

100202208-0545

05 de octubre de 2020

Doctora

INGRID MAGNOLIA DÍAZ RINCÓN

Directora de Gestión de Aduanas

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Tema Aduanero

Descriptores: Operador Económico Autorizado
Calificación desfavorable de riesgos
Sistema de gestión de riesgos
Información reservada
Recursos de reposición y apelación
Revocatoria tácita

Fuentes formales Parágrafo 5º artículo 6º del Decreto 3568 de 2019, modificado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015
Artículo 130 de la Ley 2010 de 2019
Artículo 71 del Código Civil
Artículo 72 del Código Civil

Asunto: Radicados Nos. 100202210-0650 de 10/06/20 y 000794 del 31/07/2020. Consulta sobre interpretación del parágrafo 5º del artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, modificado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015.

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008, este Despacho está facultado para absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, en el marco de las competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Con los radicados del asunto manifiesta en su consulta que el problema jurídico a resolver consiste en: “Determinar si con la expedición del artículo 130 de la Ley 2010 del 27 de diciembre de 2019, se configura una derogatoria tácita del parágrafo 5º del artículo 6º del Decreto 3598 de 2011, modificado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015.”

Respecto del problema jurídico planteado se pronuncia el despacho en los siguientes términos:

El artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, modificado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015, señala las condiciones para solicitar y mantener la autorización como Operador Económico Autorizado -OEA, entre las que se encuentra la referida en el numeral 6.1.6 consistente en:

“Obtener una calificación favorable por parte de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, de conformidad con las verificaciones realizadas en desarrollo de la aplicación del Sistema de Administración de Riesgos de que trata el artículo 475-1 del Decreto 2685 de 1999 o de las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.”

Con la modificación al artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, introducida por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015 se adicionó y dispuso en el párrafo 5º que cuando esa calificación es desfavorable, contra la misma proceden los recursos de reposición y apelación. Al respecto dispone el citado párrafo 5º, lo siguiente:

Parágrafo 5º. Cuando la calificación de que trata el numeral 6.1.6. del presente artículo sea desfavorable, le será notificada personalmente al solicitante por parte de la dependencia de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) que la profiera y contra esta calificación procederán los recursos de reposición y apelación ante dicha área y su superior jerárquico respectivamente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011. La interposición de los recursos suspenderá el trámite de la solicitud de la autorización como Operador Económico Autorizado. Adoptada la decisión se continuará con el trámite administrativo que corresponda.”

Por otra parte la Ley 2010 de 2019, en su artículo 130, señala:

“Información del Sistema de Gestión de Riesgos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La información y procedimientos que administra el sistema de Gestión de Riesgos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) tienen carácter reservado. Esta reserva especial le será oponible a particulares y a todas las entidades públicas, y solo podrá levantarse por orden de autoridad judicial competente.”

No cabe duda, con base en la última disposición transcrita, que tanto la información como los procedimientos del Sistema de Gestión de Riesgos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –

DIAN, gozan de un carácter reservado especial por virtud de la ley lo que deviene de la propia Constitución Política que, en su artículo 74¹, permite esa salvedad. Por mandato de la misma Ley 2010 de 2019, esa calidad de información reservada es oponible a los particulares y a todas las entidades públicas y sólo puede ser levantada por orden de autoridad judicial competente lo que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Esa información y procedimientos tienen carácter reservado porque corresponden a la inteligencia corporativa de la entidad que, con base en ellos, establece diferentes mecanismos de control y alertas respecto de los usuarios, contribuyentes, responsables y de las operaciones que por competencia debe controlar en materias tributaria, aduanera y cambiaria.

Por su parte, los recursos de reposición y apelación fueron establecidos por el parágrafo 5º del Decreto 1894 de 2015, únicamente para controvertir la calificación desfavorable emitida por la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de conformidad con las verificaciones realizadas en desarrollo de la aplicación del Sistema de Administración de Riesgos dentro de los procesos de autorización como Operador Económico Autorizado, información que como ha quedado expuesto adquirió el carácter de reservada especial en virtud de lo señalado en el artículo 130 de la Ley 2010 de 2019.

Ahora bien, la Ley 2010 de 2019 es posterior a los Decretos 3568 de 2011 y 1894 de 2015 y si bien no hizo una derogatoria expresa del parágrafo 5º del artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, adicionado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015, si lo derogó en forma tácita, en los términos de los artículos 71² y 72³ del Código Civil, al establecer en su artículo 130 la reserva especial oponible a los particulares y a las entidades públicas respecto de la información y procedimientos del Sistema de Administración de Riesgos, norma ésta última que en principio no es conciliable con el mencionado parágrafo 5º sólo en tanto no es

¹ **ARTICULO 74.** Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.

² **ARTICULO 71.** La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.
Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial.

³ **ARTICULO 72.** La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

posible dar a conocer la información y/o los procedimientos que administran el Sistema de Gestión de Riesgos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN que dieron lugar a la calificación y en consecuencia, al concepto desfavorable con el que se incumple la condición exigida en el numeral 6.1.6. del artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, modificado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015.

Nótese sobre el particular que el párrafo 5º del artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, adicionado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015, estaría derogado tácitamente únicamente respecto del numeral 6.1.6. del mismo artículo, que se refiere en concreto a la condición exigida a los interesados en ser autorizados como OEA o en conservar esa calidad, consistente en obtener una calificación favorable por parte de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de conformidad con las verificaciones realizadas en desarrollo de la aplicación del Sistema de Administración de Riesgos de la entidad y que, por su parte, el artículo 130 de la Ley 2010 de 2019 alude precisamente a la información y procedimientos que administra el Sistema de Gestión de Riesgos, siendo evidente que versan sobre la misma materia.

No obstante es preciso determinar cuál es el alcance de esa derogatoria tácita. Es decir, si es total o parcial, como lo ha señalado la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, entre otros, en el contenido en la Sentencia C- 305 de 2019 de esa Corporación⁴, referida en su consulta.

En efecto en el fallo en mención se expresa, en lo pertinente, lo que sigue:

“Al tenor de lo dispuesto en el artículo 71 del Código Civil, **la derogatoria puede ser expresa o tácita**. Es expresa cuando la nueva ley advierte que deroga la ley anterior, evento en el cual no es necesaria ninguna interpretación porque el legislador excluye de forma textual y concreta del ordenamiento uno o varios preceptos legales, desde el momento en que así lo señale la nueva disposición (...).

Por el contrario, **la derogatoria es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones incompatibles o que no pueden conciliarse con las de la ley anterior**. Según lo prescrito en el artículo 72 del Código Civil, la derogatoria tácita deja vigente en las leyes anteriores todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley. De este modo, a diferencia de lo que ocurre con la derogatoria expresa, la derogatoria de esta naturaleza

⁴ Corte Constitucional, Sala Plena. (10 de julio de 2019) Sentencia C-305/19. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]

sí hace necesaria la interpretación de ambas leyes, con el objeto de determinar cuál es la que rige la materia, o **si la derogatoria es total o parcial (...).**" (Negrita fuera de texto original)

A juicio de este despacho el alcance de la derogatoria a que se ha aludido es parcial en tanto sólo se limita a no poder proporcionar la información reservada que dio lugar a la calificación desfavorable de riesgo ni la relacionada con los procedimientos utilizados con tal propósito porque hacerlo implicaría, precisamente, violar esa reserva legal especial.

Pero esa derogatoria no involucra a los recursos de reposición y apelación los que se deben conceder y resolver en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 5º del artículo 6º del Decreto 3568 de 2011, adicionado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015, actualmente vigente, que para ello remite a la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior a fin de garantizar los derechos de contradicción y defensa de la interesada y aun cuando, con esa limitación de la reserva legal especial, resulte limitado el pronunciamiento el que, en todo caso, deberá ser motivado por razones de reserva indicando en forma precisa la norma que impide entregar la información, en este caso, el artículo 130 de la Ley 2010 de 2019.

En conclusión, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 2010 del 29 de diciembre 2019 y en virtud de lo establecido en su artículo 130, se entiende **derogado tácita y parcialmente** el párrafo 5º del artículo 6º del Decreto 3598 de 2011, adicionado por el artículo 5º del Decreto 1894 de 2015, con el alcance que ha quedado expuesto.

Es decir, ni la información reservada que dio lugar a la calificación, ni los procedimientos del Sistema de Administración de Riesgos se pueden suministrar a los interesados por estar amparados con la reserva legal especial prevista en el referido artículo 130 de la Ley 2010 de 2019; pero los recursos de reposición y apelación se deberán conceder y resolver dentro del procedimiento de autorización como OEA cuando la calificación dada por la autoridad aduanera en aplicación del Sistema de Administración de Riesgos sea desfavorable, motivándolos por razones de reserva, cuando ello resulte pertinente de acuerdo con los argumentos de inconformidad planteados en cada caso.

En los anteriores términos se resuelve su solicitud y finalmente le manifestamos que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos doctrinarios, ha publicado en su

página de internet www.dian.gov.co, la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, la cual se puede ingresar por el ícono de “Normatividad” –“técnica”–, dando click en el link “Doctrina Dirección de Gestión Jurídica”.

Atentamente,

LILIANA ANDREA FORERO GÓMEZ
Directora de Gestión Jurídica

Proyectó: Jpradaa 

Aprobó: Comité de Normativa y Doctrina Aduanera del 01/10/20