una casa de habitación, y no un establecimiento abierto al público o porque se efectúa la visita y esta no es atendida.

Cuando ubicada la empresa se comprueba que no lleva contabilidad o que sí bien la llevan, no la tienen disponible en el momento de la visita o está atrasada; **o porque no están registradas las operaciones por las que se indaga o no se permite al auditor el acceso a los registros contables y los soportes de las operaciones comerciales que ha efectuado.**

3. Conforme el artículo 117 del Código de Comercio, la existencia de las sociedades **se prueba con la certificación de la cámara de comercio del domicilio principal.**

4. En sentencia del 16 de noviembre del 2016, el Consejo de Estado, Sección Cuarta: magistrado ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación: 760012331000201100558-01 interno: 20131 se pronunció sobre la persona jurídica inexistente, en el sentido de que se requiere que ésta haya sido liquidada y se apruebe la cuenta final de su liquidación.

Con base en lo anterior, se formulan los siguientes interrogantes:

1. ¿Es viable expedir un acto administrativo de aprehensión y decomiso con fundamento en la causal de aprehensión del numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016, a pesar de haber sido presentado el documento a que hace referencia el artículo 117 del Código de Comercio?
2. ¿Si no está probada la inexistencia de la persona jurídica, ya que por el contrario, fue aportado el certificado de existencia y representación legal, el acto administrativo carece de fundamento legal?
3. ¿Las resoluciones expedidas con fundamento en la existencia de la persona jurídica, a pesar de haber sido demostrado la inexistencia, pueden ser objeto de revocatoria directa o de oficio?
4. ¿Qué responsabilidad legal, disciplinaria, fiscal les cabe a los funcionarios que sustentan su actuación argumentando la inexistencia de la persona jurídica, no obstante que fue probada su existencia con el certificado respectivo?
5. Si se inició el procedimiento de decomiso de la mercancía con fundamento en la causal de aprehensión mencionada, ¿es viable legalizarla en cualquier momento del proceso sin el pago de rescate, u ordenar la continuación del trámite para la nacionalización de la mercancía?

Antes de entrar a resolver los interrogantes formulados por el peticionario es pertinente efectuar las siguientes consideraciones generales respecto de la causal de aprehensión prevista en el numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016, modificado por el artículo 150 del Decreto 349 del 2018.

La causal de aprehensión y decomiso se configura:

- “8. *Cuando se hubieren introducido al territorio aduanero nacional mercancías cuyo consignatario o destinatario o importador o declarante **sea una persona inexistente o cuando no obstante su existencia no hubiera autorizado o realizado la operación**”.*

De la norma transcrita se evidencia que la aprehensión de la mercancía procede en los siguientes eventos:

- a) Que la persona que obre como consignatario o destinatario, importador o declarante sea inexistente, y
- b) Que no obstante su existencia no hubiere autorizado o realizado la operación de comercio exterior.

Por lo anterior, la causal de aprehensión y decomiso no sólo se fundamenta en la prueba de la no existencia de la persona natural o jurídica, sino también, **cuando existiendo dicha persona, no hubiere autorizado o realizado la operación de comercio exterior.**

Aclarado lo anterior, se procede a contestar las preguntas en el orden en que fueron formuladas.

**Pregunta 1.** ¿Es viable expedir un acto administrativo de aprehensión y decomiso con fundamento en la causal de aprehensión del numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016, a pesar de haber sido presentado el documento a que hace referencia el artículo 117 del Código de Comercio?

Antes de entrar a resolver la pregunta, es pertinente referirnos a la aplicación de la causal de aprehensión del **numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016**, cuando se comprueba que el consignatario o destinatario o importador o declarante es una persona inexistente.

Sobre una definición legal de persona inexistente para dar aplicación a la causal de aprehensión, este despacho considera que debemos acudir a las reglas de interpretación doctrinal consagradas en el artículo 27 y siguientes del Código Civil, que disponen que las palabras contenidas en la ley deben entenderse en su sentido natural y obvio cuando no existe una definición legal.

