

Beltrán

GLORIA NANCY JARA BELTRÁN

Pág. 1



www.dian.gov.co

Dirección de Gestión Jurídica

2013 NOV 29 P 4:40

0770541

Bogotá D.C. **29 NOV. 2013**

100202208- **1785**

Doctora
GLORIA NANCY JARA BELTRÁN
Defensora del Contribuyente y del Usuario Aduanero
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Carrera 6 No. 15-32 piso 12
Bogotá D.C.

Ref.: Solicitud Radicados No. 100208221-171 del 27 de agosto de 2013, No. 65380 del 18 de septiembre de 2013 y No. 100208221-209 del 19 de septiembre de 2013.

Tema	Aduanas
Descriptores	Sociedades de Comercialización Internacional
Fuentes formales	Constitución Política de 1991, Código Civil, Estatuto Tributario, Decreto 2685 de 1999, Ley 1437 de 2011, Decreto 380 de 2012, Decreto 2766 de 2012, Decreto 112 de 2013, Ley 1609 de 2013, sentencias 20 de mayo de 1936 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, C-544 de 1994, C-043 de 1998, C-1078 de 2002, T-1165 de 2003, C-131 de 2004, 9 de septiembre de 2004 – Radicación No. 11001-0324-000-2001-0201-01 del Consejo de Estado, 9 de diciembre de 2010 - Radicación No. 16882 del Consejo de Estado, C-371 de 2011, T-308 de 2011.

Atento saludo Dra. Gloria Nancy.

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008 y la Orden Administrativa No. 000006 de 2009, es función de ésta Dirección absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la Entidad, así como normas de personal, presupuestal y de contratación administrativa que formulen las diferentes dependencias a su interior.

Mediante el radicado de la referencia se acompaña el Oficio No. 100000203-000867 del 26 de agosto del presente año, por usted suscrito y dirigido al Director General de la Entidad, en el que formuló una serie de recomendaciones para remediar la situación de algunos usuarios

Rodrigo
29-11-13

Carrera 8 No. 6C-38 Piso 6
PBX 6079999 ext. 1691

aduaneros que, con ocasión de los requisitos programados en el Decreto 2766 de 2012, no mantuvieron la autorización para actuar como Comercializadora Internacional.

Por lo anterior, se procederá a dar contestación a cada uno de los problemas jurídicos, incorporando otros afines; no sin antes advertir que las solicitudes para estudiar la viabilidad de: 1) Expedir un Decreto que contemple otros tipos de garantías, 2) Establecer un sistema automático o manual de pre-validación documental que asegure el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Resolución No. 000009 de 2013, para obtener la autorización como Comercializadora Internacional y 3) La exigencia del requisito del sistema informático, con módulos especializados en el control de inventarios, serán remitidas por competencia a la Dirección de Gestión de Aduanas, conforme al artículo 26 del Decreto 4048 de 2008.

Problema jurídico No. 1:

¿Es viable jurídicamente aprobar la garantía global de que trata el artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 2766 de 2012, que no fue constituida ni/o entregada por una Sociedad de Comercialización Internacional en el término previsto por el Decreto 112 de 2013, en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y/o de confianza legítima?

Tesis jurídica:

No es viable jurídicamente aprobar la garantía global de que trata el artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 2766 de 2012, que no fue constituida ni/o entregada por una Sociedad de Comercialización Internacional en el término previsto por el Decreto 112 de 2013.

Interpretación jurídica:

Sobre el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal

El artículo 228 superior consagra:

"ARTÍCULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo." (subrayado fuera de texto).

Por su parte, el Decreto 2766 de 2012 establece:

"ARTÍCULO 4o. <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 112 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 2o del Decreto número 2766 de 2012." (subrayado fuera de texto).

Aunado a lo anterior, el literal s) del artículo 77 y el inciso 3° del artículo 82 del Decreto 2685 de 1999 señalan:

“ARTÍCULO 77. VIGENCIA DE LAS INSCRIPCIONES, AUTORIZACIONES O HABILITACIONES. Las inscripciones, autorizaciones o habilitaciones que conceda la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, tendrán las siguientes vigencias:

(...)

s) <Literal adicionado por el artículo 4 del Decreto 380 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La autorización de las Sociedades de Comercialización Internacional, cuya vigencia será indefinida, sujeta al mantenimiento de los requisitos y al cumplimiento de las condiciones fijadas para el efecto en el presente decreto.

