C-249-94

Sentencia No. C-249/94

NOTA DIPLOMATICA

Las notas diplomáticas se distinguen de los tratados internacionales en sentido estricto, por la sencillez de su creación. Muchos autores coinciden en afirmar que éstas se utilizan para concretar asuntos administrativos o de rutina, lo que no es en todos los casos cierto, ya que algunas notas, como la que aquí se revisa, tratan de asuntos de gran trascendencia, que generan obligaciones para el Estado Colombiano, y por lo tanto, siempre debe sujetarse a todo el trámite constitucional propio de un tratado.

CANJE DE NOTAS-Procedimiento/TRATADO INTERNACIONAL

El Canje de Notas suscrito por los Ministros de Relaciones Exteriores de Colombia y Brasil, a pesar de su denominación, es un verdadero tratado, sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución para su aprobación y posterior ratificación. Requisitos dentro de los cuales se encuentra la revisión, automática, integral y definitiva, tanto del texto de las notas como de la ley aprobatoria de las mismas, por parte de la Corte Constitucional. Así, uno es el Canje de Notas constitutivo de acuerdo entre los Estados negociadores, el cual debe cumplir con los requisitos de aprobación según la legislación interna de cada Estado, y otro, el Canje de Notas a través del cual, un Estado expresa su voluntad de obligarse, observar y cumplir lo estipulado en el tratado ratificado.

TRATADO INTERNACIONAL-Cláusula de aplicación provisional

Si bien el principio general en cuanto a la aplicación, vigencia y validez de los tratados, está determinado por la aprobación que de ellos se haga conforme a la legislación interna de cada Estado, se ha previsto que un tratado o parte de él, pueda aplicarse sin agotar el referido trámite. El fundamento de la aplicación provisional de un tratado está en la importancia del asunto regulado o en la urgencia que para los Estados represente su puesta en práctica. La aplicación provisional no indica que se haga caso omiso del trámite constitucional que cada Estado debe agotar para la aprobación de los tratados, ya que aquéllos no renuncian al derecho y al deber de someter a la aprobación del órgano competente el respectivo

acuerdo, pues dicho trámite, a pesar de la aplicación provisional, debe agotarse. Además, cuando se pacta la cláusula de la aplicación provisional, ésta queda sujeta a una condición que es la posterior ratificación. La Constitución de 1991, consagró la figura de la aplicación provisional de los tratados, restringiendo su uso a los tratados de naturaleza económica y comercial. De esta manera y tratándose de estas precisas materias, se podrá pactar la cláusula de aplicación provisional, caso en el cual, el Gobierno debe someter inmediatamente el respectivo tratado a la aprobación del Congreso. Si el tratado versa sobre materias distintas a las contempladas en el artículo en mención, y se consagra esta cláusula especial, el respectivo negociador tendrá que hacer uso de la figura de la "reserva".

ENTIDADES TERRITORIALES/EXENCION TRIBUTARIA EN TRATADO INTERNACIONAL

La Constitución, en materia de exenciones, sólo prohibe aquellas que tengan que ver con los tributos de propiedad de las entidades territoriales, según el artículo 294. Esta prohibición tiene fundamento en el principio de la autonomía de gestión de las entidades territoriales, pues sólo éstas pueden disponer de sus recursos fiscales, y por tanto, no es permitido que por ley se disponga de ellas. No encontrándose que las exenciones contempladas en el acuerdo en revisión, se refieran a las que pertenecen a las entidades territoriales, éstas se ajustan a la preceptiva constitucional. Debe agregarse que en nuestra legislación tributaria, la única forma para que los extranjeros tengan derechos a exenciones, es cuando ellas están contempladas en tratados o convenios internacionales que se encuentren vigentes.

REF: L.A.T. 022

Magistrado Ponente:

Dr. Jorge Arango Mejía.

Aprobada, según consta en Acta No. treinta y dos (32) de la Sala Plena, en Santafé de Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días del mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

I. Antecedentes

La Presidencia de la Corte Constitucional recibió el día 1o. de septiembre 1993, la ley 71 del 30 de agosto de 1993, por medio de la cual se aprueba el Canje de Notas constitutivo del acuerdo entre Colombia y Brasil para la recíproca exención de doble tributación a favor de las

empresas marítimas o aéreas de ambos países, suscrito en Bogotá el 28 de junio de 1971.

Con fundamento en el artículo 44 del decreto 2067 de 1991, que ordena someter al trámite ordinario las revisiones oficiosas de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, el Magistrado Sustanciador, mediante auto del veinte (20) de septiembre de mil novecientos noventa y tres (1993), decretó la práctica de pruebas y ordenó la fijación en lista del negocio para asegurar la intervención ciudadana que consagran los artículos 242, numeral 1o., de la Constitución y 7o., inciso 2o., del decreto antes citado. Igualmente, dispuso el traslado del negocio al despacho del Señor Procurador, quien rindió el concepto de rigor.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales, procede la Corte Constitucional a resolver.