***“ART. 27. “Interpretación gramatical”. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.***

***Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.***

***ART. 28. “Significado de las palabras”. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.***

***ART. 29. “Palabras técnicas”. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han formado en sentido diverso”.***

Para tal efecto, se debe remitir a las definiciones de los términos: personas e inexistentes en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que es la autoridad en materia de nuestro idioma

“persona física1. f. Der. Individuo de la especie humana.

Persona jurídica1. f. Der. Organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones”.

“inexistente(2)

1. adj. Que carece de existencia.
2. adj. Que, aunque existe, se considera totalmente nulo”.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Superintendencia de Sociedades en Concepto Jurídico 122686 del 2009, así:

*“(…) El artículo 101 del mismo código, determina los requisitos de fondo del contrato de sociedad, estableciendo al efecto: para que el contrato de sociedad sea válido respecto de cada uno de los asociados será necesario que de su parte haya capacidad legal y consentimiento exento de error esencial, fuerza o dolo, y que las obligaciones que contraigan tengan un objeto y una causa lícitos. Por consiguiente cuando se cumplen con arreglo a la ley los elementos que constituyen los requisitos de fondo, **existirá un contrato válidamente celebrado**, e igualmente para determinar si del mismo surge una sociedad, basta verificar la concurrencia de los presupuestos esenciales que prevé el artículo 98 citado.*

*Por su parte, los artículos 111 y 112 ibídem, en su orden establecen la necesidad de inscribir en el registro mercantil de la cámara de comercio del domicilio la copia de la escritura social, e igualmente en el registro de instrumentos públicos cuando se hagan aportes de inmuebles o derechos reales relativos dichos bienes, o se establezcan gravámenes o limitaciones sobre los mismos, advirtiendo el segundo que mientras no se haga el registro de la escritura en la cámara de comercio, el contrato en los términos del artículo 901 ibídem, será inoponible a terceros, aunque se haya consumado la entrega de los aportes de los socios, lo que implica que si bien el negocio jurídico no produce efectos respecto de terceros, no por ello se afecta la subsistencia del contrato, ni por ende de la sociedad.*

*De lo expuesto se desprende que si el contrato que es ley para las partes, da origen a la sociedad y esta una vez constituida por escritura pública, forma un sujeto de derecho distinto de los socios, dotado de todos los atributos inherentes a la personalidad jurídica, la misma solamente podrá extinguirse cuándo el patrimonio social se liquide, una vez disuelta por la ocurrencia de las causales de disolución previstas en los estatutos sociales o en la ley, según el tipo societario adoptado.*

*(…)”.*

Conforme lo expuesto, se puede inferir que para oponibilidad a terceros, constituida la persona jurídica es un imperativo legal inscribir la escritura en la cámara de comercio del lugar de su domicilio social; y la pérdida de la personalidad jurídica está sujeta a la liquidación del patrimonio social, por causales previstas en los estatutos sociales o en la ley.

De otra parte, en sentencia del 23 de abril del 2015. Sección Cuarta. Magistrada ponente Martha Teresa Briceño de Valencia. Radicación: 25000232700020120037801 (20688). Actor: Abrenuncio S.A. (Liquidada) (NIT 830.051.881-1). Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN, el Consejo de Estado precisó sobre cuando desaparece o se extingue la persona jurídica.

