

ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN NACIONAL – Reglamentos / OCUPACIÓN POR USUARIOS COMERCIALES DEL ÁREA DE LA RESPECTIVA ZONA FRANCA – Porcentaje / ZONAS FRANCA – Naturaleza / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Ordinaria / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Para la materialización de leyes marco en materia aduanera / POTESTAD REGLAMENTARIA DUAL / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA – Respecto del funcionamiento de las zonas francas / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[E]s necesario aclarar al demandante que la reglamentación contenida en los decretos acusados (Decretos 2685 de 1999, 383 de 2007 y 4051 de 2007), no solo emana del ejercicio de la potestad reglamentaria ordinaria, sino que trae inmerso el desarrollo de la competencia reglada por el numeral 25 del artículo 189 superior, que permite la materialización de "leyes marco o cuadro" en materia aduanera. Lo anterior significa que el ámbito reglamentario en el caso concreto es más amplio «pues sólo están sujetos a las normas generales y dentro de ellas a los objetivos y criterios señalados en la ley marco objeto de reglamentación, sin que ello signifique desplazamiento ni usurpación de funciones o competencias del Congreso de la República en su condición de legislador» [...] [S]e advierte claramente que el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, a través del cual se modificó el inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999, fue proferido con el objeto de reglamentar las Leyes 1004 de 2005 y 6ª de 1971 y, por lo tanto, trae inmerso el ejercicio de una potestad reglamentaria dual. Este mismo criterio jurídico resulta aplicable al Decreto 4051 de 2007 “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones”, pues ambas normas modifican el Título IX del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), el cual corresponde al régimen de las Zonas Francas, cuyo capítulo I regula todo lo relacionado con las Zonas Francas Permanentes y cuyo capítulo II corresponde a las Zonas Francas Transitorias. En este punto cabe mencionar que el presidente de la República está facultado para orientar el logro de la política comercial en ejercicio de la potestad reglamentaria especial aduanera, conforme a lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-723 de 2007. [...] En ese entendido, las amplias facultades presidenciales que permiten regular los aspectos de la ley marco aduanero están orientadas al logro de la política comercial y, para el caso de autos, se relacionan con el debido funcionamiento de las zonas francas del régimen contenido en el Título IX del Decreto 2685 de 1999, «por el cual se modifica la Legislación Aduanera». Conforme con lo previsto en el artículo 1º de la Ley 6 de 1971, la política comercial en materia arancelaria debe respetar las normas sobre «restricción o derogatoria de exenciones de derechos arancelarios de importación», que sean «incompatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales», materia ligada directamente a esta controversia. Ahora bien, como ya se mencionó, los Decretos 383 y 4051 de 2007 además de fundamentarse en la facultad especial prevista en el artículo 189, numeral 25 de la Carta, también lo hacen en la potestad general consagrada en el artículo 4º de la Ley 1004 de 2005. [...] Como se observa el legislador confirió al gobierno nacional un amplio margen reglamentario respecto del funcionamiento de las Zonas Francas Permanentes o Transitorias y de los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios pueden operar en ellas. Lo anterior quiere decir que el gobierno nacional cuando expidió las normas acusadas no solo contaba con especiales potestades para reglamentar un asunto aduanero relacionado con la política comercial, sino que, de por sí, el legislador ordinario le había dotado expresamente de amplias competencias en la definición de las directrices de funcionamiento de las zonas francas.

EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA – Por carencia de requisitos de la demanda / PRINCIPIO DE LA JUSTICIA ROGADA – Aplicación / EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA – No probada

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostiene que no se precisó con claridad las normas violadas y el concepto de violación, razón por la cual debe prosperar la excepción previa de inepta demanda. Ahora bien, esta Corporación ha explicado que en la jurisdicción contencioso-administrativa tiene aplicación el principio de la justicia rogada, por lo que a la parte demandante le asiste la obligación de delimitar el alcance del estudio de legalidad que pretende. [...] En este mismo sentido, se tiene que los numerales 2º y 4º del artículo 137 del CCA disponen que toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y debe contener los requisitos allí dispuestos, entre los cuales, se encuentran “lo que se demanda”, expresado con precisión y claridad, indicando las normas violadas y explicando el concepto de violación. En el caso de autos y una vez revisado el plenario, el Despacho advierte que la demanda cumple con el referido requisito por cuanto la parte actora individualizó con toda precisión el acto administrativo cuya nulidad pretende y señaló con claridad y certeza el concepto de violación que pretende hacer valer. [...] En segundo lugar, y en lo atinente a las normas violadas, el Despacho advierte que el actor formuló la trasgresión de los artículos 13, 25, 189 (numerales 11 y 19) y 333 de la Constitución Política y los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005. Y, finalmente, como concepto violación, argumentó que: (i) el presidente de la República se excedió en el ejercicio de la facultad reglamentaria; (ii) estableció una preeminencia de los usuarios industriales hacia los usuarios comerciales, y (iii) desconoció el derecho a la igualdad de todos los usuarios de las zonas francas. En este contexto, para la Sala la demanda sí está formulada en forma completa y se dirige a desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN ACCIONES DE SIMPLE NULIDAD / EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – No probada

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo propuso la excepción de «falta de legitimación en la causa por pasiva», luego de considerar que la materia objeto de debate es de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, según lo previsto en el artículo 11 del Decreto 4269 de 2005. En el mismo sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimó que existe falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva por las mismas razones. [...] Ahora bien, en tratándose de acciones de simple nulidad, esta Sección pacíficamente ha sostenido que el extremo procesal demandado está integrado exclusivamente por las entidades que suscribieron el acto administrativo cuestionado, cuando los efectos de tal decisión administrativa son generales y no subjetivos. [...] Significa lo anterior que, a través de la figura del litisconsorcio necesario se garantiza la comparecencia al proceso judicial de las entidades cuya ausencia impediría adoptar una decisión de fondo para el restablecimiento de la legalidad en abstracto. Tal pluralidad, en el caso concreto, comprende a las autoridades que suscribieron el Decreto 2685 de 1999, «Por el cual se modifica la Legislación Aduanera», y el Decreto 4051 de 2007 «Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones». Es decir, las entidades vinculadas a través de auto de 12 de octubre de 2012, a saber: la Nación - Presidencia de la República - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. En ese orden, ninguna de las excepciones aquí estudiadas cuenta con vocación de prosperidad porque ambos ministerios demandados suscribieron el acto acusado, la autoridad aduanera no

participó en dicho trámite y las disposiciones objeto de análisis no producen efectos particulares respecto de la DIAN sino generales en materia tributaria.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 25 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 83 / LEY 1004 DE 2005 / LEY 6 DE 1971 – ARTÍCULO 1

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTÍCULO 393-21 INCISO 2 (No anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero Ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDES

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-24-000-2011-00373-00

Actor: JUAN MANUEL CAMARGO GONZÁLEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – MINHACIENDA Y MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO - MINCOMERCIO

Tema: Régimen y fines de las zonas francas / suficiencia de la carga argumentativa de la demanda / legitimación en la causa por pasiva en acción de nulidad recae en la entidad que expidió el acto demandado / límites de la facultad reglamentaria en leyes ordinarias y leyes marco / potestad reglamentaria respecto del funcionamiento de las zonas francas y respecto de los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios de las mismas pueden operar / No se advierte la vulneración de los artículos 13, 25 y 333 de la Constitución Política / diferencias entre usuario comercial e industrial de las zonas francas

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a resolver, en única instancia, la acción de nulidad interpuesta por el ciudadano Juan Manuel Camargo González en contra del inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999¹, modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, y de los artículos 16 y 32 del Decreto 4051 de 2007².

¹ Por el cual se modifica la Legislación Aduanera. Norma adicionada por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, Por el cual se modifica el *Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones

² Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

I. ANTECEDENTES

I.1. La demanda

1. El ciudadano **Juan Manuel Camargo**, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, presentó demanda en contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con miras a obtener las siguientes declaratorias y condenas:

[...] [S]olicito la nulidad de las normas que se identifican y se transcriben a continuación: [...]

1. Inciso 2 del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999 (artículo e inciso adicionado por el artículo 1 del Decreto 383 de 2007) [...]

2. Inciso 2 del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999 (modificación introducida por el artículo 16 del Decreto 4051 de 2007) [...]

3. Artículo 32 del Decreto 4051 de 2007 [...]

I.2. Los hechos

2. Los principales hechos de la demanda, en síntesis, son los siguientes:

2.1. Relató que el régimen colombiano de zonas francas ha permitido desde sus orígenes el desarrollo de actividades “comerciales” en dichos espacios.

2.2. En tal sentido, explicó que el artículo 4° de la Ley 109 de 1985³ clasificó las zonas francas en: (i) industriales, (ii) comerciales y (iii) mixtas. Además, el artículo 6° de la Ley 7 de 1991⁴ contempló expresamente las zonas francas comerciales y

³ Por la cual se establece el estatuto de las zonas francas

⁴ Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones

la actividad de almacenamiento en zonas francas. Esta clasificación se reiteró en el Decreto 971 de 1993⁵.

2.3. También, afirmó que el Decreto 2233 de 1996⁶ eliminó la distinción entre zonas francas industriales, zonas francas comerciales y zonas francas combinadas, y creó una sola clase denominada «*Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios*».

2.4. Por su parte, la Ley 1004 de 2005⁷ identificó como usuarios de estas zonas a los operadores, a los industriales de bienes, a los industriales de servicios y a los comerciantes, sin restringir el área disponible de los usuarios comerciales.

2.5. Finalmente, agregó que los Decretos 383 y 4051 de 2007, cuando reglamentaron la Ley 1004 de 2005, limitaron el ejercicio de la actividad comercial más allá de lo previsto por el legislador.

I.3. Fundamentos de derecho y concepto de la violación

3. El demandante sostiene que los preceptos demandados desconocen los artículos 13, 25, 189 (numerales 11 y 19) y 333 de la Constitución Política y los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005, por las siguientes razones:

(i) Primer cargo. «Violación de la Ley 1004 de 2005. Violación del artículo 189 C.N. numerales 11 y 19. Exceso de la facultad reglamentaria»

4. El demandante explicó que, según lo dispuesto en la Ley 1004 de 2005, la actividad comercial se puede desarrollar en las zonas francas y, en consecuencia, *«el gobierno puede reglamentar las condiciones necesarias para que los usuarios comerciales sean reconocidos como tales y puedan ejercer su objeto social, pero no puede dictar medidas que tiendan a la eliminación de dichos usuarios, o que limiten el ejercicio de su objeto social, porque eso equivale a contrariar la voluntad del legislador, usurpar sus competencias y desbordar la facultad reglamentaria»*.

⁵ Por el cual se modifica parcialmente el régimen de Zonas Francas y se dictan otras disposiciones

⁶ Por el cual se establece el régimen de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios

⁷ Por la cual se modifican un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones.

5. En tal sentido, manifestó que:

[...] [L]a contradicción con el texto de la Ley 1004 de 2005 queda en evidencia cuando se leen las normas demandadas, ya que surge de bulto que ellas: (i) crean desventajas para los usuarios comerciales, favoreciendo a los demás usuarios: y (ii) limitan, perjudican y obstaculizan el desarrollo del objeto social legal de los usuarios comerciales, en una forma no prevista (ni implícita ni explícitamente) por la ley.

El decreto 383 de 2007 (al adicionar el artículo 393-21 del decreto 2685 de 1999) creó una limitación que no está en la ley a la operación de los usuarios comerciales de zona franca, y que consiste en que "Los usuarios comerciales no podrán ocupar, en conjunto, un área superior al veinticinco por ciento (25%) del área total de la respectiva Zona Franca".

Posteriormente, el artículo 16 del decreto 4051 de 2007 agravó la limitación, al reducir el porcentaje "al cinco por ciento (5%) del área total de la respectiva Zona Franca".

Eso significa que, así su negocio vaya muy bien, todos los usuarios comerciales de una zona franca no pueden ocupar en conjunto más del 5% del área de la zona franca, aunque haya áreas disponibles.

Para completar, el artículo 32 del decreto 4051 de 2007 impidió crecer a los usuarios comerciales, y además favoreció a las otras clases de usuarios, al incluir dos previsiones adicionales:

a) "en la medida en que exista rotación de dichos usuarios [los comerciales] las áreas desalojadas deberán ser ocupadas por Usuarios Industriales de Bienes y/o Servicios".

b) "En los eventos en que se amplíen las áreas de las Zonas Francas actualmente declaradas, estas deberán destinarse exclusivamente a Usuarios Industriales de Bienes y/o Servicios, de tal forma que se de

cumplimiento a lo indicado en el artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999".

Estas medidas son particularmente gravosas en el caso de los usuarios comerciales, ya que, según el artículo 3 de la ley 1004 de 2005, a estos se les permite prestar el servicio de almacenamiento de bienes.

Como cualquiera puede entender, el servicio de almacenamiento requiere de espacio, es decir, de área.

Al limitar las posibilidades de ocupar áreas dentro de la zona franca, los decretos conspiran directamente contra la posibilidad que tienen los usuarios comerciales de desarrollar su objeto social legal, de expandirse y de funcionar en términos eficientes. [...]

6. En su criterio, las normas acusadas permiten «*la eliminación disimulada de los usuarios comerciales*», «*violando flagrantemente el texto de la ley que los creó y reconoció*» al fijar una restricción que la ley no contempla.

7. De otra parte, mencionó que los decretos demandados no reglamentan leyes marco y que, por lo tanto, fueron expedidos de conformidad con lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

(ii) Segundo cargo. «La ley no establece preeminencia de los usuarios industriales ni “desagrado” hacia los usuarios comerciales. Violación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1004 de 2005»

8. Al respecto, adujo que las zonas francas no fueron establecidas con el propósito de favorecer a la industria, por el contrario, «*la ley 1004 de 2005 previo la existencia de los usuarios comerciales dentro de las zonas francas y no restringió su actividad a una zona determinada, dado que estas zonas se orientan hacia el mercado interno*».

9. Concretamente, el artículo 1° de la Ley 1004 de 2005 reconoce «*la existencia de la actividad comercial dentro de las zonas francas permanentes, así como la presencia de cuatro clases de usuarios: operadores, industriales de bienes, industriales de servicios y comerciales. Expresamente el artículo prevé que dentro*

de las zonas francas se desarrollen actividades industriales (de bienes y de servicios) y "actividades comerciales"»

10. Además, la parte actora recordó que los usuarios comerciales cumplen con los objetivos previstos en el artículo 2º de la Ley 1004 de 2005, especialmente, el previsto en el numeral 5º *ibídem* sobre «*simplificar procedimientos del comercio de bienes y servicios, para facilitar su venta*».

11. Por ello, explicó que la disposición cuestionada impide el crecimiento económico del país, pues «*al igual que en la industria, los servicios de comercialización y mercadeo obtienen economías de escala del aumento del área disponible, porque se aprovecha mejor el costo de la tierra y se pueden utilizar menos equipos y menos personal de los que se requerirían si estas actividades se desarrollaran en lugares distintos y separados unos de otros*».

12. Finalmente, insiste en que los usuarios comerciales están obligados a generar inversión y empleo en las mismas condiciones de los usuarios industriales de bienes y de servicios.

(iii) Tercer cargo. «Violación del derecho a la igualdad».

13. En este punto, la parte actora se refirió a las diferencias existentes entre un usuario industrial y un usuario comercial, pero indicó que esas características no permiten un trato desigual. En síntesis, aclaró que:

[...] a) Les fijó diferente objeto social

b) El Usuario Industrial de Bienes debe instalarse exclusivamente en una o varias Zonas Francas (artículo 3 de la ley), mientras que el Usuario Industrial de Servicios debe desarrollar sus actividades exclusivamente en una o varias Zonas Francas (ibidem).

c) Por esta restricción en su actividad, dichos usuarios industriales de bienes y usuarios industriales de servicios tienen una tarifa del impuesto sobre la renta del 15% (artículo 5 de la ley 1004 de 2005).

d) En cambio, la ley no exige que los usuarios comerciales se instalen o desarrollen exclusivamente su actividad en zona franca,

He aquí una importante diferencia en cuanto a su naturaleza, que acarrea una importante diferencia en el trato: según el párrafo del artículo 5 de la ley, los usuarios comerciales no están beneficiados por tarifa del impuesto sobre la renta del 15%, sino que tributan a "la tarifa general vigente. [...]

14. Por último, consideró que el confinamiento de los usuarios comerciales es una decisión arbitraria del gobierno, que viola la ley y perjudica gravemente a empresas que deben cumplir con los mismos requerimientos de inversión y empleo de otros usuarios no confinados en un área específica.

(iv) Cuarto cargo. «Violación a los artículos 25 (Derecho al trabajo) y 333 (libertad de la actividad económica y la iniciativa privada)»

15. En criterio de la parte actora, *«las dificultades impuestas a la actividad de los usuarios comerciales tiende a eliminarlos, y con ello se perjudica el empleo de cientos o miles de trabajadores que actualmente prestan sus servicios a usuarios comerciales de zona franca».*

16. Por último, concluyó el actor manifestando que:

[...] el artículo 333 sólo prevé que la actividad económica y la iniciativa privada tengan los "los límites del bien común". Los permisos previos y requisitos deben ser fijados por ley expedida por el Congreso; no pueden ser expedidos por el gobierno. En este caso, el bien común no choca contra la legítima aspiración de los usuarios comerciales a crecer y expandirse. El gobierno se extralimitó en sus funciones y pretende dirigir y planificar una actividad económica, contrariando los fundamentos mismos de nuestra Carta Política.

Ahora bien, el Gobierno no podría escudarse en una supuesta reglamentación de la ley para justificar su intromisión en la actividad económica y el derecho del empleo de los particulares, porque esos aspectos tienen reserva de ley [...]

II. TRÁMITE DEL PROCESO

17. La demanda de nulidad de la referencia fue interpuesta por el ciudadano Juan Manuel Camargo González el 6 de septiembre de 2011⁸.

18. Mediante auto de 12 de octubre de 2012, el Magistrado sustanciador del proceso admitió la demanda y ordenó la notificación y el traslado correspondientes a las entidades accionadas para que contestaran, propusieran excepciones y aportaran y/o solicitaran la práctica de las pruebas. Igualmente negó la solicitud de medida cautelar⁹.

19. Los apoderados judiciales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público contestaron la demanda oportunamente¹⁰.

20. Mediante auto del 6 de noviembre de 2015, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión¹¹.

21. Vencido el plazo, los apoderados de la parte demandada y demandante reiteraron sus argumentos en esencia. El agente del Ministerio Público presentó su concepto de fondo sobre la controversia, en el que defendió la legalidad del acto acusado¹².

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

22. Mediante oficio de 21 de marzo de 2013, el apoderado judicial del **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo** contestó la demanda.

23. Como argumento de defensa propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, para lo cual explicó que la materia objeto de debate es un asunto de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN. Así, citó las funciones conferidas a ese ministerio por el Decreto 4269 de

⁸ Folios 47 a 67

⁹ Folios 69 a 75.

¹⁰ Folios 87 a 94 y 113 a 119

¹¹ Folio 153

¹² Folios 175 al 179.

2005¹³ y sostuvo que los asuntos sobre manejo, control y regulación del régimen aduanero son propios de la DIAN.

24. A través de oficio de 22 de marzo de 2013, el apoderado judicial del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó la demanda.

25. En primer lugar, propuso la excepción de inepta demanda por cuanto, en su criterio, el accionante no motivo de forma suficiente la solicitud. También alegó que el *litis consorcio* necesario por pasiva no se integró adecuadamente en la medida en que la DIAN no fue llamada a comparecer al proceso.

26. Finalmente, anotó que se acogía a cualquier hecho exceptivo que fuese probado en el curso del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 306 del CPC.

III. - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

27. En su escrito de alegatos de conclusión, la **parte actora** reiteró los argumentos de contradicción propuestos en la demanda

28. El apoderado judicial del **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**, en esta etapa, insistió en los argumentos propuestos en la contestación de la demanda. Además, anotó que el accionante no desvirtuó la presunción de legalidad que cobija a los actos administrativos cuestionados, los cuales fueron expedidos por la autoridad competente.

29. El apoderado judicial del **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, en su escrito de alegatos de conclusión, propuso nuevamente la excepción de inepta demanda y afirmó que el presidente de la República no excedió su potestad reglamentaria al expedir los artículos demandados.

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

¹³ Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y se dictan otras disposiciones

30. Mediante escrito de 16 de diciembre de 2015, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa rindió concepto en el sentido de defender la legalidad de los artículos demandados, por las razones que se resumen a continuación:

30.1. En primer lugar, indicó que las excepciones previas propuestas por las carteras ministeriales demandadas deberían ser resueltas por esta autoridad judicial en la sentencia definitiva dado que el artículo 163 del Decreto 01 de 1984 fue derogado por el artículo 68 del Decreto 2304 de 1989 y, en consecuencia, el procedimiento contencioso ya no contempla una etapa de estudio previo.

30.2. En cuanto al cargo de falta de competencia y extralimitación de funciones, la Agencia del Ministerio Público alegó que *«el Ejecutivo está legitimado para reglamentar mediante la expedición de la norma demandada la cumplida ejecución de la Ley 1004 de 2005; atribución que le está conferida por la Constitución y la Ley»*

30.3. Respecto del desconocimiento de los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005, citó el contenido de aquellos preceptos y explicó que el artículo 4º de la norma *ibídem* contempló una facultad amplia del gobierno nacional para reglamentar esa temática en cuanto *«a la autorización y funcionamiento de las zonas francas permanentes o transitorias»* y a *«los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios autorizados [...] deben adecuarse»*.

30.4. Por lo anterior, estimó que *«los actos demandados lo que buscan es ejercer un mejor y directo control de la actividad que realizan todos y cada uno de los usuarios autorizados de las Zonas Francas incluyendo a los usuarios comerciales de las mismas»*.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

IV.1.- Competencia

31. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 237 de la Constitución Política, así como de lo ordenado en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo

y en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019¹⁴, la Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

IV.2.- El acto administrativo acusado

32. La parte actora cuestionó la legalidad del inciso 2 del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, cuyo tenor literal es el siguiente:

[...] *ARTÍCULO 393-21. [...]*

Los usuarios comerciales no podrán ocupar, en conjunto, un área superior al veinticinco por ciento (25%) del área total de la respectiva Zona Franca. [...]

33. También demandó la modificación efectuada al mismo precepto por el artículo 16 del Decreto 4051 de 2007, en los siguientes términos:

[...] *ARTÍCULO 393-21. [...]*

Los Usuarios Comerciales no podrán ocupar, en su conjunto, un área superior al cinco por ciento (5%) del área total de la respectiva Zona Franca." (Negrilla de la Sala) [...]

34. Y finalmente reprochó el contenido del artículo 32 del Decreto 4051 de 2007 que señala:

[...] *Artículo 32. En las Zonas Francas que a la fecha de entrada en vigencia de este decreto operen Usuarios Comerciales que ocupen en conjunto un área superior al 5% del total de la misma, en la medida en que exista rotación de dichos usuarios las áreas desalojadas deberán ser ocupadas por Usuarios Industriales de Bienes y/o Servicios hasta llegar al límite requerido para Usuarios Comerciales indicado en el artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999. [...]*

¹⁴ Reglamento Interno del Consejo de Estado.

IV.3.- El problema jurídico

35. En el presente caso, el ciudadano Juan Manuel Camargo sostiene que el inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999¹⁵, y los artículos 16 y 32 del Decreto 4051 de 2007 se oponen a lo dispuesto en los artículos 13, 25, 189 (numerales 11 y 19) y 333 superiores y 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005.

36. Concretamente, estima que las entidades demandadas: (i) excedieron la potestad reglamentaria conferida al presidente de la República; (ii) quebrantaron los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005; (iii) transgredieron el derecho a la igualdad de los usuarios comerciales de las zonas francas, y (iv) quebrantaron el derecho al trabajo y a la libertad económica de quienes comercian en esos territorios.

37. Por su parte, las carteras ministeriales acusadas propusieron las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inepta demanda e indebida integración del litisconsorcio necesario por pasiva.

38. En atención a lo anterior, y teniendo en cuenta el marco de competencias señalado en el artículo 281¹⁶ del Código General del Proceso¹⁷, a la Sala le corresponde determinar si las excepciones propuestas por los apoderados de la parte demandada resultan procedentes. También le corresponde estudiar si las entidades demandadas excedieron su potestad reglamentaria y quebrantaron los derechos a la igualdad, al trabajo y a la libertad económica de los usuarios comerciales de las zonas francas.

VI.4.- La solución al problema jurídico

39. En ese orden, para fallar el presente asunto, la Sala resolverá previamente las excepciones de: (i) inepta demanda; (ii) falta de legitimación en la causa del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, e (iii) indebida integración del litisconsorcio necesario por pasiva ante la no comparecencia de la DIAN.

¹⁵ Por el cual se modifica la Legislación Aduanera. Norma adicionada por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, Por el cual se modifica el *Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones

¹⁶ Código General del Proceso. "ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley".

¹⁷ Aplicable por remisión expresa del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo – CCA

40. Posteriormente, esta autoridad judicial estudiará: (iii) la naturaleza de las zonas francas y la tipología de usuarios que pueden desarrollar su actividad económica en esos espacios; (iv) el alcance de la potestad reglamentaria ejercida por el presidente de la República a través de los Decretos 2685 de 1999 y 383 de 2007; (v) el cumplimiento de los fines y deberes establecidos en los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005 y la presunta o no transgresión de los derechos a la igualdad, (vi) al trabajo y a la libertad económica de los usuarios comerciales de las zonas francas.

VI.4.1. De la excepción de inepta demanda

41. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostiene que no se precisó con claridad las normas violadas y el concepto de violación, razón por la cual debe prosperar la excepción previa de inepta demanda.

42. Ahora bien, esta Corporación ha explicado que en la jurisdicción contencioso-administrativa tiene aplicación el principio de la justicia rogada, por lo que a la parte demandante le asiste la obligación de delimitar el alcance del estudio de legalidad que pretende.

43. Respecto del citado deber procesal, la Sección también ha señalado lo siguiente:

[...] [E]l requisito de la demanda exigido por el numeral 4º del artículo 137 del C. C. A., se cumple cuando se señalan las normas violadas aunque dichas normas estén derogadas o no resulten aplicables al caso y la exigencia de explicar el concepto de la violación se entiende cumplida aunque a la explicación ofrecida le falte claridad, sea incoherente, insuficiente o carezca de rigor.

En tales casos no falta el requisito previsto en el artículo 137-4 ni puede calificarse la demanda como inepta a efectos de justificar un fallo inhibitorio.

La consecuencia que debe sufrir quien formula una demanda que tenga ese tipo de defectos es la improsperidad de las pretensiones

*pues la jurisdicción contencioso administrativa tiene carácter rogado y por ello los jueces están obligados a decidir atendiendo el marco de la litis fijado en la demanda. Si las normas que se citan como violadas no resultan aplicables al caso o si el concepto de la violación no se explica adecuadamente, así debe declararlo el juez y con base en esa consideración despachar desfavorablemente las pretensiones [...]*¹⁸

44. En este mismo sentido, se tiene que los numerales 2º y 4º del artículo 137 del CCA disponen que toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y debe contener los requisitos allí dispuestos, entre los cuales, se encuentran “lo que se demanda”, expresado con precisión y claridad, indicando las normas violadas y explicando el concepto de violación.

45. En el caso de autos y una vez revisado el plenario, el Despacho advierte que la demanda cumple con el referido requisito por cuanto la parte actora individualizó con toda precisión el acto administrativo cuya nulidad pretende y señaló con claridad y certeza el concepto de violación que pretende hacer valer.

46. En efecto, el Despacho observa que la parte actora dirige su demanda en contra del inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999, así como del artículo 32 del Decreto 4051 de 2007, por lo que sí dio a conocer frente a cuál manifestación de voluntad incoa la demanda.

47. En segundo lugar, y en lo atinente a las normas violadas, el Despacho advierte que el actor formuló la trasgresión de los artículos 13, 25, 189 (numerales 11 y 19) y 333 de la Constitución Política y los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005.

48. Y, finalmente, como concepto violación, argumentó que: (i) el presidente de la República se excedió en el ejercicio de la facultad reglamentaria; (ii) estableció una preeminencia de los usuarios industriales hacia los usuarios comerciales, y (iii) desconoció el derecho a la igualdad de todos los usuarios de las zonas francas.

¹⁸ Sentencias de 11 de marzo 1.999, radicación 1847; de 28 de noviembre de 1995, radicación, 1471 y de 27 de octubre de 2005, exp. No. 3678, entre otras de la Sección 5ª. Reiterado por la Sección Primera. Radicación número: 08001 33 31 004 2011 00658 01. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés de 6 de abril de 2017.

49. En este contexto, para la Sala la demanda sí está formulada en forma completa y se dirige a desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado.

VI.4.2. De la legitimación en la causa del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la debida integración del litisconsorcio necesario por pasiva

50. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo propuso la excepción de «*falta de legitimación en la causa por pasiva*», luego de considerar que la materia objeto de debate es de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, según lo previsto en el artículo 11¹⁹ del Decreto 4269 de 2005.

51. En el mismo sentido, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estimó que existe falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva por las mismas razones.

52. Al respecto, cabe recordar que la legitimación en la causa es la figura jurídica utilizada para fijar el alcance de la relación procesal contenciosa. Aquel instituto delimita quiénes pueden controvertir el objeto de la *litis* y obtener una decisión de fondo y, por ende, está íntimamente ligado al concepto de litisconsorcio necesario.

53. El artículo 83 del Código de Procedimiento Civil define el proceso de integración del litisconsorcio así:

[...] Artículo 83. Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. *Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda*

¹⁹ **Artículo 11º.** *Procedimientos administrativos y procesos judiciales.* Una vez entre en vigencia el presente decreto, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dará traslado a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de las actuaciones administrativas, los recursos contra actos administrativos relacionados con los asuntos a los que se refiere el presente decreto, incluyendo los que se encuentran en trámite, y la representación ante las autoridades judiciales y administrativas en los procesos relacionados con los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, Zonas Francas, Sociedades de Comercialización Internacional y Zonas Especiales Económicas de Exportación.

ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados.

Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso.

Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso. [...]

54. Ahora bien, en tratándose de acciones de simple nulidad, esta Sección pacíficamente ha sostenido que el extremo procesal demandado está integrado exclusivamente por las entidades que suscribieron el acto administrativo cuestionado, cuando los efectos de tal decisión administrativa son generales y no subjetivos.

55. Concretamente, en la sentencia de 27 de mayo de 2010, la Sección Primera explicó lo siguiente:

[...] 2.- La excepción de falta de constitución del litis consorcio

La propone el Ministerio de la Protección Social, sustituto del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, en el sentido de que se debió vincular al proceso como parte demandada a la Superintendencia de Subsidio Familiar por ser la encargada de aplicar la norma.

*Al respecto, baste decir que según el artículo 150 del C.C.A., “Las entidades públicas y las entidades privadas que ejerzan funciones públicas son partes en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o **contra los actos que expidan**”.*
(Destaca la Sala)

*Que este proceso no se adelanta contra la Superintendencia de Subsidio familiar ni contra un acto administrativo expedido por ella, ni las resultas del proceso pueden afectar sus intereses o derechos, **puesto que las mismas y sus efectos jurídicos son objetivos, erga omnes, de suerte que tal entidad no tiene un interés directo e inmediato en el sub lite.***

Tratándose de acciones contra actos administrativos, las entidades que deben ser vinculadas al proceso como parte pasiva son las que lo expidieron, a menos que tengan interés directo e inmediato en las resultas del proceso, lo que puede ocurrir en acciones con alcance subjetivo o concreto.

En este caso se observa que la mencionada superintendencia no aparece suscribiendo el decreto objeto del sub lite, y que los únicos que lo firmaron fueron el Presidente de la República y el Ministro del Trabajo y Seguridad Social, existente en esa época, que fue sustituido por el actual Ministerio de la Protección Social, es decir, el Gobierno Nacional conformado de esa manera.

Por ende, el único ente que debe ser vinculado al plenario es el la Nación-Ministerio de la Protección Social, luego la excepción se ha de desestimar por carecer de fundamento, como se hará en la parte resolutive de esta providencia [...]²⁰

56. Significa lo anterior que, a través de la figura del litisconsorcio necesario se garantiza la comparecencia al proceso judicial de las entidades cuya ausencia impediría adoptar una decisión de fondo para el restablecimiento de la legalidad en abstracto.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, radicación número: 11001-03-24-000-2006-00323-00, actor: Ministerio de Educacion Nacional.

57. Tal pluralidad, en el caso concreto, comprende a las autoridades que suscribieron el Decreto 2685 de 1999, «*Por el cual se modifica la Legislación Aduanera*», y el Decreto 4051 de 2007 «*Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones*». Es decir, las entidades vinculadas a través de auto de 12 de octubre de 2012, a saber: la Nación - Presidencia de la República - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

58. En ese orden, ninguna de las excepciones aquí estudiadas cuenta con vocación de prosperidad porque ambos ministerios demandados suscribieron el acto acusado, la autoridad aduanera no participó en dicho trámite y las disposiciones objeto de análisis no producen efectos particulares respecto de la DIAN sino generales en materia tributaria.

VI.4.3. Del régimen jurídico de las zonas francas

59. La figura de las zonas francas se encuentra definida en el artículo 1° de la Ley 1004 de 2005, como «*el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones*».

60. Con el objeto de generar empleo, captar nuevas inversiones de capital, promover el desarrollo de procesos industriales altamente productivos y competitivos, estimular la generación de economías de escala, activar la competitividad de las regiones, y simplificar los procedimientos de comercio de bienes y servicios²¹, el régimen legal que se aplica en estos espacios difiere del esquema tributario, cambiario y arancelario del resto del territorio nacional.

61. Ahora bien, tal y como lo explica la parte actora, la naturaleza jurídica y la finalidad de las zonas francas varió con la promulgación de la Ley 1004 de 2005. Este nuevo régimen promovió tanto la creación de fuentes de empleo, como el desarrollo industrial y comercial del país, beneficiando principalmente el comercio

²¹ Ley 1004 de 2005, artículo 2°.

exterior (importaciones y exportaciones), pero también repercutiendo positivamente en el comercio interno.

62. Así pues, para entender aquel cambio de estrategia y determinar si el nuevo enfoque contempla un tratamiento equiparable entre usuarios comerciales e industriales, es menester recordar que la regulación de estos espacios en Colombia inició con la Ley 105 de 1958²², a través de la cual se creó la Zona Franca de Barranquilla y se autorizó la creación de otras zonas francas de importación²³. Esta ley otorgó una exención de los derechos de importación para las mercancías provenientes del resto del mundo.

63. La norma *ibídem* permitió la creación de las zonas francas industriales y comerciales de Cartagena²⁴, Santa Marta²⁵, Palmaseca²⁶, Buenaventura²⁷, Cúcuta²⁸, Rionegro y Urabá²⁹.

64. Para regular estos espacios, en 1981 el legislador expidió la Ley 47 de 1981, que contenía el “*estatuto orgánico de las zonas francas industriales y comerciales*” y otorgó al presidente de la República facultades extraordinarias para adoptar los estatutos orgánicos de las zonas francas de Barranquilla, Buenaventura, Manuel Carvajal Sinisterra, Cartagena, Santa Marta y Cúcuta, así como dictar sus normas de contratación y administración de presupuesto.

65. Sin embargo, la Ley 47 fue derogada por la Ley 109 de 1985³⁰. Esta última disposición calificó a las zonas francas como establecimientos públicos del orden nacional concebidos para promover el comercio exterior. Aquella norma igualmente fijó la naturaleza jurídica, el objeto, la clasificación (industriales, comerciales y mixtas), los usuarios, el régimen especial y los distintos beneficios arancelarios, tributarios y cambiarios de las zonas francas, entre otros aspectos.

²² Por la cual se crea la Zona Franca de Barranquilla y se autoriza la creación de otras.

²³ El párrafo del artículo primero *ibídem* autorizó al Gobierno Nacional para establecer zonas francas en otros puertos y ciudades, cuya organización y funcionamiento se debían sujetar a los principios consagrados en la misma ley.

²⁴ Creada mediante el Decreto 2077 de 1973.

²⁵ Establecida por medio del Decreto 1144 de 1974.

²⁶ Constituida mediante el Decreto 1095 de 1970.

²⁷ Instituida por virtud del Decreto 1095 de 1970.

²⁸ Creada por el Decreto 584 de 1972.

²⁹ La Ley 16 de 1986 creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Urabá y autorizó al Gobierno Nacional para que, previos los estudios que fueran necesarios, constituyera una zona franca en el Municipio de Rionegro, Antioquia, o en la región del Nordeste Antioqueño.

³⁰ Por la cual se establece el estatuto de las zonas francas.

66. Seis años después, el Gobierno Nacional amplió tal modelo, para lo cual: (i) autorizó la creación y funcionamiento de zonas francas transitorias o permanentes, de naturaleza mixta o privada (Ley Marco de Comercio Exterior 7ª de 1991); (ii) suprimió los establecimientos públicos que operaban las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá³¹ (Decreto No. 2111 de 1992), y (iii) reguló la estructura y funcionamiento de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios (Decreto 2131 de 1991)³².

67. Los artículos 4º y 5º del Decreto 2131 consagraron la existencia de tres (3) clases de zonas francas permanentes: las zonas francas industriales de bienes y de servicios, las zonas francas industriales de servicios turísticos y las zonas francas industriales de servicios tecnológicos. Aunado a ello, el artículo 7º clasificó a los usuarios en: operador, desarrollador y usuario industrial de bienes y/o de servicios.

68. En 1996, el decreto 2233 reglamentó las zonas francas industriales de bienes y servicios, manteniendo las ventajas tributarias y de comercio exterior establecidas en el régimen anterior. La norma nuevamente instauró la figura de usuario comercial, pero restringió su participación en un porcentaje del 25%³³. Además, tal reglamento otorgó el estatus de extraterritorialidad a dichos espacios, lo que significó la exoneración de impuestos a las importaciones.

69. Pues bien, la Ley 1004 de 2005 transformó medularmente el mencionado régimen en cuanto a su enfoque. Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación, en el concepto de 23 de abril de 2019³⁴, explicó lo siguiente:

[...] Más tarde fue proferida la Ley 1004 de 2005, con el objetivo de atraer la inversión extranjera y cumplir con los requisitos asumidos por Colombia ante la Organización Mundial de Comercio:

³¹ Lo anterior, en ejercicio de las facultades concedidas al Gobierno por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política.

³² Por el cual se dictan normas sobre la estructura y funcionamiento de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios. En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 7ª, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2131 de 1991

³³ "Artículo 75. Restricciones de área y ventas al detal. Los usuarios comerciales no podrán ocupar, en conjunto, un área superior al veinticinco por ciento (25%) del área total de la respectiva Zona Franca. Estos Usuarios, en ningún caso, podrán realizar operaciones de venta o distribución de mercancías al detal".

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas, concepto de 23 de abril de 2019, Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00117-00(2385), Actor: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

“Estos dos tipos de Zona Francas (basadas en el principio de extra territorialidad) seguían una amplia práctica internacional en cuanto a sus objetivos, beneficios, condiciones y procedimientos. Inicialmente eran exclusivamente de carácter público. Hasta 1991 se habían creado seis (Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Cali y Cúcuta) con resultados muy modestos. A partir de ese año se permitió la construcción de Zonas Francas privadas, con incentivos tributarios al constructor y operador, y se dieron en arrendamiento las existentes.

Si bien el número de Zonas Francas aumentó a 12, el número de empresas a 368 (en 2007) y los niveles de inversión y exportaciones se incrementaron considerablemente a partir de entonces (Ver Gráfico 1), su utilización ha sido relativamente modesta en comparación con los casos más exitosos a nivel mundial (e.g., China, Indonesia, Malasia, Filipinas, Isla Mauricio) y regional (e.g., México, Honduras, República Dominicana, Costa Rica y El Salvador). (...)

De otra parte, desde 1994 el país se había comprometido a desmontar gradualmente los incentivos tributarios a las exportaciones, con un plazo de 8 años, hasta el año 2003, de acuerdo a lo convenido con otros 143 países en el seno de la Organización Mundial del Comercio (Ley 170 de 1994 que ratificó el Convenio sobre Subvenciones a la Exportación de la OMC). Este plazo fue luego prorrogado por la OMC hasta el año 2006.

Colombia inició el desmonte de estos incentivos a través del artículo 69 de la Ley 863 de 2003. Esta decisión obligó a redefinir la finalidad y condiciones de las Zonas Francas, lo que se hizo con la Ley 1004 del año 2005. (...)

A partir de la ley 1005 (sic) de 2005 se ha dado un viraje muy sustancial en el régimen de Zonas Francas en el país, que se ha acentuado con los decretos reglamentarios 383 y 4051 de febrero 12 y octubre 23 de 2007, respectivamente. De su concepción original como instrumento de promoción de exportaciones y de facilitación del comercio internacional, se ha ido transitando hacia un nuevo instrumento de rebaja selectiva del impuesto de renta para un

amplio número de empresas y actividades, sin distinguir si producen para los mercados domésticos o externos³⁵.

*Asimismo, la Ley 1004 de 2005 fue una respuesta al proceso de globalización de la economía*³⁶. [...]

70. Como se observa, en virtud de las recomendaciones dadas por la Organización Mundial del Comercio (OMC) y teniendo en cuenta el interés nacional de expandir los mercados externos e internos, el régimen especial adoptado a través de la Ley 1004 de 2005 contempló diferentes estrategias para promover la competitividad y el desarrollo nacional a niveles internacionales³⁷. Para ello, las zonas francas, en este nuevo esquema, no solo fomentarían el desarrollo de la economía hacia los mercados externos, sino que también dirigirían la producción al mercado nacional³⁸.

71. Sin embargo, lo anterior no significa que la Ley 1004 haya ubicado en igualdad de condiciones a los usuarios industriales y a los usuarios comerciales, como erradamente lo sostiene el demandante. Por el contrario, como se verá a continuación, el Congreso de la República fijó unos parámetros diferenciales que atienden a los diversos intereses de la política comercial de nuestro país en ambos sectores.

³⁵ Perry, ob. cit., pp. 2, 3, y 6.

³⁶ “El periodo de globalización económica condujo a la revisión del marco normativo. El Decreto 2233 de 1996 redefinió las zonas francas industriales de bienes y de servicios como áreas geográficas dentro de las cuales se debían desarrollar actividades económicas dirigidas principalmente a la producción de bienes y servicios para los mercados externos. Este decreto también estableció las categorías de usuario operador, usuario industrial y usuario comercial. Con estas normas, las zonas francas se consideraban por fuera del territorio nacional para efectos aduaneros, lo que significó la exoneración de gravámenes a las importaciones. No obstante, las exportaciones de las zonas francas al resto del territorio nacional si generaban dichos gravámenes. El Decreto 2233 también confirmó los incentivos existentes en materia de impuestos y estableció la exoneración del impuesto de remesas a los ingresos obtenidos en las actividades industriales realizadas en las zonas francas. Hasta el año 2005 solo se habían establecido en el país un total de 10 zonas francas que incluían 391 empresas operadoras, industriales, comerciales y de servicios. A finales de ese año, con el objetivo de atraer nueva inversión extranjera y cumplir con los compromisos adquiridos por Colombia ante la OMC, se radicó un proyecto de ley para modificar el régimen de estas zonas. Dentro de los compromisos con la OMC se había previsto la eliminación de los incentivos tributarios a las exportaciones a menos que el país extendiera estos beneficios a las ventas internas. Como resultado, se expidió la Ley 1004 de 2005 y los decretos 383 y 4051 de 2007, que definen el actual régimen de las zonas francas en Colombia”. Ramos, Jorge y Rodríguez, Karen. Zonas francas en Colombia: beneficios tributarios en el impuesto de renta. Borradores de economía. No.657. Banco de la República. 2011, pp. 5-6.

³⁷ Correa, N. (2010) Eficacia de las zonas francas como estrategia económica en Colombia, Escuela De Ingeniería De Antioquia, Envigado.

³⁸ Vargas García, P. (2006). Las nuevas reglas tributarias de las zonas francas. Impuestos.

72. Al respecto, la Ley 1004 del 2005 precisa en su artículo 3º que las zonas francas cuentan con cuatro tipos de usuarios, a saber: operadores, usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios comerciales.

73. Explica igualmente la norma en cita que *«el usuario industrial de bienes es la persona jurídica instalada exclusivamente en una o varias zonas francas, autorizada para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados»*. Por su parte, *«el usuario industrial de servicios es la persona jurídica autorizada para desarrollar, exclusivamente, en una o varias zonas francas»* las actividades allí enumeradas³⁹. Estos dos tipos de usuarios solo pueden desarrollar su objeto social en el espacio geográfico de las zonas francas y, en consecuencia, no les está permitido constituir agencias y/o sucursales en el resto del país para ejercer su objeto⁴⁰.

74. *Contrario sensu*, *«el usuario comercial es la persona jurídica autorizada para desarrollar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes, en una o varias zonas francas»*, cuyo objeto social no está circunscrito al área declarada como zona franca, a diferencia de lo que acontece con el usuario industrial.

75. Cabe señalar que la misma ley también reconoce un tratamiento tributario diferencial en materia de impuestos que solo cubre a los usuarios industriales por cuanto son quienes generan un valor agregado a las materias primas o bienes que adquieren.

76. En este orden de ideas, es dable concluir que la Ley 1004 promueve la competitividad y facilita la prestación y comercialización de bienes y servicios en los mercados externos e internos, pero ello no significa que el legislador haya

³⁹ Estas son: 1. Logística, transporte, manipulación, distribución, empaque, re empaque, envase, etiquetado o clasificación; 2. Telecomunicaciones, sistemas de tecnología de la información para captura, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos, y organización, gestión u operación de bases de datos; 3. Investigación científica y tecnológica; 4. Asistencia médica, odontológica y en general de salud; 5. Turismo; 6. Reparación, limpieza o pruebas de calidad de bienes; 7. Soporte técnico, mantenimiento y reparación de equipos, naves, aeronaves o maquinaria; 8. Auditoría, administración, corretaje, consultoría o similares.

⁴⁰ Por su parte, el artículo 393-22, modificado por el Decreto 4051 del 2007, artículo 17, en sus incisos 1º y 2º, estipula que "Las personas jurídicas que soliciten la calificación como usuario industrial de bienes y usuario industrial de servicios, deberán estar instalados exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca y podrán ostentar simultáneamente las dos calidades.

establecido los mismos límites e incentivos entre los usuarios comerciales y los usuarios industriales de bienes y servicios.

77. Con fundamento en la anterior introducción, la Sala estudiará los cuatro cargos propuestos por la parte actora.

VI.4.4. De la solución del primer cargo. «Violación de la Ley 1004 de 2005. Violación del artículo 189 C.N. numerales 11 y 19. Exceso de la facultad reglamentaria»

78. Considera el demandante que el presidente de la República excedió su potestad reglamentaria cuando modificó el inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999, a través del artículo 1º del Decreto 383 de 2007 y del artículo 16 del Decreto 4051 de 2007, y en virtud del régimen de transición a que se refiere el artículo 32 del Decreto 4051, en materia de porcentajes de ocupación de usuarios comerciales de zona franca.

79. En su criterio, los mencionados decretos fueron expedidos en virtud de la función reglamentaria establecida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y, sin embargo, los artículos cuestionados establecen una restricción en cabeza de los usuarios comerciales que no fue prevista por el legislador en la Ley 1004 de 2005.

80. En ese orden, para resolver es necesario aclarar al demandante que **la reglamentación contenida en los decretos acusados (Decretos 2685 de 1999, 383 de 2007 y 4051 de 2007), no solo emana del ejercicio de la potestad reglamentaria ordinaria, sino que trae inmerso el desarrollo de la competencia reglada por el numeral 25 del artículo 189 superior, que permite la materialización de "leyes marco o cuadro" en materia aduanera.**

81. Lo anterior significa que el ámbito reglamentario en el caso concreto es más amplio **«pues sólo están sujetos a las normas generales y dentro de ellas a los objetivos y criterios señalados en la ley marco objeto de reglamentación, sin que ello signifique desplazamiento ni usurpación de funciones o competencias del Congreso de la República en su condición de legislador»⁴¹.**

⁴¹ Expediente: 2003-00025, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

82. Precisamente, en la sentencia de 8 de junio de 2016⁴², la Sección Primera del Consejo de Estado profundizó en la naturaleza binaria de la potestad ejercida a través del Decreto 383 de 2007. En dicha oportunidad, se concluyó que tal acto desarrolla la función prevista en los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

[...] El Decreto 383 de 2007 fue expedido con fundamento en las facultades conferidas al Presidente de la República por el artículo 189, numeral 25, de la Constitución Política, la Ley 1004 de 2005 “por la cual se modifican un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones” y la Ley 6ª de 1971, oído el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior y el Consejo Superior de Comercio Exterior.

Conforme al literal c), numeral 19, del artículo 150 de la Constitución Política, al Congreso de la República le corresponde dictar las normas generales, y señalar en ella los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para “modificar, por razones de política comercial los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” (negrilla fuera de texto). Es lo que denomina como “Leyes Marco o Cuadro”, que como su nombre lo indica son leyes generales frente a las cuales la facultad reglamentaria del Presidente es mayor.

Armónicamente, el numeral 25 del artículo 189 ibídem dispone como una de las funciones del Presidente de la República la de modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. El tenor de esta norma es el siguiente:

“Artículo 189.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera ponente: María Claudia Rojas Lasso, Radicación número: 11001-03-24-000-2009-00241-00, Actor: LUIS FERNANDO JARAMILLO DUQUE

25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; **modificar** los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes **al régimen de aduanas; regular el comercio exterior;** y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.”
(negrilla fuera del texto).

En desarrollo de tal disposición, el Congreso expidió la Ley 6 de 1971 “por la cual se dictan normas generales, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” (subraya fuera de texto). El artículo 1 de la Ley dispuso:

“Artículo 1º.-Las modificaciones que en el Arancel de Aduanas decreta el Gobierno, con fundamento en el artículo 65 del Acto Legislativo número 1 de 1968, modificadorio del artículo 205 de la Constitución Nacional, se efectuarán con sujeción a las siguientes normas generales:

- a) Actualización de la Nomenclatura [...];
- b) Reestructuración de los desdoblamientos de las posiciones de la Nomenclatura [...];
- c) Actualización de las Normas de Valoración de Mercancías [...];
- d) Restricción o derogatoria de exenciones de derechos arancelarios de importación, cuando sea incompatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales;
- e) Variación en la Tarifa, con miras a la consecución de los siguientes objetivos (...):”
(subrayado fuera de texto)

La Ley 6 de 1971 fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1111 de 2000 en la que consideró que no se trataba de una ley de facultades extraordinarias sino, de una de las denominadas "leyes marco o cuadro", expedidas en virtud del principio de colaboración armónica

entre las ramas del poder público, pues, suponen una distribución de competencias entre el Legislativo y el Ejecutivo.

Como se mencionó, al legislador le corresponde determinar las pautas generales, los objetivos y criterios con arreglo a los cuales el Gobierno debe regular la materia, mediante decretos que, como dijo la Corte, gozan de una mayor generalidad que los decretos reglamentarios expedidos con base en la potestad reglamentaria (artículo 189, numeral 11). A juicio de la Corte, no porque tengan mayor amplitud, pueden convertirse en normas con fuerza de ley, pues en todo caso deben sujetarse a los parámetros que contempla la respectiva ley marco.

Frente a la potestad reglamentaria especial del Presidente de la República, prevista en el artículo 189, numeral 25, literal c) de la Constitución Política, la cual está referida a las leyes marco, esta Sección mediante sentencia de 17 de septiembre de 2009⁴³, dijo lo siguiente:

*“De modo que, en términos de competencia, el Gobierno, amparado en el artículo 150 - 19 - c) de la Carta, puede expedir disposiciones con igual fuerza normativa de las que hacían parte o estaban contenidas en el régimen de aduanas, emanadas del legislador con anterioridad a la reforma constitucional de 1.968, no obstante que los actos mediante los cuales las expida tengan la condición de decretos reglamentarios. **Resulta entonces que se está frente a una potestad reglamentaria especial, distinta de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 - 11 de la Carta, ya que su efecto reglamentario está referido a las citadas leyes marco.** De esta manera aparece que el Gobierno tiene dos tipos de potestad reglamentaria atendiendo su objeto y fuerza normativa, a saber: **a.-La que emana del artículo 189, numeral 25, literal c) de la Constitución y que tiene como objeto la reglamentación de las leyes marco, entre ellas las aduaneras, cuyos decretos tienen un ámbito de reglamentación amplio del régimen aduanero, pues sólo están sujetos a las normas generales y dentro de ellas a los***

⁴³ Expediente: 2003-00025, M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

objetivos y criterios señalados en la ley marco objeto de reglamentación, sin que ello signifique desplazamiento ni usurpación de funciones o competencias del Congreso de la República en su condición de legislador. b. Y la que deriva del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que bien se puede calificar como ordinaria, para desarrollar, en orden a su cumplida ejecución, las leyes que se refieran a materias diferentes del régimen de aduanas.” (negrilla fuera de texto)

De manera que, los decretos que se dictan en virtud de esta facultad tienen una naturaleza especial y no son meros decretos reglamentarios.

En ese orden de ideas, se tiene que el Decreto 383 de 2007 además de fundamentarse en la facultad especial prevista en el artículo 189, numeral 25 de la Carta, también se fundamenta en la Ley 1004 de 2005 “por la cual se modifica un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones”, la cual en define en su artículo 1º las Zonas Francas. [...]

83. De la providencia transcrita, la cual esta Sala prohija en todas sus partes, se advierte claramente que el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, a través del cual se modificó el inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999, fue proferido con el objeto de reglamentar las Leyes 1004 de 2005 y 6ª de 1971 y, por lo tanto, **trae inmerso el ejercicio de una potestad reglamentaria dual.**

84. Este mismo criterio jurídico resulta aplicable al Decreto 4051 de 2007 “por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones”, pues ambas normas modifican el Título IX del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), el cual corresponde al régimen de las Zonas Francas, cuyo capítulo I regula todo lo relacionado con las Zonas Francas Permanentes y cuyo capítulo II corresponde a las Zonas Francas Transitorias.

85. En este punto cabe mencionar que **el presidente de la República está facultado para orientar el logro de la política comercial en ejercicio de la potestad reglamentaria especial aduanera**, conforme a lo considerado por la Corte Constitucional en la sentencia C-723 de 2007.

86. En palabras del máximo tribunal Constitucional:

*[...] Es necesario establecer si todos los aspectos del régimen aduanero quedan sometidos a la disciplina de las leyes marco y de los decretos que las desarrollan, como lo sostiene el actor en su demanda, o si algunos aspectos del mismo se sustraen a este tipo de regulación y respecto de ellos el legislador, en virtud de su cláusula general de competencia, conserva una potestad legislativa plena. Esta cuestión ya ha sido abordada por la Corte en ocasiones anteriores, en las que ha establecido una distinción entre dos tipos de finalidades que persiguen las disposiciones aduaneras: por un lado, las de política comercial y, por otro, las de política fiscal o tributaria. **Sobre esta base, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la Constitución tan sólo faculta al Gobierno para regular, a través de decretos de desarrollo de ley marco, aquellos aspectos del régimen aduanero que se orienten al logro de finalidades de política comercial.** En cambio, las medidas aduaneras que persigan fines de política fiscal son competencia exclusiva del legislador en virtud del principio de legalidad de los tributos. [...]* (Negrilla fuera de texto)

87. **En ese entendido, las amplias facultades presidenciales que permiten regular los aspectos de la ley marco aduanero están orientadas al logro de la política comercial y, para el caso de autos, se relacionan con el debido funcionamiento de las zonas francas del régimen contenido en el Título IX del Decreto 2685 de 1999, «por el cual se modifica la Legislación Aduanera».**

88. Conforme con lo previsto en el artículo 1° de la Ley 6 de 1971, la política comercial en materia arancelaria debe respetar las normas sobre «restricción o derogatoria de exenciones de derechos arancelarios de importación», que sean «incompatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales», materia ligada directamente a esta controversia.

89. Ahora bien, como ya se mencionó, los Decretos 383 y 4051 de 2007 además de fundamentarse en la facultad especial prevista en el artículo 189, numeral 25 de la Carta, también lo hacen en la potestad general consagrada en el artículo 4° de la Ley 1004 de 2005.

90. La citada norma es del siguiente tenor:

[...] “Artículo 4°. Para la reglamentación del presente capítulo, el Gobierno Nacional deberá:

1. Determinar lo relativo a la autorización y funcionamiento de Zonas Francas Permanentes o Transitorias.

2. Establecer controles para evitar que los bienes almacenados o producidos en Zona Franca ingresen al territorio aduanero nacional sin el cumplimiento de las disposiciones legales.

3. Determinar las condiciones con arreglo a las cuales los bienes fabricados o almacenados en Zona Franca, pueden ingresar temporalmente al territorio aduanero nacional. La introducción definitiva de estos bienes al territorio aduanero nacional será considerada como una importación ordinaria.

4. Fijar las normas que regulen el ingreso temporal a territorio aduanero nacional o de este a una Zona Franca, de materias primas, insumos y bienes intermedios para procesos industriales complementarios, y partes, piezas y equipos para su reparación y mantenimiento.

5. Establecer los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios autorizados a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, deban adecuarse a lo previsto en este capítulo.

6. Fijar las normas que regulen el régimen de introducción y salida de bienes y prestación de servicios del exterior a Zona Franca o de Zona Franca al exterior. La introducción de bienes del exterior a Zona Franca no se considera importación. [...]

91. Como se observa el legislador confirió al gobierno nacional un amplio margen reglamentario respecto del funcionamiento de las Zonas Francas Permanentes o Transitorias y de los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios pueden operar en ellas.

92. Lo anterior quiere decir que el gobierno nacional cuando expidió las normas acusadas **no solo contaba con especiales potestades para reglamentar un asunto aduanero relacionado con la política comercial, sino que, de por sí, el legislador ordinario le había dotado expresamente de amplias competencias en la definición de las directrices de funcionamiento de las zonas francas.**

93. Así, en consideración a la complejidad de la materia y teniendo en cuenta los impactos que generan en la economía nacional las relaciones comerciales originadas en aquellos espacios con distinto esquema tributario, cambiario y arancelario, el legislador se abstuvo de reglar los criterios de funcionamiento para que el presidente reglamentara con suficiente libertad el manejo interno de dicha figura.

94. Nótese que esta Sección ha prohijado el anterior criterio interpretativo sobre la potestad regulada a través de los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

*[...] La norma transcrita faculta al Presidente de la República, en su condición de suprema autoridad administrativa para dictar normas necesariamente orientadas a la correcta ejecución de la ley sin necesidad de disposición expresa que la conceda y que la potestad comentada es inversamente proporcional a la extensión de la ley; esto es, **que ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa. De hecho, el alcance de la potestad reglamentaria depende de la valoración política que el Legislador haga de la materia que desarrolla pues puede regular íntegramente una materia sin dejar margen alguna a la reglamentación, o abstenerse de reglar algunos aspectos, que el Presidente la reglamente para su debida aplicación.***

La potestad en estudio no es absoluta porque tiene como límite y radio de acción a la Constitución y la ley, y no puede ejercerse para alterar o modificar el contenido y espíritu de la ley [...].⁴⁴

⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Radicación: 11001-03-24-000-2005-00064-01, sentencia de 5 de mayo de 2011. M. P.: María Claudia Rojas

95. También la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el mismo asunto, indicando que el ejercicio de la potestad reglamentaria se amplía o restringe en la medida en que el Congreso de la República utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos⁴⁵.

96. En este sentido, el alto tribunal ha expresado lo siguiente:

[...] [L]a doctrina y la práctica han demostrado que la potestad reglamentaria del ejecutivo es inversamente proporcional a la extensión de la ley. De suerte que, ante menos cantidad de materia regulada en la ley, existe un mayor campo de acción para el ejercicio de la potestad reglamentaria, y viceversa.

¿Qué factores determinan que ello ocurra?

En esencia, la mayoría de las veces, el ejercicio íntegro o precario de la potestad de configuración normativa depende de la voluntad del legislador, es decir, ante la valoración política de la materia a desarrollar, el Congreso de la República bien puede determinar que regula una materia en su integridad, sin dejar margen alguna a la reglamentación o, por el contrario, abstenerse de reglar explícitamente algunos aspectos, permitiendo el desenvolvimiento posterior de las atribuciones presidenciales de reglamentación para que la norma pueda ser debidamente aplicada.

No obstante, esta capacidad del Congreso para determinar la extensión de la regulación de una institución, tiene distintos límites que vienen dados por las especificidades de las materias objeto de dicha regulación. [...]⁴⁶.

97. Así las cosas, el Gobierno Nacional, en desarrollo de la competencia constitucional y legal establecida en los numerales 11 y 25 del artículo 189 CP y en la Ley 1004 de 2005, expidió los Decretos 383 y 4051 de 2007 y estableció

Lasso. Actor: Jorge Alberto Guerrero Lozano.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-372 de 2009, expediente D-7473. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-432 de 2004, expediente D-4882. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

condiciones de funcionamiento de las zonas francas para los usuarios comerciales.

98. **En ejercicio de las especiales potestades reglamentarias otorgadas para orientar la política comercial, y teniendo en cuenta el amplio margen de libertad encomendado al gobierno nacional por el legislador en los numerales 1 y 2 del artículo 4º de la Ley 1004 de 2005, las normas acusadas limitaron el área para el funcionamiento de las actividades de los usuarios comerciales en un 25% y, posteriormente, en un 5%.**

99. **Esta Sala de Decisión insiste en señalar que todo ello busca la materialización de los fines de la política comercial, el desarrollo del régimen contenido en el título IX del Estatuto Aduanero, y la administración eficiente de las zonas francas, sin llegar a desconocer lo dispuesto en las Leyes 6 de 1971 y 1004 de 2005, pues precisamente esta última norma ordenó al gobierno reglamentar el funcionamiento de las Zonas Francas Permanentes o Transitorias y los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios pueden operar en ellas.**

100. Lo anterior nos lleva a concluir que no le asiste razón al actor cuando sostiene que las normas acusadas desconocen lo dispuesto en el artículo 189 superior (numerales 11 y 25) y la Ley 1004 de 2005, en tanto estas son un desarrollo propio de las facultades conferidas en ambos preceptos.

VI.4.4. De la solución de los cargos segundo y tercero. «La ley no establece preeminencia de los usuarios industriales ni “desagrado” hacia los usuarios comerciales. Violación de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1004 de 2005». «Violación del derecho a la igualdad».

101. Con el fin de abordar el problema jurídico planteado, la Sala se pronunciará sobre los reproches segundo y tercero de manera conjunta, debido a su relación intrínseca.

102. En criterio del demandante la modificación efectuada al inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999, por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007 y por el artículo 16 del Decreto 4051 de 2007, así como el contenido del artículo 32 del

Decreto 4051 de 2007, desconocen lo dispuesto en el artículo 13 superior y en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1004 de 2005.

103. Al respecto, considera que las zonas francas no fueron establecidas con el propósito de favorecer a la industria pues, por el contrario, *«la ley 1004 de 2005 previo la existencia de los usuarios comerciales dentro de las zonas francas y no restringió su actividad a una zona determinada, dado que estas zonas se orientan hacia el mercado interno»*.

104. Estima que los artículos 1° y 3° de la Ley 1004 de 2005 reconocen la presencia de cuatro clases de usuarios. Además, los usuarios comerciales cumplen con los objetivos previstos en el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005 y están obligados a generar inversión y empleo en las mismas condiciones que los usuarios industriales de bienes y de servicios.

105. Asimismo, reconoce que existen diferencias entre ambos tipos de usuarios, pero considera que los contrastes respecto del lugar en donde pueden desarrollar su objeto y el sistema tributario que les es aplicable, no justifican el trato desigual objeto del litigio.

106. Pues bien, para analizar si la afirmación del accionante es veraz resulta necesario evaluar la legitimidad del trato diferente que las normas acusadas otorgan a los usuarios comerciales de las zonas francas.

107. Precisamente, la Sala Plena de esta corporación judicial ha considerado que el juez debe diferenciar dos escenarios de violación a efectos de evaluar la transgresión o no del derecho a la igualdad. El primero acontece cuando dos actores en situaciones iguales reciben un trato diferente sin justificación alguna. Y el segundo, en el evento en que la norma brinda un trato semejante, debiéndose adoptar uno diferenciado.

108. Así, se dispuso en sentencia de 2 de mayo de 2018 que:

[...] En relación con este aspecto, la Sala Plena recuerda que el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, se

analiza desde dos perspectivas: (i) la formal o ante la ley⁴⁷ y (ii) la material o de trato⁴⁸. Con el objetivo de determinar cuándo existe una vulneración del derecho a la igualdad, bien sea en su modalidad formal o material, es necesario precisar si ante situaciones iguales se otorga un trato diferente sin justificación alguna; o por el contrario, si a personas o circunstancias distintas se les brinda un trato igual pese a que debe prohibirse uno diferenciado acorde con el mandato constitucional.

Para el efecto, la jurisprudencia constitucional ha diseñado el test integrado de igualdad, compuesto por tres etapas de análisis a saber: (i) determinación de los criterios de comparación, esto es, si se trata de sujetos de la misma naturaleza, (ii) definir si existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales y (iii) concluir si la diferencia de trato está justificada constitucionalmente [...]»⁴⁹.

109. Nótese que el derecho a la igualdad es una garantía de naturaleza relacional, en virtud de la cual el trato equivalente se le confiere a quien se encuentra en las mismas situaciones de hecho y de derecho y el trato preferente a quien se encuentra en una situación jurídica o fáctica de desventaja.

110. La sentencia C-178 de 2014 precisa lo expuesto de la siguiente manera:

“[...] En ese orden de ideas, la Corporación ha resaltado que el principio de igualdad posee un carácter relacional, lo que significa que deben establecerse dos grupos o situaciones de hecho susceptibles de ser contrastadas, antes de iniciar un examen de adecuación entre las normas legales y ese principio. Además, debe determinarse si esos grupos o situaciones se encuentran en situación de igualdad o desigualdad desde un punto de vista fáctico, para esclarecer si el Legislador debía aplicar idénticas consecuencias normativas, o si se hallaba facultado para dar un trato distinto a ambos grupos; en tercer

⁴⁷ Que hace alusión a que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, por ende, deben recibir la misma protección y trato de las autoridades, gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación. Sentencia T-629 de 2010.

⁴⁸ Según la cual el Estado debe adoptar medidas positivas para superar las desigualdades de grupos que históricamente han sido discriminados y de aquellas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta. Corte Constitucional. Ibídem.

⁴⁹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 2 de mayo de 2018. Radicación: 11001-03-15-000-2015-00110-00(REVPI). M. P.: William Hernández Gómez. Actor: Libardo Enrique García Guerrero.

término, debe definirse un criterio de comparación que permita analizar esas diferencias o similitudes fácticas a la luz del sistema normativo vigente; y, finalmente, debe constatarse si (i) un tratamiento distinto entre iguales o (ii) un tratamiento igual entre desiguales es razonable. Es decir, si persigue un fin constitucionalmente legítimo y no restringe en exceso los derechos de uno de los grupos en comparación [...].

111. De conformidad con lo anterior, el Despacho advierte que el cargo sostenido por la parte demandante no cuenta con vocación de prosperidad pues lo cierto es que compara dos sujetos a quienes la Ley 1004 de 2005 les atribuyó diversas limitaciones y beneficios.

112. Es más, las disposiciones que la parte actora estima transgredidas son la justificación del tratamiento diferencial que el legislador confirió a tales usuarios, a saber:

*[...] ARTÍCULO 1. La Zona Franca es el **área geográfica delimitada** dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones.*

ARTÍCULO 2o. La Zona Franca tiene como finalidad:

- 1. **Ser instrumento para la creación de empleo y para la captación de nuevas inversiones de capital.***
- 2. **Ser un polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezca.***
- 3. **Desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo los conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia, y buenas prácticas empresariales.***
- 4. **Promover la generación de economías de escala.***
- 5. **Simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios, para facilitar su venta.***

ARTÍCULO 3o. Son usuarios de Zona Franca, los Usuarios Operadores, los Usuarios Industriales de Bienes, los Usuarios Industriales de Servicios y los Usuarios Comerciales.

El usuario operador es la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como para calificar a sus usuarios.

*El **Usuario Industrial de Bienes** es la persona jurídica instalada **exclusivamente en una o varias Zonas Francas**, autorizada para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados.*

*El **Usuario Industrial de Servicios** es la persona jurídica autorizada para desarrollar, **exclusivamente, en una o varias Zonas Francas**, entre otras, las siguientes actividades:*

- 1. Logística, transporte, manipulación, distribución, empaque, reempaque, envase, etiquetado o clasificación;*
- 2. Telecomunicaciones, sistemas de tecnología de la información para captura, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos, y organización, gestión u operación de bases de datos;*
- 3. Investigación científica y tecnológica;*
- 4. Asistencia médica, odontológica y en general de salud;*
- 5. Turismo;*
- 6. Reparación, limpieza o pruebas de calidad de bienes;*
- 7. Soporte técnico, mantenimiento y reparación de equipos, naves, aeronaves o maquinaria;*
- 8. Auditoría, administración, corretaje, consultoría o similares.*

*El **usuario comercial** es la persona jurídica autorizada para **desarrollar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes, en una o varias Zonas Francas.** [...]*

113. Como se observa, una de las características principales de las zonas francas, en los términos del artículo 1° de la Ley 1004, es el espacio geográfico delimitado, en donde los usuarios gozan de un distinto esquema tributario, cambiario y arancelario.

114. Por eso, en las zonas francas permanentes y transitorias, antes del inicio de las operaciones, es obligatorio realizar un cerramiento del 100% del área a efectos de controlar las personas, los vehículos y los bienes que transitan.

115. Dicho cerramiento se relaciona con el principio de extraterritorialidad en virtud del cual se entienden jurídicamente fuera del país las mercancías almacenadas en la zona franca para efectos aduaneros⁵⁰.

116. Ahora bien, el artículo 1° *ibídem* reconoce que es posible desarrollar tanto actividades de naturaleza industrial como actividades comerciales en estos espacios. **Sin embargo, el artículo 3° explica que los usuarios industriales de bienes y servicios solo pueden desarrollar su objeto en el área propia de esta figura, a diferencia de los usuarios comerciales que pueden ejercer sus actividades en todo el territorio nacional.**

117. **Esta notoria diferenciación repercute en el desarrollo de las actividades industriales y de servicios, en comparación con el comercio en general, pues el legislador fijó un límite a la libertad económica de los usuarios que pertenecen al primer grupo, que no afecta a quienes desarrollan actividades comerciales.**

118. En ese orden, asiste razón al demandante en cuanto afirma que las zonas francas permanentes o permanentes especiales se integran por distintos tipos de usuarios, **pero se equivoca respecto de la igualdad de trato encomendada por la ley, en tanto el mismo Congreso de la República previó una desventaja en materia de expansión aplicable solamente a los usuarios industriales y de servicios, la cual justifica el trato diferencial otorgado por los actos administrativos demandados.**

119. Es innegable que la proyección de crecimiento del sector industrial y de servicios cuenta con un límite territorial impuesto por el Congreso de la República para el ejercicio de su objeto, soportado en el uso del término «exclusivamente» en el artículo 3° de la Ley 1004.

⁵⁰ Esto significa que no han llegado o salido del Territorio Aduanero Nacional para todos los supuestos propios de tal régimen.

120. Sobre este punto la Corte Constitucional en la sentencia C 304 de 2019 explicó que:

[...] 6.6.5. *La regla de la exclusividad busca darle preponderancia a una de las características de las zonas francas, consistente en que su operación tiene lugar dentro de un área geográfica delimitada, por lo que los terrenos tienen que cumplir con ciertas condiciones, entre ellas, de extensión (v.gr., en el Decreto 4051 de 2007 se señaló que una zona franca permanente no puede ser inferior a 20 hectáreas⁵¹). Por lo demás, como ya se dijo, nótese que los usuarios industriales deben actuar dentro o desde la zona franca, mandato que se exceptúa para los usuarios comerciales, quienes pueden tener actividades en el resto del país.*

*Adicional a la característica mencionada en el párrafo anterior, cabe destacar que las zonas francas se identifican por otros tres elementos o supuestos. En primer lugar, por la **regla de la extraterritorialidad**, concepto que implica que una mercancía almacenada en zona franca se entiende jurídicamente fuera del país para efectos aduaneros, esto es, o bien que no ha llegado al Territorio Aduanero Nacional (en adelante TAN) o que salió del mismo para todos los supuestos propios de dicho régimen. Textualmente, el artículo 1° de la Ley 1004 de 2005 dispone que: “(...) Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del Territorio Aduanero Nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones.”. En segundo lugar, por estar **sometidas a un régimen especial y excepcional**, lo que significa que gozan de un tratamiento preferencial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior, por virtud del cual solo se debe recurrir a las normas generales que se aplican en esas materias, siempre que de forma expresa no se disponga a su favor de una excepción o trato especial. Y, en tercer lugar, por ser un **instrumento de impulso y de atracción a las inversiones**, ya que, si bien su origen se vinculó con la industria de las exportaciones, hoy en día permite la realización de negocios con el resto del TAN, preservando reglas especiales para la*

⁵¹ Decreto 4051 de 2007, art. 4. Esta misma se regla se consagra en el artículo 28 del Decreto 2147 de 2016.

nacionalización o importación de productos que vienen de una zona franca. [...]

121. De manera que, aun cuando el régimen de zonas francas en la actualidad está dirigido a potencializar tanto las exportaciones como las importaciones, ello no significa que las actividades industriales, de servicios, o de comercialización sean equiparables o cuenten con los mismos beneficios legales.

122. Por el contrario, la actividad comercial solo incluye el mercadeo, la comercialización, el almacenamiento y la conservación de bienes, mientras que el margen de acción de los usuarios de bienes y servicios es mucho más amplio y a pesar de ello, su accionar se limita al espacio de la zona franca.

123. El propio Estatuto Aduanero contempló el mismo trato disímil entre ambos usuarios, en los siguientes términos:

*[...] ARTÍCULO 393-22. EXCLUSIVIDAD. Las personas jurídicas que soliciten la calificación como Usuario Industrial de Bienes y Usuario Industrial de Servicios, deberán estar instalados exclusivamente en las áreas declaradas como Zona Franca y podrán ostentar simultáneamente las dos calidades. **El servicio ofrecido por el Usuario Industrial de Servicios deberá ser prestado exclusivamente dentro o desde el área declarada como Zona Franca siempre y cuando no exista desplazamiento físico fuera de la Zona Franca Permanente de quien presta el servicio. La persona jurídica que solicite la calificación como Usuario Comercial no podrá ostentar simultáneamente otra calificación pero el desarrollo de su objeto social no está circunscrito al área declarada como Zona Franca.** La persona jurídica que solicite la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente Especial, será reconocida como único Usuario Industrial de la misma. En la Zona Franca Permanente Especial no podrá calificarse ni reconocerse a Usuarios Comerciales. La persona jurídica autorizada como Usuario Operador no podrá ostentar simultáneamente otra calificación ni podrá tener ninguna vinculación económica o societaria con los demás usuarios*

de la Zona Franca en los términos señalados en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario y 260 a 264 del Código de Comercio. [...]

124. Históricamente en nuestro país distintos mecanismos tributarios han surgido con el propósito de favorecer el crecimiento del usuario industrial de zona franca. Por ejemplo, hasta el 31 de diciembre de 2006, el artículo 213 de Estatuto tributario contempló una exención del impuesto de renta y complementarios para este sector⁵². Además, el impuesto de remesas no se aplica a los intereses y servicios técnicos pagados por las personas jurídicas instaladas en zonas francas industriales⁵³. También los pagos y transferencias al exterior por concepto de intereses y servicios técnicos que efectuaron las personas jurídicas instaladas en zonas francas industriales, en su momento, no estuvieron sometidos a retención en la fuente ni causaron impuesto de renta⁵⁴.

125. Concretamente, la Sección Cuarta de esta Corporación, en la sentencia de 28 de agosto de 2014⁵⁵, explica el trato disímil que reciben los usuarios de zonas francas en los siguientes términos:

[...] Los usuarios de las zonas francas tienen obligaciones, deberes y finalidades diferentes, pues quien se instala en una zona franca tiene beneficios⁵⁶ especiales, así:

- Tarifa única del impuesto sobre la renta del 15% para usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios operadores. Se exceptúan los usuarios comerciales que mantienen la tarifa general.

⁵² Artículo 213. RENTA EXENTA DE LOS USUARIOS DE LAS ZONAS FRANCA. Derogado por el art. 69, ley 863 de 2003, a partir del 31 de diciembre de 2006. Las personas jurídicas usuarias de las Zonas Francas Industriales estarán exentas del impuesto de renta y complementarios, correspondiente a los ingresos que obtengan en el desarrollo de las actividades industriales realizadas en la Zona, siempre que cumplan con las disposiciones contenidas en la Ley 109 de 1985 y demás normas que la desarrollen.

⁵³ Literal k) del artículo 322.

⁵⁴ Artículo 54. PAGOS POR INTERESES Y SERVICIOS TÉCNICO EN ZONAS FRANCA. Derogado por el art. 376, Ley 1819 de 2016. Los pagos y transferencias al exterior por concepto de intereses y servicios técnicos que efectúen las personas jurídicas instaladas en zonas francas industriales, no estarán sometidos a retención en la fuente ni causarán impuesto de renta. Parágrafo. Para tener derecho al tratamiento preferencial establecido en este Artículo los pagos y transferencias deberán corresponder a intereses y servicios técnicos directa y exclusivamente vinculados a las actividades industriales que se desarrollen en las zonas francas.

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ, sentencia de 28 de agosto de 2014, Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00033-00(19105), Actor: DIEGO BERNAL CORREDOR

⁵⁶ Artículo 3° de la Ley 1004 de 2005

- Tienen derecho a la deducción del 40% de la inversión en activos fijos reales productivos, (40% para los años 2007 a 2009, 30% para el año gravable 2010, y a partir del año gravable 2011 desaparece la deducción).
- Tienen derecho a la compensación de pérdidas surgidas de la utilización de dicha deducción por inversión en activos fijos reales productivos, así como de las pérdidas fiscales de la operación, sin límite porcentual ni temporal.
- Las operaciones de compra y venta de bienes y servicios que realicen los usuarios de zonas francas con sus vinculados económicos deben ser a precios de mercado.
- **Están exentos de impuesto sobre las ventas las materias primas, partes, insumos y bienes terminados que se vendan desde el territorio aduanero nacional a los usuarios industriales de zonas francas o las ventas que se realicen entre éstos, siempre que sean necesarios para el desarrollo del objeto social de dichos usuarios.**
- Exención de IVA por ventas de mercancías a mercados externos.
- Las exportaciones que se realicen desde zona franca a terceros países se benefician de los acuerdos comerciales internacionales negociados por Colombia. - Se reconoce origen nacional sobre bienes elaborados, manufacturados, transformados o que sean producto de cualquier proceso productivo desarrollado en la zona franca.
- Posibilidad de vender al territorio aduanero nacional el 100% de la producción de bienes o servicios producidos en zona franca con el respectivo pago de arancel e IVA únicamente sobre el porcentaje de insumos provenientes de terceros países.

Beneficios de los que no gozan los productores ubicados en el territorio aduanero nacional. [...]

126. Sin duda alguna, el artículo 3° de la Ley 1004 y el artículo 393-22 del Decreto 2685 de 1999, entre otras disposiciones jurídicas, establecen una distinción que impacta el proceso de formulación, implementación y evaluación de la política comercial colombiana, la cual también promueve el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 2° de la Ley 1004 de forma equitativa.

127. En efecto, las zonas francas son un instrumento dirigido a crear empleo, captar nuevas inversiones de capital, promover la competitividad en las regiones donde se establezcan, desarrollar procesos industriales, promover la generación de economías de escala y simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios.

128. Tales fines tienen igual relevancia y, por lo tanto, el ejercicio de la potestad reglamentaria en esta oportunidad estuvo dirigido a permitir la correcta ejecución de la Ley 1004 en condiciones competitivas para las actividades comerciales e industriales de bienes y servicios, a través de un ejercicio ponderado de los diversos beneficios y restricciones que tienen cada una.

129. Es más, aceptar el criterio del demandante implicaría la transgresión del principio de igualdad en su segundo supuesto, esto es, brindar un trato semejante, debiéndose adoptar uno diferencial.

130. No se puede olvidar que el gobierno nacional puede restringir las *«exenciones de derechos arancelarios de importación, cuando sea incompatibles con la protección que debe otorgarse a la producción y al trabajo nacionales»* y variar las tarifas para proteger a *«la industria nacional, en forma que le permita abastecer a precios justos las necesidades del consumo interno y competir satisfactoriamente en los mercados externos»*, según lo previsto en el literal d) y e) del artículo 1° de la Ley 6 de 1971.

131. En atención a lo anterior, es claro que las entidades demandadas no incurrieron en la infracción de desconocimiento de normas superiores por: (i) falta de aplicación, (ii) aplicación indebida, o (iii) interpretación errónea⁵⁷. Las

⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 31 de mayo 2012, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, radicación nro. 11001032700020080003800. Ver también del mismo ponente la sentencia del 28 de noviembre de 2013, C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, expediente con radicación nro. 11001-03-27-000-2010-00004-00(18071).

“[...] La falta de aplicación de una norma ocurre ya porque el funcionario (o la autoridad) ignora su existencia o porque, aunque conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, no la aplica para proferir el acto administrativo. También sucede esa forma de violación cuando la administración acepta la existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no acepta su validez en el tiempo o en el espacio.

La aplicación indebida, por su parte, se presenta cuando el precepto o preceptos jurídicos que se hacen valer se usan o aplican, a pesar de no ser los pertinentes para proferir el acto administrativo. Y, finalmente, la interpretación errónea se configura cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero la administración los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica y expide el acto

disposiciones enjuiciadas no niegan la existencia de las actividades comerciales y, por el contrario, establecen condiciones para su funcionamiento en los límites legales del trato diferencial impuestos por el legislador.

132. En este orden de ideas, considera la Sala que la expresión acusada tampoco desconoce el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, toda vez tales usuarios no son susceptibles de comparación.

VI.4.4. De la solución del cuarto cargo. «Violación a los artículos 25 (Derecho al trabajo) y 333 (libertad de la actividad económica y la iniciativa privada)»

133. Considera la parte actora que los decretos demandados imponen límites a una actividad legítima, los cuales no fueron definidos previamente por el legislador y además *«chocan con la legítima aspiración de los usuarios comerciales a crecer y expandirse»*.

134. Asimismo, estima que *«las dificultades impuestas a la actividad de los usuarios comerciales tiende a eliminarlos, y con ello se perjudica el empleo de cientos o miles de trabajadores que actualmente prestan sus servicios a usuarios comerciales de zona franca»*.

135. Para resolver, es necesario recordar que el derecho al trabajo, en los términos del artículo 25 de la Constitución Política⁵⁸, es una garantía de naturaleza laboral que no consiste en el derecho a ejercer un cargo específico, sino en la posibilidad de ejercer una profesión u oficio dentro de las condiciones reales del mercado laboral.

136. Precisamente, en la sentencia T-047 de 1994, la Corte precisó que *«el derecho al trabajo no consiste en la pretensión incondicional de ejercer un oficio o cargo específico, en un lugar determinado por el arbitrio absoluto del sujeto, sino en la facultad, in genere, de desarrollar una labor remunerada en un espacio y tiempo indeterminados»*.

administrativo. Es decir, ocurre cuando el funcionario (o la autoridad) le asigna a la norma o normas un sentido o alcance que no le corresponde. [...]"