II. TEXTO

El texto de las notas es el siguiente:

” A/E. 3939

Bogotá, 28 de junio de 1971

” Señor Embajador:

“Me permito hacer referencia a las negociaciones que se han llevado a cabo desde hace algún tiempo entre nuestros dos Gobiernos, para la conclusión de un Acuerdo de recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de nacionalidad colombiana o brasilera. Estas negociaciones quedaron prácticamente concluídas por medio de la nota de la honorable Embajada del Brasil en Bogotá al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, señalada con el número 136 de 5 de noviembre de 1970 y de la nota del Ministerio a la honorable Embajada del Brasil A/E 1066 de 19 de febrero de 1971.

“Como hubo diferencias adjetivas en los textos de las mencionadas notas, me permito proponer ahora a Vuestra Excelencia la formalización de concesiones tributarias recíprocas para evitar la doble tributación sobre la renta, el capital o el patrimonio de las empresas de navegación marítima o aérea, en los siguientes términos:

“I. Las empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad brasileña que operen en Colombia pagarán exclusivamente a su propio Gobierno todo impuesto directo que grave la renta, el capital o el patrimonio o que sea complementario o adicional a tales impuestos.

“II. Recíprocamente, las empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad colombiana que operen en Brasil pagarán exclusivamente a su propio Gobierno todo impuesto directo que grave la renta, el capital o el patrimonio o que sea complementario o adicional a tales impuestos.

“III. Las exenciones de que trata la presente nota se aplicarán exclusivamente a las rentas, capital y patrimonio provenientes de las actividades propias de las empresas marítimas o aéreas.

“IV. Para los fines de las exenciones previstas en los puntos I y II indicados anteriormente, se entenderán por “empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad brasileña” las personas físicas residentes en el Brasil, sin domicilio en Colombia, que ejerzan el comercio de transporte marítimo o aéreo, así como las sociedades de capital o de personas, constituídas de conformidad con las leyes de la República Federativa del Brasil y que tengan la sede de su dirección y administración central en territorio brasileño, que se ocupen de idéntica actividad mercantil. Se incluye también en esta definición la explotación del transporte marítimo y aéreo efectuado por el Estado brasileño o por sociedades de las cuales éste sea parte.

“V. Recíprocamente, para los fines de los puntos I y II, indicados anteriormente, se entenderá por “empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad colombiana” las personas físicas residentes en Colombia, sin domicilio en el Brasil, que ejerzan el comercio de transporte marítimo o aéreo, así como las sociedades de capital o de personas, constituídas de conformidad con las leyes de la República de Colombia, que tengan la sede de su dirección y administración central en territorio colombiano, que se ocupen de idéntica actividad mercantil. Se incluye también en esta definición la explotación del transporte marítimo y aéreo efectuada por el Estado colombiano o por sociedades de las cuales éste sea parte.

“VI. Las exenciones previstas en los puntos I y II anteriores se aplicarán a los impuestos que, en la fecha de entrada en vigor de este acuerdo, estén pendientes de liquidación o que no hayan sido recaudados. Para esta finalidad los dos Gobiernos se comprometen,

recíprocamente, en dicha fecha, a suspender el cobro de los impuestos objeto de la presente nota.

“VII. Las exenciones de que trata la presente nota podrán ser denunciadas por cualquiera de las partes, por escrito, por la vía diplomática, con anticipación de seis meses, caso en el cual perderán su validez el primero de enero subsiguiente a la terminación de dicho plazo.

“VIII. Este acuerdo entrará en vigor provisionalmente en la fecha de la nota de respuesta de Vuestra Excelencia, y definitivamente en la fecha que los dos Gobiernos se comuniquen haber cumplido en cada país las exigencias relativas a su ratificación. En caso de que una de las partes comunique el no haber sido posible aquella ratificación, cada parte estará en libertad para exigir a las empresas de navegación marítima o aérea de la otra parte que se paguen los impuestos que no hubiesen sido recaudados durante la vigencia provisional.

“Si la propuesta contenida en los puntos anteriores obtiene la aceptación del Gobierno de la República Federativa del Brasil, tengo la honra de proponer que la presente nota y la de respuesta de Vuestra Excelencia, de igual tenor sean consideradas como un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

“Aprovecho la oportunidad para renovar a Vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

ALFREDO VAZQUEZ CARRIZOSA

Ministro de Relaciones Exteriores

” A su Excelencia

el señor FERNANDO DE ALENCAR

Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de Brasil

Ciudad.

Bogotá, 28 de junio de 1971

” Señor Embajador:

“Me permito hacer referencia a las negociaciones que se han llevado a cabo desde hace algún tiempo entre nuestros dos Gobiernos, para la conclusión de un Acuerdo de recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de nacionalidad colombiana o brasilera. Dichas negociaciones quedaron prácticamente concluidas por medio de la nota de la honorable Embajada del Brasil en Bogotá al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia de No. 136 de 5 de noviembre de 1970 y de la nota del Ministerio a la Embajada del Brasil No. A/E 1066 de 19 de febrero de 1971.

