CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Consejero Ponente: Óscar Darío Amaya Navas

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

**Número Único**: 11001-03-06-000-2022-00101-00
**No. Radicación:** 2478
**Referencia:** Zonas Francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Naturaleza jurídica, Contratos de arrendamiento. Prórroga. Potestad reglamentaria del presidente de la República. Convocatoria pública. Pliegos de condiciones.

La anterior ministra de Comercio, Industria y Turismo solicitó a la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuar acerca de la viabilidad jurídica de expedir un decreto que modifique el régimen de zonas francas para prorrogar la declaratoria de existencia de las zonas francas y los contratos de arrendamiento suscritos con los usuarios operadores.

## I. ANTECEDENTES

La ministra de Comercio, Industria y Turismo, con el fin de fundamentar su consulta, hace un recuento del marco jurídico que ha regulado el régimen franco en Colombia y esboza los problemas jurídico - fácticos que rodean el asunto en cuestión.

### A. Marco jurídico regulatorio del régimen franco

Sobre el marco jurídico, la ministra hizo referencia a los siguientes textos normativos:

1. Ley 105 de 1958, mediante la cual se creó la zona franca industrial y comercial de Barranquilla, como establecimiento público, y se autorizó al Gobierno nacional para crear otras zonas francas (artículo 1), adicionalmente, declaró de utilidad pública los terrenos o áreas indispensables para el establecimiento de zonas francas industriales y comerciales y facultó al Gobierno nacional para determinar las áreas en donde debían ser establecidas (artículo 3).

2. Ley 7 de 1991, por la cual se determinaron los criterios para que el Gobierno nacional regulara la existencia y funcionamiento de zonas francas industriales,

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

20

comerciales y de servicios (artículo 6). Dentro de los criterios enlistados en esta disposición, se resaltan, en la consulta, los siguientes:

> 5. Teniendo en cuenta los objetivos y las características propias del mecanismo de zonas francas, dictar normas especiales sobre contratación entre aquellas y sus usuarios.
>
> 6. Determinar lo relativo a la creación y funcionamiento de zonas francas transitorias o permanentes, de naturaleza mixta o privada según los requerimientos del comercio exterior.

3. Decreto 2131 de 1991, el cual reguló el Estatuto de zonas francas industriales de bienes y de servicios. Cita expresamente los artículos 2 (Definición de zona franca industrial de bienes y de servicios); 8 (Usuario operador) y 9 (Naturaleza jurídica del usuario operador). Además, cita los artículos 11 (Usuario desarrollador), 12 (Usuario industrial de bienes) y 13 (usuario industrial de servicios) para resaltar las demás tipologías de usuarios y su vinculación contractual con el usuario operador.

4. Decreto 2111 de 1992, por el cual se ordenó la supresión y la consecuente liquidación de los establecimientos públicos que operaban las zonas industriales y comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá, creados mediante la Ley 105 de 1958, el Decreto 2077 de 1973, el Decreto 1144 de 1974, el Decreto 1095 de 1970, el Decreto 584 de 1972 y la Ley 16 de 1986.

5. Decreto 2480 de 1993, que facultó al Ministerio de Comercio Exterior - hoy Ministerio de Comercio Industria y Turismo - «para declarar zonas francas respecto de los bienes que fueran propiedad de aquellos establecimientos públicos que hubieren sido suprimidos y se encontraran en proceso de liquidación, en los términos del Decreto 2111 de 1992».

   En la consulta se transcribe el artículo 4 *ibidem* que señala los requisitos que, en su momento, debían acreditar los interesados para la declaratoria como zona franca industrial de bienes y servicios y la selección de usuario operador. Estos debían presentar una solicitud escrita, ante el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) acompañada de la documentación exigida.

   Transcribe apartes de los artículos 5, 6 y 21 del citado Decreto 2480, en el que se definieron los parámetros generales para la selección del usuario operador y la declaratoria de las zonas francas. Dentro de dichos parámetros, el Ministerio de Comercio Exterior debía *i)* efectuar una convocatoria pública, *ii)* fijar los términos y condiciones mínimas de las propuestas, *iii)* fijar el plazo límite para la presentación de las solicitudes.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

De otro lado, la norma reguló el término con el que contaba dicho ministerio para la expedición de la resolución de selección de usuario operador y la declaratoria de la respectiva zona, y, la posibilidad de negar las solicitudes correspondientes si ninguna propuesta se ajusta a los términos y condiciones de la convocatoria y a los criterios establecidos en el decreto citado.

6. Decreto 2480 de 1993, que, sobre los contratos de arrendamiento, reguló: *i)* los requisitos que debe cumplir la oferta del contrato de arrendamiento (artículo11), *ii)* el momento en el cual se debe suscribir el contrato de arrendamiento entre el antiguo Ministerio de Comercio Exterior y el usuario operador y su vigencia (artículo12), iii) la condición a la que debe estar sometida el contrato de arrendamiento (artículo13).

7. Términos de referencia que regularon la convocatoria pública de las diferentes zonas francas que operaban en terrenos de propiedad de la Nación. Sobre este aspecto, precisó que, si bien para cada zona franca se expidieron sus propios términos de referencia, el texto transcrito en la consulta corresponde al formato que se usó para todos los casos.

   Los acápites transcritos de los términos de referencia están relacionados con: *i)* el objeto de la convocatoria, *ii)* información general, *iii)* del contrato de arrendamiento, *iv)* criterios para la selección del usuario operador, y, *v)* disposiciones comunes.

8. Resoluciones 835 de 1994, 978 de 1994 y 977 de 1994, por las cuales se declararon zonas francas las áreas geográficas de Palmaseca, Barranquilla y Cartagena, en su orden. Lo anterior, derivado de las convocatorias públicas abiertas por el antiguo Ministerio de Comercio Exterior.

   Con fundamento en estas declaratorias, el ministerio procedió a suscribir los correspondientes contratos de arrendamiento con los usuarios operadores que fueron seleccionados. Se señaló en la consulta que «[c]ada uno de estos contratos fue objeto de renovaciones, las cuales se formalizaron mediante la firma de sucesivos otrosíes. Algunos de estos otrosíes se fundamentaron en su oportunidad, por lo previsto en el artículo 3 del Decreto 918 de 2001...», el cual señala:

   > **Artículo 3º.** Prórroga de los contratos de arrendamiento. Los contratos de arrendamiento celebrados entre el Ministerio de Comercio Exterior y los Usuarios Operadores, podrán prorrogarse a voluntad de las partes, con plena observancia de la normatividad vigente.
   >
   > Dicha prórroga queda sujeta a que los Usuarios Operadores se encuentren al día en sus obligaciones con el Ministerio de Comercio Exterior y la Zona Franca haya desarrollado su vocación exportadora, lo cual se determinará mediante evaluación previa que realizará el Ministerio de Comercio Exterior.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

22

Indica que, en los tres contratos de arrendamiento el plazo vence el 30 de junio de 2024.

9. Leyes 1004 de 2005 y 1609 de 2013, por las cuales «se modificó el régimen de Zonas Francas Industriales de Bienes y Servicios, y se dictaron normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas» y el Decreto 2147 de 2016 por medio del cual se modificó, igualmente, el régimen de zonas francas.

10. Concepto 2385 del 23 de abril de 2019, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante el cual se absolvió una 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.

