

¿SE NECESITA LA CREACIÓN DE UNA JURIDICCIÓN ESPECIAL PARA RESOLVER
LOS CONFLICTOS QUE SURJAN ENTRE LOS IMPORTADORES Y EXPORTADORES
FRENTE A LO ATINENTE AL COMERCIO EXTERIOR?

GUILLERMO BAYUELO SERRANO

ALONSO CORTINA ACEVEDO

UNIVERSIDAD DEL SINU ELIAS BECHARA ZAINUM
CARTAGENA DE INDIAS D.T. Y C. 19 DE NOVIEMBRE DEL 2020

INTRODUCCION

La globalización de la economía ha logrado que se generen relaciones comerciales entre países con el objetivo de obtener beneficios para ambas partes. Colombia se encuentra en un momento muy destacado de la historia en materia de comercio exterior. En materia de regulación, el comercio exterior en Colombia está legislado por el Estatuto Aduanero, sin embargo se presentan muchos inconvenientes y conflictos en los trámites para la importación y exportación de artículos, conflictos que son resueltos por la autoridad que regula y reglamente dichos trámites, o sea que la DIAN es quien finalmente resuelve los conflictos, sin embargo, se hace necesario una instancia que de manera objetiva estudie y resuelva las diferencias que se presenten y para que se cumpla el principio de objetividad. Esto es lo que se estudia en el presente ensayo, apoyado de las normativas y conceptos aduaneros.

¿SE NECESITA LA CREACIÓN DE UNA JURIDICCIÓN ESPECIAL PARA RESOLVER
LOS CONFLICTOS QUE SURJAN ENTRE LOS IMPORTADORES Y EXPORTADORES
FRENTE A LO ATINENTE AL COMERCIO EXTERIOR?

Colombia cuenta 10 zonas portuarias, ocho de ellas en la Costa Caribe: La Guajira, Santa Marta, Ciénaga, Barranquilla, Cartagena, Golfo de Morrosquillo, Urabá y San Andrés; y dos en el Pacífico: Buenaventura y Tumaco. Los puertos colombianos son unos actores fundamentales en las actividades de comercio exterior del país. Según la DIAN, el transporte marítimo es el modo preferido para importar y exportar carga hacia y desde Colombia.

Los dos principales puertos del país, Cartagena y Buenaventura, pasaron de ser nodos complementarios a nodo de transbordo y nodo primario, respectivamente, según reveló el Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) en su informe ‘Análisis de inversiones portuarias en América Latina y el Caribe al horizonte 2040’.

Por ser un factor principal en la economía del país se presenta siempre problemas aduaneros a la hora de legalizar la exportación o importación de la mercancía, por tal motivo hace algún tiempo se viene hablando de la necesidad de crear una instancia especializada e independiente de la Administración de Impuestos y Aduanas Especiales (DIAN) que resuelva las controversias que se suscitan entre la DIAN y los usuarios aduaneros.

En primera instancia necesitamos saber qué hace y cuáles son las funciones de la Dirección de impuestos y Aduanas – DIAN. Tiene como objeto coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras, cambiarias, los derechos de explotación y gastos de administración sobre los juegos de suerte y

azar explotados por entidades públicas del nivel nacional y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad.

Decreto 4048 de 2008: Artículo 3: FUNCIONES GENERALES. Corresponde a la DIAN ejercer las siguientes funciones:

1. Administrar los impuestos de renta y complementarios, de timbre nacional y sobre las ventas; los derechos de aduana y comercio exterior, así como los demás impuestos internos del orden nacional cuya competencia no esté asignada a otras entidades del Estado, bien se trate de impuestos internos o al comercio exterior, en lo correspondiente a su recaudación, fiscalización, control, represión, penalización, liquidación, discusión, cobro, devolución y sanción;

2. Dirigir y administrar la gestión aduanera y disponer de las mercancías aprehendidas, decomisadas o abandonadas a favor de la Nación;

3. Reconocer y pagar las recompensas y participaciones en dinero o en especie por colaboración eficaz de terceros en el control al contrabando, evasión y corrupción;

4. Dirigir, administrar, controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones a nivel nacional, en concordancia con las políticas trazadas en el programa macroeconómico y las políticas generales adoptadas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y dentro del modelo de gestión institucional;

5. Controlar y vigilar las operaciones derivadas del régimen cambiario que no sean competencia de otra entidad;

6. Vigilar y controlar las actividades de las personas que ejerzan de manera profesional la compra y venta de divisas;

7. Administrar y supervisar el aparato armado que ejerce las funciones de policía fiscal y aduanera, como soporte y apoyo a las funciones de investigación y determinación propia de las dependencias de fiscalización tributaria, aduanera y cambiaria, así como el ejercicio por parte del mismo de las funciones de policía judicial;

8. Celebrar convenios con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales, orientadas a establecer alianzas estratégicas para combatir la evasión, el contrabando y la morosidad tributaria, aduanera y cambiaria;

9. Fijar los precios a cobrar por la venta de bienes y servicios, así como de los servicios extraordinarios;

10. Administrar y controlar los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, Zonas Francas, Zonas Económicas Especiales de Exportación y las Sociedades de Comercialización Internacional;

11. Interpretar y actuar como autoridad doctrinaria y estadística en materia de impuestos nacionales, aduanera, y de control cambiario por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones".

