

Concepto Jurídico 24224 del 2018 Septiembre 3

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Para comenzar se debe explicar que las facultades de esta dependencia se concretan en la interpretación de las normas atrás mencionadas, razón por la cual no corresponde en ejercicio de dichas funciones prestar asesoría específica para atender casos particulares, ni juzgar, calificar, avalar o atender procesos o procedimientos que son tramitados ante otras entidades o dependencias, ni examinar las decisiones tomadas en las mismas, ni confirmar o aprobar las interpretaciones que realicen los usuarios sobre las disposiciones normativas dentro de actuaciones administrativas específicas.

El petionario formula varios interrogantes relacionados con la aprehensión del medio de transporte en las condiciones establecidas en el artículo 51 de la Ley 1762 del 2016, los cuales serán respondidos en el mismo orden en que fueron planteados por el consultante.

1. ¿La aprehensión del vehículo en el cual se encuentra mercancía incura en una causal de aprehensión procede, solo cuando se configuran los delitos de contrabando o contrabando de hidrocarburos o sus derivados o incluso cuando se configuran los delitos de favorecimiento y facilitación del contrabando o de favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados?

El artículo 51 de la Ley 1762 del 2015 dispone lo siguiente:

ART. 51.—Extensión de normas de aprehensión y decomiso a medios de transporte. El medio de transporte en el que se haya encontrado mercancía objeto de aprehensión por causales previstas en el estatuto aduanero, será igualmente objeto de esta aprehensión y decomiso, de conformidad con estas mismas causales y conforme a los procedimientos previstos por la normatividad aduanera, siempre que la cuantía de las mercancías permitan la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos; o cuando el medio de transporte ha sido especialmente construido, adaptado, modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías (las negrillas son nuestras).

Así mismo, el numeral 49 del artículo 550 del Decreto 390 del 2016 establece como causal de aprehensión de aprehensión y decomiso la siguiente:

49. El medio de transporte en el que se haya encontrado mercancía objeto de aprehensión por causales previstas en la regulación aduanera será igualmente objeto de esta aprehensión y decomiso, de conformidad con estas mismas causales y conforme a los procedimientos previstos por la regulación aduanera vigente, siempre que la cuantía de las mercancías permitan la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos; o cuando el medio de transporte ha sido especialmente construido, adaptado, modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías.

De las anteriores normas transcritas se desprende claramente que la extensión de la causal de aprehensión y decomiso a los medios de transporte se presenta cuando se encuentre en él, mercancía objeto de aprehensión y decomiso, cuya cuantía permita la adecuación de la conducta de los delitos de contrabando o contrabando de hidrocarburos o sus derivados. Por lo tanto, no le cabe al intérprete de la norma adecuar la configuración de tipos penales distintos a los previstos en la ley.

2. ¿A qué hace referencia la citada causal cuando expresa que el medio de transporte ha sido especialmente construido con el propósito de ocultar mercancías?

3. ¿A qué hace referencia la citada causal cuando expresa que el medio de transporte ha sido especialmente adaptado, modificado o adecuado de alguna manera con el propósito de ocultar mercancías? Solicita se precise si las caletas, los falsos pisos, falsos techos, falsos asientos, falsos tanques, el cambio de línea del vehículo (por ejemplo de campero a camioneta), el uso de vidrios polarizados y otras prácticas ¿se encuentran dentro de los conceptos de adaptación, modificación o adecuación?

Para responder las preguntas 2 y 3 es preciso acudir a las reglas de interpretación 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 si 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 tornarán 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”.

Considerando lo expuesto, debe observarse que en la Ley 1762 del 2015 y en el Decreto 390 del 2016 no existe definición legal sobre las expresiones “construido”, “adaptado”, “modificado” o “adecuado”, razón por la cual hemos de tomar las definiciones de los términos en estudio del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que es la autoridad en materia de nuestro idioma.

En relación con la expresión construido se trae la definición de “construir” así:

“1. tr. Hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública.

2. tr. Hacer algo utilizando los elementos adecuados”.

Respecto a la expresión adaptado, se trae la definición de “**adaptar**” así:

“1. tr. Acomodar, ajustar algo a otra cosa. U.t.c. prnl.

2. tr. Hacer que un objeto o mecanismo desempeñe funciones distintas de aquellas para las que fue construido.

3. tr. Modificar una obra científica, literaria, musical, etc., para que pueda difundirse entre público distinto de aquel al cual iba destinada o darle una forma diferente de la original.

4. prnl. Dicho de una persona: Acomodarse, avenirse a diversas circunstancias, condiciones, etc.

5. prnl. Biol. Dicho de un ser vivo: Acomodarse a las condiciones de su entorno”.

En cuanto a la expresión modificado, se trae la definición de “modificar” así:

“1. tr. Transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características. U.t.c. prnl.