ARTÍCULO 82. CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE OTORQUE LA RESPECTIVA INSCRIPCIÓN, AUTORIZACIÓN O HABILITACIÓN.

(...)

Si la garantía a que se refiere este artículo no se presenta dentro del término señalado y con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan, la autorización quedará automáticamente sin efecto. (subrayado fuera de texto).

En cuanto a la importancia de los términos procesales, la Corte Constitucional, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, en sentencia T-1165 de 2003 manifestó:

*“El señalamiento de términos judiciales con un alcance perentorio, no sólo preserva el principio de preclusión o eventualidad sino que, por el contrario, permite, en relación con las partes, asegurar la vigencia de los principios constitucionales de igualdad procesal y seguridad jurídica, ya que al imponerles a éstos la obligación de realizar los actos procesales en un determinado momento, so pena de que precluya su oportunidad, a más de garantizar una debida contradicción, a su vez, **permite otorgar certeza sobre el momento en que se consolidará una situación jurídica.**”* (negrilla fuera de texto).

La misma Corporación, M.P. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA, en sentencia C-371 de 2011 también declaró:

“(…) de la jurisprudencia vertida en torno a la libertad de configuración del legislador en materia de términos procesales, se pueden extraer las siguientes conclusiones, que resultan relevantes para la resolución del problema jurídico que plantea este proceso:

- (i) El establecimiento de términos perentorios no contradice la Carta Política;*
- (ii) Los términos procesales persiguen hacer efectivos varios principios superiores, en especial los de **celeridad, eficacia**, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso;*
- (iii) Los términos procesales cumplen la finalidad de garantizar los derechos de acceso a la justicia y al **debido proceso**;*

(...)” (negrilla fuera de texto).

Examinado lo preliminar, es factible colegir que el término de 4 meses previsto por el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012, modificado por el artículo 1° del Decreto 112 de 2013, es de carácter perentorio; es decir, su incumplimiento acarrea para la Sociedad Comercializadora Internacional la consecuencia nociva descrita en el artículo 82 del Decreto 2685 de 1999, esto es, la ineficacia instantánea de su autorización.

Ahora bien, aún cuando las providencias reseñadas se refieren a la perentoriedad de los términos judiciales, la *obiter dicta* resulta extensible en lo que atañe a los términos dispuestos para las actuaciones administrativas, toda vez que en estas últimas también se deben garantizar los principios al debido proceso, de celeridad y de eficacia conforme al artículo 3° de la Ley 1437 de 2011; de modo que, es razonable considerar que los términos administrativos son igualmente concluyentes.

Ligado a lo expuesto, es preciso destacar que el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012 prescribe de manera palmaria la obligación de **“constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global”** (negrilla fuera de texto); por lo cual, consonante con la interpretación literal que demanda el artículo 27 del Código Civil al ser claro el sentido de la ley, es menester que se reporte el cumplimiento íntegro de la exigencia en comento; en otras palabras, se debe constituir y entregar la garantía global en el tiempo determinado.

Así las cosas, no admite cabida argumentar la aplicación del principio constitucional enunciado en el artículo 228 superior para excusar la constitución y/o entrega tardía de la garantía global, determinación que encuentra respaldo en las consideraciones de la sentencia del 9 de diciembre de 2010, Radicación número: 25000-23-27-000-2005-00919-01 (16882) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P. WILLIAM GIRALDO GIRALDD, al declararse:

*“(…) en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental **no es posible desconocer la obligatoriedad de los términos procesales señalados en la ley.***

(...)

Si bien es cierto que el artículo 228 ib consagra la prevalencia del derecho sustancial en la administración de justicia, la misma norma determina la existencia de un orden jurídico procesal que debe cumplirse, respetando el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste a todas las personas.

*El artículo 29 de la Constitución Política señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, para el efecto se deben seguir las “formas propias de cada juicio”, razón por la cual **no puede entenderse que los términos procesales y los procedimientos administrativos contemplados en la ley, sean una cuestión meramente formal, ya que como atañen a la efectividad de los derechos fundamentales sustanciales, son protegidos igualmente en la Constitución Política, al consagrar el mismo artículo 228 que “los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado”** (...).”* (negrilla fuera de texto).