*“De acuerdo con el artículo 98 del Código de Comercio, una vez constituida legalmente, la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Así, la sociedad es una persona jurídica con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, y, por consiguiente, para ser parte en un proceso, atributo que conserva hasta*

*tanto se liquide definitivamente, esto es, se apruebe la cuenta final de su liquidación y se inscriba este acto en el registro mercantil, momento en el cual desaparece o se extingue la persona jurídica (2).*

(2) *Sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. 16319, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.*

*Sobre el momento en que se extingue o desaparece la persona jurídica, la Sala precisó lo siguiente (3):*

(3) *Sentencia del 30 de abril del 2014, Exp. 19575, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez.*

*“Refiriéndose a este tema, la Superintendencia de Sociedades indicó que con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, “desaparece del mundo jurídico la sociedad, y por ende todos sus órganos de administración y de fiscalización si existieren, desapareciendo así del tráfico mercantil como persona jurídica, en consecuencia no puede de ninguna manera seguir actuando ejerciendo derechos y adquiriendo obligaciones”, y “al ser inscrita la cuenta final de liquidación en el registro mercantil, se extingue la vida jurídica de la sociedad, por tanto mal podría ser parte dentro de un proceso una persona jurídica que no existe”(4).*

(4) *Oficio 220-036327 de 21 de mayo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades.*

*En idéntico sentido, frente al momento de la extinción de la sociedad, en reciente concepto la Superintendencia de Sociedades precisó lo siguiente (5):*

(5) *Oficio 220-111154 del 17 de julio del 2014.*

*“¿En qué momento se extingue completamente la sociedad?*

*“(…) solo con la inscripción en el registro mercantil del acta contentiva de la cuenta final de liquidación (no antes) la sociedad se extingue del mundo jurídico y por ende, todos sus órganos de administración y de fiscalización si existieren; esto es que a partir de ahí desaparece del tráfico mercantil cómo tal y en consecuencia, no puede ejercer derechos ni asumir obligaciones, máxime que su matrícula ha de cancelarse”*

*(…).*

7. *¿Cuándo desaparece la sociedad, como sujeto de derecho?*

*“(…) es cuando se surta la inscripción en el registro mercantil de los documentos correspondientes a la cuenta final de liquidación, que la sociedad para todos los efectos desaparece como sujeto de derecho y con ella, los órganos a través de los cuales actúa, lo que a su turno implica que el liquidador ostentará hasta entonces el carácter de representante legal y en tal virtud estará llamado a responder y actuar en nombre de la misma” (resalta la Sala).*

*Así pues, con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, la sociedad desaparece como sujeto de derecho. En consecuencia, hasta ese momento el liquidador tiene capacidad para representarla legalmente”.*

*De otro lado, los artículos 73 y 74 del Código Civil regulan las personas jurídicas o naturales, así:*

*“ART. 73. Las personas son naturales o jurídicas. De la personalidad jurídica y de las reglas especiales relativas a ella se trata en el título final de este libro”.*

*“ART. 74. Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”.*

En relación con la existencia de las personas naturales, el artículo 94 del Código Civil dispuso: *“La existencia de las personas termina con la muerte”.*

Ahora, en cuanto a las personas jurídicas, el artículo 633 del Código Civil señala lo siguiente:

*“ART. 633. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.*

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter”.

De la misma manera para efectos de la constitución, existencia y disolución de las personas jurídicas, el Código de Comercio se ha referido en los siguientes artículos:

*“ART. 98.—Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social”.*

*“ART. 100.—Modificado. L. 222/95, art. 1º (...).*

*Sin embargo, cualquiera que sea su objeto, las sociedades comerciales y civiles estarán sujetas, para todos los efectos, a la legislación mercantil”.*

*“ART. 110.—La sociedad comercial se constituirá por escritura pública...”.*

*“ART. 117.—La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta”.*

*“ART. 222.—Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto”.*

Con todo lo expuesto, se concluye:

1. No se configura la causal de aprehensión y decomiso del numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016, cuando se prueba la existencia de la persona jurídica con la acreditación de la certificación de la cámara de comercio del domicilio principal de conformidad con el artículo 117 del Código de Comercio.

