



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Magistrada María del Pilar Bahamón Falla

57

Bogotá D.C., 21 de septiembre dos mil veintidós (2022)

Número único: 11001-03-06-000-2022-00101-00

Radicación interna: 2478

Referencia: Zonas francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La ministra de Comercio, Industria y Turismo del gobierno anterior solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil concepto en relación con: i) las disposiciones especiales (no contractuales) del artículo 26 y siguientes del Decreto 2147 de 2016 en materia acreditación de requisitos por parte de usuarios operadores; ii) la prórroga por el término de tres años, de contratos de arrendamiento celebrados con usuarios operadores de zonas francas ubicadas en terrenos de la Nación; y iii) la viabilidad jurídica de expedir un decreto que modifique el régimen de zonas francas para prorrogar su declaratoria de existencia, así como los contratos de arrendamiento suscritos con los usuarios operadores.

Pese a compartir el concepto presentado por el Despacho ponente y las principales razones que lo sustentan, muy respetuosamente aclaro el sentido de mi voto en el asunto de la referencia, y en tal sentido realizaré algunas precisiones:

En efecto, comparto el concepto según el cual, debe agotarse el procedimiento de selección objetiva para la escogencia del usuario operador de las zonas francas, y de ello derivarse los respectivos contratos de arrendamiento, en tanto, tratándose de predios o bienes de la Nación, se establece entre el Estado -en su condición de dueño - y el usuario operador, una relación contractual, que se instrumentaliza entre otras, a través del arrendamiento del predio(s) requerido(s) para tal fin.

Así, comparto la consideración relativa a que, para la declaratoria de una zona franca en terrenos de propiedad de la Nación, y para la selección del usuario operador con quien se suscriba el correspondiente contrato, el procedimiento que garantiza los principios de igualdad, libre competencia, libre concurrencia, y selección objetiva, entre otros, es la licitación pública.

No obstante, aclararé mi posición respecto de algunas de las razones indicadas en el numeral tercero del concepto, como aquellas que imposibilitan la prórroga de los actuales contratos de arrendamiento con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, así:

c. Tales contratos ya habían sido prorrogados en varias oportunidades, ampliándose su plazo inicial de quince años a treinta años, por lo que una

58

prórroga adicional vulnera los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia.

d. Prorrogar una vez más los contratos de arrendamiento mencionados implica adicionar su valor inicial, entendido este como el canon de arrendamiento, con lo cual se supera el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

(...)

f. El proceso de licitación pública es para la declaratoria de las zonas francas y la selección de los usuarios operadores. Tal procedimiento es necesario habida cuenta que el Estado está entregando un bien de su propiedad para ser explotado por terceros particulares. Una vez adelantado este proceso abierto y público, se suscribe el contrato de arrendamiento con quien fuere seleccionado como usuario operador. Por el carácter inescindible que existe entre la zona franca y el contrato de arrendamiento, tal proceso licitatorio irradia el contrato estatal de arrendamiento.

Por la naturaleza jurídica especial que tienen dichos contratos, pues no son arrendamientos común y corriente, sino que están íntimamente ligados al cumplimiento de obligaciones relacionadas con la promoción, administración, dirección y operación de las zonas francas, es que no procede la contratación directa.

Frente a lo anterior, estimo pertinente precisar:

1. Sobre la prórroga de los contratos estatales

Respecto del transcrito literal c), debo manifestar mi opinión en el sentido que las prórrogas no están prohibidas. Lo que se encuentra proscrito es el pacto de prórrogas sucesivas y automáticas tal como lo ha señalado la Corte Constitucional y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-949 de 2001 declaró inexecutable la expresión «automática» del artículo 36 de la Ley 80 de 1993, en tanto autorizaba la prórroga automática de los contratos de concesión de telecomunicaciones. No obstante, resaltó:

La posibilidad de prorrogar los contratos en sí misma no es inconstitucional, sino su prórroga automática, es decir, sin que la entidad contratante tenga la oportunidad de examinar si esa es la opción que más se aviene a los fines del respectivo contrato.