Sobre el principio de confianza legítima

Es trascendental partir del hecho que ninguna autorización administrativa constituye derechos adquiridos; tan es así, que jurisprudencialmente se ha consignado lo anterior en fallos de la Corte Constitucional como la C-043 de 1998 y la C-1078 de 2002.

Sea del caso observar lo explicado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO en sentencia del 9 de septiembre de 2004, Radicación número: 11001-0324-000-2001-0201-01 con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad invocada contra la expresión "por el término de (5) años, contados" contenida en los artículos 1° y 2°, y la totalidad del artículo 10° de la Resolución 088 del 19 de febrero de 2001 por la cual se homologan los requisitos de la inscripción o habilitación de un Depósito Franco, así:

"(...) ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación en torno al carácter no definitivo ni absoluto de los términos en que se conceden los permisos o licencias, dado el interés público involucrado en su objeto, lo que descarta que frente a ellos puedan predicarse derechos adquiridos.

Es así como en sentencia de 2 de diciembre de 1999 (Expediente núm. 5692, Consejero ponente doctor Juan Alberto Polo Figueroa), se reiteró:

"Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos, de allí que como lo ha sostenido la Sala, no generen derechos adquiridos". (negrilla fuera de texto).

De manera que, éste argumento es suficiente para entender lo inadecuado que resulta requerir la aplicación del principio consultado con ocasión de las exigencias previstas en los Decretos 380 y 2766 de 2012, y 112 de 2013 acerca de la autorización para actuar como Sociedad Comercializadora Internacional.

Compaginado a lo anterior, la Corte Constitucional, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, en sentencia C-131 de 2004 declaró:

"(...) la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. Para Mülle, (...) si se trata de autoridades públicas, consiste en que la obligación para las mismas de preservar un comportamiento consecuente, no contradictorio frente a los particulares, surgido en un acto o acciones anteriores, incluso ilegales, salvo interés público imperioso contrario.

Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas. En tal sentido, no se trata de

amparar situaciones en las cuales el administrado sea titular de un derecho adquirido, ya que su posición jurídica es susceptible de ser modificada por la Administración, es decir, se trata de una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente. De allí que el Estado se encuentre, en estos casos, ante la obligación de proporcionarle al afectado un plazo razonable, así como los medios, para adaptarse a la nueva situación." (negrilla fuera de texto).

La misma Corporación, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, en sentencia T-308 de 2011 reiteró nuevamente:

"(...) la confianza legítima ha de entenderse como la expectativa cierta de que una situación jurídica o material, abordada de cierta forma en el pasado, no sea tratada de modo extremadamente desigual en otro período, salvo que exista una causa constitucionalmente aceptable que legitime su variación. En este sentido, esta Corporación ha sostenido que **el administrado no es titular de un derecho adquirido sino que simplemente tiene una mera expectativa en que una determinada situación de hecho o regulación jurídica no serán modificadas intempestivamente, y en consecuencia su situación jurídica puede ser modificada por la Administración." Como elemento incorporado al de buena fe, la confianza legítima puede proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de específicas condiciones regulativas de una situación, o la posibilidad de que no se apliquen exigencias más gravosas de las ya requeridas para la realización de un fin, salvo que existan razones constitucionalmente válidas para ello." (negrilla fuera de texto).**

Sin perjuicio de lo discurrido en líneas anteriores, es oportuno realizar un recuento de la evolución normativa sobre la garantía global exigida a las Sociedades de Comercialización Internacional, con el propósito de demostrar que en ningún momento la Administración actuó intempestivamente.

Así, el artículo 2° del Decreto 380 de 2012 adicionó el artículo 40-3 al Decreto 2685 de 1999, cuyo tenor original era el siguiente:

"ARTÍCULO 40-3. GARANTÍAS. <Artículo adicionado por el artículo 2 del Decreto 380 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las Sociedades de Comercialización Internacional deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo en que se otorga la autorización, una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, en los términos que indique la autoridad aduanera, cuyo objeto será garantizar el pago de los impuestos, gravámenes y sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en este decreto.