⁵⁸ "Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas."

137. Lo anterior significa que el cargo de desconocimiento del artículo 25 superior no se relaciona con la problemática objeto de debate en la medida en que los artículos demandados no regulan asuntos laborales. Es más, el asunto litigioso atañe a las políticas tributarias y de comercio internacional, asuntos que escapan del derecho laboral aun cuando dependen de la política económica general.

138. De otro lado, respecto de la transgresión del artículo 333 Constitucional, cabe señalar que la actividad económica y la iniciativa privadas son libres dentro de los límites del bien común. En esa medida, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la libertad económica comprende⁵⁹:

[...] la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio.⁶⁰ La libertad económica comprende, a su vez, las nociones de libertad de empresa y libertad de competencia.

47. La libertad de empresa es la facultad que tienen los asociados de ejercer sin interferencias injustificadas cualquier actividad económica lícita y, en concepto de la Corte, “se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia. El término empresa en este contexto parece por lo tanto cubrir dos aspectos, el inicial - la iniciativa o empresa como manifestación de la capacidad de emprender y acometer- y el instrumental -a través de una organización económica típica-, con

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2014

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-425 de 1992 (MP Ciro Angarita Barón). En esa oportunidad, la Sala Séptima de Revisión amparó los derechos fundamentales de un comerciante de video juegos a quien las autoridades locales les estaban haciendo “exigencias no razonables para el ejercicio de la actividad económica”, por lo que ordenó la inaplicación por inconstitucional del acto administrativo que contenía las restricciones. Respecto de la libertad de económica como derecho subjetivo pueden verse, también, las sentencias T-475 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), T-375 de 1997 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-157 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero).

*abstracción de la forma jurídica (individual o societaria) y del estatuto jurídico patrimonial y laboral”.*⁶¹

La libertad de competencia, por su parte, surge “cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita”.⁶²

48. Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la libertad económica no es absoluta, y que tanto la libertad de empresa como de competencia tienen límites y responsabilidades, emanadas directamente de la Carta Política.⁶³ Así por ejemplo, se ha sostenido, entre otros, que el ejercicio de la libertad de empresa no puede interferir irrazonablemente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de los ciudadanos;⁶⁴ el orden y/o el interés público;⁶⁵ y el ambiente o el patrimonio cultural de la nación.⁶⁶ Y que la libertad de

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1992 (MP Carlos Gaviria Díaz). La Corte acogió una definición de libertad de empresa propuesta por Martin Bassols Coma en ‘Constitución y Sistema Económico’, Tecnos, 1988.

⁶² Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2001 (MP Rodrigo Escobar Gil).

⁶³ Sobre la intervención del Estado en la economía puede verse la sentencia de la Corte Constitucional C-150 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en la cual se examinó la constitucionalidad de normas relativas a la prestación de servicios públicos en relación a la supuesta limitación que imponían a la intervención del Estado en dicha actividad económica.

⁶⁴ Sobre los derechos fundamentales como límites a la libertad de empresa pueden verse, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-394 de 1999 (MP Martha Victoria Sáchica) y T-434 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo), respecto del derecho al trabajo y la libre asociación sindical como restricciones a la libertad del empresario en la estipulación de contratos y reglamentos internos de trabajo; T-073 de 2002 (MP Clara Inés Vargas Hernández) y T-1118 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en relación al derecho a la igualdad como límite a la libertad de contratación de las aseguradoras; y T-592 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis) y T-763 de 2005 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), en lo relativo al derecho al habeas data y al debido proceso como restricciones a la libertad de contratación de las entidades bancarias.

⁶⁵ Ciertamente, la libertad de empresa puede limitarse en aras de proteger el orden público. Así lo reconoció la Corte, por ejemplo, en la sentencia C-492 de 2002 (MP Jaime Córdoba Triviño), al declarar exequible una norma que le otorgaba a los comandantes de estación y subestación de policía la facultad de cerrar temporalmente establecimientos abiertos al público por cuestiones de orden social. Al respecto, sostuvo que “[l]os límites al ejercicio de la libertad económica no pueden entenderse como un abuso del poder de policía sino como el cumplimiento del deber del Estado de garantizar la plena vigencia y efectividad de los derechos de las personas. En este punto, la definición de orden público como medio para el desarrollo pleno de los derechos humanos revela la importancia y necesidad del control de la actividad de los particulares.”

⁶⁶ En relación con el derecho al medio ambiente sano como un límite a la libertad de empresa, puede verse, entre otras, la sentencia T-046 de 1999 (MP Hernando Herrera Vergara). La Sala Sexta de Revisión confirmó el amparo de los derechos fundamentales de un grupo de personas afectadas por la presunta contaminación producida con el transporte, cargue y descargue de carbón, realizado por una empresa privada. Allí se explicó que “*existe para los particulares una*

competencia debe ejercerse dentro de un marco de prevalencia del bien común, el interés público y la protección de los usuarios.⁶⁷

Esta gama de restricciones tiene como objeto armonizar las garantías de la iniciativa privada con los demás propósitos y finalidades de la Carta, que a su vez protegen los intereses públicos e individuales de los ciudadanos. Teniendo presente, además, que a los empresarios se les asegura el acceso a los mercados en condiciones de igualdad, no solo para que obtengan utilidades, sino también a fin de que satisfagan las necesidades de toda la población en el consumo de bienes y servicios. Por lo que la dinámica mercantil tiene involucrado un claro interés general, y el Estado debe intervenir para promover el desarrollo económico y social con equidad.

49. Ahora bien, la imposición de esos límites no puede ser arbitraria, sino que, por el contrario, debe seguir una serie de condicionamientos que garanticen el contenido mínimo del derecho a la libertad económica. Los requisitos para que la intervención sea constitucional y no desborde las garantías superiores son: (i) que los aspectos elementales de la intervención sean determinados por el Legislador, en tanto el artículo 333 superior dispone expresamente que para el ejercicio de las libertades económicas “nadie podrá exigir permisos previos o requisitos, sin autorización de la ley” y que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica”; (ii) que no anule los contenidos

especial responsabilidad en la preservación y protección del medio ambiente, cuando quiera que con el ejercicio de la libertad de empresa se atente contra su equilibrio; más aún, cuando de su posible lesión pueden derivarse amenazas a derechos de importante envergadura para las personas. Sobre el particular, la Corte ha sido enfática en señalar que la realización de la actividad económica debe sujetarse a las normas ambientales expedidas, con el fin de mantener un medio ambiente sano a través de un desarrollo económico sostenible, y con el control de las autoridades ambientales”.

⁶⁷ Véase la sentencia C-332 de 2000 (MP Fabio Morón Díaz), mediante la cual la Corte declaró exequible una medida legislativa que prohibía a las entidades financieras trasladar a los usuarios el costo de los premios o seguros. En concepto de la Corte: “no es constitucionalmente de recibo, aducir el derecho a la propiedad privada, la libre iniciativa privada, la libertad económica, la libertad de empresa y el derecho a la libre competencia económica como si se tratase de barreras infranqueables que pudiesen impedir la eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que salvaguarden los intereses de los usuarios de los servicios financieros y aseguradores, pues, ciertamente, el que las empresas financieras y aseguradoras gocen de la posición dominante, puede propiciar desequilibrios que las autoridades deben precaver, en cumplimiento del deber de prevenir abusos que puedan afectarlos, de hacer efectiva la prevalencia del interés público, de salvaguardar los consumidores y de construir un orden justo.”

esenciales de la libertad económica, y (iii) que responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.⁶⁸

50. En suma, la libertad económica faculta a los ciudadanos para que desarrollen de acuerdo a sus preferencias actividades lícitas tendientes a incrementar su patrimonio, en un contexto de libre competencia. Sin embargo, la libertad económica no es una garantía absoluta, para que el funcionamiento de la misma responda al interés general y a los derechos fundamentales de los demás ciudadanos, **el Legislador puede imponer límites razonables y proporcionados a su ejercicio, sin que se anulen los contenidos esenciales de la misma. [...].**

139. Siguiendo las orientaciones de la Corte Constitucional, la Sala advierte que el Estado debe garantizar la libertad económica y la iniciativa privada en las zonas francas, pero también evitar las fallas del mercado a través de límites y condiciones de funcionamiento que respeten el bien común.

140. Lo cierto es que la Constitución de 1991 le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en materia regulatoria, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino a través de específicas atribuciones de regulación y reglamentación especial de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos.

141. Aquellas amplias facultades de intervención en la economía se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos⁶⁹ y, en este caso, giran en torno a la política comercial internacional arancelaria.

142. En ese contexto, es dable insistir en que el artículo 4° de la Ley 1004 y el artículo 1° de la Ley 6 de 1971, habilitaron al Gobierno a expedir los reglamentos correspondientes sobre los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios industriales y comerciales pueden ejercer su objeto social en el espacio geográfico en donde se aplica la regla de la extraterritorialidad.

⁶⁸ En relación a estos criterios pueden verse, entre muchas otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-615 de 2002 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-486 de 2009 (MP María Victoria Calle Correa), C-197 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-368 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), C-909 de 2012 (MP Nilson Pinilla Pinilla) y C-264 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo).

⁶⁹ Corte Constitucional Sentencia C-228 de 2010. Reiterada C-186/11

143. Siendo ello así, existe un argumento que lleva a limitar este tipo de libertades, el cual consiste en intervenir el mercado a fin de racionalizar el funcionamiento de las zonas francas, en tanto la economía nacional dependerá de los incentivos otorgados en tales espacios.

144. Es a partir del contenido de esos criterios que la afirmación del demandante sobre la imposibilidad de crecimiento carece de sentido. Es más, a diferencia de los usuarios industriales de bienes y servicios, los usuarios comerciales pueden desarrollar su objeto en todo el territorio nacional y, por ende, no es cierto que los artículos demandados impidan el desarrollo de economías de escala de carácter mercantil.

145. Es más, sobra advertir que los usuarios comerciales podrían desarrollar su objeto en una o varias zonas francas como lo acepta en artículo 3 de la Ley 1004 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 3o. (...)

El usuario comercial es la persona jurídica autorizada para desarrollar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes, en una o varias Zonas Francas. [...]

146. Además, este último reproche escapa del juicio de legalidad que le corresponde a esta corporación dado que el cuestionamiento recae sobre los efectos de la aplicación del acto, sin encuadrar propiamente en alguno de las causales de nulidad contempladas en el CCA.

147. De forma reiterada esta Sección ha explicado que el juicio de legalidad de la jurisdicción contencioso administrativa se realiza de conformidad con el contexto normativo vigente al momento en que se profiere la norma acusada, «*toda vez que dicha legalidad se determina a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho que le sirvieron de fundamento o existentes al momento de su expedición*»⁷⁰.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 27 de mayo de 2010. Rad.: 2005 - 01869. Consejero Ponente: doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

148. También, ha sostenido que, «*de conformidad con el artículo 84 del C.C.A. los actos administrativos son nulos en todo o en parte cuando sean expedidos con violación de normas superiores, irregularmente, sin competencia, con desviación de poder, con violación del derecho de defensa o con falsa motivación, **causales en la que no encuadra la omisión en cuestión, pues se trata de una actuación posterior a la manifestación de la voluntad de la Administración, es decir, que tiene que ver con un aspecto extrínseco a su expedición***»⁷¹.

149. Por ende, el cuarto cargo tampoco está llamado a prosperar.

VI.5.- Conclusión

150. En síntesis, una vez efectuado el estudio integral de la controversia, la Sala concluye que el inciso 2º del artículo 393-21 del Decreto 2685 de 1999⁷², modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, y los artículos 16 y 32 del Decreto 4051 de 2007⁷³ no desconocen los artículos 13, 25, 189 (numerales 11 y 19) y 333 de la Constitución Política, ni los artículos 1º, 2º y 3º de la Ley 1004 de 2005, por las razones propuestas por la parte actora.

151. Por ende, es menester denegar las pretensiones, como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR como no probadas las excepciones propuestas por las partes.

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ, sentencia de 11 de octubre de 2007, Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00026-01

⁷² Por el cual se modifica la Legislación Aduanera. Norma adicionada por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, Por el cual se modifica el *Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones

⁷³ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Presidente

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P(22)