

ISSN: 2344-7389

NÚM. 3 OCTUBRE 2012

*Revista*

# DERECHO ADUANERO

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero



# *Revista* **DERECHO ADUANERO**

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero

**NÚM. 3** **OCTUBRE** **2012**

## **COMITÉ EDITORIAL**

Ramiro Araujo  
Juan David Barbosa  
Juan Manuel Camargo  
Andrés Forero  
Alfredo Moreno  
Nicolás Potdevin

## **COMITÉ CIENTÍFICO**

Silvia Anzola  
Norma Caballero  
Juan Patricio Cotter  
Germán Pardo

---

---

El Instituto Colombiano de Derecho Aduanero - ICDA, es una organización sin ánimo de lucro, dedicada a incentivar el estudio, la investigación, la discusión y la divulgación del derecho aduanero, tanto a nivel nacional como internacional. Todas las opiniones incluidas aquí son personales y no comprometen al Instituto.

---

---

# CONTENIDO

- 4**      **EDITORIAL**  
*Juan Manuel Camargo G.*
- 6**      **Errores de la jurisprudencia del Consejo de Estado en la aplicación de las normas sobre conciliación extrajudicial respecto de la definición de la situación jurídica aduanera de mercancías con decomiso**  
*Oscar Mauricio Buitrago Rico*
- 12**     **De la conciliación extrajudicial y judicial en materia aduanera**  
*Carlos Javier Ortiz*
- 18**     **La maldición de sísifo y los intereses moratorios tributarios y aduaneros**  
*César Camilo Cermeño & Jose Luis Gómez Zapata Deloitte*
- 21**     **Reflexiones sobre reglas de origen**  
*Gustavo Guzmán Manrique*
- 25**     **Sección bibliográfica:  
Las reglas de origen del Comercio Internacional de Gustavo Guzmán Manrique**  
*Juan David Barbosa Mariño*
- 40**     **Sección desarrollos recientes en materia aduanera y de comercio internacional  
Una acción en contra del incumplimiento reiterado de las normas andinas por parte del Gobierno colombiano**  
*Carlos Alberto Espíndola Scarpetta &  
Diana Lorena Herrera Rodríguez*
- 51**     **Normas de Publicación de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero**

El material incluido en esta publicación puede reproducirse, siempre y cuando se cite la fuente en forma completa.

**NOTA PARA NUESTROS COLABORADORES:**

*El próximo número de la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero estará dedicado al nuevo estatuto aduanero. Se aceptarán artículos hasta el 15 de diciembre de 2012, de conformidad con el reglamento de la revista.*

## LOS RETOS DEL DERECHO ADUANERO EN COLOMBIA

---

**A** los abogados que nos dedicamos al tema, nos es familiar la discusión de si el derecho aduanero es realmente autónomo o hace parte de otra más amplia, que sería el derecho tributario. La discusión no es simplemente teórica ni bizantina, sino que afecta la raíz misma de nuestro entendimiento de esta rama del derecho.

Históricamente, en el derecho tributario, los intereses del Estado se han visto compensados por el espíritu combativo de los particulares. Desde la Carta Magna que los barones de Inglaterra impusieron a Juan sin Tierra, las normas tributarias sólo han podido expedirse a cambio de incluir en su seno un cada vez más completo esquema de derechos y garantías en favor del contribuyente. Este contrapeso ha servido de contención al Estado, que de otro modo podría caer en la arbitrariedad y en la tiranía tributaria, como la historia se ha cansado de demostrar.

Derivado del anterior, una de las notas que caracteriza al derecho tributario es el principio de “Reserva Legal”, que consiste en que su creación es facultad exclusiva de los Congresos o Parlamentos. “No hay impuesto sin representación”, fue la frase que sirvió de pilar doctrinario de la revolución de independencia de los Estados Unidos y que hoy sirve de proclama universal.

Esta sencilla regla no sólo ha generado una mayor preocupación por la defensa de los intereses de los particulares, sino que ha tenido otras interesantes consecuencias desde el punto de vista jurídico, como por ejemplo:

- (i) la legislación que emana del Congreso no es tan detallada, y eso permite la creatividad jurídica; y
- (ii) en la formación de la norma queda la constancia de los debates y se pueden analizar los antecedentes y los espíritus de las leyes.

Finalmente, a la sombra de las anteriores ventajas, el derecho tributario ha creado un sólido cuerpo de principios y de conceptos que responden a ambas fuerzas por igual: los intereses del Estado por un lado, y los intereses del contribuyente por el otro.

A pesar de que la gestión aduanera tiene una parte eminentemente tributaria, como es el recaudo de los impuestos a las importaciones, el derecho aduanero no se ha visto beneficiado (cuando menos en Colombia) por el desarrollo garantista que provee la historia del derecho tributario, mucho menos por el principio de “Reserva Legal”. Esa disparidad ha ocasionado a que el derecho aduanero sea dictado por el gobierno, no por el Congreso, con un enfoque recaudatorio y sancionatorio y sin contemplar una adecuada gama de disposiciones enderezadas a proteger los derechos de los particulares.

Los anteriores preámbulos vienen a cuento a raíz de los interesantes estudios que se publican en esta misma edición, acerca de la conciliación prejudicial de controversias aduaneras como requisito de procedibilidad.

El hecho es que, hoy en día, ciertos litigios aduaneros no son conciliables porque se les considera tributarios. Lo increíble es que de todas formas se sigue considerando que el derecho aduanero no es en absoluto parte del derecho tributario.

Es explicable que los expertos en derecho aduanero quieran que su rama de derecho se reconozca como una rama autónoma. Sin embargo, hay que ser consistente. Si hay controversias que no son conciliables por ser litigios tributarios, parece forzoso concluir que al menos una parte del derecho aduanero sí pertenece al derecho tributario. ¿Cuál sería esa parte? Todo lo que tenga que ver con el recaudo y control de los tributos aduaneros. ¿Y cuál es la consecuencia de que esa parte del derecho aduanero pertenezca al derecho tributario? Que deberían aplicarse (al menos a esa parte del derecho aduanero) todos los mecanismos constitucionales de garantías y protección de los contribuyentes, para lo cual se requeriría en primer lugar restablecer el principio de reserva legal, es decir, que la legislación aduanera (o parte de ella) sea expedida por el Congreso.

No es un asunto de poca monta. Es un asunto de índole verdaderamente constitucional. El problema es que en Colombia (y el derecho aduanero es bien representativo de ello) existe una proclividad muy marcada a desconocer el principio de identidad. En un nuestro país, las cosas pueden ser y no ser al mismo tiempo. Un litigio aduanero es tributario para negar la posibilidad de conciliarlo, pero al mismo tiempo no es tributario, para evitar aplicar los mandatos de la Constitución Nacional. ¿Contradictorio? Sí. Pero, ¿a alguien le importa? Esa es la pregunta que nos define.

**Juan Manuel Camargo G.**  
Presidente del ICDA

# ERRORES DE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

## Respecto de la definición de la situación jurídica aduanera de mercancías con decomiso

*Oscar Mauricio Buitrago Rico\**

### Resumen

Contrario a lo que dice la jurisprudencia del Consejo de Estado y su aplicación por parte de algunos jueces, magistrados y procuradores, la ley 863 de 2003, en sus artículos 38 y 39, así como su decreto reglamentario 412 de febrero 12 de 2004, no están vigentes al día de hoy. Es inviable e ilegal aplicar las mismas a situaciones ocurridas luego de su vigencia, a las nuevas peticiones de conciliación y demandas que hoy se presentan y que tienen que ver con la definición de la situación jurídica aduanera de las mercancías. Adicionalmente, no es admisible concluir que el DECOMISO, que es una de las formas de definir la situación jurídica de una mercancía aprehendida, es un asunto de carácter tributario. Es el caso de una mercancía cuyo objeto de debate es si un bien pasa a poder del Estado o si le es devuelto a su propietario.

**Palabras clave:** Conciliación extrajudicial, Decomiso de Mercancías, Requisito de Procedibilidad.

### Abstract

Contrary to the jurisprudence of the State Council says and its application by some judges, magistrates and prosecutors, law 863 of 2003, Articles 38 and 39, and its implementing Decree 412 of February 12, 2004, are not applicable to today. It is impractical and illegal apply them to situations that occurred after its term, new conciliation requests and demands presented today and have to do with the definition of the legal status of the customs goods. Additionally, it is permissible to conclude that the SEIZURE, that is one way to define the legal status of a commodity apprehended, is a matter of a tax. It is the case of goods which discussed is whether property passes to the state or if it is returned to its owner.

**Key words:** extrajudicial conciliation Seizure of Goods, Requirement procedurability.

\* Abogado Derecho Aduanero. Miembro activo del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero, ICDA.

## 1. INTRODUCCIÓN

El Consejo de Estado, Sección Primera, en varias providencias, como las de 18 de febrero de 2010, expediente No. 130012331000200900232-01 y de 16 de diciembre de 2010, dentro del expediente No. 130012331000200900194-01<sup>1</sup>, ha dicho que no procede conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para impetrar las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando se trata de actos administrativos que deciden la situación jurídica de las mercancías.

Basa sus argumentos el Consejo de Estado en uno de los apartes del artículo 38 de la ley 863 de 2003, reglamentado por el artículo 6º del decreto 412 de 2004, que dice: “En materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de la situación jurídica de las mercancías”.

Lo grave de este planteamiento es que ha hecho carrera en los juzgados y procuradurías, que, con base en la posición jurisprudencial del Consejo de Estado, rechazan las demandas por haberse configurado la caducidad de la acción, los primeros, o no admiten el trámite de conciliación, las segundas. Esto, supuestamente, por no ser requisito de procedibilidad, previo a la demanda, la conciliación extrajudicial que se intenta ante la Procuraduría General de la Nación.

Hay decisiones de juzgados que rechazan demandas argumentando caducidad de la acción por haberse sometido al trámite de conciliación, presuntamente innecesario, ante la procuraduría.

En las dos providencias arriba citadas, el Consejo de Estado ordenó revocar sendos autos que rechazaban la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad, porque el actor presentó directamente la demanda sin el trámite previo de conciliación, cuando los asuntos correspondían a decomiso administrativo de mercancías por parte de la DIAN.

Hay decisiones de juzgados que rechazan demandas argumentando caducidad de la acción por haberse sometido al trámite de conciliación, presuntamente innecesario, ante la procuraduría. Como en dicho trámite, muchas veces, se invierte dos y hasta los tres meses máximos que permite las normas que rigen la materia, la demanda se radica por fuera de los cuatro meses, por lo que la demanda es rechazada.

<sup>1</sup> Hay más pronunciamientos al respecto, como se cita en esta providencia, así: Auto de 18 de marzo de 2010, Rad. No. 2001-01629, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso / Auto de 08 de julio de 2010, Rad. No. 2009-0085, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso / Auto de 29 de julio de 2010, Rad. No. 2009-00216, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.



En este sentido hay una flagrante violación a las normas vigentes que rigen la conciliación y una clara denegación de justicia, porque de entrada, sin análisis de fondo del caso, el proceso pasa al archivo definitivo. O también sucede que se da trámite a una demanda que no cumple con los requisitos legales, como ocurrió en los dos eventos de las providencias del Consejo de Estado, antes mencionadas.

En el otro escenario, es la Procuraduría la que, con base en el mismo argumento, se niega a dar trámite a una petición de conciliación cuando los actos administrativos objeto de controversia tienen que ver con el decomiso de una mercancía por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Además de las violaciones ya mencionadas, al negarse esta etapa se pierde una oportunidad de oro para que la DIAN revise sus actuaciones y proponga, como lo viene haciendo cada vez en más casos, una fórmula conciliatoria que lleva a menos procesos contenciosos y menor detrimento patrimonial cuando el Estado concilia casos que perdería judicialmente.

En resumen, esta posición perjudica tanto al particular como al Estado representado en la DIAN.

## **2. RAZONES POR LAS QUE PROCEDE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD**

Consideramos que la DIAN no puede estar de acuerdo con los argumentos anteriormente señalados, que indudablemente son errados, por las razones que pasamos a comentar:

### **2.1 La ley 863 de 2003, arts. 38 y 39 y el decreto 412 de 2004 no están vigentes**

Se sabe de varios eventos de rechazo de la demanda por una supuesta caducidad de la acción por someter un caso de decomiso al trámite de conciliación prejudicial y presentar la demanda agotado este requisito pero, supuestamente fuera del término legal de los 4 meses.

Los jueces basan tal decisión judicial en el decreto 412 de 2004 (“Por el cual se reglamentan los artículos 38 y 39 de la ley 863 de 2003”), asegurando que esa norma excluye expresamente la conciliación de los procesos aduaneros de definición de la situación jurídica de las mercancías. Además, se apoyan en la mencionada jurisprudencia del Consejo de Estado en tal sentido.

Pues bien, la ley 863 de 2003, en sus artículos 38 y 39 y su decreto reglamentario 412 de 2004, consagró unas situaciones eminentemente



transitorias, una especie de “amnistía” que realizó el Congreso, vía reforma tributaria, y que en los artículos mencionados permitía la conciliación en materias tributaria, aduanera y cambiaria, dentro de procesos ante lo contencioso administrativo, de manera temporal. Al día de hoy hay que tener en cuenta otras normas, porque en ese entonces, año 2004, no se había emitido la ley 1285 de 2009 ni su decreto reglamentario 1716 de 2009, que son las normas a tener en cuenta para decidir si un caso de decomiso aduanero debe o no someterse a conciliación prejudicial.

Tanto la ley 863 de 2003, en sus artículos 38 y 39, como su decreto reglamentario 412 de febrero 12 de 2004, no están vigentes al día de hoy, como quiera que señalaban límites cortos para su aplicación, hasta el 30 de junio de 2004.