2. tr. Fil. Dar un nuevo modo de existir a la sustancia material. U.t.c. en sent. moral.

3. tr. Gram. Determinar, restringir o complementar un segmento lingüístico. El adverbio muy modifica a bonito en muy bonito.

4. tr. p. us. Limitar, determinar o restringir algo a cierto estado en que se singularice y distinga de otras cosas. U.t.c. prnl.

5. tr. p. us. Reducir algo a los términos justos, templando el exceso o exorbitancia. U. t. c. prnl”.

“adecuado 1. adj. Apropiado para alguien o algo. Adecuado a las normas. Adecuado para ella”.

En lo que respecta a definir la expresión “con el propósito de ocultar mercancías”, también le aplica el principio de hermenéutica jurídica, consagrado en el artículo 27 de nuestra codificación civil al disponer que “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Por tanto, de acuerdo las siguientes definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

“propósito

1. m. Ánimo o intención de hacer o de no hacer algo.

2. m. Objetivo que se pretende conseguir.

3. m. Asunto, materia de que se trata”.

“ocultar

1. f. Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista. U.t.c. prnl”

“mercancías

1. f. Cosa mueble que se hace objeto de trato o venta.

2. f. Trato de vender y comprar comerciando en géneros”.

Por tanto, el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015 y el artículo 550, numeral 49 del Decreto 390 del 2016 cuando relacionan las expresiones: construido, adaptado, modificado y adecuado, estas hacen referencia a realizar algo con ajustes o acomodaciones distintas para las que fue construido el medio de transporte;

transformándolo o cambiando alguna de sus características para ser utilizado con el fin de esconder, tapar, disfrazar o encubrir a la vista mercancías.

Así las cosas, las caletas, los falsos pisos, falsos techos, falsos asientos, falsos tanques se encuentran dentro de las definiciones de “construido, adaptado, modificado o adecuado” a que hacen referencia el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015 y el numeral 49 del artículo 550 del Decreto 390 del 2016.

En cuanto al cambio de línea del vehículo (por ejemplo, de campero a camioneta), el uso de vidrios polarizados y otras prácticas son trámites que se encuentran regulados en normas especiales expedidas por el Ministerio de Transporte, toda vez que es la autoridad que define, orienta, vigila e inspecciona la ejecución de la política nacional en materia de tránsito.

4. ¿El ocultamiento de las mercancías necesariamente debe darse con las piezas o la estructura del vehículo o basta que se realice entre las distintas mercancías que están a bordo del mismo medio transporte?

Sobre este particular, debe distinguirse tres situaciones:

Para dar aplicación a la causal de aprehensión y decomiso artículo 51 de la Ley 1762 del 2015 y el numeral 49 del artículo 550 del Decreto 390 del 2016 extendiéndola al medio de transporte, se hace necesario que se configuren las conductas descritas a continuación:

1. El ocultamiento de mercancías en sitios o lugares especialmente contruidos, adaptados, modificados o adecuados en el medio de transporte, sin importar la cuantía o cantidad de la mercancía transportada.
2. El ocultamiento de mercancías que se encuentre en el medio de transporte, incurso en una causal de aprehensión y decomiso, cuya cuantía permita la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos y sus derivados (cantidad superior a 20 galones, artículo 5º de la Ley 1762 del 2015).
3. El ocultamiento de mercancías ubicadas dentro de otras en el medio de transporte, incurso en una causal de aprehensión y decomiso, cuya cuantía permita la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos y sus derivados (cantidad superior a 20 galones, artículo 5º de la Ley 1762 del 2015).

En cualquiera de los eventos antes señalados, se configura la causal de aprehensión y decomiso de la mercancía y la extensión al medio de transporte solo basta que se tipifiquen las conductas expresamente previstas en dicha causal, sin que haya lugar a evaluar elementos subjetivos.

5. ¿De acuerdo con el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015, el transportador antes de embarcar la carga ahora tiene la obligación de revisar el contenido físico de cada bulto, *pallet* o unidad selladas?

6. ¿De acuerdo con el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015, el transportador antes de embarcar la carga ahora tiene la obligación de revisar la validez, veracidad y autenticidad de los documentos entregados por el remitente o el destinatario?

Para dar respuesta a las preguntas 5 y 6, este despacho le manifiesta que de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 1762 del 2015, el objeto de la ley, es la de modernizar y adecuar la normativa existente a la necesidad de fortalecer la lucha contra (...) el contrabando, lavado de activos (...) así como (...) controlar y sancionar el contrabando.

Por lo tanto, las obligaciones referidas por el peticionario para el transportador no se encuentran expresamente señaladas en la Ley 1762 del 2015 toda vez que la ley no tuvo como finalidad la de imponer nuevas obligaciones al contrato de transporte previsto en el Código de Comercio.