12. Participar y conceptuar en el estudio y elaboración de proyectos de ley, decretos o acuerdos internacionales que contemplen aspectos tributarios, aduaneros o de control cambiario;

13. Participar en los procesos de celebración de acuerdos internacionales en materia de control tributario, aduanero y cambiario y los relacionados con el comercio internacional en los mismos aspectos;

14. Celebrar convenios remunerados o gratuitos para la divulgación, asistencia, fortalecimiento de la gestión, recaudación, control, fiscalización, discusión y cobro de contribuciones parafiscales, impuestos, tasas y contribuciones de competencia de otras entidades;

15. Ejercer las funciones de policía judicial, de conformidad con las normas legales;

16. Diseñar, desarrollar y evaluar el sistema de control interno de la Entidad, en los términos definidos por la ley;

17. Administrar y disponer de los recursos humanos, financieros, físicos y de conocimiento, así como de la prestación de los servicios generales en la Entidad;

18. Compilar, actualizar y divulgar las normas sobre regímenes tributarios del orden nacional, aduanero, de comercio exterior en los asuntos de su competencia, y de control de cambios por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones;

19. Desarrollar las actuaciones administrativas necesarias para cumplir con las funciones de su competencia;

20. Las demás que le asigne la ley.

Después de analizar las funciones de la administración de Aduanas nos damos cuenta que son muchas para una sola organización y que es muy difícil ejercer imparcialidad ante los procesos,

mientras esto no ocurra esa autoridad seguirá siendo juez y las controversias y diferencias seguirán resolviéndose a favor de la DIAN y en contra de los administrados. Entre otras cosas, porque los funcionarios que los fallan viven bajo el temor que cualquier decisión favorable al administrado, sin importar si este tiene razón o no, va a desencadenarse en una investigación disciplinaria.

Unos de los principales problemas que se presentan a la hora de exportar e importar son: El tipo de mercancía o el valor declarado no corresponde con lo que se transporta, la factura no contiene el INCOTERM, la factura de venta incluye el IVA, errores en la documentación original y la ausencia de documentación original.

Se podrá rescatar una mercancía con declaración inicial cuando no tenga otra declaración anterior, como es el caso de las mercancías diferentes o sobrantes detectados en la inspección previa, dentro de un proceso de desaduanamiento o posterior al mismo; o aquellas que quedaron en abandono legal o fueron objeto de aprehensión o decomiso.

Con declaración de corrección se podrá rescatar una mercancía amparada con una declaración inicial, que contenga errores u omisiones en la descripción que no conlleven a que se trate de mercancía diferente; cuando sea de manera voluntaria y sin intervención de la autoridad aduanera, o detectados por la autoridad aduanera en ejercicio del control posterior.

Todos estos pasos a seguir llevan tiempo y no tienen una solución rápida por lo cual se ha convertido en un problema que viene desde hace mucho tiempo ya que los vacíos de las normas, los abusos de la administración de aduanas, el contrabando, la evasión; son problemas que existen y que con la estructura actual las garantías de imparcialidad para los usuarios son inexistentes, no hay un eficaz control de legalidad de los actos de la administración aduanera, no

hay un control de legalidad de los actos de la administración aduanera al punto que se puede prescindir de los recursos que la legislación aduanera contempla pues se han convertido en un protocolo completamente superfluo ya que no se justifica dedicar todos esos recursos y personal a confirmar decisiones.

Esta situación contribuye a congestionar de manera grave los tribunales que de por sí ya se toman muchos años en decidir las acciones de nulidad que deben dirimir, por tal motivos muchas empresas toman la decisión de perder lo importado o exportado por la demora y la malas soluciones que le dan las problemas presentados.

El artículo X de la Organización Mundial del Comercio (OMC), organización de la cual es parte Colombia, establece el mandato para los países miembros de aplicar de manera uniforme e imparcial sus leyes, reglamentos y disposiciones administrativas en materia aduanera y que cada parte establecerá tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos, que sean independientes y dirigidos a la pronta revisión de las medidas administrativas concernientes a los asuntos aduaneros.

Lo mismo ha dicho la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), quien señala, entre los beneficios de un sistema con esas características: el logro de mejores procesos decisorios y una aplicación más uniforme y predecible de las normas relevantes, un grado más alto de imparcialidad y una mayor confianza de los comerciantes en el proceso de apelación.

La Organización Mundial de Aduanas (OMA), también recomienda que cuando un recurso ante la Aduana sea decidido en contra, este tenga derecho a acudir ante una autoridad

independiente de la administración aduanera señala que “las apelaciones deben ser atendidas por una autoridad diferente del órgano responsable de tomar la decisión regulatoria original”.

Es urgente que en Colombia se analice la posibilidad de crear una comisión técnica, especializada e independiente de la DIAN, para que estos propósitos, ya que siendo un país que cuenta con aproximadamente 10 zonas portuarias, no le den importancia a estos trámites que llegan a ser engorroso para los empresarios y hasta los mismos funcionarios. Cartagena siendo la segunda ciudad con mayor importancia en los puertos aduaneros, no le han invertido el tiempo y los recursos necesarios para reparar el daño causado que se presenta a la hora de legalizar la mercancía, dando también por hecho que muchas veces la mercancía se pierde y se la roban los mismos funcionarios, Nos preguntamos la labor de la DIAN hasta donde llega para solucionar o resolver esto ya que a los empresarios los decomisan y su funcionarios aprovechan estas oportunidades para robar. Es importante invertir donde hay futuro y salida.

La Aduana es una institución administrativa que desempeña funciones propias asignadas para el control del tráfico internacional de mercancías en las fronteras de cada país y en el territorio nacional. La función de recaudo tributario, la función de ejercer prohibiciones y restricciones y la función de control de la entrada y salida de mercaderías de las fronteras, permiten poner en práctica y aplicar la regulación internacional y local de cada país en el contexto del comercio internacional; esta regulación permite un trato específico a los bienes intercambiables entre países, como lo son el cobro de derechos aduaneros (aranceles), la exigencia de medidas sanitarias, fitosanitarias o zoosanitarias a las mercancías que entran o salen del país y el control previo, simultaneo o posterior, según el caso, a todo el proceso aduanero que requiere el tránsito de dichas mercancías. Cabe resaltar que la función de recaudo de derechos aduaneros que tienen la Aduana debe entenderse como una función autónoma del Derecho Aduanero y no del Derecho

Tributario, por la misma naturaleza y objetivo de ésta institución administrativa. En ese orden de ideas, son muchas las funciones ejercidas por la Administración de aduanas, resaltando la función esencial de control que identifica a una Aduana autónoma encargada de hacer cumplir las regulaciones planteadas por el Derecho Aduanero, encargándose del marco normativo nacional e internacional relacionado con el ejercicio de cada una de las funciones propias de la Aduana en el contexto de estas funciones dentro de la legislación vigente.

Lo primero que se debe evidenciar al momento de presentarse los inconvenientes entre los usuarios aduaneros y la administración de aduanas es “que es error y que es fraude” sobre todo porque cuando se revisan facturas el documento de embarque y otros papeles resulta evidente que no se está escondiendo nada y que mucho de lo que sucede es error ya sea del importador o exportador, de las compañías de intermediación aduanera y no todo debe desencadenar sanciones onerosas para los usuarios aduaneros. En el momento que una instancia regule y medie entre las partes va a ser más ágil fortaleciendo así el comercio nacional y ayudando a la descongestión de la administración de impuestos y aduanas pudiendo así desarrollar sus otras funciones.

PRINCIPALES CAMBIOS DE LA NUEVA REGULACION ADUANERA

Una de las principales modificaciones incorporadas y una evolución en cuanto al derecho aduanero es el desarrollo de los principios, pues la anterior legislación solo consagraba aquellos del artículo tercero del Código Contencioso Administrativo, hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA–, y de manera expresa los principios de eficiencia y justicia. También hay autores que resaltan que no solo los principios mencionados rigen la materia aduanera pues también deben considerar los siguientes: *“Los principios constitucionales del derecho tributario y del derecho administrativo irradian*

el derecho aduanero, y deben ser tenidos en cuenta tanto en el momento de producción de las normas de esta especie, como en el de su aplicación en cada caso concreto (Schlesinger et al., 2009, p. 88)”.

Según Sentencia C-818 de 2005, los principios están llamados a cumplir, en cualquier sistema normativo, los siguientes papeles principales: i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de reglas jurídicas y, finalmente, iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho.

Teniendo en cuenta lo anterior, El decreto 390 de 2016 abarca tanto los principios de la ley marco de comercio exterior,, como los previstos en el artículo tercero del CPACA y del Código General del Proceso

- Principio de eficiencia
- Principio de favorabilidad
- Principio de justicia
- Principio de seguridad y facilitación en la cadena logística de las operaciones de comercio exterior
- Principio de prohibición de doble sanción por la misma por la misma infracción o aprehensión por el mismo hecho.
- Principio de tipicidad
- Principio de prohibición de la analogía.
- Principio de especialidad
- Principio de prevalencia de lo sustancial

Siendo los últimos cinco los que merecen atención especial, ya que son principios propios del derecho penal ajustados al sistema jurídico aduanero, cuya función es brindar seguridad al administrado y otorgar herramientas de defensa dentro de los procesos administrativos sancionatorios y de decomiso de mercancía.

El principio de prevalencia de lo sustancial debe ser visto a la luz del convenio internacional, que dice: “La autoridad aduanera no impondrá multas excesivas por errores cuando considere que los mismos fueron involuntarios sin intención fraudulenta o grave negligencia. Cuando considere necesario evitar la reincidencia de tales errores, podrá imponer una multa, pero la misma no será mayor de lo necesario a tales efectos”.

Este principio denota gran importancia puesto que el régimen aduanero trata una materia altamente regulada, en donde el cumplimiento de los procedimientos es fundamental para la realización de las operaciones de comercio exterior.

Son varias e importantes las modificaciones incorporadas en el Decreto 390 de 2016 para la facilitación y simplificación de las operaciones de comercio exterior; sin embargo, no hemos podido percibir sus efectos en la medida que la entrada en vigencia es escalonada. Esto ha generado una incertidumbre para los obligados aduaneros, en la medida en que no tienen seguridad respecto de la entrada en vigencia de las normas, sin contar con los oficios, memorandos y conceptos que ya se han expedido sobre el particular, tratando de aclarar la aplicación de las normas.

Los tratamientos especiales, sin duda alguna, serán el vehículo para agilizar los procesos, pero teniendo en cuenta la experiencia del OEA, en donde solo se han calificado 17 empresas exportadoras en los últimos tres años, representa una dificultad para el sector privado obtener

alguna de las calidades, siendo este un llamado a los privados a iniciar su proceso de mejoramiento para cumplir con los estándares exigidos en la norma.

El sistema de gestión del riesgo se alimenta de los servicios informáticos electrónicos; no obstante, no han tenido el desarrollo adecuado que soporten las nuevas operaciones, formalidades, destinos y regímenes, por lo que estamos –hasta el momento– con un híbrido en materia de vigencias normativas para el comercio de exterior, por cuanto aplica el anterior Estatuto Aduanero (Decreto 2685 de 1999) y la nueva regulación contenida en el Decreto 390 de 2016.

Es de aclarar que la mayoría de los obstáculos identificados no corresponden al cumplimiento de normas aduaneras, sino que los cuellos de botella se encuentran en los procedimientos y trámites asociados al cumplimiento de la misma y que muchas veces hacen parte del trabajo de las compañías de intermediación aduanera y del lleno de la documentación, de la clasificación de las partidas arancelarias, de los precios de referencia

Por último, consideramos que es necesaria la implementación completa de la nueva regulación aduanera para lograr mejoras en los conflictos y que su solución sea de manera clara, objetiva y que los contribuyentes y usuarios aduaneros se sientan satisfechos de los resultados.

CONCLUSION

Después de analizar la situación podemos concluir que si es necesaria la creación de la jurisdicción que resuelva los conflictos y diferencias entre los usuarios aduaneros y la administración de impuestos y aduanas especiales ya que se necesita objetividad e imparcialidad en los procesos. Siendo Colombia un país en pleno auge de la globalización y negociando con tantos mercados internacionales lo más prudente es que los errores que se comentan ya sean involuntaria o voluntariamente se corrijan sin originar trastornos y retrasos en los procesos y sin que se perjudique a los usuarios aduaneros y mucho menos a los clientes.

BIBLIOGRAFIA

Decreto 390 de marzo 7 de 2016 – Regulación aduanera en Colombia

Organización Mundial del Comercio, Artículo X: Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales

Decreto 1165 de 2019 – Nuevo régimen aduanero Colombiano

Pardo Schlesinger, Cristina (2009). “Fundamentos constitucionales del derecho aduanero”, en Parado Carrero, Germán. El derecho aduanero en el siglo xxi. Colección textos de jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, p. 88. ISBN: 978-958-738-065-1.

Peña Preciado, Angélica y Potdevin Stein, Nicolás (2016). Panel: Comentarios al Estatuto Aduanero. Estudios de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior, en Moreno Daza, Diego Andrés. 40 Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, Derecho Aduanero y Comercio Exterior. Cartagena – Colombia 10, 11 y 12 de feb. 2016. p. 414. isbn: 2422-1511

Decreto 4048 de 2008

