

República de Colombia



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

RESOLUCIÓN NÚMERO DE

(0219)

28 FEB. 2024

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades
ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y
VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.”

LA VICEMINISTRA DE DESARROLLO EMPRESARIAL

En ejercicio de sus facultades legales y en especial las que le confiere el Decreto 210 de 2003, el artículo 36 de la Ley 1437 de 2011, la Ley 1004 de 2005, el Decreto 1289 de 2015, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2147 de 2016 y sus modificaciones, de acuerdo con la delegación conferida mediante la Resolución No. 0946 del 13 de septiembre de 2021, y el nombramiento otorgado mediante Decreto 0808 del 25 de mayo de 2023, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Acto de Calificación No. 001-20 del 25 de julio de 2020, la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, autorizó a la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** identificada con **NIT. 901.289.997-7**, como Usuario Industrial de Bienes y Servicios, de dicha zona franca.

Que el 12 de mayo de 2022, mediante requerimiento de información No. 2-2022-014377, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, requirió a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para que allegara listado de usuarios calificados en dicha zona franca.

Que el 23 de mayo de 2022, mediante radicado No. 1-2022-015087, la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, allegó listado de usuarios vigentes, dentro del cual se incluyó al usuario Industrial de Bienes y Servicios **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

Que el 18 de agosto de 2022, mediante oficio No. 2-2022-024509, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, requirió a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para que allegará radicado de la notificación realizada al Ministerio de Comercio,

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Industria y Turismo, sobre la calificación del usuario **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

Que el 06 de septiembre de 2022, mediante radicado No. 1-2022-026773, la señora Ledys Morellis Castro, Representante Legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, informó: "(...) En relación con el Acto de Calificación de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S., el mismo no fue cargado en la plataforma, ni informado al MINCIT en los términos establecidos para tal fin (...)".

Que el 26 de septiembre de 2022, mediante oficio No. 2-2022-028350, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, informó a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**: "(...) En cuanto a la calificación de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S., como Usuario Industrial de Bienes y Servicios, se procederá a realizar la verificación de los requisitos por parte de este Despacho, sin embargo, le recordamos la obligación del Usuario Operador establecida en el numeral 1 de artículo 74 de Decreto 2147 de 2016. (...)".

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 y 80 del Decreto 2147 de 2016, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, realizó el control posterior respecto de los requisitos para la calificación del Usuario Industrial de Bienes y Servicios **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, identificando que no se aportó el certificado de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria de la sociedad, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN (No. 6, Art. 80, D. 2147/2016, modificado por el Art. 14, D. 659/2018).

Que de acuerdo con lo anterior, el 12 de octubre de 2022, mediante oficio con radicado No. 2-2022-030217, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, requirió a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, a través del correo electrónico: contabilidad@daabon.com.co, autorizado para notificación personal, según lo consignado en el Certificado de Existencia y Representación Legal emitido por la Cámara de Comercio de Santa Marta, para que allegara información respecto a: "(...) certificado de deudas de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S., representante legal, socios y accionistas, en materia tributaria, aduanera y cambiaria, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y composición accionaria.", como requisito de la calificación del Usuario Industrial de Bienes y Servicios **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

Que el 02 de noviembre de 2022, mediante radicado No. 1-2022-033453, la señora Ledys Morellis Castro, Representante Legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S. US**, allegó oficio No. 119201242-1414 del 14 de septiembre de 2019, suscrito por el señor Julio Cesar Torres Castellar, de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el cual no se identificó a la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

Que al verificar la documentación aportada por la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, no se observó certificación de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** y en consecuencia el día 13 de diciembre de 2022, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, requirió por segunda vez a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para que allegara

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

información respecto a: "(...) certificado de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S.", como requisito de la calificación.

Que el 03 de enero de 2023, mediante radicado No. 1-2023-000179, la señora Ledys Morellis Castro, Representante Legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, allegó:

1. Comunicación del 26 de diciembre de 2022, suscrita por el señor Luis Guillermo Peña Díaz en condición de Representante Legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, dirigida a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, mediante la cual solicitó certificación de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria.
2. Correo electrónico de fecha 26 de diciembre de 2022, dirigido a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, donde se solicitó certificado de deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, identificada con NIT. **901.289.997-7**.

Que mediante Resolución No. 0259 del 02 de marzo de 2023, se autorizó a la sociedad **ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.** con NIT. **900.166.187-6**, como Usuario Operador de la **ZONA FRANCA LAS AMÉRICAS**.

Que al verificar la documentación aportada por la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, se observó que no se cumplió con el requisito para la calificación del usuario **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, específicamente el establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, toda vez que la solicitud de la certificación ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, fue posterior a la calificación de este usuario, es decir, la solicitud de la certificación del usuario se realizó el 26 de diciembre de 2022 y la calificación del usuario se dio el 25 de julio de 2020; cabe precisar que aparte de ser posterior a la calificación, dicha solicitud fue realizada por el usuario calificado y no por el usuario operador como lo dispone el mencionado requisito. En consecuencia, este Despacho emitió la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023, por la cual se dejó sin efecto la calificación como Usuario Industrial de Bienes y Servicios de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, calificada en la Zona Franca Permanente Las Américas.

Que surtido el trámite de notificación del contenido de la decisión de la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023, las sociedades **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, **ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.** Usuario Operador actual de la **ZONA FRANCA LAS AMÉRICAS** y **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, mediante escritos radicados bajo el No. 1-2023-036765 y No. 1-2023-036748 del 12 de octubre de 2023, respectivamente, interpusieron recurso de reposición contra el acto administrativo constituido por la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023, con la oportunidad prevista en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011.

Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, contenido en el título de la actuación administrativa, se dispone:

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

"ARTÍCULO 36. Formación y examen de expedientes. Los documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente, al cual se acumularán, con el fin de evitar decisiones contradictorias, de oficio o a petición de interesado, cualesquiera otros que se tramiten ante la misma autoridad. (...)".

Que de conformidad con el artículo 36 antes citado, este Despacho procede a resolver en el presente acto administrativo la contestación de los recursos de las sociedades **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.** Usuario Operador actual de la **ZONA FRANCA LAS AMÉRICAS y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.,** interpuestos contra el acto administrativo constituido por la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023.

I. RECURSO.

I.I. Sustentación de los Recursos.

I.I.I. Los recurrentes **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., y ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.,** sustentan su recurso de la siguiente manera:

"(...) 4. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

4.1. Inexistencia de incumplimiento de requisitos para la calificación por parte del usuario industrial

a) Descripción legal del requisito previsto en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016

Como consta en el Acto de Calificación No. 001-20 del 25 de julio 2020, el Usuario Industrial presentó solicitud de calificación el 6 de abril de 2020.

El numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, vigente para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, establece como requisito para la calificación de usuarios de zonas francas permanentes, no tener deudas exigibles a favor de la DIAN en los siguientes términos:

"6. El solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no pueden tener deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes, según certificación de deudas expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, la cual deberá ser solicitada por parte del usuario operador de la zona franca permanente donde pretenda calificarse la persona jurídica solicitante."
(Subrayado fuera de texto)

El numeral transcrito dispone en su primera parte, el requisito que debe cumplir el solicitante para efectos de su calificación como usuario de zona franca, esto es, que ni él, ni sus representantes legales, socios o accionistas y personal directivo, a la fecha de presentación de la solicitud, tengan deudas exigibles a favor de la DIAN.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

En su segunda parte, el numeral transcrito prescribe que cuando el medio para acreditar el cumplimiento del requisito sea una certificación expedida por la DIAN, la solicitud correspondiente debe ser presentada por el usuario operador ante el cual se presenta la solicitud de calificación.

Esta última parte del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 corresponde a la modificación introducida por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, pues la norma original del Decreto 2147 citado, sí establecía como único medio de prueba la certificación expedida por la DIAN y solicitada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (...).

b) Forma de incumplimiento del requisito

Como se expuso en el literal anterior, la primera parte del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 dispone que el requisito que debe cumplir el solicitante para efectos de su calificación como usuario de zona franca, consiste en que, ni él, ni sus representantes legales, socios o accionistas y personal directivo, a la fecha de presentación de la solicitud, tengan deudas exigibles a favor de la DIAN.

