

100211231-

MEMORANDO N° 000084

PARA: DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE BARRANQUILLA
DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE BOGOTÁ
DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE CALI
DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE MEDELLÍN
DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE CARTAGENA
DIRECCIÓN SECCIONAL DE ADUANAS DE CÚCUTA
DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE IPIALES
DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE BUENAVENTURA

DE: SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN DE FISCALIZACIÓN ADUANERA.

ASUNTO: POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA DE CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS

FECHA: 23 DE ABRIL DE 2021

Los lineamientos que se consignan en este documento deberán tenerse en cuenta como guía de trabajo, por parte de los Jefes de División, de Grupo y funcionarios auditores de las Divisiones de Gestión de Fiscalización de las Direcciones Seccionales de Impuestos y Aduanas, y de las Direcciones Seccionales de Aduanas, en la ejecución del programa “Control a las Agencias de Aduanas”.

Los criterios de selección del programa fueron elaborados por la Coordinación de Programas de Control y Facilitación de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional, acorde con lo dispuesto en el procedimiento “PR-IC-0246 - Formulación de programas y campañas de control de obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias”, y fue remitido a la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera, mediante oficio virtual No. 100219325-03798 del 31 de julio de 2020, aprobado por el Comité Técnico de Programas y Campañas de Control, en sesión del 26 de febrero de 2020, por lo que se constituyen en referentes de obligada observación.

Las acciones derivadas del presente programa tienen un enfoque integral, por ello, los criterios aplicados, pretenden obtener, no solamente insumos para la investigación aduanera, sino también, la determinación de hechos y circunstancias que pueden dar lugar a insumos de competencia de otras áreas de la Entidad, para el inicio de investigaciones de carácter tributario, cambiario o internacional.

PROGRAMA “CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS”	
Tipo de Control:	Aduanero integral (cumplimiento de requisitos, Cumplimiento de obligaciones y responsabilidades, infracciones aduaneras, cambiarias y tributarias).
Código del programa:	AA
Sujeto de control:	Agencias de aduanas nivel 1 y 2
Tipo de usuarios:	Personas Jurídicas – Agencias de Aduanas
Período:	Comprendido entre Enero 2018 a la fecha
Fecha de suscripción:	31 de julio de 2020

I. ANTECEDENTES:

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN como autoridad aduanera tiene competencia para velar por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los usuarios

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

aduaneros, en tal sentido, está facultada para desarrollar los controles necesarios, entre otros, respecto del servicio de “*agenciamiento aduanero*”, ofrecidos por las agencias de aduanas.

El artículo 34 del Decreto 1165 de 2019 define: “*Las agencias de aduanas son las personas jurídicas autorizadas por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) 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.*”

Las agencias de aduanas tienen como fin esencial colaborar con las autoridades aduaneras en la estricta aplicación de las normas legales relacionadas con el comercio exterior para el adecuado desarrollo de los regímenes, modalidades aduaneras y demás actividades y procedimientos derivados de los mismos”.

En el párrafo del artículo 41 del Decreto 1165 de 2019, se dispone que el ejercicio de la actividad de las agencias de aduanas niveles 1 y 2, en un lugar diferente al de su domicilio principal, podrá efectuarse directamente o por intermedio de agencias comerciales en los términos señalados en el Código de Comercio.

Los incisos 2 y 3 del artículo 56 de la Resolución Reglamentaria 46 de 2019, contemplan que: “*Las agencias de aduanas de los niveles 1 y 2, **deben ejercer el agenciamiento aduanero en todo el territorio nacional**, para lo cual podrán actuar en un lugar del territorio nacional diferente al de su domicilio principal, **a través de sus agentes de aduanas o auxiliares mediante el desplazamiento físico hacia el lugar donde se prestará el servicio, o por medio de sus sucursales conforme lo establece el Código de Comercio.***”

*La agencia de aduanas podrá promover su actividad comercial a través de agencias comerciales de conformidad con lo establecido en los artículos 264 y 1317 del Código de Comercio **quienes no podrán representarla para las operaciones de comercio exterior**” . (Subrayado y resaltado fuera del texto)*

El Código del Comercio, artículo 264 dispone que son “agencia” de una sociedad sus establecimientos de comercio cuyos administradores carezcan de poder para representarla.

Por su parte el artículo 1317 ibidem, indica, respecto de la “agencia comercial” que: “*Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo*”.

La Superintendencia de Sociedades en concepto 14851 de 2001 precisó que: “*La agencia comercial no constituye una sociedad..., sino el desenvolvimiento de una actividad comercial, en virtud de la cual un comerciante (intermediario) asume un encargo de promover o explotar un determinado negocio dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, con miras a promover o explotar negocios en beneficio de un empresario nacional o extranjero, operación que resulta ajena a las funciones propias de esta Entidad*”.