Es sabido de sobra que al día de hoy no es procedente la conciliación en materia tributaria; por el contrario, la ley 863/03 y del decreto 412/04, permitían expresamente de Estado permitiría el absurdo de permitir hoy la conciliación extrajudicial en materia tributaria.

En otras palabras, es completamente absurdo, inviable e ilegal aplicar la ley 863/03 y el decreto 412/04 a situaciones ocurridas luego de su vigencia, a las nuevas peticiones de conciliación y demandas que hoy se presentan que tienen que ver con la definición de la situación jurídica aduanera de las mercancías. Ellas tuvieron una vigencia definida en el tiempo y no están vigentes al día de hoy; se debe atender a las normas vigentes que las sustituyeron, a la ley 1285 de 2009 y el decreto 1716 de 2009 que rigen la conciliación al día de hoy.

## **2.2 El decomiso no es un asunto tributario**

Valga la ocasión para aclarar que la definición de la situación jurídica de una mercancía por parte de la DIAN, con decomiso, tiene una esencia totalmente aduanera y no tributaria.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales maneja los temas de impuestos, aduanas y cambios, así como otros temas más, pero esto no quiere decir que TODO tenga que ver o corresponda a la materia tributaria.

Desde el año 1993 se creó la DIAN y a partir de entonces esta entidad asumió la competencia de temas que estaban asignados a tres (3) entidades diferentes: La Dirección de Impuestos Nacionales, la Dirección de Aduanas Nacionales y la Superintendencia de Control de Cambios. Por lo tanto, los temas en sí no cambiaron automáticamente de naturaleza o características, sólo pasaron a ser de competencia de una sola entidad del orden nacional.

Los temas en sí son tan diferentes que al interior de la DIAN tanto en el Nivel Central, en Bogotá, como en las diferentes ciudades, existen dependencias especializadas en conocer de los temas tributarios, aduaneros y cambiarios, así como existen solo Direcciones Seccionales de Impuestos (especializadas en manejar solo asuntos tributarios), Direcciones Seccionales de Aduanas (especializadas en manejar solo asuntos aduaneros) y Direcciones de Seccionales de Impuestos y Aduanas encargadas del conocimiento de los tres temas, las que internamente cuentan con Divisiones especializadas, unas en el tema aduanero, otras en el tema tributario y otras en el tema cambiario (ver decreto 4048 de 2008).

Así pues, hay que diferenciar entre cada uno de los temas, porque la prohibición legal para someter a conciliación es solo para los temas tributarios y no en general para los temas aduaneros o cambiarios. A los temas aduaneros que tienen que ver con el recaudo de tributos y sus controversias, también se les aplica la restricción, pero hay que tener especial cuidado en determinar qué tiene que ver con recaudo de tributos aduaneros para saber si debe ser o no sometidos al trámite obligatorio, como requisito de procedibilidad, previo a la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

No es admisible concluir que el decomiso, que es una de las formas de definir la situación jurídica de una mercancía aprehendida, es un asunto de carácter tributario; incluso si el decomiso nace de hechos relacionados con el pago de tributos aduaneros, porque finalmente el conflicto gira alrededor al decomiso de una mercancía y las normas aplicadas son de índole aduanera, específicamente las causales de aprehensión y decomiso (artículo 502 del decreto 2685 de 1999).

Si se pensara que el decomiso, cualquiera fuere su fuente o causal aplicada, tiene un carácter tributario, entonces todo lo que tuviera que ver con un producto importado sería tributario, porque es obligatorio para importar una mercancía el pago de tributos, lo cual es absurdo porque no existiría el tema aduanero, ni las normas aduaneras, sino que estaría todo subsumido dentro del Derecho Tributario.

Igualmente, a manera de ejemplo, en otro aspecto del derecho, cualquier conflicto sobre la venta de una casa (verbigracia, el no pago del valor de la venta) también sería tributario y no civil porque la venta del inmueble origina la obligación de pagar impuestos, o todo lo que tenga que ver con una persona que pague renta sería tributario.

Las causales del artículo 502 del decreto 2685 de 1999 que llevan al decomiso de una mercancía son, en esencia, un tema aduanero y no tributario

porque se aplican las normas aduaneras y no tributarias; lo que se decide es el decomiso y no el pago de una liquidación oficial de corrección por impuestos.

Es cierto que dentro del tema aduanero sí hay asuntos tributarios pero son ellos los que tienen que ver directamente con el recaudo de impuestos, con liquidaciones de impuestos o devoluciones de impuestos, por ejemplo, pero no todo el tema aduanero arrastra esa condición y menos aun el decomiso de una mercancía cuyo objeto de debate es si un bien pasa a poder del Estado o si le es devuelto a su propietario. Ahí no hay ningún debate tributario, solo se trata de definir la situación jurídica de la mercancía y el traslado del derecho de propiedad sobre el bien, del particular al Estado, por la ocurrencia de una infracción de carácter aduanero.

Es la misma DIAN la que a través de su Comité de Conciliación y Defensa Judicial, dependencia encargada directamente de definir si se concilia en un determinado tema, determinó los asuntos aduaneros que no pueden someterse a trámite conciliatorio por ser tributarios, y allí no incluyó el decomiso de una mercancía, como consta en Acta No. 111 de junio 12 de 2009, con base en el artículo 70 de la ley 446 de 1998, la ley 1285 de 2009 y el decreto 1716 de 2009, entre otros.

## CONCLUSIÓN

El decomiso de una mercancía o definición de su situación jurídica aduanera es un evento que debe, obligatoriamente, ser sometido al trámite previo de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación como requisito de procedibilidad para acudir en demanda de acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, contrario a lo que dice la jurisprudencia del Consejo de Estado y su aplicación por parte de algunos jueces, magistrados y procuradores.

# DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y JUDICIAL EN MATERIA ADUANERA

*Carlos Javier Ortiz\**

## Resumen

Asuntos tributarios relacionados con temas aduaneros son los que se definen en resoluciones de liquidación oficial de corrección y de revisión de valor, lo mismo que respecto de los procesos que verse sobre devoluciones o compensaciones de tributos aduaneros (arancel e IVA). Para estos aplica la prohibición legal de conciliar extrajudicial como judicialmente asuntos tributarios. En procesos aduaneros de judicial en todos los casos, no obstante la prohibición establecida por interpretación jurisprudencial.

**Palabras clave:** Asuntos tributarios en materia aduanera, Concepto de tributo, Conciliación extrajudicial, Conciliación judicial, Definición de situación jurídica de las mercancías, ley 1285 de 2009, ley 1395 de 2010.

## Abstract

Tax Matters related with customs issues are those define official settlement resolutions correction and value revision, as well as for processes that look about returns or customs duties compensation (tariffs and VAT). For these apply the legal prohibition of extrajudicial and judicial reconcile tax matters. In court customs processes in all cases, however the prohibition established by judicial interpretation.

**Key words:** Tax Matters in customs, tax concept, Extrajudicial Conciliation, Judicial Settlement, Meaning goods legal situation, law 1285 of 2009, Act 1395 of 2010.

## 1. ANTECEDENTES

Un tema que ha inquietado a las diferentes ramas del poder público en Colombia es la descongestión de la justicia. Es por lo anterior que siempre se han propuesto mecanismos alternativos de solución de conflictos, como una posible alternativa.

En cumplimiento del anterior objetivo, el Congreso de la República expidió la ley 23 de 21 de marzo de 1991. “Por medio de la cual se crean

\* Dirección Jurídica, Consorcio Constructor Nuevo Dorado

mecanismos para descongestionar los despachos judiciales, y se dictan otras disposiciones”, en la que se establecieron los mecanismos alternativos de solución de conflictos tales como la mediación, la amigable composición, el arbitraje y la conciliación para temas laborales, de familia, administrativos, entre otros.

El artículo 59 disponía que la conciliación contencioso administrativa se podía presentar en las etapas prejudicial o judicial con personas jurídicas de derecho público y respecto de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales. Desde ese entonces, en el parágrafo del mencionado artículo, ya se aludía la prohibición de conciliar asuntos que versaran sobre conflictos tributarios.

Posteriormente, se expidió la ley 446 de 7 de julio de 2008, por medio de la cual se adoptaron medidas para la descongestión judicial, eficiencia y acceso a la justicia, y en la que se regularon cinco (5) capítulos para los mecanismos alternativos de solución de conflictos, incluida la conciliación extrajudicial. En el parágrafo segundo del artículo 70 se confirma que no puede haber conciliación en los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

En el mismo sentido, se expide la ley 640 de 5 de enero de 2001. “Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”. Es en esta norma en donde se establece la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, lo que incluye las demandas en contra de la autoridad aduanera. Sin embargo, el requisito nunca fue obligatorio, por cuanto no se contaba con los agentes del ministerio público necesarios para adelantar las audiencias.

## 2. DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL

En la ley 1285 de 22 de enero de 2009 – por medio de la cual se reformó la ley Estatutaria de la Administración de Justicia –, en el artículo 13 se estableció la obligatoriedad de acudir a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para interponer las acciones contempladas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo (acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y de controversias contractuales).

El citado artículo, causó entre los abogados y los ciudadanos que debían acudir a las mencionadas acciones gran confusión, por lo que el Gobierno Nacional se vio en la necesidad de expedir el decreto 1716 de 24 de mayo de 2009, para reglamentar aquellas situaciones que el legislador había omitido intencionalmente. Nuevamente se estableció la imposibilidad

de conciliar asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario (párrafo 1° del artículo 2°).

Ya en vigencia la obligatoriedad del requisito de procedibilidad, los solicitantes y solicitados de las audiencias de conciliación extrajudicial; y los procuradores judiciales administrativos, actuando como conciliadores, tomaron diferentes posiciones, por cuanto la frase de “asuntos tributarios” no era clara y admitía muchas interpretaciones.

Para algunos, todos los temas que eran competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, eran asuntos tributarios y por lo tanto, no susceptibles de conciliación, por lo que algunos abogados, acudían directamente a la jurisdicción contencioso administrativo, arriesgándose a que el juez que conocía del caso inadmitiera o incluso rechazara la demanda, por no agotar tal requisito. También se corría el riesgo de que se declarara la caducidad de la acción, siendo este un peligro más alto en las acciones de nulidad y restablecimiento, por cuanto se cuenta con tan sólo cuatro (4) meses para acudir a la jurisdicción.

### **3. DEL CONCEPTO DE TRIBUTO PARA EFECTOS ADUANEROS**

Identificados estos problemas y otros más, por parte del Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la U.A.E. DIAN, se inicia un riguroso estudio sobre el concepto de “tributo” y la interpretación que debía dársele a la mencionada frase “asuntos tributarios”. En su momento se acudió a las gacetas de la H. Cámara de Representantes y el H. Senado, para identificar el verdadero espíritu del legislador al momento de establecer la prohibición de conciliar en asuntos tributarios, sin resultado alguno. En las mismas, no se plasmaron las razones por la cuales se dejaron por fuera los asuntos tributarios ni mucho menos se analizaron los temas que hacían de los mismos.

Se investigó en el Estatuto Tributario y en el decreto 2685 de 1999 una definición sobre qué o cuáles eran los asuntos tributarios, y sólo en el segundo se encontró la definición de “tributos aduaneros”, entendidos como los derechos de aduanas y el impuestos sobre las ventas (arancel e IVA).

Se acudió entonces a la Constitución Política y a los criterios auxiliares de interpretación, tales como la jurisprudencia y la doctrina. La primera, como norma de normas, establecía el deber por parte de todos los ciudadanos de contribuir a la financiación de las inversiones del Estado y con los gastos de funcionamiento del gobierno nacional, basados en criterios de progresividad, equidad y eficiencia, estableciendo de esta manera, la reserva de ley en asuntos tributarios.

La jurisprudencia de la H. Corte Constitucional seguía la Constitución Política y establecía que la materia tributaria está compuesta por todas aquellas normas mediante las cuales el Estado determina las fuentes generadoras de los ingresos necesarios para atender sus gastos, los mecanismo para su recaudación y control y la manera como emplearán esos recursos.<sup>2</sup>

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado se pronuncia respecto de los tributos aduaneros y se remite a lo regulado en el artículo 1 del decreto 2685 de 1999<sup>3</sup>.

La doctrina expresaba que los tributos se trataban de un ingreso de naturaleza pecuniaria, de carácter público, obtenida por un ente público, titular de un derecho de crédito, como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho establecido en la ley por ser indicativo de capacidad económica y dirigido a satisfacer las necesidades financiera del Estado y demás entes públicos.<sup>4</sup>

Teniendo medianamente claro el concepto de tributo, se hacía necesario conocer cuales temas efectivamente eran asuntos tributarios, porque la interpretación que se hizo, de que todos los asuntos que manejaba la DIAN era no conciliables al amparo de la prohibición mencionada, en efecto era errada.

Con base en todo lo anterior, el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la DIAN, mediante Acta No. 111 de 12 de junio de 2009, concluyó que los asuntos tributarios eran los que contribuían al interés general y hacían parte del tesoro nacional, incluyendo aquellos que garantizaban su efectivo control y recaudo. En materia aduanera se estableció: “Las liquidaciones oficiales de que trata el decreto 2685 de 1999, en el Capítulo XIV Sección II”, esto es las liquidaciones oficiales de corrección y de revisión de valor; y los procesos que versen sobre devoluciones o compensaciones de impuestos tributos aduaneros.

En esta conclusión se dejaron por fuera los procesos administrativos de definición de situación jurídica de las mercancías, por cuanto no todas las causales de aprehensión y decomiso corresponden a temas relacionados con los derechos de aduanas y el impuestos sobre las ventas, e incluirlo podía generar inseguridad jurídica para los ciudadanos.

<sup>2</sup> Sentencia C-714 de 2001, Corte Constitucional.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejera Ponente MARIA INES ORTIZ BARBOSA, Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007, Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00336-01 (1557), Actor: Juan Manuel Camargo, Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

<sup>4</sup> Curso de Derecho Fiscal, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 385.

Esta interpretación, aunque muy valiosa y denotaba un adelanto ante las lagunas que tiene el ordenamiento jurídico, no era una posición vinculante para nadie, salvo para los funcionarios de la DIAN, por lo que abogados y procuradores judiciales administrativos continuaron solicitando y citando audiencias de conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, para “curarse en salud” y evitar, como ya lo explicamos, que la demanda fuera inadmitida, rechazada o se declarara la caducidad de la acción.

#### **4. SITUACIÓN AL DÍA DE HOY DE LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**

Es una situación que continúa presentándose hoy en día, porque no se tiene claro cuáles son los asuntos tributarios en materia aduanera, no susceptibles de conciliación, a pesar de que la ley 1285 tiene casi tres (3) años de haber sido expedida.

En este punto, compartimos la posición adoptada por el Comité de Conciliación de la DIAN y consideramos que las demandas que se pretendan presentar ante la jurisdicción contencioso administrativa que involucren los temas contenidos en la mencionada acta, no deben agotar el requisito de procedibilidad (conciliación extrajudicial).

Posteriormente, se abrió nuevamente el debate, porque en algunos juzgados y tribunales administrativos del país se comenzaron a inadmitir, rechazar y declarar caducidades por demandas relacionadas con definición de situación jurídica de las mercancías (decomisos). Era un tema que para algunos litigantes era no susceptible de conciliación, por lo que, en consecuencia, podían acudir directamente a la jurisdicción. Y fue una tesis apoyada por la Sección Primera del H. Consejo de Estado, quien desde febrero de 2010, expidió una serie de autos (auto de 18 de febrero de 2010, Rad. No. 2009-0232, C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno; auto de 29 de julio de 2010, Rad. No. 2009-00216, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso; auto de 12 de agosto de 2010, Rad. No. 2009-00427, C.P. Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; entre otros), en los que se adoptó la siguiente posición referente a los procesos aduaneros de definición de situación jurídica de las mercancías:

“... existe dentro del ordenamiento jurídico una disposición especial, contenida en la ley 863 de 2003, artículo 38, inciso 9°, según el cual =en materia aduanera, la conciliación aquí prevista no aplicará en relación con los actos de definición de situación jurídica de las mercancías’, reglamentada mediante el decreto 412 de 2004 en cuyo artículo 6° se estatuye lo siguiente:



Artículo 6°. Improcedencia de la conciliación. No serán objeto de la conciliación en este decreto:

1. Los procesos en los que se haya proferido sentencia definitiva.
2. Los procesos aduaneros de definición de situación jurídica de las mercancías.
3. Los procesos originados en liquidaciones de aforo.
4. Los procesos que se encuentren en recurso de súplica o de revisión ante el Consejo de Estado.”

Con base en la jurisprudencia de la Alta Corte Administrativa, todos los numerales establecidos como causales de aprehensión y decomiso de mercancías no son susceptibles de conciliación; en consecuencia, no es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción (conciliación extrajudicial), posición que no compartimos, por cuanto la intención en ese momento del legislador (ley 863), era evitar que se conciliaran asuntos que no tenían nada que ver con la reforma tributaria que se implementaba para el momento y su único objetivo era aliviar, y en cierta forma disminuir, los efectos adversos que conlleva la imposición de nuevos gravámenes o el aumento de las sumas de dinero que se deben cancelar por concepto de tributos por parte de las personas naturales o jurídicas del país. Se trataba entonces de una ley transitoria, que, aunque continúe vigente, no tiene el espíritu ni la interpretación que el H. Consejo de Estado pretende darle.

## 5. DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL

En cumplimiento del objetivo resaltado inicialmente, esto es, el fortalecimiento a mecanismos alternativos de solución de conflictos, el Congreso Nacional expidió la ley 1395 de 12 de julio de 2010, “Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”. En su artículo 70 dice:

“ARTÍCULO 70. Adiciónese un cuarto inciso al artículo 43 de la ley 640 de 2001, cuyo texto será el siguiente:

En materia de lo contencioso administrativo, cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria.

PARÁGRAFO. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso”.

Con la expedición de este artículo, en el que se establece esta nueva audiencia de conciliación judicial como obligatoria, se abre nuevamente el debate y surgen dos lagunas jurídicas al respecto. La primera es establecer cuáles sentencias son declarativas, condenatorias o constitutivas; y la segunda es si todos los asuntos son susceptibles de conciliación o no, al amparo de las prohibiciones legales ya mencionadas, esto es, asuntos tributarios y los procesos aduaneros de definición de situación jurídica de las mercancías.

Respecto de la primera inquietud, existía el pronunciamiento por parte del H. Consejo de Estado sobre la diferencia entre las sentencias declarativas y condenatorias, por lo que en sentencia de la Sección Cuarta de 12 de junio de 2003 (Rad. N° 25000-2327-000-2000-0575-01) expresó:

“La Sección, en copiosa jurisprudencia ha considerado que en general, la sentencia mediante la cual la jurisdicción juzga la legalidad de actos administrativos en materia de tributos, es de carácter declarativo. Así, por ejemplo, cuando el fallo resuelve anular actos de liquidación o determinación oficial de impuestos, con la consiguiente disminución de la obligación fiscal liquidada oficialmente, bien al valor de la liquidación privada, como ocurre cuando ésta se confirma, o fija otro valor que la modifica, etc., y que se limita a cuantificar un impuesto, o establecer la existencia de una obligación tributaria, o su valor, no es una decisión judicial que pueda catalogarse de condena para el Estado, sino su naturaleza es eminentemente declarativa del quantum o monto de la obligación.

Idéntico razonamiento cabe respecto de decisiones como las que antecedieron a la presente litis, en las que en principio se debatió la corrección de la declaración tributaria inicial y posteriormente, el saldo a favor en ella contenido se hallaba en discusión, y que al desatarse las controversias, por la primera, se declaró el derecho de la sociedad a corregir su declaración privada del año de 1990, y por la segunda, se anularon los actos de determinación oficial, lo que permite catalogar la sentencia emitida en cada caso, como simplemente declarativa del monto de la obligación, que en el sublite, finalmente, se contrajo al denunciado por la sociedad. Así las cosas, no hay razón alguna para deducir que de alguna de ellas se derivara una condena a la Nación”.

Teniendo en cuenta el pronunciamiento realizado por el H. Consejo de Estado, las sentencias que declaren la legalidad de los actos en materia tributaria son de naturaleza declarativa; en este orden de ideas, no son condenatorias; en consecuencia, el juez que profiere la sentencia de primera instancia, cuando se presente recurso de apelación en contra de la sentencia, no debería citar a la celebración de la audiencia de conciliación judicial reglamentada por la ley 1395 de 2010.

Posteriormente, en una sentencia de Sala Plena de 2 de marzo de 2010 (Rad. No. 11001-03-15-000-2001-0091-01) dijo:

“La doctrina jurídica en materia procesal ha elaborado criterios para distinguir las sentencias que declaran la existencia o inexistencia de una relación jurídica; diferentes de las sentencias de condena que son las que imponen al demandado una obligación de dar, de hacer, o de no hacer; y las constitutivas que crean, modifican o extinguen por sí mismas un estado jurídico, introduciendo una estructura o situación jurídica nueva.

En el campo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la doctrina cita como ejemplos de sentencias declarativas las que se limitan a declarar la nulidad de un acto administrativo en el contencioso de anulación y las que deniegan una pretensión de cualquier clase; como ejemplo de sentencias condenatorias las sentencias favorables dictadas en los procesos de restablecimiento en general, precisando que las sentencias en el contencioso de nulidad y restablecimiento tendrán un doble carácter: declarativas en cuanto constatan o definen que el acto impugnado se ajusta o no al ordenamiento jurídico; y de condena, cuando, como consecuencia de la nulidad del acto, se impongan obligaciones de dar, hacer o no hacer a la administración” (Betancur Jaramillo, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Sexta edición. Señal Editora. Bogotá, 2002).

“Por lo tanto, las sentencias consultables son aquellas condenatorias que imponen una obligación de carácter económico a cargo de cualquier entidad pública...”

De acuerdo con la jurisprudencia transcrita, todas las sentencias que impliquen una obligación de dar, hacer o no hacer, son condenatorias; en consecuencia es obligatorio que se celebre la audiencia de conciliación judicial regulada en el artículo 70 de la ley 1395.

En este punto, nuestra opinión es que las sentencias en donde se define la legalidad de los actos administrativos expedidos por la DIAN tienen una doble naturaleza, es decir, son mixtas o eclécticas, puesto que tienen un componente eminentemente declarativo, pero el restablecimiento que se ordena por el juez es de carácter condenatorio, por cuanto comporta una obligación de dar, hacer o no hacer. Compartimos la interpretación desarrollada por el doctrinante Betancur Jaramillo.

Respecto de la segunda laguna, doctrinariamente se ha afirmado que, como en esta etapa procesal ya se cuenta con una sentencia favorable para algunas de las partes, ese asunto (que inicialmente era tributario) se ha transmutado en una obligación nueva; y que la prohibición respecto de los

asuntos tributarios pierde su sentido. De esta forma, es perfectamente viable conciliar una sentencia desfavorable para la DIAN y que recaiga sobre asuntos tributarios y de definición de situación jurídica de las mercancías.

Oficialmente no existe un pronunciamiento al respecto; sin embargo, opinamos que la prohibición contenida en el párrafo segundo del artículo 70 de la ley 446 de 1998 y en el párrafo primero del artículo 2° del decreto 1716 de 2009, no es específicamente para la conciliación extrajudicial, sino que también aplica para la judicial. Es por lo anterior que las sentencias condenatorias que versen sobre conflictos tributarios no son susceptibles de conciliación judicial.

Consideramos que el Consejo de Estado debe pronunciarse en este mismo sentido y más aún, debe ampliar la prohibición, por cuanto debe ser consecuente con la tesis que ya ha planteado, esto es, que respecto de los procesos aduaneros de definición de situación jurídica de las mercancías no es susceptible la conciliación, incluso aunque no la compartamos porque la seguridad jurídica es un principio que debe prevalecer.

## 6. CONCLUSIÓN

Los asuntos tributarios relacionados con temas aduaneros son los que se definen en resoluciones de liquidación oficial de corrección y de revisión de valor, lo mismo que respecto de los procesos que versen sobre devoluciones o compensaciones de tributos aduaneros (arancel e IVA). En este sentido, la prohibición legal de conciliar asuntos tributarios, aplica tanto para conciliaciones extrajudiciales (ley 1285 de 2009) como para las legales (ley 1395 de 2010).

Respecto de la prohibición establecida por interpretación jurisprudencial, sobre los procesos aduaneros de definición de situación jurídica de las mercancías, consideramos que el sustento es pobre, por cuanto se sustrae de una ley transitoria y no consulta el verdadero espíritu del legislador al haber regulado esa prohibición. Sobre estos temas de decomisos, es viable la conciliación extrajudicial y judicial en todos los casos.

En complemento, resaltamos la doble naturaleza de las sentencias proferidas en desarrollo de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, declarativas y condenatorias, y que en virtud de imponer obligaciones de dar, hacer o no hacer, es procedente su conciliación, salvo que versen sobre asuntos tributarios, como ya lo explicamos. Consideramos importante que el H. Consejo de Estado, se pronuncie sobre estos temas, para intentar darle una solución a las lagunas que el ordenamiento jurídico colombiano ha dejado.

# LA MALDICIÓN DE SÍSIFO Y LOS INTERESES MORATORIOS TRIBUTARIOS Y ADUANEROS

*César Camilo Cermeño & Jose Luis Gómez Zapata Deloitte*

## Resumen

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Superintendencia Financiera de Colombia, como el Consejo de Estado, reconocen en sus actos (manifestaciones de su voluntad) que el interés moratorio en el orden legal colombiano se calcula bajo el contexto del interés compuesto, es decir, el que se calcula sobre la base inicial más los intereses acumulados en períodos anteriores; reinvertiendo dichos intereses que pasan a convertirse en nuevo capital. No obstante, no se entiende por qué la Administración Tributaria, en algunas de sus ramificaciones, insiste en seguir calculando los intereses moratorios como simples.

**Palabras clave:** Artículo 635 del Estatuto Tributario, Intereses de mora compuesto.

## Abstract

The Tax and Customs Administration, the Colombia's Financial Superintendence, as the Council of State, recognized in their actions (manifestations of its will) that interest on arrears in the Colombian legal order is calculated under the context of compound interest, it means, which is calculated based on initial interest accrued in prior periods, reinvesting such interest passing to become new capital. However, it is understandable why the Tax Authorities, in some of its branches, insists on calculating default interest as simple.

**Key words:** Article 635 of the Tax Code, interest on arrears compound.

## INTRODUCCIÓN

Según el relato narrado por Homero en la Odisea, Sísifo, en el infierno, fue obligado a empujar eternamente una piedra enorme cuesta arriba por una ladera empinada; pero, antes de que alcanzara la cima de la colina, la piedra siempre rodaba hacia abajo, y Sísifo tenía que empezar de nuevo desde el principio.

La empresa que Sísifo emprendía periódicamente se puede comparar con la actitud y el proceder de la Administración de Impuestos en Colombia,

cuando se trata de liquidar los intereses de mora a favor de los contribuyentes, en materia aduanera y tributaria, pues insiste erradamente en que éstos deben ser liquidados y pagados bajo el contexto de un interés simple y no compuesto, posición manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico colombiano actual. Como en muchas otras posiciones de la autoridad, en donde se insiste en una postura en vía gubernativa a pesar de que en vía judicial será revocada, pareciera que ésta buscara configurar puntos de honor administrativos que, sin embargo, se derrumbarán al momento de contar con un fallo en segunda instancia.

