

Apuntes sobre derecho aduanero Colombiano

Ruta hacia una nueva legislación

CARLOS SENIOR PAVA

Prefacio

En la presente publicación he escogido el texto de varios artículos publicados durante la vigencia del Decreto 2685 de 1999, que recoge la legislación aduanera colombiana, bajo el eufemístico título de Estatuto Aduanero, en armonía -eso si- con el texto que recoge la orientación normativa tributaria de nuestro país.

Mientras la segunda es dictada por el legislativo, es decir el Congreso de la República, la primera es redactada y promulgada por el Ejecutivo, en virtud del artículo 189 de la Constitución Nacional que confirió -en mala hora- a esa rama del poder, la facultad de modificar el régimen aduanero.

En esos escritos he fijado mi posición académica con respecto a la norma aduanera colombiana y su proyecto de modificación, en la que encuentro algunos aciertos y otros yerros, fundamentalmente por el hecho de que es una norma hecha por tributaristas y no en función de un servicio aduanero nacional.

La diferencia radica en que mientras el aparato fiscalista estatal nos mira a todos los ciudadanos, como evasores mientras no se pruebe lo contrario, ese mismo aparato, puesto en la función de autor aduanero, nos mira a todos como contrabandistas mientras no se pruebe lo contrario.

La ausencia de principios como el de la buena fe de los operadores de comercio exterior; la aplicación a raja tabla del principio de responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas, muy del régimen tributario, sin contemplar la intencionalidad del actor ni el daño producido al estado -entre otros-, le dan ese toque represivo, ajeno al derecho aduanero internacional.

De otro lado, escudado el ejecutivo en una Ley Marco de aduanas, aprobada a la carrera en 1971, bajo la promesa por parte del Ministro de Hacienda de la época, de presentar un texto más completo un poco más adelante, cosa que nunca cumplió y que ahora le sirve a sus propósitos fiscalistas; ha venido legislando sin que tenga ningún marco o referencia que lo limite, convirtiéndose en una verdadera dictadura del ejecutivo en relación a la normatividad del campo aduanero.

Sin embargo esa misma ley marco aduanera le obliga al ejecutivo a *“consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes de la legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente y en especial la Ley 79 de 1931”*.

Este es el único marco que obliga a la administración a seguir a la hora de redactar las reformas aduaneras y ni siquiera eso cumple.

En efecto, como lo he demostrado en los escritos que aquí se presentan, desde hace años el redactor de la norma, que realmente es la DIAN, solamente aplica lo que le conviene de estos principios, aunque desde hace muchos años no existen ni el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas ni la ALALC sino la ALADI y esta última nunca expidió un Código Aduanero Uniforme.

La realidad es que, desde el punto de vista aduanero, el producto más importante que dejó el Consejo antes mencionado fue el Convenio de Kyoto para la Facilitación y Armonización de los Regímenes Aduaneros, del que se tomaron bastantes principios en el Decreto 2666 de 1984, primera reforma aduanera a la Ley 79 de 1931, pero que en la época de la DIAN -1991 en adelante- se ignoró definitivamente, violando el único principio que le impuso el legislativo al ejecutivo al transferirle la función de redactar el régimen de aduanas.

Si bien nuestro país nunca ha firmado el protocolo de adhesión al Convenio de Kyoto y tampoco este se amolda totalmente a nuestras necesidades, en ese texto se encuentran las mejores prácticas aduaneras, redactadas por expertos mundiales en la materia y podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos que son las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas a las que refería la Ley Marco de Aduanas y que el legislador ignora de manera casi retadora.

Por lo anterior creo que estos artículos que ahora reúno pueden ayudar a ofrecer una perspectiva hacia una redacción más aduanera de nuestra norma aduanera.

Bogotá, Febrero 24 de 2011.

Competitividad y Aduana

Por Carlos Senior Pava

Desde hace unas pocas décadas, tanto los economistas, como los administradores, viene hablando de un concepto un poco abstracto y que no han explicado bien de qué se trata: La Competitividad.

Etimológicamente esta expresión viene derivada de la palabra competencia, la cual puede tener varias acepciones. Tres de ellas nos interesan más. De un lado, ser competente significa estar apto, capacitado, tener las habilidades necesarias para desempeñar una función o un oficio y ello connota varios conceptos a su vez como la debida preparación, experiencia –o experticio-, aptitud, actitud y habilidad.

Por otro lado, competencia significa emulación o evento para decidir el mejor o más apto. Desde el punto de vista de mercadeo, competencia se aplica a aquellas personas, naturales o jurídicas que desempeñan el mismo oficio o fabrican una producto similar.

Para los efectos que necesitamos TODAS estas acepciones nos interesan, pues en comercio internacional o internamente, la competitividad puede definirse con todos estos significados o se requiere para llegar en lugar de privilegio a la meta de ser un país desarrollado, con mejores condiciones de vida para sus habitantes y con trabajos dignos para todos con remuneraciones adecuadas para un bienestar general.

Al cotejar nuestra situación con la de otros países tenemos, con tristeza, que responder que no hemos llegado a ello, lo cual indica nuestro grado de competitividad. Hay mediciones internacionales sobre el tema y sabemos por ellas que nuestro país califica de mediocre.

El servicio aduanero de un país DEBE contribuir necesariamente en el aumento del índice de competitividad nacional, dado que se trata de una entidad que juega un papel importante en el buen desempeño de la misma. Cómo lo hará -nos preguntamos- y en qué índices nos debemos basar para calificar nuestro servicio aduanero nacional frente a los objetivos de competitividad trazados por el estado?.

Afortunadamente todo no es teoría y hay elementos en nuestra legislación aduanera que nos ayudarán en este propósito, vamos a estudiarlos brevemente.

Los *considerandos* de nuestra legislación vigente nos hablan de dos funciones que el servicio aduanero de un país debe cumplir, pues son la esencia de la función aduanera: FACILITACION Y CONTROL. El primer tema nos habla de un elemento directamente vinculado con la productividad como lo es el ayudar a los particulares o usuarios aduaneros a un objetivo ya propuesto por el Estado en la Ley Marco de Comercio

Exterior, cual es la inserción del país en los mercados internaciones, objetivo que no consiste sólo en ir a los mercados, sino entrar y quedarse en ellos con éxito, es decir de forma competente. El otro, es decir el control, es la función más importante de la aduana y por la cual nunca dejará de existir, nos referimos a controlar el ingreso y salida de mercancías de un país. Es tan importante esta misión que la convierte en la entidad estatal que es la primera garante de la soberanía de un estado.

El control, respecto de la competitividad tiene varios objetivos tanto internos como de comercio exterior, pero su contribución a la competitividad estará directamente relacionada con la forma como se ejerza este control, bajo el lema –ya muchas veces repetido- de que controlar NO es entrabar.

Por su lado, el artículo segundo de la norma aduanera nacional nos habla de los principios orientadores para la aplicación de las mismas. Están enfocados en los preceptos que deben cumplir los funcionarios de aduana que tienen que aplicar en el control o la fiscalización del ingreso o salida de bienes de una nación. Pero también, se convierten en derechos de los administrados.

En este artículo la norma menciona muchos principios al hacer referencia a los contenidos en el artículo tercero de nuestro Código Contencioso Administrativo, pero en especial los resumen en dos: el de EFICIENCIA y el de JUSTICIA, ambos estrechamente relacionados con la competitividad: El primero, en cuanto define la aduana como un servicio y a los funcionarios servidores públicos que deben prestar ese servicio de forma ágil y oportuna, sin dilaciones que dan lugar al desgüeño administrativo y otras repugnantes prácticas.

El segundo –el de Justicia- en cuanto al cumplimiento de los preceptos constitucionales de legalidad y tipicidad cuando juzgan una conducta respecto de las normas aduaneras. Finaliza este último principio orientador con que el objetivo de las funciones de control es el de que las mercancías que entren o salgan del país cumplan con las formalidades aduaneras. Ahí, está el meollo de este principio relacionado con la competitividad. Si la norma abunda en formalidades entrabantes, basadas muchas de ellas en el desconocimiento del principio de buena fe y escritas para poner obstáculos al libre comercio, pues el resultado será el de que los funcionarios dedicarán su tiempo a perseguir a los usuarios y no a facilitar sus operaciones de comercio exterior.

Por lo anterior considero que tanto la norma aduanera actual actual, como la propuesta para reemplazarla NO cumplen con su función de mejorar la competitividad nacional.

Que pruebe este aserto me preguntarán. Lo he venido haciendo desde comienzos de la década anterior en varias páginas de varios medios y me he referido a unos pocos procedimientos como son: las causales de aprehensión de mercancías por deficiente descripción de las mismas basadas en criterios discrecionales de los funcionarios y las que se refieren al cumplimiento de algunas obligaciones de los transportadores en el arribo de los bienes y que son un interpretación extensiva y analógica de la definición de la conducta de contrabando que contiene nuestro código penal, al interpretar la conducta de introducir mercancías de forma oculta o disimulada, con acciones u omisiones del transportador que conllevan a que el importador pierda la propiedad de los bienes importados aún antes de declararlos.

¿Cómo interpretar las trabas que sufren los importadores en los procedimientos de inspección referentes al valor de las mercancías ? Se obliga al funcionario a imponer controversias desgastantes a los usuarios en pleno proceso de importación que debería unas pocas horas y que se convierten en calvarios absurdos. Por qué no recurrir a fortalecer el control posterior, máxime cuando los sistemas de administración de riesgos pueden aliviar estos entramamientos innecesarios y que afectan la competitividad. Por qué convertir en infracciones administrativas, conductas u omisiones que en NADA afectan al estado y que sólo se sancionan por no cumplir con unos lineamientos de tipo tributario y no aduanero ?

Claro que estos y algunos ejemplos más como la indefensión de los usuarios en los procesos administrativos aduaneros llevan a incumplir los principios de economía, eficiencia, celeridad, imparcialidad que la misma norma impera. Así seguiremos teniendo una legislación aduanera de corte tributarista que fue inaugurada con el Decreto 1909 de 1992, de la pluma de esta rama de la DIAN.

Bogotá, Mayo de 2011. (Publicado en Correo Internacional)

DEL DICHO AL HECHO...

Por Carlos Senior Pava

Un nuevo episodio de incorrecta interpretación de la norma ha saltado en estos días y me da pie para reiterar algunas de las observaciones que realicé a finales del año pasado al proyecto de estatuto aduanero que preparó la DIAN.

Este nuevo hecho, repetitivo por cierto, consiste en la condena de una prestigiosa agencia de aduanas, con más de 35 años de recorrido de mano de la autoridad aduanera, por una interpretación perversa de la norma realizada por un funcionario sustanciador de un proceso administrativo aduanero.

La norma actual, también la redactada de la misma manera en el proyecto, no puede modificarla el ejecutivo, pues está fundamentada en una Ley de la república, en una de las varias actuaciones del legislativo en el tema aduanero como muestra de que este poder no ha renunciado a legislar en materia aduanera. Nos referimos al precepto, contenido en la ley 488 de 1998, recogido en la normativa aduanera como la facultad que le asiste a las agencias de aduana de realizar un reconocimiento a las mercancías de importación antes de declararlas.

Como la ley y el Decreto 2685/99 en su artículo 27-3 lo indican, se trata de una facultad, es decir una función potestativa del sujeto de la misma, o sea la agencia de aduanas. En palabras más claras es un derecho de la agencia de aduanas practicar o no esta diligencia, pues la norma no la impera a realizarla.

Sin embargo ha hecho carrera entre funcionarios de la DIAN de que si una agencia de aduanas no hizo uso de la facultad es culpa suya que lo declarado no coincida con lo verificado en una inspección aduanera y responsabilizan al auxiliar de la función pública aduanera por las infracciones, e incluso ilícitos, que se deriven en la actuación del inspector, al verificar materialmente el contenido de la carga.

Este hecho lo habíamos advertido desde la misma expedición de la actual normativa aduanera recogida en el Decreto 2685 de 1999. Para paliar un poco las críticas y concediéndonos la razón, el Director de Aduanas de la época expidió –en función de sus amplias facultades de interpretación de la norma- una Circular que está vigente aún a pesar de ser emitida hace más de diez años, en la que precisa el alcance de la obligación de las agencias de aduana (antes mal llamadas SIAS) respecto del contenido y veracidad de los datos que se registran en una declaración de importación. Esa Circular, la número 188 de agosto de 2000, refiriéndose a la facultad del reconocimiento previo de las mercancías por parte de las agencias aduanales, no solo reitera su carácter facultativo, es decir potestativo y no imperativo, sino que indica taxativamente que los auxiliares de la función

pública aduanera no serán responsables de lo hallado en una inspección aduanera, si ellos no han ejercido esa facultad.