    Se indica en la consulta que esta Sala se pronunció sobre interrogantes formulados respecto de las obligaciones de mantenimiento del inmueble, la posibilidad de modificar los mencionados contratos, la ampliación del plazo, entre otros. Destacó algunos apartes del concepto, dentro de los cuales se resaltan aquellos relacionados con la aplicación del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, que regula el límite de adición de los contratos estatales y la ampliación del plazo a los contratos de arrendamiento de zonas francas:

    > A juicio de la Sala, es posible una modificación del plan de inversiones, sin alterar el plazo del contrato, siempre y cuando: i) las partes así lo convengan, ii) se observen los requisitos señalados por el artículo 27 del Decreto 2147 de 2016 y iii) se cumplan las condiciones establecidas por la jurisprudencia para la modificación de los contratos estatales, de acuerdo con los términos indicados en la parte considerativa del concepto.
    >
    > De otra parte, las restricciones impuestas en el parágrafo 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.
    >
    > (...)
    >
    > Ahora bien, frente a la ampliación del plazo del contrato hasta el año 2054 (petición número 4), considera la Sala que esto no es posible, habida cuenta que: i) la selección del Usuario Operador se realizó a través de un proceso de selección objetiva, ii) se superaría el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, iii) se atentaría contra el derecho a la igualdad, y los principios de libre concurrencia y libre competencia, y iv) están prohibidas las prórrogas sucesivas en los contratos estatales. (Subrayas del texto original)

11. Decreto 1054 del 12 de junio de 2019 que «modificó el Decreto 2147 de 2016 para adicionar normas reglamentarias relacionadas con la prórroga del término

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

de declaratoria de la existencia de las zonas francas». Destaca los artículos 86-4, 86-6 y 86-7 que dicen:

> **Artículo 86-4. Modificado por el artículo 38 del Decreto 278 de 2021.** *Término de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas.* El término por el que se puede solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca será mínimo de diez (10) años y máximo por un término de treinta (30) años.
>
> La prórroga del término de la declaratoria de existencia de una zona franca se podrá autorizar por una (1) sola vez.
>
> **Artículo 86-6.** *Modificaciones a las autorizaciones de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas.* La Comisión Intersectorial de Zonas Francas podrá aprobar o negar las modificaciones a los compromisos derivados de las autorizaciones de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas.
>
> Las solicitudes de modificación a los compromisos derivados de las autorizaciones de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas, deberán estar debidamente justificadas. Las modificaciones referidas a montos de inversión y empleo no podrán ser inferiores a los requerimientos mínimos establecidos en el presente Decreto, y estas solicitudes se evaluarán de conformidad con el trámite dispuesto en el artículo 27 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.
>
> **Artículo 86-7.** *Zonas francas permanentes ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.* Los requisitos y condiciones, previstos en el presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, para la autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas se aplicarán para las zonas francas permanentes donde los terrenos sean total o parcialmente propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.
>
> **Parágrafo 1°.** La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de la zona franca permanente de que trata este artículo, se podrá presentar sin la acreditación del requisito de disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca contemplado en el numeral 4 del numeral 8.8.5 del artículo 26 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.
>
> Este requisito deberá acreditarse por parte del solicitante de manera previa a la solicitud del concepto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas.
>
> El término de la autorización de la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente en ningún caso podrá exceder el término de vigencia por el cual se acredite la disponibilidad del predio.
>
> La disponibilidad jurídica de los bienes inmuebles que son de propiedad total o parcial de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo será independiente del acto administrativo por el cual se resuelve la solicitud de prórroga presentada por el usuario operador de la zona franca.

Id Documento: 1100103060002022001010018000080004

24

**Parágrafo 2°.** El incumplimiento de los compromisos adquiridos con la prórroga del término de la declaratoria de existencia de la zona franca constituirá causal de pérdida de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente, para lo cual se adelantará el procedimiento previsto en el artículo 54 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

12. Concepto 2448 de 2021 emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante el cual se absolvió una nueva consulta formulada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo relacionada con la vigencia del Decreto 918 de 2021, la prórroga de los contratos de arrendamiento a la luz de los artículos 86-4 y 86-7 del Decreto 2147 de 2016, y el proceso de selección del usuario operador de las zonas francas ubicadas en predios de la Nación.

    De dicho concepto, la ministra transcribe los interrogantes formulados en su oportunidad y las respuestas de la Sala de Consulta y Servicio Civil:

    **1. ¿Con la expedición del Decreto 1054 de 2019 se podrían extender los contratos de arrendamiento actualmente suscritos sobre los inmuebles de propiedad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que se ejecutarán hasta el año 2024, por treinta (30) años más?**

    **2. También con arreglo al mismo Decreto 1054 de 2019, ¿tienen los actuales arrendatarios de los inmuebles de propiedad del Ministerio derecho a solicitar la prórroga sobre el contrato de arrendamiento para acreditar el requisito de disponibilidad jurídica previsto en el artículo 86-7 y con esto obtener la extensión del término de declaratoria de zona franca?**

    **3. Entonces, ¿bastaría con presentar la solicitad [*sic*] de prórroga de los contratos de arrendamiento para cumplir con el requisito de disponibilidad de los inmuebles de propiedad de la Nación?**

    Con la expedición del Decreto 1054 de 2019, no surge para la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la obligación de extender los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Correlativamente, tampoco nace para tales usuarios el derecho a exigir u obtener dicha prórroga.

    Lo anterior, teniendo en cuenta que: i) el Decreto 1054 de 2019 no se refiere a las prórrogas de tales contratos, ni a la celebración de nuevos negocios jurídicos de esta naturaleza, sino a la extensión o prórroga de las zonas francas, que son dos asuntos diferentes (aunque relacionados), y ii) en cualquier caso las disposiciones del Decreto 1054 de 2019 deben interpretarse de manera armónica con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables.

    Por lo tanto, a la luz de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad, los señalados contratos de arrendamiento, o aquellos que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decida utilizar en el futuro, deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar las zonas francas

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

25

de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación.

De otra parte, no resulta aplicable el requisito de disponibilidad jurídica consagrado en el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016 a estas zonas francas, por las consideraciones expuestas.

**4. Con arreglo al artículo 140 del Decreto 2147 de 2016, ¿el Decreto 918 de 2001 debe entenderse derogado integralmente?**

Sí. El Decreto 918 de 2001 fue derogado integralmente. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto por el artículo 140 del Decreto 2147 de 2016.

(...)

**6. De resultar negativas las respuestas a las consultas primera y segunda antes formuladas, ¿podría el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contratar con la Central de Inversiones S.A -CISA- para que esta seleccione al arrendatario de los inmuebles bajo los criterios, lineamientos o parámetros establecidos en sus propios reglamentos?**

No. La selección del usuario operador que sea escogido para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca a partir del 2024, y que tendría la calidad de arrendatario o administrador de los inmuebles de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, debe realizarse a través de una licitación, adelantada por este ministerio. En consecuencia, no resulta posible contratar con Central de Inversiones CISA.

La Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene conforme al Decreto 4269 de 2005 la función de supervisión del cumplimiento de los contratos de arrendamiento y el control sobre el uso adecuado de los inmuebles para el fin al cual están destinados, es decir, al funcionamiento y explotación de las zonas francas.

**7. Bajo este mismo supuesto y en caso de que el Ministerio optara por la celebración de nuevos contratos de arrendamiento, ¿debe agotarse previamente un procedimiento de selección en los términos previstos en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública?**

Los contratos de arrendamiento (o aquellos que se decida utilizar en el futuro) de los inmuebles donde operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar las zonas francas a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación, en los términos de la Ley 80 de 1993.

**8. ¿En el caso que no fuera procedente la prórroga de los negocios jurídicos vigentes podría el Ministerio suscribir nuevos contratos de arrendamiento con arreglo a las causales de contratación directa previstas en el ordenamiento jurídico superior**

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

26

No. Al tratarse de contratos que no pueden interpretarse aisladamente de la declaratoria de la zona franca, pues tienen obligaciones y características especiales, vinculadas a la operación, dirección, promoción y explotación de la zona franca, los contratos de arrendamiento, o los que se decida utilizar en el futuro, sobre bienes de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en los que operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca solo pueden ser celebrados con los usuarios operadores que resulten seleccionados para explotar dichas zonas francas a partir de 2024.

Por ello, a estos contratos no les es aplicable el régimen de contratación directa a que se refiere el artículo 2.2.1.2.1.4.11. del Decreto 1082 de 2015, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

## B. Problemas jurídico – fácticos

Señala la ministra que, al dar aplicación a los conceptos emitidos por la Sala de Consulta, y a la luz de la normativa indicada, el ministerio se ha encontrado con los siguientes problemas jurídico – fácticos:

1. Los aspectos operativos del régimen franco se encuentran contenidos en normativa especial, incluidos los criterios que debe tener en cuenta el ministerio para la selección de los usuarios operadores, por lo que transcribe el artículo 26 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 10 del Decreto 278 de 2021, que regula los requisitos generales para la declaratoria de zonas francas.

