

PROYECTO DE LEY [---] DE 2023

“POR LA CUAL SE MODIFICAN ALGUNOS ARTÍCULOS DE LA LEY 1563 DE 2012 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Adiciónese un párrafo al Artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, así:

“Parágrafo. Los actos administrativos de contenido particular que sean susceptibles del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en materia tributaria, aduanera o cambiaria de competencia de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN podrán ser sometidos a arbitraje institucional en los términos de la presente ley y el laudo se proferirá en derecho.

Para el efecto, la administración o la contraparte podrán proponer un compromiso en los términos del artículo 6 de la presente Ley, en el que además se indicará la forma de designación de los árbitros y el centro de arbitraje en el cual se desarrollará el respectivo trámite. El compromiso podrá proponerse, en materia tributaria, desde la notificación de la demanda hasta el fallo de primera instancia y, en materia aduanera o cambiaria, desde la citación a la audiencia de conciliación extrajudicial hasta el fallo de primera instancia.

En el evento en el que la propuesta de compromiso sea presentada por la administración, la contraparte dispondrá de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente a su notificación electrónica para aceptar, rechazar o proponer modificaciones por escrito al compromiso. En aquellos eventos en los que la contraparte presente una propuesta de modificación, la administración dispondrá de cinco (5) días hábiles para comunicar su aceptación o rechazo.

En el evento en el que la propuesta de compromiso sea presentada por la contraparte, la administración dispondrá de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente a su comunicación para aceptar, rechazar o proponer modificaciones por escrito al compromiso. En aquellos eventos en los que la administración presente una propuesta de modificación, la contraparte dispondrá de cinco (5) días hábiles para comunicar su aceptación o rechazo.

En aquellos eventos en los que no exista aceptación expresa del compromiso no habrá lugar al arbitramento.

El Director General de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN, mediante resolución, definirá los lineamientos, políticas y procedimientos para implementar el arbitraje institucional de que trata este párrafo.”

ARTÍCULO 2. Adiciónese un párrafo al Artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, así:

*“**Parágrafo 2.** Cuando se trate de asuntos tributarios, aduaneros o cambiarios a los que se refiere el párrafo del artículo 1 de la presente Ley, los honorarios y gastos serán asumidos por el demandante.”*

ARTÍCULO 3. Adiciónese un inciso al Artículo 46 de la Ley 1563 de 2012, así:

“Cuando se trate del recurso de anulación y revisión de laudos arbitrales proferidos en materia tributaria y aduanera a los que se refiere el párrafo del artículo 1 de la presente Ley, será competente la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado y en asuntos cambiarios, lo será la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.”

ARTÍCULO 4. Adiciónese el numeral 8 al artículo 831 del Estatuto Tributario, así:

“8. La notificación del auto admisorio de la demanda arbitral.”

ARTÍCULO 5. Principios de economía y eficacia en la actuación de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – UAE DIAN. Para optimizar los recursos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –UAE DIAN en aquellas actividades que permitan, entre otras, un mayor recaudo y/o combatir conductas ligadas al incumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, el Director General, mediante resolución, definirá la política y los criterios de priorización para iniciar procesos y actuaciones administrativas a cargo de la entidad, así como para ejercer el deber de denuncia y el medio de control de reparación directa.

ARTÍCULO 6. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.



RICARDO BONILLA GONZÁLEZ
Ministro de Hacienda y Crédito Público



NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
Ministro de Justicia y del Derecho

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente documento tiene como objetivo establecer los motivos que dan lugar a la propuesta de modificar la Ley 1563 de 2012 para establecer el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia tributaria, aduanera o cambiaria y dictar otras disposiciones concordantes, contribuyendo a la economía, celeridad y eficacia en las actuaciones de la DIAN y la administración de justicia.

En desarrollo de lo anterior, el presente documento se divide en los siguientes numerales:

1. Análisis jurídico de la posibilidad de habilitar el arbitraje en materia tributaria, aduanera o cambiaria de competencia de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante “DIAN”);
2. Análisis de la tasa de éxito en la litigiosidad de la DIAN;
3. Análisis de la duración de los procesos arbitrales en otras áreas del derecho;
4. Análisis de la congestión en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia;
5. Priorización en la asignación de recursos en la Administración;
6. Análisis de impacto fiscal;
7. Consideraciones finales relacionadas con la conveniencia de la propuesta.