El Código de Comercio dispone, respecto del agenciamiento comercial, lo siguiente:

Artículo 1318: “*Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos*”.

Artículo 1319: “*En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores*”.

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

Para efectos de oponibilidad frente a terceros, el artículo 1320 de la codificación citada prescribe que *“El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”*. (Resaltado fuera de texto).

Sobre la agencia comercial la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia 25000232600020061202201 (52423) de noviembre 26 de 2015, se pronunció precisando:

1. Que el contrato de agencia comercial se constituye en un mandato comercial de carácter especial;
2. Que este contrato debe contener expresamente las facultades conferidas al agente comercial, que deberá dar cumplimiento a las instrucciones impartidas por el empresario y,
3. Que, dentro de las características de este negocio jurídico se encuentran:
 - Es un acuerdo de carácter consensual, pues no requiere de la formalidad del escrito para que surja a la vida jurídica.
 - Es de carácter oneroso, por lo tanto, el agente comercial puede llevar a cabo sus trabajos sin que sea necesario que se le cancele una remuneración.
 - Es revocable y renunciable, *“teniendo en cuenta que el patrimonio del empresario se ve afectado por la gestión del agente, aquel tiene la facultad para revocar el negocio jurídico en cualquier momento, dando lugar esa facultad a que correlativamente pueda el agente renunciar al encargo”*.

Ahora bien, mediante oficio 358 del 29 de octubre de 2008¹, la Dirección de Gestión Jurídica, para atender unos interrogantes, se pronunció en los siguientes términos:

“El ejercicio de la actividad de las agencias de aduanas de los niveles 1 y 2 en un lugar del territorio nacional diferente al de su domicilio principal podrá efectuarse directamente o por intermedio de agencias comerciales en los términos señalados en el Código de Comercio ...”

Lo anterior en concordancia con lo establecido en el artículo 9-2 de la Resolución 4240 de 2000 adicionado por el artículo 1 de la Resolución 8274 de 2008 según el cual la agencia de aduanas podrá promover su actividad comercial a través de agencias comerciales de conformidad con lo establecido en los artículos 264 y 1317 del Código de Comercio, quienes no podrán representarla para las operaciones de comercio exterior. (subrayado fuera de texto)

Por su parte el Código de Comercio define el contrato de Agencia comercial como aquel por medio del cual una persona o empresa, encarga a otra denominada agente, para que venda sus productos, los produzca o preste sus servicios, en un determinado territorio, actuando de forma independiente y estable como representante de uno o varios de sus productos o servicios.

Así las cosas, el agente comercial no es subordinado del agenciado por cuanto asume de manera independiente el encargo, lo que lo diferencia de la relación laboral en cuanto en esta queda vinculado con el patrono bajo relación de subordinación y dependencia.

¹ Si bien el concepto se expidió con fundamento en las normas vigentes para la época, la interpretación en el contenida resulta aplicable por cuanto el Decreto 1165 de 2019 y su reglamentario, regulan la materia de manera similar.

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

Por tanto, si no existe relación laboral entre el agente comercial y el agente de aduanas tampoco la habrá entre este y los empleados de aquel.

Ahora bien, para efectos de la inscripción ante la DIAN las agencias de aduanas deberán designar los agentes de aduanas con representación de la sociedad y los auxiliares sin representación que actúen ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales e informar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la identificación de sus agentes y auxiliares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 1 del Decreto 2883 de 2008.

En cuanto a su segundo interrogante, para dar cumplimiento a lo establecido en los numerales 12, 14, 15, 17 y 23 del artículo 27-2 del Decreto 2685 de 1999 debe tenerse en cuenta que la vinculación directa y formal, evaluaciones de conocimiento técnico, expedición de carné, información de desvinculación o retiro así como la garantía de la autorización y registro a que se refieren dichas disposiciones se deberá cumplir en relación con agentes de aduanas y auxiliares autorizados para actuar ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

CARACTERIZACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE AGENCIAMIENTO ADUANERO.

Las agencias de aduanas son los usuarios aduaneros facultados por expresa disposición normativa, para ejercer el agenciamiento aduanero, actividad que incluye todos los trámites orientados 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.

De conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la Resolución 46 de 2019, se consideran como operaciones o procedimientos inherentes al agenciamiento aduanero *“todos los trámites, diligencias, actividades y demás actos relacionados con la importación, exportación y tránsito aduanero de mercancías, que se adelanten ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), u otra entidad.”*

Según lo expuesto anteriormente y de acuerdo con lo establecido en el artículo 56 de la Resolución 46 del 26 de julio de 2019, las agencias de aduanas de los Niveles 1 y 2 deben ejercer el agenciamiento aduanero en todo el territorio nacional de manera directa, bien sea mediante el desplazamiento físico de sus agentes de aduanas o auxiliares hacia el lugar donde se prestará el servicio o por medio de sucursales, conforme lo establece el código de Comercio.

Es del caso señalar que el mencionado artículo indica, adicionalmente, que las agencias de aduanas podrán **promover** su actividad comercial a través de agencias comerciales, **quienes no podrán representarla para las operaciones de comercio exterior.**

En relación con lo anterior, resulta pertinente remitirse a lo establecido en el artículo 68 de la Resolución 46 de 2019, de acuerdo con el cual, **“el representante legal y los agentes de aduanas deberán realizar sus actuaciones ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de manera directa a través de los servicios informáticos electrónicos”**, quienes **“(…) deberán autorizar a través de los servicios informáticos electrónicos el acceso de los auxiliares, con el fin de que los mismos puedan realizar los trámites de acuerdo a las autorizaciones que se les otorguen.”** (Negrillas fuera del texto original.)

En atención a lo expuesto y sin perjuicio de la forma en que se contrate la prestación del servicio de agenciamiento aduanero, dando cumplimiento a las disposiciones legales y los conceptos emitidos por la entidad, deberá verificarse que el mismo sea prestado **directamente** por las agencias de aduanas, a través de sus agentes de aduanas y auxiliares debidamente

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

autorizados por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN).

Debe resaltarse que, de conformidad con lo establecido en el numeral 12 del artículo 51 del Decreto 1165 de 2019 (relativo a las obligaciones de las agencias de aduanas) y en el artículo 76 de la Resolución 46 de 2019, las agencias de aduanas deben vincular ***“de manera directa y formal cumpliendo con todas las obligaciones laborales, aportes parafiscales incluidos los aportes a la seguridad social por salud, pensiones y riesgos profesionales”*** a *“...los empleados que desempeñen funciones propias de la actividad de agenciamiento aduanero autorizados para actuar ante la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – (DIAN)”*, entre los que se encuentran los agentes de aduanas y auxiliares.

Adicionalmente, en relación con los agentes de aduana, resulta pertinente indicar que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contemplado en el artículo 55 del Decreto 1165 de 2019 les es aplicable, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 36 y numeral 1.7 del artículo 622 del mencionado Decreto.

En cuanto al uso de los servicios informáticos electrónicos, resulta relevante verificar la responsabilidad de las agencias de aduanas en el manejo y administración de las cuentas de acceso a dichos servicios, las cuales son de carácter personal e intransferible.

Se recuerda que, de acuerdo con lo establecido en el numeral 7 del artículo 12 de la Resolución 46 de 2019, mediante el cual se reglamentó el numeral 1.3. del artículo 634 del Decreto 1165 de 2019, se estará ante un uso indebido de los servicios informáticos electrónicos cuando se establezca que *“No existe un control en el uso de claves para una “única” persona (usuario)”* y cuando se *“Realice creación y consienta uso de cuentas y usuarios, a personal del que se demuestre que tiene relación simultánea directa o indirecta con otras sociedades de actividad económica igual o parecida a la de la agencia de aduanas”*.

Con respecto a la obligación de “CONOCIMIENTO DEL CLIENTE” y tal como lo dispone el artículo 50 del Decreto 1165 de 2019, reglamentado por el artículo 75 de la Resolución 46 de 2019, debe destacarse que las agencias de aduanas tienen la obligación de establecer mecanismos de control, con el fin de asegurar una relación contractual transparente con los clientes y por lo tanto, para cada tipo de cliente, se encuentra determinado un mínimo de documentos a solicitar, los cuales deberán ser exigidos de manera estricta, sin perjuicio de otros documentos que las agencias de aduanas consideren pertinentes y necesarios para el adecuado conocimiento de sus clientes, información que deberá verificarse y actualizarse por lo menos una vez al año.

En relación con la contratación de los servicios de agenciamiento aduanero y la facturación de estos por parte de las agencias de aduanas, resulta pertinente remitirse al oficio de la Dirección de Gestión Jurídica No. 100208221-0535 del 24 de septiembre de 2020, suscrito por la Directora Jurídica de esta entidad, en la cual se indicó lo siguiente:

“No obstante, se precisa que de ninguna manera esta Entidad desconoce la posibilidad de celebrar un contrato de mandato entre (i) un agente de carga internacional o agente de aduanas en calidad de mandatario y (ii) un importador o exportador como mandante. Caso en el cual, si el mandatario adquiere bienes y/o servicios en cumplimiento del mandato, la factura de venta y/o documentos equivalentes deberán ser expedidos a nombre del mandatario.