   Indica que al «aplicar los métodos gramatical y teleológico o finalista de interpretación establecidos en el ordenamiento jurídico, siendo el Decreto 2147 de 2016 una norma especial, expedida en el marco de las Leyes 1004 de 2005 y 1609 de 2013, corresponde dar aplicación a esas normas para la declaración de la existencia de la zona franca y para la selección del usuario operador, por lo que, se requiere establecer cómo deben aplicarse dichas reglas a los procesos que regula el estatuto general de contratación pública, entre otras razones, porque el proceso de selección del contratista en un contrato de arrendamiento es la contratación directa, empero, el proceso de selección del usuario operador se rige por reglas de demanda, y la sugerencia hecha por el Consejo de Estado es que se lleve a cabo un proceso de licitación pública, en el cual se seleccione tanto al contratista arrendador, como al usuario operador de la zona franca».

2. Advierte que de acuerdo con la consultoría contratada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con la Central de Inversiones S.A., esta conceptuó que los inmuebles de propiedad del ministerio requieren ser sometidos a un proceso de saneamiento para adelantar el procedimiento de selección requerido, además, es necesario definir las condiciones técnicas de operación y económicas en materia de canon de arrendamiento.

   Debido a lo anterior, y dado que se «desconocen los términos que puede tomar acometer distintas actividades para subsanar los defectos detectados por el

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

27

Consultor», se considera que el término de 2 años de duración de los actuales negocios jurídicos puede ser insuficiente.

3. Por último, manifiesta que «por la importancia en materia económica y social de las Zonas Francas ubicadas en Palmaseca, Barranquilla y Cartagena y con el propósito de salvaguardar su cometido y el de reactivación económica resultaría inconveniente que a la conclusión del plazo de ejecución de los negocios jurídicos actualmente vigentes se interrumpiera el desarrollo de aquellas. Esto podría devenir en una afectación en la capacidad exportadora del país y consecuentemente en los empleos de las regiones donde se desarrollan».

Con fundamento en lo antes reseñado, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo formuló las siguientes **PREGUNTAS**:

1.- ¿Cómo deben ser entendidas y cómo deben aplicarse las disposiciones especiales (No Contractuales) del artículo 26 y siguientes del Decreto 2147 de 2016, expedido en el marco de las Leyes 7 de 1991, 1004 de 2005 y 1609 de 2013, en materia de requisitos que debe acreditar el Usuario Operador?

2.- Para contar con los tiempos que demanda la preparación del procedimiento de selección, la definición sobre si este comprenderá las calidades de Usuario Operador y Arrendatario, la necesidad de subsanar los defectos que contienen los esquemas actuales y la necesidad de no afectar las actividades de Zona Franca, se pregunta:

2.1.- ¿Podrían prorrogarse los contratos de arrendamiento actualmente celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad total o parcial de la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo por última vez por un término de tres (3) años adicionales?

2.2.- ¿Debe expedirse un Decreto reglamentario para el efecto?

## II. CONSIDERACIONES

### Breve recuento de consultas anteriores

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha recibido varias consultas formuladas por el Gobierno nacional, a través de diferentes ministerios, relacionadas con las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca que operan en terrenos de propiedad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y sobre las cuales la Sala ha emitido sus correspondientes pronunciamientos.

En primer lugar, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público consultó sobre la obligación que los artículos 238 de la Ley 1450 de 2011 y 1 y 8 del Decreto 4054 de 2011 le impusieron a las entidades públicas de transferir, en forma gratuita, a la Central de Inversiones S.A. – CISA -, los bienes inmuebles que no requirieran para el cumplimiento de sus funciones, y en particular, sobre la obligación que tuviese el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de transferir a CISA los inmuebles en donde operan las zonas francas industriales de bienes o servicios.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

Id Documento: 110010306000202200101001800000800004

La Sala, mediante Concepto 2219-2241 AM del 12 de junio de 2015, conceptuó que «no resultaba procedente la transferencia gratuita y obligatoria de los inmuebles donde operan las zonas francas de Palmaseca, Barranquilla, Cartagena, Cúcuta y Santa Marta, efectuada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo a favor de CISA, en desarrollo del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011, pues al momento de entrar en vigencia de (sic) dicha ley, los bienes citados estaban siendo utilizados en la finalidad para la cual fueron destinados por actos de derecho público y privado, finalidad que se enmarca dentro del objeto general y las funciones asignadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo».

Luego, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo consultó sobre la viabilidad jurídica de modificar el contrato de arrendamiento celebrado por el anterior Ministerio de Comercio Exterior y el usuario operador de la zona franca de Palmaseca. Las modificaciones estaban referidas al plan de inversiones; a la afectación del plazo del contrato como consecuencia de una posible modificación de dicho plan; a la aplicación del límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 (sobre adición al valor del contrato) a los contratos de arrendamiento de zonas francas; al canon de arrendamiento; a la obligación de mantenimiento, entre otros.

Mediante Concepto 2385 del 23 de abril de 2019, la Sala conceptuó acerca de la viabilidad de modificar el plan de inversiones sin alterar el plazo del contrato, siempre que se cumplan una serie de condiciones legales y jurisprudenciales sobre la modificación de los contratos estatales. En este punto, hizo un análisis de las reglas jurisprudenciales sobre la prórroga de los contratos estatales.

Asimismo, indicó que las restricciones impuestas en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 sí resultan aplicables a los contratos de arrendamiento de las zonas francas y precisó, que 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.

Posteriormente, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo elevó una consulta, mediante la cual pretendía determinar la viabilidad jurídica de la prórroga de los contratos de arrendamiento existentes sobre los bienes inmuebles de su propiedad, en los que operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Preguntó, igualmente, que, si en el evento en que la alternativa de prórroga no esté autorizada por el ordenamiento jurídico, existe la posibilidad de que un contrato interadministrativo firmado para la comercialización de dichos bienes pueda ser utilizado para seleccionar un arrendatario, una vez finiquite el término del contrato actualmente vigente.

Esta consulta fue resuelta por la Sala mediante el Concepto 2448 del 26 de abril de 2021, en el sentido de indicar, entre otros aspectos, que, con la expedición del Decreto 1054 de 2019 no surge para la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo la obligación de extender los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y

Palmaseca, y, tampoco nace para tales usuarios el derecho a exigir u obtener dicha prórroga. Esta conclusión se respalda en que tal disposición no se refiere a prórrogas de contratos de arrendamiento ni a la celebración de nuevos negocios jurídicos de tal naturaleza, sino a la prórroga del término de las zonas francas.

Adicionalmente, indicó la Sala que las disposiciones del Decreto 1054 de 2019, para el caso de estas zonas francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación, deben interpretarse «de manera armónica con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables», y, además, que los referidos contratos de arrendamiento o aquellos que, en el futuro, decida celebrar el ministerio «deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación», a la luz de los principios de libre concurrencia, transparencia e igualdad.

Como se evidencia, ya la Sala de Consulta ha venido pronunciándose sobre aspectos similares a la consulta formulada recientemente y que es objeto del presente pronunciamiento.

**Problemas jurídicos**

La consulta elevada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo está direccionada a aclarar algunos aspectos relacionados con las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, las cuales se encuentran ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En consecuencia, los problemas jurídicos que se abordan se pueden sintetizar de la siguiente manera:

*i)* ¿En qué forma deben aplicarse las reglas para la declaración de la existencia de las zonas francas y la selección de usuario operador, contenidas en el Decreto 2147 de 2016 (norma especial que regula actualmente el régimen franco) a aquellos procesos regulados por el Estatuto de Contratación Pública? Ello, por cuanto, el usuario operador se rige por reglas de demanda y el proceso de selección del contratista en un contrato de arrendamiento es la contratación directa, pero «la sugerencia hecha por el Consejo de Estado es que se lleve a cabo un proceso de licitación pública, en el cual se seleccione tanto al contratista arrendador, (sic) como al usuario operador de la zona franca».

*ii)* ¿Es posible prorrogar, por tres años adicionales, los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad, total o parcial, de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo? ¿Procede la expedición de un decreto reglamentario?