## **DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS INTERESES DE MORA A FAVOR DE LOS CONTRIBUYENTES, EN MATERIA ADUANERA Y TRIBUTARIA**

Vale la pena anotar, antes de entrar en detalle sobre la empresa en mención, que la siguiente reflexión cobija tanto al régimen aduanero colombiano, como al orden legal tributario, pues los intereses moratorios derivados de las obligaciones aduaneras y tributarias se enmarcan en los mismos presupuestos. Concretamente, el artículo 543 del decreto 2685 de 1999 establece que para el pago de obligaciones aduaneras que causen intereses de mora, se aplicarán los artículos 634, 634-1 y 635 del estatuto tributario, disposiciones que en líneas posteriores se comentan.

Hecha la anterior aclaración, conviene entonces advertir que iniciar, acompañar o terminar una actuación administrativa fundada en este supuesto, en un interés de mora bajo el contexto del interés simple y no del interés compuesto, no es más que una clara manifestación de un proceder que siempre resultará inútil a la luz de las disposiciones tributarias y aduaneras referidas a la materia, las circulares y conceptos de la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Superintendencia Financiera de Colombia, así como ante la posición contundente de la máxima corporación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En estricto sentido, y sólo por retomar jurídicamente la posición que no admite discusión, resulta imperioso recordar que el artículo 863 del Estatuto Tributario consagra que cuando de las declaraciones tributarias privadas se genere un saldo a favor o cuando el contribuyente realice pagos en exceso, la administración deberá pagar al contribuyente los intereses de mora que correspondan proporcionalmente al retardo que se surta para dichas devoluciones. Consecuentemente, el artículo siguiente, anota que estos intereses serán iguales a la tasa de interés prevista en el artículo 635 de la misma compilación normativa.

Por su parte, el artículo 635 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 12 de la ley 1066 de 2006, estableció que "...para los efectos tributarios y

frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a partir del 1° de enero de 2006, la tasa de interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora". Frente a esta disposición es menester precisar dos cosas: cuál fue la intención del legislador al incorporar la modificación al artículo 635 precitado y por qué se remitió a la Superintendencia Financiera de Colombia para tal propósito.

### **La intención del legislador al incorporar la modificación al artículo 635 del Estatuto Tributario**

En primer lugar, si nos remontamos al proyecto de ley número 296 de 2005 de la Cámara de Representantes, éste presentó un pliego de modificaciones a la iniciativa del Gobierno Nacional que introdujo, entre otras cosas, el artículo 12 de la ley 1066 de 2006, modificadorio del artículo 635 del Estatuto Tributario. La explicación para la modificación consistía en desincentivar la morosidad, cambiando la anterior tasa de interés simple por una tasa de interés compuesto, que, como es lógico, fuese más gravosa para quien retarda el pago de una obligación tributaria.

Si miramos la literalidad del artículo 635 del Estatuto Tributario, es claro concluir que el espíritu del legislador quedó plenamente plasmado, pues introducir una tasa que fuese equivalente a la tasa de usura no significa nada diferente a que el nuevo interés, producto de la modificación incorporada por la ley 1066 de 2006, sería compuesto y no simple.

Así lo reconoció la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en la Circular No. 069 de 2006, en la cual afirmó que "la nueva tasa de interés moratorio se calculará dentro del contexto del interés compuesto, utilizando como referencia la Tasa de Usura, la cual es certificada como una Tasa Efectiva Anual (E.A.), por lo que se hace necesario utilizar la fórmula que de acuerdo con la técnica financiera permite obtener el resultado esperado".

### **Por qué se remitió a la Superintendencia Financiera de Colombia para tal propósito**

Reconocida por la DIAN la necesidad de acudir a la técnica financiera, y sumado a la remisión directa del artículo 635 del Estatuto Tributario a la Superintendencia Financiera de Colombia, vale agregar que ésta última, como es lógico, en el Concepto No. 2009049625 - 001 del 5 de agosto de 2009, también corroboró la misma manifestación de la administración tributaria, haciendo imposible concebir la idea que actualmente el interés moratorio se calcula como un interés simple y no compuesto.

El Consejo de Estado, decidiendo una acción de nulidad interpuesta contra la legalidad de la Circular No. 069 de 2006 de la DIAN, previamente

citada, cerró cualquier discusión al respecto al anotar, en sentencia del 10 de septiembre de 2009, señalando que “además de que fue intención del legislador que el interés de mora se determinara inequívocamente como una tasa efectiva, y por lo mismo, se calculara en la forma de interés compuesto, tal voluntad legislativa quedó claramente plasmada en el artículo 635 del Estatuto Tributario, con la modificación del artículo 12 de la ley 1066 de 2006”.

En consecuencia, reiteramos, tanto la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Superintendencia Financiera de Colombia, como el Consejo de Estado, reconocen en sus actos (manifestaciones de su voluntad) que el interés moratorio en el orden legal colombiano se calcula bajo el contexto del interés compuesto, es decir, el que se calcula dichos intereses que pasan a convertirse en nuevo capital.

No obstante, no se entiende por qué la administración tributaria, en algunas de sus ramificaciones, insiste en seguir calculando los intereses moratorios como simples, defraudando el espíritu del legislador ya explicado y en detrimento del beneficiario legítimo de los respectivos valores. Mantener una posición infundada como esta será continuar con el mito de Sísifo donde su esfuerzo, tarde o temprano, a instancias administrativas o judiciales, resultará inútil, motivando una incesante lucha periódica que lo único que arrojará como resultado será el desgaste progresivo del ente líder de la actividad fiscalista y recaudatoria en nuestro país.

Existiendo argumentos jurídicos sólidos como los enunciados, no le es dable a un ente de envergadura estatal como la DIAN contradecir la posición unánime del artículo 635 del Estatuto Tributario y desconocer la teleología del mismo artículo, el cual, no obstante la reciente reforma tributaria (ley 1430 del 29 de diciembre de 2010), sigue vigente en su máximo esplendor dentro del ordenamiento jurídico tributario. Esta ley, vale aclarar, aunque introdujo algunas modificaciones relativas a los intereses a favor de los contribuyentes, no alteró el objetivo de la ley 1066 de 2006 de desincentivar la morosidad frente a las obligaciones tributarias.

## CONCLUSIÓN

En conclusión, dados los antecedentes normativos y jurisprudenciales que confirman el tema objeto de mención, se requiere urgentemente su acatamiento por parte de las autoridades tributarias, a efectos de que cese, de una vez por todas, esta actitud contraproducente propia del síndrome del salmón, donde sin perjuicio de una corriente fuerte, caudalosa y contundente, el salmón insiste en dirigirse en contra de una corriente que siempre lo vence y ridiculiza su esfuerzo.



## REFLEXIONES SOBRE REGLAS DE ORIGEN

---

*Gustavo Guzmán Manrique*

**Resumen:** Entre otros temas, este artículo realiza una invitación para valorar el impacto de las reglas de origen de nueva generación frente a la competencia en materia de investigaciones aleatorias de la Aduana en materia de origen aplicables al “después de” y que implica profundizar en los procesos productivos que alteran las clasificaciones de la nomenclatura en los materiales utilizados, los contenidos regionales y sus variables, las pruebas técnicas y demás regulaciones que giran alrededor de la calificación de un producto como originario. De igual forma, el artículo presenta una invitación para valorar el impacto de las reglas de origen y sus posibles efectos en la economía.

**Palabras clave:** Acumulación, certificado de origen, procedimiento aduanero, procesos mínimos, reglas de origen.

### **Abstract**

Among other topics, this article makes an invitation to evaluate the rules impact of origin of new generation against the competition in terms of random Customs investigations on origin for the "after" and examine the processes involved productive that alter the nomenclature classifications in the materials used, the regional content and its variables, technical tests and other regulations that revolve around the classification of a product as originating. Similarly, the article presents an invitation to evaluate the rules impact of origin and their possible effects on the economy.

**Key words:** accumulation, certificate of origin, customs procedures, minimal processes, rules of origin.

### 1. INTRODUCCIÓN

La disciplina de reglas de origen ha irrumpido recientemente de manera notoria entre quienes nos desempeñamos en asuntos asociados al comercio internacional.

No se trata, sin embargo, de algo novedoso, porque desde la década de los años 60 las reglas de origen están presentes en los acuerdos comerciales preferenciales. ¿Por qué, entonces, cobra cierta importancia ahora

la disciplina? Las reflexiones en este artículo buscan aproximarnos a una respuesta que de ninguna manera pretende agotar el debate, sino, más bien, provocarlo.

Entre los más conspicuos seguidores del Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos –APC–, más conocido como TLC, hay algo de *complejo de Adán* porque pareciera que antes de su advenimiento no hubiesen existido disciplinas comerciales. Dejemos claramente sentado, como verdad verificable, que antes del APC existían en el mundo muchos compromisos comerciales con reglas de origen incluidas, y que Colombia participaba en buen número de ellos.

Si bien no se trata de una novedad, es justo reconocer y destacar que el denominado *origen de nueva generación*, promovido por Estados Unidos desde que decidió participar en acuerdos de integración desde la década de los años 90, aporta elementos valiosos que mejoran de manera considerable aquellas reglas de origen previas tradicionales de los procesos de integración primigenios en los que Colombia aún participa.

Estamos entonces en presencia de dos modelos de reglas de origen. El tradicional, también conocido como Paneuropeo, que encontramos en el comercio con la mayoría de países latinoamericanos, y el modelo de nueva generación que viene teniendo una aceptación progresiva, incluso entre países de la región.

De hecho, el modelo de origen tipo TLC fue adoptado por Colombia desde el año 1995 cuando entró en vigencia el Acuerdo de Alcance Parcial de la ALADIN°33, con México y Venezuela, más conocido como G-3. Sin embargo, el origen de nueva generación se ha pulido, tiene elementos adicionales a los que estábamos acostumbrados y obliga a cambiar algunos paradigmas.

## 2. EL ORIGEN DE NUEVA GENERACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO ADUANERO

El acuerdo con los Estados Unidos mantiene los criterios y elementos complementarios conocidos de tiempo atrás para la calificación del origen de los productos. En cuanto a criterios, la innovación de fondo puede ser entre nula y marginal. Básicamente, trae mayores precisiones y un lenguaje más técnico que para muchos resulta incomprensible, pero el conjunto de elementos centrales para la calificación del origen de los productos siguen siendo los mismos.

El gran aporte de las reglas de origen en el APC está en la autocertificación y sus efectos en el procedimiento aduanero. Hemos estado

acostumbrados en Colombia a unos procedimientos en aduanas que, ante las novedades que nos trae el origen de nueva generación, pueden lucir desconcertantes porque nos ponen frente a dos elementos casi inéditos en nuestro medio: el principio de confianza y los controles *ex post*. Estos dos elementos, junto a la sistematización simple y amigable, son los pilares de una verdadera facilitación aduanera.

La autocertificación del origen en el APC, aparentemente tan inofensiva y liviana, mueve la estantería de lo que en Colombia se había venido haciendo para certificar exportaciones y para controlar importaciones. Además obliga a hacer algunos cambios institucionales que hemos venido observando.

Pero no sólo eso, sino que la autocertificación también hace que el empresario asuma nuevas responsabilidades y sobre él recaiga el peso del trámite del origen para exportar, así como el sustento posterior en los procedimientos de control y verificación.

Para los controles aduaneros tradicionales ya resultaba bastante incómodo un certificado de origen formal, expedido por autoridad competente del país exportador, al que se debía dar credibilidad, salvo que hubiera protuberantes inconsistencias o errores y, aun así, en muchos casos, no se podía impedir el despacho a consumo.

El APC con Estados Unidos ni siquiera pide formulario alguno, ni exige autoridad competente del país exportador que lo avale. Basta con que el importador (con base en certificado de productor o exportador) solicite el tratamiento preferencial con unos datos mínimos básicos en cualquier hoja en blanco. Es toda una novedad que sorprende en presencia de procedimientos aduaneros anclados en controles previos, horarios de oficina, múltiples regímenes especiales y una sistematización agobiada por tal complejidad.

Desde hace algún tiempo, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo comenzó a trasladar a los empresarios la responsabilidad de calificar el origen de sus productos. A mi modo de ver fue una manera de prepararlos para la autocertificación de verdad que se venía venir. Algunos empresarios creían incluso que ese procedimiento a través de la VUCE<sup>7</sup> era la autocertificación, pero no era así. El Mincomercio, como entidad responsable de las certificaciones, lo que hizo fue compartir progresivamente esa responsabilidad y familiarizar al empresariado con la autocertificación, de

<sup>7</sup> Ventanilla única de comercio exterior a través de la cual se hacen trámites de comercio exterior, por medios electrónicos, que son de responsabilidad del Ministerio de Comercio Industria y Turismo.

manera que cuando ésta apareciera plenamente con el APC, el cambio fuera menos traumático. Ese es el escenario en que nos encontramos con el flamante acuerdo ya en funcionamiento.

### 3. AJUSTES INSTITUCIONALES PARA EL CONTROL DE ORIGEN

Hemos observado con claridad que la tendencia de las reglas de origen en el mundo es hacia el *origen de nueva generación* cuyo modelo, como hemos dicho arriba, es el de los acuerdos conocidos como TLC. Un componente importante del origen son las cláusulas de certificación, control y verificación que, en el modelo de nueva generación, deben ser compatibles con procedimientos aduaneros basados en el principio de confianza y controles posteriores.

Esa tendencia explica y justifica los cambios institucionales llevados a cabo recientemente en Colombia para la certificación, control y verificación del origen. Nuestro andamiaje estaba montado sobre la base del modelo de origen tradicional, según el cual, la certificación se concentraba en autoridades oficialmente habilitadas, las que hacían verificaciones y controles *ex ante* para la exportación. El papel de las aduanas era mecánico, secundario y sujeto a la presentación de formularios oficiales emitidos por el país exportador.

