



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD
Radicación: 11001-03-27-000-2017-00004-00 (22877)
Demandante: MARGARITA DIANA SALAS SÁNCHEZ
Demandado: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Temas: No es válido que una circular establezca periodos de vigencia de los registros de los contratos de importación de tecnología no previstos en las normas superiores

SENTENCIA ÚNICA INSTANCIA

Procede la Sección Cuarta a decidir la demanda de simple nulidad interpuesta por Margarita Diana Salas Sánchez contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante Mincit).

ANTECEDENTES

- 1. Demanda**
- 1.1. Pretensiones**

En ejercicio del medio de control de simple nulidad, Margarita Diana Salas Sánchez solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

“PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, respetuosamente solicitamos a su Honorable despacho:

A. *Admitir la reforma de la demanda de nulidad simple, la cual se presenta dentro de la oportunidad legalmente establecida.*

B. *Declarar la nulidad parcial de la Circular No. 27 de 2009, expedida por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo (sic), por cuyo artículo 5.5 se estructuró un límite temporal para la vigencia del registro de los contratos de cuantía indeterminada, estableciendo la obligación de la renovación del registro de forma anual.*

C. *Igualmente, solicitamos se decrete la suspensión provisional del aparte 5.5 de la Circular 27 de 2009, con fundamento en los argumentos expuestos en esta demanda y en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*

PETICIÓN SUBSIDIARIA

Como petición subsidiaria, si en gracia de discusión el Honorable Consejo de Estado considerase que la disposición reglamentaria aquí demandada es legal por tener una naturaleza procedimental y/o probatoria, y no de carácter sustancial que impida el acceso a la deducción prevista en el artículo 67 del Decreto 187 de 1975, solicitamos que se pronuncie de forma expresa tal entendimiento.

Lo anterior, con el fin de esclarecer la relación entre, por un aparte, los efectos derivados del incumplimiento de la renovación anual del registro del contrato a que obliga la Circular 027 de 2009; y, por otra parte, los efectos subsiguientes al cumplimiento de todos los requisitos fijados en la Decisión 291 de 1991 y en el Decreto 256 de 1992, para la procedencia de las deducciones relacionadas con los contratos de importación de tecnología”¹.

1.2. Hechos relevantes para el asunto

El Mincit expidió la Circular Externa 27 de 2009, mediante el cual modificó el procedimiento de registro de los contratos de importación relativos a licencia de

¹ Folios 23 a 24 del expediente.

tecnología, asistencia técnica, servicios técnicos, ingeniería básica, marcas, patentes y demás contratos tecnológicos.

En el numeral 5.5. dispuso que los contratos de cuantía indeterminada se registran mediante el diligenciamiento y transferencia electrónica de la Forma 03, y que dicho registro tiene la vigencia de un (1) año, por lo que es necesario presentar un nuevo formulario antes del vencimiento del plazo para obtener su prórroga.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

1.3.1. Infracción de las normas superiores y falta de competencia: violación del principio de legalidad

El artículo 12 de la Decisión 291 de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante Can) estableció que los contratos de importación de tecnología deben registrarse por el país miembro con el fin de implementar un control sobre las inversiones extranjeras, determinar la contribución de la tecnología importada en el país y estimar las utilidades derivadas de los acuerdos y flujos de capital.

Pese a que la norma comunitaria no prevé la necesidad de registrar ninguna prórroga, la Circular 27 de 2009 ordenó hacerlo cada año, lo que supone la infracción de las normas superiores al establecer un requisito adicional sin amparo legal suficiente.

De un lado, la creación de esta obligación carece de sentido porque no permite realizar ningún control de divisas. Del otro, en materia tributaria, el incumplimiento de la renovación impide acceder a la deducción prevista en el artículo 67 del Decreto 187 de 1975, lo que sólo puede ser determinado por la ley.

No obstante, se destaca que el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de junio de 2016, y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante Dian), en el Concepto 001128 del 23 de diciembre de 2016, señalaron que la Decisión 291 de la Can y el Decreto 259 de 1992 no establece un plazo perentorio para realizar el registro de los contratos de importación de tecnología, por lo que el retardo en su realización no impide aplicar la deducción del Decreto 187 de 1975.