Contrariando la legal interpretación hecha por quien tiene la autoridad para hacerlo, los funcionarios se dejan llevar por eso que una prestigiosa abogada aduanera ha llamado la “soberbia institucional”, refiriéndose a las atribuciones quasi-omnímodas de la DIAN que la facultan para ser legislador (todo proyecto de norma aduanera nace de la DIAN), intérprete, juez (y añadido yo: parte también), fallador y ejecutor en los procesos administrativos aduaneros.

Este sigue siendo un punto negro de la legislación aduanera colombiana, cuando los principios contenidos en el artículo tercero del Código Contencioso Administrativo no se cumplen en el caso aduanero. Y esto es así, pues uno de esos principios –capital por cierto- es el de la imparcialidad y no se cumple cuando la misma institución es juez y parte dentro de los procesos administrativos, quedando los administrados a la voluntad

voluble de los funcionarios que no tienen coto en sus actuaciones.

En las observaciones que pasé a la DIAN, comentando el proyecto de nuevo estatuto aduanero, envié copia de la legislación aduanera chilena (para que se siga lo indicado en el artículo 3ro. De la Ley Marco de Aduanas), en la que existe en la vía gubernativa, una jurisdicción, independiente de la administración, que resuelve las controversias entre la Aduana y los administrados.

Como dicen los promotores de un circo internacional, que luego no digan que no se los dijimos: El proyecto incumple el principio de imparcialidad que obliga a estar presente en los actos de la administración pública. Y el efecto de lo anterior es que se cometen injusticias como las que estamos comentando, contra las agencias de aduana y, en general, contra los administrados.

Nuevamente traemos a colación el fundamento expuesto por la administración como base para el nuevo estatuto: una norma para cumplidores. Por lo comentado hasta ahora, concluyo que del dicho al hecho, hay mucho trecho.

Bogotá. Abril de 2011. (Publicado en Correo Internacional)

A PROPOSITO DE UNA REFORMA

Por Carlos Senior Pava

El tema de la modernización de la aduanas es un asunto recurrente en las presentaciones que hacen los servicios aduanales nacionales cuando se le invita a dar una visión de la entidad estatal que tiene como misión ejercer el control del ingreso y salida de mercancías del país.

Generalmente se toma la modernización como sinónimo de automatización de los procesos. Esto tiene una gran parte de verdad, pero no es del todo cierto. La sistematización de los procedimientos es una parte importante, pero no lo es todo.

La modernización de una aduana tiene que ver con otros temas no menos importantes que el ya mencionado.

Uno de ellos, y tal vez sea el más importante, tiene que ver con el soporte jurídico de todo el sistema aduanero.

He afirmado –y lo seguiré haciendo- es que ha habido dos errores históricos en la conformación de la normatividad aduanera colombiana. El primero, al cual me he referido en varias oportunidades, fue la reforma constitucional de 1968 en la que el Ejecutivo montó una dictadura en la confección de las normas aduanera, cuando se le asignó, en el entonces artículo 150, numeral 20 de la Constitución de 1886, al Presidente de turno la función de reformar los aranceles y el régimen de aduanas. De hecho esto fue entendido que al Congreso se le había despojado de su principal asignación de hacer las leyes aduaneras y se le había trasladado esta facultad al ejecutivo, con arreglo a una ley marco, que apareció –para quedarse- en el año 1971 bajo el número 6°. Este error fue retomado en su totalidad en la nueva Constitución de 1991, en el numeral 25 del nuevo artículo 189.

El otro error histórico fue la absorción de la función aduanera por parte del aparato recaudador del Estado que estaba en manos de la Dirección de Impuestos Nacionales, al fusionar ésta con la Dirección General de Aduanas, dando nacimiento a la DIAN, cuya visión tributarista opacó por completo la del servicio, inmerso en la noción aduanera.

A partir de estos dos hechos las reformas que ha realizado el ejecutivo a la norma aduanera han adolecido de una visión más fiscalista que de servicio.

En la última de las reformas, ya modificada en más de sesenta oportunidades, el Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1.999, se contempla como objetivos del mismo un equilibrio entre la facilitación de las operaciones aduaneras y el control que debe ejercer la aduana sobre las mercaderías que entran y salen del país. Sin embargo, cada vez que uno lee, relee y aplica lo escrito, se encuentra un enorme desequilibrio entre estos dos aspectos, mencionados en el considerando de la norma. Y no es favor de la facilitación del comercio internacional colombiano, ni de los usuarios.

En todas las encuestas, sin excepción, en las que se les pide a los actores del comercio internacional colombiano su percepción de los obstáculos al comercio internacional, encabeza la posición negativa la DIAN.

Esta fama, que puede ser injusta en la mayoría de los casos, de la entidad controladora del flujo de mercancías que ingresan y salen del país, se la ha ganado la entidad por una visión restrictiva y policiva de la norma que es la que debe cambiar.

Los vacíos en las normas son tan notorios y tan graves que dan lugar a enormes injusticias, en las cuales los usuarios contratados como clientes del estado sino como enemigos y contrabandistas hasta que no se pruebe lo contrario.

En contra de lo que era de esperarse, la actual legislación no parte de la buena fe en la actuación de los usuarios. Es más, se presupone su mala fe de entrada y en el curso de los procesos debe, asumiendo la carga de la prueba, que no lo fue.

Repito, vacíos serios en la tipificación de las mas importantes causales de aprehensión y decomiso de mercancías, que es el máximo castigo para violaciones sustanciales de la norma, valga decir contrabando, hace que honestos y cumplidores importadores, por cuenta de errores u omisiones formales, y a veces inventadas por funcionarios rigoristas o con sospechosos ataques de celo en el ejercicio de sus deberes, devienen en peligros antisociales que –además- se presume son sospechosos de lavado de activos.

Los regímenes sancionatorios son un ejemplo de rigurosidad, amén de que se convierten en clara tentación de funcionarios –muy pocos seguramente- proclives a actuaciones dudosas. Habría que eliminar el sinnúmero de conductas tachadas de infractoras, pero que en la mayoría de los casos, son producto de errores humanos, muy frecuentes por cierto en estas actividades del comercio internacional.

Dos elementos nos llevan a tener esperanza en que esta actitud legislativa cambie: La mentalidad de los funcionarios de la DIAN que tienen a su cargo labores directivas, está cambiando hacia una visión más del servicio aduanero que de represión y hasta de persecución en muchos casos.

De otro lado las negociaciones internacionales están obligando a los reformadores aduaneros a atender ciertos estándares internacionales contenidos en convenios y tratados, algunos de los cuales a los que Colombia no ha querido adherir como consecuencia de su visión de lo que debe ser una aduana.

Estamos informados, aunque sin certidumbre de su disposición por parte de los gremios e interesados, de que se adelante la construcción de un nuevo estatuto aduanero que implicaría cambios drásticos en la visión.

Esperamos que en este caso no se materialice lo que se dice al promocionar una nueva producción cinematográfica, cuando los mismos realizadores

tuvieron un éxito anterior:...”*de los mismos productores del 2685/99... les presentamos el nuevo estatuto aduanero.*”

Octubre de 2009 (*Publicado en Correo Internacional*)

LA REFORMA ADUANERA QUE EL PAIS NECESITA

Por: Carlos senior Pava. (Coordinador del Comité Jurídico Nacional de FITAC)

Nuevos vientos soplan por las Aduanas nacionales desde que la Dirección de estas está empeñada en que esta institución entre en un proceso de internacionalización, tal como lo direcciona el nuevo gobierno nacional.

Precisamente una de esas directrices está encaminada a que nuestra legislación aduanera nacional esté redactada de conformidad con los convenios o acuerdos internacionales. Desde hace años quienes trabajamos en temas relacionados con aduanas contemplamos con estupor la renuencia de los directores de esa área de la DIAN en redactar una norma aduanera que estuviera de acuerdo al menos con el Convenio de Kyoto.

Durante la administración del Dr. Horacio Ayala Vela se conformaron unas mesas de trabajo bajo el proyecto de facilitación de la gestión aduanera, lideradas por el entonces Subdirector de la DIAN Gilberto Buitrago .Los que por parte del sector privado asistimos a esas reuniones le solicitamos al gobierno nacional, por intermedio de los altos funcionarios de esa unidad administrativa que participaron en esos ejercicios, precisamente fue que se adhiriera al Convenio de Kyoto de facilitación y armonización de regímenes aduaneros, con el fin de que la normatividad colombiana quedara con un perfil aduanero y no tributarista como estaba enfocada por aquel entonces. La respuesta del Subdirector Operativo Aduanero de la época, que entre otras cosas poco o nada sabía de aduanas, fue que Colombia necesitaba aduanas a la colombiana y no convenios que sólo le servían a los japoneses (sic). Quedamos estupefactos con la respuesta y aún lo estamos pues, cuando en 1.998 comenzamos los trabajos para la reforma realizada por el Dr. Ricardo Ramírez también recibimos una respuesta similar y nos tocó encajar un mal llamado Estatuto Aduanero, que ni es estatuto ni es aduanero, bajo la denominación del Decreto 2685 de 1.999.

Creemos que esta es la oportunidad para que las aduanas nacionales dejen de ser fiscalistas y regresen al espíritu de la OMA: servicios aduaneros nacionales.

Las aduanas modernas se están quedando sin el tinte del recaudo como actividad principal. O si no que lo digan los acuerdos multinacionales para eliminar aranceles ya operantes y los que se avecinan como el ATPA-DEA o el ALCA, entre otros.

Las experiencias de la Comunidad Europea han llevado a la OMA a centrar el papel de las aduanas en la facilitación del comercio internacional y realizar controles eficientes en aspectos como la competencia desleal, la sanidad y la seguridad nacionales, cuidado del medio ambiente, etc. El

recaudo de tributos va desapareciendo del panorama aduanero internacional.

Pero independientemente de lo anterior, la comunidad aduanera nacional ve con satisfacción el nuevo enfoque que ayudaría a eliminar, poco a poco, las distorsiones e injusticias a que estamos sometidos quienes operamos en este entorno del comercio exterior.

Hemos oído a las autoridades aduaneras que están de acuerdo con que el régimen sancionatorio es injusto, desproporcionado y formalista, características propias del enfoque fiscalista del mismo. Les escuchamos desear que los trámites hay que simplificarlos aún más y en todo eso estamos de acuerdo.

Y estamos de acuerdo sencillamente porque la orientación de la norma actual se basa en desconfiar de todos los actores que intervienen en el comercio exterior: el usuario final es un contrabandista en potencia y por ello se aprehenden y decomisan mercancías por errores u omisiones en la descripción de la misma; los transportadores intentan fraude siempre que transportan bienes desde el exterior y por ello hay que decomisar los cargamentos en donde la descripción de los mismos en el documento de transporte no es satisfactorio, no a nivel internacional, sino para los funcionarios aduaneros. Las SIAS intentan trampas cuando olvidan colocar un número en los documentos soporte de una importación aun cuando estos se encuentren archivados en el legajo de la declaración correspondiente.

La técnica aduanera ha recomendado (Anexo H1 del Convenio de Kyoto) que los errores desprovistos de dolo y que no causen daño a los intereses del Estado, NO deben ser sancionados. En vigencia del decreto 2666/84, legislación cercana a este acuerdo internacional, la parte sancionatoria estaba ligada a conductas fraudulentas que intentaban contrabando. En nuestra actual legislación no es así, así se diga lo contrario. Se argumenta que el régimen sancionatorio debe ser disuasivo. En aduanas esto es herejía cuando para un tributarista es lo correcto. Lo correcto en aduanas es presumir la buena fe y diseñar controles para detectar el fraude, basados en la técnica moderna de administración de riesgos. En aduanas la ley es para todos, pero los controles SI deben ser discriminatorios y enfocados a donde hay más peligros de fraude y para ello existen instrumentos de gerencia de riesgos y equipos modernos.

En resumen, no más legislaciones para pícaros donde los controles se hacen con normas, asunto este rechazado en el protocolo de enmienda del Convenio de Kyoto. Hay que redactar una normatividad facilitadora, para cumplidores y unos controles eficientes para detectar las prácticas de los fascinerosos que, de todas maneras, siguen siendo los menos.

Bogotá, Febrero 2002. *(Publicado en LEGISCOMEX)*

QUE NOS DEPARA ESTE AÑO ?

Por Carlos Senior Pava

Los acontecimientos internacionales y nacionales del fin del año pasado han dado lugar para que los expertos en economía pinten un panorama bien sombrío para el año que comienza.

No les falta razón, aunque los efectos de los descalabros en las bolsas mundiales y los de las caídas de las pirámides nacionales, e incluso internacionales, pueden ser aumentados por la sensación de pánico que se transmite entre los empresarios y los ejecutivos del sector productivo, a pesar de los llamados a la calma que los funcionarios gubernamentales hacen a voz en cuello.

En el campo aduanero, hay mucha expectativa y esperanza por parte de los empresarios del sector, no precisamente a causa de las consecuencias económicas de la llamada crisis financiera, sino por los anuncios de los cambios en la legislación aduanera.

