

ISSN: 2344-7389

NÚM. 1 MARZO 2011



*Revista*  
**DERECHO ADUANERO**

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero

  
**ICDA**  
Instituto Colombiano  
de Derecho Aduanero





*Revista*  
**DERECHO ADUANERO**

Publicación del Instituto Colombiano de Derecho Aduanero

NÚM. 1 MARZO 2011

---

---

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**    **El inicio de una revista**  
*Juan Manuel Camargo G.*
- 7**    **Del reconocimiento de la naturaleza humana  
en el juez aduanero**  
*César Cermeño & Julián González*
- 15**   **Sobre la conciliación administrativa  
en materia aduanera**  
*Juan Jose Lacoste*
- 21**   **Comentarios sobre el nuevo proyecto del Estatuto  
Aduanero, respecto de la Clasificación Arancelaria  
de las mercancías y de las unidades funcionales**  
*Hugo Parra Ospina*
- 26**   **Hemos olvidado los fundamentos básicos  
de nuestro ordenamiento legal**  
*Ingrid Magnolia Díaz Rincón*

## EL INICIO DE UNA REVISTA

---

**P**ara el Instituto Colombiano de Derecho Aduanero - ICDA - es motivo de orgullo publicar este primer número de nuestra -Revista de Derecho Aduanero-, concebida como medio de incentivar y profundizar una verdadera doctrina aduanera en Colombia.

De tiempo atrás y en otros foros hemos señalado que en muchas ocasiones lo que se llama derecho aduanero es apenas un estudio de la legislación aduanera. Se puede pensar que el derecho es la legislación, pero ello no es así, o no es sólo así. En el derecho civil, en el derecho penal, en el derecho comercial (para tomar sólo los ejemplos más preponderantes) la ley es sin duda la base del derecho, pero este (el derecho) se conforma con construcciones mentales que incluso llegan a apartarse de la legislación positiva.

“El primer motivo para que el derecho se distinga de la legislación es su origen.”

Sin que pretendamos extendernos sobre un tema sin duda polémico, podemos apuntar que el primer motivo para que el derecho se distinga de la legislación es su origen. La ley, en efecto, es la construcción de legisladores o gobiernos que tienen en mente un objetivo primordial de conveniencia.

Pero el derecho se alimenta también de la doctrina y la jurisprudencia, que no están atados por los mismos objetivos de conveniencia y que por consiguiente son más libres de desarrollarse bajo los parámetros impersonales de la razón y la justicia. A ello se debe que la ley no sólo sea a menudo “injusta” (aceptando que la definición y aplicación de este término es harto controversial) sino que además con frecuencia es contradictoria y hasta absurda. La doctrina y la jurisprudencia no siempre son razonables y no siempre son justas, pero por lo menos no son esclavas de los intereses del poder y por eso tienen una vocación de perfectibilidad que idealmente los acercará a los dos grandes faros que hemos mencionado: la razón y la justicia.

Por otra parte, la legislación proporciona la técnica, mientras que el derecho proporciona el conocimiento. Para ilustrarlo con un ejemplo aduanero, la legislación aduanera nos dice cómo obtener el levante de una declaración de importación; pero la norma no nos dice qué es el levante (y, si lo llega a decir, con seguridad será una definición a la que no le pondremos mucha atención).

“La legislación aduanera nos dice cómo obtener el levante de una declaración de importación; pero la norma no nos dice qué es el levante.”

El derecho, y no la legislación, es el dominio de los conceptos. Por eso es que el derecho intenta determinar la naturaleza de las figuras jurídicas y por eso es capaz de establecer cuando una ley es contradictoria o choca con otras normas o con la racionalidad intrínseca de una materia. No bromeamos si decimos que, para los legisladores del mundo, no existe el principio de identidad: para un legislador, una cosa sí puede ser y no ser al mismo tiempo. Los legisladores buscan fines prácticos, y por eso no tienen empacho en exigir a los administrados que hagan una pausa en su racionalidad y asuman que una figura tiene una naturaleza para ciertos efectos, y otra naturaleza para otros efectos. La doctrina y la jurisprudencia, por el contrario, rehúyen estas ambivalencias y buscan un sentido más profundo, más duradero, más racional y más humano.

El primer artículo del primer número de nuestra revista recuerda esta verdad elemental, bajo el título “Del reconocimiento de la naturaleza humana en el juez aduanero”. Lo hemos escogido como iniciación, porque la causa principal de que esta revista exista es el convencimiento de que Colombia necesita una verdadera doctrina aduanera, una que escape al enorme poder gravitacional de la ley, la cual, como la gravedad de los hoyos negros, es tan fuerte que ni siquiera deja salir la luz.

El artículo de los profesores Cerdeño y González señala con acierto que la sola ley no es capaz por sí sola de resolver ni las necesidades ni los litigios de una sociedad. Es fútil el esfuerzo de regularlo todo mediante un texto positivo, porque la ley nunca podrá prever todas las posibilidades y la ley no podrá anticipar todos los cambios de la sociedad o la economía.

De hecho -y esto es bueno recalcarlo- la ley es un instrumento conservador, que a menudo se erige en contra de los grandes cambios que exige una sociedad. Si al final la ley avanza en grado cualitativo es casi siempre porque a ello la empuja la doctrina o la jurisprudencia. Pensemos por ejemplo en la abolición de la esclavitud, la eliminación de discriminaciones, el



reconocimiento del debido proceso o las garantías constitucionales. En estos y similares avances, la ley siempre ha sido precedida de abundantes obras jurídicas y sentencias que se apartaron de la ley preexistente y acudieron a principios más elevados de razón y justicia para proponer soluciones que eran igualmente jurídicas, pero más trascendentes y satisfactorias que la ofrecida por la norma positiva.

El propósito de la doctrina, por supuesto, no puede ser tampoco ir siempre en contra de la ley. En general, lo que busca una buena doctrina es conciliar todos los intereses y llegar a la mejor solución. No a una solución perfecta (que seguramente no existe) sino a una mejor solución: una que se ajuste más a lo que la sociedad considera en un momento dado como lo más razonable, lo más equilibrada, lo más justo.

“El ICDA es una institución académica enfocada al derecho aduanero y por lo tanto nuestra revista está enfocada al derecho, no a la legislación.”

En el campo que nos ocupa, los abogados aduaneros reivindicamos el derecho a proponer soluciones en una materia que conocemos bien y a fondo. Esperamos que esta y las siguientes ediciones de la revista sean no sólo de utilidad sino también de provecho para todos los que estén relacionados con las aduanas y el comercio exterior en nuestro país. No sobra recordar que el ICDA es una institución académica enfocada al derecho aduanero y por lo tanto nuestra revista está enfocada al derecho, no a la legislación. Lo que buscamos es proporcionar estudios críticos y profundos relacionados con nuestra materia; ojalá análisis los suficientemente duraderos que compensen la volubilidad de la legislación y sirvan como faro y contención para los cambios normativos del futuro.