Con el propósito de dar respuesta a los interrogantes planteados en la consulta, la Sala considera oportuno referirse a las siguientes materias: ***i)*** Zonas francas de

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Evolución normativa sobre su naturaleza jurídica. Documentos exigidos y procedimiento aplicado para la declaratoria de zona franca y la selección del usuario operador, conforme al Decreto 2480 de 1993. Reiteración. ***ii)*** Naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Reiteración. ***iii)*** Prórroga de los contratos de arrendamiento suscritos sobre los terrenos e instalaciones de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los que operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Reiteración. ***iv)*** Potestad reglamentaria del presidente de la República. ***v)*** Aplicación de las disposiciones especiales - no contractuales – del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador, cuando se trate de declaratoria de zonas francas en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Convocatoria pública – Pliego de condiciones.

1. **Zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Evolución normativa sobre su naturaleza jurídica. Documentos exigidos y procedimiento aplicado para la declaratoria de zona franca y la selección del usuario operador, conforme al Decreto 2480 de 1993. Reiteración.**

El tema de zonas francas, y en especial de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, ha sido abordado por la Sala de Consulta y Servicio Civil en diferentes oportunidades, lo que le ha permitido emitir varios conceptos, entre los que se mencionan, por su relevancia con la presente consulta, el 2448 del 26 de abril de 2021 y el 2385 del 23 de abril de 2019, que, igualmente, fueron citados en el texto de la consulta por considerar que la posición que ha plasmado la Sala en estos pronunciamientos generan algunas inquietudes.[1]

Es por lo que, es importante traer a colación algunos aspectos analizados por la Sala de Consulta y Servicio Civil en aquellas oportunidades, que son relevantes para absolver las inquietudes formuladas en la presente consulta, tales como: *i)* la evolución normativa relacionada con la naturaleza jurídica de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca; y, *ii)* los documentos exigidos al interesado en la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y

---

[1] Sobre zonas francas, la Sala de Consulta y Servicio Civil, además de los citados conceptos, ha emitido los siguientes: **2219-2241 AM del 12 de junio de 2015** (alcance y la interpretación del artículo 238 de la Ley 1450 de 2011 y de los artículos 1º y 8º del Decreto 4054 de 2011, sobre la obligación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de transferir a CISA los inmuebles en donde operan las zonas francas industriales de bienes o servicios); **1586 del 7 de octubre de 2004** (Zona Franca. Interpretación y aplicación del artículo 402 del Estatuto Aduanero. Decreto 2685 de 1999); **1157 del 14 de diciembre de 1998** (Zonas Francas. Enajenación de la totalidad de los bienes que las conforman. Viabilidad de modificar el plan de inversión de Zona Franca, adjudicada por licitación); **1291 del 4 de junio de 1979** (Zona Franca Industrial y Comercial de Cartagena. Capacidad del gerente y de la Junta Directiva en materia de contratación).

31

en la selección del usuario operador, y el procedimiento aplicado. Decreto 2480 de 1993.

**a. Evolución normativa relacionada con la naturaleza jurídica de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca.**

Mediante la Ley 105 de 1958 se creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, como un establecimiento público del orden nacional. En el parágrafo del artículo primero se autorizó al Gobierno nacional para establecer zonas francas en otros puertos y ciudades, y su organización y funcionamiento se debían sujetar a los principios consagrados en la misma ley.[2]

El Gobierno nacional, en ejercicio de la autorización conferida, creó, entre otras, las zonas francas de Cartagena (Decreto 2077 de 1973) y Palmaseca (Decreto 1095 de 1970), como establecimientos públicos.

La Ley 109 de 1985 ratificó la naturaleza jurídica de las zonas francas como establecimientos públicos del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscritas al entonces Ministerio de Desarrollo Económico (artículo 1).

Posteriormente, el Gobierno, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política[3], expidió el Decreto 2111 de 1992, mediante cual se ordenó la supresión y la liquidación de los establecimientos públicos operadores de las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá. Dispuso, además, que, una vez terminada la liquidación, los bienes y obligaciones remanentes pasarían a la Nación – Ministerio de Comercio Exterior (artículo 6).[4]

Luego, con la expedición del Decreto 2480 de 1993, se estableció un régimen de zona franca industrial de bienes y servicios para las zonas francas de Barranquilla,

---

[2] La Ley 109 de 1985 derogó la Ley 105 de 1958, excepto el artículo 1. También derogó la Ley 47 de 1981 mediante la cual se expidió un «estatuto orgánico de las zonas francas industriales y comerciales», se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República en esta materia y se dictaron otras disposiciones. La Ley 7 de 1991 (artículo 30), conocida como «Ley Marco de Comercio Exterior», derogó la Ley 105 de 1958 y, en lo pertinente, la Ley 109 de 1985.

[3] Artículo Transitorio 20. El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

[4] Mediante la Ley 790 de 2002, artículo 4, el Ministerio de Comercio Exterior fue fusionado con el Ministerio de Desarrollo Económico y, en consecuencia, fue creado el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

32

Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación. En dicho decreto, se facultó al entonces Ministerio de Comercio Exterior para declarar zonas francas industriales de bienes y de servicios, total o parcialmente, las áreas geográficas que venían operando como zonas francas industriales y comerciales, y cuyos establecimientos públicos operadores estaban en proceso de liquidación, conforme a lo ordenado por el Decreto 2111 de 1992.

Años después, el Congreso de la República expidió la Ley 1004 de 2005, mediante la cual se redefinió la zona franca como «el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior» (artículo 1).

Como puede observarse, las zonas francas pasaron de ser establecimientos públicos, y, por lo tanto, de formar parte de la estructura de la administración nacional, a ser porciones delimitadas dentro del territorio, sujetas a una normativa especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior, lo cual facilita el cumplimiento de las finalidades previstas en la misma Ley 1004 de 2005, de ser instrumento de creación de empleo, de ser polo de desarrollo que promueve la competitividad en las regiones donde operen, y de promover la generación de economías de escala, entre otras[5].

**b. Documentos exigidos al interesado en la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y en la selección del usuario operador, y el procedimiento aplicado. Decreto 2480 de 1993.**

El Decreto 2480 de 1993 fue expedido por el presidente de la República, con el fin de darle continuidad al régimen de zonas francas que venían siendo operadas por aquellos establecimientos públicos cuya supresión y liquidación fue ordenada por el Decreto 2111 de 1992, entre ellos, los que operaban las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca[6].

El artículo 4 *ibidem* estableció que los interesados en la declaratoria de la zona franca y la selección del usuario operador debían presentar solicitud escrita ante el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo), acompañada de una serie de documentos, tales como: *i)* los que acrediten la

---

[5] Ley 1004 de 2005, artículo 2.

[6] Decreto 2480 de 1993, Considerandos: Que en las áreas geográficas que vienen funcionando como zonas francas industriales y comerciales, operadas por establecimientos públicos cuya supresión y liquidación ordenó el Decreto 2111 de 1992, se ha desarrollado una infraestructura productiva; // Que en estas áreas geográficas se han consolidado industrias cuyos bienes y servicios se orientan principalmente a los mercados externos, y que constituyen un mecanismo importante para la promoción del comercio exterior y para la generación de divisas, así como un potencial polo de desarrollo industrial y de creación de nuevos empleos; // Que es necesario garantizar la continuidad del régimen bajo el cual se desarrollan estas actividades productivas, y establecer un sistema eficiente de operación de las mismas, en aquellos casos en que se estime que dicha continuidad resulta conveniente para cumplir con los objetivos expresados, y además se ajusta a los fines del proceso liquidatorio de los establecimientos públicos.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

33

constitución de la sociedad que actuará como usuario operador; *ii)* la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones; *iii)* el programa de desarrollo de la zona; *iv)* el plan de sistematización del procedimiento para el ingreso y salida de mercancías de la zona franca; y, *v)* los demás exigidos por dicho ministerio.

Dentro de los documentos exigidos se resalta la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones[7] de propiedad de la Nación donde iba a operar una zona franca, previamente declarada como tal.