De esta manera, este requisito sólo se incumple cuando, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, tanto el solicitante como los demás sujetos relacionados en el numeral mencionado, tienen deudas exigibles a favor de la DIAN.

Si bien el artículo 42 del CPACA (...), las decisiones que adopten las entidades administrativas, dentro de las cuales se encuentra El Ministerio, deben fundamentarse en las pruebas e informes disponibles, en el caso que ocupa este recurso, no existe evidencia en el expediente administrativo que demuestre dicho incumplimiento. Por el contrario, como se demostrará a continuación con las pruebas aportadas y las que se solicitan con este recurso, el requisito fue cumplido por inexistencia de deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud.

c) Libertad probatoria

Conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA (...), durante la actuación administrativa se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales y se admiten todos los medios de prueba señalados en el Código General del Proceso.

Por lo anterior, tanto dentro de la actuación administrativa de calificación del Usuario Industrial, como en la actuación administrativa de control posterior adelantada por El Ministerio, debió admitirse y practicarse cualquier prueba tendiente a corroborar la existencia o no de deudas exigibles con la DIAN para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, si la manifestación del solicitante generaba dudas al usuario operador de la Zona Franca o a El Ministerio.

Por último, el artículo 9 del Decreto 19 de 2012, prohíbe exigir documentos e información que reposa en otras entidades, en los siguientes términos:

"ARTICULO 9. PROHIBICIÓN DE EXIGIR DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN LA ENTIDAD: (...)

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Parágrafo. (...). Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública"

Lo anterior significa que, no solo es admisible cualquier medio de prueba para demostrar los hechos que configuran el cumplimiento de los requisitos previstos para la calificación de los usuarios de Zona Franca, sino que la información que reposa en la DIAN sobre deudas exigibles, de requerirse para corroborar la inexistencia de deudas exigibles, debió ser solicitada por el Ministerio dentro de la actuación de control posterior para verificar si para la fecha de presentación de la solicitud de calificación el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN.

d) Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 Violación de los principios generales y especiales de las actuaciones y procedimientos administrativos

Tal como lo exige el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación de usuario de zona franca, el Usuario Industrial, sus representantes, accionistas y personal directivo, NO tenían deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria a favor de la DIAN.

Este hecho pudo ser corroborado, de requerirse dicha corroboración, por El Ministerio o por el Usuario Operador ante quien se presentó la solicitud de calificación. En todo caso el cumplimiento del requisito, en los términos descritos en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 se presentó con la NO existencia de deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud de calificación.

Por supuesto, en caso de que en desarrollo de la facultad de verificación prevista en el artículo 79 del Decreto 2147 de 2016, El Ministerio encuentra, por cualquiera de los medios probatorios admisibles, que para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN, debe proceder a dejar sin efectos la calificación como usuario de zona franca. Por el contrario, si por cualquiera de los medios probatorios admisibles dentro de la actuación administrativa, NO encuentra deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud, resulta ilegal la decisión de dejar sin efecto la calificación como usuario de zona franca.

Como en este caso, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN, la resolución recurrida debe revocarse, por cumplimiento del requisito previsto en la ley.

4.2. Violación de los principios generales y especiales de las actuaciones y procedimientos administrativos

Con la decisión adoptada en la resolución recurrida, El Ministerio viola los principios de legalidad y prevalencia de los sustancial, que orientan las actuaciones administrativas.

a) Violación del principio de legalidad

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

El principio de legalidad funda sus bases en que el poder del Estado y cada una de sus entidades, se ejerce en cumplimiento de los términos precisos establecidos en la Constitución y la ley. Es decir, que las actuaciones administrativas se encuentran limitadas en su accionar a las prescripciones constitucionales y legales.

Respecto del principio de legalidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

"El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas." (...)

El Ministerio violó el principio de legalidad al desconocer y modificar la descripción legal del requisito que invoca como incumplido.

La norma legal, esto es el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, establece de manera precisa que el requisito para obtener la calificación es NO tener deudas a la fecha de presentación de la solicitud, pero modifica la descripción legal al establecer en la resolución sanción que el requisito consiste en obtener una certificación de la DIAN, acción que además, se encuentra en cabeza del usuario operador calificador y no del solicitante, en caso de que la inexistencia de deudas generara alguna duda y requiriera corroborarse.

ZONA FRANCA LAS AMERICAS Y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S. sí cumplieron el requisito legal en los términos previstos en la norma: No tenían deudas exigibles a favor de la DIAN para la fecha de presentación de la solicitud de calificación como usuario de zona franca.

b) Violación del artículo 84 de la Constitución Política

El artículo 84 de la Constitución Nacional establece que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

El trámite de calificación de usuario de zona franca está regulado en el Decreto 2147 de 2016, el cual consagra de manera expresa los requisitos para la calificación en su artículo 80.

En relación con el requisito de inexistencia de deudas en cabeza del solicitante, el numeral 6 del artículo mencionado lo consagra de la siguiente manera:

"6. El solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no pueden tener deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes, según certificación de deudas

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN"

En este sentido, con fundamento en la descripción legal del requisito y en cumplimiento de la norma constitucional, al particular solicitante de la calificación no puede exigírsele más de aquello previsto legalmente como requisito, esto es, NO tener deudas exigibles a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud de calificación como usuario de zona franca.

c) Violación del principio de prevalencia de lo sustancial

El principio de prevalencia del derecho sustancial indica que si el derecho sustancial que debe hacerse siguiendo un procedimiento contenido en un derecho formal, se cumplió, se da como válido aun cuando no se haya cumplido el derecho formal.

Si en gracia de discusión se aceptara que el requisito de no existencia de deudas a favor de la DIAN exigiera, del solicitante, adicionalmente, adelantar el proceso de obtención de una certificación expedida por dicha entidad, en virtud del principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, el requisito se entiende cumplido con el hecho de la inexistencia de deudas exigibles sin el procedimiento de obtención de la certificación que lo corrobora, toda vez que, las formalidades no pueden impedir el objetivo del derecho sustancial: obtener la calificación si no se tienen deudas exigibles a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud.

4.3. Conclusiones

Con fundamento en los argumentos expuestos se concluye que:

- a) El trámite de calificación de usuarios de zonas francas está regulado en el Decreto 2147 de 2016.
- b) El numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, vigente para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, es claro al establecer que el requisito que debió cumplir el solicitante consiste en que ni él, ni sus representantes, accionistas y directivos tengan deudas a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud de calificación.
- c) Tal como lo certifica el representante legal del Usuario Industrial y lo puede certificar la DIAN, la sociedad no presentaba deudas exigibles a favor de la DIAN para el 6 de abril de 2020, fecha en la que fue presentada la solicitud de calificación de usuario de zona franca ante el usuario operador calificador.
- d) La norma que consagra el requisito de no existencia de deudas exigibles a favor de la DIAN no impone la carga en cabeza del solicitante beneficiado con la calificación, de obtener una certificación expedida por la DIAN sobre inexistencia de deudas.
- e) Ni el Usuario Industrial, sus representantes legales, accionistas y personal directivo, NO tenían deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria a favor de la DIAN tal como lo exige el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación de usuario de zona franca.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

- f) El Ministerio violó el principio de legalidad al desconocer y modificar la descripción legal del requisito que invoca como incumplido, por cuanto la norma legal del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, establece de manera precisa que el requisito para obtener la calificación es no tener deudas a la fecha de presentación de la solicitud (...).

I.I.II. El recurrente **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, sustenta su recurso de la siguiente manera:

"(...) 4. MOTIVOS DE INCONFORMIDAD

4.1. Inexistencia de incumplimiento de requisitos para la calificación por parte del usuario industrial

a) Descripción legal del requisito previsto en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016

Como consta en el Acto de Calificación No. 001-20 del 25 de julio 2020, el Usuario Industrial presentó solicitud de calificación el 6 de abril de 2020.

El numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, vigente para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, establece como requisito para la calificación de usuarios de zonas francas permanentes, no tener deudas exigibles a favor de la DIAN en los siguientes términos:

"6. El solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no pueden tener deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes, según certificación de deudas expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, la cual deberá ser solicitada por parte del usuario operador de la zona franca permanente donde pretenda calificarse la persona jurídica solicitante."
(Subrayado fuera de texto)

El numeral transcrito dispone en su primera parte, el requisito que debe cumplir el solicitante para efectos de su calificación como usuario de zona franca, esto es, que ni él, ni sus representantes legales, socios o accionistas y personal directivo, a la fecha de presentación de la solicitud, tengan deudas exigibles a favor de la DIAN.

En su segunda parte, el numeral transcrito prescribe que cuando el medio para acreditar el cumplimiento del requisito sea una certificación expedida por la DIAN, la solicitud correspondiente debe ser presentada por el usuario operador ante el cual se presenta la solicitud de calificación.

Esta última parte del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 corresponde a la modificación introducida por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, pues la norma original del Decreto 2147 citado, sí establecía como único medio de prueba la certificación expedida por la DIAN y solicitada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (...).

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

b) Forma de incumplimiento del requisito

Como se expuso en el literal anterior, la primera parte del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 dispone que el requisito que debe cumplir el solicitante para efectos de su calificación como usuario de zona franca, consiste en que, ni él, ni sus representantes legales, socios o accionistas y personal directivo, a la fecha de presentación de la solicitud, tengan deudas exigibles a favor de la DIAN.

De esta manera, este requisito sólo se incumple cuando, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, tanto el solicitante como los demás sujetos relacionados en el numeral mencionado, tienen deudas exigibles a favor de la DIAN.

Si bien el artículo 42 del CPACA (...), las decisiones que adopten las entidades administrativas, dentro de las cuales se encuentra El Ministerio, deben fundamentarse en las pruebas e informes disponibles, en el caso que ocupa este recurso, no existe evidencia en el expediente administrativo que demuestre dicho incumplimiento. Por el contrario, como se demostrará a continuación con las pruebas aportadas y las que se solicitan con este recurso, el requisito fue cumplido por inexistencia de deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud.

c) Libertad probatoria

Conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA (...), durante la actuación administrativa se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales y se admiten todos los medios de prueba señalados en el Código General del Proceso.

Por lo anterior, tanto dentro de la actuación administrativa de calificación del Usuario Industrial, como en la actuación administrativa de control posterior adelantada por El Ministerio, debió admitirse y practicarse cualquier prueba tendiente a corroborar la existencia o no de deudas exigibles con la DIAN para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, si la manifestación del solicitante generaba dudas al usuario operador de la Zona Franca o a El Ministerio.

Por último, el artículo 9 del Decreto 19 de 2012, prohíbe exigir documentos e información que reposa en otras entidades, en los siguientes términos:

"ARTICULO 9. PROHIBICIÓN DE EXIGIR DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN LA ENTIDAD: (...)

Parágrafo. (...). Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública"

Lo anterior significa que, no solo es admisible cualquier medio de prueba para demostrar los hechos que configuran el cumplimiento de los requisitos previstos para la calificación de los usuarios de Zona Franca, sino que la información que reposa en la DIAN sobre deudas exigibles, de requerirse para corroborar la inexistencia de deudas exigibles, debió ser solicitada por el Ministerio dentro de la actuación de control posterior para verificar si

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

para la fecha de presentación de la solicitud de calificación el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN.

d) Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016

Tal como lo exige el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación de usuario de zona franca, el Usuario Industrial, sus representantes, accionistas y personal directivo, NO tenían deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria a favor de la DIAN.

Este hecho pudo ser corroborado, de requerirse dicha corroboración, por El Ministerio o por el Usuario Operador ante quien se presentó la solicitud de calificación. En todo caso el cumplimiento del requisito, en los términos descritos en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 se presentó con la NO existencia de deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud de calificación.

Por supuesto, en caso de que en desarrollo de la facultad de verificación prevista en el artículo 79 del Decreto 2147 de 2016, El Ministerio encuentra, por cualquiera de los medios probatorios admisibles, que para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN, debe proceder a dejar sin efectos la calificación como usuario de zona franca. Por el contrario, si por cualquiera de los medios probatorios admisibles dentro de la actuación administrativa, NO encuentra deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud, resulta ilegal la decisión de dejar sin efecto la calificación como usuario de zona franca.

Como en este caso, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN, la resolución recurrida debe revocarse, por cumplimiento del requisito previsto en la ley.

4.2. Violación de los principios generales y especiales de las actuaciones y procedimientos administrativos

Con la decisión adoptada en la resolución recurrida, El Ministerio viola los principios de legalidad y prevalencia de los sustancial, que orientan las actuaciones administrativas.

a) Violación del principio de legalidad

El principio de legalidad funda sus bases en que el poder del Estado y cada una de sus entidades, se ejerce en cumplimiento de los términos precisos establecidos en la Constitución y la ley. Es decir, que las actuaciones administrativas se encuentran limitadas en su accionar a las prescripciones constitucionales y legales.

Respecto del principio de legalidad, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

"El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

sancionador. Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas." (...)

El Ministerio violó el principio de legalidad al desconocer y modificar la descripción legal del requisito que invoca como incumplido.

La norma legal, esto es el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, establece de manera precisa que el requisito para obtener la calificación es NO tener deudas a la fecha de presentación de la solicitud, pero modifica la descripción legal al establecer en la resolución sanción que el requisito consiste en obtener una certificación de la DIAN, acción que además, se encuentra en cabeza del usuario operador calificador y no del solicitante, en caso de que la inexistencia de deudas generara alguna duda y requiriera corroborarse.

El Usuario Industrial sí cumplió el requisito legal en los términos previstos en la norma: No tenían deudas exigibles a favor de la DIAN para la fecha de presentación de la solicitud de calificación como usuario de zona franca.

b) Violación del artículo 84 de la Constitución Política

El artículo 84 de la Constitución Nacional establece que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

El trámite de calificación de usuario de zona franca está regulado en el Decreto 2147 de 2016, el cual consagra de manera expresa los requisitos para la calificación en su artículo 80.

En relación con el requisito de inexistencia de deudas en cabeza del solicitante, el numeral 6 del artículo mencionado lo consagra de la siguiente manera:

"6. El solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no pueden tener deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes, según certificación de deudas expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN"

En este sentido, con fundamento en la descripción legal del requisito y en cumplimiento de la norma constitucional, al particular solicitante de la calificación no puede exigírsele más de aquello previsto legalmente como requisito, esto es, NO tener deudas exigibles a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud de calificación como usuario de zona franca.

c) Violación del principio de prevalencia de lo sustancial

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

El principio de prevalencia del derecho sustancial indica que si el derecho sustancial que debe hacerse siguiendo un procedimiento contenido en un derecho formal, se cumplió, se da como válido aun cuando no se haya cumplido el derecho formal.

Si en gracia de discusión se aceptara que el requisito de no existencia de deudas a favor de la DIAN exigiera, del solicitante, adicionalmente, adelantar el proceso de obtención de una certificación expedida por dicha entidad, en virtud del principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, el requisito se entiende cumplido con el hecho de la inexistencia de deudas exigibles sin el procedimiento de obtención de la certificación que lo corrobora, toda vez que, las formalidades no pueden impedir el objetivo del derecho sustancial: obtener la calificación si no se tienen deudas exigibles a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud,

4.3. Conclusiones

Con fundamento en los argumentos expuestos se concluye que:

- a) El trámite de calificación de usuarios de zonas francas está regulado en el Decreto 2147 de 2016.*
- b) El numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, vigente para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, es claro al establecer que el requisito que debió cumplir el solicitante consiste en que ni él, ni sus representantes, accionistas y directivos tengan deudas a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud de calificación.*
- c) Tal como lo certifica el representante legal del Usuario Industrial y lo puede certificar la DIAN, la sociedad no presentaba deudas exigibles a favor de la DIAN para el 6 de abril de 2020, fecha en la que fue presentada la solicitud de calificación de usuario de zona franca ante el usuario operador calificador.*
- d) La norma que consagra el requisito de no existencia de deudas exigibles a favor de la DIAN no impone la carga en cabeza del solicitante beneficiado con la calificación, de obtener una certificación expedida por la DIAN sobre inexistencia de deudas.*
- e) Ni el Usuario Industrial, sus representantes legales, accionistas y personal directivo, NO tenían deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria a favor de la DIAN Tal como lo exige el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación de usuario de zona franca.*
- f) El Ministerio violó el principio de legalidad al desconocer y modificar la descripción legal del requisito que invoca como incumplido, por cuanto la norma legal del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, establece de manera precisa que el requisito para obtener la calificación es no tener deudas a la fecha de presentación de la solicitud (...)" (SIC).*

I.II. Petición:

I.II.I. Los recurrentes ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., y ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S., solicitan:

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

"Con base en todo lo anterior, solicito que se revoque la resolución recurrida". (SIC).