1. Análisis jurídico de la posibilidad de habilitar el arbitraje en materia tributaria, aduanera o cambiaria de competencia de la DIAN

El artículo 116 de la Constitución Política establece que:

“(...) Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

En este sentido, el legislador, facultado por el artículo 116 de la Constitución, incluyó en el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, 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.”

En línea con lo anterior, el legislador en el artículo 111 de la Ley 446 de 1998 estableció que:

“El arbitraje es un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, defieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral”.

De lo anterior es claro que para el momento en el que se expidieron las leyes mencionadas (Ley 270 de 1996 y 446 de 1998), los temas objeto de arbitraje requerían como requisito fundamental que fueran susceptibles de transacción o de carácter transigible.

La Corte Constitucional en su jurisprudencia adoptó de manera estricta el cumplimiento del requisito fijado por el legislador para establecer los temas sobre los cuales se podría aplicar el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos. La Sentencia C-1436 de 2000, estableció que:

“(…) Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna.

(…)

Significa lo anterior que cuando la materia sujeta a decisión de los árbitros, se refiera exclusivamente a discusiones de carácter patrimonial que tengan como causa un acto administrativo, éstos podrán

pronunciarse, como jueces de carácter transitorio. Más, en ningún caso la investidura de árbitros les otorga competencia para fallar sobre la legalidad de actos administrativos como los que declaran la caducidad de un contrato estatal, o su terminación unilateral, su modificación unilateral o la interpretación unilateral, pues, en todas estas hipótesis, el Estado actúa en ejercicio de una función pública, en defensa del interés general que, por ser de orden público, no puede ser objeto de disponibilidad sino que, en caso de controversia, ella ha de ser definida por la jurisdicción contencioso administrativa, que, como se sabe, es el juez natural de la legalidad de los actos de la administración, conforme a lo dispuesto por los artículos 236, 237 y 238 de la Carta Política. (...)."

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-174 de 2007, señaló que:

"(...) 3.1.1. Sólo se pueden someter a arbitramento los asuntos transigibles. La jurisprudencia constitucional ha señalado claramente que el arbitramento tiene límites materiales, en el sentido de que no todos los asuntos se pueden someter a la decisión de los árbitros. En términos generales, únicamente se pueden sujetar a este tipo de procedimiento los asuntos de naturaleza transigible, que pueden ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad. En consecuencia, existen ciertas materias que, por su naturaleza no transigible ni sujeta a disposición, deben necesariamente ser resueltas por los jueces de la República. (...)

3.1.3. El arbitraje en el ámbito de lo contencioso administrativo, la validez de los actos administrativos, y la resolución de conflictos contractuales de contenido económico. De particular importancia para el caso concreto que se revisa, es el tema del control de legalidad de los actos administrativos y la diferencia entre el ejercicio de tal control de legalidad y la resolución de controversias económicas que puedan derivarse de la adopción de determinados actos administrativos. A este respecto, resulta relevante una lectura cuidadosa de los reales alcances de la decisión adoptada por el pleno de esta Corporación en la sentencia C-1436 de 2000. (...)

3.1.3.2. La Corte reiteró, en primer lugar, que de la definición legal del arbitramento, se infiere que la competencia de los árbitros es restringida por límites materiales atinentes al asunto objeto de arbitramento, dado que sólo pueden pronunciarse sobre materias transigibles.

3.1.3.3. A continuación, la Corte explicó que el control de legalidad de los actos administrativos es ejercido por el Estado, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, y como contrapeso a la presunción de legalidad que ampara las manifestaciones de voluntad de

la Administración: (...) Para la Corte, el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad exclusiva del Estado en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no pueden derogar los particulares por medio de un pacto arbitral; los árbitros sólo se pueden pronunciar sobre los aspectos de los que pueden disponer las partes en conflicto, que no incluyen este aspecto del orden jurídico, el cual atañe al orden público normativo: (...)."

De acuerdo con lo anterior, es posible reconocer que esta última providencia recogió los argumentos expuestos en la Sentencia C-1436 de 2000 para establecer que los árbitros no podían determinar la legalidad de los actos administrativos.