No obstante, se desvirtúa la existencia de una persona jurídica, probando que no se encuentra legalmente constituida, sea por tener **socios suplantados, fallecidos o inexistentes**, o por **no cumplir con las formalidades expresamente señaladas para constituirse en persona jurídica**, también es inexistente la persona jurídica cuando se inscribe la cuenta final de liquidación, o cuando la autoridad competente lo establezca.

2. Cuando la autoridad aduanera determina de los hechos, documentos u otro medio de prueba que la persona natural o jurídica que obra como consignatario o destinatario de un documento de transporte o importador o declarante de una declaración aduanera de importación, es inexistente o cuando existiendo dicha persona, no hubiere autorizado o realizado la operación de comercio exterior., la autoridad aduanera continuará con el procedimiento administrativo de aprehensión y decomiso.

### **Preguntas 2 y 3**

2. Si no está probada la inexistencia de la persona jurídica, ya que por el contrario, fue aportado el certificado de existencia y representación legal, ¿el acto administrativo carece de fundamento legal?
3. Las resoluciones expedidas con fundamento en la existencia de la persona jurídica, a pesar de haber sido demostrado la inexistencia, ¿pueden ser objeto de revocatoria directa o de oficio?

Teniendo en cuenta lo expuesto en el punto 1 de este escrito, y considerando que es deber del operador jurídico evaluar la legalidad de sus actos, administrativos con el fin de establecer si los mismos carecen de fundamento legal o son susceptibles de revocatoria, toda vez que este despacho no le compete pronunciarse sobre los procesos administrativos que cursan en las distintas áreas de la entidad. La facultad legal de esta subdirección se circunscribe a absolver consultas sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, en materia aduanera o de comercio exterior, en lo dé competencia de la DIAN.

**Pregunta 4.** ¿Qué responsabilidad legal, disciplinaria, fiscal les cabe a los funcionarios que sustentan su actuación argumentando la inexistencia de la persona jurídica, no obstante que fue probada su existencia con el certificado respectivo?

Las faltas y las consecuencias jurídicas disciplinarias por las actuaciones de los funcionarios públicos, están expresamente señaladas en la Ley 734 del 2002 Código Disciplinario Único.

Al respecto se debe indicar que es la ley la que fija las consecuencias de la inobservancia de las obligaciones o de los deberes legales y, conforme al artículo 6º superior, a los funcionarios públicos les corresponde acatar la Constitución y la ley, de tal suerte que, si su actuar no se ciñe a tales presupuestos, estarán incursos en su violación, con las consecuencia que de allí se deriven, que en todo caso corresponde investigar y sancionar, de ser el caso, a las autoridades disciplinarias competentes

**Pregunta 5.** Si se inició el procedimiento de decomiso de la mercancía con fundamento en la causal de aprehensión mencionada, ¿es viable legalizarla en cualquier momento del proceso sin el pago de rescate; u ordenar la continuación del trámite para la nacionalización de la mercancía?

Sobre este punto, este despacho le precisa que sí se llegase a demostrar la inexistencia del consignatario, destinatario de un documento transporte o importador o declarante de una declaración aduanera de importación, por el solo hecho de no existir como persona, no estaría en capacidad de presentar declaración de legalización de la mercancía, como tampoco la capacidad para otorgar mandato aduanero a una agencia de aduanas o conferirle poder a otra persona para hacerlo.

Desvirtuada la causal del numeral 8º del artículo 550 del Decreto 390 del 2016, habrá lugar a resolver acerca de si procede la devolución de la mercancía que se encuentra debidamente amparada con los documentos de importación o decidir acerca de permitir la continuación del trámite correspondiente para el desaduanamiento o nacionalización de la mercancía.

- 
- (2) Sentencia del 11 de junio de 2009, Exp. 16319, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
  - (3) Sentencia del 30 de abril del 2014, Exp. 19575, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodriguez.
  - (4) Oficio 220-036327 de 21 de mayo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades.
  - (5) Oficio 220-111154 del 17 de julio del 2014.