Por su parte, el mandatario, de conformidad con los términos y condiciones del contrato de mandato, certificará estas operaciones al mandante en los términos establecidos en el mencionado artículo 1.6.1.4.9 del Decreto 1625 de 2016 o las facturará si así se prevé en la estructura del contrato de mandato celebrado. En cualquier caso, el mandatario deberá facturar sus honorarios por el encargo otorgado por el mandante.

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

(...)

“En conclusión, y dando alcance a lo dispuesto en el concepto 002547 del 2019 suscrito por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina, las agencias de aduanas deben facturar directamente por los servicios que prestan en tal calidad, ya sea que lo hagan directamente al importador o exportador que los contrata, o al mandatario, cuando sean contratadas por este, en razón a un contrato comercial de mandato.

El mandatario facturará a su vez al importador o exportador (mandante), dependiendo de los términos y condiciones del contrato de mandato comercial que hayan suscrito. Lo anterior sin perjuicio del contrato de mandato aduanero que el importador o exportador debe suscribir con la agencia de aduana para que actué como declarante en una declaración aduanera presentada ante la DIAN.

Así mismo, la agencia de aduanas podrá actuar como mandatario en un contrato de mandato, siempre y cuando las actividades que deba ejecutar directamente en razón a dicho contrato no correspondan a la consolidación y desconsolidación de carga, transporte y depósito de mercancías, por prohibición expresa del artículo 35 del Decreto 1165 de 2019. Por lo tanto, las agencias de aduanas pueden coordinar la realización de las anteriores actividades, para lo cual se debe tener en cuenta que dicha coordinación en ningún caso debe implicar la ejecución de las actividades del artículo 35 del Decreto 1165 de 2019. Asimismo, las funciones de coordinación mencionadas deben formar parte del objeto social de la agencia de aduanas”.

Ahora bien, se debe tener en consideración que en el mundo comercial existe lo que se denomina “operación logística integral” que no es otra cosa que ofrecer los servicios integrados, a través de una cadena logística unificada, con la finalidad de garantizar que el usuario de comercio exterior negocie con uno solo de los operadores de la cadena, quien coordinara su operación, para que cada uno de los operadores ejecute la actividad que le corresponde de acuerdo a su especialidad y con observancia de las normas que la rigen.

De otra parte, frente a la figura del agenciamiento aduanero “In house”, en ciudades distintas a la del domicilio principal de la Agencia de Aduanas, no existe prohibición expresa sobre el asunto, por lo que nada impide que se preste en cualquier lugar de la geografía nacional, por cuanto, necesariamente, implica que se desarrolle a través de las agentes o auxiliares aduaneros de la Agencia, quienes para materializar el servicio se debieron en algún momento haber desplazado a dichos lugares.

En razón a las modificaciones introducidas por el Decreto 360 de 2021, al Decreto 1165 de 2019, especialmente en el régimen de las agencias de aduanas, se recuerda que deberá darse estricto cumplimiento a dichas disposiciones, atendiendo los principios generales contenidos en el artículo 2 del Decreto 1165 de 2019, sin perjuicio de los demás principios consagrados en la Constitución Política, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1609 de 2013 y el Código General de Proceso.

II. OBJETIVOS DEL PROGRAMA

OBJETIVO GENERAL

Determinar si en las operaciones de agenciamiento aduanero, por el período objeto de análisis, existen hechos o situaciones que por su naturaleza, condición y características puedan catalogarse como inusuales, fraudulentas, sospechosas o de incumplimiento de las obligaciones sustanciales y/o formales establecidas para las agencias de aduanas, conforme a la normatividad vigente en dicha materia para el momento de ocurrencia de los hechos e iniciar las investigaciones a que hubiere lugar con ocasión de los posibles incumplimientos

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

sancionables en materia aduanera y dar traslado a las áreas competentes en materia cambiaria, tributaria o internacional, cuando sea del caso.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Verificar la manera como las agencias de aduanas prestan el servicio de agenciamiento aduanero, para determinar si éstas cumplieron con las obligaciones señaladas en la normatividad vigente.
- Comprobar si la remuneración y pagos parafiscales que surgen del contrato de trabajo entre las agencias de aduanas y sus agentes y auxiliares aduaneros, son pagados directamente por la agencia de aduanas.
- Verificar el cumplimiento de los requerimientos mínimos para el “CONOCIMIENTO DEL CLIENTE”, según lo dispuesto por las normas vigentes.
- Verificar el correcto uso de los servicios informáticos electrónicos, en su labor de agenciamiento aduanero.
- Verificar que las agencias de aduanas estén realizando las operaciones de comercio exterior de manera directa con sus claves, a través de sus agentes o auxiliares aduaneros, sin hacer uso indebido del sistema informático.
- Generar riesgo subjetivo entre las agencias de aduanas, las terceras empresas que prestan y ofrecen el servicio de agenciamiento y las que han incurrido en este tipo de prácticas, para disuadir su continuidad frente a futuras operaciones de comercio exterior.