Ahora bien, el legislador, por medio del artículo 6 de la Ley 1285 de 2009, modificó el numeral 3 del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, 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."

En este mismo sentido, el legislador en el artículo 1 de la Ley 1563 de 2012, estableció 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."

Así mismo, el artículo 118 de la Ley 1563 de 2012, derogó el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, norma que exigía el requisito de "transigible".

En este sentido, es posible reconocer que con ocasión de los cambios normativos referidos, los asuntos objeto de arbitraje serán, entre otros, los que autorice la Ley.

En consecuencia, la presente propuesta tiene como objetivo incluir en la Ley 1563 de 2012 modificaciones que autoricen el arbitraje en materia tributaria, aduanera o cambiaria, lo cual no se encuentra expresamente limitado por el texto de la Constitución ni por la Ley.

Al respecto, 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, 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 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. (...)."

Sumado al análisis anterior, es necesario resaltar que la Corte Constitucional emitió la Sentencia C-443 de 2021, donde, en un análisis de constitucionalidad de la Ley 2061 de 2020 *"Por medio de la cual se aprueba el "Convenio entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa para evitar la doble tributación y prevenir la evasión y la elusión fiscal con respecto a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio" y su "Protocolo", suscritos en Bogotá, República de Colombia, el 25 de junio de 2015."*, indicó lo siguiente:

"(...) 221. Finalmente, el párrafo 5 prevé la posibilidad de someter a arbitraje las cuestiones no resueltas por las autoridades competentes de los Estados contratantes, si tales autoridades y la persona que planteó el caso están de acuerdo y esta última acepta estar vinculada por la decisión del tribunal o junta de arbitraje. Sin embargo, esta posibilidad no aplica cuando un tribunal judicial o administrativo de uno de los Estados ya ha proferido una decisión sobre dicha cuestión, la cual será vinculante para ambos Estados contratantes.

222. Este artículo es compatible con la Constitución por cuatro razones. Primero, el artículo regula un mecanismo de solución de controversias propio de los convenios de doble imposición, que es conforme con los artículos 9 y 226 de la Constitución. Segundo, este precepto no excluye el uso de los recursos internos, "con lo cual, no se quebranta la soberanía de los Estados Partes [sic]". Tercero, se trata de una cláusula que busca la eficacia en el cumplimiento de los fines del Convenio y, al mismo tiempo, "reconoce el peso de los derechos del afectado". Cuarto, la posibilidad de acudir al arbitraje se ajusta a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución, en relación con el alcance y los límites de la justicia arbitral. En efecto, el literal b) del párrafo 5, (i) claramente señala el carácter excepcional de ese mecanismo para la solución de controversias entre los Estados Contratantes; (ii) otorga prevalencia a la justicia estatal, con lo cual, además, respeta el ámbito de la soberanía nacional en las relaciones internacionales de los Estados (artículo 9 de la Constitución); y (iii) no desconoce el principio de voluntariedad o libre habilitación, porque se sustenta en el acuerdo previo, libre y voluntario de las partes de someter sus desacuerdos a la solución de un tercero. (...)."

En esta medida, actualmente se cuenta con cambios normativos, como los introducidos por la Ley 1285 de 2009 y 1563 de 2012, que permitirían extender el arbitraje a asuntos que sean expresamente autorizados por el legislador.

Por otra parte, resulta pertinente destacar la proliferación en la implementación de métodos alternativos de resolución de conflictos en materia tributaria, como lo es el arbitraje tributario. Al respecto, la doctrina internacional ha coincidido en la conveniencia de este método, teniendo en cuenta los altos niveles de litigiosidad en la materia y la congestión de los jueces administrativos, así como la relación más equilibrada, entre administración-administrado, que se propicia en este tipo de escenarios.

Australia, Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Países Bajos, Hong Kong, China, Italia, México, Gran Bretaña, Estados Unidos, entre otros países, han adoptado alguna forma de método alternativo de resolución de conflictos en materia tributaria. Concretamente, desde el año 2001 hacia adelante, países como Estados Unidos, Portugal y Venezuela cuentan con disposiciones que permiten el arbitraje tributario. En la actualidad, jurisdicciones como México y Perú están dando las discusiones correspondientes, con miras a lograr la incorporación del arbitraje tributario en sus respectivas legislaciones.