Y explicó:

Con todo, no puede desconocerse que la prórroga de los contratos a los que alude el artículo 36 bajo análisis, puede ser aconsejable para la administración desde el punto de vista técnico y financiero. Por ello, la entidad competente debe contar con la posibilidad de evaluar los beneficios que produciría para el Estado y para el interés público la ampliación del término inicial del contrato, sin estar atada a la camisa de fuerza que implica la prórroga automática. De ahí que para la Corte la inconstitucionalidad radica en el carácter automático de la prórroga y no en la prórroga misma que, según se anotó, puede ser una herramienta muy útil en determinados casos. (Subrayado fuera del texto)

Más adelante, en Sentencia C-300 de 2012, señaló, incluso aludiendo a un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo siguiente:

Por regla general, los contratos estatales pueden ser modificados cuando sea necesario para lograr su finalidad y en aras de la realización de los fines del Estado, a los cuales sirve el contrato. Así lo prevén por ejemplo los artículos 14 y 16 de la ley 80, los cuales facultan a las entidades contratantes a modificar los contratos de común acuerdo o de forma unilateral, para "(...) evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación", entre otros. (...) Al respecto, vale la pena destacar lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 13 de agosto de 2009:

La contratación estatal responde de múltiples maneras a ese mandato y, en cuanto al concepto que se emite, se resalta que la posibilidad de modificar los contratos estatales es una especial forma de hacer prevalecer la finalidad del contrato sobre los restantes elementos del mismo. Por mutabilidad del contrato estatal se entiende el derecho que tiene la administración de variar, dadas ciertas condiciones, las obligaciones a cargo del contratista particular, cuando sea necesario para el cumplimiento del objeto y de los fines generales del Estado."

En esta perspectiva doctrinaria, la mutabilidad constituye un principio interpretativo de los contratos estatales de especial trascendencia en la concesión de servicio público".

Por último, es preciso resaltar que la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato.

El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el plazo es un elemento accidental del contrato –no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones. Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 24 de agosto de 2005, afirmó:

Por otra parte, la prórroga del plazo de los contratos tiene el sustento jurídico de que el plazo no constituye un elemento de la esencia de los contratos a que alude el artículo 1501 del Código Civil y, por tanto, se puede modificar por acuerdo de las partes (...) (Resaltados fuera del texto)

Bajo los supuestos de la Corte -mencionados en el concepto-, las prórrogas sucesivas y automáticas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica, pues podrían representar un beneficio desproporcionado para el contratista.

Por su parte, en la Sentencia C-068 de 2009 la Corte precisó que la posibilidad de que existan prórrogas sucesivas sin ninguna precisión entraña una indeterminación irrazonable y desproporcionada, violatoria de la igualdad de oportunidades y de la libre concurrencia, así como de las libertades económicas, toda vez que abre la puerta a una prolongación ilimitada de la concesión portuaria y a la ocupación permanente de bienes de uso público por parte de particulares.

Pero, en las condiciones previstas en la normativa vigente, en especial en el artículo 2.2.1.1.2.1.1. del Decreto 1082 de 2015, esto es, una vez verificados de manera previa los requisitos, condiciones y estudios de necesidad o pertinencia, es dable que la autoridad competente, defina la viabilidad o no de prorrogar el contrato estatal.

60

Ejemplo de la procedencia y permisión legal de las prórrogas contractuales en sectores de la economía en los que el Estado entrega a particulares la explotación de bienes o servicios como forma de promover la industria y el cumplimiento de los fines esenciales a su cargo, es la prórroga a los contratos de concesión de televisión y servicios de telecomunicaciones, los cuales incluso implican el uso y explotación del espectro radioeléctrico, recurso escaso, limitado y finito en cuanto a su disponibilidad para ser asignado, lo que no ha impedido la vigencia y continuidad en el tiempo de varios contratos, previa, (i) verificación del cumplimiento de obligaciones y finalidades, la efectiva prestación del servicio, y (ii) valoración del mercado por explotar.

Conforme a lo anterior, se reitera, no comparto la afirmación contenida en el cuerpo del concepto según la cual, la prórroga de los contratos estatales es inviable por el hecho de haber sido ya objeto de prórrogas anteriores.

En el asunto materia del concepto, considero que la inviabilidad de la prórroga del contrato de arrendamiento se da porque no se puede escindir la relación contractual derivada del pacto de arrendamiento del bien público, de la explotación de la zona franca, lo cual como se ha dicho, implica que para la escogencia de un nuevo operador, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo deba adelantar un proceso de licitación pública, por cuanto no existe norma especial que señale expresamente procedimiento distinto que permita garantizar los principios de la función pública y de la contratación estatal.

Adicionalmente, en razón al carácter inescindible entre la autorización para la explotación de las zonas francas y el arrendamiento de los predios, no se pueden predicar plazos distintos para cada figura, como se desprende de la consulta del ministerio, pues como es sabido el plazo legal de la autorización y el arrendamiento es de 10 años; por lo tanto, como ya se ha dicho, mal podría celebrarse una prórroga del arrendamiento en forma independiente a la autorización de explotación, y menos aún por 3 años.

2. Sobre el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993

En Concepto 2385 del 23 de abril de 2019, mediante el cual la Sala de Consulta y Servicio Civil, absolvió consulta formulada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo relacionada con la viabilidad jurídica de la modificación del contrato de arrendamiento celebrado entre dicho ministerio y el usuario operador de la zona franca de Palmaseca, dijo la Sala: “De otra parte, las restricciones impuestas en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 resultan aplicables a contratos como el que se analiza. Para el caso objeto de estudio, el valor inicial del contrato corresponde a la suma denominada por las partes como “canon de arrendamiento”, valor que, si bien no está determinado, es determinable.”

Esta posición se retoma en el presente concepto y en ese sentido el literal d), citado, refiere que, se entiende como el valor inicial del contrato el canon de arrendamiento, por lo que, si el contrato se prorroga, se superaría el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Al respecto, tal como se afirma en el referido concepto de 2019, el valor del contrato de arrendamiento celebrado entre el Ministerio Comercio, Industria y Turismo y el usuario operador de la zona franca de Palmaseca, aplicable a los demás casos objeto de la consulta que por virtud del presente concepto se absuelve, no es determinado sino determinable. Frente al punto, observo que, si bien en estos contratos se estableció un valor para efectos fiscales, el canon

Id Documento: 110010306000202200101001800000140008

de cada año de ejecución debe calcularse conforme la fórmula pactada, definida en función del valor del dólar y del metro cuadrado disponible, de manera que el valor final de estos contratos depende de dicho cálculo. En tal sentido, aunque los plazos contractuales hagan presumir esa circunstancia (superar el 50% del valor inicial del contrato) en estricto sentido, no habría total certeza sobre el elemento en análisis, que permita afirmar que, con la prórroga planteada, se superaría el límite establecido en el párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, también se ha afirmado por parte de la Sala que este tipo de contratos de arrendamiento tiene unas características especiales que los hace distintos al típico contrato de arrendamiento. Al respecto, me pronunciaré en el siguiente numeral, pero desde ya decir, que más que un contrato especial de arrendamiento, la relación contractual existente entre las partes, hace entender que se está en presencia de un contrato atípico, que tiene más similitud al contrato de concesión, en el que (i) no se produce erogación presupuestal por parte del Estado, y (ii) el valor del contrato se determina con base en los ingresos proyectados del concesionario o se hace determinable según los ingresos comprobados del mismo o fórmulas pactadas para el efecto.

Cabría entonces preguntarnos: cómo resultan posibles jurídicamente las prórrogas de los contratos de concesión que celebra el Estado con particulares para la explotación de bienes o servicios públicos, verbi gracia de nuevo, los contratos de concesión para la prestación de servicios de televisión y otrora de telecomunicaciones, en los que las prórrogas han supuesto el mismo plazo pactado (10 años), y en los que cada período regulatorio implica una nueva valoración del mercado y cálculo de los ingresos proyectados del concesionario, sin que con ello se predique el desconocimiento del párrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

La respuesta a esta pregunta, tiene relación directa con el hecho de que por cuenta de este tipo de contratos, el valor pagado por el contratista constituye ingresos al presupuesto de la entidad concesionaria y no hay ordenación de gasto por parte de ésta, pues a nuestro juicio, lo que pretende precaver la norma en cita, es que por vía de adiciones presupuestales superiores al 50% del valor del contrato, que afectan en presupuesto de egresos de las entidades estatales y que suponen contar con la disponibilidad presupuestal respectiva, se desdibujen y se incumplan los principios de planeación, que debe preceder toda contratación, igualdad, libre concurrencia, libre competencia, y selección objetiva.

En los contratos de marras, está claro que no hay erogación para la entidad estatal; por el contrario, el valor inicial de los mismos lo constituye el canon de arrendamiento de los bienes inmuebles afectos a la explotación por parte de los usuarios operadores y el valor determinable está sujeto a la aplicación de una fórmula de cálculo pactada entre las partes. En consecuencia, los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, para la explotación de zonas francas, deberían tener el mismo tratamiento.

3. Sobre la naturaleza del contrato de arrendamiento

En este punto, me referiré al literal f), arriba transcrito, según el cual, el contrato de arrendamiento de terrenos públicos para explotación de zonas francas es de naturaleza especial.

Id Documento: 110010306000202200101001800000140008

Al respecto considero que, si bien en los contratos celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para la explotación de zonas francas, en efecto, concurren condiciones especiales, tal como lo ha explicado la Sala en los conceptos 2385 de 2019 y 2448 de 2021, ello no se traduce en la generación de una categoría especial de arrendamiento que la ley no contempla.

El contrato de arrendamiento es por definición legal aquel previsto en el artículo 1973 del Código Civil, norma aplicable a los contratos de arrendamiento que celebra el Estado, excepto en lo regulado y aplicable del Estatuto General de Contratación Pública.

Por supuesto, no puede desconocerse el carácter inescindible de la vigencia de la declaratoria de existencia de las zonas francas, y del arrendamiento de los predios en los que estas desarrollan su operación, en tanto el arrendamiento viabiliza el despliegue de las actividades de la zona franca respectiva, pero ello, a mi juicio, no transforma la naturaleza del contrato de arrendamiento. En tal orden, se considera que el lenguaje debe orientarse a reconocer las características propias, particulares y específicas de la relación contractual integral entre el Estado y el usuario operador, más no a calificar de especial el contrato de arrendamiento del bien público.

4. Los decretos reglamentarios y los decretos que desarrollan leyes marco son de naturaleza jurídica diferente

Frente a la potestad reglamentaria del Presidente de la República como se aborda en el numeral cuarto del concepto, considero pertinente puntualizar en la diferencia entre los decretos reglamentarios y aquellos que desarrollan leyes marco, esto es, entre la reglamentación y la regulación, así:

Los decretos reglamentarios son, en esencia, aquellos que expide el presidente de la República con fundamento en la potestad reglamentaria permanente prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, los cuales, por definición, son aquellos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Por su parte, los decretos dictados en ejercicio de la facultad prevista en el numeral 25 del artículo 189 superior, se refiere entre otros temas, a la regulación del comercio exterior, regulación que debe expedirse con sujeción a las reglas establecidas en las leyes marco.

En este punto, resulta importante tener en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-140 de 2007:

Los decretos que expide el Presidente en desarrollo de las leyes marco se distinguen de los decretos reglamentarios en la mayor amplitud de las facultades regulatorias reconocidas constitucionalmente al Ejecutivo en esos asuntos. Por ello la jurisprudencia ha explicado que “gozan de una mayor generalidad que los decretos reglamentarios expedidos con base en el artículo 189, numeral 11, de la Carta Política -dada la naturaleza, mucho más general, de las leyes que pretende desarrollar-” pero que “no por eso pierden su naturaleza meramente ejecutiva.”

Posteriormente, en la Sentencia C-441 de 2021 el tribunal constitucional anotó que, el Gobierno al expedir este tipo de decretos (distintos a los reglamentarios), ejerce una actividad de «regulación» de índole

administrativa en ejercicio de una técnica de producción normativa que se justifica por la existencia de asuntos que se deben «regular» de manera ágil y oportuna.

De allí, que la Constitución otorga al Congreso la competencia para fijar a través de la ley, los parámetros para un desarrollo normativo posterior por parte del ejecutivo.

Doctrinariamente, incluso, se diferencia la regulación de la reglamentación. Jorge Enrique Ibáñez, por ejemplo, sostiene que la regulación es un concepto genérico y omnicomprensivo, siendo la reglamentación una de sus especies.¹

En ese mismo sentido, Fernando Quinche y Franky Urrego² efectúan una clasificación de los decretos en el ordenamiento colombiano, y dentro de los de contenido administrativo identifican los i) reglamentarios, ii) inmarco, y iii) los ejecutivos.

En relación con los que denominan inmarco³, explican que:

Al Gobierno Nacional le asiste la facultad permanente para dictar este tipo de decretos, ya que los puede expedir en cualquier tiempo y en el número que lo considere necesario, bajo dos supuestos: que exista la ley marco y que los decretos se enmarquen en los criterios y objetivos por ella definidos. Se trata en este caso, del manejo de materias que necesitan de acciones inmediatas de asuntos cambiantes, que es necesario regular de una manera ágil y oportuna, aplicando conocimientos técnicos e información pertinente regulación que en estas condiciones, el Congreso no está en condiciones de expedir.

En ese orden de ideas, considero que el artículo 140 del Decreto 2147 de 2016, no derogó integralmente el Decreto 918 de 2001, sin que este entendimiento afecte el participar de las respuestas que la Sala da a las preguntas formuladas por el ministerio consultante.

En los anteriores términos dejo planteada mi aclaración de voto.

MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA
Consejera de Estado

¹ Ibáñez, Jorge. La regulación y la reglamentación en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2007.

² Los decretos en el sistema normativo colombiano. Una política estatal de invención normativa. Universitas. Ucls. N: 116: 53-83.julio-diciembre de 2008.

³ Esta denominación también es utilizada por el tratadista Juan Manuel Charry en Sistema normativo de la Constitución de 1991.