Además, el Mincit actuó sin competencia porque los artículos 1 y 2 del Decreto 259 de 1992 lo facultaron para reglamentar el registro de los contratos de importación de tecnología y su renovación automática, pero no lo habilitaron para establecer requisitos adicionales a los previstos en la norma comunitaria.

1.3.2. Infracción de las normas superiores y falta de competencia: exceso de la potestad reglamentaria

El Gobierno Nacional excedió su potestad reglamentaria, prevista en el artículo 189 de la Constitución, al proferir la Circular 27 de 2009 porque estableció el requisito de

la renovación del registro del contrato de importación de tecnología de cuantía indeterminada a pesar de no estar previsto en la Decisión 291 de la Can, lo que significa que amplió ilegítimamente el alcance de la ley.

1.3.3. Infracción de las normas superiores y falta de competencia: violación de la reserva de ley

El artículo 1 de la Ley 962 de 2005 estableció que la administración pública debe respetar el principio de reserva legal, en virtud del cual no puede exigir el cumplimiento de requisitos que no estén taxativamente previstos o autorizados por una norma de rango legal.

El Gobierno Nacional incumplió esta prohibición al establecer el requisito de renovación del registro de los contratos de importación de tecnología que no fue previsto expresamente en la Decisión 291 de la Can.

Adicionalmente, fue desconocido el artículo 338 de la Constitución porque mediante una circular se determinó un elemento del impuesto sobre la renta al establecer un requisito que impide aplicar la deducción de que trata el Decreto 187 de 1975.

Precisamente por lo anterior fue que el Consejo de Estado, en sentencia del 1 de junio de 2016, declaró nulos los actos de determinación oficial del impuesto en los cuales se rechazaron las deducciones por la importación de tecnología por no haber realizado la renovación del registro.

2. Oposición

Mediante apoderado judicial, Mincit compareció al proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Sobre la validez de la Circular 27 de 2009

La Circular 27 de 2009 fue proferida por la autoridad competente y debidamente facultada con fundamento en los decretos 259 de 1992, 4269 de 2005, 2785 de 2006 y 2700 de 2008.

La competencia actual para reglamentar esta materia no es del Mincit, pues fue asignada a la Dian mediante el Decreto 4176 de 2011. Además, la Circular 27 del 2009 fue derogada por la expedición de la Resolución 000062 del 24 de febrero de 2014, por lo que perdió fuerza ejecutoria y, en consecuencia, no existe una afectación actual al ordenamiento jurídico que permita declararla nula.

En todo caso, la Circular 27 de 2009 fue proferida con fundamento en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución que, que según la Sentencia C-1111 del 2000, atribuye al Presidente de la República una competencia más amplia que la reglamentaria para regular el comercio exterior y modificar los aranceles.

3. Alegatos de conclusión

La demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

El Mincit reiteró los argumentos expuestos en la oposición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó negar las pretensiones de la demanda por los siguientes motivos:

El artículo 12 de la Decisión 291 estableció que el registro de los contratos de importación de tecnología se realizaría de acuerdo con la legislación de los países miembros.

Si bien es cierto que esta norma comunitaria no estableció un término del registro, también lo es que no impide que el Estado Colombiano lo establezca, como lo hizo el acto acusado.

Así las cosas, no existió infracción de las normas superiores ni exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si el Mincit incurrió en infracción de las normas superiores y falta de competencia al proferir el numeral 5.5 de la Circular Externa 27 de 2009, en la que estableció que el registro de los contratos de importación de tecnología tendría una vigencia de un (1) año, por lo que el interesado debe renovarlo antes de la finalización de dicho periodo.

2. Sobre el alcance de la Circular Externa 27 de 2009

2.1. Según la demandante, el Mincit violó los principios de legalidad y reserva de ley y excedió su facultad reglamentaria al proferir la Circular Externa 27 de 2009 porque estableció la obligación de renovar el registro de los contratos de importación de tecnología con cuantía indeterminada cada año, lo que constituye un requisito no previsto en las normas cuyo incumplimiento impide acceder a la deducción del Decreto 187 de 1975 sobre el pago de regalías originadas en la importación de tecnología.

2.2. Cada órgano de la administración pública puede proferir actos administrativos de carácter general tendientes a regular la ejecución de sus funciones o la prestación de los servicios a su cargo.