A continuación, un gráfico que resume los mecanismos implementados por algunas jurisdicciones:

Países AT	Mecanismo consensual	Objeto. Ámbito de aplicación	Regulación legal	Oportunidad para interponerla	Órganos intervinientes -además de las partes-
Alemania "Bundesministerium der Finanzen"	1. Acuerdo sobre los hechos (. 2. Mediación	Cuestiones de hecho.	Jurisprudencia y Ordenanza Administrativa	1. Procedimiento administrativo 2. Instancia Judicial	Partes 2. Jueces calificados -diferente del que resuelve la causa-
España -Agencia Española de Administración Tributaria AEAT-	Acta con acuerdo	Cuestiones de hecho y derecho.	Ley General Tributaria Art. 155 y sgts.	Comprobación y fiscalización	Partes
EE.UU. -Internal Revenue Service IRS-	1.- Remisión Temprana (Early Referral). 2.- Mediación de tracto Abreviado ("Fast Track Mediation"). 3.- Resolución de tracto Abreviado ("Fast Track Settlement). 4.- Mediación (Mediation) 5.- Arbitraje (Arbitration)	1.2.3 y 4. Cuestiones de hecho o de derecho. 5. cuestiones de hecho. 1. todos los contribuyentes 2. Pequeños contribuyentes y microempresas 3. Medianos y grandes contribuyentes 4 y 5. Contribuyentes en general	Código de Rentas Internas (Internal Revenue Code IRC) : 1. Section 7123 IRC. Revenue procedure 99-28. 2. Revenue Procedure 2003-41 IRS 3. Revenue Procedure 2003-40, Part. IV. IRS 4. Section 7123 IRC. Revenue Procedure 2009-44 5. Section 7123 IRC. Revenue Procedure 2006-44	1. procedimiento de fiscalización. 2 y 3.- procedimiento administrativo 4. apelación del acto administrativo 5. recurso contra el acto administrativo	1.2.3 y 4. Oficina de Apelaciones (Órgano dentro del IRS). 5. Interviene un tercero (funcionario del IRS diferente al que intervino o bien de organizaciones privadas).

Países AT	Mecanismo consensual	Objeto. Ámbito de aplicación	Regulación legal	Oportunidad para interponerla	Órganos intervinientes -además de las partes-
Gran Bretaña -Her Majesty's Revenue and Customs HMRC-	1. "Early neutral evaluation" 2. "Facilitated discussion" 3. "Mediation"	Cuestiones de hecho y derecho	Tax Management Act 1970. HMRC, Resolving Tax Disputes: Guidance	1. fiscalización o comprobación 2 Y 3 procedimiento administrativo.	1. técnico experto ajeno a las Partes 2. "Dispute Resolution Unit" dentro del HMRC 3. tercero externo del HMRC. "Center of Effective Dispute Resolution CEDR"
Italia -Agenzia delle Entrate-	1.- Acuerdo con Adhesión (Accertamento con adesione) 2.-Reclamo y mediación (Il Reclamo e la Mediazione) 3.Conciliación Judicial ("Conciliazione Giudiziale")	Cuestiones de hecho o de derecho. Aplica a todos los contribuyentes	1. Dec. Leg. N° 218/97, arts. 5, 6 y 12. 2. Dec. Leg. N° 546/92, art. 17 bis. 3. Dec. Leg. N° 546/92, art. 48, bis y ter.	1. fiscalización o comprobación. 2. recurso contra acto administrativo 3. instancia judicial	1. Partes. 2.- área de la Administración tributaria, distinta de la que dictó el acto. 3. Poder Judicial. "Commissione Tributaria".
México -Servicio de Administración Tributaria SAT-	Acuerdo conclusivo	Cuestiones de hecho y derecho Aplica a todos los contribuyentes	Código Fiscal de la Federación, Capítulo II, Título III, arts. 69 C a 69 H	Fiscalización o comprobación. Antes de la notificación del acto de determinación al contribuyente	Tercero externo del SAT. Defensor del Contribuyente. Procuraduría de la Defensa del Contribuyente
Portugal	Arbitraje	Cuestiones de hecho y derecho Determinadas reclamaciones. ¹	Decreto Ley N° 10/2011	Impugnación del acto administrativo	Tercero ajeno a las partes. Centro de Arbitraje Administrativo (CAAD, Centro de Arbitragem Administrativa)
Venezuela -Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria SENIAT-	1.Transacción judicial 2.Arbitraje Tributario	Cuestiones de hecho y derecho.	Código Orgánico Tributario. Capítulo V Transacción judicial. Capítulo VI Arbitraje Tributario	Instancia judicial	Partes y el Poder Judicial