El monto de la garantía será determinado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del valor FOB de las importaciones y exportaciones realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización o, cuando no se hubiere realizado operaciones de importación y exportación, su monto será del dos por ciento (2%) de la proyección de exportaciones según el estudio de mercado, sin que en ningún caso sea inferior a nueve mil (9.000) Unidades de Valor Tributario - UVT.

En el caso de las personas jurídicas constituidas en el mismo año en que presente la solicitud, el monto de la garantía será el previsto en el inciso anterior.

PARÁGRAFO. *La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante resolución de carácter general, determinará los montos de reducción gradual en la renovación de las garantías, en los casos en que no presenten incumplimientos en determinados periodos de tiempo en las obligaciones propias de las Sociedades de Comercialización Internacional.*

Cuando la Sociedad de Comercialización Internacional sea además Usuario Aduanero Permanente, la garantía global constituida en calidad de este último, cubrirá el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en este Decreto para las Sociedades de Comercialización Internacional.” (subrayado fuera de texto).

Posteriormente, el artículo 2° del Decreto 2766 de 2012 modificó el inciso 2° del artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999, así:

“Artículo 40-3. Garantías. El monto de la garantía será determinado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del valor FOB de las exportaciones realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización o, cuando no se hubiere realizado operaciones de exportación, su monto será del dos por ciento (2%) de la proyección de exportaciones según el estudio de mercado, sin que en ningún caso sea inferior a nueve mil (9.000) Unidades de Valor Tributario - UVT.” (subrayado fuera de texto).

El mismo Decreto también estableció en su artículo 4° que *“Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del mes siguiente a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2o del presente decreto.” (subrayado fuera de texto).*

Finalmente, el artículo 1° del Decreto 112 de 2013 modificó el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012 y ordenó:

“Artículo 4o. Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 2o del Decreto número 2766 de 2012.

PARÁGRAFO. *Los trámites referidos a la constitución, aprobación, renovación y efectividad de la garantía, se regirán por lo dispuesto en los artículos 9o y 85 del Decreto número 2685 de 1999 y en los artículos 495 al 504 de la Resolución número 4240 de 2000 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y demás normas que los modifiquen o adicionen” (subrayado fuera de texto).*

Se advierte entonces, que desde el día 16 de febrero de 2012 – fecha de publicación del Decreto 380 de 2012 – se comunicó a la ciudadanía en general que a partir de la fecha, las Sociedades de Comercialización Internacional debían constituir y entregar una póliza que en ningún caso sería inferior a 9.000 UVT para garantizar el pago de impuestos, gravámenes y sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades del régimen aduanero; exigencia que inicialmente se debía consumir “dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo en que se otorga la autorización”, más tarde se extendió a un mes a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2766 de 2012 y finalmente se amplió a cuatro meses a la fecha de entrada en vigencia del anterior cuerpo normativo.

Las antepuestas circunstancias reflejan, antes por el contrario, un proceder razonable y moderado de la Administración; a partir del cual, si bien se dispuso la creación de una póliza como requisito para la autorización de las Comercializadoras Internacionales, la misma se notificó con suficiente antelación al periodo en el cual debía reportarse su acatamiento, esto es, entre el 29 de diciembre de 2012 al 29 de abril de 2013.

Sumado a ello, no solo se respetó el lapso mínimo de tiempo que se debe proveer para el cumplimiento de la normatividad aduanera, sino que el mismo fue ampliado posteriormente en dos ocasiones, conforme la orientación del parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 1609 de 2013, el cual aparece:

*“**PARÁGRAFO 2o.** En aras de garantizar la Seguridad Jurídica, los Decretos y las Resoluciones que se expidan para el desarrollo o la reglamentación de la presente ley, entrarán en vigencia en un plazo no menor a quince (15) días comunes y no mayor a noventa (90) días comunes después de su publicación en el Diario Oficial. Se excepciona de esta obligación aquellos que por circunstancias especiales se requiera la inmediata vigencia del decreto o resolución, en cuyo caso la autoridad correspondiente debe exponer las razones de la decisión.”* (subrayado fuera de texto).

Problema jurídico No. 2:

¿El cómputo del término para constituir y entregar a la autoridad aduanera la garantía global a cargo de las Sociedades de Comercialización Internacional, se efectúa a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2766 de 2012 o del Decreto 112 de 2013?