No me he cansado de repetir que habitualmente los redactores de las modificaciones al régimen aduanero han tenido más una tendencia alcabalera, consecuencia de la fusión entre el ente recaudador y el servicio aduanero nacional que padecemos ya hace 17 largos años. Pero este año la esperanza está centrada en la presión internacional que el legislador tiene en la redacción de un nuevo cuerpo normativo aduanero.

Me atrevo a asegurar que son varios factores los que influirán en un acercamiento de nuestra normativa aduanera a los estándares internacionales: Por un lado, el equipo actual de la DIAN es eminentemente técnico y entendedor de que la aduana es más un servicio que una cacería de brujas. De otro lado, los términos negociados en el TLC con los Estados Unidos, ayudados con las asesorías que los servicios aduaneros americanos han prestado a nuestra aduana, apuntan a que nueva normatividad aduanera tendrá un matiz más cercanos a la facilitación que a la fiscalización, sin descuido de la labor de control .

Finalmente, desde el punto de vista técnico, la armonización de nuestra legislación con respecto a lo establecido en la Decisión 671 de la Comunidad Andina de Naciones, hará que nuestros regímenes y modalidades, tanto de importación como de exportación, sean más acordes con los parámetros internacionales.

Esperamos, eso sí, que los redactores no se dejen influir de la tendencia represiva, faciliten los procedimientos y en el enfoque sea más acorde con el principio de buena fe para que sean premiados los cumplidores y nuestro estatuto aduanero no se convierta en un código de policía, escrito para pícaros.

También confiamos en que se haga un verdadero ejercicio de concertación en donde no baste el ser oídos sino que se llegue a un consenso en lo fundamental para bien del país.

Enero de 2009 (*Publicado en Correo Internacional*)

CAMBIAR POR UN PROPOSITO

Por Carlos Senior Pava

Presidente del Comité jurídico nacional de FITAC

El sector privado de la economía, tanto el productivo como el de servicios habíamos pedido cambios al llamado Estatuto Aduanero, Decreto 2685/99 Resolución 4240/00; no por pedirlos simplemente sino con el propósito de que la norma se adecuara a la realidad de los negocios de comercio exterior del país.

Tenemos la experiencia de que quienes legislan sobre temas aduaneros, aunque la facultad le compete directamente al ejecutivo por decisión constitucional – cosa que no comparto-, lo hace directamente la entidad encargada del control del flujo de las mercaderías en el país, o sea la DIAN, quien dicta esas normas, repito, muchas veces a espaldas de la realidad económica nacional e internacional. Tienen un objetivo muy claro que es el control de los bienes que ingresan o salen del país, pero no lo hacen en un contexto más amplio, universal, sólo ven el problema inmediato y generalmente tratan de controlar por normas, cosa que no cuesta, pero muy raras veces se toman decisiones que impliquen procedimientos efectivos y a largo plazo.

Es por lo anterior que el sector productivo se vive quejando de que esas normas no consultan la realidad de los negocios que ellos realizan. Está claro que la función del control está en manos del estado, pero también es cierto que en un modelo de democracia comunitaria, como el que pregona el actual gobierno, las decisiones deben ser tomadas por quien le corresponde, pero en beneficio de la comunidad. Repito que la experiencia muestra cosas distintas, es decir, medidas inconsultas y en contravía de las prácticas comerciales aceptadas.

A la actual administración de la DIAN la vemos comprometida en hacer una revisión de la normatividad aduanera precisamente basada en consultar la realidad de los negocios y eso lo aplaudimos vivamente. También somos conscientes en que no todo lo existente, o lo que vendrá es perfecto. Contamos, además, con que nuestro campo, el comercio exterior es muy dinámico y, por ello, resulta práctico manejar instrumentos que se amolden a las circunstancias de cada momento. Pero, en todo caso, la norma aduanera debe tener unas bases sólidas de justicia, claridad y proporcionalidad para que sea una herramienta eficaz en el manejo del comercio exterior, en donde la facilitación vaya realmente de la mano del control.

Así las cosas, recibimos con beneplácito las medidas tomadas por el gobierno nacional a finales del año pasado. La mayoría de ellas solicitadas por el sector privado, aunque no dejan de aparecer problemas prácticos a la hora de aplicarlas.

Como en este espacio no pretendemos hacer un examen exhaustivo de las reformas introducidas al estatuto Aduanero con los Decretos 4136, 4431 y 4434 del año pasado, simplemente queremos dejar dicho que en su reunión del 28 de enero pasado, el Comité Jurídico nacional de FITAC reunido en la sede de la Federación concluyó como positivo el paquete de medidas que el gobierno dictó en materia aduanera, de manera especial la terminación de los regímenes suspensivos de derechos, en concreto las importaciones temporales de corto y largo plazo, respecto de la declaración de modificación para la terminación del régimen.

Para muchos de los aspectos legislados esperamos su pronta y clara reglamentación respecto de algunos puntos que han sido declarados como de alta preocupación, especialmente para los declarantes.

Me referiré especialmente a dos aspectos que afectan a las SIAS y que, por la experiencia en la aplicación de las sanciones hacia estos auxiliares de la función pública.

El primero es el nuevo documento soporte que se exigiría en determinados eventos señalados específicamente por actos administrativos de la Dirección General de la DIAN: Certificación o documento de la exportación expedido por parte del país de origen. Por tratarse de un documento que no es del resorte del importador y porque en muchos países ese papel no es público, se cusa inquietud respecto de la exigencia que de él se hará, sin que medie un tratado binacional que consagre esta facilidad.

De otro lado, vemos a la DIAN legislando sobre un aspecto para el que no está facultado: exigencia de licencias de importación para determinadas operaciones de comercio exterior. Que sepamos, la facultad de legislar sobre las licencias es exclusiva del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y la DIAN haría exigible para expedición, antes de la declaración de importación, de una licencia de importación para la modalidad temporal para reexportación en el mismo estado. Volveríamos a quince años atrás cuando este documento era exigible antes de la operación. Es claro que esta situación no se presentaría para todos los casos de importaciones temporales, pero no es igualmente claro ni la oportunidad ni los eventos en los que se haría exigible.

Esperamos, pues, la reglamentación, pero prevemos dificultades en la aplicación de las nuevas normas en estos aspectos.

Si esta publicación decide hacer un examen pormenorizado de las modificaciones introducidas en los decretos arriba mencionados, nos referiremos más extensamente a algunos otros aspectos de especial importancia. Por ahora baste decir que vemos con muy buenos ojos la actitud de esta administración, pero tendremos cautela para ver la reglamentación que normará la aplicación de estas nuevas medidas.

Bogotá, 11 de febrero de 2.005 (*Publicado en Correo Internacional*)

UN CIERTO TUFILLO TRIBUTARISTA

Por Carlos Senior Pava

La semana pasada, me refiero a la segunda del mes de octubre, se han sucedido algunos acontecimientos que la prensa económica calificó como catastróficos, siendo comparados sus resultados a la gran depresión de los finales de 1.929.

Pero otro acontecimiento pasó casi que desapercibido por cuenta de la ya llamada crisis económica mundial. Y destaco especialmente la pérdida de diez (10) puestos de nuestro país, en la escala de la competitividad mundial, puesto que de un magro puesto 64, caímos al 74, por debajo de países que se consideraban menos competitivos que el nuestro.

Son muchos los factores que se enumeran para esta pérdida, que se reflejará en los indicadores económicos de nuestro país y que afectará los bolsillos de quienes estamos en el sector del comercio exterior.

Ciertamente son muchos y varios de ellos ocultos a los ojos de los analistas económicos de turno.

Siempre he afirmado que nuestra legislación aduanera actual adolece de un marcado sabor tributarista que se refleja en dos consecuencias nefastas para nuestra competitividad: incertidumbre jurídica, de un lado, y costos exagerados que afectan a las empresas, que son quienes están compitiendo en los mercados mundiales.

La prevalencia del sector tributario sobre la visión del servicio aduanero, en quienes redactan las “modificaciones” al régimen aduanero ha llevado a la entronización de prácticas extrañas al Derecho Aduanero internacional, plasmado en las mejores prácticas aduaneras, recogidas en el Convenio de Kyoto para la facilitación y armonización de los regímenes aduaneros, con sus enmiendas del año 2.000.

Como ejemplo, enumero algunas de esas consecuencias, a las que nos hemos referido en otras ocasiones, como son la aplicación de la responsabilidad objetiva en el régimen sancionatorio aduanero y la presunción de culpabilidad en la aplicación del proceso de importación de mercancías.

No quiero en este corto espacio hacer un examen jurídico de la legislación aduanera colombiana, para probar mi aserto, el cual ha sido reconocido por varios Directores de la DIAN. Baste recordar los descargos rendidos en la Comisión Segunda del Senado por el Dr. Aranguren, entonces Director General de la DIAN, ante cuestionario solicitado por la Senadora Moreno Piraquive, con motivo de la primera discusión del proyecto de reforma a la ley Marco de Aduanas, hace unos años.

El no contar con una legislación de clase mundial nos hace poco competitivos. Los inversionistas extranjeros se sienten maltratados por las excesivas infracciones administrativas que plantea nuestro régimen aduanero, sobretodo con las discrecionales causales de aprehensión y decomiso de mercancías que hacen nuestros funcionarios, con interpretaciones malintencionadas de la norma.

Debe aprovechar el país, juntos los legisladores y el sector privado, dos oportunidades de oro: la redacción del nuevo estatuto para armonizar nuestra legislación con los dictados de la legislación andina y la nueva discusión del proyecto de ley para reformar la ley marco de aduanas, obsoleta y sin marcos de ninguna clase.

Ojala el sector oficial no le ponga el palo a la rueda y concerte una ley que se requiere, porque la Ley 6° de 1.971 debe actualizarse y el Congreso si debe manejar su poder legislativo, que no lo ha perdido en el tema aduanero, para armonizar nuestra normatividad con un mundo competitivo. Octubre 2008. *(Publicado en Correo Internacional)*

LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: UN MAL TRANSPLANTE TRIBUTARISTA

Por Carlos Senior Pava

Cuando los que formamos parte de la Comisión que nombró FITAC y FENALCO, para colaborar con la DIAN en los comentarios del sector privado al proyecto de reforma de la legislación aduanera colombiana, que terminó con la expedición del Decreto 2685 el 28 de diciembre de 1.999, encontramos -desde el primer borrador- un artículo que comenzaba diciendo: “*en materia aduanera la responsabilidad será objetiva*”, no nos sorprendió, pero si nos causó una profunda preocupación, pues el sector tributarista de la DIAN que trabajaba en la reforma, se aventuraba a promulgar uno de los micos más grandes en la historia aduanera de nuestro país. Nada más ajeno al derecho sancionatorio aduanero que la responsabilidad objetiva, donde la intención y, sobretodo, la realidad del daño deben ser evaluadas al momento de aplicar o no una multa.

El orangután permaneció impávido en dos o tres borradores más, e inclusive quedó encabezando el que -en la versión definitiva- sería el artículo 476 de la norma. Algunos redactores de la DIAN, que venían del sector Tributario, querían pasar a la historia consagrando un principio que en técnica y legislación aduanera universal es un esperpento. Tres personas pudimos, finalmente, excluir ese principio de la legislación aduanera en la última instancia : la Secretaría jurídica de la Presidencia. El Secretario de entonces, el Dr. Arrubla Paucar, no tuvo inconveniente para entender el despropósito jurídico que se intentaba por la simple equiparación de lo tributario con lo aduanero.

Sin embargo, todavía muchos funcionarios que tienen deberes y funciones fiscalizadoras o de sustanciación de procesos, bajo la influencia de la doctrina tributaria, siguen aplicando este principio, amparados por el hecho de que, si bien no fue consagrado expresamente, tampoco se le excluyó y como su escuela no es la aduanera, la aplican con la conciencia de estar haciendo un bien a la comunidad.

El asunto es que haciendo una armonización de la legislación aduanera vigente y comparando los diferentes principios consagrados en la norma, más la jurisprudencia vigente, tal responsabilidad debe ser erradicada de forma permanente a la hora de evaluar la aplicación del régimen sancionatorio aduanero a los distintos usuarios y auxiliares.

El tema, pues, de fondo es el de analizar si la conducta desplegada por un actor, estando desprovista de dolo y que no conduce a que se cause daño alguno al Estado, deba ser castigada, así se identifique con una de las infracciones enunciadas en el régimen sancionatorio. Dicho de otra manera, que aún si esas conductas se tipifican como meramente formales, deben ser,

o no, sancionadas, independientemente de las motivaciones y las consecuencias de la acción u omisión.