Gráfica tomada de: MARTINOLI, Carol. "Fórmulas Alternativas para la Resolución de Conflictos Tributarios. Análisis de Derecho Comparado". Págs. 61-62. XXV Concurso de Monografías. Instituto de Estudios Fiscales y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias. Panamá, 2017. Disponible en: https://www.ciat.org/Biblioteca/ConcursosdeMonografia/XXV-2017/xxv_1_Premio_Martinoli.pdf

2. Análisis de la tasa de éxito en la litigiosidad de la DIAN

La consulta de Ekogui, la base de datos asociada al Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado Colombiano, con corte a mayo de 2023, acumula un total de 16993 procesos en los que la DIAN ha estado involucrada, como demandado o demandante, desde 1988. De este total, el universo relevante es el de los procesos activos, que suman 7112 y representan cuantías por valor de \$27.3 billones de pesos; estos agrupan litigios de toda índole, que incluyen entre otras causas aprehensiones ilegales de mercancías, no pagos de la prima técnica y litigios tributarios propiamente dichos (en su gran mayoría relacionados con liquidaciones oficiales, alrededor del 90% del total).

Si se multiplica esta cifra por la tasa de éxito del último año para los litigios en términos de montos (la cual fue del 54%¹), la DIAN podría obtener decisiones favorables inicialmente por valor de \$14.7 billones de pesos. Como no todos los litigios de la DIAN tienen que ver con su función recaudadora, la DIAN toma una posición conservadora para elegir los pleitos que podrían incrementar el recaudo en caso de obtener fallos favorables, mientras se termina de depurar la base de datos con el propósito de identificar de mejor forma los litigios con incidencia en el proceso administrativo y financiero de la función recaudadora.

Así las cosas, para efectos de proporcionar un conjunto más preciso se eligen las reparaciones directas y las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho relacionadas con el impuesto sobre la renta, el IVA, los decomisos de mercancía y las contribuciones de obra pública donde, la base que resulta comprende 2572 litigios, que en cuantía ascienden a alrededor de \$16.8 billones de pesos.

De esta forma, el recaudo esperado resulta de multiplicar la cuantía agregada en un tipo de litigios por la probabilidad de obtener en ellos un fallo favorable, calculada como el promedio de la probabilidad de éxito observada para los últimos cinco años en litigios de la misma naturaleza². La probabilidad de éxito en este caso es de 83.5%, por lo que el valor estimado que se esperaría obtener por este concepto es de \$14 billones de pesos.

Sumado a lo anterior, en el presente proyecto de ley se incluye un mecanismo para realizar la priorización para iniciar procesos y actuaciones administrativas a cargo de la DIAN. Este criterio permitirá una mayor eficiencia en el uso de los recursos por parte de la entidad, puesto que la habilita para priorizar los procesos más relevantes, generando una expectativa de mayor recaudo. Con ello, por concepto del conjunto de medidas del presente proyecto de ley se estima un valor total a obtener de \$15 billones de pesos.