Así los ministros ejercen una potestad reglamentaria derivada o de segundo rango por ser los jefes de la administración en su respectiva dependencia², lo que significa que los reglamentos que profieran están subordinados a la Constitución, la ley y los reglamentos proferidos por el Presidente de la República³.

Así mismo, las autoridades administrativas de menor jerarquía, como lo es el Director de Comercio Exterior del Mincit que expidió la Circular objeto de controversia, tienen competencia para proferir actos administrativos de carácter general que reglamenten el ejercicio de sus funciones únicamente en los asuntos que le conciernen, y siempre subordinados a las normas superiores, incluyendo los actos proferidos por las autoridades de superior jerarquía en la administración⁴.

2.3. El artículo 12 de la Decisión 291 de la Can estableció que los países miembros deben registrar los contratos de importación de tecnología con la finalidad de evaluar su contribución mediante la estimación de las utilidades probables, el precio de los bienes que incorporen la tecnología o cualquier otra forma de cuantificación de su efecto⁵.

Además, el artículo 13 dispuso que los contratos objeto de registro deben cumplir al menos los siguientes requisitos: i) identificar a las partes con su nacionalidad y su domicilio, ii) identificar las modalidades que reviste la transferencia de tecnología que se importa, iii) indicar el valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología y iv) determinar el plazo de vigencia del contrato.

Se destaca que la Decisión 291 tiene aplicación directa en el ordenamiento jurídico colombiano porque, al ser proferida en el contexto de un acuerdo de integración supranacional, hace parte de la normatividad interna que regule la materia, de modo que cualquier persona puede solicitar al juez nacional su aplicación en un caso concreto⁶.

Esta norma supranacional fue reglamentada por el Presidente de la República mediante el Decreto 259 de 1992 que, en el párrafo del artículo 1, estableció que

² Cfr. Constitución Política. Artículo 208.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Proceso: 11001-03-24-000-2010-00119-00. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Proceso: 11001-03-26-000-1999-00012-01 (16230). Sentencia del 14 de agosto de 2008. C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Cfr. Decisión 291. Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Comisión de la Comunidad Andina de Naciones. 21 de marzo de 1991. Artículo 12.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 25000-23-27-000-2012-00065-01 (20351). Sentencia del 1 de junio de 2016. C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia (E).

el registro será automático por el cumplimiento de los requisitos del artículo 2, que a su vez reiteró los requisitos del artículo 13 de la Decisión 291⁷.

2.4. Como se observa, las normas analizadas no establecieron que el registro de los contratos de importación de tecnología surtiera efectos por un plazo determinado. En realidad, la única referencia temporal que hacen es la vigencia del contrato, que debe ser expreso por ser un requisito para realizar el registro.

Pese a lo anterior, el numeral 5.5 de la Circular 027 de 2009 dispuso que el registro de los contratos de cuantía indeterminada tendrá una vigencia de un (1) año, por lo que para renovarlo es necesario presentar una nueva solicitud mediante un formulario que declare los pagos efectuados al exterior en ejecución del negocio jurídico.

Según la misma circular, el objetivo de esta vigencia temporal es garantizar el cumplimiento del literal c del artículo 2 del Decreto 259 de 1992 que ordena indicar el valor contractual de cada uno de los elementos involucrados en la transferencia de tecnología. Sin embargo, esto no es cierto porque el incumplimiento de los requisitos de dicha norma tiene como consecuencia que se niegue el registro, no su limitación temporal.

Así las cosas, está demostrado que la obligación de renovar el registro de los contratos de importación de tecnología de cuantía indeterminada es una obligación adicional a la prevista en las normas superiores.

2.5. De otro lado, el incumplimiento de la obligación creada en la Circular Externa 27 de 2009 tiene consecuencias tributarias.

En efecto, el Decreto 187 de 1975 establece que la deducción sobre el pago de regalías originadas en la importación de tecnología procede siempre que se demuestre la existencia del contrato y la autorización por parte de la autoridad competente⁸.

Esta Sección aclaró, en sentencia del 1 de junio de 2016, que la autorización a la que hace referencia el decreto fue derogado por la Decisión 291, por lo que en la actualidad se debe demostrar la existencia del contrato y la realización de su registro⁹.

