



SALVAMENTO DE VOTO

Número único de radicación: 11001032400020140045800

ACCIÓN DE NULIDAD

ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

Con el debido respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, me he separado de la decisión de 12 de mayo de 2022, que **DECLARÓ LA VALIDEZ CONDICIONADA** del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 de 25 de septiembre de 2008¹, por cuanto, a mi juicio, debieron denegarse las pretensiones de la demanda.

Las razones que me llevan a manifestar esta posición radican en el análisis que el fallo realizó frente a los motivos de reproche y que fueron objeto de interpretación por la Sala, así:

1. En primer lugar, estimo conveniente contextualizar que el examen de legalidad del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000², se concretó en el cargo de incompetencia

¹ En el sentido de interpretar dicha atribución ejercida por la DIAN bajo el entendido que "siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular el Usuario Operador se predica respecto de los inmuebles que son de propiedad de la zona franca **y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros**. Ello, sin perjuicio de la intervención concurrente del usuario operador en cada transacción, para garantizar las funciones de dirección, administración, supervisión y promoción que le corresponden, de conformidad con la ley y con lo que dispongan los reglamentos [...]"

² Adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

atribuida a la DIAN, por cuanto dicha norma previó *"que el usuario operador de la zona franca era el único habilitado para ejercer actos de disposición sobre los inmuebles que hacen parte de ésta"*. El fallo concluyó que se probó un exceso en su atribución, al limitar la propiedad de los inmuebles integrantes de una zona franca, bajo el entendido de que el único autorizado para comprar, arrendar, enajenar o disponer de los inmuebles era dicho usuario, lo que conllevó una violación al artículo 58 Superior³, pues solo el legislador está habilitado para tal restricción.

Pese a encontrar que esta vulneración llevaría a la nulidad del literal d), la Sala identificó que se produciría un vacío normativo que dificultaría el ejercicio de coordinación del que es titular el Usuario Operador y podría ocasionar serios inconvenientes en cuanto a la administración de los bienes que son propiedad de la zona franca, motivo por el cual le confirió validez condicionada.

³ Al respecto dijo: "[...] debe indicarse que la mencionada restricción sobre el derecho de propiedad no fue adoptada a través de una Ley ni se invocaron los motivos de utilidad pública o de interés social que habilitaran a la DIAN a trasladar al Usuario Operador la posibilidad de disponer de bienes que no son de su propiedad; de ahí que lo dicho no sólo ponga en evidencia un desconocimiento al artículo 58 Superior, sino que implique que la entidad demandada no tenía competencia para expedir una limitación del derecho de dominio como la que aquí es objeto de estudio, pues, como se vio, el único facultado para adoptar decisiones de esa naturaleza por expreso mandato constitucional, es el Congreso de la República."



Número único de radicación: 11001032400020140045800
 SALVAMENTO DE VOTO
 ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

2. Planteados los razonamientos concluyentes del fallo, estimo importante destacar que la regulación de las zonas francas, según el artículo 1° de la Ley 1004 de 2005, tiene específicas características que la definen como "*[...] **una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior***"⁴.

3. Esta circunstancia de "***normativa especial***" es relevante porque en vigencia del **Decreto 2685 de 1999** y su modificatorio, el 383 de 2007, la declaratoria de existencia de una zona franca se efectuaba mediante resolución motivada que expedía la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN⁵, y su duración no podía exceder de 30 años⁶.

4. La referencia a la declaratoria de existencia de la zona franca es de vital importancia porque el fallo encontró que la DIAN era incompetente para imponer una limitación al derecho de la propiedad sobre los

⁴ La zona franca se define como "***el área geográfica delimitada** dentro del Territorio Aduanero 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***"

⁵ En la actualidad y en vigencia del Decreto 278 de 2021, según el artículo 11 párrafo final, se dispone que es "*[...] el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales, cuando haya lugar a ello emitirá el acto administrativo correspondiente [...]*"

⁶ Prorrogables hasta por el mismo término.



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

inmuebles que se ubican en la zona franca y que no son de titularidad del Usuario Operador de ésta.