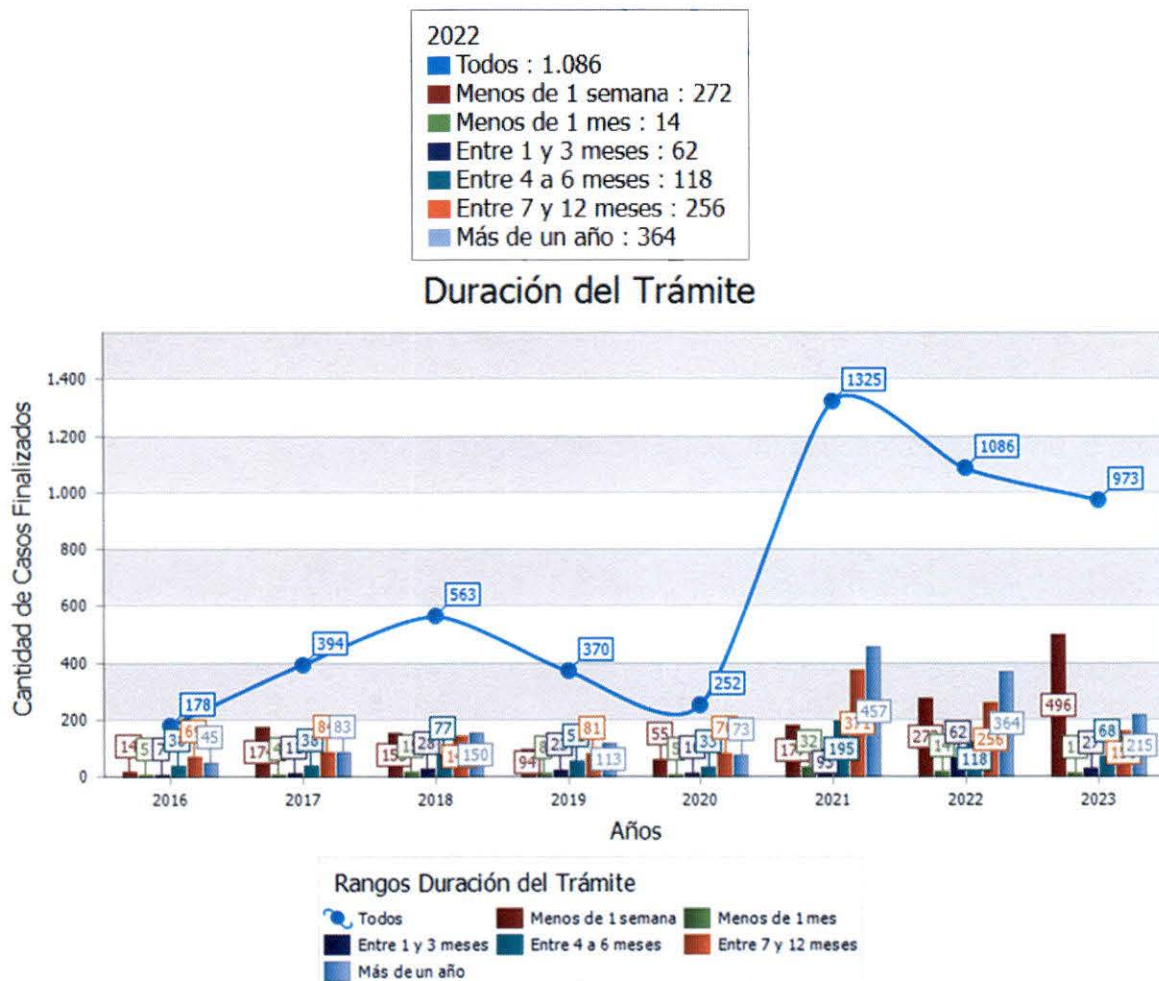
3. Análisis de la duración de los procesos arbitrales en otras áreas del derecho

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 1086 procesos arbitrales iniciados en el 2022, 272 finalizaron en menos de 1 semana, 14 finalizaron en menos de 1 mes, 62 finalizaron entre 1 y 3 meses, 118 finalizaron entre 4 y 6 meses, 256 finalizaron entre 7 y 12 meses y 364 finalizaron en un periodo de más de un año (Ver Gráfica No. 1). Lo anterior, permite reconocer como el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos genera de forma clara una reducción en el término de duración de las controversias.

¹ Disponible en el Informe de Litigiosidad de la entidad para 2022.

² La probabilidad observada se mide como la razón entre los valores de las cuantías falladas favorablemente y el valor total de las cuantías.

Gráfica No. 1 – Duración de los procesos arbitrales en el 2022.



4. Análisis de la congestión en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia

Según la información publicada en el enlace de la Corporación Excelencia en la Justicia – CEJ (ver link: <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/efectividad/indice-de-congestion-de-la-jurisdiccion-contencioso-administrativa/>), es posible evidenciar que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia cuenta con un índice de congestión del 64% para el 2020 (Ver Gráfica No. 2). El promedio del índice de congestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia durante los últimos 9 años es del 58%. Lo anterior, demuestra de forma clara que actualmente la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia requiere de herramientas que permitan la descongestión del sistema.

Gráfica No. 2 – índice de congestión de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Colombia.



De lo anterior es posible reconocer que actualmente existe una congestión considerable en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo cual evidencia la necesidad de implementar mecanismos alternativos de solución de conflictos, tal como el arbitraje en materia tributaria, aduanera o cambiaria.

5. Priorización en la asignación de recursos en la Administración

El artículo 209 de la Constitución Política establece los principios de la función administrativa dentro los cuales están los de economía y eficacia. La jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha referido a estos principios en varias ocasiones. Al respecto, ha explicado que el principio de **economía** debe interpretarse en concordancia con el artículo 334 de la Constitución Política que supone que “la Administración debe tomar medidas para ahorrar la mayor cantidad de costos en el cumplimiento de sus fines”³. Por su parte, **la eficacia** exige a la Administración el cumplimiento cabal de sus fines. En conjunto, estos principios imponen a la Administración el deber de cumplir sus objetivos con una adecuada relación costo-beneficio, en otras palabras, actuar de forma eficiente⁴. Sobre este punto, se resalta lo señalado en la Sentencia C-035 de 1999:

“Los principios de eficacia, economía y celeridad que rigen las actuaciones de las autoridades administrativas, constituyen precisamente orientaciones que deben guiar la actividad de éstas para que la acción de la administración se dirija a obtener la finalidad o los efectos prácticos a que apuntan las normas constitucionales y legales, buscando el mayor beneficio social al menor costo. (...) El posible conflicto entre la efectividad de los aludidos principios de la función administrativa y la necesidad de cumplimiento de los deberes sociales del Estado se resuelve en beneficio de esto último, porque es inconcebible que aquéllos predominen sobre el bien superior de atender valiosos deberes sociales del Estado, como son los atinentes a la preservación del ambiente. Por consiguiente, el ideal es que se realicen dichos deberes sociales, conciliando la efectividad de éstos con la conveniente, prudente y necesaria observancia de dichos principios.”

³ Corte Constitucional. Sentencia C-643 de 2012.

⁴ Sentencia C-849 de 2005.

Así las cosas, el artículo que se propone tiene por objeto contribuir al desarrollo de estos principios en la administración tributaria. De acuerdo con la norma se faculta al Director General de la DIAN para que defina la política y los criterios de priorización para iniciar procesos y actuaciones administrativas, así como para ejercer el deber de denuncia de manera razonable y, consecuentemente, iniciar el medio de control de reparación directa.

La priorización de las actuaciones de la DIAN estará dada en función de varios factores, dentro de los cuales se destacan (i) el mayor recaudo y (ii) la lucha frontal contra conductas asociada al incumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras o cambiarias.

De acuerdo con lo informado por la Subdirección de Asuntos Penales de la DIAN, a la fecha, existen 50.777 procesos activos por denuncias presentadas por el delito de la omisión del agente retenedor (previsto en el artículo 402 del Código Penal). La cuantía de dichos procesos se acerca a los \$2.5 billones de pesos; sin embargo, la siguiente gráfica muestra como el 58% de la mayor cuantía se concentra en el 5.79% de los procesos, lo que se traduce en que el 94,21% de los recursos de la administración se destinan a gestionar el 42% de la cuantía. En este sentido, aplicar metodologías de priorización para el ejercicio del deber de denuncia permitirá enfocar estos recursos en procesos que, en atención a su mayor cuantía, representan un potencial mayor recaudo.

Denuncias 2022

Situación actual denuncias por omisión de agente retenedor

Denuncias omisión de agente retenedor 2022
\$Miles

Acumulado Cuantía	Acumulado Denuncias
0.1%	8.80%
0.4%	20.69%
1.7%	35.67%
3.3%	45.62%
5.3%	53.15%
13.5%	71.34%
29.3%	88.32%
42.0%	94.21%
60.6%	98.25%
69.3%	99.14%
81.2%	99.77%
100.0%	100.00%



Fuente: Cálculos SAP con base en información del Aplicativo Ferraguti

En este sentido, el ejercicio de la función administrativa, acudiendo a parámetros de optimización y racionalización, como son los criterios de priorización que propone la norma, permite que no solo la administración tributaria, aduanera y cambiaria, sino también la propia administración de justicia se enfoque en aquellas conductas que resultan especialmente nocivas, ya sea por el monto involucrado o por el andamiaje empleado para su realización.