“Como hubo diferencias adjetivas en los textos de las referidas notas, me permito proponer ahora a Vuestra Excelencia la formalización de concesiones tributarias recíprocas para evitar la doble tributación sobre la renta, el capital o el patrimonio de las empresas de navegación marítima o aérea, en los siguientes términos:

“I. Las empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad brasileña que operen en Colombia pagarán exclusivamente a su propio Gobierno todo impuesto directo que grave la renta, el capital o el patrimonio, o que sea complementario o adicional a tales impuestos.

“II. Recíprocamente, las empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad colombiana que operen en Brasil pagarán exclusivamente a su propio Gobierno todo impuesto directo que grave la renta, el capital o el patrimonio o que sea complementario o adicional a tales impuestos.

“III. Las exenciones de que trata la presente nota se aplicarán exclusivamente a las rentas, capital y patrimonio provenientes de las actividades propias de las empresas marítimas o aéreas.

“V. Recíprocamente, para los fines tratados en los puntos I y II, se entenderá por “empresas de navegación marítima o aérea de nacionalidad colombiana” las personas físicas residentes en Colombia, sin domicilio en el Brasil, que ejerzan el comercio de transporte marítimo o aéreo, así como las sociedades de capital o de personas, constituidas de conformidad con las leyes de la República de Colombia, que tengan la sede de su dirección y administración central en territorio colombiano, que se ocupen de idéntica actividad mercantil. Se incluye también en esta definición la explotación del transporte marítimo y aéreo efectuada por el Estado colombiano o por sociedades de las cuales éste forme parte.

“VI. Las exenciones previstas en los puntos I y II anteriores se aplicarán a los impuestos que, en la fecha de entrada en vigencia de este acuerdo, estén pendientes de liquidación o que no hayan sido recaudados. Para esta finalidad los dos Gobiernos se comprometen, recíprocamente, a, en la mencionada fecha, suspender el cobro de los impuestos objeto de la presente nota.

“VII. Las exenciones de que trata la presente nota podrán ser denunciadas por cualquiera de las partes, por escrito, por la vía diplomática, con anticipación de seis meses, caso en el cual perderán su validez el día primero de enero subsiguiente a la terminación de dicho plazo.

“VIII. Este acuerdo entrará en vigencia provisionalmente en la fecha de la nota de respuesta de Vuestra Excelencia, y definitivamente en la fecha que los dos Gobiernos se comuniquen el cumplimiento de las exigencias previstas en relación con su ratificación. En el caso de que una de las partes comunique que no ha sido posible la referida ratificación, quedará en libertad para exigir a las empresas de navegación marítima o aérea de la otra parte que se paguen los impuestos que no hayan sido recaudados durante la vigencia provisional.

“IX. Este acuerdo podrá ser revisado a petición del Gobierno de Colombia, con el objeto de acomodarlo, en la medida de lo posible, al Convenio tipo que sobre esta materia llegue a ser aprobado para los países del Acuerdo de Cartagena. En caso de que no sea posible la revión del acuerdo, se pondrá fin a su vigencia conforme a lo previsto en la Cláusula VII.

” La presente nota y la de Vuestra Excelencia, de la misma fecha y de contenido equivalente, constituyen un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

“Aprovecho la oportunidad para renovar a Vuestra Excelencia las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.

” FERNANDO DE ALENCAR

Embajador del Brasil ”

” A su Excelencia

el señor Embajador

Alfredo Vásquez Carrizosa

Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia

Ciudad”

III. PRUEBAS

Por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, el Magistrado Sustanciador ofició a la Ministra de Relaciones Exteriores para que informara, en el término de diez (10) días, sobre los pormenores atinentes al Canje de Notas relativo a la recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de Colombia y el Brasil.

Se ofició, también, a los Presidentes del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para que remitieran copias auténticas de los antecedentes legislativos del proyecto que culminó con la expedición de la ley 71 de 1993, y la certificación sobre quórum deliberatorio y decisorio con que fue aprobada.

Por consiguiente, obran en el expediente los siguientes documentos:

a) Copia de la aprobación presidencial del 21 de agosto de 1992;

b) Copia de los antecedentes legislativos de la ley 71 de 1993.

c) Los siguientes ejemplares de la Gaceta del Congreso:

– Gaceta Nro. 146, del 9 de noviembre de 1992;

– Gaceta Nro. 181, del 1o. de diciembre de 1992;

Mediante comunicación sin fecha ni referencia alguna, la Jefe de la Oficina Jurídica del

Ministerio de Relaciones Exteriores, adjuntó algunos documentos relacionados con el Canje de Notas constitutivo del acuerdo entre Colombia y el Brasil que aquí se revisa. Informa que para el envío de la Nota por parte del Embajador Colombiano, no se requería de plenos poderes, porque el funcionario mencionado representa internacionalmente a Colombia, de acuerdo con lo estipulado en la Convención de Viena.