I.II.II. El recurrente **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** solicita:

"Con base en todo lo anterior, solicito que se revoque la resolución recurrida". (SIC).

I.III. Pruebas:

I.III.I. Como pruebas los recurrentes **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, y **ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.**, aportaron las siguientes pruebas:

Documentales:

- "a) Certificado de existencia y representación legal de las sociedades recurrentes.
- b) Certificación del representante legal de la sociedad recurrente sobre la inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN". (SIC).

Otras:

"Se solicita que El Ministerio oficie a la DIAN para que expida certificación sobre inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN a 6 de abril de 2020.

La práctica de la prueba tiene como finalidad que El Ministerio pueda corroborar las dudas que se susciten sobre las manifestaciones bajo la gravedad del juramento del representante legal de la sociedad recurrente sobre la inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN". (SIC).

I.III.II. Como pruebas el recurrente **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, aportó las siguientes pruebas:

Documentales:

- "a) Certificado de existencia y representación legal de la sociedad recurrente.
- b) Certificación del representante legal de la sociedad recurrente sobre la inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN;
- c) Estado de cuenta del contribuyente expedido por la DIAN". (SIC).

Otras:

"Se solicita que El Ministerio oficie a la DIAN para que expida certificación sobre inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN a 6 de abril de 2020.

La práctica de la prueba tiene como finalidad que El Ministerio pueda corroborar las dudas que se susciten sobre las manifestaciones bajo la gravedad del juramento del representante legal de la sociedad recurrente sobre la inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN". (SIC).

II. TRÁMITE PROCESAL.

Que una vez analizadas las peticiones y de acuerdo con la verificación efectuada, en ejercicio de sus funciones, la Dirección de Productividad y Competitividad, con

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.”.

fundamento en el Decreto 2147 de 2016, la Resolución 2349 de 2019, y los artículos 40 y 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a través del auto de pruebas de fecha 01 de noviembre de 2023, decretó la práctica de pruebas solicitadas por los recurrentes, ordenando a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, para que se pronunciara respecto de las siguientes consultas:

“(…) Certificar si a la fecha seis (06) de abril de 2020, la sociedad VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S., identificada con NIT. 901.289.997-7, sus representantes legales, sus socios o accionistas y el personal directivo, contaban con deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN”.

Que a su vez se fijó el periodo probatorio por el término de treinta (30) días hábiles, los cuales vencieron el día 18 de diciembre de 2023.
Que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, mediante oficio mediante oficio virtual No. Oficio virtual No. 100211170 – 5519, emitido por la doctora Sandra Liliana Cadavid Ortiz - Subdirectora de Fiscalización Aduanera, dio respuesta al auto de pruebas en los siguientes términos:

“(…) Que una vez consultado el Servicio Informático de Registro de Infractores y Antecedentes Aduaneros (INFAD), hoy 02/11/2023, para los números de identificación relacionados a continuación, **NO SE ENCUENTRAN REPORTADOS COMO INFRACTOR ADUANERO.**

Nombres y/o Razón Social	Número de Identificación
VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S	901289997
JAIME ALBERO HERRERA DIAZ	79505182
MATILDE DIAZ DE HERRERA	20098836
JAIME HERRERA FRANCO	2852796
MARIA DEL PILAR HERRERA DIAZ	51714832
SANDRA FABIOLA JAIMES TORRES	63396203
LUIS GUILLERMO PEÑA DIAZ	19238054

Esta Subdirección únicamente certifica sobre las actuaciones administrativas aduaneras ejecutoriadas que figuran en el Servicio Informático de Registro de Infractores y Antecedentes Aduaneros (INFAD), registradas en el mismo de conformidad con el artículo 67 del Decreto 0920 de junio 06 de 2023 y sus resoluciones reglamentarias. Esta certificación es válida en todo el Territorio Nacional únicamente para el tipo y número del documento de identificación que se certifica (…)

Que mediante oficios con radicados No. 2-2023-034998 y No. 2-2023-034999 del 22 de diciembre de 2023, se dio traslado a los recurrentes de la respuesta allegada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, por un término de cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recepción del mismo, precisando que una vez transcurrido el término indicado, este Despacho procedería a adoptar la decisión correspondiente sobre el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 1093 del 26 de septiembre de 2023.

Que frente al traslado de pruebas efectuado mediante oficios con radicados No. 2-2023-034998 y No. 2-2023-034999 del 22 de diciembre de 2023, no se recibió pronunciamiento

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

alguno por parte de las sociedades **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

III.I. Análisis de las de pruebas solicitadas por el recurrente.

En ejercicio de la prueba, las sociedades **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, solicitan, se tenga en cuenta los documentos referenciados en el literal "I.III. Pruebas" del presente acto administrativo.

Al efecto, a lo largo del presente escrito se tomaron en cuenta las pruebas documentales y los anexos citados para proferir la decisión en estudio. Asimismo, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, expidió el auto de pruebas solicitadas por los recurrentes.

III.II. Análisis Jurídico para decidir sobre el Recurso de Reposición.

Conforme con los anteriores hechos, realizado el análisis de las pruebas, se concluye:

III.II.I. Sobre "4.1. Inexistencia de incumplimiento de requisitos para la calificación por parte del usuario industrial".

"a) Descripción legal del requisito previsto en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016".

Afirman los recurrentes que "(...) El numeral transcrito¹ dispone en su primera parte, el requisito que debe cumplir el solicitante para efectos de su calificación como usuario de zona franca, esto es, que ni él, ni sus representantes legales, socios o accionistas y personal directivo, a la fecha de presentación de la solicitud, tengan deudas exigibles a favor de la DIAN.

En su segunda parte, el numeral transcrito prescribe que cuando el medio para acreditar el cumplimiento del requisito sea una certificación expedida por la DIAN, la solicitud correspondiente debe ser presentada por el usuario operador ante el cual se presenta la solicitud de calificación.

Esta última parte del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 corresponde a la modificación introducida por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, pues la norma original del Decreto 2147 citado, sí establecía como único medio de prueba la certificación expedida por la DIAN y solicitada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (...).

El recurrente indica que la certificación requerida para dar cumplimiento al requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, es otro "medio" para la acreditación de dicho

¹ Numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018.

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.”.

requisito, es decir, como si fuera opcional la obligación del usuario operador de solicitar la certificación ante la DIAN para la calificación del usuario.

Al respecto, cabe recordar que el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, textualmente señala:

“Artículo 80. Requisitos y condiciones para la calificación de usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios comerciales. Las personas jurídicas que pretendan ser calificadas como usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios o usuarios comerciales de zona franca permanente deberán cumplir los siguientes requisitos y allegar la información ante el usuario operador: (...)

6. El solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo **no pueden tener deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- a la fecha de la presentación de la solicitud**, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes, **según certificación de deudas expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, la cual deberá ser solicitada por parte del usuario operador de la zona franca permanente donde pretenda calificarse la persona jurídica solicitante.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Como se observa el artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 34 del Decreto 278 de 2021, establece los **requisitos y condiciones** para la calificación de usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios comerciales, es decir, que para que una persona jurídica obtenga la calificación como usuario de una zona franca permanente debe cumplir de manera previa a la calificación con los requisitos en el mencionado artículo, pues estos son condicionantes para que el usuario operador pueda autorizar la calificación del usuario.