**Juan Manuel Camargo G.**  
Presidente ICDA

## DEL RECONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA HUMANA EN EL JUEZ ADUANERO

César Cermeño & Julián González

DELOITTE

*En estos días se realizan en Pittsburg los primeros experimentos para utilizar máquinas en la administración de la justicia. Después de haberse construido cerebros electrónicos matemáticos, dialécticos, estadísticos y sociológicos, ya se ha fabricado en esta ciudad, fruto de dos años de trabajo, el primer aparato mecánico que juzga.*

**Giovanni Papini, EL TRIBUNAL ELECTRÓNICO**

**El juez es la boca de la ley.** Esta frase ha retumbado por mucho tiempo en las aulas jurídicas, usualmente seguida de la siguiente afirmación: *“nuestro sistema jurídico es de stirpe europeo-continental, lo que significa que nuestro valor fundamental jurídico reside en el legislativo razón por la cual los jueces no pueden interpretar o modificar la ley de ningún modo, sino aplicar la letra de la ley de la mejor manera posible, ya que la ley es la emanación de la voluntad popular”*.

Axiomas como los citados han hecho carrera en la formación jurídica, y tanto se han repetido que han terminado por convertirse en una suerte de plegaria que se escucha quejumbrosa cada vez que un juez falla haciendo uso de herramientas interpretativas; una letanía que los profesores de derecho más tradicionales repiten con la ilusión de que sus alumnos más reacios vuelvan al redil de la correcta tradición y el derecho nacional vuelva a ser lo que en 1886 rectamente se estableció.

Sin embargo, ya en 1881, desde la primera página de su reconocida obra *The Common Law*, Oliver Wendell Holmes Jr., señalaba que *“la vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia. Las necesidades sentidas en la época, las teorías morales y políticas predominantes, las instituciones sobre el interés público – confesadas o inconscientes – y aun los prejuicios que los jueces comparten con sus ciudadanos, han*

**“La vida del derecho no ha sido la lógica sino la experiencia.”**

*tenido que hacer mucho más que el silogismo en la determinación de las reglas por las cuales los hombres se gobiernan”.*

Así las cosas, cien años después de que se planteara la discusión entre quienes promovían que los falladores fuesen máquinas de Turing y quienes defendían la creatividad liberadora de los mismos, podemos, con sensatez, buscar un punto neutro en donde el legislador efectivamente limite la arbitrariedad subjetiva, pero reconociendo la humanidad propia del juez.

Teniendo en cuenta que, al momento de conocer un recurso de reconsideración, el funcionario de la administración, dentro de su papel de revisor de la legalidad de sus actos, es más un juez que un mero aplicador de la Ley, conviene entrar a estudiar la pertinencia de promover la figura de “*demanda per saltum*” en la legislación aduanera, más como un reconocimiento a la realidad en la que los funcionarios escogen los elementos relevantes del problema jurídico al momento de decidir que por razones de mecánica procedimental.

## EL REALISMO JURÍDICO

La primera observación de tipo teórico-cronológica que vale la pena hacer es sobre el realismo jurídico, una escuela de juristas estadounidenses que en la primera mitad del siglo veinte se preguntaron sobre el problema de la vigencia y aplicación del derecho, entre muchos otros temas; planteando disertaciones sobre la función judicial que son de relevancia para el objetivo que en este texto deseamos alcanzar, como pasaremos a ver en los siguientes párrafos.

Dentro de esta corriente jurídica podemos observar a dos juristas norteamericanos con dos de sus propuestas más notables: el primero de ellos sería Oliver Wendell Holmes Jr., cuya influencia en la Corte Suprema de Justicia Norteamericana en la primera mitad del siglo XX fue determinante para toda una generación de abogados, no solo de ese país, sino de distintas latitudes. Uno de sus escritos más brillantes y lúcidos es “*The Path of Law*”, en el que el profesor Holmes expone varias de sus teorías con respecto a la función de la vigencia del derecho y su aplicación práctica. Una de las teorías expuestas en este sentido es la de la formación de los jueces, dentro de la cual la opinión del profesor Holmes era bastante adelantada para su época, ya que exponía que el abogado debía ser formado en otras ciencias además del derecho (historia o economía, por ejemplo) con el fin de que fuera capaz de tomar decisiones más justas y acordes a los enunciados normativos y así lograr una aplicación efectiva del derecho.



La sospecha del Profesor Holmes en este texto resulta evidente: los abogados armados únicamente con el conocimiento de la ley son incapaces de resolver problemas prácticos en la sociedad, que es, por supuesto, el fin último del derecho. De este modo aparece una primera crítica al sistema basado en el entendimiento exclusivo de la ley: los textos legales normalmente tienen vacíos, se encuentran incompletos o son las más de las veces confusos, eso cuando el caso real desafía los supuestos fácticos de la norma; en este caso, la labor del juez no solo es aplicar, sino interpretar, integrar, investigar y entregar una sentencia que haga el mayor sentido posible y consonancia con el ordenamiento (el profesor Ronald Dworkin inclusive afirma en *"El imperio de la Justicia"* que una sentencia para ser aceptada como tal debe atender de manera clara los valores imperantes en una sociedad determinada, ya que, de lo contrario, esta sentencia no puede ser considerada justa). Este primer acercamiento muestra que la preocupación por un juez creativo e interactivo con el ordenamiento no es algo de nueva data o que se haya registrado hace poco tiempo, sino que ha sido una preocupación de los propios jueces establecer un rol más activo en el ordenamiento.

“Los abogados armados únicamente con el conocimiento de la ley son incapaces de resolver problemas prácticos en la sociedad.”

Sin embargo, también ha de resaltarse la preocupación inherente frente a un Juez con pretensiones de activista social o defensor de principios extrajurídicos (económicos) frente al rigor del derecho. En ese sentido, Felix S. Cohen, otro jurista de la misma corriente y periodo que Oliver Wendell Holmes, anotó en *"Transcendental Nonsense And The Functional Approach"* que el lenguaje jurídico y su interacción con los seres humanos resulta en vacíos y dudas más que en certezas, lo que por supuesto da paso a la interpretación y el moldeamiento de un criterio propio más que a una aplicación mecánica de la norma.

Esto, por supuesto, no es indeseable, pero si es una condición que parece preceder a la formación de la Ley misma, ya que el poder interpretativo parecería como una condición aparejada al modelo mismo de pensamiento del hombre actual, por lo que dos personas bajo influencias externas distintas, podrían interpretar al mismo tiempo la misma norma en sentidos diferentes.

Los anteriores ejemplos de los teóricos realistas solo pretenden ilustrar un único punto: el juez, como cualquier otro ser humano, está ligado a muchos elementos inclusive más allá de su control, como es su educación, sus vivencias y su experiencia humana en general, por lo que la búsqueda de ser *La boca de la Ley* está lejos de ser posible, a menos de que se intente despojar a un ser humano de todo lo que lo compone para que pueda fallar un caso.

## LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO: LA ENTRADA DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL

Los Estudios Críticos del Derecho (CLS por sus siglas en inglés) han sido mucho más agresivos al momento de plantear sus críticas ante la posibilidad de un fallo exclusivamente en derecho, ya que para este tipo de pensamiento el fallo siempre responderá necesariamente a los intereses particulares del juez y a lo que Duncan Kennedy llama “*la-Sentencia-a-la-que-quiero-llegar*”. Esta figura es ilustrada en el caso de un piquete de trabajadores que no solo detienen las actividades de la empresa, sino que adicionalmente se tienden sobre el pavimento para que el empleador no pueda ingresar a las instalaciones a otros trabajadores contratados para subsanar los puestos indispensables para el funcionamiento de la empresa (mejor conocidos como esquiroleros). A este escenario se le suma que existe en este estado una Ley que prohíbe a los trabajadores impedir el funcionamiento de la empresa aun en ejercicio del piquete. Sin embargo, el juez que analiza el caso, que para los efectos debemos reconocer como un juez que simpatiza con la causa del piquete de los trabajadores, no desea aplicar esta norma que es clara y vigente, por lo que desea entonces fallar el caso a favor de ellos, aun con el ordenamiento jurídico en su contra.

Así, con estas bases descriptivas, Kennedy expone las diferentes alternativas que tiene el juez para poder salir adelante y fallar el caso como desea, sorteando todo tipo de inconvenientes y con la ley, la jurisprudencia y las demás fuentes de derecho obrando en su contra. Entre las posibilidades se encuentra la reducción de la brecha de obvedad; esto es, reconvertir una línea de jurisprudencia en otra diciendo que, en realidad, la adecuación fáctica o hechos del caso no son los mismos para uno y otro caso, por lo que no se le puede aplicar de manera estricta la misma regla de derecho. También un movimiento inverso es posible: acoplar una línea de jurisprudencia con una adecuación fáctica no tan cercana, argumentando que la *ratio decidendi* debe aplicarse a ese caso concreto por la cercanía en sus hechos.

Aunque toda esta teoría parece lejana, lo cierto es que en la Corte Constitucional colombiana este tipo de herramientas han sido usadas y son cada vez más comunes en las prácticas judiciales.

Un ejemplo de este tipo de prácticas puede verse con claridad en el texto de un profesor colombiano, Jorge González Jácome, que en su artículo “*Entre la restricción y la libertad: Sobre la posible pérdida de legitimidad del juez constitucional*”, muestra de manera clara como la Corte Constitucional “*reconfigura un campo*”, es decir, cambia su línea jurisprudencial para poder fallar cómodamente en un caso en que su línea jurisprudencial no le era favorable. Estos ejemplos de nuevo ilustran el hecho de que los jueces

suelen hallar la manera de conseguir el fallo que desean desde un principio, de acuerdo a su sistema de valores.

Lo que se viene señalando en los párrafos precedentes no es decir nada distinto a que un juez católico practicante puede verse mucho más influido para fallar a favor del acusado en un caso de homicidio piadoso, o un juez que haya crecido con escasos recursos se encuentre más dispuesto a declarar la prescripción adquisitiva de un terreno a favor de una familia que la ocupa hace muchos años.

En lo que respecta a los autores, el problema no versa sobre si estos eventos suceden o no en la práctica o si solo suceden en las negras y retorcidas mentes de los teóricos jurídicos, pues la práctica ha constatado lo que los teóricos señalan. El inconveniente que ha sido difícilmente sorteable es cuando un caso cualquiera es tratado de manera recurrente por un mismo ente o funcionario, ya que éste a su vez (como se ha señalado de manera clara con los ejemplos mencionados anteriormente) se va a ver muy influenciado para mantener su pronunciamiento en la línea en que lo planteó en principio y no habrá garantía ninguna de siquiera una subjetividad formada con criterio desprevenido ante los hechos.

## LA DEMANDA PER SALTUM

La ley 223 de 1995 trajo en su artículo 283 la posibilidad de que cuando se responde el requerimiento especial en materia tributaria, el contribuyente puede perfectamente dar por terminada la vía gubernativa y no hacer uso del recurso de reconsideración, sino “saltar” directamente a la jurisdicción.

La idea que se esconde detrás de este tipo de elementos, además de la eficiencia y descongestión de la vía gubernativa, es el reconocimiento al hecho que se ha venido referenciando anteriormente con las corrientes jurídicas mencionadas: un ente que conoce de un caso, cualquiera sea su orden, difícilmente va a verse persuadido de cambiar su decisión, ya que la decisión judicial (y humana en general) está afectada por mucho más que normas jurídicas, por lo que un cambio en ese sentido puede no pasar por centros racionales, sino emotivos, que difícilmente pueden ser fiscalizados por superiores jerárquicos o por cualquier persona.

En el caso concreto, la afectación se ve por dos aspectos, principalmente: por un lado, cuando se revisa la estructura del procedimiento aduanero tal y como está planteada en este momento, encontramos que el juez en un proceso en vía gubernativa en materia aduanera (división jurídica) necesariamente está ligado en calidad de compañero y colega con quien profirió el acto objetado (división de liquidación). Por otro lado, el funcionario que resuelve

el recurso de un acto que garantiza cierto recaudo (vía aumento de tributo aduanero o sanción) sabe que revocar el mismo puede ser observado de manera celosa posteriormente por los organismos de control, independientemente de si su decisión es tomada en estricto y riguroso derecho.

Así, podría decirse que el funcionario que actúa como juez al resolver un recurso está conducido a buscar una motivación para confirmar el acto recurrido. Esto, por supuesto, no significa que haya que abandonar toda forma de juicio y estructura jurídica, sino refinar el ordenamiento de tal manera que sea posible cultivar el criterio y una vista novedosa sobre los problemas que pueden surgir en la interpretación y aplicación del derecho en general.

“Podría decirse que el funcionario que actúa como juez al resolver un recurso está conducido a buscar una motivación para confirmar el acto recurrido.”

Lo cierto es que es completamente inadmisibile por lo expuesto anteriormente pensar que un ser humano puede ser separado de su propia condición para decidir las cuestiones relativas al derecho.

Y es que no puede ser de otra manera.

Para dar un matiz teórico en este aspecto, nos gustaría traer al profesor Marc Galanter, que en su escrito *¿Por qué los “poseedores” salen adelante?: Especulaciones sobre el límite del cambio jurídico* presenta dos tipos de litigantes: los ocasionales y los frecuentes. Ejemplos de los ocasionales son las personas en conflictos de alimentos (según el caso), conflictos contractuales como arrendamientos entre particulares o, en fin, tipos de conflicto que suponen que las partes involucradas no acuden de manera persistente al sistema procesal jurídico para resolver sus conflictos sino lo hacen de manera esporádica o inclusive lo hacen una única vez en su vida. A este tipo de litigantes se oponen los litigantes frecuentes, estos son, bancos, aseguradores y, en fin, cualquier persona cuya actividad involucre de manera constante el litigio como parte de su vida.