5. Tal hecho se analizó a la luz del artículo 58 Superior, y aunque partió del texto del Decreto 2685 de 1999, que facultaba⁷ al Usuario Operador para "2. *Adquirir, arrendar o **disponer a cualquier título de inmuebles, con destino a las actividades de Zona Franca***", no consideró el hecho de que para que la DIAN emitiera la declaratoria de la zona franca debía existir un "***contrato de disposición***" frente a los predios que no fuesen de propiedad del usuario operador, con lo cual se garantizaba al solicitante de la zona franca la debida gestión, administración y desarrollo de las actividades a su cargo durante el término de su vigencia.

6. Este requisito de carácter previo, a mi juicio, debió ser considerado al examinar el reproche de la demanda, por cuanto la atribución que encontró excesiva estaba justificada en la declaratoria de la zona franca y con ello en la necesidad de que los inmuebles afectados estuvieran legalmente sometidos a esta restricción o limitación que les imponía el

⁷ Esta norma a la fecha de este salvamento no se encuentra vigente.



pertenecer a la zona declarada como tal. En efecto, bajo el régimen del **Decreto 2685 de 1999** y su modificatorio, el 4051 de 2007, los inmuebles del área de delimitación debían sujetarse a las siguientes reglas:

"[...] **ARTÍCULO 393-2. REQUISITOS PARA OBTENER LA DECLARATORIA DE EXISTENCIA DE UNA ZONA FRANCA PERMANENTE.** Para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente, quien pretenda ser Usuario Operador de la misma, **deberá acreditar los siguientes requisitos:**

[...] 6. **Allegar estudio de títulos de propiedad de los terrenos sobre los que se desarrollará físicamente el proyecto de la Zona Franca Permanente.**

7. Adjuntar **plano topográfico y fotográfico con la ubicación y delimitación precisa del área** para la que se solicita la declaratoria y los linderos de la misma.

8. Anexar certificación expedida por la autoridad competente en cuya jurisdicción se pretenda obtener la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente en la que se declare que el proyecto está acorde **con el plan de desarrollo municipal o distrital y que se encuentra conforme con lo exigido por la autoridad ambiental.**

9. **Adjuntar certificados de Tradición y Libertad de los terrenos que formen parte del área que se solicita declarar como Zona Franca Permanente expedidos por la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados.**

PARÁGRAFO 1o. Cuando se pretenda la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente **de terrenos QUE NO SEAN DE PROPIEDAD DE LA PERSONA JURÍDICA QUE SOLICITE LA DECLARATORIA de existencia de Zona Franca se deberá acreditar, CON LOS CONTRATOS CORRESPONDIENTES, QUE**



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

PUEDE HACER USO DE LOS MISMOS. *El término de la declaratoria en ningún caso podrá exceder del término de vigencia de dichos contratos [...]*”.

7. Este análisis sobre la normativa que rige dicha declaratoria ameritaba una revisión, por cuanto el apartado que se condicionó, no podía estudiarse únicamente desde la óptica del artículo 58 Superior, bajo el entendido de constituir un derecho absoluto, conforme se plantea, pues claramente es posible y así lo permite el Decreto 2685 de 1999, frente a que los inmuebles que no pertenecieran al solicitante se suscribiera un contrato que garantizaba el uso y la disposición del mismo por el tiempo del desarrollo de la zona franca.

De manera que, precisamente, frente a tales predios que no son de propiedad del usuario operador ha de versar un acuerdo de voluntades que, de acuerdo con las leyes civiles, implica la fijación de unas obligaciones y deberes a cumplirse por quienes suscriben un contrato, en este caso, del denominado contrato de disposición, que por ser previo a la declaratoria era requisito *per se* para que la DIAN aceptara su desarrollo.



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

8. Entonces, bajo estas circunstancias, a mi juicio, no podía concluirse que existió una restricción y menos que resultó excesiva. Tampoco, como consecuencia de ésta que el acto acusado se expidió con incompetencia de la DIAN, por cuanto claramente una zona franca está: i) sometida a **un régimen especial respecto de un territorio específico y delimitado**, y ii) es requisito previo la existencia de un **acuerdo de uso o disposición** entre el Usuario Operador⁸ y su propietario, con miras a cumplir el propósito de la zona franca, por el tiempo de su declaratoria, cuando quiera que el inmueble no pertenezca a dicho usuario.

