

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA PROPUESTA DE ADICIÓN AL PROYECTO DE LEY NO. 009 DE 2021 “MEDIANTE EL CUAL SE MODIFICA LA LEY 1563 DE 2012, ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL”

El presente documento tiene como objetivo establecer los motivos que dan lugar a la propuesta de adicionar al proyecto de Ley No. 009 de 2021, un capítulo a la Ley 1563 de 2012 y establecer el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia tributaria, aduanera y cambiaria:

1. Análisis constitucional de la viabilidad de incluir el arbitraje en temas tributarios, aduaneros y cambiarios:

El numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia establecía, lo siguiente:

“3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley. Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad.”

Ahora bien, el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, modificó, entre otros, el numeral 3 del artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, estableciendo que:

“3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso.”

Considerando lo anterior, es posible reconocer que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009, el requisito de “transacción” sobre los temas objeto del arbitraje no se encuentra vigente.

Adicionalmente, el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, señala, entre otros, que:

“El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.”

De acuerdo con lo anterior, es posible reconocer que los asuntos objeto del mecanismo alternativo de solución de conflictos – arbitraje – corresponde a asuntos que sean de libre disposición o aquellos que establezca la ley.

En este sentido, es posible reconocer que con los cambios incluidos por el artículo 6 de la Ley 1285 de 2009 al numeral 3 del artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia y la redacción del artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, los asuntos objeto de arbitraje serán, entre otros, los que autorice la Ley.

En consecuencia, la presente propuesta de adición tiene como objetivo incluir en la Ley 1563 de 2012, un capítulo donde se autorice el arbitraje en temas tributarios, aduaneros y cambiarios, lo cual no se encuentra limitado por la Constitución ni la Ley. Ahora bien, de ser aprobada la presente iniciativa, no existiría un vicio insuperable constitucional ni existiría una contradicción legal para que el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos sea aplicable para efectos tributarios, aduaneros y cambiarios.

Lo anterior, es soportado por los autores Santiago Lizarazo Polanco y Mateo Vargas Pinzón en el artículo académico *“Arbitraje tributario en el ordenamiento jurídico colombiano”* en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, No. 78, de mayo de 2018, donde señalan que:

“Es importante tener en cuenta que la comprensión del Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional no se puede desligar de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (270 de 1996) ni del artículo 116 de la Carta Política. Con fundamento en lo anterior, sea lo primero indicar que la procedencia del arbitramento en Colombia estuvo reservada, en sus inicios, únicamente para los conflictos “de carácter transigible”.

Como es sabido, la aludida reserva constituía el principal obstáculo jurídico para la implementación del arbitramento en materia tributaria. Es así, puesto que no se cuestiona la naturaleza indisponible del crédito tributario, en tanto que prestación de la obligación jurídica que se traba entre la Administración y el contribuyente. A pesar de ello, quienes de vieja data han abogado por la admisibilidad del arbitraje doméstico, en lo que toca con el ámbito tributario, sostenían con acierto que la prohibición jurídica solo encontraba sustento en normas de rango legal, pues no existía (ni existe) disposición de resorte constitucional que consagrara regulación semejante. En efecto, su tesis se constató con la expedición de la Ley 1285 de 2009, por medio de la cual se reformó el transcrito artículo 13 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Nótese que la norma desató la procedencia del arbitramento exclusivamente a los casos que fuesen susceptibles de ser transigidos, no solo porque era una injustificada exigencia que no dimanaba del texto constitucional, sino porque era imperativo garantizar la celeridad y eficiencia en la Administración de Justicia, todo lo cual quedó debidamente documentado en la Ponencia para el Segundo Debate 10 de la ley:

“Si dentro de los propósitos de la reforma está el de darle amplitud y dinamismo a los mecanismos alternativos al proceso judicial, lo que se debe hacer es modificar

el artículo 13 de la misma Ley 270 de 1996 que regula el arbitraje. Concretamente se podría suprimir la expresión ‘en asuntos susceptibles de transacción’ del texto vigente, para disponer, por ejemplo, que ‘la cláusula compromisoria es autónoma’, respecto de la existencia y validez de los contratos que la contienen. También se puede aprovechar la oportunidad legislativa de ocuparnos de los medios alternativos para permitir que, salvo el trámite arbitral en que una de las partes sea el Estado o alguna de sus entidades los particulares pueden acordar las reglas procesales aplicables a la solución de su controversia”.

Bajo ese contexto, y con la desaparición del primer obstáculo para la viabilidad del arbitramento en materia tributaria, únicamente se mantenía la disposición consagrada en el artículo 115 del Decreto 1818, la cual fue derogada por la entrada en vigor de la Ley 1563 de 2012. En consecuencia, se reitera que el estado de cosas actual prevé dos vías para que las controversias se puedan ventilar en el marco del procedimiento arbitral: (i) que los asuntos sean de libre disposición; o (ii) que la ley haya regulado específicamente la procedencia del arbitramento. (...).”

2. Cuestionamiento de la legalidad de los Actos Administrativos en la Jurisdicción Arbitral:

El Capítulo 3º del Título VIII de la Carta Política consagra la regulación de la jurisdicción Contencioso Administrativa. Dicho Capítulo, no establece ninguna disposición que permita establecer la posibilidad de que los árbitros, en su calidad de terceros revestidos de jurisdicción, puedan declarar o no la legalidad de actos administrativos.

Considerando que no hay una disposición constitucional que expresamente limite la facultad de los árbitros– terceros revestidos de jurisdicción – para declarar la legalidad de los actos administrativos de forma clara, se encuentra procedente que por medio de Ley se confiera esta posibilidad a dichos terceros.

Por lo anterior, el presente proyecto tiene como propósito otorgar la facultad a los árbitros para que puedan pronunciarse sobre los asuntos objeto del ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho presentadas por los administrados.

3. Principios de legalidad y de reserva de ley, y la indisponibilidad del crédito tributario

La presente iniciativa tiene como propósito permitir que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho sobre temas tributarios, aduaneros y cambiarios sean decididas por árbitros, es decir que estos puedan establecer para los casos concretos la correcta aplicación de la Ley.

En esta medida, no se busca dotar a terceros con facultades que están establecidas en la constitución ni que estos puedan de ninguna manera establecer los elementos

de los impuestos, ya que esta es una facultad exclusiva del Congreso, tal como lo indica el artículo 338 de la Constitución.

Adicionalmente, el presente proyecto no busca establecer que los casos objeto de arbitramento permitan de ninguna manera la disposición del crédito tributario. Esta iniciativa, propone establecer exclusivamente un mecanismo alternativo de solución de conflictos con el propósito de que los árbitros puedan aplicar lo establecido en la Ley y hacer cumplir dichas obligaciones en los términos establecidos por la misma.

Lo anterior, es soportado por los autores Santiago Lizarazo Polanco y Mateo Vargas Pinzón en el artículo académico *“Arbitraje tributario en el ordenamiento jurídico colombiano”* en la Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario, No. 78, de mayo de 2018, donde señalan que:

“Finalmente, respecto del principio de reserva de ley, consagrado en los artículos 338 y 150 de la Carta, bueno es explicar que no se puede confundir la reserva del poder tributario, entendido como creación de derecho positivo, con la aplicación de la ley tributaria, entendida como la actividad en la cual el funcionario revestido de jurisdicción dice el derecho. Bajo ese contexto, es obvio que la admisibilidad de arbitramento en materia tributaria no supone conferir prerrogativas a terceros para que expidan leyes o creen derecho positivo, sino que supone encomendar la función de escudriñar los supuestos fácticos y establecer, de manera imparcial y adecuada, la correcta aplicación del derecho.”

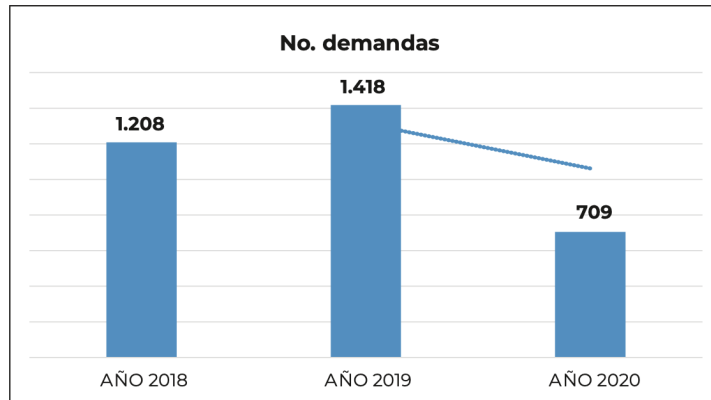
Teniendo en cuenta lo anterior, es posible considerar que la presente iniciativa concuerda con la Constitución.

+

4. Argumentos para impulsar la iniciativa:

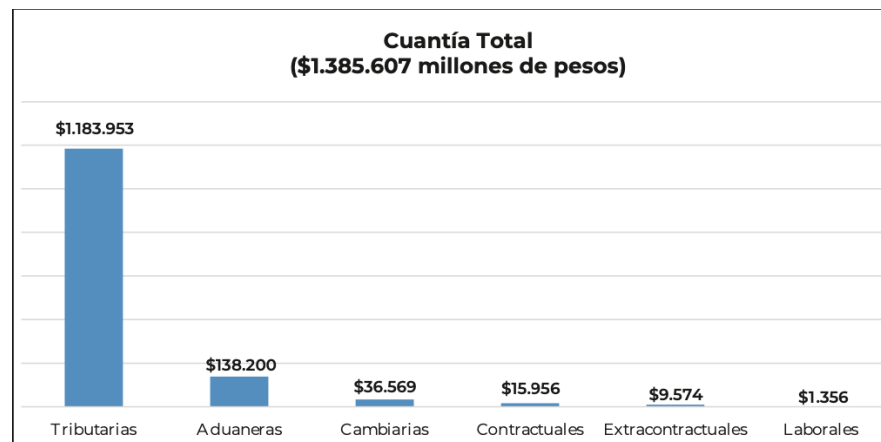
Según el informe de litigiosidad del 2020 presentado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, dicha entidad hace parte en 6.552 procesos activos y es la 9ª entidad gubernamental con mayor índice de litigiosidad. De estos procesos, el 90% corresponden a acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora bien, solo en el 2020, año de pandemia se presentaron en total 709 demandas antes la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN (Ver tabla 3)

Tabla 1 – No. de demandas presentadas ante la DIAN



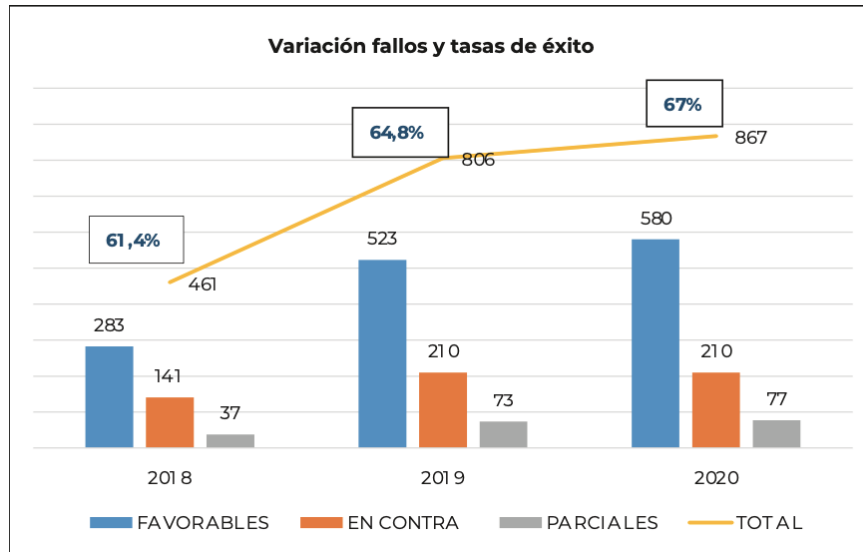
Adicionalmente, el informe de litigiosidad del 2020 presentado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, establece que la cuantía total de las pretensiones incluidas en las demandas en contra de la entidad por el periodo 2020 en temas aduaneros, tributarios y cambiarios es del total de 1.38 billones de pesos (Ver Tabla 2).

Tabla 2 – Cuantía total de las demandas contra la DIAN en 2020



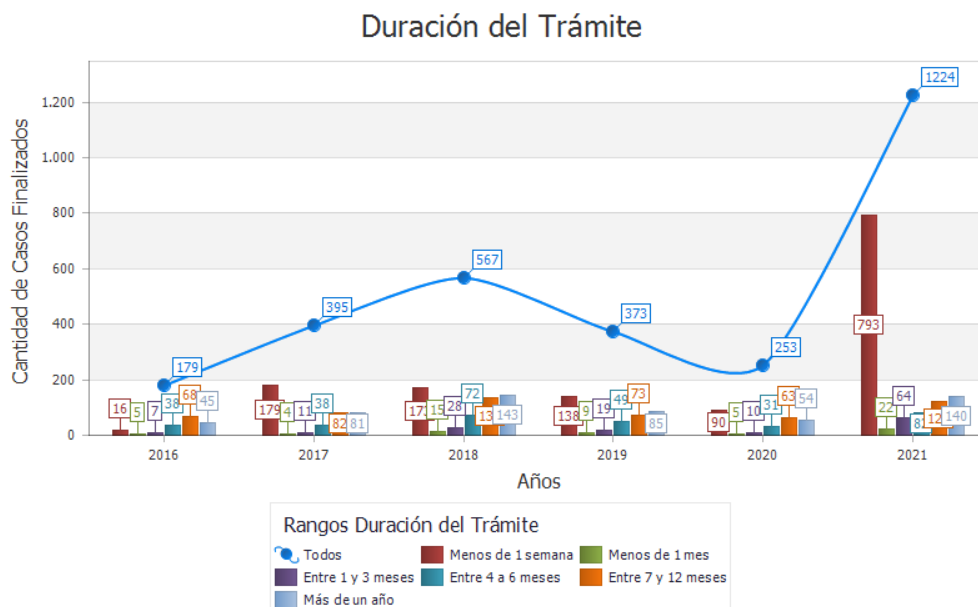
Ahora bien, es necesario señalar que según lo expuesto en el informe de litigiosidad del 2020 presentado por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuesto y Aduanas Nacionales – DIAN, la tasa de éxito de litigiosidad de la entidad en estos temas para el periodo 2020 es del 67% (Ver tabla 3).

Tabla 3 – Tasa de éxito en los procesos que participa la DIAN



Adicionalmente, según la información consultada en la página web del sistema de información de la Conciliación, el Arbitraje y la Amigable Composición (ver link: <https://www.sicaac.gov.co/Informacion/EstadisticaArbitraje>) es posible evidenciar que de la totalidad de los 1.224 procesos arbitrales iniciados en el 2020, 793 finalizaron en menos de 1 semana, 22 finalizaron en menos de 1 mes, 64 finalizaron entre 1 y 3 meses, 82 finalizaron entre 4 y 6 meses, 123 finalizaron entre 7 y 12 meses y 140 finalizaron en más de un año (Ver tabla 4).

Tabla 4 – Procesos arbitrales finalizados



Con todo lo anterior, es posible reconocer que teniendo en cuenta la eficiencia en la finalización de los procesos arbitrales, la tasa de éxito de la **DIAN**, la cuantía de los procesos y la cantidad de estos, el arbitraje permitiría alcanzar los siguientes propósitos principales:

- i) Descongestionar la rama judicial respecto de los procesos activos de nulidad y restablecimiento del derecho.
- ii) Dotar de facultades a los contribuyentes para que determinen si voluntariamente quienes acceder al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Sin embargo, se mantienen de forma intacta las facultades de los jueces.
- iii) Garantizar el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia.
- iv) El Gobierno podrá recaudar los recursos de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho en un término más eficiente.
- v) El Gobierno podrá recaudar los recursos durante un mandato presidencial y podrá utilizarlos para financiar los diferentes programas. Actualmente, los recursos de los litigios tributarios, aduaneros o cambiarios se pueden recaudar en periodos que pueden exceder los 7 años, de modo que estos solo pueden ser utilizados en los periodos presidenciales siguientes.
- vi) Los administrados no tendrían que generar reservas patrimoniales por periodos extensos y podrían utilizar dichos recursos para impulsar la economía nacional.
- vii) La eficiencia en la resolución de los conflictos permitiría garantizar la fortaleza y continuidad de los argumentos tanto de la DIAN como de los contribuyentes, ya que de lo contrario los argumentos y personas a cargo del desarrollo de estos podrían cambiar o debilitarse en el tiempo.
- viii) Colombia podría volverse más competitiva respecto a los demás países en la región en términos de inversión extranjera, ya que los inversionistas tendrían esto en cuenta a la hora de realizar sus inversiones.
- ix) Seríamos el primer país de Latinoamérica en establecer el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia tributaria, aduanera y cambiaria.