Lo que sucede ahora –y debe consolidarse con el tiempo– es que el empresario asume en gran medida la responsabilidad de la certificación, bien sea en formularios oficiales que serían avalados por Mincomercio, o a través de la autocertificación en la que su responsabilidad es total. Estos cambios demandan menos expertos oficiales detrás del procedimiento para exportación de bienes. Menos aún si el procedimiento está debidamente sistematizado.

El control y la verificación del cumplimiento del origen en las importaciones – la otra cara de la misma moneda – corre, como corresponde, por cuenta de las aduanas, cuya capacidad en el conocimiento de los criterios y demás complementos del origen, debe ser fortalecida.

Hasta estos cambios recientes, la aduana colombiana tenía un rol marginal en los asuntos neurálgicos del origen. Ahora le compete profundizar en los procesos productivos que alteran las clasificaciones de la nomenclatura en los materiales utilizados, los contenidos regionales y sus variables, las pruebas técnicas y demás regulaciones que giran alrededor de la calificación de un producto como originario. En los procedimientos, esas nuevas capacidades son aplicables al “después de”, a través de investigaciones aleatorias pero detalladas, exhaustivas y rigurosas con las mercancías ya en el mercado.

La función supletoria de la aduana como comparador de firmas y sellos o chuleador de casillas —el “antes de” —, pasará al olvido. Ello explica de alguna manera la migración de muchos de los especialistas en origen del Mincomercio a la Aduana.

En suma, las reglas de origen de nueva generación tienden a que la responsabilidad de la certificación esté en el empresario, y que el control lo ejerza la aduana del país importador. En esta materia hay la evolución de un manejo técnico-burocrático, a una mayor confianza en los operadores comerciales, con propósitos de facilitación y reducción de costos. La modalidad es compatible con procedimientos aduaneros centrados en controles posteriores y funcionamiento del sistema 24 horas.

De hecho, hay acuerdos como el vigente entre Colombia y Canadá que agrupa los temas de procedimientos de origen y facilitación aduanera en el mismo Capítulo, y también prescribe la certificación por parte del exportador.

Con la llegada de la autocertificación, el exportador o productor que anteriormente actuaban bajo la conducción de funcionarios oficiales en materia de origen, asume ahora la responsabilidad de certificar el origen de sus exportaciones. Pero además debe mantener un soporte de cada certificación, facilitar y acompañar las verificaciones que aleatoriamente solicite la aduana del país importador (cuestionarios o visitas), hacer las correcciones que sean necesarias y, en casos de controversia o investigación, acompañar el proceso o someterse a sanciones, cuando corresponda. Se trata de una responsabilidad importante que exige un mayor conocimiento y el dominio integral de la disciplina de reglas de origen.

Es necesario destacar que en los acuerdos comerciales de *nueva generación*, la ausencia de institucionalidad lleva a que sean las aduanas del país importador las que conduzcan las investigaciones de verificación del origen y en ellas recae la determinación final. Sin embargo, queda siempre la instancia de acudir a los procedimientos generales de solución de controversias para resolver litigios de origen, los que pueden resultar demorados y complejos.

#### 4. LAS REGLAS DE ORIGEN EN LA GLOBALIZACIÓN

El Director General de la OMC, Pascal Lamy, afirmaba en marzo de 2012: *“Debemos empezar a calcular las estadísticas de los intercambios comerciales rigurosamente. El concepto actual de “Hecho en...” se ha vuelto obsoleto. Podía tener sentido hace 30 años, cuando los productos se fabricaban enteramente en un país. Pero hoy la fabricación es el resultado de cadenas de suministro global. El iPad o los automóviles son algunos ejemplos de productos ensamblados en un país,*

*pero con elementos procedentes de otros lados. En muchos casos, el 50% del valor de las exportaciones de un país en realidad tiene su origen en otro.”<sup>8</sup>*

En realidad, lo novedoso del planteamiento de Lamy está en la necesidad de identificar el verdadero origen de los bienes y sus materiales, a efecto de medir con mayor precisión los flujos de divisas y lo que eso representa para las economías de los países y el comercio internacional.

¿Qué tanto se alivia el impacto del déficit comercial de los Estados Unidos, si logramos identificar los componentes norteamericanos incorporados en las manufacturas que ellos importan de Latinoamérica y Canadá? Me explico: de los más de 6.000 millones de dólares que los países de ALADI exportaron a Estados Unidos en confecciones<sup>9</sup>, ¿cuánto puede haber en fibras, hilos y telas de origen norteamericano?

Otro ejemplo que nos aproxima un poco mejor a lo que ahora trasnocha a Pascal Lamy es el de las importaciones de vehículos que Estados Unidos hace desde México. En 2011 México vendió más de 16 mil millones de dólares en vehículos a Estados Unidos y a la vez importó cerca de 13 mil millones de dólares en autopartes desde los Estados Unidos<sup>10</sup>. Es muy probable que buena proporción de esas autopartes americanas hayan sido incorporadas en los vehículos que posteriormente México les exportó. Las reglas de origen pueden ser el camino para identificar en cuánto se alivian los 16 mil millones de dólares que Estados Unidos gastó en la compra de vehículos mexicanos.

La disciplina de las reglas de origen trasciende al dominio de unos cuantos expertos encargados de las tareas mecánicas de certificar el origen en el proceso exportador o de los funcionarios aduaneros que controlan y verifican su cumplimiento en la importación. El conocimiento y manejo de esta disciplina compete a los analistas de la economía así como a los empresarios, por cuanto las reglas de origen, terminarán aplicándose a prácticamente todas las operaciones del comercio internacional. También pueden producir efectos en las corrientes comerciales y en los procesos productivos.

La disciplina va mucho más lejos que los aspectos administrativos y procedimentales. Toca conceptos del ser y pertenecer asociados al intercambio de bienes y de servicios, y se mete de lleno en la transformación de

<sup>8</sup> <http://www.elespectador.com/publicaciones/especial/articulo-334223-facilitacion-del-comercio>

<sup>9</sup> Cálculos a partir de cifras tomadas de las estadísticas de ALADI para el año 2011. <http://nt5000.aladi.org/siicomercioesp/>

<sup>10</sup> Ídem, ibídem.

materiales en los procesos productivos por cuanto el origen de los productos, esto es, la certeza del lugar o país de donde son o donde fueron fabricados, se ha vuelto cada vez más difusa.

Desde inicios de la década de los años noventa, algunos destacados analistas avizoraban lo que rápidamente se convirtió en realidad. En el libro *“El Trabajo de las Naciones, hacia el capitalismo del Siglo XXI”* Robert Reich escribe: “están dejando de existir las compañías consideradas como “norteamericanas” (o alemanas, o francesas, o japonesas), y los productos terminados de origen “norteamericano” (británico, francés, japonés o alemán)”. Y más adelante afirma: “...en la nueva economía de alto valor,...hay menos productos que tengan nacionalidades distintivas. Los productos se pueden fabricar eficientemente en diferentes lugares, y armarse de múltiples maneras a fin de satisfacer las necesidades de los consumidores en diversos lugares. Los recursos financieros e intelectuales pueden venir de cualquier parte y sumarse de inmediato”.<sup>11</sup>

Quizás podamos identificar el país al que pertenece la marca de un computador portátil, pero es muy posible que ese aparato haya sido terminado de ensamblar en un país diferente al de la casa matriz, y probablemente la mayoría de sus componentes sean de un tercer país, para no hablar del valor del conocimiento incorporado y otros agregados en la estructura de costos. ¿Cuál es el origen de su portátil para efectos del intercambio comercial?

La responsabilidad es grande para los empresarios quienes deberán considerar seriamente en sus producciones esta disciplina de las reglas de origen, si quieren sacar provecho de mercados más amplios y exigentes.

He mencionado en mi libro *“Las reglas de origen del Comercio Internacional”* que el origen puede considerarse el elemento dinámico en las disciplinas comerciales sobre acceso de bienes, porque tiene como núcleo dos factores que evolucionan: los procesos productivos y los materiales. Las desgravaciones arancelarias y la eliminación de restricciones, una vez acordadas, sencillamente se aplican como fueron pactadas. Durante el proceso de desgravación y desde el momento en que se llega a la liberalización total, lo que debe vigilarse permanentemente es el cumplimiento de las reglas de origen.

Si, por cualquier circunstancia, las condiciones de producción o exportación cambian, y esas nuevas condiciones sacan al producto de la ruta

<sup>11</sup> Reich, Robert. *El Trabajo de las Naciones, hacia el capitalismo del Siglo XXI*. Javier Vergara Editor S.A., Buenos Aires, 1993. Pp. 114-116.

preestablecida en las reglas de origen, se pierde el derecho a las preferencias. No obstante, ese derecho puede recuperarse, una vez se hagan los ajustes al proceso que le que permitan ingresar nuevamente en la ruta pactada en materia de origen del acuerdo comercial respectivo, o también, si la norma de origen es la que se ajusta a las nuevas condiciones de producción. Debemos tener siempre presente que los procesos productivos evolucionan, los materiales también y hasta las formas de exportar. Luego nada garantiza que si se cumple con las reglas de origen ahora, más adelante se seguirá cumpliendo. De ahí la necesidad de un permanente seguimiento.

## **5. EFECTOS DE LAS REGLAS DE ORIGEN EN LAS ECONOMÍAS**

No conozco estudios o análisis de los impactos de las reglas de origen en la economía. Al respecto he conversado con algunos destacados economistas y lo confirman sin una reacción que indique motivación o preocupación. Tampoco descartan que pueda haber impactos.

En mis escritos he formulado hipótesis, según las cuales, como queden negociadas las reglas de origen de un acuerdo comercial, podrán presentarse desviaciones de comercio o sesgos sectoriales. También me parece que la acumulación extendida del origen es un poderoso promotor del intercambio de bienes y servicios. Esas hipótesis se basan en el conocimiento empírico que debería ser confirmado o descartado por investigadores económicos.

Las potenciales desviaciones de comercio son tan evidentes cuando, por ejemplo, Colombia se provee de hilados textiles de origen peruano para exportar telas y confecciones a Estados Unidos y el TLC, como en realidad acaba de suceder, me obliga a comprar los hilados en Estados Unidos. Aquí, la regla de origen del TLC obliga a cambiar el proveedor peruano por uno norteamericano. ¿Será éste el único caso?

No sucedió igual para los productores de manufacturas de hierro y acero que exportan a Estados Unidos y utilizan materia prima venezolana. En ese caso la regla permite transformar el material de cualquier origen. Donde la regla hubiese exigido hierro o acero “de las partes”, el material venezolano usado para exportaciones a EEUU, habría quedado bloqueado por la regla de origen.

Y si hablamos de inversiones, sabemos que quienes desean utilizar a Colombia como plataforma para llegar a mercados abiertos a nuestros productos, uno de los factores para la toma de decisiones está en la flexibilidad o exigencia de las reglas de origen. Si, con base en los dos ejemplos anteriores, el inversionista extranjero observa que la regla de origen para el sector textil-confección es más rigurosa que la del sector metalmecánico, es



muy posible que los flujos de IED se conduzcan a este último sector. ¿Somos conscientes en el país de ese factor que puede inclinar el flujo de inversiones y sus efectos?

Y en cuanto a la acumulación extendida o diagonal, según la cual es posible validar materiales o procesos productivos de terceros países que no son socios un acuerdo determinado, también sería reconfortante conocer cuál sería el efecto en la economía, la inversión y el comercio de una acumulación generosa o de una restringida.

Uno alcanza a percibir que las reglas de origen, como se han convenido, deben producir impactos y sería conveniente hacer claridad al respecto.

## 6. LA RELEVANCIA DE ALGUNOS PROCESOS MÍNIMOS

En las reglas de origen de numerosos acuerdos comerciales tenemos una sección denominada de procesos mínimos o que no confieren origen. La idea es que cuando se cumpla la transformación de un material, con el cambio de clasificación respectivo, y se utiliza cualquiera de esos procesos mínimos, el producto así obtenido no califica como originario.

Hay algunos procesos elementales que forman parte de aquella lista satánica en las reglas de origen tales como la dilución, el envasado, el pintado, el recortado y la aplicación de marcas o signos distintivos.

Al respecto hemos conocido casos en que esos procesos o unos similares son, en ocasiones, muy importantes para la transformación del producto o, sin transformarlo físicamente, son determinantes para las aplicaciones del producto elaborado.

Por ejemplo, tiende a asimilarse los procesos de impresión con “aplicación de marcas o signos distintivos” y por esa razón se descalifican empaques o materiales para empaque que, por sus características, tienen otros procesos importantes. Es más, las artes gráficas e impresión ha tenido en los últimos años unos desarrollos tecnológicos avanzados y es común que quienes han hecho esas inversiones en sus plantas, los exhiban con orgullo sin saber que pueden estar sacrificando el origen de su producto.

Desde luego, la impresión, por bella y costosa que sea, por lo general no transforma los usos de un producto, pero tampoco debería descalificar su origen de entrada si tiene otros procesos o agregados. Se trata de un asunto a debatir y, de ser necesario, revisar.

La dilución o simple mezcla no es, en modo alguno, un proceso importante. Pero hemos visto casos en que la transformación que produce ese

proceso simple es determinante en las aplicaciones del producto mezclado. Los agroquímicos, por ejemplo, son la mezcla de principios activos con otros agentes para su aplicación en los cultivos. Si no se hace la mezcla en las proporciones y condiciones adecuadas, no habrá control de plagas. El principio activo y el agente con que se mezcla, por separado no causan el efecto del producto mezclado. La mezcla arroja un producto de características bien diferentes a las de sus componentes por separado para efectos de su aplicación, así no haya grandes transformaciones físico-químicas.