La oferta de celebrar el contrato de arrendamiento hecha por el interesado en participar en el proceso de declaratoria de zona franca y selección de usuario operador debía contener, como mínimo: *i)* la voluntad clara y expresa de tomar en arrendamiento dichos terrenos, *ii)* el valor comercial que estaba dispuesto a cancelar a título de canon de arrendamiento y *iii)* la obligación de asumir como cesionario todas las relaciones contractuales entre los usuarios industriales y comerciales que venían funcionando en la zona y el establecimiento público en liquidación, o de suscribir con ellos nuevos contratos.[8]

La aceptación de la oferta de tomar en arrendamiento dichos terrenos estaba condicionada a la declaratoria de la zona franca y a la selección del oferente como usuario-operador de la zona, y en caso contrario, dicha oferta quedaba sin efectos[9]. Además, la suscripción del contrato de arrendamiento entre el ministerio y el usuario operador solo procedía una vez expedida la resolución de selección de este y de declaratoria de la zona franca[10].

---

[7] *Ibidem*, artículo 4, numeral 2.

[8] *Ibidem*, artículo 11, numeral 1: La oferta de contrato de arrendamiento de que trata el numeral 2° del artículo 4° del presente Decreto, debe cumplir los siguientes requisitos:
1. La oferta se dirigirá al Ministerio de Comercio Exterior, y deberá contener, como mínimo, lo siguiente:
a) La voluntad clara y expresa de tomar en arriendo los terrenos e instalaciones que serán objeto de declaratoria como zona franca, sujeto a que el oferente sea seleccionado como usuario-operador por el Ministerio de Comercio Exterior.
b) La obligación de asumir como cesionario todas las relaciones contractuales entre los usuarios industriales y comerciales que venían funcionando en la zona y el establecimiento público en liquidación, o de suscribir con ellos nuevos contratos, según lo previsto en los artículos 15 y 16 de este Decreto, y
c) El valor comercial que estaría dispuesto a cancelar por los terrenos e instalaciones, a título de canon de arrendamiento.
2. La aceptación de la oferta y la suscripción del contrato de arrendamiento se condicionarán a la.

[9] *Ibidem*, artículo 11, numeral 2: La aceptación de la oferta y la suscripción del contrato de arrendamiento se condicionarán a la declaratoria de la zona franca y a la selección del oferente como usuario-operador de la zona. Toda oferta de quien no haya sido seleccionado como usuario-operador quedará sin efectos, a partir de la resolución de declaratoria de la zona y selección del usuario-operador.

[10] *Ibidem*, artículo 12: El contrato de arrendamiento entre el Ministerio de Comercio Exterior, por una parte, y el usuario-operador, por la otra, se suscribirá una vez expedida la resolución de selección de éste y de declaratoria de la zona franca, pero su vigencia comenzará en la fecha de suscripción del acta de liquidación del establecimiento público respectivo.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

34

De otro lado, el Decreto 2480 de 1993 determinó que para la selección del usuario operador y para la declaratoria de las zonas francas allí previstas se debía adelantar un procedimiento de convocatoria pública, lo cual lo hizo afín con los principios de libre concurrencia y transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993.

Derivado de un procedimiento abierto y público, el Ministerio de Comercio Exterior de la época debía fijar los términos y condiciones mínimos para la presentación de las propuestas de declaratoria de las zonas francas y la selección del usuario operador y definir el plazo límite para la presentación de las solicitudes. Igualmente, contaba con un término de veinte días, prorrogables por veinte días más, para expedir la resolución de selección del usuario operador y para la declaratoria de la respectiva zona franca, teniendo en cuenta la solicitud que mejor se ajustase a los términos y condiciones fijados[11].

La Sala de Consulta y Servicio Civil había señalado, sobre el particular, lo siguiente[12]:

> Finalmente, es importante resaltar que el Decreto 2480 de 1993 ordenó la realización de una convocatoria pública para la declaratoria de existencia de la zona franca y la selección del correspondiente usuario operador, garantizándose de esta manera los principios de libre concurrencia y transparencia en la entrega, por parte del Estado, de la explotación económica de bienes de interés público y del respectivo contrato de arrendamiento.
>
> Así, los artículos 5º y 6º del Decreto consagraron:
>
> > Artículo 5° El Ministerio de Comercio Exterior, para efectos de la selección del usuario-operador y la declaratoria de las zonas francas aquí previstas, efectuará una convocatoria pública y fijará los términos y condiciones mínimas para proponer, así como el plazo límite para la presentación de las solicitudes.
> >
> > Artículo 6° Verificado el cumplimiento de los requisitos, el Ministerio de Comercio Exterior contará con un término de veinte días, prorrogables hasta por veinte días más, para expedir la resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de la respectiva zona franca, escogiendo la solicitud que se ajuste mejor a los términos y condiciones establecidos en la convocatoria pública.
>
> En desarrollo de lo anterior, a través de la Resolución 290 del 14 de marzo de 1994, se ordenó la apertura de la convocatoria pública con el objeto de: a) declarar las zonas francas y b) seleccionar a los respectivos usuarios operadores:
>
> > ARTICULO 2° Fijar como fecha para la apertura de la convocatoria pública el día 22 de marzo de 1994 a las 8.00 a.m. y fecha para el cierre de la convocatoria pública el día 2 de mayo de 1994 a las 3.00 p.m.
> >
> > [...]

---

[11] *Ibidem*, artículos 5° y 6°.

[12] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021.

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

35

> ARTICULO 4° Los términos y condiciones para proponer serán los establecidos en el pliego de condiciones y términos de referencia que para tal efecto ha elaborado previamente el Ministerio de Comercio Exterior, los cuales no tendrán costo alguno para los proponentes.

En los términos de referencia, el Ministerio de Comercio Exterior consagró: i) las condiciones generales y particulares para participar en la convocatoria; ii) los requisitos para la presentación de las propuestas; iii) el lugar, sitio, hora de apertura y cierre de la convocatoria; iv) los criterios y plazos para la declaración; v) los criterios para la selección del usuario operador; vi) las condiciones comunes, y vii) las causales de eliminación de las propuestas.

Las señaladas actuaciones resultan consonantes con los principios de libre concurrencia y transparencia que guían la contratación estatal. En esta dirección, el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 dispone:

> ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:
>
> [...]
>
> 5o. En los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia:~~
>
> a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.
>
> b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación ~~o concurso.~~
>
> c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.
>
> d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.
>
> e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.
>
> [...]
>
> 6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación ~~o concurso~~ y en los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia,~~ se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.
>
> [...].

La misma norma indica que serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos y de los contratos que contravengan lo anterior.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

De lo anterior, se extraen las siguientes conclusiones:

a. La misma norma, en su momento, determinó que el negocio jurídico que debía realizarse, en caso de que un interesado fuera seleccionado como usuario operador de una zona franca declarada para funcionar en terrenos de propiedad de la Nación, era el contrato de arrendamiento sobre dichos terrenos. Y estos son los contratos que están vigentes y que son objeto de la presente consulta.

b. Las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y sus usuarios operadores fueron seleccionados previo un proceso abierto de convocatoria pública, en el cual pudo participar todo aquel que cumpliera los requisitos y condiciones establecidos, lo que garantizó los principios de libre concurrencia y transparencia.

**2. Naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Reiteración.**

Los contratos de arrendamiento suscritos entre el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca no son contratos ordinarios o tradicionales, sino que tienen una naturaleza especial.

Desde el mismo procedimiento público establecido en el Decreto 2480 de 1993 para la declaratoria de dichas zonas francas y para la selección del usuario operador se determinó la relación intrínseca que existía entre la oferta que debía hacer el interesado de suscribir un contrato de arrendamiento sobre los terrenos de propiedad de la Nación y la condición de que este fuere seleccionado como usuario operador de la zona franca, pues de lo contrario, dicha oferta quedaba sin efectos.

La Sala de Consulta y Servicio Civil ha sido reiterativa en indicar que estos contratos de arrendamiento tienen características especiales. Fue así como en 1998, al referirse a la zona franca de Palmaseca, señaló que estos son contratos que se suscriben únicamente con quien tiene la calidad de usuario operador de la zona franca:

> 2.1. *Naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento de los terrenos e instalaciones de la zona franca industrial de bienes y de servicios Manuel Carvajal Sinisterra de la ciudad de Cali*
>
> [...] En desarrollo de esta ley [se refiere a la Ley 7 de 1991 – Ley Marco de Comercio Exterior] se expidió el decreto reglamentario 2480 de 1993, que fijó el régimen de zona franca industrial de bienes y de servicios para las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación.