IV. INTERVENCIONES

Dentro del término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la ley demandada, presentó escrito la ciudadana designada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, doctora Nancy Benítez Páez. En él solicita a la Corte declarar exequibles la ley 71 de 1993 y el Acuerdo que en ella se aprueba.

En su escrito, la doctora Benítez Páez analiza la importancia del Acuerdo, importancia que se ha visto reflejada en los veintiún años de aplicación provisional del Acuerdo en Colombia y en forma definitiva en el Brasil, donde las empresas navieras y aéreas de los dos Estados han visto disminuída la carga fiscal, lo que implica un incentivo para su permanencia en la rutas existentes entre ambos países. Y agrega, "… el proceso de apertura e integración económica en que se halla el país, es conveniente asegurar un sistema de transporte estable que permita el crecimiento de las corrientes comerciales, así como facilitar el tránsito de personas entre los países particularmente entre aquellos con los cuales, por su vecindad constituyen complementos naturales de nuestra economía y hacia los cuales podemos exportar más facilmente nuestros productos."

En relación con la constitucionalidad del tratado que se revisa, considera que se enmarca dentro de las preceptivas constitucionales, en especial las contenidas en los artículos 7; 150, numeral 16; y 227 que determinan como patrón de la política internacional, la integración latinoamericana y del Caribe, así como la promoción y consolidación de la integración económica, en especial, con los países de América Latina.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Por oficio No. 363, del 11 de enero de 1994, el Procurador General de la Nación, doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, rindió el concepto de rigor.

El primer aspecto analizado por el Ministerio Público, es el relativo a la competencia de la Corte Constitucional para conocer sobre la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Canje de Notas, constitutivo del Acuerdo entre Colombia y Brasil. Al respecto, afirma que la Corte es competente de conformidad con los artículos 241, numeral 10, de la Constitución y 44 del decreto 2067 de 1991.

A continuación, hace un análisis sobre el aspecto formal que revistió el Canje de Notas objeto de revisión. Al respecto afirma que en ningún momento debe entenderse que dicho canje se constituya en obligatorio para el Estado Colombiano, pues se hace necesario que el texto de la nota, cumpla los trámites internos que establece el ordenamiento jurídico de cada Estado para que adquiera carácter obligatorio a nivel internacional. Por esto, y tal como lo dice el encabezamiento de la ley en revisión, el Canje de Notas es constitutivo de un Acuerdo entre las dos Naciones contratantes. Por tanto, debe cumplir los requisitos establecidos por la legislación interna para que tenga carácter obligatorio.

En cuanto a la competencia del funcionario que representó a Colombia, concluye que por ser el Ministro de Relaciones Exteriores quien suscribió la nota canjeada, éste gozaba de plenas facultades para representar al Estado, sin necesidad de acreditar plenos poderes, tal como lo establece el artículo 7o. de la Convención de Viena.

En relación con los aspectos formales de la ley en revisión, y después de analizar los antecedentes legislativos que obran en el expediente, concluye que ella cumplió con los requisitos exigidos por la Constitución, en especial en el artículo 157.

Por otra parte, en lo concerniente al aspecto material tanto de la ley como de las notas, resalta que dicho Acuerdo se encuentra vigente provisionalmente desde el 28 de junio de 1971, fecha en la que se surtió el respectivo canje, cuestión ésta, que el Ministerio Público considera positiva, porque permite además de un acercamiento cultural y humano, el establecimiento de “corrientes comerciales y turísticas.”

El Acuerdo, dice el Procurador, “encaja dentro de la política de apertura económica, que si bien podría ser cuestionada en otros frentes de la economía, en este caso por los logros obtenidos, como por aquellos que es previsible que se obtengan, tanto en lo comercial como en lo que atañe a la integración en otros niveles, se trata de un paso recíprocamente favorable para los países suscriptores.”

Finalmente, sostiene que el Acuerdo facilita el flujo recíproco de viajeros de los dos países, así como el intercambio comercial, de manera que se cumple lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 9o. de la Constitución, según el cual, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

Con fundamento en lo expuesto, el Ministerio Público solicita a la Corte Constitucional declarar exequibles el Canje de Notas constitutivo del Acuerdo de la referencia y la ley 71 de 1993, aprobatoria del mismo.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Primero. Competencia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución, esta Corte es competente para decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban.

Segundo. Examen formal del Canje de Notas y de la ley 71 de 30 de agosto de 1993 "Por medio de la cual se aprueba "EL CANJE DE NOTAS CONSTITUTIVO DEL ACUERDO ENTRE COLOMBIA Y BRASIL PARA LA RECIPROCA EXENCION DE LA DOBLE TRIBUTACION A FAVOR DE LAS EMPRESAS MARITIMAS O AEREAS DE AMBOS PAISES", suscrito en Bogotá el 28 de junio de 1971."