¿Es lo mismo llenar un frasco de café molido, que dosificar en otro frasco un medicamento en polvo? ¿Transforman de manera sustancial esas operaciones los respectivos materiales -frascos y sus contenidos-? ¿Qué tan determinantes son esas operaciones para tomarse un tinto o inyectarse el medicamento? Son las preguntas a responder para conceder o negar el origen de los productos.

En algunos acuerdos, como el conocido TLC con Estados Unidos, se erradicó el debate interminable de los procesos mínimos. La modalidad de requisitos específicos o criterios hechos a la medida de cada producto, con su lenguaje excesivamente técnico pero preciso, evita que la lista-guillotina de los procesos mínimos descabece el origen de productos.

Las láminas plásticas cumplen con origen si se hacen a partir de materiales de subpartidas diferentes y aquí el proceso de impresión, artes gráficas o signos distintivos, no quita ni pone.

A los agroquímicos se les pide cambio de partida o subpartida, en algunos casos se exige porcentaje de contenido regional, y en otros principio activo regional. El proceso de mezcla, sea simple o compleja, no importa.

Igual sucede en los otros casos en los que el proceso llevado a cabo no califica ni descalifica porque las previsiones para el cumplimiento del origen están en la descripción de la exigencia del requisito específico.

Las reflexiones en este artículo son una invitación para valorar el impacto de las reglas de origen en cuanto a los ajustes institucionales necesarios, la actualización de procedimientos aduaneros y, lo más importante, sus posibles efectos en la economía.

## SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA:

# LAS REGLAS DE ORIGEN DEL COMERCIO INTERNACIONAL DE GUSTAVO GUZMÁN MANRIQUE

## Un libro necesario para construir la confianza razonable que se necesita para empezar a utilizar las normas de origen en los TLC

---

*Juan David Barbosa Mariño. Posse Herrera & Ruiz Abogados*

**Resumen:** El principio de la confianza razonable o “reasonable reliance” encuentra en este libro una excelente herramienta para su implementación. La confianza razonable desarrollada por la legislación americana y que deberá ser implementada en Colombia antes del 15 de mayo del 2015, exigirá de aportes doctrinales como el de Gustavo Guzmán para entender y empezar a aplicar de forma clara, precisa y simple las normas de origen.

**Palabras clave:** Certificado de origen, Confianza razonable en materia de origen.

### **Abstract**

The principle of reasonable reliance, in this book is an excellent tool for implementation. Reasonable confidence developed by American law and should be implemented in Colombia before May 15, 2015, will require doctrinal contributions like Gustavo Guzman for understand and begin to apply of clear way, simple and precise rules of origin.

**Key words:** Origin Certificate, reasonable confidence regarding origin.

## 1. INTRODUCCIÓN

Pocos son los libros que en materia de normas de origen se han escrito. Algo tan necesario en este “spaghetti bowl” de Tratados de Libre Comercio (TLC) como son las normas de origen, ha sido escasamente abordado por los académicos con el rigor que exige una publicación comprensiva como la que se expone en este libro. Esta escasez literaria ante un tema esencial puede explicarse porque el tema de las reglas de origen en cada TLC refleja una de las características del mismo: la dispersión normativa.

Esta multiplicidad de reglas específicas de origen en cada TLC exige que quien quiera escribir un libro sobre este tema tenga una claridad y comprensión transversal para asumir el reto de plasmar las distintas tendencias que en esta materia se da en todos estos tratados.

En inglés teníamos la obra de Stefano Inama (*Rules of origin in international trade*, publicada por Cambridge, 2009) o la publicación de Anne van de Heetkamp y Ruud Tusveld (*Origin Management: Rules of Origin in Free Trade Agreements* (Springer, 2011), pero en español era poca o nula la literatura existente. Llega en muy buen momento el libro de Gustavo Guzmán Manrique publicado por la Editorial Legis en Colombia este año.

Lo primero que se debe resaltar es que el autor tiene una clara ascendencia comunitaria. Su experiencia en la construcción de la Comunidad Andina le permite saber que los TLC de nueva generación, junto con sus normas de origen, deben armonizarse con la experiencia andina y que Colombia no puede desconocer que su estructura comunitaria deberá coexistir con esta nueva red de TLC. Esto se ve reflejado en la forma que a lo largo de todo el libro el propio autor resalta el tema de la acumulación, incluso dedicándole todo un capítulo exclusivo a este tema. Especulando, podría decirse que el autor asume este enfoque con la esperanza que sea a través del desarrollo de este principio que se de la tan soñada integración latinoamericana y del Caribe que motivó en su momento la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

## 2. ESTRUCTURA DEL LIBRO

El libro se compone de siete Capítulos. El primer capítulo nos ilustra acerca de la necesidad del establecimiento de las reglas de origen en el comercio internacional. Entre otros temas que se explican, se encuentra el de las reglas de origen preferenciales y no preferenciales, estas últimas no utilizadas en Colombia y que permitirían complementar e incluso actualizar el funcionamiento del Registro de Producción Nacional en nuestro país.

El segundo capítulo le explica al lector los criterios para la calificación de origen y la forma como muchas veces los TLC combinan el uso de estos criterios para un mismo producto. Parte el autor de una primera categoría que aplica a los productos íntegramente producidos o totalmente obtenidos, a saber: los minerales, vegetales o animales. Todos estos sirven como ejemplo, de esta categoría que considera la territorialidad, el lugar de extracción o la fabricación a partir de materiales exclusivamente originarios para establecer el origen de una mercancía. Una segunda categoría es la denominada transformación sustancial. El autor nos explica de forma

ilustrativa cómo la misma reconoce que en la producción siempre habrá presencia de materiales no originarios a través de tres criterios, que son a saber: i) el criterio de cambio de clasificación en la nomenclatura arancelaria entre la materia prima no originaria y el producto terminado; ii) el criterio de contenido regional o valor agregado, a través de sus dos vertientes: método de aumento de valor, que hace referencia al porcentaje máximo de componentes del país exportador, y método de reducción de valor, cuyo enfoque es en el porcentaje máximo de componentes no originarios; y finalmente iii) el criterio de procesos productivos o de prueba técnica, que exige determinadas operaciones o procesos para conferir origen.

El tercer capítulo es dedicado al ya señalado principio de acumulación. Este principio, tal como lo explica el autor, consiste en reconocer como propio — o nacional — el producto originario de otro país, el proceso de fabricación o parte de este, o el lugar donde se lleva a cabo el proceso productivo, todo esto para la aplicación de los criterios de origen que determinan la calidad de originario de un producto.

La existencia de un TLC implica que se acumula el origen entre ambos países — acumulación bilateral —, pero no necesariamente implica que se permita otras posibilidades de acumulación respecto de terceros países no miembros del respectivo TLC. Será necesario consultar cada TLC para establecer si aplica o no y cómo y cuándo aplica dicha acumulación. De igual forma, para establecer si aplica o no el principio de acumulación en cada TLC es preciso consultar en cada caso tanto la referencia que se haga del mismo en el texto del tratado así como la propia formulación en cada Regla Específica de Origen (REO). Adicionalmente, en la medida que la consagración de la acumulación puede ser explícita o implícita, es esencial leer cada norma específica de origen con especial cuidado tal como lo señala el autor.

La existencia de un TLC implica que se acumula el origen entre ambos países, pero no necesariamente implica que se permita otras posibilidades de acumulación respecto de terceros países no miembros del respectivo TLC.

El cuarto capítulo desarrolla el tema del origen sectorial explicando con especial claridad los sectores textil-confección, automotor y oleaginosas. Entender las reglas de origen en un TLC implica conocer el estado de determinada industria en determinado momento y las perspectivas que esta tiene de desarrollo en el comercio bilateral o plurilateral que regula ese tratado. Dependiendo de cada socio comercial las normas de origen cambian, por lo que el origen sectorial nos brinda un buen panorama de las fortalezas y necesidades de la industria de cada país al momento de la negociación en cada TLC.

El quinto, sexto y séptimo capítulo concluyen con una aproximación práctica este recorrido por las reglas de origen. La noción del autor de un “traductor” para las normas de origen de nueva generación se vuelve una herramienta fundamental para el lector. De igual forma, los distintos casos analizados en el último capítulo, permiten tener una perspectiva de las múltiples controversias que se pueden generar por la aplicación de las normas de origen.

### 3. UN APORTE DOCTRINAL PARA CONSTRUIR “LA CONFIANZA RAZONABLE”

Finalmente, es preciso señalar como el principio de la confianza razonable o “reasonable reliance” que se establece en el TLC con Estados Unidos o Canadá para importadores o exportadores, respectivamente, encuentra en este libro una excelente herramienta para su implementación. Este principio implicará para la Aduana colombiana adoptar un nuevo estándar de fiscalización; para los importadores, agencias de aduana, y exportadores una carga en su conducta soportada por una presunción de buena fe; y para los jueces un nuevo principio para efectos de impartir justicia aduanera proveniente del derecho anglosajón.<sup>12</sup>

Los importadores como exportadores deberán considerar que la confianza razonable expresamente “discourage negligence and inattention to one’s own interests”, pero a su vez, y esto ha sido expresamente desarrollado por la legislación americana, la confianza razonable establece un estándar objetivo que implicará que los jueces consideren si las actuaciones de los importadores y exportadores en materia de origen se enmarcan en esa conducta.<sup>13</sup> No es gratuito que el propio TLC con Estados Unidos establezca para Colombia el término de tres años a partir del 15 de mayo de este año para implementar que las actuaciones de los importadores en

<sup>12</sup> A review of selected 1988 International Trade Cases of the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Yvonne C. Schroeder, *American University Law Review*, Summer 1989.

<sup>13</sup> Este principio no solo aplica en Estados Unidos, en Singapur en el caso *PP v Teo Ai Nee & Anor*, el acusado de vender mercancía pirata, como parte de su defensa señaló *that they had obtained assurances from the suppliers that the goods supplied could be legally imported into Singapore without breaching the Copyright Act. The accused had also obtained advice from a qualified intellectual and property lawyer on the legality of their importation. On that basis they argued that they did not know, nor could reasonably know that the imported articles infringed the Copyright Act.* Ignorance of Law, Criminal Culpability and Moral Innocence: Striking a Balance between Blame and Excuse, Kumaralingam Amirthalingam, *Singapore Journal of Legal Studies*, July, 2002.

materia de certificados de origen sean evaluadas tanto por la Aduana como por los jueces dentro del principio de la confianza razonable.

Por todo esto, la obra de Gustavo Guzmán tiene la vocación de constituirse a futuro en el complemento doctrinal esencial de las notas generales interpretativas de las reglas específicas de origen de los TLC de una forma clara, precisa y simple y así llenar el vacío doctrinal que se requerirá para entender y empezar a aplicar el principio de la “confianza razonable” en materia de origen.

## SECCIÓN DESARROLLOS RECIENTES EN MATERIA ADUANERA Y DE COMERCIO INTERNACIONAL

# UNA ACCIÓN EN CONTRA DEL INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LAS NORMAS ANDINAS POR PARTE DEL GOBIERNO COLOMBIANO

---

*Carlos Alberto Espíndola. Scarpetta & Diana Lorena Herrera Rodríguez*

**Resumen:** La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de abril de 2012 con ponencia de la doctora María Elizabeth García González, (Expediente núm. 2005-00323-00) declaró la nulidad de los decretos 1504 del 9 de julio de 2002, 1712 del 6 de agosto de 2002, 446 del 27 de febrero de 2003, 2130 del 30 de julio de 2003, 3519 del 05 de diciembre de 2003, 2646 del 20 de agosto de 2004, y 1141 de 2005, expedidos por los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, Hacienda y Crédito Público, y Agricultura y Desarrollo Rural.

**Palabras clave:** Salvaguardia, Supranacionalidad, Derecho Comunitario Andino, Acción de nulidad, Acción de Incumplimiento.

### **Abstract**

The First Section of the Administrative Litigation Division of the State Council, a judgment of April 12, 2012 with a presentation by Dr. Maria Elizabeth Garcia Gonzalez, (File no. 2005-00323-00) nullified the decrees 1504 the July 9, 2002, 1712 of August 6, 2002, 446 of February 27, 2003, 2130 July 30, 2003, 3519 of December 5, 2003, 2646 of August 20, 2004, and 1141 2005, issued by the Ministry of Commerce, Industry and Tourism, Finance, and Agriculture and Rural Development.

**Key words:** Safeguard Supranationality, Andino Community Law, Action for annulment, Default Action.

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo da cuenta de los fundamentos de la demanda, así como de las consideraciones del Consejo de Estado para declarar la nulidad de los mencionados actos administrativos que impusieron salvaguardias de manera ilegal contra las importaciones de aceites refinados, incurriendo en violación de las normas del Ordenamiento Jurídico Comunitario.