Tesis jurídica:

El cómputo del término para constituir y entregar a la autoridad aduanera la garantía global a cargo de las Sociedades de Comercialización Internacional, se efectúa a partir de la entrada en vigencia del Decreto 2766 de 2012.

Interpretación jurídica:

So pena de su duplicación, deviene forzoso transcribir nuevamente la normatividad concerniente.

El texto original del artículo 4° del Decreto 2766 de 2012 rezaba de la siguiente forma:

*“**ARTÍCULO 4.** Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto,*

deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del mes siguiente a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2o del presente decreto.

PARÁGRAFO. *Los trámites referidos a la constitución, aprobación, renovación y efectividad de la garantía, se regirán por lo dispuesto en los artículos 9o y 85 del Decreto 2685 de 1999 y en los artículos 495 al 504 de la Resolución 4240 de 2000 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y demás normas que los modifiquen o adicionen.* (subrayado fuera de texto).

Posteriormente fue modificado por el Decreto 112 de 2013, así:

"ARTÍCULO 4o. *<Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 112 de 2013. El nuevo texto es el siguiente:> Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 2o del Decreto número 2766 de 2012.*

PARÁGRAFO. *Los trámites referidos a la constitución, aprobación, renovación y efectividad de la garantía, se regirán por lo dispuesto en los artículos 9o y 85 del Decreto número 2685 de 1999 y en los artículos 495 al 504 de la Resolución número 4240 de 2000 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y demás normas que los modifiquen o adicionen.* (subrayado fuera de texto).

De un análisis pormenorizado sobre la innovación introducida a la anterior norma, es posible aseverar que la modificación en comento debe entenderse en el contexto del Decreto 2766 de 2012 al decirse: "Modifícase el artículo 4 del Decreto 2766 de 2012, **el cual quedará así (...)**" (negrilla fuera de texto); motivo por el cual, al indicarse que la garantía global debe constituirse y entregarse "(...) **dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto (...)**" (negrilla fuera de texto) no cabe la menor duda que se refiere a la vigencia del Decreto 2766 y no a la del 112 de 2013.

De manera que, apoyándose en la interpretación exegética del artículo 27 del Código Civil, el lapso de tiempo en comento inició su cómputo a partir del 28 de diciembre de 2012 y finalizó el 29 de abril de 2013.

No obstante, inquiera usted la posibilidad de aprobar las garantías globales constituidas extemporáneamente, en razón a que los usuarios aduaneros interpretaron que, al haber finalizado el término inicial de 1 mes previsto en el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012, éste no era modificable y por tanto el plazo de 4 meses para la constitución y entrega de la póliza principiaba con la vigencia del Decreto 112 de 2013; lo anterior en interés de los principios de buena fe y favorabilidad que serán escrutados a continuación.

Buena fe

Sobre éste principio, el artículo 83 superior instituye:

"ARTÍCULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."

En sentencia C-131 de 2004, previamente reseñada, se agregó:

"(...) el mencionado principio es entendido, en términos amplios, como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico (...)" (negrilla fuera de texto).

La Corte Constitucional, M.P. JORGE ARANGO MEJÍA, en sentencia C-544 de 1994 igualmente presentó lo siguiente:

"La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma.

(...)

El error de derecho recae sobre la existencia, contenido y alcance de las normas jurídicas. La ley puede, en ciertos casos, darle relevancia jurídica. En todo caso, sin embargo, salvo que la ley disponga lo contrario, ésta se aplica con prescindencia del conocimiento que sobre la misma tengan sus destinatarios.

En síntesis: alegar el error de derecho, equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley. (...).

Por el contrario, el 'justo error en materia de hecho', que no se opone a la buena fe, es el error excusable." (negrilla fuera de texto).

También la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. EDUARDO ZULETA ÁNGEL, en sentencia del 20 de mayo de 1936 explicó:

*"Para explicar y reglamentar técnicamente algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe —los que miran a la validez de los actos jurídicos realizados en virtud de apariencias engañosas: actos otorgados ante testigos incapaces; contratos celebrados con una sociedad irregularmente constituida, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente habilitados o con titulares aparentes de un derecho— la doctrina y la jurisprudencia extranjeras han invocado la vieja máxima según la cual **el error común crea el derecho**, máxima que, aunque no consagrada explícitamente por ninguna legislación moderna, se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo.*

(...)