III. JUSTIFICACIÓN

De acuerdo a lo señalado anteriormente, se ha podido evidenciar, en diferentes acciones de control, que algunas Agencias de Aduanas, no cumplen a cabalidad con el ejercicio de la actividad del agenciamiento aduanero de manera directa y exclusiva. Este hecho es contrario a lo establecido en el concepto jurídico No. 028723 del 23 de octubre de 2017 que al respecto determinó: “... no es posible que una Agencia de Aduanas que cuenta con una autorización otorgada por la DIAN, le ceda a un tercero que no cuenta con dicha autorización, para que realice sus actividades de agenciamiento aduanero que le fueron otorgadas con la autorización”.

Las mencionadas agencias de aduanas al no tener control integral del proceso de agenciamiento aduanero, pueden ser vehículos para aumentar el riesgo de operaciones con redes ilegales y complejas, dedicadas al contrabando, lavado de activos, etc., existe por lo tanto una posibilidad muy elevada de que los estudios de conocimiento del cliente se realicen solo de manera formal y superficial, sin un análisis riguroso, conforme a lo estipulado en la norma aduanera y en la Circular 170 de 2002.

IV. MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Normas que definen el régimen aduanero aplicable:

- Decreto 1165 del 24 de julio de 2019 y sus normas complementarias y modificatorias. (vigente desde el 2 de agosto de 2019).
- Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1999

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

- Resolución 000046 del 26 de julio 2019. "Por el cual se reglamenta el Decreto 1165 del 2 de julio de 2019.
- Resolución 4240 del 2 de junio de 2000. "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999".
- Decreto 1625 de 2016, Decreto Único Reglamentario en Materia Tributaria
- Código de Comercio. Decreto 410 de 1971. Artículos 1317 a 1331.
- Circular 170 de 2002
- Decreto 360 del 07 de abril de 2021.

NOTA 1. Debido a los cambios en la normatividad aduanera de los últimos años, los hechos y circunstancias investigadas, deberán ser analizados conforme a la norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, si se determina que es posible que algunos hechos deban analizarse a la luz de lo dispuesto en el Decreto 2685 de 1999, ha de precisarse que, para efectos sancionatorios, el Decreto 390 de 2016, no entró en vigor, conforme los artículos 674 y siguientes del mismo Decreto. Los numerales 1.13 y 1.18. del artículo 485 del Decreto 2685 de 1999, fueron modificados por el artículo 191 del Decreto 349 de 2018.

De igual manera, se deberá confrontar la tipicidad de la infracción en el Decreto 1165 de 2019 vigente en la actualidad, para determinar la aplicación del principio de favorabilidad.

NOTA 2. Además de las disposiciones contenidas en los artículos 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 55 del Decreto 1165 de 2019, y las infracciones señaladas en el artículo 622, son aplicables las relacionadas con el uso de los servicios informáticos electrónicos, artículo 634, numeral 1.3, reglamentado por el artículo 12 de la Resolución 46 del 26 de julio de 2019, sin perjuicio de las demás consideradas en la respectiva investigación y lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14, 16 y 18 del Decreto 360 del 7 de abril de 2021 y demás que en el futuro se adicionen.

V. POBLACIÓN OBJETIVO

El programa se dirige a las Agencias de Aduanas Nivel 1 y Nivel 2, identificadas con código de usuario aduanero 53 y 55.

Como fuente de información se tomó la población registrada por la Subdirección de Registro Aduanero: Portal DIAN/ Aduanas/ Operador de Comercio Exterior/Obligados Aduaneros/Agencias de Aduanas, fecha de generación 07/ABR/2020.

VI. CARGA POTENCIAL Y SELECCIONADOS DEFINITIVOS

La carga potencial del presente programa está conformada por los usuarios - contribuyentes, agencias de aduanas nivel 1 y nivel 2, que estando autorizados por la Subdirección de Gestión de Registro Aduanero de la DIAN durante los años 2017 y 2018, cumplen con alguno los criterios de selección aprobados en el Comité de Programas y Acciones de Control y cuya carga potencial fue remitida por la Coordinación de Programas de Control y Facilitación de la Subdirección de Gestión de Análisis Operacional.