## 2. LOS HECHOS DE LA DEMANDA

La acción de nulidad interpuesta por nuestra oficina en septiembre de 2005, partió de las siguientes consideraciones:

1. El Gobierno Colombiano, expidió el Decreto 1504 del 19 de julio de 2002, en el que *aplicaba una medida de salvaguardia en forma de gravamen arancelario adicional de veintinueve (29) puntos porcentuales a las importaciones de aceite de soya y girasol refinado y mezclas de aceites vegetales refinados*, clasificadas en las subpartidas arancelarias NANDINA 1507.90.00.90, 1512.19.00.00 y 1517.90.00.00 originarias de los Países Miembros de la Comunidad Andina.
2. El 6 de agosto de 2002, el Gobierno Colombiano expidió el Decreto 1712 en el que modificaba el Decreto 1504 de 2002 *estableciendo una salvaguardia como un gravamen arancelario equivalente al menor gravamen cobrado a las importaciones procedentes de países distintos a la Comunidad Andina para las importaciones de los aceites clasificados en las mencionadas subpartidas*.
3. Mediante Resolución No. 671 del 5 de noviembre de 2002 la Secretaría General de la Comunidad Andina resolvió: *(i) denegar la solicitud del Gobierno Colombiano de aplicar medidas correctivas a las importaciones de los bienes clasificados en las subpartidas arancelarias antes señaladas, y (ii) suspender las medidas aplicadas por el Gobierno Colombiano a las importaciones de dichos productos*.
4. Aun cuando existía un pronunciamiento sobre la ilegalidad de los decretos demandados, el Gobierno Colombiano, mediante el Decreto 446 del 27 de febrero de 2003, continuó prolongando la vigencia de tales medidas *y además impuso un régimen de licencia previa para la importación de productos de las subpartidas indicadas*.
5. La Secretaria General de la CAN expidió la Resolución 724 del 7 de mayo de 2003 en la que estableció que el Gobierno Colombiano, al imponer un régimen de licencias previas a través del Decreto 446 de 2003, estaba generando una restricción unilateral al comercio intrasubregional que debía levantar.
6. A través de las Resoluciones 773 y 774 del 2 de octubre de 2003, la Secretaría General de la CAN estableció que tanto el contingente como la exigencia de licencias previas impuestas por el Gobierno Colombiano a los productos clasificados en las subpartidas indicadas constituían una restricción al comercio intrasubregional, en franca violación de las normas comunitarias.

7. Nuevamente el Gobierno Colombiano a través del Decreto 2130 del 30 de julio de 2003, prorroga las medidas, a pesar de los pronunciamientos proferidos por la Secretaria General de la CAN.
8. La Secretaria General de la CAN, mediante la Nota de Observaciones No. SG- F/0.5/1486/2003 del 11 de septiembre de 2003, reiteró la violación del ordenamiento jurídico andino por parte de Colombia con la expedición de los decretos demandados.
9. El Decreto 3519 del 05 de diciembre de 2003 establece por tercera vez la aplicación de licencias previas y, además, un contingente de 1.105.971 litros mensuales para la importación de los productos comprendidos en las subpartidas señaladas.
10. La Resolución 820 del 14 de abril de 2004 de la Secretaría de la CAN dictaminó que Colombia incurrió en incumplimiento de obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena y del Tratado del Tribunal de Justicia de la CAN, así como de las Resoluciones 671, 724 y 773 de la Secretaría y le otorgó a Colombia diez días hábiles para poner fin a estos incumplimientos.
11. Sin embargo, el Gobierno Colombiano continuó violando las normas comunitarias andinas expidiendo el Decreto 2646 del 20 de agosto de 2004, por medio del cual: (i) pasó al régimen de licencia previa los productos clasificados por las subpartidas indicadas y la 15.17.10.00.00 para las importaciones originarias y provenientes de los Países Miembros de la CAN; (ii) estableció un contingente de 1.105.971 litros mensuales para la importación de los productos comprendidos en las subpartidas 15.07.90.00.90, 15.12.19.00.00 y 15.17.90.00.00; y otro contingente de 111.677 kilos mensuales para la importación de los productos de la subpartida 15.17.10.00.00.
12. La Secretaria General de la CAN interpuso la Acción de Incumplimiento número 117-AL-2004, en contra de Colombia ante el Tribunal de Justicia Andino.
13. El 29 de septiembre de 2004, el Tribunal de Justicia Andino, con la admisión de la demanda de Incumplimiento, ordenó la suspensión provisional del Decreto 2646 del 19 de agosto de 2004.
14. Aun cuando existía esa orden de suspensión, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expidió el Decreto 1141 del 14 de abril de 2005, prorrogando las medidas unilaterales restrictivas al comercio intraregional.
15. El Tribunal Andino ordenó la suspensión del Decreto 1141 de 2005, mediante Auto del 16 de mayo de 2005, en el proceso de Incumplimiento.

16. Mediante Decreto 2275 del 5 de julio de 2005, el Gobierno Colombiano suspendió temporalmente el Decreto 1141 del 14 de abril de 2005.
17. Después de la presentación de la demanda de nulidad ante la jurisdicción contenciosa colombiana, el Tribunal de Justicia Andino profirió sentencia, declarando el incumplimiento reiterado y continuo de Colombia a las normas andinas referidas<sup>14</sup>. En esta sentencia que tiene efectos *erga omnes*, se ordenó cesar el incumplimiento y abstenerse de emitir nuevas medidas restrictivas al comercio comunitario.

El Gobierno incurrió en una violación reiterada de la normativa andina al imponer salvaguardas ilegales (expidiendo medidas transitorias sucesivas, convirtiéndolas en permanentes, aunque es esencia de la salvaguardia su temporalidad, si se dan las causas y se autoriza dicha medida), y un evidente desacato al Honorable Tribunal Andino de Justicia.

### 3. EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

#### 3.1. Los actos administrativos demandados infringieron las normas en que debían fundarse

La razón por la que solicitamos la nulidad de estos decretos es que infringieron las normas en que debían fundarse, es decir, la normatividad de la Comunidad Andina de Naciones que es de carácter SUPRANACIONAL y en consecuencia, de cumplimiento DIRECTO, OBLIGATORIO y PREVALENTE por los Países Miembros.

La acción de nulidad en interés general, consagrada en el artículo 84 el CCA, es una institución jurídica que busca la restitución del orden jurídico justo<sup>15</sup>, la legalidad abstracta y el interés general, estableciendo que la nulidad de los actos administrativos puede declararse cuando éstos infringen la norma en la que debieron fundarse.

Esta causal de nulidad puede verse desde tres frentes: falta de aplicación, aplicación indebida, e interpretación errónea<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Sentencia del 19 de abril de 2006 del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del Proceso No 117-AL-2004.

<sup>15</sup> La vigencia de un orden justo es un fin esencial del Estado social de derecho y comprende, tanto la expedición de normas justas, como la revocación de las generales o particulares, contrarias a la Constitución. Artículo 2º Constitucional.

<sup>16</sup> Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. Anulación de los Actos de la administración pública. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1996.

Este caso se encuadra en el primero de dichos frentes, pues el Gobierno Colombiano expidió esta serie de decretos desatendiendo las normas de la Comunidad Andina, y sin tener en cuenta disposiciones constitucionales y legales de obligatorio cumplimiento.

### 3.1.1. ¿En qué normas debían fundarse los actos administrativos demandados?

Los decretos debieron basarse en las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la CAN<sup>17</sup>, y particularmente en las siguientes:

- a. Tratados constitutivos: (i) Artículo 4<sup>o</sup> siguientes y concordantes del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina<sup>18</sup>, modificado por el Protocolo de Cochabamba; (ii) Artículos 1, 3, 72, 73, 77, 85, 86<sup>19</sup>, 95, 96, 97, 109 siguientes y concordantes del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la ley 8 de 1973.
- b. Normas derivadas: (i) Decisión 324 de 1992 de la CAN<sup>20</sup>; (ii) Resoluciones No 671 del 5 de noviembre de 2002, 724 del 7 de mayo de 2003, 773 del 2 de octubre de 2003 y 820 del 14 de abril de 2004, expedidas por la Secretaria General de la CAN; (iii) Arancel de Aduanas NANDINA<sup>21</sup>.
- c. Normas internas: (i) El Preámbulo y los artículos 9, 226 y 227 de la Constitución Política Colombiana; (ii) Decreto 1948 de 1980, que busca “atender las obligaciones del país contempladas en Tratados y Convenios Internacionales”; y (iii) Artículo 158 del Código Contencioso Administrativo.

<sup>17</sup> El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina está contenido en el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal. Está conformado por el conjunto de normas jurídicas comunitarias provenientes de la voluntad de los Países Miembros, contenidas en Tratados constitutivos: Acuerdo de Cartagena, Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN y Tratado constitutivo del Parlamento Andino con sus respectivos protocolos modificatorios; y en normas derivadas generadas por los órganos creados para dictar un marco normativo propio: (...) y las Resoluciones de la Secretaria General con los caracteres de: autonomía, aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el Derecho interno al que se integran ...” (Tomado de: Memorias XI Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y el Consejo de Estado. Artículo “La acción de incumplimiento ante los jueces nacionales en el contexto del Derecho Comunitario” Pág. 51-55. Magistrado Wálter Kaune Arteaga del Tribunal de Justicia de la CAN).

<sup>18</sup> Decisión 472 de la CAN.

<sup>19</sup> “Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes del Arancel Externo Común...”

<sup>20</sup> Artículo 7c) “Los Países Miembros eliminarán, a más tardar, el 30 de septiembre de 1992, cualquier gravamen o recargo de efecto equivalente para las importaciones provenientes del Grupo Andino”.

<sup>21</sup> Decisiones 570 y 572 de 2003.

### 3.1.2 La administración debió aplicar las normas del ordenamiento jurídico de la comunidad andina, y no expedir normas internas que lo contrarían

Colombia, como miembro de la CAN, está obligada a cumplir las normas del ordenamiento jurídico andino.

En la Constitución Política se consagra como principio fundamental el compromiso de orientar la política exterior hacia la integración latinoamericana. En virtud del tal principio, el Estado Colombiano se ha introducido en el Sistema Andino de Integración, con normas y autoridades propias.

En efecto, el “*Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena*”, suscrito en Cochabamba, Bolivia, el 28 de mayo de 1996, aprobado en Colombia, según la Ley 457 de 1998, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-227 de 1999, señala en su artículo 3 que: “*Las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.*”

En este orden de ideas, el Ordenamiento Jurídico de la CAN tiene cinco características que los decretos demandados incumplieron, y por lo tanto son nulos:

- a. *La autonomía*: El orden jurídico comunitario y sus principios son de aplicación inmediata, efecto directo y primacía. Por medio de ella se evita que los derechos nacionales quebranten el Derecho Comunitario, garantizando su interpretación y aplicación uniforme en todos los Países Miembros<sup>22</sup>.
- b. *La aplicación inmediata*: Al nacer la norma comunitaria, automáticamente se integra al ordenamiento jurídico de los Países Miembros, sin necesidad formalidades especiales, obligando, por este solo hecho, a los sujetos de la Comunidad. Así, los jueces nacionales están en la obligación de aplicar inmediatamente las normas comunitarias<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> “Los principios fundamentales de aplicación directa y de preferencia de la ley comunitaria suponen que el ordenamiento comunitario opera sin necesidad de complemento legislativo interno y con preeminencia sobre la ley nacional, siendo inaplicables las disposiciones de derecho interno que contradigan o sean irreconciliables con la norma andina...” Tribunal de Justicia de la CAN. PROCESO N° 54-IP-2006.

<sup>23</sup> La Sentencia C-227 de 1999<sup>23</sup> reitera lo afirmado en la Sentencia C-231 de 1997<sup>23</sup>, mediante la cual la Corte realizó la revisión de la Ley 323 de 1996 “*Por medio de la cual se aprueba el „Protocolo modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino suscrito en Perú, el 10 de marzo de 1996*”. Dicha providencia reafirma la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la aplicación inmediata de las normas de derecho comunitario dentro del ordenamiento jurídico interno.

- c. *Efecto directo*: Por este principio se obliga a los jueces nacionales, autoridades y particulares de los Países Miembros a aplicar en sus actos jurídicos el derecho comunitario andino, sin que puedan alegar la existencia de una norma nacional contraria a la comunitaria.
- d. *Primacía*: Implica que las normas comunitarias, por su naturaleza y especialidad, se imponen a las normas internas de los Estados Miembros, sin importar la fuente o jerarquía de éstas y la fecha de su vigencia. Si una norma de contenido comunitario llegase a estar en contra de una norma interna, dicho conflicto debe resolverse concediéndole preponderancia al derecho comunitario sobre el interno.
- e. *Preservación*: Se sustenta en el artículo 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN.

Según él los Países Miembros han adquirido una “doble obligación”: una de carácter positivo de ‘hacer’ y otra de orden negativo de ‘no hacer’. En virtud de la segunda obligación el país miembro debe abstenerse de toda medida sea legislativa, judicial, ejecutiva o administrativa, llámese ley, procedimiento, requisito, decisión, *Decreto*, resolución, acuerdo o providencia que pueda obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.

### 3.1.3. Los miembros de la CAN tienen la obligación de aplicar la supranacionalidad

Los organismos comunitarios adquieren poderes reguladores en virtud de un traslado de competencias que las partes contratantes le hacen, voluntaria e inicialmente, en el tratado constitutivo, operando una “cesión” de lo nacional a lo supranacional.

Por ello, en la integración de varios países éstos pierden las potestades legislativas y judiciales que ejercían con exclusividad, por medio de disposiciones de derecho interno, sobre materias determinadas, y las obtienen los organismos regionales.

Al respecto la Corte Constitucional, en sentencia C-137 de 1996 señaló:

*“Como es sabido, el concepto de supranacionalidad - dentro del que se inscribe el Acuerdo de Cartagena - implica que los Países Miembros de una organización de esta índole se desprendan de determinadas atribuciones que, a través de un tratado internacional, son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme para todos los Países Miembros sobre las precisas materias que le han sido transferidas, con miras a lograr procesos de integración económica subregional. Las normas supranacionales despliegan efectos directos sobre los ordenamientos internos de*

*los Países Miembros del tratado de integración, que no se derivan del común de las normas de derecho internacional. Por una parte, esta legislación tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, lo cual permite a las personas solicitar directamente a sus jueces nacionales la aplicación de la norma supranacional cuando ésta regule algún asunto sometido a su conocimiento. En segundo lugar, la legislación expedida por el organismo supranacional goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales que regulan la misma materia y, por lo tanto, en caso de conflicto, la norma supranacional desplaza (que no deroga) - dentro del efecto conocido como preemption - a la norma nacional<sup>24</sup>”.*

Las normas andinas son obligatorias y prevalecen sobre las normas nacionales pues fueron aceptadas por un Acuerdo multilateral, están expresamente en los postulados constitucionales, y han sido respaldadas por las diferentes Cortes de nuestro país, razones suficientes para que la administración debiera fundamentar sus actos administrativos en estas disposiciones<sup>25</sup>.