Todos los autores concuerdan, eso sí, en que lo mismo da para el caso el error de

hecho que el error de derecho y en que para la aplicación de la máxima se requieren estos requisitos:

a) — *Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal pero sí colectivo;*

b) — *Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe: "No basta la excusabilidad ordinaria; es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar. En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen derecho de ignorar lo que ha sido publicado: así, el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos".* (negrilla fuera de texto).

Realizado el preliminar recuento jurisprudencial es viable concluir que no admite cabida el principio de buena fe, alegado por los usuarios aduaneros que no constituyeron ni/o entregaron la garantía global en la oportunidad legal excusando su comportamiento en una interpretación errada que hicieran del artículo 1° del Decreto 112 de 2013 por los siguientes motivos:

- 1) Sobrevendría contrario al mismo precepto constitucional del artículo 83 superior que se impetra, admitir el nacimiento de derechos en una actuación extemporánea, cuando de manera clara y fidedigna, la ley establece un término prudencial para que el administrado adelante un comportamiento que redunde en su favor propio. Así pues, desacatar con o sin conocimiento de causa un plazo legal argumentando para ello un equivocado sentido de la norma, es insostenible en el marco de la buena fe.
- 2) La Corte Constitucional fue tajante al enunciar que el error de derecho "equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley"; empero, aceptando hipotéticamente que éste fundara el nacimiento de derechos, requiere, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de 1936, que fuera generalizado e invencible, condiciones que no se reportaron en el caso *sub examine* tras la revisión de las estadísticas anexadas a la consulta; particularmente la segunda, toda vez que tan solo bastaba una lectura escueta del artículo 4° del Decreto 112 de 2013 – como se explicó a comienzos de éste punto – cuyo tenor literal era manifiesto para un hombre que actuase con diligencia media.

Favorabilidad

Respecto de éste principio, presentado en los artículos 520 del Decreto 2685 de 1999 y 4° de la Ley 1609 de 2013 resulta apropiado reseñar el primero:

"ARTÍCULO 520. DISPOSICIÓN MÁS FAVORABLE.

Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se haya mencionado en la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero. (subrayado fuera de texto).

Visto lo anterior, tampoco es plausible aprobar pólizas constituidas o entregadas fuera de

tiempo colando para el caso el comentado principio; en razón a que, precisamente, el artículo 1° del Decreto 112 de 2013 cuyo término es cuestionado, resulta la norma más favorable al haber ampliado el término inicialmente previsto por el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012 en tres meses más.

Problema jurídico No. 3:

¿Las sociedades que, con anterioridad a la expedición del Decreto 380 de 2012, se encontraban registradas en el RUT con razón social "Sociedad de Comercialización Internacional" o la sigla "C.I.", que no constituyeron la garantía del artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999, en el plazo de que trata el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012 modificado por el artículo 1° del Decreto 112 de 2013, deben actualizar el Registro Único Tributario eliminando dichas expresiones?

Tesis jurídica:

Deben actualizar la información contenida en el Registro Único Tributario eliminando las expresiones "Sociedad de Comercialización Internacional" o la sigla "C.I.", todas las Sociedades de Comercialización Internacional que incumplieron la obligación de constituir y/o entregar la garantía en el plazo fijado por el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012; en razón a que su autorización quedó sin efecto de forma automática luego de vencido dicho término.

Interpretación jurídica:

El artículo 40-1 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo 2° del Decreto 380 del 16 de febrero de 2012, presenta la siguiente definición de las Sociedades de Comercialización Internacional:

"Son aquellas personas jurídicas que tienen por objeto social principal la comercialización y venta de productos colombianos al exterior, adquiridos en el mercado interno o fabricados por productores socios de las mismas. En todo caso las demás actividades que desarrolle la empresa deberán estar siempre relacionadas con la ejecución del objeto social principal y la sostenibilidad económica y financiera de la empresa.