Por último, esta facultad radica en cabeza del director general de la DIAN porque es quien dispone de la mejor información para definir tales criterios. De otra parte, las decisiones que se tomen al respecto por cada una de las áreas deben motivarse.

6. Análisis de impacto fiscal

El artículo 7 de la Ley 819 de 2003 establece, entre otras cosas, que *“(...) Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (...)”*.

En el caso particular de esta iniciativa, el Gobierno nacional no prevé que se planteen gastos adicionales por lo que no se advierten presiones de gasto que no estén contempladas actualmente en el MFMP, en la medida en que: i) los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 1 del proyecto de ley serán sometidos al arbitraje institucional existente, razón por la cual no se crearán nuevas instancias ni tribunales de arbitramento; y ii) los honorarios y gastos generados en los casos en los cuales haya voluntad de las partes para iniciar un proceso de arbitramento, serán asumidos por el demandante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 del mismo proyecto de ley.

Por su parte, la aprobación del proyecto de ley tendría un impacto favorable sobre el recaudo del Gobierno Nacional Central de alrededor de \$15 billones de pesos, de manera consistente con lo dispuesto en esta exposición de motivos.

En este sentido, se entiende que la eventual aprobación del proyecto de ley no genera impactos fiscales adversos para el Gobierno nacional, que se aparten de las proyecciones establecidas en el MFMP y que, en consecuencia, puedan comprometer la sostenibilidad fiscal del país o afectar el cumplimiento de la Regla Fiscal.

7. Consideraciones finales relacionadas con la conveniencia de la propuesta

La presente propuesta, además de alcanzar los objetivos señalados a lo largo del presente documento, también incluye los siguientes aspectos de conveniencia:

7.1 Brindar herramientas a los contribuyentes para que determinen si voluntariamente quieren acceder al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Lo anterior no elimina ni modifica la posibilidad de que los administrados puedan continuar utilizando el sistema tradicional de administración de justicia. Ahora bien, acogerse al arbitraje le permitirá, en principio, acceder a una solución basada en derecho en un menor término.

7.2 Los administrados no tendrían que generar reservas patrimoniales por periodos extensos.

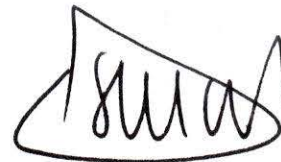
7.3 Colombia podría convertirse en un país más competitivo respecto a los demás países en la región en términos de inversión extranjera, ya que los inversionistas tendrían esto en cuenta a la hora de realizar sus inversiones.

Teniendo en cuenta los motivos anteriormente expuestos, el Gobierno nacional, a través de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Justicia y del Derecho, presenta a consideración del Congreso de la República el Proyecto de Ley "Por la cual se modifican algunos artículos de la ley 1563 de 2012 y se dictan otras disposiciones."

Atentamente,



RICARDO BONILLA GONZÁLEZ
Ministro de Hacienda y Crédito Público



NÉSTOR IVÁN OSUNA PATIÑO
Ministro de Justicia y del Derecho

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General (Art. 100 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día 22 del mes Noviembre del año 2022

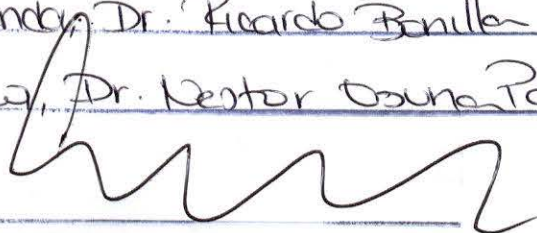
se recibió en este despacho el proyecto de ley

Nº. 198 Auto Legislativo Nº. _____, con todos y

cada uno de los requisitos constitucionales y legales

por: Ministro de Hacienda, Dr. Ricardo Bonilla

Ministro de Justicia, Dr. Néstor Osuna Patiño



SECRETARIO GENERAL