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

37

> Este decreto estableció que la declaratoria de la zona franca industrial de bienes y de servicios se haría por el Ministerio de Comercio Exterior, mediante resolución en la cual también se consignaría la selección del usuario-operador de la misma y, solo una vez proferido dicho acto, se procedería a la suscripción del respectivo contrato de arrendamiento.
>
> La anterior normatividad permite inferir que, dada la especialidad de las zonas francas, el contrato estatal que rige el arrendamiento de los terrenos e instalaciones propios de la actividad contractual, debe sujetarse a la ley 80 de 1993 y al régimen especial que para ellas prevea el legislador, de conformidad con lo preceptuado por la ley 7a. de 1991.[13]

Luego, esta Sala fue mucho más explícita al referirse al carácter especial y propio de dichos contratos de arrendamiento, pues indicó que no solo se suscriben con quien tenga la calidad de usuario operador, sino que están vinculados de una manera inseparable a la existencia y funcionamiento de las respectivas zonas francas, a la explotación económica de la misma, y, por lo tanto, no buscan, principalmente, como sí sucede en un arrendamiento ordinario, la obtención de una renta para el arrendador (Nación) y el uso, por parte del arrendatario, para desarrollar una actividad lícita. Dijo en dicha oportunidad:

> Tal como lo indicó la Sala en los conceptos de 2015 y 2019[50], el contrato celebrado por el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, corresponde a un contrato de arrendamiento. Con todo, teniendo en cuenta sus particularidades y estrecha relación con la zona franca, dicho negocio jurídico no corresponde a un contrato de arrendamiento ordinario o tradicional. Así, indicó la Sala:
>
> > Debe tenerse en cuenta, además, que los referidos contratos de arrendamiento celebrados en su momento por la Nación - Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas, no son contratos de arriendo comunes y corrientes, pues no buscan simplemente la obtención de una renta o ingreso para el arrendador (la Nación), y la facultad de usar un bien por parte del arrendatario en cualquier actividad civil o comercial lícita, sino que dichos negocios jurídicos están vinculados de una manera inseparable a la existencia y funcionamiento de las respectivas zonas francas, al cumplimiento de la normatividad especial que en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior rige para las mismas, y a la ejecución de las funciones públicas que tanto el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como la DIAN tienen actualmente en relación con dichas áreas[51]. (Subrayas de la Sala).[14]

---

[13] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1157 del 14 de diciembre de 1998.

[14] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021. Las siguientes citas son del original del texto: [50] El negocio jurídico celebrado por las partes corresponde a un contrato de arrendamiento. Así se desprende de lo señalado por el propio contrato, el Decreto 2480 de 1993, la Resolución 835 del 2 de junio de 1994, la convocatoria pública para la selección del Usuario Operador, y la declaración de la zona franca industrial de bienes y servicios Manuel Carvajal Sinisterra. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2385 de 26 de abril de 2019, número único de radicación 11001-03-06-000-2018-00117-00. // [51]Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de junio de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00-140-00 y 11001-03-06-000-2014-00288-00. (2219 y 2241 (ampliación)).

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

Para reforzar la naturaleza especial de estos contratos de arrendamiento, el artículo 13 del Decreto 2480 de 1993 condicionó dichos contratos «so pena de declaratoria de caducidad [sic] al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario como usuario-operador de la zona, sin perjuicio de las demás condiciones que se estipulen en el contrato o de aquellas previstas en la ley».

Esta naturaleza especial de los contratos de arrendamiento que suscribió el antiguo Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca se evidencia en algunas de sus cláusulas.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, en oportunidad anterior, revisó el texto de tales contratos de arrendamiento y extractó las cláusulas contractuales y los aspectos particulares que hacen que los mismos no sean arrendamientos ordinarios, sino especiales:

> i) El objeto del contrato no se limita a conceder el uso y goce de un grupo de bienes, sino también a regular y asegurar el funcionamiento de la zona franca. En este sentido, los contratos establecen que los usuarios operadores de las zonas francas tienen la obligación de promover, dirigir, administrar y operar la zona franca, así como la de desarrollar la infraestructura, construcciones y actividades propias de dichas zonas. Así, en la cláusula segunda del contrato de arrendamiento celebrado con el usuario operador de Palmaseca se indicó:
>
> > SEGUNDA.- ALCANCES DEL OBJETO: El USUARIO-OPERADOR, sobre las áreas objeto del arrendamiento, ejecutará especialmente las siguientes actividades:
> >
> > a. Promover, dirigir, administrar y operar la Zona Franca arrendada.
> >
> > b. Desarrollar, con sus propios recursos o con financiaciones debidamente legalizadas, la infraestructura y construcciones de la Zona Franca, de acuerdo con el Plan de Desarrollo descrito en la propuesta presentada para ser seleccionado como USUARIO-OPERADOR de la Zona Franca, la cual hace parte integrante del presente contrato.
> >
> > c. Autorizar el ingreso de los usuarios desarrolladores, de los industriales de bienes y servicios y celebrar con ellos los respectivos contratos a que haya lugar, a excepción de cualquier acto o contrato que disponga de algún derecho real sobre los inmuebles dados en arrendamiento.
> >
> > d. En general, aquellas actividades autorizadas por los Decretos 2480 de 1993, 2131 de 1991 y 971 de 1993 y la Resolución No. 0835 del 2 de junio de 1994, del Ministerio de Comercio Exterior, por medio de la cual se declaró la Zona Franca y se designó al USUARIO-OPERADOR.
>
> Una cláusula similar existe también en los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de Barranquilla y Cartagena (cláusula segunda).
>
> Adicionalmente, los contratos asignan expresamente como obligaciones especiales de los usuarios operadores el cumplir con las disposiciones que regulan las zonas francas. Así, en el contrato de arrendamiento relativo a la zona franca de Palmaseca, se señaló:

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

> DÉCIMA.- OBLIGACIONES ESPECIALES DEL USUARIO OPERADOR: El USUARIO-OPERADOR queda especialmente obligado a dar cumplimiento estricto a las disposiciones propias de la Zona Franca y especialmente a las consagradas en los Decretos 2131 de 1991, 971 de 1993, 2480 de 1993 y la Resolución No. 0835 del 2 de junio de 1993, del Ministerio de Comercio Exterior, por medio de la cual se le designó como USUARIO-OPERADOR.

Una cláusula similar existe también en los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de Barranquilla y Cartagena (cláusula décima).

Como puede observarse, a través de los «contratos de arrendamiento» celebrados por las partes se buscaba que los usuarios operadores explotaran una serie de bienes públicos destinados a la satisfacción del interés general.

ii) El «contrato de arrendamiento» utiliza el término «usuario operador», no el de «arrendatario», para identificar a quien tiene el uso y goce de los bienes.

iii) Hacen parte del contrato de arrendamiento documentos y actos administrativos relacionados con la zona franca. Así, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento celebrado por el usuario operador de la zona franca de Palmaseca, se indicó:

> VIGESIMA CUARTA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales hacen parte de este contrato los siguientes documentos:
> a. Los términos de referencia de la convocatoria pública que dio origen al convenio.
> b. La Resolución No. 0835 del 2 de junio de 1994, del Ministerio de Comercio Exterior, por medio de la cual se declaró la Zona Franca y se seleccionó al USUARIO-OPERADOR.
> c. El Acta de entrega de los inmuebles e instalaciones.
> d. Cualquier otro documento que suscriban las partes, relacionado con la ejecución del contrato, así como los actos administrativos o providencias que se dicten por parte de las autoridades correspondientes en relación con el régimen de Zona Franca a que están sometidas las áreas y el USUARIO-OPERADOR.
> e. La propuesta presentada, en los puntos que no se especifique lo contrario en el presente contrato.

Una cláusula similar se estableció en el contrato de arrendamiento celebrado con los usuarios operadores de Barranquilla y Cartagena (cláusula vigésima cuarta).

iv) Igualmente, los contratos establecen como obligación de las partes la revisión de las inversiones realizadas con miras a determinar los saldos de recuperación de la inversión que para aquel momento puedan llegar a existir. En el caso del contrato de arrendamiento de Palmaseca se señaló:

> VIGESIMA. - REVISION DEL ESTADO DE LAS INVERSIONES: Al iniciarse el décimo año de ejecución del presente contrato, las partes harán una revisión sobre las inversiones realizadas por el USUARIO-OPERADOR de acuerdo con el plan de desarrollo presentado, con el objeto de determinar los saldos de recuperación de la inversión que a esa fecha puedan existir y establecer, si fuere del caso, un mecanismo de amortización de dichos saldos, con el fin de que al finalizar el último año de ejecución del contrato no exista excedente alguno, por este concepto, en favor del USUARIO-OPERADOR.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

40

Una cláusula similar se estableció en el contrato de arrendamiento celebrado con los usuarios operadores de Barranquilla y Cartagena (cláusula vigésima).

v) Los bienes construidos y adecuados durante la vigencia del contrato deben revertirse al Ministerio, una vez el contrato finalice. En este sentido, la cláusula séptima del contrato de arrendamiento de la zona franca de Palmaseca establece:

> Las nuevas construcciones y mejoras que se practique a los bienes existentes, previstas dentro del plan de desarrollo presentado con la propuesta, serán a cargo exclusivo del arrendatario y a la terminación del contrato quedarán a favor de la Nación – Ministerio de Comercio Exterior, sin costo o indemnización alguna.

Una cláusula similar existe también en los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de Barranquilla y Cartagena (cláusula séptima).

Como puede observarse, las cláusulas anteriores evidencian el carácter particular o especial del «contrato de arrendamiento» celebrado con las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca[15].

Se concluye que, el contrato de arrendamiento que se suscribe sobre los terrenos de propiedad de la Nación para el desarrollo de las actividades de la zona franca es de naturaleza especial y propia, por cuanto:

a. Quien tiene la condición de arrendatario es quien tiene la calidad de usuario operador;

b. Las obligaciones del arrendatario (usuario operador) están íntimamente relacionadas con la operación de la zona franca;

c. Los contratos de arrendamiento para la operación de las zonas francas contienen cláusulas que no son propias de un contrato de arrendamiento ordinario, como la reversión al ministerio de las nuevas construcciones y mejoras que se le realicen a los bienes existentes; la obligación del usuario operador de hacer inversiones en los bienes destinados para la operación de las zonas francas; la obligación del usuario operador de dar cumplimiento estricto a las disposiciones propias de la zona franca; la utilización del término de «usuario operador», en vez de «arrendatario», para identificar a quien tiene el uso y goce de los bienes.

**3. Prórroga de los contratos de arrendamiento suscritos sobre los terrenos e instalaciones de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en los que operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Reiteración.**

Sea lo primero indicar que, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo ya había consultado sobre la posibilidad de prorrogar los contratos de arrendamiento suscritos sobre los terrenos e instalaciones de propiedad de la Nación – Ministerio

---

[15] *Ibidem.*

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

de Comercio, Industria y Turismo, en los que operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, lo que permitió que la Sala de Consulta y Servicio Civil se pronunciara mediante el concepto 2448 del 26 de abril de 2021, tantas veces citado. Si bien en dicha ocasión la prórroga pretendida era de treinta años y en la presente consulta es de tres años, el análisis que se hizo en su oportunidad aplica para esta nueva solicitud.

Los contratos de arrendamiento suscritos por la Nación – Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca tienen su fundamento en lo dispuesto en los artículos 4-2 y 11 del Decreto 2480 de 1993, vigente para la época.

Estos contratos fueron suscritos por un término inicial de quince años, pero, posteriormente, dicho plazo fue prorrogado, así: «los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de Palmaseca y Barranquilla fueron prorrogados en una oportunidad por un plazo de 15 años. En lo que respecta al usuario operador de la zona franca de Cartagena, el contrato de arrendamiento fue prorrogado en tres oportunidades, cada una de ellas por un término de 5 años»[16]. Los tres contratos vencen el 30 de junio de 2024[17].

Actualmente, el régimen de zonas francas está regulado por lo dispuesto en el Decreto 2147 de 2016[18], adicionado por el Decreto 1054 de 2019, y modificado por el Decreto 278 de 2021, entre otros.

Por expreso mandato del Decreto 2147 de 2016, tanto la prórroga de las zonas francas que operan en bienes de la Nación como de aquellas que operan en bienes de propiedad de particulares quedaron sometidas a lo consagrado en dicha normativa. Dice el artículo 86-7, adicionado por el Decreto 1054 de 2019:

> **Artículo 86-7. *Zonas francas permanentes ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.*** Los requisitos y condiciones, previstos en el presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, para la autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas se aplicarán para las zonas francas permanentes donde los terrenos sean total o parcialmente propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (Subrayas de la Sala).
>
> [...]

---

[16] *Ibidem.*

[17] Según lo indicado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo cuando elevó la consulta que dio origen al Concepto 2448 del 26 de abril de 2021.

[18] Este decreto «tuvo como propósito unificar y simplificar el régimen de zonas francas, agilizar los procedimientos, facilitar el acceso al régimen y delimitar la participación de las diferentes entidades que intervienen en el proceso de declaratoria de existencia de las zonas».

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

92

Nótese que esta disposición hace referencia a la prórroga de las zonas francas[19], pero no se refiere a la prórroga de los contratos de arrendamiento. Es más, al analizar el Decreto 2147 de 2016 se aprecia que este no exige la celebración de contratos de arrendamiento entre los usuarios operadores y el ministerio, y, en consecuencia, tampoco regula su prórroga.[20]

Lo que sí exige el régimen franco actual es que quien pretenda la declaratoria de una zona franca acredite, entre otros requisitos, que se garantice la disponibilidad jurídica de los terrenos en los que se desarrollará el proyecto para el uso o destino de la zona franca por el mismo plazo en que se pretenda obtener tal declaratoria.[21] Y para ello, el mismo régimen franco prevé que los terrenos pueden ser de propiedad de quien pretenda la declaratoria de la zona franca o de un tercero.[22] Si los terrenos son de propiedad de un tercero el contrato que suscriba quien pretenda la declaratoria de zona franca con dicho propietario debe celebrarse de manera previa a tal declaratoria[23].

Dicha exigencia también aplica en el caso de la prórroga del término de la zona franca, dado que el usuario operador, con la solicitud de prórroga, debe acreditar, entre otros requisitos, la disponibilidad de los terrenos en los cuales se pretende desarrollar el proyecto de inversión asociado con la prórroga[24]. No obstante, en el

---

[19] El artículo 86-4 del Decreto 2147 de 2016, adicionado por el Decreto 1054 de 2019 y modificado por el artículo 38 del Decreto 278 de 2021, regula el término de la prórroga de la declaratoria de existencia de zonas francas el cual «será mínimo de diez (10) años y máximo por un término de treinta (30) años», prórroga que solo puede ser autorizada por una sola vez.

[20] Como se indicó en el concepto 2448 del 26 de abril de 2021: «[e]n el caso de la declaratoria de existencia de las zonas francas sometidas al Decreto 2147 de 2016, no se requiere la celebración de un contrato de arrendamiento con el Ministerio, pues estas operan en bienes pertenecientes a particulares, ya sean de propiedad del inversionista o de un tercero».

[21] Decreto 2147 de 2016, artículo 26. Requisitos generales para la declaratoria de zonas francas. (modificado por el artículo 10 del Decreto 278 de 2021): Quien pretenda obtener la declaratoria de una zona franca deberá cumplir con los siguientes requisitos: [...] 7. Presentar el Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca, el cual deberá contener: [...] 7.7. Estudio de factibilidad jurídica, el cual deberá garantizar la disponibilidad jurídica de los terrenos en los que se desarrollará el proyecto para el uso o destino de la zona franca, por el mismo plazo que se pretenda obtener la declaratoria de zona franca [...] (Subrayado de la Sala).