La categoría es traída a este escrito para dar cuenta de que los litigantes en derecho aduanero que tienen la categoría de litigantes frecuentes (agencias de aduanas, asesores de contribuyentes o usuarios aduaneros con gran volumen de operaciones objetadas) conocemos de manera profunda que la revocatoria por parte de la división jurídica de la resolución que corrige una liquidación o impone una sanción es sumamente improbable, ya que es muy extraño el evento en el cual la misma institución constriña su propia actuación contraviniendo sus pronunciamientos en la última fase de la vía gubernativa.

Esta afirmación tiene al menos un problema desde el punto de vista del purismo jurídico, ya que esas instancias están diseñadas para ser indepen-

dientes entre ellas y conservar la objetividad de sus actuaciones individuales fiscalizando las anteriores. Sin embargo, la muestra empírica constata algo distinto y nos entrega un problema de eficacia de la norma procesal en contexto, que como se mostró con Holmes y Cohen, es el problema raíz del derecho en la multiplicidad de regímenes jurídicos en el mundo; esto es: ¿Cómo convertir las normas jurídicas en una fuerza real que sea clara para la comunidad?

Idealmente, se espera que en efecto cada división sea independiente de la anterior y por lo tanto las instancias sean un debate nuevo donde existe la posibilidad de convencer al interlocutor de la tesis que se sostiene.

Este conflicto tiene un paralelo claro con la experiencia del sistema acusatorio penal y su predecesor el sistema inquisitivo. El sistema inquisitivo tuvo su última manifestación procesal en Colombia en la ley 600 del año 2000, en la que el fiscal era a la vez juez y parte en la suerte del acusado (de ahí la odiosa connotación inquisitorial medieval), ya que acusaba, investigaba y finalmente juzgaba al sindicado de cometer algún delito. Esto por supuesto probó ser un error mayúsculo, ya que los seres humanos, que somos movidos por motivaciones diversas como se ilustró anteriormente, podemos llegar a ser irascibles y pasionales, aun con un sistema jurídico que sustente nuestras actuaciones y proteja nuestros intereses. Para tomar un nuevo rumbo en dicha materia se expidió la ley 906 de 2004, donde el fiscal se convirtió en acusador e investigador, se le sustrajo su función jurisdiccional, ya que el juez es quien el últimas podrá tomar la decisión de fondo, alejado de la investigación de los hechos, que deberá ser expuesta por el fiscal con las pruebas.

Con un criterio parecido y bajo ese mismo parámetro, con la ley 223 se adopta en materia tributaria la idea de la demanda *Per Saltum*, que permite acudir directamente ante un juez, funcionario no contaminado con ideas anteriores sobre ese caso en concreto, para que éste conozca los hechos y pruebas del proceso y dé una opinión fundamentada del caso, aun con su falibilidad y condición humana, pero por lo menos con un criterio desapercibido de la peculiaridad del caso en particular.

La idea detrás de toda esta elucubración jurídica y pruebas de todos los calibres y sectores es poner en mente de los juristas que sería saludable en muchos sentidos contar con un mecanismo como la demanda *Per Saltum* en materia aduanera.

Para evitar el procedimiento horizontal de la Dirección de Aduanas se sugiere o se plantea entonces uno vertical, donde el control de las actuaciones dependa de un ente distinto al que las profiere y que ahorre tiempo y esfuerzo a usuarios aduaneros, contribuyentes y funcionarios.

Así las cosas, y teniendo en cuenta la discusión que se plantea en relación con la reforma al Estatuto Aduanero, resulta conveniente considerar la posibilidad de consagrar, de manera explícita, clara y aplicable a todos los escenarios litigiosos presentes en materia aduanera, la figura de la demanda *per saltum*, más como un reconocimiento a una realidad presente en la dinámica de las controversias presentes en vía gubernativa que como un elemento de eficiencia y ahorro en términos.

“Los seres humanos somos multidimensionales y tenemos problemas separando los aspectos de nuestra vida aun si así nos lo exige la vida pública.”

## A MANERA DE CONCLUSIÓN

Aunque la disertación teórica que desarrolle lo insinuado en este texto pueda ser amplia, lo cierto es que la conclusión es pre-teórica, mucho más práctica y se puede llegar a ella sin hacer un esfuerzo intelectual mayor: los seres humanos somos multidimensionales y tenemos problemas separando los aspectos de nuestra vida aun si así nos lo exige la vida pública. Los jueces, los abogados y los operadores jurídicos en general no escapan a ello.

La fundamentación de un ordenamiento jurídico sobre la base de la negación de la condición más humana y de las circunstancias que rodean y afectan esta condición, incluso cuando pretende olvidarse para someterla a una racionalidad extrema, es errada. Por esto, varias herramientas puede ofrecer un ejercicio serio de políticas públicas para minimizar la intromisión de lo irracional en el sacro ejercicio de la decisión jurídica, pero ésa no es la intención de nuestro texto, que solamente pretende recordar que existe esa subjetividad y que, en materia aduanera, las circunstancias promueven que el fallador se incline siempre a operar mecánicamente a favor de las decisiones de su entidad.

Por esto, mientras hallamos el tratamiento que erradica la enfermedad (la subjetividad del funcionario que actúa como juez, la cual es promovida por diferentes factores), queremos recordar que, al alcance de la mano, hay un remedio (la demanda *per saltum*) que cura uno de los síntomas (el tiempo que se toma la dinámica de radicar un recurso y esperar una decisión previsible que confirmará la actuación recurrida).

Así, la demanda *per saltum* en el procedimiento aduanero nos invita a una reflexión propia de un historiador contrafactual: qué hubiera pasado si en aquel litigio hubiésemos podido radicar una demanda y no un recurso cuya redacción estuvo afectada por el pesimismo de saber que el esfuerzo sería ignorado por un funcionario que en vía gubernativa actúa mecánicamente a favor de los intereses de su propia institución.



## SOBRE LA CONCILIACION ADMINISTRATIVA EN MATERIA ADUANERA

---

Juan José Lacoste\*

El Decreto 1716 de 2009, reglamentario del Capítulo V de la Ley 640 de 2001, referente a la conciliación en materia Contencioso Administrativa, señala en el Parágrafo 1 de su artículo 2º que no son susceptibles de conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo “*los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario*”.

La anterior frase, que en principio parece clara, precisa y tajante, ha generado un sinnúmero de controversias en lo atinente al tema aduanero, pues algunos de los entes encargados de aplicar la norma consideran que las controversias de tipo aduanero se asimilan a las conflictos de carácter tributario, negando la necesidad de recurrir a la conciliación, mientras que otros sostienen que lo tributario y lo aduanero corresponden a disciplinas diferentes, exigiendo entonces el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad para interponer las respectivas demandas.