En este sentido, el requisito dispuesto en el numeral 6° del artículo en mención, taxativamente dispone la obligación para el usuario operador de solicitar la certificación ante la DIAN, a efectos de verificar que el solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no tengan deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de esta entidad a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes; por consiguiente, de ninguna manera la norma establece que la solicitud ante la autoridad aduanera por parte del usuario operador, sea opcional para el cumplimiento del requisito, sino que por el contrario es condicionante para que el usuario operador proceda con la autorización de la calificación de un usuario, por lo cual no le asiste razón a los recurrentes al afirmar que la solicitud ante la autoridad aduanera sea solo un “medio más” para la acreditación del requisito en cuestión.

Así las cosas, es claro que la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.** (Usuario operador autorizado en ese momento), no procedió a realizar solicitud alguna sobre las deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la DIAN, a la fecha de la presentación de la solicitud de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, como usuario de esta zona franca, incumpliendo de esta manera con uno de los requisitos para la calificación.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

b) Forma de incumplimiento del requisito

Así mismo, afirman los recurrentes: "Como se expuso en el literal anterior, la primera parte del numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 dispone que el requisito que debe cumplir el solicitante para efectos de su calificación como usuario de zona franca, consiste en que, ni él, ni sus representantes legales, socios o accionistas y personal directivo, a la fecha de presentación de la solicitud, tengan deudas exigibles a favor de la DIAN.

De esta manera, este requisito sólo se incumple cuando, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, tanto el solicitante como los demás sujetos relacionados en el numeral mencionado, tienen deudas exigibles a favor de la DIAN.

Si bien el artículo 42 del CPACA (...), las decisiones que adopten las entidades administrativas, dentro de las cuales se encuentra El Ministerio, deben fundamentarse en las pruebas e informes disponibles, en el caso que ocupa este recurso, no existe evidencia en el expediente administrativo que demuestre dicho incumplimiento. Por el contrario, como se demostrará a continuación con las pruebas aportadas y las que se solicitan con este recurso, el requisito fue cumplido por inexistencia de deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud.

De acuerdo con lo anterior puede esbozarse que los recurrentes insisten en que la solicitud de certificación que dispone el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, no goza de obligatoriedad para la autorización de la calificación de un usuario.

Al respecto, y como ya fue descrito, se reitera que el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, consagra de manera clara y precisa la obligación que tiene el usuario operador al establecer: "(...) según certificación de deudas expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, la cual deberá ser solicitada por parte del usuario operador de la zona franca permanente donde pretenda calificarse la persona jurídica solicitante."; por lo cual, esta certificación debe ser solicitada por parte del usuario operador, como requisito previo a la calificación del usuario, solicitud que no fue realizada por el usuario operador **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para la autorización de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, como usuario de esta zona franca, otorgando una autorización para que esta compañía opere como usuario industrial de bienes y servicios de dicha zona franca, sin el lleno de los requisitos para obtener esta calificación (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

c) Libertad probatoria

De otra parte, los recurrentes exponen: "(...) Conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del CPACA (...), durante la actuación administrativa se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales y se admiten todos los medios de prueba señalados en el Código General del Proceso.

Por lo anterior, tanto dentro de la actuación administrativa de calificación del Usuario Industrial, como en la actuación administrativa de control posterior adelantada por El

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Ministerio, debió admitirse y practicarse cualquier prueba tendiente a corroborar la existencia o no de deudas exigibles con la DIAN para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, si la manifestación del solicitante generaba dudas al usuario operador de la Zona Franca o a El Ministerio.

Por último, el artículo 9 del Decreto 19 de 2012, prohíbe exigir documentos e información que reposa en otras entidades, en los siguientes términos:

"ARTICULO 9. PROHIBICIÓN DE EXIGIR DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN LA ENTIDAD: (...)

Parágrafo. (...). Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública"

Lo anterior significa que, no solo es admisible cualquier medio de prueba para demostrar los hechos que configuran el cumplimiento de los requisitos previstos para la calificación de los usuarios de Zona Franca, sino que la información que reposa en la DIAN sobre deudas exigibles, de requerirse para corroborar la inexistencia de deudas exigibles, debió ser solicitada por el Ministerio dentro de la actuación de control posterior para verificar si para la fecha de presentación de la solicitud de calificación el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN.

Sobre lo expuesto por los recurrentes, se debe tener presente que la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, fue autorizada como Usuario Industrial de Bienes y Servicios de la Zona Franca Las Américas, el día veinticinco (25) de julio de 2020, mediante Acto de Calificación No. 001-20, lo cual **no fue notificado** en su momento por el usuario operador, tal como lo dispone la obligación establecida en el numeral 1° de artículo 74 de Decreto 2147 de 2016², y como resultado del requerimiento de información No. 2-2022-014377 del 12 de mayo de 2022, este Despacho identificó la calificación de esta sociedad como usuario de la mencionada zona franca.

Es así como este Ministerio, en cumplimiento del artículo 79 del Decreto 2147 de 2016³, procedió a verificar los requisitos de la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, identificado que no se aportó el certificado de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria de la sociedad, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo, expedida por la Dirección de

² Decreto 2147 de 2016: "**Artículo 74. Obligaciones del usuario operador.** Son obligaciones del usuario operador las siguientes: **1.** Remitir al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, **dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la calificación de los usuarios**, copia del acto correspondiente. (...)"

³ Decreto 2147 de 2016: "**Artículo 79. Calificación de usuarios de zona franca permanente.** La calidad de usuario industrial de bienes y/o de servicios o de usuario comercial se adquiere con la calificación expedida por el usuario operador.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en ejercicio del control posterior, podrá dejar sin efecto la calificación de los usuarios cuando se establezca que no cumplieron con los requisitos exigidos, mediante acto administrativo, contra el cual únicamente procede el recurso de reposición que se interpondrá en la oportunidad y con las formalidades exigidas en la Ley 1437 de 2011. (...)"

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN (No. 6, Art. 80, D. 2147/2016, modificado por el Art. 14, D. 659/2018).

De acuerdo con lo anterior, el 12 de octubre de 2022, mediante oficio con radicado No. 2-2022-030217, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, requirió a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para que allegara información respecto a: "(...) *certificado de deudas de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S., representante legal, socios y accionaristas, en materia tributaria, aduanera y cambiaria, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y composición accionaria.*", como requisito de la calificación del Usuario Industrial de Bienes y Servicios **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, sobre lo cual, el 02 de noviembre de 2022, mediante radicado No. 1-2022-033453, la señora Ledys Morellis Castro, Representante Legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, allegó oficio No. 119201242-1414 del 14 de septiembre de 2019, suscrito por el señor Julio Cesar Torres Castellar, de la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en el cual no se identificó a la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

Al verificar la documentación aportada por la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, no se observó certificación de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** y en consecuencia el día 13 de diciembre de 2022, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, requirió por segunda vez a la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para que allegara información respecto a: "(...) *certificado de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S.*", como requisito de la calificación.

Como respuesta, el día 03 de enero de 2023, mediante radicado No. 1-2023-000179, la señora Ledys Morellis Castro, Representante Legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, allegó: 1. Comunicación del 26 de diciembre de 2022, suscrita por el señor Luis Guillermo Peña Díaz en condición de Representante Legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, dirigida a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, mediante la cual solicitó certificación de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria. 2. Correo electrónico de fecha 26 de diciembre de 2022, dirigido a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, donde se solicitó certificado de deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, identificada con NIT. **901.289.997-7.**

Al realizar por segunda vez la documentación aportada por la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, se observó que no se cumplió con el requisito para la calificación del usuario **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, específicamente el establecido en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, toda vez que la solicitud de la certificación ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, fue posterior a la calificación de este usuario, es decir, la solicitud de la certificación del usuario se realizó el 26 de diciembre de 2022 y la calificación del usuario se dio el 25 de julio de 2020; cabe resaltar que aparte de ser posterior a la calificación, dicha solicitud fue realizada por el usuario calificado y no por el usuario operador como lo dispone el mencionado requisito.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Por lo expuesto, conviene precisar que el acto administrativo sobre el que se requiere la reposición, no responde a una actuación aislada o independiente, sino que obedece a preciso procedimiento previsto en el artículo 79 del Decreto 2147 de 2016. El usuario operador fue requerido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues se identificó la no notificación oportuna de la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, y una vez identificada por parte de este Despacho, se procedió a realizar diferentes requerimientos sobre los soportes que dieron cuenta de la autorización de esta calificación.

Sobre esa base, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo requirió en varias oportunidades al usuario operador para que acreditara el cumplimiento de los requisitos de la calificación del usuario **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, sin que aportara soporte alguno que diera cuenta de la asunción de las obligaciones a su cargo (No. 6, Art. 80, D. 2147/2016, modificado por el Art. 14, D. 659/2018).

A tono con lo anterior y con las actuaciones adelantadas, NO se advierte vulneración alguna con lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, como se sostiene.

Identificada la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, por parte de este Ministerio, la entidad requirió al Usuario Operador en diferentes oportunidades y en ningún caso acreditó el cumplimiento del requisito dispuesto por el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018.

Ahora bien, argumentan los recurrentes que "(...) la información que reposa en la DIAN sobre deudas exigibles, de requerirse para corroborar la inexistencia de deudas exigibles, debió ser solicitada por el Ministerio dentro de la actuación de control posterior para verificar si para la fecha de presentación de la solicitud de calificación el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN".

Sobre este punto, se resalta que no estamos discutiendo si es deber de este Ministerio realizar esta solicitud cuando la misma no es aportada al momento de la notificación de la calificación por parte del usuario operador, situación que vale recordar, no sucedió, pues el usuario operador no notificó la calificación del usuario **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la autorización ocurrida el día 25 de julio de 2020; siendo este Ministerio el que alertó al usuario operador sobre este posible incumplimiento.

Claramente no es competencia del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, realizar la solicitud de certificación ante la DIAN para la autorización de los usuarios en las zonas francas permanentes, por mandato de la norma, es el usuario operador, el obligado y responsable de solicitar a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, la certificación para verificar el cumplimiento del requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, y así proceder a la autorización de la calificación con el lleno de los requisitos y condiciones establecidas en el mencionado artículo.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Al respecto, se precisa que el Artículo 73 del Decreto 2147 de 2016, establece como funciones del usuario operador, entre otras, la siguiente:

"5. Evaluar y calificar a quienes pretendan instalarse en la zona franca permanente como usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios o usuarios comerciales".

Por su parte el Artículo 74 del Decreto 2147 de 2016, establece como obligaciones del usuario operador, entre otras, la siguiente:

"5. Evaluar las solicitudes de las personas jurídicas que pretendan instalarse como usuarios, y emitir el acto mediante el cual se aprueba o niega la solicitud".

En consecuencia, el usuario operador es el único responsable de evaluar las solicitudes de las personas jurídicas que pretendan ser calificadas como usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios o usuarios comerciales de una zona franca permanente, que como ya sido mencionado, deben cumplir con cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 34 del Decreto 278 de 2021.

d) Cumplimiento del requisito previsto en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016

Tal como lo exige el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación de usuario de zona franca, el Usuario Industrial, sus representantes, accionistas y personal directivo, NO tenían deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria a favor de la DIAN.

Este hecho pudo ser corroborado, de requerirse dicha corroboración, por El Ministerio o por el Usuario Operador ante quien se presentó la solicitud de calificación. En todo caso el cumplimiento del requisito, en los términos descritos en el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016 se presentó con la NO existencia de deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud de calificación.

Por supuesto, en caso de que en desarrollo de la facultad de verificación prevista en el artículo 79 del Decreto 2147 de 2016, El Ministerio encuentra, por cualquiera de los medios probatorios admisibles, que para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN, debe proceder a dejar sin efectos la calificación como usuario de zona franca. Por el contrario, si por cualquiera de los medios probatorios admisibles dentro de la actuación administrativa, NO encuentra deudas exigibles para la fecha de presentación de la solicitud, resulta ilegal la decisión de dejar sin efecto la calificación como usuario de zona franca.

Como en este caso, para la fecha de presentación de la solicitud de calificación, el solicitante, sus representantes, accionistas y personal directivo tenían deudas exigibles con la DIAN, la resolución recurrida debe revocarse, por cumplimiento del requisito previsto en la ley.

De lo anterior se observa que el recurrente insiste en que cumplió con el requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.”.

por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, por lo que se reitera que este Despacho identificó que no se procedió la solicitud de certificación requerida como requisito para la calificación, lo cual se constata en la documentación que obra en el expediente en donde se constató que el certificado de deudas fue solicitado por el usuario calificado y no por el usuario operador, como resultado del requerimiento realizado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, respecto de la falta de dicho requisito, es decir, la solicitud del certificado se realizó solo hasta el día veintiséis (26) de diciembre de 2022, es decir, dos (2) años y cinco (5) meses después de la calificación del mencionado usuario (25 de julio de 2020).

Así las cosas, no es procedente afirmar por parte del recurrente que el haber solicitado la certificación de manera posterior subsane o satisfaga el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el Decreto 2147 de 2016 – Régimen de Zonas Francas para la calificación de usuarios, toda vez que el usuario operador, no acató los requisitos establecidos en la normatividad del régimen de zonas franca para la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, al no solicitar al momento de la calificación, la certificación de deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, lo que a su vez ocasionó que en virtud del artículo 79 del Decreto 2147 de 2016, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en ejercicio del control posterior, dejara sin efecto la calificación del usuario, al encontrar que no se cumplieron con los requisitos exigidos para su calificación.

II.II.II. Sobre “4.2. Violación de los principios generales y especiales de las actuaciones y procedimientos administrativos”

a) Violación del principio de legalidad

Los recurrentes argumentan que “(...) El Ministerio violó el principio de legalidad al desconocer y modificar la descripción legal del requisito que invoca como incumplido.

La norma legal, esto es el numeral 6 del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, establece de manera precisa que el requisito para obtener la calificación es NO tener deudas a la fecha de presentación de la solicitud, pero modifica la descripción legal al establecer en la resolución sanción que el requisito consiste en obtener una certificación de la DIAN, acción que además, se encuentra en cabeza del usuario operador calificador y no del solicitante, en caso de que la inexistencia de deudas generara alguna duda y requiriera corroborarse.

Además, afirman que: “(...) cumplieron el requisito legal en los términos previstos en la norma: No tenían deudas exigibles a favor de la DIAN para la fecha de presentación de la solicitud de calificación como usuario de zona franca (...)”.

Como se observa, el recurrente indica nuevamente que con el hecho de haber presentado una comunicación suscrita por el representante legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, donde manifestó no tener deudas exigibles a favor de la DIAN para la fecha de presentación de su solicitud como usuario de la Zona Franca Las Américas, dio cumplimiento al requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Frente a lo anterior, se reitera que para la autorización de la calificación de los usuarios de las zonas francas permanentes, el artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 34 del Decreto 278 de 2021, define de manera precisa los requisitos que se deben cumplir para que el usuario operador evalúe y proceda (previo cumplimiento de estos requisitos) con la autorización de la correspondiente calificación.

Para el caso que nos ocupa, el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, además le impone una obligación al usuario operador de solicitar a la autoridad aduanera la certificación de deudas a efectos de verificar que el solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no tengan deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de esta entidad a la fecha de la presentación de la solicitud.

Así las cosas, el hecho de haber presentado la comunicación suscrita por el representante legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, donde manifestó no tener deudas exigibles a favor de la DIAN para la fecha de presentación de su solicitud como usuario de la Zona Franca Las Américas, presupone el incumplimiento por parte del usuario operador para la calificación de la mencionada sociedad, pues esta situación no satisface el cumplimiento de las obligaciones dispuestas en el Decreto 2147 de 2016 – Régimen de Zonas Francas, toda vez que el usuario operador independientemente de recibir la manifestación de parte de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, no acató los requisitos establecidos en la normatividad para la calificación del usuario industrial, lo que a su vez ocasionó que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 y 80 del Decreto 2147 de 2016, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en el control posterior respecto de los requisitos para la calificación del usuario, identificara que no se aportó el certificado de deudas en materia tributaria, aduanera y cambiaria, expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Por lo anterior, no le asiste razón a los recurrentes al indicar que el Ministerio violó el principio de legalidad al desconocer y modificar la descripción legal del requisito que invoca como incumplido, toda vez que los requisitos para la calificación de los usuarios en la zonas francas permanentes están debidamente prescritos, en forma expresa, clara y precisa en la normatividad del régimen franco, y en cumplimiento de dicha normatividad, este Despacho actuó acorde a las facultades y obligaciones que este mismo régimen le impone.