No obstante lo anterior, todos los operadores de comercio exterior deben dar estricta aplicación a la normatividad relacionada con la obligación del conocimiento del cliente y dar cumplimiento a los reportes de las operaciones sospechosas.

7. ¿Los medios de transporte de matrícula colombiana aprehendidos con fundamento en el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015, se puede fijar y objetar con base en los documentos comerciales?

De acuerdo con el artículo 566 del Decreto 390 del 2016, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del acta de aprehensión, el titular de los derechos o responsable de la mercancía aprehendida deberá presentar el documento de objeción a la aprehensión, donde se expondrán las objeciones respecto de la aprehensión y se adjuntarán las pruebas que acrediten la legal

introducción o permanencia de las mercancías en el territorio aduanero nacional y las que el interesado considere pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

8. ¿La única defensa del transportador en el procedimiento administrativo es acreditar la legalidad de la mercancía?

Sí. Como quedo visto en la respuesta anterior, en el proceso de decomiso se debe demostrar la legal introducción o permanencia de las mercancías en el territorio aduanero nacional.

Para efectos de no hacer extensiva la causal de aprehensión al medio de transporte en los términos señalados en el artículo 51 de la Ley 176 del 2015, se deberá probar o bien, que la mercancía objeto de aprehensión no se encuentra en la cuantía que permite la adecuación de la conducta al delito de contrabando o contrabando de hidrocarburos, o se deberá probar que la mercancía no se encontraba oculta en un lugar construido, adaptado, modificado o adecuado en el medio de transporte, sin importar la cuantía.

Lo anterior sin perjuicio de continuar con el procedimiento de decomiso de la mercancía objeto de aprehensión.

9. ¿Cómo puede el transportador ejercer el derecho de defensa para acreditar la legalidad de la mercancía, si el remitente de la misma o el importador es desconocido o no se prestan al proceso?

La normatividad aduanera en el artículo 562 del Decreto 390 del 2016 señala el procedimiento cuando se aprehende la mercancía y precisa que en el acta de aprehensión se identificaran a las personas que intervienen en la diligencia y de las que aparezcan como titulares de derechos o responsables de las mercancías involucradas, sujetos procesales con los cuales se adelantará el procedimiento administrativo dando cumplimiento a los principios al debido proceso y el derecho de defensa.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta la Circular Externa 170 del 2002, en la cual los transportadores que hacen parte de la logística de comercio exterior, están obligados a conocer a su cliente.

10. ¿Es viable la constitución de la garantía en reemplazo de la aprehensión de medios de transporte de matrícula colombiana? De ser viable, ¿cuáles son los requisitos o las exigencias legales?

De acuerdo con el último inciso del artículo 562 del Decreto 390 del 2016, cuando la mercancía aprehendida se encuentre relacionada con alguna conducta punible, inmediatamente se debe informar a la Fiscalía General de la Nación para que ordene la recolección de los elementos materiales probatorios y evidencia física que requiera. Por lo tanto, para dar cumplimiento a esta norma, no podría proceder la constitución de la garantía en reemplazo de la aprehensión en los términos del artículo 564 del Decreto 390 del 2016.

11. Si las autoridades de investigación penal archivan, precluyen o cierran la investigación penal por cuanto los hechos no constituyen delito o existe una causal eximente de responsabilidad, ¿lleva la consecuente devolución del medio de transporte por parte de la DIAN? ¿Esta orden puede venir directamente de las autoridades penales o el interesado puede promover una solicitud ante la DIAN?

El artículo 509 del Decreto 390 del 2016 es claro en señalar la independencia de las responsabilidades derivadas del proceso administrativo de decomiso con el del proceso penal.

Como se trata de procesos independientes, toda vez que el penal está dirigido a establecer la responsabilidad de la conducta punible; y el administrativo, a resolver la situación de las mercancías cuando se configura cualquiera de las causales de aprehensión y decomiso previstas en el artículo 550 del Decreto 390 del 2016.

Por lo anterior, tratándose de procedimientos y consecuencias distintas cada uno debe sujetarse a su debido proceso.

Al cerrarse la investigación penal no significa que deba cerrarse la investigación administrativa. De tal manera que, si se configura una causal de aprehensión por haber incumplido con alguna de las obligaciones o formalidades aduaneras, el proceso administrativo continúa, así haya sido archivada o cerrada la investigación penal.

Por lo anterior, la preclusión, archivo o cierre de una investigación penal, no supone el levantamiento de la medida cautelar de aprehensión del medio de transporte prevista en el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015.

12. Si la aprehensión de un medio de transporte se hace con fundamento en el artículo 51 de la Ley 1762 del 2015, por la posible existencia de un delito, en ejercicio del derecho de defensa en el procedimiento administrativo ¿es viable invocar las causales de preclusión de la investigación establecida en las normas penales?

No es viable extender las causales de preclusión de la investigación penal al procedimiento administrativo, toda vez que como se señaló en el punto anterior son procedimientos independientes.