Del total de agencias de aduanas, las que se clasifican en los niveles 1 y 2 son: 77 Nivel 1 y 95 Nivel 2, lo que corresponde al 97% del total de las agencias de aduanas autorizadas. A este grupo se les aplicaron los criterios de selección con el fin de definir el grupo de seleccionados objeto de verificación de sus operaciones.

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Para la aplicación de los criterios de selección y la definición de los seleccionados potenciales se utilizaron las siguientes fuentes de información:

- Base de declaraciones del impuesto de Renta y Complementarios en formulario 110 “Declaración de Renta y Complementarios o de Ingresos y Patrimonio para Personas Jurídicas y Asimiladas, Personas Naturales y Asimiladas Obligadas a llevar Contabilidad” años gravables 2017 y 2018.
- Información exógena tributaria reportada por la agencia de aduanas (de sí mismo) referente a las declaraciones tributarias, en especial la correspondiente a Ingresos del año 2017 y 2018, e información correlativa de pagos y abonos en cuenta reportado por terceros de los mismos años gravables.
- Información de las importaciones año 2017 y 2018
- Información del Registro Único Tributario.
- Información Obligación Financiera 2017 y 2018

VIII. ACCIÓN FISCALIZADORA:

Es importante recordar algunas de las actividades, actuaciones y procedimientos, inherentes al proceso de Fiscalización y Liquidación, plasmados en la siguiente dirección: <https://diancolombia.sharepoint.com/sites/diannetpruebas/procesos/Paginas/Listado-Maestro-V.aspx>, sin perjuicio de las demás documentos dispuestos para consulta y aplicación:

Procedimiento	PR-FL-0263	Determinación e Imposición de Sanciones Aduaneras
Procedimiento	PR-FL-0417	Acciones de Control
Instructivo	IN-FL-0206	Logística para Acciones de Control Posterior
Instructivo	PR-FL-0316	Gestión de reportes de operación sospechosa de LA/FT

IX. ACTIVIDADES PREVIAS PARA LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA

El Jefe de la División o de Grupo, según corresponda, deberá comunicar a los funcionarios asignados para la ejecución del programa, los criterios aplicados, los antecedentes del programa, los lineamientos y las instrucciones que considere importantes para el adecuado desarrollo de la investigación, instruyendo a los funcionarios auditores, para el análisis de la información allegada de cada uno de los seleccionados, adelantar actividades de perfilamiento, recolectar información adicional y realizar las verificaciones correspondientes, con el fin de tener mayor comprensión de la investigación, en el marco de los objetivos del programa.

Para los seleccionados, se deberá cumplir lo dispuesto en el procedimiento “PR-IC-0246 - Formulación de programas y campañas de control de obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias”, sobre el manejo confidencial y reservado de la información, que al respecto determina: “*Se debe propender por la confidencialidad de los seleccionados en todas las etapas de selección, ejecución y evaluación del programa o campaña de control*”, en tal sentido el Jefe de División de Gestión de Fiscalización o de Grupo, deberá tomar las medidas necesarias para blindar la información contenida en los archivos que serán dispuestos para cada Dirección Seccional, la cual solo debe ser conocida por parte del funcionario asignado a cada caso particular de investigación, procurando dejar registrada la trazabilidad del acceso a la misma, a la cual podrá acceder solamente el funcionario asignado.

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

X. CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DEL PROGRAMA

Se solicita atender los plazos establecidos en el siguiente cronograma de actividades, donde se dispone la fecha máxima de su ejecución, salvo que existan circunstancias que ameriten su modificación, caso en el cual el jefe de división o grupo, debe dejar la correspondiente constancia en la unidad documental.

