



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero sustanciador: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Bogotá, Diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Radicación número: 110010327000201300028-00 (20497)
Demandante: Payless Shoesource PSS de Colombia S.A.S.
Demandado: La Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo
Asunto: Medio de control de nulidad

AUTO QUE RESUELVE SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

El despacho resuelve la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la demandante en el proceso de la referencia, una vez surtido el traslado ordenado por el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

1. El 23 de mayo de 2013, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, Payless Shoesource PSS de Colombia S.A.S., mediante apoderado judicial, formuló las siguientes pretensiones¹:

PRIMERA: *Que con sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se declare la Nulidad del Decreto 0074 del 23 de enero de 2013, publicado en el Diario Oficial No. 48.682 del 23 de enero de 2013, que entró en vigencia a partir del 1º de marzo de 2013, por medio de cual modificó parcialmente el Arancel de Aduanas, Decreto No. 2947 del 26 de diciembre 2011 y, por lo tanto, que se ejerza por el Honorable Magistrado un control efectivo de legalidad de la norma demandada.*

SEGUNDA: *que se restablezca el derecho directamente violado por el Acto Administrativo demandado, y la reparación del daño causado a mi poderdante, que se materializó en un pago de tributos aduaneros, como consecuencia de la aplicación del Decreto 074 del 23 de enero de 2013, a partir de primero de marzo de 2013 y hasta la fecha en que judicialmente se declare la nulidad y/o suspensión provisional del acto, de ser el caso.*

TERCERA: *Sobre los dineros antes calculados que deben ser restituidos al demandante, deberán ser pagados con los intereses comerciales correspondientes y/o moratorios de acuerdo con lo que la para el efecto determine el H. Tribunal.*

CUARTA: *Que como consecuencia de las anteriores condenas, los demandados deberán pagar los gastos y costas de proceso.*

QUINTA: *Que dentro del término de que trata el artículo 129 del Código Contencioso Administrativo, respecto de la sentencia que haya establecido como restablecimiento de derecho en concreto hasta la presentación de la demanda, según se acreditó, se cumpla y ejecute la misma. En relación con aquellos perjuicios sufridos con posterioridad a la presentación de la demanda, que se profiera condena en abstracto, en las condiciones previstas por los artículos 193 del mismo Código.*

SEXTA: *Que se decreten medidas cautelares para salvaguardar el estado de derecho, la aplicación de la ley y los tratados internacionales suscritos y aprobados por Colombia, ordenando la suspensión provisional del Decreto*

¹ Folios al 50 del C.P.

0074 del 23 de enero de 2013, publicado en el Diario Oficial No. 48.682 del 23 de enero de 2013, que entró en vigencia a partir del 1º de marzo de 2013, por medio del cual se modificó parcialmente el Arancel de Aduanas, Decreto 4927 del 26 de diciembre de 2011. Medida que se sustenta por separado.

2. El 22 de julio de 2013, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se declaró impedida para conocer del proceso y remitió, por competencia, el expediente a la Sección Cuarta de ese tribunal².
3. El 22 de agosto de 2012, la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró que esa corporación carecía de competencia para conocer del proceso y remitió, por competencia, el expediente a la Sección Cuarta del Consejo de Estado³.
4. El 14 de agosto de 2015, Payless Shoesource PSS de Colombia S.A.S. radicó escrito de corrección de la demanda mediante el que formuló la siguiente pretensión:

Que se declare la Nulidad del Decreto 0074 del 23 de enero de 2013, publicado en el Diario Oficial No. 48.682 del 23 de enero de 2013, que entró en vigencia a partir del 1º de marzo de 2013, por medio de cual modificó parcialmente el Arancel de Aduanas.

Puso de presente, además, que el medio de control que ejercía era el de nulidad, previsto en el artículo 137 de Ley 1437⁴.

5. El 31 de agosto de 2015, la Sección Cuarta del Consejo de Estado admitió la demanda de nulidad interpuesta Payless Shoesource PSS de Colombia S.A.S. en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 de Ley

² Folios 53 y 54 del C.P.

³ Folios 57 al 61 del C.P.

⁴ Folios 69 al 113 del C.P.

1437⁵.

1.2. La solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional

La medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 0074 del 23 de enero de 2013 solicitada en la demanda interpuesta el 23 de mayo de 2013 fue sustentada por separado. La petición se fundó en la presunta violación las siguientes normas:

- Constitución Política: artículos 13, 29 y 209
- Ley 1609 de 2013: artículo 3
- Ley 1437 de 2011: artículo 8 (numerales 4 y 8)
- Decreto 1345 de 2010: artículos 1, 2, 3, 4, 5 (numerales 3 y 7) y 10

1.2.1. Fundamento de la solicitud de medida cautelar

Dijo que el Decreto 0074 de 2013 debía ser suspendido porque fue expedido de forma irregular, pues fueron omitidos los actos preparatorios previos previstos en los numerales 4 y 8 de artículo 8 de la Ley 1473 de 2011, referidos al deber de la Administración de informar al público los proyectos de regulación y publicarlos en la página web de la entidad que lo expidió.

También señaló que el acto administrativo demandado violaba los artículos 1, 2, 3, 4, 5 (numerales 3 y 7) y 10 del Decreto 1345 de 2010, disposiciones que establecen directrices de técnica normativa para facilitar la elaboración y revisión de los decretos y resoluciones antes de su expedición.

⁵ Folios 134 y 135 del C.P.



De otra parte, sostuvo que el Decreto 0074 de 2013 viola el artículo 3 de la Ley 1609 de 2013, ley marco de aduanas, que establece que al modificar el Arancel de Aduanas, las tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, el Gobierno Nacional deberá tener en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos:

a) Facilitar el desarrollo y la aplicación de los Convenios y Tratados Internacionales suscritos y vigentes para Colombia, y la participación en los procesos de integración económica.

b) Adecuar las disposiciones que regulen el Régimen de Aduanas a la política comercial del país, al fomento y protección de la producción nacional a los acuerdos, convenios y tratados suscritos y vigentes para Colombia, a los principios y normas del derecho Internacional. En ejercicio de esta función también tendrá en cuenta las recomendaciones que expidan organismos internacionales de comercio.

Que el Decreto 0074 de 2013 desconoce esos objetivos.

1.2.2. El traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional

Mediante auto del 31 de agosto de 2015 se ordenó el traslado de la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 0074 de 2013, previsto en el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

1.2.3. Oposición a la medida cautelar

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se opuso a la medida cautelar solicitada por la demandante. Para el efecto señaló que el Decreto 0074 del 23 de enero de 2013 no se encontraba vigente porque fue derogado de manera expresa por el artículo 7 del Decreto 456 de 2014.

2. CONSIDERACIONES

A la Sala unitaria le corresponde decidir si se deben suspender provisionalmente los efectos del Decreto 0074 del 23 de enero de 2013.

2.1. De las medidas cautelares previstas en la ley 1437

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley.

En concordancia con la norma constitucional citada, el artículo 229 de la Ley 1437⁶ establece que el juez o magistrado ponente, a petición de parte, debidamente sustentada, puede decretar no solamente la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos sino las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Entre las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez o el magistrado ponente, el artículo 230 de la Ley 1437⁷ prevé la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

⁶ **ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES.** 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 implica prejuzgamiento.

⁷ **ARTÍCULO 230. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las

Por su parte, el artículo 231 de la Ley 1437 señala que la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo procede por la violación de las normas invocadas como violadas en la demanda o en la solicitud que se presente en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto administrativo y de su confrontación con las normas invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Dicho de otra manera, la medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: *i)* del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas o *ii)* del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para

pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista 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. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

PARÁGRAFO. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado.

Dicho lo anterior, la Sala considera que no es procedente decretar la medida cautelar solicitada por la demandante por cuanto pretende la suspensión provisional de los efectos de una norma derogada.

En efecto, el Decreto 0074 del 23 de enero de 2013 fue derogado de manera expresa por el artículo 7 del Decreto 456 del 28 de febrero de 2014⁸ «por el cual se modifica parcialmente el Arancel de Aduanas», en los siguientes términos:

Artículo 7°. Vigencias y derogatorias. *El presente decreto entra en vigencia treinta (30) días calendario, a partir de la publicación en el Diario Oficial; modifica el gravamen arancelario establecido en el artículo 1° del Decreto número 4927 de diciembre 26 de 2011 y deroga el Decreto número 074 de 2013.*

Como se ve, la norma cuya suspensión se pide desapareció del ordenamiento jurídico el 31 de marzo de 2014 y, por tanto, dejó de producir efectos. Luego, la medida cautelar solicitada deviene improcedente.

La derogatoria del Decreto 0074 del 23 de enero de 2013 operó 30 días después de la publicación del Decreto 456 del 28 de febrero de 2014, esto es el 31 de marzo de 2014, ya que este último fue publicado en el Diario Oficial 49078 del 28 de febrero de 2014.

⁸ Publicado en el Diario Oficial del 28 de febrero de 2014. Año CXLIX. N° 49078. Pag. 4.



Si bien a la fecha en que se presentó la demanda (23 de mayo de 2013) el acto administrativo acusado se encontraba vigente, lo cierto es que en el trámite de este proceso la norma fue derogada expresamente.

La suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo no es procedente cuando la norma acusada ha sido derogada, por cuanto la suspensión de los efectos parte del supuesto de vigencia tanto de la norma violada como de la regla violatoria de esa norma. Si la regla ya no existe, no existe razón para suspenderla.

En esas condiciones, la Sala unitaria decide

RESUELVE:

DENÍEGASE la suspensión del Decreto 0074 del 23 de enero de 2013.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS