

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D. C., primero (1) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Radicación núm.: 11001 0324 000 **2014 00458 00**

Actor: **RODRIGO ESCOBAR GIL**

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

LEY 1437 DE 2011

El Despacho decide sobre la solicitud de suspensión provisional presentada por el demandante respecto del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución No. 4230 del 2000, adicionada por el artículo primero de la Resolución No. 9254 del 25 de septiembre de 2008; medida cautelar solicitada por la parte demandante.

I. La solicitud de suspensión provisional.

La parte actora, en cuaderno separado de la demanda, solicitó la suspensión provisional de la siguiente disposición:

***“Decreto 9254 de 2008. Artículo 1:** Adiciónase el artículo 38-2 de la resolución 4240 de 2000 con el siguiente párrafo:*

***Parágrafo 2.** El usuario operador autorizado con el lleno de los requisitos aquí establecidos deberá, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 3 de la Ley 1004 del 2005, en concordancia con el numeral 1 del artículo 393-16 del decreto 2685 de 1999, dirigir y administrar de manera exclusiva la zona franca permanente declarada, siendo éste el único autorizado legalmente para ejercer las funciones propias de la dirección y administración de la zona franca y para tomar decisiones que tengan relación directa con las mismas.*

En consecuencia, el usuario operador es el único autorizado para ejercer funciones como las siguientes, sin perjuicio de las demás establecidas en el decreto 2685 de 1999:

- a. Controlar el ingreso y salida de mercancías de la zona franca;
 - b. Definir de acuerdo con los requerimientos legales las medidas de seguridad y el servicio de vigilancia que garanticen el control y seguridad en las instalaciones de la zona franca;
 - c. Solicitar ante esta entidad la autorización para la ubicación en la zona franca de personas naturales o jurídicas que no ostenten la calidad de usuarios y presten servicios relacionados con la actividad de la zona franca;
 - d. **Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca.**
- De acuerdo con lo anterior; en la zona franca permanente declarada no podrán existir administraciones diferentes a la ejercida por el usuario operador”.**

La parte demandante sostiene que la anterior disposición es contraria al artículo 58 de la Constitución Política porque impone una restricción al derecho fundamental a la propiedad privada, dado que priva a los usuarios de las zonas francas, que no son operadores, de la facultad de disposición del dominio los bienes inmuebles que están ubicados en dichas zonas. Estima que lo anterior es una limitación al derecho de propiedad que es de reserva legal por expreso mandato del artículo 58 de la Constitución Política, por lo que estima, que esta limitación no podía ser establecida a través de decreto reglamentario. Por último, señala que se está vulnerado el derecho a la propiedad privada porque a los propietarios de bienes ubicados en zonas francas por vía reglamentaria se les privó del derecho de usar, gozar y disponer de sus bienes.

El actor también considera que la disposición sobre la cual se solicita la suspensión provisional es contraria al artículo 333 de la Constitución Política porque establece una limitación ilegítima a la libertad de

empresa dado que los usuarios propietarios de las zonas francas no podrán enajenar libremente sus bienes, lo que estima afecta gravemente la libertad de empresa y la iniciativa privada.

II. Traslado de la solicitud al demandado.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante escrito allegado a esta Corporación el 29 de octubre de 2014¹, manifestó lo siguiente:

2.1. Que las zonas francas son áreas geográficas del país en donde se desarrollan actividades industriales y comerciales de bienes y servicios, bajo una normatividad especial, las cuales se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones.

2.2. Que las zonas francas tiene como finalidad: A). Ser instrumento para la creación de empleo y para la captación de nuevas inversiones de capital. B). Ser un polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezca. C). Desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo los conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia, y buenas prácticas empresariales. D). Promover la generación de economías de escala. E). Simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios, para facilitar su venta.

¹ Folios 54 a 60 de este cuaderno.