Por considerarlos ilustrativos de la problemática planteada, traemos a colación algunos ejemplos extractados de la experiencia profesional:

El Tribunal Administrativo de Bolívar, al ordenar la admisión de una demanda interpuesta contra las resoluciones que ordenaron el decomiso de una mercancía, la cual había sido previamente inadmitida por un Juez Administrativo por no haberse agotado el requisito, señaló lo siguiente:

*“Por consiguiente, los actos administrativos que expide la DIAN, con ocasión de la definición de la situación jurídica de las mercancías, como es el caso de las Resoluciones (...) acusadas en este proceso, son actos cuyos efectos no son susceptibles de conciliación y, bajo esa perspectiva, no debía exigírsele al demandante, como requisito de admisión de sus demanda, haber agotado la conciliación extrajudicial.”*

---

\* Abogado Especialista en Derecho Aduanero.



Por su parte, un Juez Administrativo de Buenaventura, al admitir una demanda contra las resoluciones que ordenaron la efectividad de una garantía en reemplazo de aprehensión, señaló:

*“Revisado el expediente se observa que las resoluciones de las que se pretende la nulidad y su consecuente restablecimiento del derecho comprenden, en sí, un conflicto de carácter tributario, ya sean estos producto de la liquidación efectuada por la demandante o su modificación o a título de sanción, caso en el cual, como se ha visto, no se requiere de la conciliación previa”.*

**“No puede equipararse ni hacerse un tratamiento indiscriminado al derecho tributario y al aduanero.”**

Por el otro lado, el Tribunal Administrativo de Antioquia sustentó en los siguientes términos la confirmación del auto por medio del cual se había rechazado una demanda de índole aduanera por no haberse cumplido el requisito de procedibilidad:

*“Pese a la explicitud de la norma en lo que respecta a la exclusión de la exigencia para las controversias de carácter tributario, se ha cuestionado si esta se hace extensible a las controversias de carácter aduanero. A lo que esta Sala responde negativamente.*

*No puede equipararse, ni hacerse un tratamiento indiscriminado al derecho tributario y al aduanero, por cuanto, pese a que la entidad encargada de representar al Estado en los dos ramos del derecho es la misma (DIAN), cada uno es autónomo, independiente y tiene unas características propias.*

*En primer lugar encontramos que el Decreto 624 de 1989 contiene las disposiciones relativas al derecho tributario; mientras que el Decreto 2685 de 1999 contiene las relativas al Aduanero; cada uno contando con normativas propias e independientes.*

*A su vez, se encuentra el surgimiento del llamado Derecho aduanero mundial, que permite la aplicación de Instrumentos Internacionales, cuando diferentes países suscriben un convenio.*

*La Sala comprende la razón por la cual se extrae al Derecho Aduanero de la obligación de cumplir como requisito de procedibilidad con la conciliación prejudicial, porque en su esencia, fin y objeto es diferente al Derecho Tributario”.*

Es clara entonces la diferencia de criterio entre los diversos estamentos encargados de aplicar la norma, diferencia que se presenta en la práctica no solo entre Jueces y Tribunales de diferentes jurisdicciones sino también entre Jueces y Tribunales de la misma jurisdicción, coadyuvando a la total incertidumbre e inseguridad jurídica frente al tema, sin dejar de mencionar que ambas tesis pueden considerarse igual de respetables y válidas en cuanto a sus fundamentos jurídicos.



Pero además, la misma controversia se presenta a nivel de las Procuradurías, pues mientras algunos Procuradores tramitan sin ningún tipo de inconveniente las audiencias de conciliación relacionadas con asuntos aduaneros, otros simplemente se abstienen de celebrar las audiencias, por considerar que estos asuntos no son conciliables en virtud de la salvedad mencionada al comenzar este escrito.

La combinación de posibilidades perjudiciales para los particulares frente a esta divergencia de criterios resulta más que variada, para lo cual basta plantear algunos posibles escenarios, así:

- El Procurador se abstiene de celebrar la audiencia por considerar el asunto no conciliable, pero el Juez o Magistrado rechaza la demanda por considerar que no se agotó el requisito de procedibilidad siendo procedente.
- El Procurador celebra la audiencia por considerar que el asunto es conciliable, pero el Juez o Magistrado rechaza la demanda por caducidad, por entender que el asunto no es conciliable y por ende no suspendido el término de caducidad con la presentación de la solicitud de conciliación (en la actualidad difícilmente se logra agotar el requisito y presentar la demanda dentro de los cuatros meses correspondientes al término de caducidad).
- El Procurador celebra la audiencia, el Juez o Magistrado de primera instancia admite la demanda y emite fallo de fondo, pero en segunda instancia se revoca el fallo por considerar que el asunto no es conciliable y que se generó por lo tanto la caducidad de la acción.

El Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales intervino también en la discusión, definiendo en el Acta N° 111 del 12 de junio de 2009 que para la entidad no son conciliables, por considerarlos asuntos de carácter tributario, los siguientes:

- *“Las liquidaciones oficiales de Tributos Aduaneros que trata el Decreto 2685 de 1999, “Estatuto Aduanero” en el Capítulo XIV Sección II, a saber:*
  - Artículo 513. Liquidación Oficial de Corrección.*
  - Artículo 514. Liquidación Oficial de Revisión de Valor.*
- *Los procesos que versen sobre devoluciones o compensaciones de impuestos nacionales o tributos aduaneros.”*

La anterior determinación corresponde simplemente a una interpretación interna de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la cual



no resulta vinculante ni obligatoria para los miembros de la Rama Judicial, los cuales siguen en total libertad de manejar sus propios criterios, los cuales ya dijimos resultan igualmente respetables.

No sobra mencionar que algunos abogados de la DIAN proponen la excepción de no agotamiento del requisito de procedibilidad cuando no se celebren las audiencias en casos como los mencionados en la citada Acta, a pesar de que el contenido de la misma si debería ser vinculante para ellos

“La práctica ha demostrado la escasa o nula utilidad de la figura frente al tema aduanero.”

como funcionarios de la entidad. Es decir, la DIAN considera oficialmente que determinados asuntos no son conciliables, pero se defiende en los procesos contenciosos alegando que no se agotó el requisito de la conciliación en relación con estos mismos asuntos.

La práctica ha demostrado la escasa o nula utilidad de la figura frente al tema aduanero, pues cuando, con ocasión del agotamiento de la vía gubernativa, se han agotado todas las instancias procedimentales, (respuesta al Requerimiento Especial Aduanero y Recurso de Reconsideración) sin haber obtenido un resultado favorable, difícilmente la situación cambiara por simple hecho de citarse a audiencia de conciliación, por lo que la medida solo ha servido para retardar, complicar y encarecer el acceso a la administración de justicia, como ya lo han advertido algunos críticos, mas aun teniendo en cuenta la escasa o nula capacidad legal con que cuentan los funcionarios de la DIAN para conciliar.