### **3.1.4 La administración conocía la normatividad aplicable<sup>26</sup>**

Las demandadas expidieron los actos administrativos demandados, a sabiendas de la existencia de la normatividad comunitaria aplicable al caso, y en desacato de las disposiciones de la Secretaría General de la CAN y del Tribunal de Justicia Andino.

Los dos primeros decretos que impusieron salvaguardias fueron expedidos sin que la Secretaría de la CAN aprobara su procedibilidad, porque Colombia no solicitó su autorización con anterioridad.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Efectos reconocidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto de septiembre 6 de 1979, C.P. Jaime Paredes Tamayo.

<sup>25</sup> “Supranacionalidad implica que los estados miembros transfieran, a un organismo internacional, determinadas atribuciones nacionales que permiten que el órgano supranacional expida normas con vocación de integrar el derecho interno de cada uno de los Países Miembros...” (Sentencia C-331/96).

“El Congreso podrá aprobar o improbar los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados” (Sentencia C-137/96).

<sup>26</sup> Artículo 9 Código Civil Colombiano: “La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”.

<sup>27</sup> Después de que los Países Miembros de la CAN denunciaron que Colombia había impuesto restricciones unilaterales al comercio, la Secretaría emitió la Resolución 671 en la que negaba categóricamente dicho permiso, por cuanto Colombia no logró demostrar las razones por las que era necesario imponer tal restricción, y ordenó su suspensión.



Colombia fue oportunamente notificada del auto Admisorio de la Acción de Incumplimiento, promovida ante el Tribunal por la Secretaría General de la CAN, en su contra, *en el cual se ordenó la suspensión provisional del Decreto 446 del 27 de febrero de 2003 que reprodujo las disposiciones de los Decretos 1504 del 19 de julio de 2002 y 1712 del 6 de agosto de 2002.*

No obstante los pronunciamientos de la Secretaría y el Tribunal sobre decretos similares, estos fueron replicados por Colombia, y nuevamente declarados contrarios al régimen andino mediante Resoluciones debidamente publicadas en la Gaceta oficial de la Secretaría.

La actuación del Gobierno Colombiano contrarió los principios de confianza legítima y de legalidad que limitan los poderes del Estado y establecen las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio.

En este proceso no había un vacío legal, existía una ley aplicable: la normatividad jurídica andina, a la que debieron ajustarse los Decretos nacionales.

Así pues, no existe justificación legal o constitucional alguna para que se expidieran las normas demandadas, actuando en total contravía de las disposiciones andinas, y en desacato a las órdenes impartidas por los órganos competentes.

## CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

1. El concepto de supranacionalidad implica que los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se desprenden de determinadas atribuciones que son asumidas por el organismo supranacional que adquiere la competencia de regular de manera uniforme los procesos de integración económica subregionales.
2. Las normas supranacionales despliegan efectos especiales y directos sobre los ordenamientos internos de los Países Miembros. Por una parte la legislación comunitaria tiene un efecto directo sobre los derechos nacionales, y por otra, goza de un efecto de prevalencia sobre las normas nacionales.
3. El artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derechos de los Tratados estipula que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado”.



4. Los artículos 1, 3, 72, 73, 74, 77, 86, 96, 97 y 109 del Acuerdo Subregional promueven el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros buscando eliminar los gravámenes y restricciones que incidan en la importación de los productos originarios de cualquier País Miembro; señalan claramente la obligación de los Países Miembros de no alterar unilateralmente los gravámenes del arancel externo común; y establecen la posibilidad de que un país miembro aplique medidas correctivas provisionales, no discriminatorias, solo cuando las importaciones causen perturbaciones a la producción nacional de productos específicos, y sujetas al pronunciamiento de la Secretaría General.
5. Según el artículo 4 del Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN, y se comprometen a no adoptar ni emplear medidas que sean contrarias a dichas normas o que obstaculicen su aplicación.
6. Existe un fallo del Tribunal de Justicia de la CAN, proferido en mayo de 2006 dentro de la acción de incumplimiento del Expediente No 117AI-2004, en el que este Tribunal se pronuncia sobre los decretos demandados indicando:
  - (i) Las medidas correctivas que adoptó Colombia, sin autorización de los órganos competentes, significaron una restricción al comercio intrasubregional.
  - (ii) Colombia incumplió, reiteradamente normas del ordenamiento jurídico andino, pues no probó la perturbación en la producción nacional, como lo exigían las normas comunitarias.
  - (iii) Las sentencias de incumplimiento no solo son declarativas sino que implican para el país condenado, la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia dentro del plazo determinado, para garantizar el control de legalidad del sistema y el cumplimiento de los compromisos que los Países Miembros han adquirido desde la firma del Acuerdo.
  - (iv) Es evidente que Colombia no ha cumplido con los requisitos de la normatividad andina, dado que las medidas no fueron excepcionales, pues fueron reiteradas en cuatro oportunidades, sin contar con la autorización de la Secretaría General, haciendo

un uso abusivo de las excepciones autorizadas por el programa deliberación.

7. El fallo del Tribunal Andino de Justicia que ya fue notificado, tiene fuerza obligatoria y carácter de cosa juzgada.
8. En atención a que los decretos demandados incurren en violación de las normas del Ordenamiento Jurídico Comunitario, deben ser declarados nulos, independientemente de si en la actualidad se encuentran derogados, no vigentes, suspendidos o inaplicables, teniendo en cuenta los efectos que dichos actos pudieron haber producido durante su vigencia.

#### 4. CONCLUSIONES

Los actos administrativos demandados fueron declarados nulos porque:

1. Infringieron las normas jurídicas en que debieron fundarse, es decir: la normatividad de la CAN que es directamente aplicable y que, en caso de duda o contradicción, debe prevalecer sobre el derecho interno<sup>28</sup>.
2. Los Decretos demandados ya habían sido declarados contrarios al Sistema Jurídico Andino, y por lo tanto violatorios del mismo.
3. El Gobierno no dio aplicación a las disposiciones supranacionales obviando los pronunciamientos de la Secretaría de la CAN y del Tribunal de Justicia Andino que son normas de aplicación automática, directa y preeminente y de obligatorio cumplimiento por parte de los Países Miembros.

En hora buena este es un fallo del Consejo de Estado que revive conceptos como Supranacionalidad y efectividad de las acciones legales consagradas en el ordenamiento jurídico andino.

Finalmente, este proceso debe ser analizado en concordancia con la acción de nulidad y restablecimiento de derecho que esta pendiente de fallo por el Consejo de Estado, Radicación: 760012331000-2006 02109 01, CP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, No. Interno 17474, sección cuarta, Aduanas Avia Ltda SIA vs Dian, 2 de mayo de 2012.

<sup>28</sup> “El derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan sólo hace que sean inaplicables las que le resulten contrarias. (...)”.

# NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LA REVISTA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO ADUANERO

## I. INSTRUCTIVO GENERAL (Artículos)

Los artículos se deben remitir al Editor de la Revista en medio magnético, con dos copias impresas. Deben ir a doble espacio, en papel tamaño carta (21.5 x 27.5 cm), en letra Times New Roman, tamaño 12, con 3 cm de margen a cada lado.

Por tratarse de una publicación con arbitraje, el Comité Editorial designará evaluadores anónimos para el artículo y, con fundamento en el concepto de los mismos, y teniendo en cuenta los criterios de rigor científico, decidirá sobre la pertinencia de su publicación. El Comité se reserva la facultad para: aceptar el artículo en la versión que se presenta; solicitar modificaciones al mismo y condicionar su publicación a la introducción de éstas a satisfacción del propio Comité y/o de los evaluadores anónimos, o rechazarlo sin más. De la evaluación de los artículos se dará noticia por escrito, y en caso de ser aceptados, se informará en cuál número se publicarán, si ello fuere posible. La Revista es de carácter semestral.

Para la Revista, la recepción de un artículo supone que el mismo no ha sido publicado ni aceptado para su publicación por otra revista, que no ha sido publicado como versión previa, como working paper o en internet. Igualmente, supone la aceptación de que en internet podrá aparecer, por cuenta directa del autor o de terceros, solo el título, el resumen, las palabras clave y el hipervínculo a la Revista.

Al enviar un artículo para su evaluación, el autor del mismo acepta la transferencia de los derechos de autor a la Revista, tanto para su publicación impresa como electrónica.

---

(Proceso 1-AI-2001. Gaceta Oficial N° 818, del 23/07/02, Secretaría General República Bolivariana de Venezuela, caso: Patentes de segundo uso, citando al Proceso 2-IP-90. Gaceta Oficial N° 69, del 11/10/90).

El Comité Editorial otorga prelación a la publicación de artículos que se caractericen por consistir en resultados de investigación con un fuerte referente teórico; ser producto de reflexiones teóricas, o constituir revisiones críticas sobre el estado de la cuestión objeto de estudio.

Los artículos descritos en el párrafo anterior no podrán exceder las 35 páginas. El Comité Editorial podrá aceptar otro tipo de artículos como notas, comunicaciones, ponencias, resúmenes de contribuciones, reseñas bibliográficas, los cuales no deberán superar las 15 páginas.

Por tratarse de una publicación de carácter internacional, se aceptan artículos en otros idiomas.

Los artículos deben incluir un resumen en el idioma original, en inglés y en español (acompañado del título en el idioma respectivo), deberá indicar la naturaleza del documento (si es un producto de investigación, una reflexión, o una revisión de un tema), el objetivo general del documento (lo que pretende el documento), la metodología(s) de investigación utilizada(s) y la principal conclusión o evidencia del documento con una extensión máxima de 200 palabras; Deben incluir asimismo las palabras clave que describan su contenido, preferiblemente en número de 4 a 6, en los idiomas mencionados.

El título del artículo deberá ir seguido del nombre del autor, y este, con asterisco, remitirá a un pie de página en donde se indicarán los grados académicos del mismo, las instituciones donde se obtuvieron, los cargos que actualmente desempeña y la entidad respectiva, la ciudad y el país, y la dirección electrónica.

La entrega del artículo deberá estar acompañada por una ficha en la que constará: el título del artículo, el autor o autores, la institución de pertenencia, los títulos académicos, las publicaciones en volumen o en revista, la dirección completa, el número telefónico, el fax y la dirección electrónica.

Las referencias bibliográficas y de otro orden se consignarán a pie de página, y su enumeración será continua a lo largo de todo el artículo.

Las referencias se presentarán de acuerdo a los estándares internacionales para las temáticas del área.

En la parte final del artículo se incluirá la bibliografía y demás fuentes utilizadas en orden alfabético por autor o, en su defecto, por título, respetando en lo demás las pautas para las referencias a pie de página.

Las citas textuales de más de cinco renglones se incluirán en cuerpo menor, indentadas y entrecomilladas. Las citas deberán ser proporcionadas, en su longitud, a la extensión de los artículos.

La sangría se utilizará para el comienzo de cada párrafo, incluso el que sigue las citas, pero se prescindirá de ella luego de título.

La jerarquía de títulos será la siguiente: romano y versalitas con inicial; literal mayúsculo y cursiva; arábigo y redonda.

Las cornisas de la Revista deberán ir en versalitas con inicial, en redonda, y deberán ser de un solo renglón.

Los resaltados se harán con caracteres cursivos, así en el original de las citas aparezcan subrayados o en negrilla, y se agregará entre paréntesis “resaltado original” (si tal es el caso).

## **II. DESARROLLOS RECIENTES EN MATERIA ADUANERA Y DE COMERCIO INTERNACIONAL**

Esta Sección pretende ofrecer análisis de jurisprudencia, estudios y desarrollos legales recientes, tanto de Colombia, como de organismos internacionales como de instituciones de otros países, en función de su relevancia para el derecho aduanero.

El análisis debe tener una extensión no superior a 2.000 palabras, en el que el autor contribuya a una aproximación crítica del texto analizado. El Comité Editorial podrá aceptar una extensión superior.

La contribución debe identificar la institución que produjo el documento, la fecha, el medio en que fue publicado, con indicación del volumen, la fecha de publicación y otros datos que permitan su eventual consulta directa.

En esta misma sección es posible publicar breves resúmenes de desarrollos jurisprudenciales y legales, en materia de derecho internacional, con una extensión máxima de 1000 palabras, que resulten relevantes para futuras discusiones.

## **III. SECCIÓN BIBLIOGRÁFICA**

El texto objeto de reseña debe caracterizarse, cuando menos, por su novedad, científicidad, importancia y aporte al derecho.

El ensayo-reseña deberá tener una extensión aproximada de 2.000 palabras.

## **IV. AGENDA DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE DERECHO ADUANERO**

Pretende ser un segmento de análisis de los grandes eventos (foros mundiales, reuniones internacionales, conferencias ministeriales, etc.)

donde se estudien los planteamientos y las posiciones de los sujetos participantes, así como su impacto y las expectativas que generen, en el ámbito del derecho aduanero y el comercio internacional.

Las colaboraciones sobre eventos y acontecimientos de la Sección consistirán en ensayos descriptivos con miras a informar de forma sucinta. El texto no deberá superar las 2.000 palabras. No obstante su concisión, el trabajo deberá lograr la exposición de las posturas y discusiones, sin limitarse en ningún caso a la simple mención de los expositores y ponencias.

Las contribuciones deberán dirigirse a la siguiente dirección electrónica: [presidencia@icda.com.co](mailto:presidencia@icda.com.co)

Favor indicar en el asunto: *Revista Colombiana de Derecho Aduanero*.



Tendremos gusto de recibir sus comentarios  
en nuestra dirección electrónica: [presidencia@icda.com.co](mailto:presidencia@icda.com.co)