2.3. Que la Ley 1004 de 2005 estableció el régimen de las zonas francas. Que dicho estatuto creó tres tipos de usuarios de las zonas francas, que son los siguientes: A) El usuario operador B) El Usuario Industrial de Bienes y c) El Usuario Industrial de Servicios.

2.4. Que 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.

2.5. Que al ser el usuario operador el autorizado para dirigir y administrar de manera exclusiva la zona franca, se justifica que sea el único que pueda comprar, enajenar y arrendar los bienes inmuebles destinados a las actividades de las zonas francas porque es el que tiene que responder ante el Estado por las actividades y bienes utilizados para las operaciones permitidas en estos lugares.

2.6. Que los bienes inmuebles ubicados en las zonas francas tienen un régimen jurídico especial porque a través de éstos se busca alcanzar los propósitos y fines de estas zonas.

III. Para resolver, se considera:

3. 1. Consideraciones de las medidas cautelares en el CPACA

En el Artículo 229 del CPACA se describen las medidas cautelares así:

“En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o

Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.”

“La decisión sobre la medida cautelar no significa prejuzgamiento.”

“La medida cautelar en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los intereses colectivos y en los procesos de tutela de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se registrarán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio”.

De la anterior definición se puede concluir que:

- **El Juez** puede adoptar la(s) medida(s) cautelar(es) que **considere necesaria(s)** para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.
- Las medidas anticipadas pueden ser solicitadas y decretadas en **cualquier** clase de proceso **declarativo** que se tramite en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y ya no solo en los juicios de anulación de actos administrativos.
- El Juez podrá ordenarlas una vez presentada la demanda, **en cualquier estado del proceso.**
- La solicitud deberá estar sustentada por la parte y tener **relación directa y necesaria con las pretensiones** de la demanda.
- En las **acciones populares y de tutela** el Juez puede decretar **de oficio** las medidas cautelares.

- El Juez deberá **motivar** debidamente la medida.
- El decreto de medidas cautelares **no constituye prejuzgamiento**.- En efecto, con el ánimo de superar los temores y las reservas que siempre acompañaron a los jueces respecto del decreto de la suspensión provisional en vigencia de la legislación anterior, célebre por su escasa efectividad producto de las extremas exigencias que la jurisprudencia le impuso para salvaguardar su imparcialidad, el inciso segundo del artículo 229 CPACA expresamente dispone que “[l]a decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”. De lo que se trata, entonces, con esta norma, es brindar a los jueces “la tranquilidad de que se trata de mecanismos meramente cautelares, que en nada afectan ni influyen en la decisión final del fondo del asunto sub lite”². Una suerte de presunción *iure et de iure* sobre cómo acceder a la medida no afecta la imparcialidad del Juez ni compromete su capacidad de discernimiento ni poder de decisión, que busca además promover la efectividad del nuevo régimen cautelar introducido. La jurisprudencia ya ha señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo

² GONZALEZ REY, Sergio. “Comentario a los artículos 229-241 CPACA”, en *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 492.

o “*prejuzgamiento*” de la causa³. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia.

3.2. Requisitos para decretar la suspensión provisional de actuaciones administrativas.

La medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que era la única medida cautelar prevista en el CCA, continuó en el CPACA. En efecto:

3.2.1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial por los motivos y con los requisitos que establezca la ley.

3.2.2. El anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera *manifiesta* y apreciada por *confrontación directa* con el acto demandado. Así, no permitía que el Juez pudiera realizar un estudio

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible, y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

3.2.3. Ahora bien, el Código ha establecido que la medida de **suspensión** de actuaciones administrativas solo se deberá acoger cuando se considere que no existe otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3.2.4. El CPACA⁴ define un conjunto de requisitos para la procedencia de la medida de suspensión provisional –tanto en acciones de nulidad simple como de nulidad y restablecimiento del derecho- y define de forma general los requerimientos que debe hacer el Juez en los demás eventos. En efecto el inciso primero del Artículo 231 del CPACA, ordena:

“Artículo 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

3.2.5. Como la jurisprudencia ha resaltado, se trata de “una reforma sustancial, si se tiene en cuenta que (...) habilita al Juez a realizar un

⁴ Inciso primero del Artículo 231 del CPACA.

*estudio no simplemente superficial de la solicitud de la medida sino que incluye la apreciación de las pruebas aportadas al efecto*⁵. Esto, por cuanto en el marco de la nueva normatividad establecida en el CPACA, para la suspensión provisional se prescindió de la “*manifiesta infracción*” hasta allí vigente, lo cual se ha interpretado en el sentido que “*la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud*”⁶.

3.2.6. En este sentido se observa que, para que se decrete la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo resulta necesario que del análisis realizado por el Juez, se concluya que existe violación a las normas invocadas en la demanda o en el escrito contentivo de la solicitud.

3.2.7. Lógicamente esta regulación especial de la suspensión provisional no puede significar que en los juicios de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho únicamente resulte procedente esta medida cautelar. Dado el principio general sentado por el Código⁷ respecto de la posibilidad de decretar las medidas que mejor se ajusten a las particularidades del caso cuando quiera que se cumplan los requisitos previstos para ello se impone entender que la suspensión

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 31 de julio de 2013, Rad. No. 110010324000 2013 00018 00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto del 3 de diciembre de 2012, Rad. No. 11001-03-24-000-2012-00290-00. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁷ Artículo 229 del CPACA.

provisional de un acto administrativo puede verse acompañada de otras medidas previas: sería el caso, por ejemplo, de una de tipo suspensivo de la actuación si se está, por hipótesis, frente a la solicitud de suspensión de la licencia ambiental para la construcción de una obra, cuya paralización podrá también requerirse; o de tipo anticipativo si se está, por ejemplo, frente a una reclamación contra un acto que deniega el reconocimiento de un derecho, cuya suspensión se solicita, y se acompaña del pedido de anticipación de reconocimiento provisional del derecho.

3.3. Caso concreto.

3.3.1. La disposición cuya suspensión se solicita es el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución No. 4230 del 2000, adicionada por el artículo primero de la Resolución No. 9254 del 25 de septiembre de 2008. El actor considera que la anterior disposición es contraria a los artículos 58 y 333 de la Constitución Política.

3.3.2. Visto el contenido de la solicitud de suspensión provisional, su contestación, y una vez confrontada la disposición demandada con las normas que se invocan como fundamento de dicha petición, se llega a la conclusión de que no hay razón que amerite suspender de forma provisional los efectos de la norma demanda.

3.3.3. El Despacho debe resaltar que la Constitución Política de 1991 consagró un Estado Social de Derecho (Artículo 1 C.P.), que le otorgó a la propiedad privada una función social y ecológica (Artículo 58 C.P.), cuya principal implicación es servir de fundamento al **poder de delimitación**

del contenido del derecho, *“en virtud del cual puede determinar tanto las facultades dominicales, como sus límites y condiciones de ejercicio”⁸*. Como ha sido resaltado por la Corte Constitucional, gracias al reconocimiento de esta potestad *“el legislador puede limitar en mayor o en menor medida el espectro de protección del derecho de dominio, de acuerdo con la naturaleza de los bienes, su clase y la utilización de los mismos, para hacer prevalecer intereses generales o por motivos de utilidad pública o para exigir el deber de solidaridad, pero sin que ello signifique autorización para dejar sin efectos la garantía constitucional mínima e irreductible del derecho”⁹*.

3.3.4. Por lo anterior es constitucionalmente válido que la propiedad inmueble en Colombia tenga distintos regímenes según las funciones y finalidades constitucionales que cumpla. Así por ejemplo, los bienes inmuebles urbanos que están destinados a proporcionar vivienda digna a los ciudadanos de escasos recursos económicos que no tiene como adquirir una vivienda por sus propios medios tiene una regulación especial establecida, entre otras, en la Ley 1537 de 2012. A su vez la propiedad inmueble rural destinada por el Estado para las familias campesinas de escasos recursos económicos tiene regulación especial en la Ley 160 de 1994 (baldíos y bienes del Fondo Nacional Agrario). En este mismo sentido, y ya para citar un último ejemplo, nada tiene que ver el contenido de una propiedad inmueble en la zona urbana de la ciudad (Ley 388 de 1997) con el que se reconoce al propietario de un

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 3 de julio de 2014, Rad. No. 25000 23 24 000 2009 00447 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁹ Sentencia C-544 de 2007.

predio rústico situado en una zona de parque natural nacional (Ley 2 de 1959 y Decreto Ley 2811 de 1974).

3.3.5. En este caso, y del análisis preliminar que en esta instancia le está concedido al Juez Contencioso, se debe resaltar que las zonas francas tiene una función social y unas finalidades específicas establecidas por el legislador, las cuales para el Despacho son acordes con la Constitución Política y el Estado Social de derecho, que en manera alguna parecen reñir con el régimen constitucional de la propiedad privada. Dichas finalidades están establecidas en el artículo 2 de la Ley 1004 de 2005, y son:

ARTÍCULO 2. 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

3.3.6. Por la naturaleza jurídica, por su especial regulación y por las funciones que cumple es válido que los bienes inmuebles ubicados en las zonas francas tengan un régimen jurídico especial con la finalidad que se cumplan los objetivos legales y constitucionales de estas zonas.

3.3.7. Por otro lado, por las particulares obligaciones que legal y reglamentariamente se le han impuesto a los usuarios administradores de las zonas francas, como por ejemplo ser los responsables del

correcto funcionamiento de estos lugares, es legal que éstos tengan unas facultades especiales sobre los bienes inmuebles ubicados en el territorio de la zona franca. Lo anterior con el fin de controlar que en dichos inmuebles se cumplan las funciones, se produzcan los bienes y servicios que están autorizados en la zona franca en particular.

3.3.8. Respecto de lo señalado por el actor, según el cual, la disposición demandada vulneró la reserva legal establecida en el artículo 58 de la Constitución Política, el Despacho considera que puesto que la Ley 1004 de 2005 facultó al gobierno para reglamentar lo concerniente con la zonas francas¹⁰, lo que incluye el régimen de los bienes inmuebles ubicados en estos lugares, dado que son fundamentales para el correcto funcionamiento de estas zonas, por lo tanto el señalamiento planteado no es del peso suficiente para decretar la medida cautelar solicitada.

¹⁰ Expresamente el artículo 4 de la Ley 1004 de 2005 señaló. 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.

3.3.9. Por último, el Despacho tampoco considera de recibo el cargo consistente en la supuesta vulneración del artículo 333 de la Constitución Política, que consagró la libertad de empresa e iniciativa privada, porque estas libertades al igual que la propiedad privada deben ser acordes con los fines y principios del estado social de derecho. Por tal razón, no se evidencia una vulneración del régimen de esta libertad, pues parece constitucionalmente válido que dada la plasticidad típica de este derecho en el ordenamiento jurídico colombiano existan regímenes distintos que regulen la libertad de empresa según la finalidad que se persiga en cada caso en específico. En últimas ello no supondría nada distinto a que los particulares que inicien empresas en las zonas francas tendrían la carga de soportar que su iniciativa privada se vea limitada conforme a las reglas vigentes al momento de iniciar la actividad en aras de salvaguardar los fines jurídicos que justifican las zonas francas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sala Unitaria

RESUELVE

NEGAR la suspensión provisional del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución No. 4230 del 2000, adicionada por el artículo primero de la Resolución No. 9254 del 25 de septiembre de 2008

Notifíquese y cúmplase,

GUILLERMO VARGAS AYALA
Consejero de Estado