Pero si a lo anterior sumamos la falta de unidad de criterio antes mencionada entre Procuradores, Jueces y Magistrados, el resultado no puede ser otro que la total incertidumbre e inseguridad jurídica para los litigantes y usuarios aduaneros, quienes quedaran sometidos al vaiven de las interpretaciones de cada Procurador, cada Juez y cada Magistrado, en cada instancia y en cada región del país.

Tratando de aportar algún criterio tendiente a estructurar una solución para el problema planteado, debemos indicar que para nosotros resulta claro que algunos de los asuntos regulados por el Estatuto Aduanero corresponden claramente a temas netamente aduaneros, los cuales en principio no deberían dar lugar a discusiones, como seria el caso de la imposición de sanciones por aplicación del régimen sancionatorio contemplado en dicho Estatuto o la definición de la situación jurídica de las mercancías, temas integramente regulado por la normatividad aduanera.

De igual manera, resulta indiscutible que algunos asuntos regulados por el Estatuto Aduanero tienen evidentes tintes de índole tributaria, como

sería el caso de la expedición de Liquidaciones Oficiales de Corrección, de Liquidaciones Oficiales de Revisión de Valor y el trámite de las solicitudes de devolución de tributos aduaneros.

En principio, nuestra opinión es que la solución planteada por el Tribunal Administrativo de Antioquia puede resultar la más adecuada, al partir de elementos netamente objetivos, cuando afirma que *“el Decreto 624 de 1989 contiene las disposiciones relativas al derecho tributario; mientras que el Decreto 2685 de 1999 contiene las relativas al Aduanero; cada uno contando con normativas propias e independientes.”*

De acuerdo con lo anterior, las materias reguladas por el Estatuto Tributario no serían susceptibles de conciliación y las reguladas por el Estatuto Aduanero si lo serían, quedando tal vez la duda en lo relacionado con las solicitudes de devolución de los tributos aduaneros, tema que se encuentra sometido a disposiciones de ambos cuerpos normativos.

Pero de todas maneras permanecería latente la inquietud de si el Parágrafo 1 del artículo 2º del Decreto 1716 de 2009 agota el tema en cuanto a los asuntos que no resultan conciliables o si de todos modos se hace necesario analizar si algunos asuntos no incluidos en esta norma resultan de todos modos “no conciliables” a la luz de las normas generales que regulan la materia.

**Planteamos la anterior inquietud, teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 65 de la Ley 446 de 1998, “Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley”,** lo cual nos lleva a plantear si, además de atenernos a las excepciones expresamente consagradas por el Decreto 1716 de 2009, será necesario analizar en cada caso concreto si el asunto es susceptible de transacción o desistimiento de conformidad con los anteriores criterios.

Pensemos, por ejemplo, en el caso del decomiso administrativo de una mercancía, la cual en criterio de la autoridad aduanera fue introducida a territorio aduanero nacional transgrediendo la normatividad aduanera. Se trata de una situación netamente aduanera, que, al no poderse entender como un conflicto de carácter tributario, quedaría en principio sometida al agotamiento de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, ateniéndonos a los lineamientos del Decreto 1716 de 2009.

Pero, bajo otra óptica, entendiendo el decomiso como el acto en virtud del cual pasan a poder de la Nación las mercancías respecto de las cuales no se acredite el cumplimiento de los trámites previstos para su presentación y/o declaración ante las autoridades aduaneras, por presentarse alguna de las causales previstas en el artículo 502 del Estatuto Aduanero,

debería entenderse que el asunto no es susceptible de transacción ni de desistimiento, pues resultaría jurídicamente imposible para el funcionario administrativo abstenerse de ejercer su obligación como funcionario público en tratándose de una mercancía ilegalmente introducida al país, transando o desistiendo el decomiso como medida que busca entre otras cosas preservar el orden público económico.

En conclusión, parece haber todavía muchos aspectos por aclarar en relación con la necesidad e incluso con la viabilidad de agotar el trámite de la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad en materia

“Se requiere la urgente intervención del legislador o del Ministerio del Interior y de Justicia, para que se modifique o bien la ley o bien el Decreto Reglamentario.”

aduanera, lo cual nos lleva a plantear que esperar a que el tema sea depurado por la jurisprudencia implicaría un elevado costo para los particulares en términos de obstaculización del acceso a la justicia, por lo que urge una decantación y aclaración del tema por parte del legislador, evitando a futuro las grandes inequidades y contradicciones que actualmente se están presentando ante la mencionada disparidad de criterios.

En conclusión, se requiere la urgente intervención del legislador o del Ministerio del Interior y de Justicia, para que se modifique o bien la ley o bien el Decreto Reglamentario, precisando si los asuntos regidos por el Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero) son susceptibles de conciliación o no, especificando si es del caso la exigencia o no frente a cada caso concreto de los contemplados en dicho Estatuto (liquidaciones oficiales de corrección, sanciones, definición de situación jurídica de mercancías, efectividad de garantías).

Finalmente, ante la evidente inoperatividad de la figura, abogamos porque se indique de manera expresa que ningún asunto en materia aduanera es susceptible de conciliación, permitiendo a los usuarios aduaneros el acceso pronto y sin dilaciones innecesarias al aparato judicial del Estado en la infinidad de controversias que se presentan entre éstos y la autoridad aduanera colombiana, entendiendo que la figura poco o nada aporta a la resolución de los conflictos o a la descongestión de la justicia, tal como lo señalamos anteriormente.

## COMENTARIOS SOBRE EL NUEVO PROYECTO DEL ESTATUTO ADUANERO, RESPECTO DE LA CLASIFICACIÓN ARANCELARIA DE LAS MERCANCÍAS Y DE LAS UNIDADES FUNCIONALES

---

*Hugo Parra Ospina\**

Como es bien sabido, en el proceso de importación de mercancías al país, el primer y fundamental paso, es conocer de manera clara y precisa cuál es el tipo de mercancías que se pretende importar, conociendo sus características técnicas composición, naturaleza, funciones etc., para evitar equívocos sobre la utilización que se hará de dicho producto.

Una vez identificado el mismo, es necesario conocer cuál es la subpartida arancelaria que le corresponde dentro del Arancel de Aduanas, de acuerdo con el Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), con el fin de cancelar los tributos aduaneros y conocer el régimen de importación a que se encuentra sometido – Licencia Previa o Libre Importación –, así como también para saber cuáles son los requisitos para arancelarios que debe cumplir, como por ejemplo si requiere vistos buenos de algunas entidades oficiales para su importación, descripciones mínimas, unidades de medida, reglamentos técnicos, normas de calidad, etc.