*Estas sociedades, podrán contemplar entre sus actividades la importación de bienes o insumos para abastecer el mercado interno o para la fabricación de productos exportables y deberán utilizar en su razón social la expresión "Sociedad de Comercialización Internacional" o la sigla "C.I.", una vez hayan sido autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y **hayan obtenido la correspondiente aprobación y certificación de la garantía ante la mencionada entidad.**" (negrilla fuera de texto).*

En ese orden de ideas, para que estas sociedades utilicen en su razón social el término "Sociedad de Comercialización Internacional" o la sigla "C.I." deben estar autorizadas por la DIAN para lo cual han de contar con una garantía que respalde su actividad, que en el evento de no constituirse ni/o entregarse dentro del término señalado y con el cumplimiento de los requisitos, deja sin efecto automáticamente la autorización para funcionar como tal, de acuerdo a lo señalado en el inciso final del artículo 82 del Decreto 2685 de 1999.

En éste orden de ideas, el artículo 4° del Decreto 380 de 2012 consagró la obligación para todas las Sociedades de Comercialización Internacional – autorizadas a la fecha de entrada en vigencia de aquel – de constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Así las cosas, aquellas sociedades que no procedieron en los términos expresados, deben actualizar el RUT eliminando la expresión “Sociedad de Comercialización Internacional” o la sigla “C.I.”. De haber seguido actuando con dicha calidad, sin la correspondiente autorización, se hacen acreedoras de la sanción contemplada en el numeral 3° del artículo 658-3 del Estatuto Tributario, norma que contempla una penalidad por no actualizar la información dentro del mes siguiente al hecho que genera la actualización, consistente en multa equivalente a una (1) UVT por cada día de retraso en el exigido reajuste.

Problema jurídico No. 4:

¿Pueden efectuar operaciones las Sociedades de Comercialización Internacional, en calidad de tales, siendo que no constituyeron ni/o entregaron la garantía a que se refiere el artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999, en el plazo que trata el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012, modificado por el artículo 1° del Decreto 112 de 2013?

Tesis jurídica:

Sin perjuicio de lo señalado en el artículo 82 del Decreto 2685 de 1999, el inicio o desarrollo de actividades para una Sociedad de Comercialización Internacional sin la aprobación de la respectiva garantía constituye infracción gravísima en los términos del artículo 501-2 del Decreto 2685 de 1999.

Interpretación jurídica:

En el anterior problema jurídico se concluyó que la autorización para el funcionamiento de aquellas Sociedades de Comercialización Internacional que incumplieron con la obligación de constituir y/o entregar la garantía global, queda sin efecto de forma automática luego de vencido el plazo de que trata el artículo 4° del Decreto 2766 de 2012.

Sin embargo, el inicio o desarrollo de actividades por una persona jurídica que obra como Sociedad de Comercialización Internacional sin la aprobación de la respectiva garantía, constituye infracción gravísima en los términos del artículo 501-2 del Decreto 2685 de 1999:

“ARTÍCULO 501-2. INFRACCIONES ADUANERAS DE LAS SOCIEDADES DE COMERCIALIZACIÓN INTERNACIONAL Y SANCIONES APLICABLES. <Artículo adicionado por el artículo 12 del Decreto 380 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las Sociedades de Comercialización Internacional y las sanciones asociadas con su comisión son las siguientes:

1. Gravísimas

(...)

1.5 Iniciar o desarrollar sus operaciones sin la aprobación de la respectiva garantía en los casos establecidos en el presente decreto.

(...)

Para las infracciones previstas en los numerales 1.1 a 1.7, la sanción a imponer será de cancelación de la autorización como Sociedad de Comercialización Internacional, sin perjuicio de la aplicación de la medida cautelar de suspensión provisional de la respectiva autorización.

(...)" (subrayado fuera de texto).

En los anteriores términos se resuelve su consulta y cordialmente le informamos que tanto la normatividad en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias pueden consultarse directamente en nuestra base de datos jurídica ingresando a la página electrónica de la DIAN: <http://www.dian.gov.co> siguiendo los iconos: "Normatividad" – "Técnica" y seleccionando los vínculos "doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica".

Atentamente,


DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO
Directora de Gestión Jurídica

P/icc/arc
R/cnyd

C.C.
CLAUDIA GAVIRIA VÁSQUEZ
Directora de Gestión de Aduanas
Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
San Agustín Cra. 8 No. 6-64 Piso 6°

Anexo Radicado No. 100000203-000867 del 26 de agosto de 2013 en 2 folios.