La providencia en mención también señaló que no existe un término perentorio para realizar el registro del contrato de importación de tecnología, por lo que su solicitud

⁷ Cfr. Decreto 259 de 1992. Artículos 1 y 2.

⁸ Cfr. Decreto 187 de 1975. Artículo 67.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 25000-23-27-000-2012-00065-01 (20351). Sentencia del 1 de junio de 2016. C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia (E).

tardía no permite que la Dian pueda rechazar la deducción en ejercicio de su competencia de fiscalización.

De acuerdo con lo anterior, sin importar el término de vigencia pactado en el contrato, la obligación creada en el acto acusado tiene como consecuencia que el interesado en obtener la deducción deba solicitar la renovación de su registro, haya sido oportuno o no.

Así las cosas, el Mincit también creó un requisito adicional para acceder a la deducción del Decreto 187 de 1975 al proferir la Circular Externa 27 de 2009.

2.6. El Ministerio Público señaló que la circular acusada no contraría las normas superiores porque el artículo 12 de la Decisión 291 establece que el registro de los contratos de tecnología se realizará de acuerdo con las *“legislaciones de los Países Miembros”*.

Al respecto, la Sala destaca que esta expresión no autoriza al Director de Comercio Exterior del Mincit a crear, mediante una circular, nuevos requisitos para el registro y para acceder a la deducción que no fueron previstos por las normas de derecho interno de rango superior, como son en este caso el Decreto 259 de 1992 y el Decreto 187 de 1975.

2.7. El artículo 123 de la Decisión 500 establece que cuando el juez nacional profiera una decisión no susceptible de recursos en el derecho interno en el que deba aplicar o controvertir una norma supranacional, debe suspender el proceso y solicitar su interpretación al Tribunal de Justicia de la Can.

Aunque en las anteriores consideraciones se hizo referencia al registro creado en la Decisión 291 de la Can, no es necesario solicitar esta interpretación prejudicial en el caso bajo examen porque no es objeto de interpretación ni de controversia.

En efecto, en las consideraciones anteriores, la Sala se limitó a verificar la validez de la Circular Externa 27 de 2009 en cuanto su concordancia con los decretos 187 de 1975 y 259 de 1992, pues se reitera que el artículo 12 de la Decisión 291 señala que el registro se realizará con base en la legislación de cada país miembro.

2.8. Como consecuencia de lo anterior, la Sala encuentra probados los cargos de infracción de las normas superiores y falta de competencia.

3. Sobre la condena en costas

No habrá condena en costas porque, al ser un proceso de simple nulidad, se está ventilando un interés público, según lo dispone el artículo 188 del CPACA¹⁰.

¹⁰ Cfr. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. Artículo 188.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

1. **Declarar** la nulidad parcial del numeral 5.5 de la Circular Externa 27 de 2009 en cuanto a los apartes subrayados a continuación:

“5.5 Registro de Contrato de Cuantía Indeterminada

Quando se trate de un contrato de valor indeterminado, en la casilla 12 se deberá anotar "Indeterminado" y en la casilla 11: "0" (cero). Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos, se expide el registro electrónico del contrato, el cual tendrá vigencia por el término de un (1) año contado a partir de la fecha de registro en la VUCE. Con el objeto de prorrogar automáticamente dicho registro y para dar cumplimiento al requisito señalado en el literal c) del artículo 2° del Decreto 259 de 1992, es necesario radicar a través del Módulo FUCE, previo al vencimiento de la vigencia del registro, nueva Forma 03 diligenciada y adjuntar certificación de Revisor Fiscal o quien tenga la facultad, donde consten los pagos efectuados al exterior, por concepto de la ejecución del contrato de tecnología durante la vigencia que termina. El Grupo de Tecnología y Comercio de Servicios tomará nota de los pagos y prorrogará automáticamente por otro año el registro inicial del contrato a través de la VUCE”.

2. **Sin condena en costas** en esta instancia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

**JULIO ROBERTO PIZA
RODRÍGUEZ**
Presidente de la Sección

**STELLA JEANNETTE CARVAJAL
BASTO**

MILTON CHAVES GARCÍA

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ
RAMÍREZ**