9. En este sentido era necesario contextualizar las funciones a cargo del usuario operador, a fin de evidenciar que el **régimen especial** que rige la operación de la zona franca justifica las atribuciones conferidas, entre las que se encuentra la administración, entendida como aquella que le concierne en relación con el territorio de la operación y disposición, que se aprecia en relación con el referido contrato y su exigencia, pues no

⁸ Debe aclararse que la calidad de **Usuario Operador se confiere cuando se cumplen los requisitos para la declaratoria de la zona franca** declarada. Así lo dispone la norma: "[...] **USUARIOS DE ZONA FRANCA. ARTÍCULO 393-14. USUARIO OPERADOR.** 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 los usuarios que se instalen en estas. **PARÁGRAFO 1o. La calidad de usuario operador se adquiere cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expide el acto de autorización.**



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

puede perderse de vista que al constituir **un acuerdo de voluntades**, evidencia su naturaleza volitiva no impositiva, frente a que el propietario del inmueble destinado a la zona franca bien pudo no haber aceptado los términos de disposición y, por lo mismo, no surgir el contrato, lo que impediría la declaratoria de la zona franca.

10. En efecto, si se contextualizan las funciones otorgadas, se aprecia con distinción la razón de ser de éstas, así:

*"ARTÍCULO 393-16. FUNCIONES DEL USUARIO OPERADOR. El usuario operador **en ejercicio de su actividad**, tendrá las siguientes funciones:*

- 1. Dirigir, **administrar, supervisar**, promocionar y **desarrollar** la Zona Franca;*
- 2. Comprar, arrendar, enajenar o **DISPONER a cualquier título**, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la Zona Franca;*
- 3. Directamente o a través de terceros **urbanizar los terrenos** y construir en estos la infraestructura y edificaciones necesarias para el desarrollo de la Zona Franca, de acuerdo con el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca aprobado por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. Esta función no podrá ser desarrollada por Usuarios Industriales que tengan vínculos económicos o societarios con el Usuario Operador en los términos señalados en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario y 260 a 264 del Código de Comercio.*
- 4. Calificar a quienes pretendan instalarse en la Zona Franca como Usuarios Industriales de Bienes, Usuarios Industriales de Servicios o Usuarios Comerciales.*
- 5. **Garantizar** y coordinar la prestación de los servicios de vigilancia y mantenimiento de la Zona Franca, guardería, capacitación, atención médica a empleados y transporte de los*



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

empleados, y demás servicios que se requieran para el apoyo de la operación de los usuarios y el funcionamiento de la Zona Franca.

6. Las demás relacionadas con su objeto, en el desarrollo de las actividades de la Zona Franca".

11. Entonces, el análisis paralelo que se realizó de la norma que antecede y de la que fue objeto de demanda, se hizo a partir de una lectura y análisis parcial de la norma acusada, que no correspondió a su integralidad lo que llevó en mi entender, a descontextualizar el sentido de estas atribuciones, pues, cuando la norma cuestionada se refiere a la "**administración exclusiva**" no desconoce derechos de propiedad, en tanto éstos están a salvo con los acuerdos de disposición previamente suscritos con los propietarios de dichos inmuebles, y que constituyen como se vio, un requisitos *sine quanon* para la declaratoria.

12. De manera que inferir una lectura aislada para derivar la afectación de un derecho de orden superior es desconocer el **régimen especial** al que se encuentran sometidos los inmuebles que conforman una zona franca y, en todo caso, **la voluntad del propietario**, pues, insisto, respecto de su derecho real es el acuerdo de voluntades sobre la disposición de éste, lo que respalda la autonomía de su derecho a la propiedad.



Número único de radicación: 11001032400020140045800
SALVAMENTO DE VOTO
ACTOR: RODRIGO ESCOBAR GIL

13. Tampoco se desprende de la norma acusada que la declaratoria de una zona franca impida la transferencia de dominio, como lo concluyó el fallo, pues lo cierto es que no existe un gravamen que se ordene registrar en el folio de matrícula, lo cual no descarta que en cada caso concreto se deban analizar los términos del contrato de disposición, que en definitiva contiene el acuerdo sobre su uso.

En estos términos expongo las razones de mi salvamento de voto, y por las cuales consideré que procedía denegar las pretensiones de la demanda.

Fecha ut supra,

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera