



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

**CONSEJERO PONENTE (E): JULIO ROBERTO PIZA
RODRÍGUEZ**

Bogotá D.C., doce (12) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL
DERECHO**
Radicación: 17001-23-31-000-2012-00191-01
Demandante: Claudia Elizabeth Cárdenas Fonseca
Demandado: Departamento de Caldas

Tema: Monopolio rentístico de licores

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia del 21 de marzo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, que resolvió:

PRIMERO: SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN de "Inexistencia de motivos para solicitar la nulidad del inciso 3º del artículo 13 y artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011", propuesta por el Departamento de Caldas, de acuerdo con las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: SE NIEGAN las pretensiones de la demanda de Nulidad interpuesta por la señora Claudia Elizabeth Cárdenas Fonseca contra la Gobernación de Caldas, en la cual se solicita la declaratoria de nulidad del inciso tercero del artículo 13º y artículo 21 de la ordenanza 674 de 2011 por medio de la cual se actualiza el estatuto de rentas Departamentales de Caldas, conforme a la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO. SIN COSTAS por lo considerado en la parte motiva de esta providencia. En firme esta providencia, liquídense los gastos ordinarios del proceso, devuélvase al interesado el remanente, si lo hubiere.

CUARTO. EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE previas las anotaciones del caso en el programa justicia siglo XXI.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de simple nulidad, la ciudadana Claudia Elizabeth Cárdenas Fonseca solicitó la nulidad del tercer inciso del artículo 13 y el artículo 21 de la ordenanza 674 de 2011, «*por medio de la cual se actualiza el Estatuto de Rentas del Departamento de Caldas*».

1.1.1. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Los apartes demandados son los siguientes¹:

ORDENANZA No 674

DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2011

"POR MEDIO DE LA CUAL SE ACTUALIZA EL ESTATUTO DE RENTAS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS".

La Asamblea Departamental de Caldas

En uso de sus facultades Constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 300 numeral 4º, 336 y 338 de la Constitución Política, artículo 62 del Decreto 1222 de 1986, Ley 14 de 1983, Leyes 223 de 1995, 488 de 1998, 643 de 2001, 788 de 2002 y 1393 de 2010,

ORDENA:

Artículo 13.- Producción, introducción, comercialización y venta de licores. La producción de licores destilados en el territorio Departamental corresponde exclusivamente al Departamento a través de la industria Licorera de Caldas.

La Industria Licorera de Caldas declarará y pagará al Departamento de Caldas en la venta de sus productos, las tarifas de participación determinadas en este Estatuto.

Para la introducción, comercialización y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el Departamento ejerza el monopolio, se seleccionará un único introductor a través del proceso de selección de conformidad con las normas de contratación estatal.

El Departamento celebrará convenios económicos con otros departamentos para el intercambio e introducción de licores, fijará la participación y las demás condiciones siempre y cuando no lesiones los intereses de la Industria Licorera de Caldas".

(...)

¹Texto tomado de la copia aportada por el demandante. Folios 28-58 del cuaderno anexo.

Artículo 21.- Precio mínimo de venta. Los licores que se comercialicen en el Departamento de Caldas, en ningún caso podrán venderse por debajo del precio de venta al público fijado para los productos de la Industria Licorera de Caldas, debidamente certificado por la Secretaría de Hacienda del Departamento. Los licores que impliquen promociones, no podrán tener un precio inferior por botella o su equivalente al precio mínimo de venta fijado para los productos de la industria Licorera de Caldas, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en este Estatuto.

1.1.2. NORMAS VIOLADAS

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 121, 333, 334 y 336.
- Ley 962 de 2005: artículo 1º
- Decreto Ley 1222 de 1986: artículos 121 y 123

1.1.3. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

- **El alcance de la competencia para regular el monopolio de licores por parte de los departamentos**

Con fundamento en los artículos 51 de la Ley 788 de 2002 y 121 y 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, se señaló que ejercer el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, o gravar con el impuesto al consumo dichas actividades al interior de un Departamento, es una decisión que corresponde sopesarla y tomarla a la misma entidad territorial, dependiendo de

las particulares circunstancias y condiciones que se presenten en su jurisdicción en relación con el tema.

Que en caso de optar por el monopolio sobre los licores destilados, su establecimiento y reglamentación para su ejercicio son una competencia exclusiva de la asamblea departamental.

Señaló que para su ejercicio, el Departamento de Caldas está facultado para celebrar convenios económicos que permitan regular la producción, introducción y venta de los productos monopolizados, de acuerdo con la reglamentación que haya adoptado la asamblea y las normas que regulan la contratación administrativa vigente.

Adujo que la competencia que tienen las asambleas departamentales para la regulación de los monopolios rentísticos (como lo es el de licores destilados) está delimitada por la ley, es decir, que serán los requisitos y las formas establecidas en ella los que se aplicarán para el ejercicio del monopolio.

Que, en consecuencia, del análisis de la Ley 14 de 1983, compilada por el Decreto Ley 1222 de 1986, y la Ley 788 de 2002, se advierte que los requisitos para la producción, introducción y venta de licores destilados en ejercicio del monopolio, son la obtención del permiso del departamento y la suscripción de los convenios económicos en los cuales se establezca la tarifa de la participación.

Señaló que las normas citadas no establecen limitaciones en cuanto a un número mínimo o máximo de personas facultadas para obtener el permiso y suscribir los convenios, lo que resulta concordante con el artículo 333 de la Constitución Política, según el cual: *“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica...”*, lo que de suyo significa que las asambleas departamentales no son competentes para obstruir o restringir la libertad económica de los productores o importadores de licores por la vía de la expedición de actos administrativos que establezcan introductores únicos.

Precisó que las normas que se erigen en la ley del régimen propio a que se refiere el artículo 336 de la Constitución Política no autorizan a las asambleas para limitar la participación de otros actores a través de la escogencia de un *“único introductor”*, como lo hace el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011.

Que de arrogarse esas corporaciones administrativas competencias que no le han sido expresamente otorgadas por la ley, incurren en una extralimitación de sus facultades constitucionales y legales que desconocen las normas que se invocan como violadas.

Señaló que, según las normas que regulan el monopolio rentístico y específicamente el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, la escogencia de *“un único introductor”* no es una figura permitida puesto que de su análisis se colige que frente a la suscripción de convenios de introducción y comercialización se establece una

pluralidad referida tanto a los propios convenios económicos, como a aquellos con quienes se suscribirán, de suerte que siempre que se cumpla con los requisitos señalados en la norma no podrán excluirse de tal suscripción a productores, introductores o importadores, por la vía del establecimiento de introductores únicos pues, de lo contrario, se contrariaría la norma citada.

- **La reserva de ley**

Precisó que si de conformidad con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política es el legislador el único llamado a regular la economía e intervenir en las actividades que la componen, es forzoso concluir que no le es dado a las corporaciones administrativas territoriales, dictar *ex novo*, medidas tendientes a la regulación de la economía, tales como la fijación de regímenes de libertad vigilada de precios y prohibiciones de comercialización por debajo de precios de referencia.

Que el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011, expedida por la Asamblea de Caldas, incurre en la anterior prohibición, al establecer un “*único introductor*” para la introducción, comercialización y distribución de licores, y el artículo 21 *ibídem*, al fijar un régimen de precios y una prohibición de vender licores por debajo de los precios fijados por el Departamento de Caldas.

Estimó que las normas demandadas deben ser retiradas del ordenamiento jurídico por haber sido expedidas por un órgano que

carece de competencias intervencionistas para regular *per se* la economía y para fijar restricciones y limitaciones al ejercicio de una actividad económica lícita, mediante introductores únicos y prohibiciones de ventas por debajo de precios de referencia.

- **La competencia intervencionista para regular la economía**

Explicó que las limitaciones a la actividad económica son de competencia privativa del legislador, mas no de autoridades administrativas. Así las cosas, el legislador es el competente para expedir normas que limiten la libertad de empresa, y las autoridades administrativas territoriales tienen un poder de reglamentación local de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

Que no puede imponerse limitación a la libertad económica sin autorización expresa de una ley expedida por el Congreso de la República, en virtud de lo dispuesto por los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

1.2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Departamento de Caldas señaló que las asambleas departamentales tienen potestad para fijar tributos y contribuciones, pues con la expedición de la Ordenanza 674 de 2011, que actualiza el Estatuto de Rentas del Departamento de Caldas, la asamblea cumplió con esa potestad constitucional, no existió extralimitación de funciones, el principio de legalidad no se

vulneró por cuanto el inciso 3º del artículo 13 y el artículo 21 de la ordenanza demandada pretenden proteger la actividad económica de la industria Licorera de Caldas.

Y que el monopolio de la producción y distribución de licores es un derecho constitucional que tienen los departamentos para ejercer limitaciones y restricciones dentro de su jurisdicción de conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política.

Por último, propuso la excepción de: "*inexistencia de motivos para solicitar la nulidad del inciso 3º del artículo 13 y artículo 21 de la ordenanza 674*" por no existir vulneración a las normas superiores que se alegan violadas.

1.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Caldas declaró probada la excepción de "*inexistencia de motivos para solicitar la nulidad del inciso 3º del artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011*" y negó las pretensiones de la demanda.

Los fundamentos de la decisión se resumen así:

Con fundamento en los artículos 287, 300 y 338 de la Constitución Política y 62 del Decreto Ley 1222 de 1986, se consideró que las asambleas departamentales tienen la facultad de decretar los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las

funciones departamentales, de conformidad con la ley, así como para imponer contribuciones fiscales o parafiscales.

Que, en relación con el monopolio sobre licores destilados, las asambleas departamentales deben regular a través de las ordenanzas sobre el ejercicio del mismo, respecto de la producción, introducción y venta de licores destilados.

Estimó que, según los artículos 336 de la Constitución Política y 121 y 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, la Asamblea Departamental de Caldas tiene la facultad de proferir ordenanzas relacionadas con el monopolio, producción y distribución de licores, tal como lo efectuó en la Ordenanza 674 de 2011, esto es, para regular la temática referente a la producción, introducción y venta de licores.

Precisó, respecto a la alegada nulidad del inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011, que el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986 es claro al establecer que para la producción, introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio, será necesario obtener previamente su permiso, que solo lo otorgará una vez se celebren los convenios económicos con las firmas productoras, introductoras o importadoras en los cuales se establezca la participación porcentual del departamento en el precio de venta del producto; de tal manera que la norma no hace distinción respecto del número máximo o mínimo de introductores

que puede establecer el departamento en uso de las facultades que le otorga el ejercicio del monopolio rentístico.

Que el hecho de que la norma que se alega vulnerada no establezca límites en relación con el número de introductores, tampoco implica que la asamblea no pueda regular la existencia de un único introductor, seleccionado mediante criterios rigurosos conforme a las normas de contratación estatal, según lo dispone el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 647 de 2011.

Señaló que si la norma no establece tal restricción, deja en libertad al departamento para que celebre contratos con personas de derecho público o privado, así como todo tipo de convenio con arreglo a las normas de contratación vigentes, para la introducción y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerza el monopolio.

Que el mismo artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986 señala que en el respectivo convenio se establecerá la participación porcentual del departamento en el proceso de venta del producto, sin sujeción a los límites tarifarios allí establecidos.

Indicó que si bien el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de septiembre de 2011 limita la selección de un introductor único, también lo es que allí dispone expresamente la realización de un proceso de selección de acuerdo a las normas de contratación estatal, de tal manera que la escogencia a la que allí se refiere no

es caprichosa, ni limita la posibilidad de participación libre, amplia y garantista frente a los principios que informan la actividad contractual del estado, en especial, los de selección objetiva, transparencia, libre concurrencia y pluralidad de oferentes entre otros.

En cuanto a la alegada carencia de facultad de la Asamblea del Departamento de Caldas para regular el precio mínimo de venta de licores en el Departamento y la regulación económica al respecto, precisó que según los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, las limitaciones a la libertad económica se centran en las relacionadas con la imposición de rentas y tributos, pero no con la fijación de precios que hacen parte del monopolio rentístico departamental.

Que una es la facultad para crear tributos y otra la de reglamentar los precios de venta de licores que se comercialicen en el departamento. Que, de hecho, la accionante no hace referencia a una ley relacionada con la regulación realizada por la Asamblea de Caldas en el artículo 21 demandado y tampoco se observa que su contenido vulnere las normas que se invocan como violadas.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante recurrió la sentencia del Tribunal. Los argumentos de apelación se resumen así:

Señaló que el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986 se refiere de manera expresa a "*celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o privado*", es decir, que si bien no establece un número mínimo, de su lectura se infiere que al utilizarse en plural las acepciones contratos y personas, ello necesariamente implica más de uno, razón por la que no podría la asamblea limitar la participación de otros actores a través del establecimiento de un único introductor, pues ello excede el contenido de la norma citada.

Que el hecho de que la norma demandada se refiera a un "*proceso de selección*" para la escogencia de un introductor único, no legitima el hecho de que esté desconociendo la pluralidad que se establece en el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, pues éste, si bien se refiere a las "*normas de contratación vigentes*", no lo hace en el sentido que pretende darle la norma demandada ni con el alcance que le da el Tribunal, pues lo hace de manera genérica y sin referirse a un proceso de selección que excluya a otras firmas productoras, introductoras o importadoras, es decir que la norma no pretende que se limite a una sola persona la actividad de producción, introducción o importación, sino que, por el contrario, con todas aquellas que se suscriban los convenios, se observen las normas de contratación vigentes.

Precisó que por más que se pretenda alegar la existencia de una "*selección objetiva*" que garantice la "*libre concurrencia y pluralidad de oferentes*", ello no faculta a la asamblea para limitar, como en

efecto lo hace, el acceso de otras personas a la posibilidad de producir, introducir o comercializar licores en jurisdicción del departamento, pues ello no se compadece con las normas en que debe fundarse para el ejercicio del monopolio.

Por otra parte, le corresponde al legislador y no a la asamblea departamental, limitar la actividad económica. La actuación de la Asamblea de Caldas reflejada en el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011 desconoce el artículo 333 de la Constitución Política, según el cual "*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*".

En cuanto a la alegada nulidad del artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011, precisó que el *a quo* supone que las asambleas departamentales, en ejercicio del monopolio, están facultadas para establecer normas encaminadas a la regulación de la economía, tales como precios mínimos de venta en las jurisdicciones departamentales, y sostiene que dichos topes mínimos serán el punto de partida para la suscripción de los convenios de introducción.

Reiteró que la facultad de regulación de la economía *ex novo* descansa de manera inequívoca y privativa en el legislador y no en otras actividades administrativas como las asambleas departamentales, quienes deberán sujetarse a los lineamientos establecidos por la ley.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación.

La Gobernación de Caldas no presentó alegatos de conclusión.

1.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicitó que se confirme la sentencia apelada con fundamento en las siguientes razones:

Estimó que si el ente territorial determina seleccionar un único introductor de licores destilados, no se contraría el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, toda vez que la norma no lo obliga a contratar una pluralidad de los mismos para la introducción, comercialización y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el departamento ejerce el monopolio.

Que tampoco es de recibo el cargo consistente en que el artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011 esté imponiendo un régimen de regulación de precios para licores, propio de una intervención en la economía nacional, que restrinja la libertad de empresa desconociendo el artículo 1º de la Ley 962 de 2005, ni los artículos 333 y 334 de la Constitución Política.

Precisó que mediante las normas demandadas la asamblea departamental reguló el monopolio de licores, establecido como arbitrio rentístico, cuyas rentas estarán destinadas preferentemente

a los servicios de salud y educación según el artículo 338 de la Constitución Política, para lo cual se encuentra legalmente autorizada.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el accionante, corresponde en la instancia decidir sobre la nulidad del inciso tercero del artículo 13 y el artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011².

Para resolver el problema jurídico, la Sala estudiará los siguientes ítems: **(i)** de la libertad de empresa y la libre competencia; **(ii)** del monopolio rentístico de licores, y **(iii)** del caso concreto.

1. De la libertad de empresa y la libre competencia

El artículo 333 de la Constitución Política prevé lo siguiente:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común.

Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

² Por medio de la cual se actualiza el Estatuto de Rentas del Departamento de Caldas.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Como se ve, la Constitución Política señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero limitadas por el bien común. Complementariamente, reconoce que la libertad de empresa conlleva una responsabilidad social, esto es, si bien la libre competencia económica es un derecho, lo cierto es que sobrelleva responsabilidades frente a la sociedad en la que se desarrolla la actividad económica.

Interesa resaltar que el Estado, por mandato de la ley, evitará la obstrucción o la restricción de la libertad económica y evitará o controlará los abusos que pudieran cometer personas o empresas que gocen de posición dominante en el mercado nacional. Asimismo, el Estado es el encargado de delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

El artículo 334 de la Constitución Política³, por su parte, dice:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos

³ Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 del 1° de julio de 2011.

naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La Constitución Política advierte que la dirección de la economía corresponde al Estado y, por ende, está obligado a intervenir para corregir las denominadas fallas del mercado, para garantizar principalmente el pleno empleo de las fuerzas económicas, la libre competencia de los concurrentes al mercado y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes.

En ese contexto normativo, debe concluirse que la libertad de empresa y la libre competencia no son absolutos, en tanto la Constitución Política los limitó en atención a la función social y ecológica que deben desarrollar los agentes económicos. Sobre el particular, en la sentencia C-333 de 1999, la Corte Constitucional dijo:

El concepto de libertad económica debe ser entendido, como la facultad que tienen las personas de realizar actividades de naturaleza económica, a fin de mantener o incrementar su

patrimonio. Sin embargo, las actividades que conforman dicha libertad, están sujetas a las limitaciones impuestas por la prevalencia del interés general, por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado, y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha establecido con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los diferentes derechos.

[...]

Para precisar el alcance de las consideraciones anteriores, es claro que el concepto de libertad económica debe ser entendido, como la facultad que tienen las personas de realizar actividades de naturaleza económica, a fin de mantener o incrementar su patrimonio. Sin embargo, las actividades que conforman dicha libertad, están sujetas a las limitaciones impuestas por la prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículo 333, 334 y 335 de la C.P.), y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha establecido con el fin de garantizar la armonía en el ejercicio de los diferentes derechos.

En concreto, deben distinguirse tres tipos de limitaciones a la libertad de empresa y la libre competencia: **(i)** la prevalencia del interés general; **(ii)** las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado, y **(iii)** los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Interesa dejar claro que las limitaciones a la libertad de empresa y a la libre competencia no pueden ser arbitrarias, pues, en todo caso, deben estar justificadas. Al respecto, en la sentencia C-624 de 1998, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

La libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general, por las competencias de intervención

y regulación a cargo del Estado y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado. Por ello esta Corporación ha señalado que "la libre competencia económica no puede erigirse como una barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, en ejercicio de su básica de dirección general de la economía." Sin embargo, las limitaciones a la libertad económica y de contratación tampoco pueden inferirse o imponerse por el Estado de una manera arbitraria e infundada. "Las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser dispuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial del derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas"

[...]

Por ende, para establecer la legitimidad de las restricciones del Legislador, la Corte debe evaluar (i) si la limitación, - o prohibición-, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente, (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume.

De acuerdo con la Corte Constitucional, para efecto de establecer si una restricción es legítima, resulta necesario evaluar los siguientes aspectos: **(i)** si la limitación persigue una finalidad prohibida por el ordenamiento constitucional; **(ii)** si la restricción es adecuada para cumplir el fin propuesto, y **(iii)** si hay proporcionalidad entre la restricción y el fin propuesto.

2. Del monopolio rentístico de licores

Entendido que la libertad de empresa y la libre competencia no son absolutos, debe pasar a estudiarse el monopolio rentístico de licores.

El artículo 336 de la Constitución Política prevé lo siguiente:

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental.

Las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud.

Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

La evasión fiscal en materia de rentas provenientes de monopolios rentísticos será sancionada penalmente en los términos que establezca la ley.

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.

En cualquier caso se respetarán los derechos adquiridos por los trabajadores.

Como se ve, el artículo 336 de la Constitución Política, que autoriza la constitución de monopolios estatales, dispone expresamente que los monopolios rentísticos deben perseguir una finalidad de interés

público o social. Para el caso del monopolio de licores, dicha norma señala que las rentas obtenidas estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

El artículo 336 de la Constitución Política también advierte que la actividad económica objeto de un monopolio rentístico puede ser desarrollada directamente por el Estado o a través de los particulares, mediante el otorgamiento de una autorización o la celebración de un contrato de concesión y a cambio de una contraprestación representada en los denominados derechos de explotación. Siendo así, dichas rentas están constituidas por las utilidades que arrojen las licoreras oficiales o por las regalías o compensaciones que obtengan los departamentos por la concesión del monopolio.

Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto, es necesario poner de presente que, *per se*, no existe igualdad de trato entre los intervinientes en el mercado de producción, introducción y venta de licores destilados, pues, se reitera, existe un monopolio rentístico a favor de los departamentos y ese monopolio se justifica por la destinación de las rentas obtenidas. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en la sentencia C-1035 de 2003⁴, consideró lo siguiente:

⁴ Declaró exequible el inciso cuarto del artículo 54 de la Ley 788 de 2002, en el entendido según el cual el descuento previsto en él se aplica exclusivamente en el caso de licores cuya producción esté monopolizada y sean producidos directamente por las empresas departamentales.

La norma disponía (**derogado por el art. 78 de la Ley 1111 de 2006**): "El impuesto liquidado en ningún caso podrá ser afectado con impuestos descontables, salvo el correspondiente a los productores oficiales, que podrán descontar del componente del IVA de este impuesto, el IVA pagado en la producción de los bienes gravados.

Lo anterior denota que, frente al interés público o social, no es la misma la situación de hecho en la que se encuentran las licoreras oficiales y las privadas. Y no se trata sólo de un interés público "difuso", presente en toda la actividad estatal, sino de uno muy concreto determinado por la destinación específica y preferente de las rentas de las licoreras oficiales al cubrimiento de los servicios de salud y de educación, por mandato expreso del inciso quinto del artículo 336 superior, cuyo tenor literal reza:

"Las rentas obtenidas en el ejercicio del monopolio de licores, estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación."

Así pues, aunque desde la óptica del mercado en el que operan una y otra categoría de empresas licoreras están en la misma situación de hecho, desde la perspectiva de su régimen jurídico y de su finalidad social no lo están. Las privadas persiguen un ánimo de lucro individual o particular, las oficiales pretenden ser un arbitrio rentístico destinado a financiar los servicios de salud y educación del departamento, por mandato expreso de la Constitución, que busca así encontrar un cauce para realizar la "cláusula social" del Estado de Derecho. Las primeras pueden libremente reinvertir sus rentas (utilidades), o distribuirlas entre sus propietarios, al paso que las segundas deben destinarlas preferentemente a los servicios de salud y educación. Su distinto régimen jurídico implica también un distinto manejo económico, menos "libre" en el caso de las públicas. Por eso, no puede afirmarse que, ni siquiera como agentes simplemente económicos, estén en la misma situación de hecho.

Es claro, entonces, que el monopolio departamental sobre el negocio de los licores destilados introduce una restricción a la libre competencia, en tanto concede una ventaja competitiva a los productores oficiales o a los concesionarios.

3. De la fijación de precios como práctica restrictiva del mercado

Conviene precisar que la Ley 1816 de 2016, que fijó el régimen propio del monopolio rentístico de licores destilados, modificó el impuesto al consumo de licores, vinos, aperitivos y similares, y dictó otras disposiciones, en el artículo 6º precisó que *"Las decisiones que adopten los departamentos en ejercicio del monopolio no podrán producir discriminaciones administrativas en contra de las personas públicas o particulares, nacionales o extranjeras, autorizadas para producir, introducir y comercializar los bienes que son objeto del monopolio de conformidad con la presente ley. Así mismo, tales decisiones no podrán producir barreras de acceso ni restricciones al principio de competencia, distintas a las aplicadas de manera general por el departamento en ejercicio del monopolio de introducción"*.

Como complemento de esta disposición, el literal e) del artículo 10 de la Ley 1816 de 2016 dispuso que para efectos de autorizar los permisos de introducción a las respectivas entidades territoriales, no se podrá establecer un precio mínimo de venta de los licores destilados.

Aunque esta norma no estaba vigente al momento en que se expidió la Ordenanza 674 de 2011 [acto demandado], es un referente importante a tener en cuenta para el análisis del caso concreto.

4. Del caso concreto

4.1. De la nulidad del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011

Las razones de la ilegalidad denunciadas en la demanda, que se reiteran en el recurso de apelación, se concretan en afirmar que el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011 vulnera el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, por cuanto impide la participación de otros actores, por limitar la participación a un único introductor.

Observa la Sala que la Ordenanza 674 de 2011, proferida por la Asamblea Departamental de Caldas, se sustenta en las facultades otorgadas por el numeral 4 del artículo 300 de la Constitución Política, para *“Decretar, de conformidad con la ley, los tributos y contribuciones necesarios para el cumplimiento de las funciones departamentales”*.

Además, como se vio, en el artículo 336 *ibídem* que dispone que: *“la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley de iniciativa gubernamental”*.

Observa la Sala que, el inciso tercero del artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011 al señalar que: *“Para la introducción, comercialización y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el Departamento ejerza el monopolio, se seleccionará un único introductor a través del proceso de selección de conformidad con las normas de contratación estatal”*, no desconoce los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, ni el artículo 123 del Decreto Ley 1222 de 1986, por las siguientes razones:

De conformidad con el artículo 336 de la Constitución Política, cualquier monopolio debe establecerse como arbitrio rentístico y con una finalidad de interés público o social, para no lesionar derechos económicos o restringir, sin fundamento, la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia.

La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos deben estar sometidos a un régimen propio y las rentas que se obtengan, en el caso de los licores, están destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

El Decreto 41 de 1905 estableció como rentas nacionales las de licores, las que fueron cedidas a los departamentos por el Decreto 1344 de 1908.

La Ley 88 de 1910 delineó los parámetros sobre la intervención de las asambleas departamentales y les asignó la facultad de optar por ejercer el monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados o, si éste no convenía, gravar dichas actividades, opción que se mantuvo en la Ley 4ª de 1913 [Código de Régimen Político y Municipal], que asignó a los mencionados cuerpos colegiados la función de monopolizar, en beneficio de su tesoro, las actividades citadas o la de gravar esas industrias, como lo determine la ley, si el monopolio no conviene.

La normativa que regula lo referente al monopolio de licores está contenida en el Decreto Ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental que tomó como base lo estipulado en la Ley 14 de 1983.

El artículo 61 de la Ley 14 de 1983⁵ estableció el monopolio departamental de la producción, introducción y venta de licores destilados, como arbitrio rentístico, en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de 1886 y dispuso que las asambleas departamentales debían regular el monopolio o gravar esas industrias y actividades, si el monopolio no convenía.

En virtud del monopolio, los departamentos se reservan la exclusividad en la producción, introducción y venta de licores destilados, de modo que quienes quieran realizar alguna de dichas actividades deben obtener previamente su permiso, el cual sólo se otorga una vez celebrados los contratos con las firmas productoras, introductoras o importadoras, en los que se establezca la participación porcentual del ente territorial sobre el precio de venta del producto.

Se mantuvo, así, la opción dada a los departamentos para fijar el monopolio por las actividades de producción, introducción y venta de licores destilados o para gravar tales actividades, de manera que

⁵ Derogado por el artículo 42 de la Ley 1816 de 2016

si el departamento escogía fijar el monopolio, no podía gravar esas actividades dentro de su territorio⁶.

El artículo 123, *ibídem*, previó que en desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos pueden celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o privado y todo tipo de convenio que permita agilizar el comercio de estos productos.

El artículo 13 de la Ordenanza 674 de 2011 señala que para efectos de la introducción, comercialización y venta de licores destilados, nacionales o extranjeros, sobre los cuales el Departamento ejerza el monopolio, se seleccionará un único introductor. Para el efecto, dispone que tal elección se efectuará a través de un proceso de selección acorde con las normas de contratación estatal.

La anterior previsión no desconoce las normas que se alegan como violadas, por cuanto el artículo 123⁷ del Decreto Ley 1222 de 1986, al precisar que: *"En desarrollo del monopolio sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenio que, dentro de las normas de contratación vigentes, permita agilizar el comercio de estos productos"*, no limita la celebración de contratos para la producción, introducción y venta de licores a un solo o varios contratistas, sino

⁶ Se reitera el criterio de la Sala expuesto en sentencia del 5 de febrero de 2015, expediente 18987, magistrada ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

⁷ Derogado por el artículo 42 de la Ley 1816 de 2016.

que deja al arbitrio de la asamblea departamental la regulación del tema, atendiendo a que se garantice la mayor eficiencia en el comercio de estos productos, dentro del marco de las normas de contratación estatal.

Para la Sala, este mecanismo es adecuado para lograr el fin constitucionalmente previsto para el monopolio de licores destilados. En efecto, mediante la selección de un único introductor se disminuyen los costos de producción y comercialización y se garantiza la efectividad del monopolio y el correlativo aumento de las rentas destinadas a salud y educación.

No estima la Sala que la restricción a un único introductor sea desproporcionada, esto es, no obstruye definitivamente la libertad económica o restringe injustificadamente la libre competencia, pues, en todo caso, la elección de dicho único introductor es abierta y condicionada a las normas de contratación estatal.

De esta forma, al no contemplarse legalmente una limitante respecto al número máximo o mínimo de introductores que puede contratar el departamento, la asamblea departamental, en uso de las facultades que le otorga el artículo 336 de la Constitución Política, puede regular de esta forma el ejercicio del monopolio rentístico. No prospera el cargo.

4.2. De la nulidad del artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011

En cuanto a la nulidad del artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011, la apelante sostiene que vulnera los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, por cuanto fija un régimen de precios y una prohibición de vender licores por debajo de los precios fijados por el Departamento de Caldas.

El artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011 dispone:

Los licores que se comercialicen en el Departamento de Caldas, en ningún caso podrán venderse por debajo del precio de venta al público fijado para los productos de la Industria Licorera de Caldas, debidamente certificado por la Secretaría de Hacienda del Departamento. Los licores que impliquen promociones, no podrán tener un precio inferior por botella o su equivalente al precio mínimo de venta fijado para los productos de la Industria Licorera de Caldas, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en este Estatuto.

Según el apelante, las asambleas departamentales, en ejercicio del monopolio, no están facultadas para establecer normas encaminadas a la regulación de la economía, tales como precios mínimos de venta en las jurisdicciones departamentales, que la facultad de regulación de la economía *ex novo* descansa de manera inequívoca y privativa en el legislador y no en otras autoridades administrativas como las asambleas departamentales, quienes deberán sujetarse a los lineamientos establecidos por la ley.

En consecuencia, alegó que el artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011 de la Asamblea Departamental de Caldas debe declararse nulo por violar los artículos 333⁸ y 334⁹ de la Constitución Política.

Observa la Sala que la Constitución Política de 1991 dispuso en su artículo 333 el derecho a la libre competencia económica, la cual fue definida por la Corte Constitucional en la sentencia C-535 de octubre 23 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz así: *“La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la*

⁸ ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

⁹La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar Los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores".

Lo anterior se entiende como la posibilidad efectiva que tienen los participantes en un mercado, de concurrir a éste en sana contienda con otros, para ofrecer y vender bienes o servicios a los consumidores y formar y mantener una clientela.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la libre competencia se puede ver restringida por el establecimiento de monopolios como arbitrio rentístico. El artículo 336 de la Constitución Política faculta a las asambleas departamentales para la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos.

Se cuestiona si dentro de esa facultad de administración, control y explotación de los monopolios rentísticos se encuentra la de poder determinar precios mínimos de venta al público de los productos objeto de monopolio.

En sentencia C-1191 de noviembre 15 de 2001, la Corte Constitucional¹⁰, se pronunció sobre la autonomía financiera y política que tienen las entidades territoriales sobre los monopolios rentísticos, en los siguientes términos:

En relación con los monopolios rentísticos, la Carta, y en especial, el artículo 336 superior, delimitan una reserva legal de ciertos

¹⁰ M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

aspectos. Así, corresponde al Legislador establecer cuáles son los monopolios que son arbitrio rentístico y fijar el régimen propio a que están sometidos el control, la organización, la administración y la explotación de dichos monopolios (CP art. 336). Igualmente, el Legislador deberá definir las condiciones y los términos en los cuales el Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del Estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad por no cumplir requisitos de eficiencia (CP art. 336).

Esta reserva legal de ciertos aspectos de la regulación de los monopolios rentísticos es natural y explicable, puesto que, como esta Corte lo ha resaltado, un monopolio legal representa una excepción a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, ya que autoriza al Estado para el ejercicio de ciertas actividades, en tanto las prohíbe, en principio, a los particulares.

El artículo 61 de la Ley 14 de 1983 estableció que *“La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia”,* y que, *“en consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta Ley”.*

Fíjese que esa ley dejó un amplio margen de regulación en favor de las Asambleas Departamentales que podría interpretarse como una permisión a establecer reglas o pautas como, por ejemplo, la de regular el precio mínimo de venta de los licores objeto del monopolio. De hecho, el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 remitió al artículo 31 de la entonces Constitución Nacional de 1886 que decía que *“cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la*

necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público”.

No obstante, para cuando se trataba de hacer ceder el interés privado por el interés público, se debía tener en cuenta el artículo 32 de la Constitución Nacional de 1886, que preveía que nadie podía ser privado de su propiedad, en todo o en parte, sino por pena, o apremio, o indemnización, o contribución general, con arreglo a las leyes.

La Ley 1816 de 2016, como se vio, es más restrictiva pues, como se precisó, prohíbe a los departamentos, en ejercicio del monopolio, tomar decisiones que produzcan discriminaciones administrativas en contra de las personas públicas o particulares, nacionales o extranjeras, autorizadas para producir, introducir y comercializar los bienes que son objeto del monopolio de conformidad con la presente ley. Y también prevé que no pueden fijar precios mínimos de venta de los licores para cuando se pretende autorizar su introducción al respectivo departamento.

En ese contexto, la Sala considera que, por el período que estuvo vigente el artículo 21 de la Ordenanza 674 de 2011, expedida por la Asamblea Departamental de Caldas, no se aprecia que hubiera violado los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, pues la Ley 14 de 1983 no establecía expresamente la prohibición de fijar precios mínimos de venta de licores para efectos de su introducción

al respectivo departamento, como sí lo prevé, desde el año 2016, la Ley 1816 [Artículo 10].

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 21 de marzo de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el contencioso de simple nulidad promovido por Claudia E. Cárdenas contra el Departamento de Caldas.

Notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Presidente

MILTON CHAVES GARCÍA

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

SALVO VOTO