De un lado existe el principio, consagrado en el inciso segundo del ya mencionado artículo 476, de que para que una acción u omisión puedan ser sancionados deben coincidir perfectamente con la formulación de la infracción, quedando excluida y proscrita la aplicación de sanciones por interpretación extensiva de la norma, cosa a la que fue muy aficionada la administración con la legislación anterior, plagada de enormes vacíos jurídicos. Recuérdese, si no, la gran cantidad de aprehensiones por la errónea interpretación de lo que se entendía por no descripción de la mercancía (ART. 72, D. 1909/92) en donde se equiparó la defectuosa descripción con la ausencia de la misma. Sin embargo, aún asistimos -absortos- a sentencias administrativas en donde campea la interpretación extensiva; tengo ejemplos para quien los pida.

Pero donde más encontramos asidero para la proscripción de la responsabilidad objetiva, es en la formulación del principio de justicia que debe presidir el accionar de los funcionarios que tienen responsabilidades fiscales y de aplicación de sanciones. En efecto, el literal *b* del artículo segundo del Estatuto Aduanero, que consagra ese principio, dice “...*que la aplicación de las disposiciones aduaneras (por parte de los funcionarios) deberá estar presidida por un relevante espíritu de justicia y que el Estado no aspira a que al usuario aduanero se le exija más que aquello que la misma ley pretende. También -continúa la norma- deberán tener presente que el ejercicio de la labor de investigación y control tiene como objetivo detectar la introducción y salida de mercancía sin el cumplimiento de las normas aduaneras*”.

Queda claro en esta formulación que de lo que se trata es de que la fiscalización tiene como objetivo el que se persiga a quienes traen o sacan mercancía ilícitamente, no la de castigar la falta formal de los usuarios conocidos para que las sanciones alleguen dinero a las arcas del Estado.

La escuela tributarista aduanera, predicada en América especialmente por el chileno Don Carlos Anabalón, por quien profeso admiración, pero no comparto sus teorías, va más tras la huella del evasor, considerando en potencia como tal a cada usuario, hasta que no se demuestre lo contrario.

La escuela del derecho aduanero independiente, liderada por el mexicano Máximo Carvajal, con quien me identifiqué totalmente, parte de la buena fé del actor aduanero. Es así como legislaciones como la chilena y la boliviana actual, descansan sobre ese principio, que en nuestro país es un principio constitucional (Art. 83 C.N.). Pero el redactor de nuestro régimen sancionatorio parece más un arquero de fútbol: atajar goles parece su propósito; es decir, una formulación de normas para infractores

permanentes o para disuadir a quien pueda serlo, no una regulación activa y recompensadora del flujo del comercio internacional en nuestro país.

Lo normal es la aplicación de la responsabilidad objetiva en los procesos para imponer sanciones por parte de los funcionarios sustanciadores. Sin embargo parece que se hace caso omiso al mismo legislador, o al menos a su intérprete más autorizado: El Director General de la DIAN.

En un acto administrativo de carácter general, este funcionario definió claramente el alcance de la norma a través de la Circular 0175 del 29 de octubre de 2001, publicada en la edición 44.610 del Diario Oficial.

En este documento leemos, respecto de los criterios para aplicar efectivamente las acciones sancionatorias:

“..En consecuencia para su debida aplicación (las sanciones) es necesario no solo tener en cuenta que el hecho que se pretende sancionar esté expresamente consagrado en la ley...

Igualmente es importante resaltar que la jurisprudencia existente sobre la materia, determina que para que la sanción sea aplicable deben configurarse varios requisitos que conllevan a la garantía constitucional del debido proceso y de la existencia de la norma previa a la comisión del hecho a sancionar, como son:

- *Existencia de norma que tipifique el hecho como infracción.*
- *Existencia de norma legal que consagra la sanción aplicable a dicho hecho.*
- *Existencia de procedimiento para su aplicación .*
- *Configuración del daño ocasionado al Estado con la comisión del hecho.*
- *Graduación de la sanción según la gravedad de la falta*

Concluye el Dr. Santiago Rojas esos principios orientadores, de obligatoria aplicación así:

Teniendo claros los anteriores conceptos, es necesario que los funcionarios en cada caso particular, verifiquen la existencia de los mismos, pero sobretudo determinen la gravedad de la falta y el daño que se ocasiona al Estado con la comisión de los hechos de manera que al inflingirse dicho daño, resulte necesario, y viable la aplicación de la sanción”.

Lo que se requiere, pues, es criterio por parte del juez administrativo para aplicar justicia y, para ello, debe sopesar estos criterios pues ellos son definidos en la circular como necesarios para la viabilidad de la sanción: daño, gravedad y buen fe.

Con base en la legislación existente, solicitamos respetuosa, pero firmemente a la administración aduanera, aplicar estos criterios y borrar de su mente la supuesta obligación, resultante del simple trasplante tributario, de tener que aplicar la responsabilidad objetiva al momento de fallar. Si

existe algún temor de que los funcionarios serán sometidos a sanciones disciplinarias por no hacerlo, desde ahora ofrecemos nuestro apoyo y recursos legales para defender una actitud que de no ejercerse deviene en injusticia.

Será que hará falta otra reforma en la que se prohíba expresamente ese criterio de raigambre netamente tributarista?

De ser necesario emprenderemos, conjuntamente con los funcionarios con criterio netamente aduanero, una campaña para que ello sea así.

Octubre 2003. *(Publicado en LEGISCOMEX)*

AL OÍDO DEL NUEVO GOBIERNO (I)

Por Carlos Senior Pava

Tras una prolongada ausencia de esta columna, por lo que ofrezco excusas a mis lectores, vuelvo a plantear al oído del nuevo gobierno algunos puntos sobre las urgentes reformas que nuestro comercio exterior requiere.

Después de la primera reunión –hace varias semanas- del aún no posesionado gabinete del Dr. Juan Manuel Santos Calderón, se produjo un interesante documento en el que se recogieron los más importantes principios que seguiría el nuevo gobierno en su labor de dirigir la Administración pública. Lo anterior indica que si esas son sus pautas, estaremos pendientes que en el campo del comercio internacional colombiano y en especial en lo que a la administración aduanera se refiere, se cumplan a cabalidad.

No se trata de una auditoria y menos de una oposición, así sea racional, sino que las medidas y reformas que se establezcan sigan el rumbo trazado por el mismo gobierno.

Por lo anterior, de la manera más respetuosa, pero firme posible, exigiremos un cambio radical en lo que a la legislación aduanera se refiere.

Después de estar sufriendo 42 años de una dictadura del ejecutivo en el manejo de la legislación aduanera, en razón a la reforma constitucional de 1968 que negoció a favor del ejecutivo la potestad de legislar, aunque la norma superior dice –de manera eufemística- modificar, el régimen de aduanas; dictadura esta agravada por el componente tributarista de la entidad que en 1991 –segundo error histórico del comercio exterior colombiano- fusionó la DIN (Dirección de Impuestos Nacionales) y la DGA (Dirección General de Aduanas). Digo que agravada porque los principios fundamentales del derecho Aduanero colombiano e internacional se perdieron con las legislaciones redactadas desde la DIAN.

Después de todos esos errores históricos, es la hora de enmendar la plana, como se nos decía cuando hacíamos mal una tarea.

Al hacer esas aseveraciones se me pedirá que concrete en qué puntos tiene fallas nuestra legislación aduanera. Lo haré con mucho gusto, aunque para ello me demore varias entregas.

Sea lo primero tratar los temas de fondo y posteriormente sus consecuencias legislativas. Nuestra legislación no es clara al tratar sobre “la obligación aduanera” ya que bajo este título realmente se encuentran varias obligaciones. La Dirección Jurídica de la DIAN, por vía de interpretación, las ha dividido en sustanciales y formales, aunque en estas últimas cabe distinguir dos tipos de formales: las simplemente de forma y aquellas de

cuyo incumplimiento se derivaría la amenaza de incumplimiento de una sustancial.

Claramente, y en ello se sigue las pautas del derecho aduanero universal, las sustanciales consisten en PRESENTAR las mercancías de procedencia extranjera a la autoridad aduanera, en el caso de las importaciones; seguida de segunda sustancial cual es la de DECLARAR las mercaderías, objeto de comercio exterior, a la autoridad aduanera. En este caso declarar es equivalente a “manifestarla”, como se decían antes de la reforma de 1992. La consecuencia de incumplir una de estas obligaciones sustanciales, equivale a la práctica del contrabando, lo cual, desde el punto de vista administrativo, se sanciona con el decomiso, o comiso que es lo mismo, de los bienes dejados de presentar y/o dejados de declarar.

Esta práctica de la aprehensión, con fines de decomiso, se volvió, por cuenta de los legistas e intérpretes alcabaleros, la sanción común en la práctica y, por ello mismo, la forma más cercana de establecer una “negociación” entre el representante de la autoridad y el importador.

Para muchos funcionarios, redactores de la norma, el único objetivo de la DIAN es perseguir el contrabando y como toda infracción administrativa aduanera se le asemeja, o es una práctica auxiliar de este delito, HAY QUE CASTIGAR TODO ERROR U OMISION, así no cause daño al Estado.

Para un tributarista, los sujetos de obligaciones impositivas son evasores mientras no se demuestre lo contrario. Lo cual no deja de tener algo de razón porque a nadie le gusta pagar impuestos. Pero cuando esa máxima se traslada literalmente al campo aduanero, todos somos contrabandista hasta que no se demuestre lo contrario.

Nuestra actual legislación aduanera adolece de esa impronta que, traducida en términos jurídicos, es inaceptable, dado que equivaldría a desconocer el principio de la buena fe de los administrados, principio constitucional cuando se predica la presunción de ella referida a las actuaciones de los administrados.

Encontramos, pues, aquí una de las fallas de fondo de nuestra normativa aduanera: se presume la mala fe de los usuarios, bajo la óptica de una paranoia en la cual todos intentan actuaciones ilícitas.

Esto tiene consecuencias tan graves como la de aplicar la responsabilidad objetiva en los procesos administrativos aduaneros y en el enfoque de conveniencia del Estado sobre el estado de derecho, aspectos a los cual me referiré en posterior ocasión.

Bogotá, septiembre de 2010. *(Publicado en Correo Internacional)*

AL OIDO DEL NUEVO GOBIERNO (II)

Por Carlos Senior Pava

Siguiendo con los comentarios acerca de aquellos aspectos que nuestra legislación aduanera debe corregir, invoco es esta segunda entrega el trasplante descarado y crudo de la mentalidad represiva característica de los tributaristas al servicio aduanero del estado que ha llevado a consecuencias tan deplorables como las que mencionamos terminando la entrega anterior: la aplicación de la responsabilidad directa en los procesos administrativos aduaneros.

A pesar de las últimas actuaciones del Honorable Consejo de estado en el que de alguna manera comprende que la doctrina de la responsabilidad administrativa de forma objetiva y no subjetiva, no puede tener plena aplicación a los procesos aduaneros ya que en las conductas de la mayoría de los usuarios se encuentran más errores que finalidades fraudulentas. Ha sido una aberración tratar a comerciantes con una larga tradición de cumplimiento, de la misma manera que truculentos contrabandistas y todo porque la norma no distingue entre una conducta errónea, pero de buena fe y una retorcida que pretende defraudar al estado, cuando no encubrir otro tipo de delitos mucho más graves.

Pareciera muy difícil legislar para unos y para otros de manera distinta, sin embargo lo que no podemos aceptar es que se redacte una normativa para pícaros en la que igualmente caerán justos por pecadores. Proponemos la redacción de una norma para cumplidores con procedimientos encaminados a detectar a los tramposos mediante la aplicación de las modernas técnicas de administración de riesgos. Debe ser causal de un trato más favorable el poder demostrar un historial de cumplimiento y buena conducta.

Se deberá aplicar a la norma aduanera el principio de *nulla poena sine culpa* en donde el criterio sancionador sea la magnitud del daño causado al Estado, pero deberá desaparecer de la dosificación de infracciones aquellas que sean simplemente formales.

No estamos ante un texto de derecho tributario, sino ante la redacción de las normas del SERVICIO aduanero del país, el cual debe tener más en cuenta la facilitación del comercio exterior colombiano, es decir el favorecimiento de la competitividad del país en el marco del comercio internacional que la redacción de un código de policía aduanera donde cualquier conducta, cause daño o no, deba ser penalizada.

Estamos hasta la coronilla de sanciones desproporcionadas a la conducta desplegada, conducta esta que en la mayoría de los casos no conllevan daño ni al Estado ni a terceros.

Ni qué decir de la errónea aplicación de responsabilidades en la que se castiga a quien no ha actuado por actos u omisiones de terceros de quienes se presume un contubernio con aquel para intentar un fraude al Estado que ni ha sido ni puede ser demostrado, pero que se presume de oficio. Es el caso de que por la actuación u omisión del transportador, generalmente de elementos formales, se causa el decomiso de las mercancías porque se intentaba su no presentación –por vía de interpretación y no de hecho- por medio de una acción de introducirla de forma disimulada u oculta.

Por cuenta de unos pocos, pues, se legisla de manera represiva para la generalidad de los usuarios. Debemos tener una legislación de corte aduanero acorde con la normativa del derecho aduanero internacional y creer que nuestro país es de unas características tan únicas que merecemos no un código aduanero sino un manual de persecución al usuario, porque estos son potencialmente pícaros.

Bogotá, Octubre 2010. (*Publicado en Correo Internacional*)

AL OIDO DEL NUEVO GOBIERNO (III)

Por Carlos Senior Pava

En la actualidad padecemos una circunstancia muy curiosa en nuestra legislación aduanera y es que quien redacta la norma es el mismo que interpreta la misma e igualmente es juez y parte acusadora en los procesos aduaneros; además será el mismo quien condene y ejecute las sanciones. Si en algún momento hablé de dictadura administrativa en la forma de legislar en materia aduanera, ahora debo tildar de tiranía administrativa la manera como los usuarios del comercio exterior no solamente somos vistos, sino somos objeto de sanciones y decomiso de mercancías por parte de la administración aduanera.

He dicho a mis alumnos en la universidad que estamos ante una desproporción e indefensión tal, que parece una pelea de toche contra guayaba madura o, lo que lo mismo, una pelea de tigre contra burro amarrado.

Este es uno de los grandes desaciertos de nuestra legislación. La DIAN es la entidad en la que generalmente se redactan las demasiadas reformas al régimen aduanero. La misma entidad se atribuyó a sí misma la facultad de interpretar la norma, inclusive haciendo obligatoria la doctrina de la entidad para los funcionarios sustanciadores de procesos, segando de plano su capacidad de juicio. La misma entidad acusa al presunto infractor de demasiadas infracciones contempladas en la norma por ella redactada. Debe actuar como juez imparcial (de qué imparcialidad hablamos?) y finalmente debe ser el verdugo y ejecutor de las sanciones.

Es el momento de pensar en revivir, ya la hubo en otra época cuando si había servicio aduanero nacional, una instancia independiente e imparcial que resuelva los conflictos de interpretación e inclusive de controversias técnicas referidas a la correcta clasificación arancelaria o a valoración de mercancías o a su composición química y todas aquellas diferencias que surjan entre la administración y los usuarios.

Este problema no es único de nuestra legislación. En otros países y me refiero a aquellos que están a la vanguardia en el tema aduanero como Chile, han resuelto el problema con la constitución de Juntas de Aduana o Comités Administrativos de resolución de conflictos, incluso con procesos breves de manera sumaria y oral como en la legislación boliviana, compuestos por personas expertas en la materia e independientes de la autoridad aduanera.

Nuestra legislación ha otorgado un poder omnímodo a los inspectores de aduanas ya que sus actuaciones son, de derecho, imposibles de impugnar. Son ángeles que tienen la virtud de la inerrancia, al contrario de los usuarios quienes no se pueden equivocar so pena de grandes y desproporcionadas sanciones.

Estos tribunales o instancias de solución de conflictos que proponemos en la nueva legislación morigerarán las actuaciones de estos funcionarios quienes deberán responder por sus actuaciones, muchas de ellas causantes de grandes perjuicios al sector productivo, quien se siente indefenso ante estas actuaciones parcializadas y muchas de ellas equivocadas. Finalmente me referiré a otro aspecto que, en mi concepto, se debe modificar en nuestra legislación y es la interpretación por conveniencia y no por estricto derecho. La discusión se ha planteado en términos intelectuales sobre la forma de concebir la aplicación de las normas. Pero somos un estado de derecho y, por tanto, no solo la interpretación sino la aplicación de las reglas debe hacerse en estricto derecho y velando por los derechos fundamentales de los administrados. La primera expresión de esta concepción será la de una redacción de la norma clara, expresa y que no admita interpretaciones y que, desde luego, no deje vacíos que posteriormente son llenados por doctrina que se expide por conveniencia. Pero la mayor expresión de esta directriz es la de que el ejecutivo pueda tener una orientación clara en su facultad de modificar el régimen aduanero y es la de que entienda que nunca presentó una ley marco de aduanas que fuese su norte en esta noble labor de hacer las normas aduaneras con un verdadero sentido de servicio y no de represión. La actual ley 6° de 1971 no sólo está caduca, sino que ya NO TIENE MARCOS, amén de que fue presentada a la carrera con la promesa de presentar un proyecto más completo.

Si este gobierno quiere honrar lo comprometido en sus retiros de Anapoima, deberá escuchar más al sector productivo, a los usuarios pues es a ellos a quien se debe por ser ellos quienes lo eligieron.

Noviembre 2010. *(Publicado en Correo Internacional)*

Faltan cinco para el peso...

Por Carlos Senior Pava

He terminado la primera lectura del proyecto del nuevo estatuto aduanero que ha colgado la DIAN en su página web. Encuentro cosas interesantes y, sobretodo, un gran deseo de acertar de acuerdo con el lema adoptado para este nuevo cuerpo legislativo aduanero, que es el diseñar una legislación para los que cumplen.

Sin embargo, como dice el dicho popular, faltan cinco centavos para el peso. Considero que es muy difícil que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que es más impuestos que aduanas, se salga de una línea de conducta que ha mantenido durante veinte años de existencia y, por ello, como dicen quienes promocionan películas o series de televisión, de los mismos productores del 2685/99 y antes del 1919/92, se presenta esta nueva creación.

Primero tengo que destacar el hecho de que la línea de política administrativa del nuevo gobierno se quiere aplicar con todos los deseos de acertar en este nuevo proyecto: transparencia, facilitación y confianza del sector público hacia el privado. Por lo mismo, se inserta entre los principios orientadores para la aplicación de la nueva norma el principio de buena fe, ausente hasta ahora en la normativa aduanera colombiana. Se quiere mirar a los llamados operadores de comercio exterior con confianza. Pero en el cuerpo de la legislación persiste un tufillo de lo contrario, cuando conductas erróneas, pero desprovistas de mala fe, siguen siendo tratadas como dolosas.

Me refiero concretamente en este artículo a dos situaciones concretas: el tratamiento a los errores en la descripción de las mercancías y las equivocaciones de los transportadores y agentes de carga internacionales (ACI) que son causales de la aprehensión y decomiso de las mercancías.

La aprehensión y decomiso de bienes son sanciones reservadas en el derecho aduanero internacional a conductas típicas de contrabando, en las cuales siempre existe el componente doloso en la realización de estas conductas que en nuestra legislación son, hasta ciertos valores, infracciones administrativas,

Al seguir siendo estas conductas, dentro de determinadas circunstancias, causales de aprehensión y decomiso de las mercaderías es clara muestra de que los redactores de la nueva norma siguen insistiendo en el carácter malintencionado de los errores.

Está claro que se ha suavizado de manera evidente el tratamiento para estas conductas, pero también está claro que el legislador no se despoja por completo de la desconfianza hacia los operadores.

La nueva orientación de control por perfil de riesgos, debería ser suficiente para el seguimiento más cercano de operadores que no han demostrado, por tradición o desempeño, ser dignos de confianza por parte de la autoridad aduanera. Pero al seguir persistiendo en que son causales de aprehensión y decomiso, es una muestra de que ninguno de los operadores son dignos de confianza, pues la norma es genérica y no discrimina personas.

Una cosa es el principio de igualdad y otra, muy distinta, es que a todos se los mire con el mismo lente.

Se han propuesto redacciones sustitutivas en las que, sin perder de vista el control, este tipo de errores tengan un tratamiento distinto: corrección, sanciones proporcionadas para ciertos eventos, seguimiento especial para declaraciones o procedimientos erróneos, pero -fuera de ciertas excepciones también contempladas- deben desaparecer como causales de aprehensión y decomiso estas conductas. Es la ocasión para que la Administración, quien redacta la norma aduanera en nuestro país, sea audaz en estos aspectos y nos igualemos a la comunidad aduanera internacional. En entregas posteriores analizaremos algunos otros aspectos de la propuesta oficial, con soluciones acordes con el derecho aduanero internacional y la legislación comparada, tal como lo ordena la precaria ley marco de aduanas vigente.

Bogotá, enero de 2011

La Armonía en la nueva legislación aduanera.

Por Carlos Senior Pava

Ha resultado un gran acierto la estructura del proyecto de Nuevo Estatuto Aduanero. Si bien sigue el desarrollo consecutivo del Decreto 2685/99, por cuanto cuenta con los mismos 21 Títulos, al igual que la legislación actual, en muchas de esas divisiones trata los temas de manera más completa y rigurosa que el anterior.

Ya comentamos en el número anterior cómo se desarrollan de manera más completa conceptos como los principios orientadores que, desde el punto de vista de la filosofía del Derecho Aduanero, establecen no sólo pautas de conducta para los funcionarios, sino derechos concretos para los usuarios. Pero, además, imprimen un carácter especial al desarrollo de la norma que no pueden esos principios fácilmente soslayarse en el desenvolvimiento de los procesos y procedimientos aduaneros, so pena de no ser armónico.

Existe una parte del proyecto que define asuntos de una importancia capital. Después de ocuparse de los sujetos pasivos del derecho aduanero, ahora llamados operadores de comercio exterior con toda propiedad, el Título III ahonda en el concepto de la obligación aduanera, la cual no fue definida nunca en la legislación vigente, fuera de las conjeturas que se tejieron a través de conceptos doctrinales.

Ahora y antes de tratar los regímenes aduaneros, plantea una exposición prolija de esta obligación, exponiendo en qué consiste, quienes son los sujetos activos y pasivos de esta obligación, su nacimiento, su extinción y su naturaleza.

Si bien en el fondo no ha cambiado el planteamiento del Decreto 2685/99, ahora nos va a quedar más claro el asunto, que puede pasar desapercibido a quien centra el Derecho Aduanero sólo en los procedimientos.

Para el estudioso es importante este tema, dado que de él se derivan comportamientos, conductas y procesos que de no seguirse el mismo hilo jurídico, se caerá en contradicciones a lo largo de la norma.

Si la obligación aduanera tiene aspectos sustanciales y formales, es lógico que el sistema sancionatorio responda a este planteamiento jurídico y se adecue realmente a él.

No queda claro, en todo caso, en el texto positivo que las obligaciones sustanciales aduaneras no se identifican con las tributarias aduaneras.

Mientras en las primeras, su desconocimiento acarrea como pena la aprehensión y el decomiso de los bienes objeto de comercio exterior, la segunda, es decir la obligación tributaria aduanera, conlleva sólo sanciones de multa y nunca el comiso de las mercancías, además del pago de lo dejado de tributar más intereses moratorios.

El régimen sancionatorio propuesto por la DIAN define como conductas infractoras sustanciales sólo aquellas que afecten el erario público y no aquellas que afecten los aspectos sustanciales de la obligación aduanera, como son el presentar las mercancías a la autoridad aduanera y su correcta declaración ante ella.

Para estas últimas reserva un solo artículo como es el de las causales de aprehensión y decomiso de las mercancías objeto de comercio internacional. Como si no hubiese conductas, si bien cercanas a la obligación sustancial, pero que no se distancian en su totalidad con la misma y que pueden ser objeto de sanciones pecuniarias proporcionales. No encuentro, pues, en el régimen sancionatorio propuesto perfecta armonía con los principios orientadores ni con lo expuesto respecto de la obligación aduanera.

Mientras este tema no sea coordinado con los principios y la obligación aduanera, seguiremos teniendo un régimen represivo que será fácil tentación de corrupción en su aplicación por quienes tienen deberes de control y fiscalización.

Bogotá, DC, Febrero 2011

Con esos amigos...

Por Carlos Senior Pava

Releyendo las líneas con las que la DIAN introduce el proyecto de nuevo estatuto aduanero, me encuentro con un propósito muy encomiable como es el de redactar una legislación para cumplidores.

En lenguaje corriente diríamos que este es un comienzo amigable y que daría pie para que nos acercáramos, el sector privado y el público, en el campo aduanero. Este alentador comienzo termina abruptamente cuando comenzamos a leer el régimen sancionatorio aduanero que parece un listado de acciones contra el enemigo.

He contado en otra oportunidad una anécdota que sucedió por allá en el año de 1995, cuando el entonces Director General de la DIAN, nuestro cordial amigo Horacio Ayala Vela, quien armado de las mejores intenciones convocó a unos grupos de trabajo compuesto por personas del sector productivo y del sector público, representado en la DIAN, para realizar discusiones sobre la facilitación de la gestión aduanera, regida con mano de hierro por el tristemente célebre Decreto 1909 de 1992, que fue el comienzo de nuestros pesares.

Me tocó en un grupo dedicado a proponer reformas a la legislación aduanera colombiana y pertenecían a ese comité –académico por cierto-, personas de gratísima recordación de los gremios de la ANDI, FENALCO, la recién creada FITAC, ANALDEX y algunos especialistas y profesores de derecho aduanero todos estos por parte del sector privado. Por parte de la DIAN un distinguido grupo de funcionarios, abogados tributaristas en su mayoría, comandados por el entonces Jefe de la División Operativa que era un Coronel de la policía (no existía la POLFA entonces), que venía de ser Administrador de la Aduana de Medellín, precedido de una fama represiva impresionante.

Un día citó para una reunión del Comité en su despacho. La mayoría habíamos llegado temprano pero el Coronel estaba terminando la reunión, por lo que su secretaria nos acomodó en la sala de espera a la entrada de su despacho. De un momento a otro, al parecer había terminado la reunión, el Coronel se dirigió a su asistente con una voz de trueno diciendo:

-”..Fulanita, **¡Ya llegó el enemigo....?!!!**

A partir de entonces he notado que la actitud de los funcionarios aduaneros de la DIAN con los usuarios es, si bien cordial, sumamente distante, como si no quisieran que los vieran en compañía del enemigo..., perdón,... del usuario.

Entiendo las buenas disposiciones con que se redactaron las líneas correspondientes del régimen sancionatorio aduanero, pero no se compadecen para nada con el principio expuesto en la introducción de la presentación del estatuto.

Mejorar no se reduce a quitar algunas sanciones, sino a la forma de tratar el espíritu y los principios que deben regir ese régimen.

No podemos continuar con la aplicación de plano de la responsabilidad objetiva en el manejo de las sanciones aduaneras. Si se invoca el Convenio de Kyoto para justificar la reducción de la acción de las agencias de aduana, también se debe aplicar en el campo sancionatorio aduanero, en el cual no se debe ser juzgado sin atender a la intención del actor, su recorrido y el daño producido al Estado.

Lamento ver que la división entre infracciones sustanciales u formales no fue respaldada por los principios de justicia y eficiencia y menos por el de buena fe. Como dato a mencionar está el hecho de que mientras las infracciones sustanciales son 56, las formales tan solo son 9 y muchas de las llamadas sustanciales, no lo son en verdad.

La sustancialidad para los redactores, en contradicción con la obligación aduanera expuesta, se centra en el recaudo y no en la observancia de las obligaciones sustanciales aduaneras, como son la presentación y la declaración de las mercaderías. Claro que para ellas se reserva el artículo de las causales de aprehensión y decomiso de las mercancías, suavizado pero sumamente nefasto.

En fin, estas líneas no me alcanzan para exponer todo lo que se debe de modificar a un régimen sancionatorio aduanero, redactado con el temor de que parezca demasiado benevolente con los usuarios, aunque estos sean cumplidores.

Con esos amigos, para qué enemigos???

Marzo de 2011 (*Publicado en Correo Internacional*)

UN EJEMPLO DE COOPERACION

Por Carlos Senior Pava

Por primera vez una entidad aduanera del estado ha aceptado recibir una capacitación del sector privado sobre temas de su resorte. Este hecho se ha presentado gracias al espíritu de cooperación entre la Policía Fiscal y Aduanera (POLFA) y los gremios privados.

Concretamente, FITAC le ofreció una capacitación al Director de gestión de la POLFA, organismo armado perteneciente a la Policía Nacional y hoy en día sus uniformados son también funcionarios la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con atribuciones de autoridad aduanera gracias a lo dispuesto en el Decreto 4048/08 que reformó esa Unidad Administrativa Especial y que le delegó funciones aduaneros a los miembros de la POLFA.

Como persona escogida por la Presidencia de FITAC para compartir conocimientos y experiencias con las unidades adscritas a la operación de Bogotá y a Inteligencia del Nivel Central y algunos de la Policía Judicial, ha sido para mí una muy grata experiencia y una manera de explicar la visión que desde el sector productivo se tiene sobre la legislación aduanera vigentes.

Uno de los puntos más álgidos en el estudio que realizamos conjuntamente, fue sobre las causales de aprehensión de mercancías. Tengo la impresión de que las capacitaciones dadas a ellos con antelación focalizaron excesivamente los temas tratados en los artículos 502,502-1 y 502-2 del decreto 2685 de 1.999, norma aduanera vigente y que recogen las causales de aprehensión y decomiso de mercancías.

Creo haber confirmado mis temores de que un excesivo énfasis en esta sanción, reservada sólo para castigar las violaciones más graves al régimen aduanero, relacionadas con el no cumplimiento de obligaciones sustanciales aduaneras, les ha llevado a obsesionarse con este tema, de tal forma que a veces no distinguen entre infracciones que conllevan otro tipo de sanciones, incluidas las multa, suspensión o cancelación de una autorización.

Ha sido bien importante explicarles y refrescarles los principios orientadores y los objetivos jurídicos pretendidos por el legislador, consignados en el *considerando* del cuerpo normativo y en el artículo segundo del decreto antes mencionado.

Ha sido, repito, una experiencia muy gratificante y enriquecedora tanto para los miembros de la policía como para mí.

Como conclusiones hemos sacado algunos apuntes que quiero exponer en este artículo.

De un lado todos somos conscientes de que el mismo estatus de ser miembros de la policía, que si bien es un cuerpo eminentemente civil, en nuestro país tiene una connotación marcadamente militar y, por lo mismo, sus miembros tiene una altísima rotación y no siempre tienen una especial vocación hacia el tema aduanero. Están allí porque se les ordenó y no porque tengan una clara tendencia o aptitud especial hacia la actividad aduanera y son conscientes de que no durarán mucho tiempo, para seguir con su vida al servicios de la institución en otros aspectos.

Este carácter de transitoriedad hace que no todos tomen las cosas con la misma intensidad.

De otro lado la visión que se tiene del control posterior ha estado muy influida por algunos hechos. Inicialmente su formación en el tema aduanero ha sido especialmente *fiscalista* y, por ello, demasiado focalizado a la aprehensión de mercaderías de procedencia extranjera por cualquiera de las causales de aprehensión de las mismas, así sea por motivos especialmente formalistas.

Hoy en día están más concientes de que hay que aplicar los principios de eficiencia y justicia prevalentemente en su labor de control en carretera. Están mucho más convencidos de que su tarea es importante para la facilitación del comercio exterior que para realizar “*cacerías*” por motivos generalmente sin fundamento jurídico.

Uno de los eventos en que más se dificulta su comprensión y en el que generalmente se encuentran más confundidos es en el de la descripción de las mercancías. Les han inculcado que cualquier adhesivo, embalaje, o cinta que lleve un nombre, debe ser descrito en la declaración so pena del decomiso de los bienes.

Esto no es así, pero las interpretaciones de funcionarios veteranos les hacen confundir lo esencial de lo simplemente formal. Les hemos dicho que ese tema si bien no hay nada escrito definitivo, los criterios de las normas son tajantes, armonizando el texto legal con los principios de eficiencia y justicia. La Resolución 365/94 manda describir aquellos elementos esenciales para individualizar y tipificar una mercancía, diferenciándola real y efectivamente de otras de su misma especie. De forma mandatoria señala que se deben declarar los seriales de aquellos productos de determinadas subpartidas que se distinguen por ese elemento.

De otro lado, el Honorable Consejo de Estado en varias sentencias ha señalado que, por su naturaleza, no todas las mercancías deben describirse de la misma forma. Así una es la manera de describir una máquina y otra la de un químico; una de la una fibra sintética y otra la de una manufactura de plástico. No todas se distinguen por pretendidas marcas, ni se individualizan por número que aparecen en un embalaje o en un empaque desechable.

Un asunto claro que recalcamos en esta capacitación es la de tener criterio, como una forma de enfrentar sus deberes, ante exigencia sin sentido de otros funcionarios. Con criterio no solo sabrán defender sus decisiones, sino que aportarán a la competitividad del país.

Bogotá, Junio de 2.009

LAS CONFUSIONES DE UNA NORMA

Por Carlos Senior Pava

En el artículo del mes pasado me referí a la situación de confusión que se ha presentado con la descripción de mercancías como requisito para el cumplimiento de la obligación sustancial aduanera de declarar la mercadería a la autoridad aduanera y cómo, por cuenta de los vacíos de la legislación, se han atropellado los derechos de los usuarios, practicando decomisos sin razón suficiente.

Ahora me voy a referir a otra norma que por su mala redacción está afectando a los auxiliares de la función pública aduanera y que ha visto involucrar a varios de ellos en procesos que atentan no sólo contra su dignidad sino contra su hacienda, de nuevo por una interpretación extensiva de una norma cuya oscura redacción puede llevar al error al funcionario sustanciador, cuando no a tratar nuevamente de solidarizar al declarante autorizado con las obligaciones propias y exclusivas del importador, además cuando su actuación ya terminó.

Me refiero al artículo 503 del Decreto 2685/99. La parte de este artículo que me interesa resaltar, sin extrapolar el sentido de la misma es el siguiente:

“ ARTICULO 503. SANCIÓN A APLICAR CUANDO NO SEA POSIBLE APREHENDER LA MERCANCÍA.

Quando no sea posible aprehender la mercancía por haber sido consumida, destruida, transformada o porque no se haya puesto a disposición de la autoridad aduanera, procederá la aplicación de una sanción equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor en aduana de la misma, **que se impondrá al importador o declarante, según sea el caso.**

También se podrá imponer la sanción prevista en el inciso anterior, al propietario, tenedor o poseedor, o a quien se haya beneficiado de la operación, o a quien tuvo derecho o disposición sobre las mercancías, o a quien de alguna manera intervino en dicha operación, salvo que se trate de un adquirente con factura de compraventa de los bienes expedida con todos los requisitos legales. Si se trata de un comerciante, la operación deberá estar debidamente registrada en su contabilidad.

....”

Por cuenta de lo escrito en el resalto -que no es del texto original-, se está vinculando a los declarantes, cuando ellos son Agencias de Aduana, en los

procesos administrativos de cobro de la sanción, aún después de que los bienes han obtenido levante y, por cuenta de una actuación de fiscalización posterior, se determina la aprehensión y decomiso de los bienes.

Inicialmente cabe recordar que el artículo 3° del decreto ibídem hace responsable al importador de la obligación aduanera sustancial, preceptuando la responsabilidad de los intermediarios –así los sigue llamando el artículo-, por lo que se derive de su actuación. En el caso que nos ocupa, el levante ya había sido dado y la actuación de la Agencia de Aduanas ya ha finalizado al tenor de las normas aduaneras.

Si bien es conocida la posición de la autoridad aduanera respecto de la naturaleza jurídica del acto administrativo del levante, como acto de término sujeto a resolución, ello no implica que quien actuó tan solo como declarante autorizado tenga dominio sobre la mercancía, más aún cuando ésta la tiene es disposición el importador.

Seguramente el legislador se refería al evento en el que, por excepción, el declarante es el mismo importador y, por ello, indica que **según sea el caso**.

No de otra manera puede entenderse la redacción, pues concluir que es obligación del declarante, cuando sea un auxiliar de la función pública aduanera, poseer la mercancía para ponerla a disposición de la Aduana es un exabrupto que implicaría que tanto declarante como importador tienen el mismo derecho sobre los bienes y, por tanto, idénticas obligaciones.

Lo anterior contradeciría de manera flagrante la naturaleza misma del contrato de mandato que une jurídicamente al usuario con su declarante autorizado, volviendo a predicar solidaridad en las obligaciones de mandante y mandatario, error corregido en el nuevo artículo 27-4 del mismo ordenamiento jurídico.

Con este comentario quisiera alertar a los redactores de la nueva norma aduanera sobre este tipo de redacciones que confunden, por decir, lo menos tanto a los usuarios como al mismo funcionario aduanero.

Bogotá, mayo 2010

CONTROLAR NO ES ENTRABAR

Por Carlos Senior Pava

Cuando las autoridades de un país hablan de controles a determinadas actividades, los administrados enseguida pensamos en qué tipo de nuevos obstáculos nos pondrán para desplegar nuestra conducta o actividad profesional.

Es que este pensamiento surge de una inmemorial costumbre de los gobiernos en la que se confunden los conceptos de control con los de obstáculos, requisitos, prohibiciones y, en general, todo tipo de trabas.

Es cómodo, y desafortunado también, el que los gobernantes piensen que esa es la manera de controlar algo. La mayoría de las veces ese tipo de medidas acaban siendo pasto para alimentar la corrupción y no siempre logran los fines que se propusieron.

Este es el caso de algunos de los legisladores aduaneros que surgieron del bando tributarista de nuestra entidad reguladora del flujo del comercio exterior de nuestro país, aunque me atrevo a asegurar que es un mal que se ha diseminado por toda la América Latina.

Por mi condición de coordinador del estudio que ASAPRA, nuestra Asociación Internacional de Profesionales Aduaneros, realizó en convenio con la Universidad aduanera Braulio Carrillo de Costa Rica, tuve oportunidad de conocer de primera mano los trece (13) códigos que regulan la práctica aduanera en nuestro subcontinente y, por ello, puedo afirmar lo que arriba aseguré: la práctica general en nuestra actividad aduanera es que controlar es entabrar.

Basta leer algunos de los requisitos para importar en la mayoría de los ordenamientos jurídicos aduaneros o, algunos conocer casos extremos como el de Argentina, en donde se imponen tributos a la actividad exportadora, para darse cuenta de la tesis contraria a las que más adelante aventuraré sobre el tema y que constituye el título de este escrito.

Es el caso colombiano, que es el que más conozco por obvias razones, y el de algunos códigos más en los que el legislador supone la mala fe del actor del comercio exterior para regular (léase entabrar y empapelar) su actividad. Tal vez uno de los pocos casos en los que la ley presupone la buena intención es el Código de Bolivia, puesto ahora de ejemplo como legislación de vanguardia junto con la chilena. Es por lo anterior que pululan en esos articulados onerosas sanciones por infracciones que sólo existen en la mente de los escribanos. Y, como consecuencia de lo anterior, es muy grande la tentación para embadurnar en billetes la mano de quien de

manera poco clara se inventa esguinces para acomodar conductas dentro de esas infracciones.

Pero la solución a todo este asunto y la tesis de este escrito no la impongo yo. La dan quienes por años han estudiado y “padecido” el tema aduanero.

EL Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de Los Regímenes Aduaneros, hecho inicialmente en la ciudad japonesa de Kyoto, de donde toma su nombre, en su versión revisada en Bruselas el 26 de junio de 1.999, bajo el título de Protocolo de Enmienda, es una muestra de cómo se ejerce el control de mercancías sin que ello sea una traba.

No se trata en este corto espacio de resumir las normas propuestas pero de su lectura se desprende que el objetivo de las aduanas debe ser la de ejercer el control sin que se obstaculice el flujo del comercio internacional.

En el caso de Colombia y también en el de la Comunidad Andina de Naciones, sabemos que se preparan las revisiones pertinentes de la normatividad aduanera actualmente vigente, bajo la óptica del Convenio de Kyoto a sabiendas de que Colombia -al menos- no ha adherido formalmente a ese instrumento internacional.

Pero la autoridad aduanera es ahora consciente de que la internacionalización del país requiere de una aduana moderna que consulte esos acuerdos globales y esos constituye un avance monumental con respecto al pasado en donde se despreció, por decir lo menos, esta manifestación de la globalización de nuestra economía.

Leemos en el Protocolo de Enmienda en el Preámbulo al Anexo I, algunos de los principios que debe regir la actuación de la autoridad que maneja los servicios aduaneros nacionales:

“La adopción de técnicas modernas tales como la gestión de riesgos y los controles basados en auditoria, y el máximo uso factible de la tecnología de la información”.

Como ejemplo, hay países que ya hacen uso de tecnología moderna en el recibo de mercancías con aparatos de rayos x, inspección por laparoscopia, control satelital de los tránsitos aduaneros nacionales e internacionales etc. Basta asistir a reuniones internacionales como el Simposio de las Américas o los Congresos anuales de ASAPRA o ALACAT para percatarse los enormes avances de la tecnología en materia de control del flujo de mercancías por grande que sea.

Evidentemente esta tecnología no es barata pero, nos preguntamos, cuando la economía, la seguridad y el medio ambiente de un país dependen de estos controles, lo barato no sale más caro? Lo barato es controlar por medio de la pluma: articulados alambicados y restrictivos que son la mejor invitación a la corrupción y que no controlan nada: son elementos ineficaces pero baratos y políticamente manejables: “ya se tomaron la

medidas pertinentes...” es la frase de cajón que más se escucha y se difunde por los políticos de la administración, y enseguida sale un nuevo decreto o resolución que pone más trabas y que no controlan nada sino en la mente que los escribió que generalmente no conocen la operación en los puertos, aduanas fronterizas o interiores..

Celebramos la iniciativa de administración aduanera colombiana de revisar en el país y de proponer a nivel de la CAN , se re estudie la normatividad aduanera, concordando con los principios del Convenio de Kyoto e invitamos a los servicios aduaneros nacionales de nuestro continente para que inviertan, acaso con el apoyo del sector privado, en controles eficaces como los descritos en las directrices de los conocedores del asunto aduanero.

Bogotá, D.C., Febrero 2.003

GANA, GANA

Por Carlos Senior Pava

Este mes se realiza en la Universidad del Rosario un importante acontecimiento para el Derecho Aduanero colombiano. Esta prestigiosa institución universitaria organiza un Seminario Internacional de Derecho Aduanero, que ya va por su segunda versión.

A este importante evento académico están invitados profesores de España, Argentina, Ecuador y Colombia que tratan temas muy importantes sobre esta disciplina que poco es publicitada en Colombia, a pesar de los grandes problemas que aquejan a los usuarios aduaneros.

El organizador de este seminario, el Dr. Germán Pardo Carreño, quien lanzará en el marco de la actividad un nuevo libro sobre la especialidad, tuvo a bien tenerme en cuenta como profesor invitado y la disertación versa sobre las facilidades del comercio internacional versus la seguridad del tráfico de mercancías.

Este tema lo he tratado con frecuencia en estas páginas, predicando hasta el cansancio el equilibrio entre la facilitación del comercio exterior y la labor de control que ejercen las autoridades de nuestro país, que la misma legislación preceptúa. Aunque el tema se trata de una manera genérica, académica y con un enfoque nada localista, quiero ahora tocar un tema que está urticando a los usuarios de las aduanas colombianas y, que de seguir así, perjudica la competitividad de nuestro comercio exterior.

Me refiero a la descripción aduanera de la mercancía. El asunto no es de poca monta, pues en la mayoría de los casos termina con la aprehensión y el decomiso de las mercaderías.

Si bien, la autoridad aduanera ha normado -de manera demasiado genérica- el tema, los resultados de los vacíos reglamentarios son siempre adversos a importadores de buena fe, cumplidores de sus obligaciones, que por cuenta de errores o de interpretaciones demasiado rigurosas, a todas luces injustas, son tratados como los más viles contrabandistas y resultan sospechosos, cuando no indagados, de delitos de lavado de activos e infracciones cambiarias inexistentes.

Por cuenta de tres resoluciones, vetustas y mal redactadas, se identifica la obligación de describir detalladamente los bienes objeto de importación, con la mismísima obligación de declararlos.

Es claro que en el derecho aduanero universal una de las obligaciones sustanciales aduaneras es la de declarar ante la autoridad, las mercancías sujetas a este régimen aduanero. Su incumplimiento conlleva la pena aplicada al contrabando: el decomiso de los bienes, acompañado de multas,

investigaciones cambiarias y, en relación al monto del valor en aduanas de los bienes, puede ser delito de contrabando que aneja penas privativas de la libertad.

O sea que el asunto es demasiado serio para ser tratado a la ligera. Y se trata superficialmente cuando se interpreta la no declaración malintencionada, con errores que pueden ser subsanados sin perjuicio para la nación o, lo que es peor, se hacen interpretaciones extensivas del alcance de la legislación para cumplir metas de recaudo u otro tipo de acciones nada legales.

La normatividad aduanera vigente exige que los bienes sean descritos de tal forma que se tipifiquen e individualicen de manera que lo declarado no pueda sustentar jurídicamente otra importación de mercaderías similares. Lo anterior es claro, pero cometer una equivocación o una omisión en la descripción de los bienes que están bajo control aduanero, o en zona secundaria, pero soportados por una declaración en la que se omitió de buena fe algún detalle de la descripción, muchas veces incluidos en los documentos que sustentan la declaración, no puede identificarse con la conducta dolosa de quien ni siquiera se tomó la molestia de ponerlos bajo control aduanero o, en el mejor de los casos, los sustrajo a ese control sin declararlos.

El tema es largo y da para muchas elucubraciones de parte y parte. Es por ello que vale la pena que se haga una discusión seria, académica y desapasionada sobre este espinoso asunto, que tanto le ha costado al sector productivo, por cuenta de una legislación para ángeles, revestidos de inerrancia.

El Decreto 111 de 2010, ha insertado un nuevo concepto en la normativa aduanera para lograr el equilibrio, tan anhelado, entre control y eficiencia. Se trata de la creación del Sistema de Análisis de Riesgos (SAR), el cual puede ayudar a paliar los padecimientos de los importadores que hasta la fecha se sienten impotentes ante una autoridad que a la vez es juez, legislador, intérprete y ejecutor de la ley aduanera.

Si el real equilibrio se reestablece, será un gana-gana para la Administración y los usuarios.

Bogotá, Abril de 2.010

FACILITACION Y CONTROL

Por Carlos Senior pava

Ni se por qué les duele tanto a algunos funcionarios que se hable de facilitación en cuanto a la labor aduanera de la DIAN. Esta entidad tiene por ley una triple función: la administración y el control de los asuntos tributarios, es decir fiscales y de recaudo; el servicio nacional de aduanas del país y el control a la legislación cambiaria del país.

A veces les es difícil distinguir entre esta diversidad en donde la labor fiscalista y de recaudación, más represiva que de servicio, es más notoria en la administración de los impuestos nacionales y en el control cambiario que en las aduanas.

Pero le ley es claro al señalar que la labor de la administración en la parte aduanera debe mantener un sano equilibrio entre la facilitación y el control en la administración del servicio de aduanas.

De hecho en el preámbulo del Decreto 2685 de 1999, actual legislación aduanera colombiana, se insiste en estos dos aspecto. De un lado para colaborar con la inserción de la economía colombiana en los mercados internacionales conviene facilitar las operaciones de comercio exterior al sector privado, que es quien lleva la iniciativa en los negocios de comercio internacional. Esa facilitación se ve reforzada en el principio de eficiencia, uno de dos principios orientadores que el norma preceptúa a los funcionarios aduaneros.

Precisamente al referirse a este principio, la legislación resalta y recuerda a los funcionarios que ante todo son servidores públicos. Esta enunciación contiene toda la profundidad de la esencia de la aduana: un servicio público que debe llevar a la facilitación. El funcionario, pues debe tener la mentalidad de servicio y no de mando, cuando no de mangoneo, tentación fácil de caer en un cargo público que tiene mucho de discrecionalidad.

Cómo puede definirse una mentalidad de servicio? La norma indica que los principios de eficiencia y de justicia son los orientadores en la aplicación del servicio y se dan pautas claras para su aplicación práctica. Para el primero, la eficiencia les indica que el servicio debe prestarse de manera oportuna y ágil, facilitando las operaciones de comercio exterior que no son otras que las de importación y exportación.

Cuando se plantea uno estos principios así, puede uno pensar en un funcionario dispuesto más a ayudar que a entabrar, a solucionar que a complicar.

Desafortunadamente son muy pocos los casos que se pueden contar con esta actitud. Lo cual no quiere decir que juzguemos a priori a los funcionarios en general. No se puede generalizar y en este momento puedo afirmar, sin temor a errar, que desde hace unos dos años para acá, a nivel

central son más los funcionarios que tienen esta actitud que los que tercamente se aferran al poder como fin de su función.

El otro principio al que deben someterse en su labor de fiscalización y control es el de justicia, el cual se describe en la norma aduanera como atender a los principios de legalidad de tipicidad constitucionales, es decir no exigir al usuarios aduanero más de lo que la ley pretende que no es otra cosa que se cumplan los procedimientos y preceptos legales para la importación y exportación de mercancías, sin ir más allá de lo que la norma preceptúa y el legislador pretende: controlar sin entabrar, palabras que no son sinónimos.

Ojala esta nueva actitud de los funcionarios centrales se refleje en quien en el día a día atienden los asuntos aduaneros en las Direcciones Seccionales. Si se logra esta actitud, con una clara cooperación con el sector privado se logrará lo que la OMA pretende en su nueva administración: un mayor acercamiento con los administrados como clave para poner en práctica uno de los tres principales objetivos de la organización que a nivel mundial orienta a las aduanas.

Pretendemos, finalmente, que esta actitud se vea reflejada en la nueva legislación aduanera que se prepara para cumplir con los compromisos internacionales del país.

Bogotá, noviembre de 2009.

JUEZ Y PARTE

Por Carlos Senior Pava

Uno de los aspectos que las legislaciones aduaneras internacionales ponen en duda es el papel de la Administración en los procesos administrativos aduaneros.

Podrá considerarse, se preguntan los autores y expertos, consistente y justo que quien juzga sea juez y parte en el proceso?

Inicialmente encontramos que el Convenio revisado de Kyoto sobre la armonización y simplificación de los regímenes aduaneros, en su anexo general, indica que debe haber oportunidades de recursos para los administrados. Pareciera que lo que propone es que se respete el derecho de contradicción, sin entrar en detalles de cómo debe observarse este principio fundamental de los administrados.

Por otro lado, las administraciones aduaneras promulgan la facilitación de los procesos y operaciones comerciales internacionales, bajo los principios de eficiencia y economía.

Pero nos preguntamos qué tan bien lo están haciendo y de qué forman respetan el derecho de contradicción?