Existen un sinnúmero de mercancías sobre las cuales el importador puede establecer de manera precisa la subpartida arancelaria dentro de la cual se clasifica su producto, como por ejemplo la vacuna antipoliomelítica, a la cual le corresponde la subpartida 3002.20.10.00. Sin embargo, para otro tipo de mercancías, dada su composición, características especiales, se dificulta, se presentan dudas, para lo cual el legislador aduanero ha previsto que la DIAN, a través de la Coordinación del Servicio de Arancel de la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, mediante la respectiva

---

\* Abogado - Economista.

Resolución, expida oficialmente la clasificación arancelaria para una mercancía, a solicitud de particulares o de oficio.

Cuando el particular, entiéndase importador, solicita la clasificación arancelaria para el producto que piensa importar, le corresponde a más de suministrar toda la información pertinente para que se pueda clasificarse correctamente, cancelar el valor de medio salario mínimo mensual legal vigente y si se trata de Unidades Funcionales, debe cancelar un salario mínimo mensual legal vigente.

Ahora bien, en la actual norma vigente relativa a la clasificación arancelaria – art. 236 del Decreto 2685 de 1999 –, al hablar de la clasificación arancelaria a solicitud de los particulares, se le ha dado una interpretación muy particular, en el sentido de que cuando se expida este tipo de Resoluciones, esta produce efectos *intuitu personae*, es decir, que se aplica es para quien solicitó dicha clasificación, la cual produce plenos efectos cuando se notifica personalmente o por correo, solo para el particular.

Se ha entendido, de acuerdo con los conceptos 061 de 2002 y 063 de 2006, de la Subdirección de Gestión de Normativa y Doctrina de la DIAN, que la clasificación expedida a solicitud del particular no puede ser aplicable a mercancías que importen terceros, si no ha sido publicada en el Diario Oficial. Esta es una interpretación en mi opinión equivocada sobre la aplicación del Arancel de Aduanas, dado que la expedición a título personal o de oficio de una clasificación no le puede hacer perder su carácter técnico; y, así no haya sido publicada, no se entiende el porqué no pueda ser acogida por terceros.

De acuerdo con el artículo 546 del proyecto de nuevo Estatuto Aduanero, las solicitudes de clasificación solicitadas por particulares .serán de carácter general y de obligatorio cumplimiento., es decir, que se les da una aplicación de carácter general, tanto a las clasificaciones expedidas a particulares, como a las que expedida del oficio la DIAN, subsanándose la inconsistencia anotada, todo ello sometido a la publicación previa en el Diario Oficial.

“La expedición a título personal o de oficio de una clasificación no le puede hacer perder su carácter técnico.”

Otro aspecto fundamental que se plantea sobre las calificaciones arancelarias en el nuevo Estatuto Aduanero es que en el que en el actual Código de Aduanas – Decreto 2685 de 1999, expresamente se señala: .... Contra las clasificaciones arancelarias no procederá recurso alguno., lo que quiere significar que las clasificaciones arancelarias tiene tal fuerza de ley que son infalibles, es decir, que son perfectas y no se equivoca en la interpretación del Arancel de Aduanas la autoridad aduanera.



Esta apreciación del legislador está totalmente equivocada, por cuanto la Resolución que expide la Coordinación del Servicio de Arancel, al ser un acto administrativo que produce efectos jurídicos (de carácter general o particular), debería suscitar los recursos normales de ley. El nuevo proyecto de Código Aduanero expresamente establece que las clasificaciones arancelarias sí pueden ser objeto de recursos al proponerse en el artículo 546 inciso quinto, lo siguiente:

*“...Contra las clasificaciones arancelarias procederá el recurso de reconsideración en los términos y condiciones prevista en el presente Decreto”.*

Lo anterior es un gran avance y, además de darle toda la legalidad procedimental a las clasificaciones arancelarias, se ajusta al debido proceso, por cuanto le da la oportunidad al importador de ejercer sus derechos contra actos de la administración. Le corresponderá a la Dirección de Gestión de Aduanas establecer cuál es el término dentro del cual se puede objetar la clasificación y cuál será la entidad a la que le corresponde entrar a conocer y fallar el recurso de reconsideración

## UNIDADES FUNCIONALES

Por unidades funcionales se entienden los conjuntos de maquinaria y equipo (plantas) que conlleven todo un proceso de fabricación; su clasificación como tales se hace con el fin de que se les fije una Subpartida Arancelaria única, para pagar un gravamen único y se pueda efectuar su importación en diferentes envíos, amparada por uno o más documentos de transporte y por diferentes Aduanas.

En el nuevo proyecto, los equipos que se importen parcialmente bajo esta modalidad deberán declararse por la Subpartida que le fije la Coordinadora del Servicio de Arancel y se debe dejar constancia de dichas nacionalizaciones parciales, para poder completar la totalidad de la importación.

Es fundamental hacer una precisión sobre este tipo de clasificaciones para las Unidades Funcionales, en el sentido de que por el hecho de solicitarlas no quiere decir que en ella se clasifique el universo de los equipos que constituyan la planta, por cuanto, y valga el ejemplo, en una planta para la fabricación del papel, se inicia el proceso con la pulpa como materia prima y se concluye cuando sale la hoja de papel terminada.

Sin embargo, se requiere complementariamente un equipo de laboratorio para determinar las condiciones y calidad del producto fabricado o de algunas etapas del proceso, o también se requiere una planta para el tratamiento de aguas, o una subestación eléctrica para el funcionamiento de

toda la planta. Estos tres últimos equipos no constituyen parte de la planta, es decir, del proceso de fabricación, por lo cual están excluidos de la clasificación que se le dé para la planta como Unidad Funcional.

Las mercancías clasificadas como Unidades Funcionales se debían introducir en principio al país por una sola Aduana, bien en un solo momento de la importación o cuando se traigan parcialmente los equipos. Sin embargo, la Subdirección de Gestión de Normativa y Doctrina de la DIAN, mediante Conceptos Nos. 0181 de Agosto 30 de 2001 y 028 de Febrero 25 de 2002, interpretó la norma en el sentido de que pueden importarse al país por diferentes Aduanas las mercancías amparadas en una clasificación para unidades funcionales. Si se efectúa su importación en despachos parciales se aplica la tarifa vigente en la fecha de presentación y aceptación de cada despacho parcial, bajo la misma subpartida arancelaria única.

“pueden importarse al país por diferentes Aduanas las mercancías amparadas en una clasificación para unidades funcionales.”

Estas unidades funcionales se encuentran actualmente reglamentadas en el artículo 133 del Decreto 2685 de 1999 y en él se establece que la clasificación de unidad funcional puede estar expresamente identificada como tal en el arancel de aduanas, situación frente a la cual el usuario importador puede utilizar dicha subpartida arancelaria; pero, si no está expresamente definida en el Arancel de Aduanas o se presentan dudas en su clasificación, el importador puede proceder a clasificar o también puede solicitar a la DIAN la clasificación de unidad funcional, cancelando previamente, como se reitera, el valor de un salario mínimo mensual legal vigente.