Las notas constitutivas del Acuerdo a que se hace referencia, fueron suscritas por el Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, Alfredo Vásquez Carrizosa, y el Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República del Brasil, Fernando de Alencar.

– Examen del cumplimiento de formalidades constitucionales en la expedición de la ley 71 de 1993.

a). Aprobación Presidencial: El 21 de agosto de 1992, el canje de notas fue aprobado por el Presidente de la República, en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 189, numeral 2, según el cual al Presidente como máxima autoridad administrativa, le corresponde dirigir las relaciones internacionales y celebrar tratados o convenios con otros Estados. Posteriormente, la Ministra de Relaciones Exteriores sometió a consideración del Congreso de la República, los textos de las notas, para dar cumplimiento al artículo 150,

numeral 16, de la Constitución Nacional, el cual establece que corresponde al Congreso aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional.

b.) Trámite del Proyecto en el Senado de la República.

El 15 de octubre de 1992, la señora Ministra de Relaciones Exteriores, doctora Noemí Sanín de Rubio, presentó a consideración del Senado de la República, los textos de las notas canjeadas entre los Gobiernos de Colombia y el Brasil, con el fin de que fueran aprobadas por el Congreso, según lo ordena el artículo 150, numeral 16 de la Constitución. Así mismo, presentó la correspondiente exposición de motivos.

En la misma fecha, la Secretaría General del Senado de la República, una vez identificado el proyecto con el número 187/92, lo repartió a la Comisión Segunda Constitucional permanente, que es la competente para tramitar esta clase de asuntos, según lo estipulado en el artículo 1o., del capítulo segundo de la ley 03 de 1992. Igualmente, se ordenó la publicación del texto del proyecto a la Imprenta Nacional, publicación que se efectuó el 9 de noviembre de 1992, en la Gaceta del Congreso No. 146, página 17.

Con la publicación antedicha, se cumplió el requisito constitucional exigido por el numeral 1o. del artículo 157, según el cual:

“Artículo 157. Ningún proyecto será ley sin los requisitos siguientes:

“1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva.

Una vez recibido el proyecto de ley en la Comisión Segunda, se designó como ponente al H. senador Alberto Montoya Puyana. Este presentó su ponencia, que fue aprobada en primer debate el 24 de marzo de 1993, según la constancia suscrita por el Secretario General de la Comisión Segunda Permanente Constitucional, y publicada en la Gaceta del Congreso No. 181 de 1992.

El 25 de mayo de 1993, se aprubó en sesión plenaria el proyecto de ley, según constancia suscrita por el Presidente del Senado de la República y el Secretario General de la misma Corporación.

De esta manera, se dió cumplimiento a lo dispuesto por los numerales segundo y tercero del artículo 157 de la Constitución, y a los términos señalados en el artículo 160 del mismo estatuto, que prevé que entre el primer y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días.

c). Trámite del proyecto en la Cámara de Representantes.

Una vez aprobado el proyecto de ley por la plenaria del Senado de la República, éste fue remitido a la Cámara de Representantes, donde se identificó con el Nro. 297 de 1992. La Presidencia hizo el respectivo reparto a la Comisión Segunda Permanente Constitucional, donde se designó como ponente al H. representante Hugo Alberto Velasco Ramón.

El proyecto en esta Comisión fue aprobado por unanimidad, el día 9 de junio de 1993, según constancia suscrita por el Secretario General de la Comisión; de esta manera, se dió cumplimiento a lo estipulado en la parte final del artículo 160 de la Constitución, que señala: "… entre la aprobación del proyecto en una de las cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días".

En Sesión Plenaria del 17 de junio del mismo año, la Cámara de Representantes aprobó el proyecto de ley, tal como consta en la certificación suscrita por el Presidente de esa Corporación y en la publicación que se hizo en la Gaceta del Congreso No. 234 de 1993.

El trámite dado a la ley 71 de 1993 para su aprobación en el Congreso de la República, demuestra que se cumplió el proceso exigido para que un proyecto sea ley de la República.

d). Sanción Presidencial.

El 13 de julio 1993, el Presidente del Senado remitió al Presidente de la República, todos los antecedentes legislativos del proyecto de ley, para la correspondiente sanción. Sancionado el proyecto el 30 de agosto de 1993, le correspondió el número 71 de 1993 "Por medio de la cual se aprueba el CANJE DE NOTAS CONSTITUTIVO DEL ACUERDO ENTRE COLOMBIA Y BRASIL PARA LA RECIPROCA EXENCION DE DOBLE TRIBUTACION A FAVOR DE LAS EMPRESAS MARITIMAS O AEREAS DE AMBOS PAISES, suscrito en Bogotá el 28 de junio de 1971."

d). Envío a la Corte Constitucional

El 1o. de septiembre de 1993, la Corte Constitucional recibió la ley que aprueba el Canje de notas constitutivo del Acuerdo que aquí se revisa. Cumpliéndose así, el término estipulado en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución.

En conclusión: el trámite formal previsto en la Constitución para la expedición de esta ley, de conformidad con los documentos que obran en el expediente, se cumplió en su integridad.

Tercero. Examen desde el punto de vista material del Canje de Notas y de la ley en revisión.

El primer aspecto que debe estudiarse es la forma que revistió el acuerdo que aquí se revisa, concretado en el Canje de Notas entre los embajadores de la República de Colombia y de la República Federativa del Brasil.

El canje de notas es una de las formas que puede revestir un acuerdo entre Estados.

Las notas diplomáticas se distinguen de los tratados internacionales en sentido estricto, por la sencillez de su creación. Muchos autores coinciden en afirmar que éstas se utilizan para concretar asuntos administrativos o de rutina, lo que no es en todos los casos cierto, ya que algunas notas, como la que aquí se revisa, tratan de asuntos de gran trascendencia, que generan obligaciones para el Estado Colombiano, y por lo tanto, siempre debe sujetarse a todo el trámite constitucional propio de un tratado.

El procedimiento utilizado para la concreción de un acuerdo por medio de notas diplomáticas es más sencillo que el utilizado para formalizar un tratado, pues el Ministro de Relaciones Exteriores de un Estado le dirige a su homólogo en otro Estado, una nota, carta, o comunicación, no importa la denominación, en la cual se contemplan y fijan los puntos objeto de acuerdo.

Recibida la nota, el funcionario competente del otro Estado puede contestar, objetando alguno o todos los puntos sometidos a su consideración, o aceptando. En este último evento, la contestación que se produce en una carta, nota, comunicación etc., que contenga el asentimiento a los puntos planteados, se tendrá como formalización del acuerdo, y es a partir de ese momento cuando el acuerdo entra en vigencia. Por lo general, en la nota de

contestación se reproduce el texto de las propuestas. Este procedimiento es el que se ha denominado “Canje de Notas”.

Recibida la nota de contestación por el funcionario competente, el acuerdo se entiende concluído y por tanto entra en vigencia.

Ni en la Constitución de 1886, y mucho menos en la Constitución de 1991, se encuentra excepción alguna al control que debe ejercer el Congreso de la República, en la aprobación de los tratados internacionales. Porque si bien el Canje de Notas requiere de un procedimiento más sencillo para su culminación, es un verdadero tratado, por lo menos el que aquí se revisa. En efecto, responde a la definición de “tratado” que hace la Convención de Viena, en su artículo 2o., literal a) cuando expresa: “Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”

Con fundamento en lo expuesto, la Corte considera que el Canje de Notas suscrito por los Ministros de Relaciones Exteriores de Colombia y Brasil, a pesar de su denominación, es un verdadero tratado, sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución para su aprobación y posterior ratificación. Requisitos dentro de los cuales se encuentra la revisión, automática, integral y definitiva, tanto del texto de las notas como de la ley aprobatoria de las mismas, por parte de la Corte Constitucional.

Este Canje de Notas tal como aquí se ha explicado, no puede confundirse con el llamado “Canje de Notas de ratificación”, que es una de las formas en que un Estado puede expresar su voluntad y dar su consentimiento para obligarse a nivel internacional. Esta forma de expresar el consentimiento, por parte de un Estado, está contemplada en el artículo 13 de la Convención de Viena, según el cual:

” El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituído por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje:

a) Cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto;

b) Cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los

instrumentos tenga ese efecto.”

Así, uno es el Canje de Notas constitutivo de acuerdo entre los Estados negociadores, el cual debe cumplir con los requisitos de aprobación según la legislación interna de cada Estado, y otro, el Canje de Notas a través del cual, un Estado expresa su voluntad de obligarse, observar y cumplir lo estipulado en el tratado ratificado.

Como se ha explicado, el Canje de Notas que aquí se revisa, fue la conclusión de las negociaciones que venían realizando tanto el Gobierno de Colombia como el del Brasil, con el objeto de lograr la recíproca exención de doble tributación para las empresas marítimas y aéreas de ambos países.

Estas negociaciones, comenzadas en los primeros meses de 1970, por cartas cruzadas entre ambos Gobiernos, se fueron fijando los puntos y cláusulas que debía contener el acuerdo a suscribir. Con el Canje de Notas realizado el 28 de junio de 1971, concluyeron las negociaciones entre ambos Estados, que se obligaron a someter el respectivo acuerdo a consideración de los órganos internos competentes, para efectos de su ratificación, según la cláusula VIII de la nota en revisión.

Lo anterior indica que el Canje, no puede tenerse como obligatorio desde esa fecha para el Estado colombiano, ni para el brasileño, pues, así su texto no lo hubiese expresado, debía cumplir con los requisitos internos para su aprobación, como efectivamente lo viene haciendo.