Ahora bien, nuevamente es preciso anotar que el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, establece:

"6. El solicitante, los representantes legales, los socios o accionistas y personal directivo no pueden tener deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo aquellas sobre las cuales existan acuerdos de pago vigentes, según certificación de deudas expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, la cual deberá ser solicitada por parte del usuario operador de la zona franca permanente donde pretenda calificarse la persona jurídica solicitante". (Subrayado y negrilla fuera de texto original).

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Como se observa el requisito es no tener deudas en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la DIAN a la fecha de la presentación de la solicitud, **según**, la certificación de la DIAN, que a su vez **debe** ser solicitada por el usuario operador, es decir, que la verificación de la no existencia de deudas, se realiza conforme a la certificación emitida por la autoridad aduanera, como resultado de la solicitud que **debe** realizar el usuario operador; por lo que de ninguna le asiste razón a los recurrentes al afirmar que el Ministerio modifica la descripción legal al establecer en la resolución sanción que el requisito consiste en obtener una certificación de la DIAN.

b) Violación del artículo 84 de la Constitución Política

Exponen los recurrentes que: "El artículo 84 de la Constitución Nacional establece que cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

El trámite de calificación de usuario de zona franca está regulado en el Decreto 2147 de 2016, el cual consagra de manera expresa los requisitos para la calificación en su artículo 80.

(...)

En este sentido, con fundamento en la descripción legal del requisito y en cumplimiento de la norma constitucional, al particular solicitante de la calificación no puede exigírsele más de aquello previsto legalmente como requisito, esto es, NO tener deudas exigibles a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud de calificación como usuario de zona franca".

Frente a lo anterior, los recurrentes insisten en que el Ministerio está exigiendo requisitos adicionales a lo dispuesto legalmente, al respecto, considera este Despacho, que no le asiste razón a los recurrentes sobre esta afirmación, pues como bien se desarrolla en el cuerpo del presente acto administrativo, justamente se hace un análisis del requisito dispuesto en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, donde se establece de manera precisa que en el caso de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, el usuario operador, no cumplió con el lleno de los requisitos exigidos en la normatividad para otorgar la calificación como usuario calificado de la Zona Franca Las Américas.

c) Violación del principio de prevalencia de lo sustancial

Por último, los recurrentes argumentan que: "El principio de prevalencia del derecho sustancial indica que si el derecho sustancial que debe hacerse siguiendo un procedimiento contenido en un derecho formal, se cumplió, se da como válido aun cuando no se haya cumplido el derecho formal.

Si en gracia de discusión se aceptara que el requisito de no existencia de deudas a favor de la DIAN exigiera, del solicitante, adicionalmente, adelantar el proceso de obtención de una certificación expedida por dicha entidad, en virtud del principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, el requisito se entiende cumplido con el

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

hecho de la inexistencia de deudas exigibles sin el procedimiento de obtención de la certificación que lo corrobora, toda vez que, las formalidades no pueden impedir el objetivo del derecho sustancial: obtener la calificación si no se tienen deudas exigibles a favor de la DIAN en la fecha de presentación de la solicitud".

De acuerdo con lo anterior, este despacho ha expuesto que el artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 34 del Decreto 278 de 2021, establece los **requisitos y condiciones** para la calificación de usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios comerciales, es decir, que para que una persona jurídica obtenga la calificación como usuario de una zona franca permanente debe cumplir de manera previa a la calificación con los requisitos en el mencionado artículo, pues estos son condicionantes para que el usuario operador pueda autorizar la calificación del usuario.

En este sentido, no es procedente afirmar por parte de los recurrentes que el requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, tiene como propósito único demostrar que el representante legal, los socios, accionistas y personal directivo de la empresa que pretende ser calificada NO tienen deudas exigibles en materia tributaria, aduanera y cambiaria, pues claramente la norma establece que para acreditar esta condición se debe cumplir por parte del usuario operador de la zona franca permanente donde pretenda calificarse la persona jurídica solicitante, con la solicitud de certificación de manera previa a la calificación del usuario.

En consecuencia, la solicitud de la certificación de deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, sanciones y demás acreencias a favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, es un trámite precisamente establecido como condición y requisito para autorizar a los usuarios de las zonas francas permanentes; y en el caso de la autorización de la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, como Usuario Industrial de Bienes y Servicios de la Zona Franca Las Américas, dada el día veinticinco (25) de julio de 2020, mediante Acto de Calificación No. 001-20; se evidenció que la certificación no fue solicitada de manera oportuna, incumpliendo de esta manera con el requisito para la calificación, al ser solicitada solo hasta el día veintitrés (23) de junio de 2022, es decir, transcurridos dos (2) años y cinco (5) meses de la calificación del mencionado usuario, y como resultado del requerimiento efectuado por este Ministerio; además de ser posterior a la calificación, esta certificación fue realizada por el usuario calificado y no por el usuario operador como lo dispone el requisito.

Así las cosas, a continuación, se expone el análisis realizado a los documentos aportados por el recurrente, así:

1. "Certificación del representante legal de la sociedad recurrente sobre la inexistencia de deudas exigibles a favor de la DIAN".

Respecto de este documento, se constató que corresponde a una comunicación de fecha once (11) de octubre de 2023, dirigida a la Viceministra de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, suscrita por la señora Sandra Fabiola Jaimes Torres como Representante Legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, en la que manifiesta:

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

"(...) Sandra Fabiola Jaimes Torres, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.396.203, en mi condición de representante legal de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S., sociedad comercial constituida conforme a las leyes colombianas, identificada con NIT No. 901.289.997-7, la manera más atenta, me dirijo a usted con la finalidad de certificar que la empresa que represento durante todo su tiempo de existencia y hasta la fecha de esta certificación, no ha tenido exigibles deudas en materia aduanera, tributaria y cambiaria.

Adicionalmente, manifestamos que esta información puede ser corroborada a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de la República de Colombia, entidad encargada de la administración y control de los impuestos, aduanas y asuntos relacionados con la fiscalidad en el territorio nacional. (...)" (SIC).

Sobre lo anterior, puede indicarse que efectivamente corresponde a una comunicación suscrita por la representante legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, donde manifiesta que la empresa durante todo su tiempo de existencia y hasta la fecha de la certificación, no ha tenido exigibles deudas en materia aduanera, tributaria y cambiaria, pero no corresponde a una certificación emitida por la autoridad aduanera.

En consecuencia, con esta comunicación, no se evidencia que la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, haya dado cumplimiento al requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, para la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, como usuario industrial de bienes y servicios de esta zona franca.

2. "Estado de cuenta del contribuyente expedido por la DIAN".

Respecto de este documento, se constató que corresponde a una comunicación de fecha once (11) de octubre de 2023, dirigida a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de la Seccional Santa Marta - División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, suscrita por la señora Sandra Fabiola Jaimes Torres como Representante Legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, en la que manifiesta:

"(...) Sandra Fabiola Jaimes, identificada con cédula de ciudadanía No. 63.396.203, en mi condición de representante legal de la sociedad Varichem Offshore Services S.A.S., sociedad comercial constituida conforme a las leyes colombianas, identificada con NIT No. 901.289.997-7, la manera más atenta, me dirijo a usted con la finalidad de solicitar la acreditación de la ausencia de deudas exigibles en materia aduanera, tributaria y cambiaria de la sociedad, entre el periodo comprendido entre el 14 de septiembre de 2019 y el 25 de julio de 2020.

Lo anterior, con el objetivo acreditar ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la inexistencia de obligaciones, a la fecha de la calificación como usuario industrial de bienes y servicios en la Zona Franca Permanente las Américas, a través de recurso de reposición contra la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023, del MINCIT. (...)" (SIC)

Como se observa, este documento, corresponde a una solicitud de fecha 11 de octubre de 2023 que realiza la Representante Legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, a la DIAN, es decir, dos (2) años y cinco (5) meses después de

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.”.

emitido el acto de calificación del usuario, pero no corresponde a un “Estado de cuenta del contribuyente expedido por la DIAN” como lo manifiesta el recurrente **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**

Por lo anterior, con este comunicado, no se evidencia el cumplimiento al requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, para la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.**, como usuario industrial de bienes y servicios, que debía haberse validado por parte de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, al momento del estudio para la calificación del mencionado usuario.

Por último, se procede a realizar el análisis de la respuesta allegada al auto de pruebas decretado.

Como ya fue indicado, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, a través del auto de pruebas de fecha 01 de noviembre de 2023, decretó la práctica de pruebas solicitadas por el recurrente, y con fundamento en dicho auto se recaudó el oficio virtual No. Oficio 100211170 – 5519, emitido por la doctora Sandra Liliana Cadavid Ortiz - Subdirectora de Fiscalización Aduanera, así:

“(…) Que una vez consultado el Servicio Informático de Registro de Infractores y Antecedentes Aduaneros (INFAD), hoy 02/11/2023, para los números de identificación relacionados a continuación, **NO SE ENCUENTRAN REPORTADOS COMO INFRACTOR ADUANERO.**

Nombres y/o Razón Social	Número de Identificación
VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S	901289997
JAIME ALBERO HERRERA DIAZ	79505182
MATILDE DIAZ DE HERRERA	20098836
JAIME HERRERA FRANCO	2852796
MARIA DEL PILAR HERRERA DIAZ	51714832
SANDRA FABIOLA JAIMES TORRES	63396203
LUIS GUILLERMO PEÑA DIAZ	19238054

Esta Subdirección únicamente certifica sobre las actuaciones administrativas aduaneras ejecutoriadas que figuran en el Servicio Informático de Registro de Infractores y Antecedentes Aduaneros (INFAD), registradas en el mismo de conformidad con el artículo 67 del Decreto 0920 de junio 06 de 2023 y sus resoluciones reglamentarias. Esta certificación es válida en todo el Territorio Nacional únicamente para el tipo y número del documento de identificación que se certifica. (…)”.

De acuerdo con la anterior prueba, se procede a realizar un análisis jurídico de la información relevante y encontrada en ésta, en los siguientes términos:

La Subdirección de Fiscalización Aduanera, certificó “Que una vez consultado el Servicio Informático de Registro de Infractores y Antecedentes Aduaneros (INFAD), hoy 02/11/2023, para los números de identificación relacionados a continuación, **NO SE ENCUENTRAN REPORTADOS COMO INFRACTOR ADUANERO**”.

Continuación de la Resolución "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S."

Sobre dicha certificación "Oficio virtual No. 100211170 – 5519", se observa que la autoridad aduanera dio respuesta a la solicitud efectuada por medio del auto de pruebas decretado por este Despacho, solo sobre la infracciones aduaneras al día 02 de noviembre de 2023, por lo cual, esta información no permite evidenciar el cumplimiento del requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, por parte de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, para la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE S.A.S.**, como usuario industrial de bienes y servicios de la mencionada zona franca.

Así las cosas, es claro que la obligación de validar los requisitos para la calificación de los usuarios en las zonas francas permanentes está en cabeza del usuario operador, y en el caso de la certificación contenida en el citado numeral 6°, no solo debe ser validada por este, sino que debe realizar su solicitud ante la autoridad aduanera para su verificación **al momento de la fecha de la presentación de la solicitud**, por tanto, la repuesta obtenida en el auto de pruebas, demuestra una vez más el incumplimiento por parte de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, sobre el requisito establecido en el numeral 6° del artículo 80 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el por el artículo 14 del Decreto 659 de 2018, para la calificación de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE S.A.S.**, como usuario industrial de bienes y servicios de la Zona Franca Permanente Las Américas; pues esta validación no puede ser posterior a la calificación del usuario, ni mucho menos por persona o entidad distinta al facultado legalmente para hacerlo, que en este caso es el usuario operador.

Finalmente, cabe precisar que el Régimen de Zonas Francas, por ser un régimen especial que otorga beneficios en materia tributaria y aduanera, tiene unas condiciones y requisitos específicas para su acceso, que como hemos observado para el caso de la calificación, deben ser validados por el usuario operador, quien a su vez es el responsable de su autorización; los hechos aquí descritos y los documentos analizados, solo demuestran la falta de deber y cuidado de parte de la **ZONA FRANCA LAS AMÉRICAS S.A.S.**, para dar cumplimiento a los deberes que se le imponen por tener la calidad de usuario operador.

IV. DECISIÓN.

Que una vez evaluada la solicitud, los argumentos presentados por los recurrentes, el análisis de los recursos y las pruebas aportadas se estimó que no fueron desvirtuados, por parte de los solicitantes, los argumentos que soportaron la decisión adoptada en la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023, y en consecuencia se procede CONFIRMAR la decisión, en el sentido de dejar sin efecto el Acto de Calificación No. 001-20 del 25 de julio de 2020, por medio del cual se autorizó a la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** con NIT. 901.289.997-7, como Usuario Industrial de Bienes y Servicios.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. NEGAR los recursos interpuestos por las sociedades **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.** con NIT. 900.162.578-4, **ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.**

Continuación de la Resolución “Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por las sociedades ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S., ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S. y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.”.

con NIT. 900.166.187-6 y VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S. con NIT. 901.289.997-7, contra el acto administrativo constituido por la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023.

ARTÍCULO 2°. CONFIRMAR la decisión adoptada por medio de la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023, en el sentido de dejar sin efecto el Acto de Calificación No. 001-20 del 25 de julio de 2020, emitido por el señor **HECTOR RAFAEL PUYO VASCO**, en calidad de Representante Legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, por medio del cual se autorizó a la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** con NIT. 901.289.997-7, como Usuario Industrial de Bienes y Servicios de esta zona franca.

ARTÍCULO 3°. NOTIFICAR el presente acto administrativo a la señora **LEDYS DEL SOCORRO MORELLI CASTRO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 57.438.259, o quien haga sus veces, en condición de representante legal de la **ZONA FRANCA LAS AMERICAS S.A.S.**, con NIT. 900.162.578-4, al correo electrónico: contabilidad@daabon.com.co.

ARTÍCULO 4°. NOTIFICAR el presente acto administrativo al señor **JULIO MAURICIO GONZALEZ ACOSTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 85.459.389, o quien haga sus veces, en condición de representante legal de la **ZONA FRANCA TAYRONA S.A.S.** con NIT. 900.166.187-6, a los correos electrónicos: contabilidad@zonafrancatayrona.com, mmeza@zonafrancatayrona.com.

ARTÍCULO 5°. NOTIFICAR el presente acto administrativo a la señora **SANDRA FABIOLA JAIMES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 63.396.203, o quien haga sus veces, en condición de representante legal de la sociedad **VARICHEM OFFSHORE SERVICES S.A.S.** con NIT. 901.289.997-7, al correo electrónico: gerencia@vos-zonafranca.com.

ARTÍCULO 5°. DECLARAR agotados los recursos interpuestos contra la administración, respecto del acto administrativo constituido por la Resolución 1066 del 20 de septiembre de 2023.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los 28 FEB. 2024

LA VICEMINISTRA DE DESARROLLO EMPRESARIAL


SORAYA STELLA CARO VARGAS

Proyectó:
Revisó:

Aprobó:

Elizabeth García Hernández – Dirección de Productividad y Competitividad. 
María Edith Zapata Valencia – Asesor. 
María Alejandra González B - Dirección de Productividad y Competitividad. 
Camilo Rivera Pérez - Director de Productividad y Competitividad.
Gloria Elizabeth Arango Builes - Despacho Viceministerio de Desarrollo Empresarial. 
Nubia Yenith Córdoba Zambrano – Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (E) 