En el artículo 278 del proyecto de Nuevo Estatuto Aduanero, se establece este párrafo:

*“Para la importación mercancías consideradas como unidades funcionales el importador deberá solicitar previa a la operación de desaduanamiento la clasificación arancelaria expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.*

Interpretando en sana lógica este párrafo, en él se establece de manera obligatoria que, previo al desaduanamiento de la mercancía, entiéndase a la nacionalización, el importador debe haber obtenido la clasificación arancelaria oficial para esa unidad funcional que pretende nacionalizar. Por lo tanto, ya no le será dado al importador clasificar por sí solo un equipo sobre el cual considera que constituye una unidad funcional.



Es lógico que la negativa de la Coordinadora del Servicio de Arancel a clasificar un conjunto de bienes como unidad funcional, o una aceptación apenas parcial, dejando algunos elementos por fuera de lo solicitado, o una clasificación por una subpartida diferente a la que se esperaba, puede objetarse a través del recurso de reconsideración ante la autoridad que designe el reglamento aduanero.

## HEMOS OLVIDADO LOS FUNDAMENTOS BASICOS DE NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL

---

*Ingrid Magnolia Díaz Rincón\**

¿Alguna vez ha escuchado decir que lo que se puede hacer desde el punto de vista civil o comercial no se puede hacer desde el punto de vista aduanero?

Esta frase tan frecuente en el ejercicio profesional de los que nos dedicamos al comercio exterior, demuestra claramente que para muchas personas que intervienen en el tema aduanero (agentes de aduana, agentes de carga, transportadores, abogados e incluso funcionarios públicos), pareciera que el derecho aduanero fuera un derecho independiente del ordenamiento legal, que incluso ni siquiera tuviera que sujetarse a los principios constitucionales y del debido proceso que rigen un estado social de derecho como el nuestro.

Dentro de la práctica profesional he encontrado algunos ejemplos de cómo la práctica aduanera o el desconocimiento del ordenamiento legal han hecho dado lugar a errores que no generan derecho, pero que al final ocasionan interpretaciones erróneas del régimen legal.

### **1. EL CONSIGNATARIO EN UN DOCUMENTO DE TRANSPORTE Y LA PROPIEDAD DE LA MERCANCÍA**

De acuerdo con nuestra legislación comercial, únicamente el conocimiento de embarque y la carta de porte califican como títulos valores representativos de mercancías.

Al tenor del artículo 644 del Código de Comercio, los títulos representativos de mercancías atribuyen a su tenedor legítimo el derecho exclusivo de disponer de las mercancías que en ellos se especifiquen.

---

\* Abogada.

Si hacemos un análisis de las disposiciones comerciales con las disposiciones aduaneras, entendemos las razones por las cuales se exige que el importador sea el consignatario de las mercancías, pues es quien tiene el derecho exclusivo de disponer (en términos aduaneros, de adelantar los trámites de importación) de las mercancías.

Sin embargo, el hecho de poder disponer no significa que el consignatario sea el propietario de las mercancías, pues claramente en el mundo comercial existen contratos mediante los cuales, no obstante ser consignatario de la carga, no se es el dueño, como es el caso de compraventas en consignación, importaciones realizadas a través de mandatario, ventas con reserva de dominio, entre otras.

“El hecho de poder disponer no significa que el consignatario sea el propietario de las mercancías.”

Por lo anterior, exponer que por el hecho de ser consignatario de las mercancías se es dueño de las mismas, es una imprecisión de gran magnitud. Cuando un inversionista que tiene un contrato de consignación con una empresa nacional escucha dicha aseveración, inmediatamente teme perder sus mercancías, riesgo que a todas luces no existe por el solo hecho de la existencia de un consignatario.

En consecuencia, es necesario precisar que la propiedad de las mercancías se rige por las disposiciones civiles y mercantiles así como por los contratos comerciales que las partes hayan celebrado, y no se pone en riesgo por el hecho de ser consignatario de la mercancía en un documento de transporte.

## 2. LA DECLARACIÓN EN LA MODALIDAD ORDINARIA Y LA PROPIEDAD DE LA MERCANCÍA

Esta es una de las aseveraciones más graves que se pueden hacer, pues la misma implica consecuencias de índole comercial y de valoración aduanera muy nocivas, que exponen a los importadores a discusiones que lleguen incluso a la jurisdicción contenciosa administrativa, o que involucren erogaciones de dinero innecesarias en procesos de corrección de declaraciones de importación.

El artículo 117 del Decreto 2685 de 1999 define la importación ordinaria como la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional con el fin de permanecer en él de manera indefinida, en libre disposición, con el pago de los tributos aduaneros a que hubiere lugar.

Nótese que no establece que el importador que introduce mercancías bajo la modalidad de importación ordinaria deba ser el propietario de la mercancía.

Ahora bien, el término libre disposición es un término aduanero que significa que la mercancía deja de estar bajo control de la autoridad aduanera, pero de ninguna manera puede tener el significado, como algunos han sugerido, de hacer propietario de las mercancías al importador.

No debemos olvidar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 del Código Civil, las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que

“El término libre disposición es un término aduanero que significa que la mercancía deja de estar bajo control de la autoridad aduanera.”

aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. En consecuencia, el término libre disposición, palabra técnica del tema aduanero, significa que el importador puede disponer libremente de la mercancía, pues ésta ha salido del control aduanero al haberse importado en cumplimiento de las disposiciones legales.

Bajo ninguna circunstancia los agentes intervinientes en los procesos aduaneros, ni los funcionarios públicos, pueden olvidar que, de acuerdo con el artículo 673 del Código Civil, únicamente se adquiere el dominio por la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. En ningún caso podemos pensar que nuestra legislación civil ha establecido la importación como un modo, o, lo que podría ser peor, que el decreto aduanero haya creado un nuevo modo de adquirir el dominio.

Estos han sido solamente dos de los muchos ejemplos que en la práctica profesional he podido advertir del riesgo de que la práctica del comercio exterior monopolice los procesos aduaneros y excluya al ordenamiento legal general. Esta tendencia puede llevar a que las autoridades adopten posiciones injustas y económicamente adversas, y que los administrados y los profesionales del derecho a veces nos sintamos que no existe canal de discusión legal.

Estos han sido solamente dos de los muchos ejemplos que en la práctica profesional he podido advertir del riesgo de que la práctica del comercio exterior monopolice los procesos aduaneros y excluya al ordenamiento legal general. Esta tendencia puede llevar a que las autoridades adopten posiciones injustas y económicamente adversas, y que los administrados y los profesionales del derecho a veces nos sintamos que no existe canal de discusión legal.

Este es un llamado a que volvamos a los fundamentos básicos de nuestro ordenamiento legal en la práctica del comercio exterior.