Es importante recordar que el no cumplimiento de las formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico de cada Estado para que se pueda expresar su voluntad de obligarse en al ámbito internacional, constituye un vicio del consentimiento, susceptible de ser alegado a través de la nulidad del tratado, tal como lo prevé el artículo 46 de la Convención de Viena.

Establecido que el Canje de Notas en revisión, es un verdadero tratado, el segundo punto a estudiar es la competencia del funcionario que lo realizó.

Al respecto, debe decirse que el Ministro de Relaciones Exteriores de ese entonces, doctor Alfredo Vásquez Carrizosa, fue el encargado de suscribir y proponer al Gobierno del Brasil,

que en caso de ser aceptadas las estipulaciones contenidas en la nota que estaba remitiendo, junto con la respuesta por parte del Gobierno brasileño, se tendrían como un Acuerdo entre los respectivos Estados.

El 28 de junio de 1971, el Ministro Extraordinario y Plenipotenciario de la República Federativa del Brasil, doctor Fernando de Alencar, dando respuesta al doctor Vásquez Carrizosa, reprodujo el texto de la nota enviada por éste, conviniendo en todas sus partes. A partir de ese momento, las negociaciones entre los dos Estados quedaron concluídas.

En este caso, el doctor Vásquez Carrizosa, como Ministro de Relaciones Exteriores y en razón de su cargo, gozaba de plenas facultades para representar al Estado colombiano. Aserto que se explica así:

En vigencia de la Constitución de 1886, el Presidente de la República, al igual que en la nueva Constitución, goza del llamado jus representationis omnimodae, es decir, el derecho de vincular por sí solo hacia afuera al Estado en todos los asuntos. Sin embargo, tanto el aumento de responsabilidades, como de los compromisos por parte del Presidente de la República, no le permiten ejercer de manera personal este derecho, por lo que en uso de sus facultades, ha delegado en el Ministro de Relaciones Exteriores la tarea de representar al Estado, en las etapas de negociación y celebración de tratados internacionales. Función ésta que se encuentra expresamente consagrada en el artículo 1o. del decreto 2017 de 1968.

No es pertinente mencionar la presunción de representación del Estado en cabeza de los Ministros de Relaciones Exteriores que consagra el artículo 7o., numeral 2o., literal a) de la Convención de Viena, pues en la fecha en que se produjo el Canje de Notas, la Convención de Viena sobre los tratados no obligaba al Estado colombiano, porque sólo a través de la ley 32 de 1985, el Congreso de la República la aprobó, y el 10 de abril de ese mismo año, se produjo su ratificación ante la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas.

Por lo anterior, se concluye que el funcionario que suscribió la nota objeto de revisión, era competente para representar al Estado colombiano.

En el numeral VIII de las notas que se revisan, se prevé:

“Este acuerdo entrará en vigor provisionalmente en la fecha de la nota de respuesta de Vuestra Excelencia, y definitivamente en la fecha que los dos Gobiernos se comuniquen haber cumplido en cada país las exigencias relativas a su ratificación. En caso de que una de las partes comunique el no haber sido posible aquella ratificación, cada parte estará en libertad para exigir a las empresas de navegación marítima o aérea de la otra parte que se paguen los impuestos que no hubiesen sido recaudados durante la vigencia provisional.”

Si bien el principio general en cuanto a la aplicación, vigencia y validez de los tratados, está determinado por la aprobación que de ellos se haga conforme a la legislación interna de cada Estado, se ha previsto que un tratado o parte de él, pueda aplicarse sin agotar el referido trámite. El fundamento de la aplicación provisional de un tratado está en la importancia del asunto regulado o en la urgencia que para los Estados represente su puesta en práctica.

La aplicación provisional no indica que se haga caso omiso del trámite constitucional que cada Estado debe agotar para la aprobación de los tratados, ya que aquéllos no renuncian al derecho y al deber de someter a la aprobación del órgano competente el respectivo acuerdo, pues dicho trámite, a pesar de la aplicación provisional, debe agotarse. Además, cuando se pacta la cláusula de la aplicación provisional, ésta queda sujeta a una condición que es la posterior ratificación.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución de 1886 en lo que toca a este tema guardó silencio. Sin embargo, en la Convención de Viena, vigente en Colombia desde 1985, y sobre la cual no se formuló reserva alguna, se consagró la posibilidad de pactar la cláusula de aplicación provisional de los tratados.

El artículo 25 de la Convención prevé:

“1. Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:

a) Si el propio tratado así lo dispone; o

b) Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.

“2. La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los

Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.”

Podría argumentarse que Colombia, antes de 1985, no podía hacer uso de la aplicación provisional de los tratados, por considerarse que ella desdibujaba la estructura trazada por la Carta del 86, en cuanto a la dualidad de los órganos que debían intervenir en su aprobación. Sin embargo, no se encuentra ninguna oposición con dicho ordenamiento, ni mucho menos con el vigente, como más adelante se explicará, pues la aplicación provisional del tratado, no implica un compromiso definitivo del Estado a nivel internacional, el cual sólo se da cuando el Estado ratifica el respectivo acuerdo.

En el caso en estudio, las exenciones tributarias para la empresas marítimas y aéreas contempladas en las notas de 1971, se vienen aplicando desde ese año, y de ellas han hecho uso las navieras AGROMAR Y LLOYD LIBRA S.A, y las empresas aéreas AVIANCA Y VARIG, según lo informa el Ministerio de Relaciones Exteriores. Durante veintitrés (23) años se ha demostrado la importancia y los beneficios del acuerdo, para las empresas de ambos países.

Es necesario señalar que la Constitución de 1991, consagró expresamente en el artículo 224, la figura de la aplicación provisional de los tratados, restringiendo su uso a los tratados de naturaleza económica y comercial. De esta manera y tratándose de estas precisas materias, se podrá pactar la cláusula de aplicación provisional, caso en el cual, el Gobierno debe someter inmediatamente el respectivo tratado a la aprobación del Congreso. Si el tratado versa sobre materias distintas a las contempladas en el artículo en mención, y se consagra esta cláusula especial, el respectivo negociador tendrá que hacerse uso de la figura de la “reserva”.

En el presente caso, y por la naturaleza misma del acuerdo que aquí se revisa, se ajusta a la Constitución la aplicación provisional del acuerdo, mientras se surten todos los trámites establecidos para su ratificación.

El tema central del Acuerdo, son las exenciones tributarias que reconocen Colombia y Brasil, para las empresas marítimas o aéreas de ambos países, en razón de su actividad.

El numeral III de las notas, señala exactamente los conceptos fiscales que son objeto de exención: la renta, el capital y el patrimonio provenientes de la actividad de las empresas

allí mencionadas.

Al respecto cabe señalar que la Constitución, en materia de exenciones, sólo prohibe aquellas que tengan que ver con los tributos de propiedad de las entidades territoriales, según el artículo 294. Esta prohibición tiene fundamento en el principio de la autonomía de gestión de las entidades territoriales, pues sólo éstas pueden disponer de sus recursos fiscales, y por tanto, no es permitido que por ley se disponga de ellas.

No encontrándose que las exenciones contempladas en el acuerdo en revisión, se refieran a las que pertenecen a las entidades territoriales, éstas se ajustan a la preceptiva constitucional.

Por otra parte, y tal como lo ordenan los artículos 226 y 227 de la Constitución, el acuerdo que se revisa tiene como fundamento la igualdad y la reciprocidad. Pues las dos naciones se comprometen a dar el mismo tratamiento preferencial a las empresas nacionales que cumplan los requisitos allí estipulados.

La importancia de este acuerdo fue reseñada por el senador Alberto Montoya Puyana, cuando presentó ante el Senado de la República la respectiva ponencia para la aprobación del proyecto de ley. En aquella oportunidad, expresó:

” Una vez analizados los resultados positivos de la aplicación de este tratado tanto en el área comercial y de turismo para los dos (2) países y operacionales para las empresas de transporte aéreo y marítimo; y teniendo en cuenta los asuntos tributarios para las compañías de transporte son importantes por la gran incidencia de los resultados económicos, como incentivos para la permanencia de las empresas en el tráfico y ruta entre los dos países y el procurar que cada empresa sólo cancele los impuestos respectivos en su país de origen, permite en gran medida el incremento de una actividad que como el transporte, es considerado pilar y base indiscutible del aumento del movimiento de mercancías entre países y del incremento de las relaciones más estrechas entre los estados.

” Dadas las circunstancias por las que atraviesa el país en lo concerniente al proceso de apertura e integración económica y que las actividades de transporte tanto marítimo como aéreo, son el soporte del comercio internacional, veo necesario la aprobación del canje de notas.”

Finalmente, debe agregarse que en nuestra legislación tributaria, la única forma para que los extranjeros tengan derechos a exenciones, es cuando ellas están contempladas en tratados o convenios internacionales que se encuentren vigentes. Por esta razón, se hace necesario el acuerdo celebrado entre Colombia y Brasil, tendiente a eliminar la doble tributación para las empresas aéreas y marítimas de ambos países, en razón a la actividad que desarrollan.

VI.- DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Declarar EXEQUIBLES el Canje de Notas constitutivo del Acuerdo entre Colombia y el Brasil para la recíproca exención de doble tributación a favor de las empresas marítimas o aéreas de ambos países, suscrito en Bogotá el 28 de junio de 1971, y la ley 71 del 30 agosto de 1993, que lo aprobó.

Segundo: Comunicar la presente decisión al Gobierno Nacional, Presidencia de la República y Ministerio de Relaciones Exteriores, para los fines previstos en el artículo 241, numeral 10, de la Constitución.

Notifíquese, cópiese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional, devuélvase el expediente al Ministerio de Relaciones Exteriores, y cúmplase.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ CARLOS GAVIRIA DIAZ

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General