ACTIVIDAD	FECHA
1. El jefe de la División de Gestión de Fiscalización deberá asignar los seleccionados remitidos.	Fecha máxima: 25 de enero de 2020.
2. Análisis de información remitida con ocasión del programa, del (los) seleccionado(s) asignado, verificación de escritorio, conocimiento general de la agencia de aduanas, cruces de información, recolección de información tanto de fuentes internas y externas y demás que se consideren.	Entre el 25 de enero y 30 de abril de 2021. (67 días hábiles siguientes a la actividad anterior)
3. Planeación y ejecución de la diligencia de control en campo (visita, Registro, requerimientos de información, entre otros)	<p>Para las Direcciones Seccionales con número de seleccionados inferiores a 10, fechas de ejecución entre el 30 de abril y el 01 de junio de 2021. (21 días hábiles siguientes a la terminación de la actividad anterior.).</p> <p>Para las Dirección Seccional Bogotá, por el alto volumen de seleccionados, fechas de ejecución entre el 30 de abril y el 23 de junio de 2021. (35 días hábiles siguientes a la actividad anterior)</p>
4. Análisis de información recolectada en la diligencia y elaboración de papeles de trabajo.	<p>Para las Direcciones Seccionales con número de seleccionados inferiores a 10, fechas de ejecución entre el 01 de junio y el 09 de julio de 2021. (25 días hábiles siguientes a la terminación de la actividad anterior.).</p> <p>Para las Dirección Seccional Bogotá, por el alto volumen de seleccionados fechas de ejecución entre el 23 de junio y el 13 de agosto de 2021. (35 días hábiles siguientes a la actividad anterior)</p>
5. Preparar y presentar informe de la acción de fiscalización por expediente, con la determinación de las acciones que correspondan por cada seleccionado, de acuerdo con los resultados obtenidos (auto archivo o inicio de investigación)	<p>Para las Direcciones Seccionales con número de seleccionados inferiores a 10, fechas de ejecución entre el 09 de julio y el 2 de agosto de 2021. (15 días hábiles siguientes a la terminación de la actividad anterior.).</p> <p>Para las Dirección Seccional Bogotá, por el alto volumen de seleccionados fechas de ejecución entre el 13 de agosto y el 13 de septiembre de 2021. (20 días hábiles siguientes a la actividad anterior)</p>

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

XI. RECOMENDACIONES GENERALES.

- Teniendo en cuenta que, el artículo 51, numeral 12, del Decreto 1165 de 2019, regula como obligación de la agencia de aduanas: “*vincular a sus empleados de manera directa y formal cumpliendo con todas las obligaciones laborales, aportes parafiscales incluidos los aportes a la seguridad social por salud, pensiones y riesgos profesionales*”, en la verificación de este requisito, además de la revisión documental, se recomienda realizar la trazabilidad contable de estos pagos, y determinar que no estén siendo cancelados directamente por otras sociedades diferentes a la agencia de aduanas.
- Cada Seccional planeará la realización de las acciones de control de las agencias de aduanas, y de ser necesario, coordinará con otras Direcciones Seccionales, la realización de visitas simultáneas en otras ciudades donde prestan sus servicios, a los intermediarios identificados o a los clientes (importadores), según cada caso particular. Se podrán realizar diligencias de registro, para lo cual deberá solicitar el apoyo forense de ser necesario, como también de otras autoridades como la Policía Fiscal y Aduanera y Policía Nacional, entre otros.
- El presente lineamiento, se constituye en una guía para el desarrollo del programa, sin perjuicio de las orientaciones y recomendaciones complementarias dadas por los Jefes de División y de Grupo, así como de las actividades de auditoría, información y pruebas requeridas por parte del funcionario auditor, como resultado de los hallazgos encontrados al momento de practicar la diligencia y de otras pruebas recaudadas, de acuerdo a cada caso particular que se esté verificando.

XII. INFORMACIÓN CONFIDENCIAL Y RESERVADA

Teniendo en cuenta que el presente memorando contiene información confidencial y reservada, tales como criterios de selección, lineamientos de auditoría entre otra, propias de la ejecución del presente programa, se recuerda que el contenido del mismo debe ser conocido en las Direcciones Seccionales únicamente por los Directores Seccionales, Jefes de Fiscalización, Jefes de Liquidación y los funcionarios que directamente estén trabajando las auditorías correspondientes.

En ese sentido, su difusión a personas externas a la Entidad o a funcionarios diferentes a los indicados en este Memorando, se encuentra absolutamente prohibida y su incumplimiento dará lugar a la remisión para su investigación por parte de las autoridades competentes.

XIII. ASPECTOS PROBATORIOS

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo tercero de la Resolución 74 del 29 de diciembre de 2017, modificada por la Resolución 10 del 31 de enero de 2019, por la cual la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN adoptó la Política de Prevención del Daño Antijurídico, en particular en materia probatoria en las actuaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y en concordancia con lo contemplado en el Capítulo 2 del Título 16 del Decreto 1165 de 2019, se hace énfasis en que toda prueba que obre en el expediente debe ser válidamente decretada, practicada y allegada, atendiendo al debido proceso y a las normas aduaneras vigentes que rigen los hechos materia de verificación, y observando los principios de necesidad de la prueba, publicidad, eficacia, contradicción y evaluación de las pruebas fundada en la sana crítica.

Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 655 del Decreto 1165 de 2019, “serán admisibles como medios de prueba los documentos propios del comercio

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

exterior, los señalados en el presente Decreto, en los acuerdos comerciales, convenios de cooperación y asistencia mutua y tratados suscritos por Colombia y, en lo que fuere pertinente, en el régimen probatorio previsto por el Estatuto Tributario y en el Código General del Proceso, tales como la declaración de parte, la confesión, el testimonio, interrogatorio de parte, el dictamen pericial, la inspección aduanera e inspección contable, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del funcionario aduanero acerca de los hechos.”

En relación con la contabilidad, debe ponerse de presente que para que esta constituya prueba, debe cumplir con lo establecido en los artículos 772 al 777 del Estatuto Tributario, en especial lo señalado en el artículo 774, y se recuerda que, de conformidad con lo establecido en el artículo 51 del Código de Comercio, “Harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios”.

La valoración que se haga a las pruebas debidamente recaudadas debe estar enmarcada dentro de la vigencia de las normas que rigen los hechos materia de verificación y “serán apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con independencia de quien las haya solicitado”, tal como lo establece el artículo 657 del Decreto 1165 de 2019.

De las visitas que se realicen y las pruebas que se recauden (cruces con terceros, requerimientos de información, exógena, etc.), se debe dejar constancia en las actas que para el efecto se elaboren, las cuales deben estar firmadas por quienes hayan participado en la diligencia.

Para la notificación de los actos de la administración aduanera deberá darse estricto cumplimiento a lo establecido en el Título 21 (artículos 755 a 765) del mencionado decreto. Adicionalmente, y con el propósito de evitar eventuales nulidades por indebida notificación, deberá verificarse si dentro del proceso que se adelante el usuario aduanero ha señalado expresamente una dirección para que le sean notificados los actos correspondientes.

Se recuerda que se debe dejar evidencia en el expediente de la notificación de los actos administrativos devueltos por correo y notificados mediante aviso en el sitio web de la Entidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 764 del Decreto 1165 de 2019, para lo cual la dependencia de Documentación o quien haga sus veces en la dirección seccional deberá expedir el respectivo certificado, en aplicación del instructivo IN-FI-0033.

XIV. REPORTE DE IRREGULARIDADES

En cualquier etapa de la investigación, los funcionarios que la adelantan deberán, si identifican alguna situación o circunstancia que requiera una actuación de otra autoridad, seguir los procedimientos establecidos según se indica:

- En relación con el Registro Único Tributario -RUT- del investigado o de un tercero, hacer la respectiva solicitud de inscripción, suspensión o actualización de oficio, utilizando el formato establecido para cada tipo de solicitud, siguiendo los procedimientos señalados para tal fin. Se deberá hacer el seguimiento correspondiente a esta solicitud hasta que en la consulta de RUT se establezca que efectivamente se haya realizado la suspensión solicitada
- Reportar las operaciones sospechosas por posibles operaciones de lavado de activos y financiación del terrorismo ante la Coordinación Control y Prevención de Lavado de Activos, de la Dirección de Gestión de Fiscalización, diligenciando el formato ROS FT-FL-2188.
- Si se detectan irregularidades en la expedición de facturas de ventas, reportar a las Divisiones de Gestión de Fiscalización de las Direcciones Seccionales con competencia en

CONTINUACIÓN MEMORANDO POR EL CUAL SE SUSTITUYE EL MEMORANDO 227 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 2020 - LINEAMIENTOS PARA EL PROGRAMA CONTROL A LAS AGENCIAS DE ADUANAS.

materia tributaria, para lo de su competencia, cuando exista esta separación de funciones en la jurisdicción.

XV. RESULTADOS DE LA EJECUCIÓN DEL PROGRAMA DE AUDITORÍA

En adelante, los informes de seguimiento deberán presentarse de manera bimensual y deberán ser remitidos a la Subdirección de Gestión de Fiscalización Aduanera dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente, de acuerdo a las directrices impartidas en memorando 148 del 25 de agosto de 2020.

Para la presentación de los informes de seguimiento deberá utilizarse el archivo Excel "FORMATO ÚNICO DE SEGUIMIENTO DE PROGRAMAS".

**SANDRA
LILIANA
CADAVID ORTIZ**

Firmado digitalmente
por SANDRA LILIANA
CADAVID ORTIZ
Fecha: 2021.04.23
20:43:25 -05'00'

SANDRA LILIANA CADAVID ORTIZ
Subdirectora de Gestión de Fiscalización Aduanera

Proyectó: Liliana Patricia Marín Gómez

Revisó: Luz Helena Liévano Montejo.