Inicialmente examinamos esta situación en la normatividad aduanera colombiana y encontramos que en el artículo segundo del Decreto 2685 de 1.999, se enuncian los principios orientadores de esta legislación. En su formulación indica que se deben tener en cuenta por parte de los funcionarios con labores de control y fiscalización, primeramente los principios contenidos en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. Ellos son, entre otros, los de economía, imparcialidad, contradicción y publicidad de las normas expedidas y decisiones tomadas por la administración.

A renglón seguido, define la aplicación de dos principios que considera esenciales para la correcta administración de las normas aduaneras contenidas en el mencionado decreto: Los principios de eficiencia y justicia.

En resumen, estas orientaciones se definen en que la actuación del servicio aduanero debe realizarse de forma ágil y eficiente encaminada a no exigir a los usuarios más allá de lo que la ley indica y que el objetivo del control y la fiscalización es detectar irregularidades en las operaciones de importación y exportación.

Al armonizar estos principios con todos los que se encuentran en el Código Contencioso Administrativo resumimos que el afán de la norma es el que se preste un servicio como lo esperan los usuarios, ajustado a una norma preexistente clara, transparente y formulada en forma precisa, por parte de una administración imparcial.

Pero y en la práctica si se viven?

Admiramos en la mayoría de los funcionarios su esfuerzo por aplicar estos principios en la administración de las normas aduaneras, pero pensamos que el problema se encuentra en la misma legislación aduanera.

Una cosa es formular principios y otra cosa bien distinta es que se encuentren presentes en los artículos que regulan la actividad aduanera.

Si puede considerarse imparcial una normativa en la que la misma institución es la que modifica la legislación, que en la práctica es legislar, tiene facultades para interpretarla, a través de conceptos jurídicos, la aplica a través del control; es parte en los procesos administrativos y los decide de fondo, por tanto juzga, condena y ejecuta a los particulares?

Esta forma de proceder si tutela los derechos de los usuarios del comercio exterior? Si vela por sus intereses y la competitividad de sus operaciones?

Pensamos que no, y que hay que buscar una normativa que propenda por la solución de controversias en la vía administrativa, por parte de instancias independientes y con potestad decisoria, de manera ágil y oportuna.

Igualmente, durante el proceso de importación, minimizar el impacto que tienen las decisiones omnímodas de los inspectores aduaneros, que son inapelables e incontrovertibles.

Ojala que la comisión encargada de redactar la nueva legislación, en armonía con la Decisión 671 de la Comunidad Andina de Naciones, prevea este tipo de soluciones para que los principios de economía y de justicia realmente brillen en la aplicación de los procesos aduaneros.

Bogotá, Febrero de 2.009

COMO MENORES DE EDAD...

Por Carlos Senior Pava

En el pasado Congreso de Comercio Exterior, celebrado a finales del mes pasado por la FITAC, con motivo de sus setenta años de existencia, se organizó un muy interesante foro en el que los presidentes y delegados de los más importantes gremios de la producción y del transporte dieron su visión del futuro inmediato del comercio exterior colombiano.

Entre las preocupaciones de Analdex por las amenazas que se ciernen a las exportaciones colombianas por cuenta de factores como el inmenso retraso de la infraestructura del transporte para sacar los productos de exportación, desde los centros de producción en el interior del país hasta los puertos, y la falta de previsión para resolver la congestión portuaria que enfrenta el país y que le quita dinamismo al sector del comercio internacional, se destacó la intervención del Dr. Guillermo Botero, gran amigo de la casa y Presidente de FENALCO, muy ilustrativa por el acervo de cifras y conclusiones.

Al final del foro y a la vista de las diversas soluciones presentadas por la Andi, Analdex, Asonav y -desde luego- Fenalco, pregunté a los panelistas si las autoridades del país tenían conocimiento de las soluciones presentadas por el sector privado del país.

De la respuesta saqué una conclusión que, en mi concepto, es preocupante dado el carácter repetitivo de la misma: El sector público sigue considerando al sector privado como “menores de edad” a quienes hay que consentir, pero poco caso hay que hacerles.

Le asaltan a uno cuestionamientos de si el país político sigue por un camino y la sociedad civil, incluyendo quienes generan realmente la riqueza del país, va por otro y -al final- quien pierde es la nación.

Pensábamos -tal vez equivocadamente-, que las autoridades a quienes elegimos popularmente realmente querían llevar al país por donde debería ser y no por donde ellos -tercamente- les conviene que vaya.

Espero estar muy equivocado y, desde ahora, ofrezco disculpas por mi error, pero tengo la percepción de aún sigue la insana costumbre politiquera de que tú me eliges y yo te nombro, para que más adelante me vuelvas a elegir.

Será una utopía pensar que algún día las autoridades al llegar a los cargos de representación o de nombramiento quieran hacer lo que desean que hagan quienes los eligen?

Por qué los gremios diagnostican y presentan soluciones que, o no son escuchadas, o, tras palmaditas en hombro con promesas de cambio, los elegidos hacen lo que se les da la gana y que no siempre -pocas diría- son orientadas a las verdaderas soluciones del país.

Si lo anterior fuera mentira ya tendríamos en funcionamiento no sólo el túnel de La Línea, sino las dobles calzadas desde Bogotá y Medellín a la

Troncal del Magdalena, diagnosticadas y con soluciones reales dadas por los gremios. Y qué decir de los nuevos desarrollos portuarios, nuevos por la publicidad, pero antiguos en planes entrabados por funcionarios que por su orientación política, o apetencias personales, resultan contrarias a los intereses nacionales.

Repito, que si esto es cierto por qué los estudios nacionales e internacionales señalan un retraso de cuarenta años en la infraestructura carretera, de aeropuertos y de puertos para sacar y entrar el comercio exterior colombiano?

Qué decir de nuestra legislación aduanera? Para comenzar el ejecutivo legisla sobre el tema y dice estar ceñido a una Ley Marco de Aduanas (Ley 6ª de 1.971), que también avanza hacia los cuarenta años de atraso, con cinco artículos, de los cuales sólo uno (el primero) sigue teniendo alguna vigencia, mientras que -si sustraemos los dos últimos que hablan de derogatorias y vigencias- los dos que quedan hablan de instituciones que ya no sobreviven a los caso cuarenta años de retrasos y no enmarcan nada.

Cuando alguien menciona que hay que lograr la actualización de esta ley ante las autoridades de comercio exterior, lo ven como un favorecedor de quién sabe qué delitos o artimañas oscuras.

Es acaso un delito solicitar que haya una ley que sea realmente marco, es decir que de principios orientadores y normas a las que deba ceñirse el ejecutivo cuando “modifica” el régimen aduanero? O es acaso una maniobra oscura solicitar que se favorezca a quienes estamos del lado de la formalidad y se acabe la represión que las normas aduaneras han instaurado sobre los cumplidores? Porque a los pícaros les tiene sin cuidado esas normas represivas ya que saben cómo burlarlas y, por tanto, para ellos no existen? Hasta cuándo se entrabará el comercio exterior, so pretexto de control?

Y lo peor es que los volvemos a elegir para que en las llamadas concertaciones de normas, sólo nos escuchen y, después, hagan lo que desde el comienzo querían imponer?

Triste conclusión: el sector privado sigue siendo un menor de edad y sus estudios y conceptos hay que oírlos, pero no hacerles caso, porque a las autoridades los elegimos para manden y nosotros sólo debemos obedecer como buenos niños.

Bogotá, D.C., Octubre de 2.007

NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY MARCO ADUANERA

Por Carlos Senior Pava

Somos un país distinto, eso no lo niega nadie. Por ahí corre un chiste que refleja nuestra idiosincrasia e ilustra qué tipo de personas puso Dios en este país, coronado por excelsas maravilla naturales, para compensar esa aparente generosidad con nuestra nación.

Pero creernos distintos no justifica hacer las cosas a nuestra manera como si no todo estuviera inventado. Aduaneramente hablando, invertimos muchos millones de dólares del BID y del FMI para diseñar un programa aduanero, en vez de utilizar herramientas ya exitosas en otras latitudes. El sistema informático aduanero SIGLOXXI, en sus modalidades COMEX y SYGA, fue autóctono y nos costó a los usuarios sangre y dinero para verlo funcionando, con todo y sus defectos ya que quedó trunco en prestaciones tan elementales y, a su vez, tan importantes como el pago electrónico de los tributos aduaneros, siguiendo con el uso de los famosos *stickers* que más de un dolor de cabeza le dieron a la administración aduanera por su “lavado” y/o falsificación.

En cuanto a la forma de hacer la legislación aduanera, seguimos con el mito de ser distintos y elaboramos una reforma constitucional, a contravía del uso mundial, en la cual se facultó al Ejecutivo para modificar los aranceles y el régimen de aduanas (entiéndase legislar). Aquello sucedió en 1968, durante la reforma impulsada por el Dr. Carlos Lleras Restrepo, amenazando con renunciar si no era aceptada. Pero, además se transcribió casi literalmente en la Constitución de 1991.

El Congreso, legislador natural del tema aduanero, negoció la entrega de su exclusividad para dar leyes aduaneras, como si lo hizo en 1937, con la Ley 71, única ley orgánica de aduanas que ha tenido nuestro país desde su independencia y hasta hoy, a cambio de de las reformas estuvieran ceñidas a una Ley Marco. Esta figura, tomada del derecho francés, encajaba perfectamente para justificar semejante regalo del legislativo al ejecutivo.

En el año de 1971, hace ya la bobadita de 38 años, se expide la única Ley Marco Aduanera que hemos tenido, aunque hubo algunos retoques en la Ley Marco de Comercio Exterior en 1991. Uno debe suponer que la figura jurídica, como su nombre los indica, “encajona”, por decirlo coloquialmente, la facultad de modificar el régimen de aduanas, es decir, le pone marcos a través de principios, directrices y de políticas normativas que el ejecutivo debe celosamente cuidar. Hecho esto, el Congreso se olvidó del tema aduanero y por sus barbas han pasado infinidad de reformas a la legislación aduanera colombiana. Tal cantidad ha habido que

por períodos de tiempo hay que hacer un “Estatuto” nuevo, porque nadie sabe qué es lo que está vigente. Hoy, por ejemplo rige el Decreto 2685/99, predicado como perfectos en su época, y que ya se ha modificado más de 50 veces (perdí la cuenta hace ya tiempo, puesto que la semana pasada hubo otra modificación), siendo de titanes saber qué es lo que está vigente y qué no.

Y es lógico, pues con tan formidable facultad, yo la llamo la dictadura del ejecutivo en materia aduanera, se hace uso de ella permanentemente por cada gobierno de turno o cada vez que sube un nuevo ministro.

El asunto no tendría problemas si la llamada Ley Marco realmente lo fuera. Hace 38 años existían instituciones tan beneméritas como el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, que reunía representantes de países con las mejores prácticas aduaneras, tanto que en 1974, después de la Ley Marco aduanera colombiana, expidió un cuerpo normativo formidable como fue y ha sido el Convenio para la Facilitación y Armonización de los regímenes aduaneros, expedido en Kyoto, en el que se recogen las mejores prácticas aduaneras de países civilizados, aún no desarrollados, y al cual nuestro país se resiste adherir. También existía la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio) que anunció la expedición de un código único aduanero.

Pues bien, ninguna de esas instituciones perdura, pero los dos únicos artículos en los que la Ley 6ª se refiere al tema aduanero (y sólo tiene 5 artículos esa Ley), indican que las modificaciones que el ejecutivo realice al régimen de aduanas deben consultar, podemos traducir *parecerse*, a lo indicado por el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, que ya no existe hace muchos años, y al Código Único de Aduanas de otra institución que tampoco existe y que jamás expidió dicho código.

Es decir, nuestra Ley Marco no tiene marcos. Por esa razón el ejecutivo dice estar cómodo con la Ley Marco vigente pues evidentemente puede, y de hecho lo ha hecho, hacer lo que le venga en gana con el tema aduanero. En este concepto es acompañado por algunos directivos de gremios que no han consultado con sus afiliados las reales consecuencias de falta de seguridad jurídica.

Pero eso no es todo. No contento el ejecutivo con ese instrumento, ha suplantado al legislativo en la formulación de normas, con el apellido aduanero, que superan su capacidad de normar, metiéndose a regular profesiones, crear sistemas sancionatorios con procedimientos que van más allá de sus atribuciones. Sería interminable en este artículo detallar las actuaciones por fuera de sus fueros, que el ejecutivo ha realizado al amparo de una ley sin marcos.

Es hora de que el legislativo tome cartas en el asunto y sea conciente de que no ha perdido su capacidad de legislar en materia aduanera.

La Senadora Alexandra Moreno Piraquive ha presentado para su debate, por cuarta vez, un proyecto de modificación a la Ley 6° de 1971, con la formulación de pautas y principios, si llegar al detalle que no es el propósito de una Ley Marco. Es posible que no sea la perfección en esta materia, pero invitamos al Gobierno, que predica la democracia comunitaria, a sentarse con expertos y formular una Ley Marco razonablemente orientadora del proceso aduanero, de por sí cambiante.

Bogotá, Mayo de 2009