[22] *Ibidem*, artículo 12. Inmuebles en zona franca. La propiedad de los terrenos que pretendan declararse como zona franca podrá ser del usuario operador o de terceros, siempre y cuando aquel tenga un título jurídico de disposición o uso del área para afectarla como zona franca. // Tales terrenos, una vez declarados, podrán ser de propiedad o tenencia de cualquier usuario o de un tercero, siempre que sean destinados a las actividades propias de zona franca. Los negocios jurídicos de disposición de los terrenos no estarán sujetos a autorizaciones o requisitos distintos a los que prevé la ley para operaciones similares en el resto del territorio nacional, siempre que no se remplace la actividad principal para la cual se calificó o autorizó al usuario. (Subrayado de la Sala).

[23] *Ibidem*, artículo 26. Requisitos generales para la declaratoria de zonas francas. (modificado por el artículo 10 del Decreto 278 de 2021): 7.7.3. Cuando se pretenda la declaratoria de existencia de una zona franca en terrenos que no sean propiedad de la persona jurídica que solicite la declaratoria de existencia de zona franca, se deberán allegar los contratos correspondientes donde se evidencie la disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca. El término de la declaratoria en ningún caso podrá exceder del término de vigencia de dichos contratos. (Subrayado de la Sala).

[24] *Ibidem*, artículo 86-2: Requisitos y compromisos para la aprobación de la prórroga del término de declaratoria de zonas francas. (Adicionado artículo 1 del Decreto 1054 de 2019 y modificado por el

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

43

caso de la solicitud de prórroga de zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación, la disponibilidad de los terrenos si bien no se acredita al momento de hacer la solicitud sí debe acreditarse de manera previa a la solicitud del concepto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas[25].

Cabe preguntarse, entonces, ¿de qué forma podrían los usuarios operadores actuales de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca garantizar la disponibilidad de los terrenos, que son de propiedad de la Nación, para continuar operando las zonas francas, en caso de que estas sean prorrogadas?

La Sala al analizar las disposiciones que regulan el requisito de la disponibilidad jurídica contenidas en el Decreto 2147 de 2016, concluyó, respecto de los terrenos de propiedad de la Nación, que este requisito no puede cumplirse, por cuanto el Estado no puede garantizarle a un persona la disponibilidad jurídica de los terrenos de su propiedad, a menos que dicha persona haya sido seleccionada como usuario operador de la zona franca para el período de vigencia de la prórroga, es decir, que el contrato de arrendamiento solo lo puede suscribir la Nación con el usuario operador que haya sido seleccionado, pero fruto de un proceso abierto y público. Dijo esta Corporación:

> [...] no resulta lógico ni procedente que el mismo Estado exija al particular que garantice la disponibilidad jurídica sobre un bien que es de su propiedad. Por lo tanto, este requisito solo tiene sentido y aplicación en el caso de las zonas francas que operan sobre bienes privados.
>
> [...]

---

artículo 37 del Decreto 278 de 2021). La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de una zona franca deberá presentarse ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte del usuario operador de la zona franca permanente y/o del usuario industrial de la zona franca permanente especial, cumpliendo con los siguientes requisitos: [...] 3. Presentar la actualización del Plan Maestro de Desarrollo General, acreditando los requisitos previstos en los numerales 7.4, 7.6 y 7.7 del artículo 26 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, la acreditación del requisito contenido en el numeral 7.7 del artículo 26 del presente Decreto se referirá a los predios en los cuales se pretende desarrollar el proyecto de inversión asociado con la prórroga [...]. (Subrayado de la Sala).

[25] *Ibidem*, artículo 86-7. Zonas francas permanentes ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (Adicionado artículo 1 del Decreto 1054 de 2019). [...] Parágrafo 1°. La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de la zona franca permanente de que trata este artículo, se podrá presentar sin la acreditación del requisito de disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca contemplado en el numeral 4 del numeral 8.8.5 del artículo 26 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. // Este requisito deberá acreditarse por parte del solicitante de manera previa a la solicitud del concepto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. // El término de la autorización de la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente en ningún caso podrá exceder el término de vigencia por el cual se acredite la disponibilidad del predio. // La disponibilidad jurídica de los bienes inmuebles que son de propiedad total o parcial de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo será independiente del acto administrativo por el cual se resuelve la solicitud de prórroga presentada por el usuario operador de la zona franca. (Subrayado de la Sala).

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

44

> En el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la finalidad perseguida con el requisito de disponibilidad jurídica pierde su justificación, pues en este caso, al tratarse de bienes de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que es la misma entidad que decide la declaratoria y prórroga de existencia de la zona franca, hay la certeza de que los bienes existen y serán destinados a la operación de la zona.
>
> Asimismo, encuentra la Sala que el cumplimiento del requisito de disponibilidad jurídica para el caso de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca es de imposible cumplimiento, habida cuenta que el Estado no puede garantizar a una persona la disponibilidad jurídica de estos terrenos, a menos que esta última haya sido seleccionada como usuario operador de la zona franca para el período de vigencia de la prórroga de la zona. En otras palabras, solamente es posible celebrar el contrato de arrendamiento sobre los bienes donde operará la zona franca, una vez ha sido seleccionado el usuario operador que administrará la zona durante el referido término.
>
> Por lo tanto, no es posible satisfacer el requisito de disponibilidad jurídica, y en consecuencia, no puede exigirse como requisito para solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca.[26]

Como corolario de lo anterior, no es posible prorrogar los contratos de arrendamiento vigentes que recaen sobre los terrenos de propiedad de la Nación como una forma de garantizar la disponibilidad jurídica exigida para la prórroga del término de la zona franca, sino que es necesario adelantar un proceso de licitación pública para seleccionar al usuario operador, y, por ende, suscribir con él un nuevo contrato de arrendamiento.

En este punto, es importante reiterar, tal como se mencionó en líneas anteriores, que las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, entre otras, luego de su supresión y liquidación como establecimientos públicos, fueron reguladas por el Decreto 2480 de 1993, reglamento que consagró el procedimiento de convocatoria pública para su declaratoria como zonas francas y para la selección del usuario operador. Para tal efecto, el Ministerio de Comercio Exterior de entonces debía fijar los términos y condiciones mínimas para proponer, y el plazo límite para presentar las solicitudes.[27]

Luego de vencido el plazo límite para la presentación de las solicitudes, dicho ministerio debía expedir «la resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de la respectiva zona franca, escogiendo la solicitud que se ajuste mejor a los términos y condiciones establecidos en la convocatoria pública»[28]. Dicha

---

[26] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021.

[27] Decreto 2480 de 1993, artículo 5°: El Ministerio de Comercio Exterior, para efectos de la selección del usuario-operador y la declaratoria de las zonas francas aquí previstas, efectuará una convocatoria pública y fijará los términos y condiciones mínimas para proponer, así como el plazo límite para la presentación de las solicitudes.

[28] *Ibidem*, artículo 6.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

45

resolución debía contener los requisitos establecidos en el artículo 8 del citado decreto[29]. Una vez expedida, el ministerio debía proceder a la suscripción del contrato de arrendamiento con el usuario operador seleccionado[30].

En consecuencia, las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y sus usuarios operadores fueron declaradas y seleccionados, respectivamente, como resultado de una convocatoria pública, y los contratos de arrendamiento[31], hoy vigentes, suscritos sobre los bienes y terrenos de propiedad de la Nación donde funcionan dichas zonas francas, por ser inescindibles a ellas, se entienden precedidos, igualmente, de dicha convocatoria pública. Con este procedimiento se estaban garantizando los principios de libre concurrencia y transparencia contenidos en la Ley 80 de 1993.

Debido a que tal decreto se encuentra derogado, debe acudirse a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 sobre procedimientos de selección. Dentro de los procedimientos allí establecidos, la licitación pública es la que cumple, plenamente, con la garantía de tales principios, entre otros, como pasa a explicarse.

De un lado, con el procedimiento de licitación pública se garantizan los principios de igualdad y libre competencia económica contenidos en los artículos 13, 333 y 334 de la Constitución Política. Estas normas constitucionales consagran la potestad que tienen los particulares a participar, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa, en la actividad económica de la Nación, derecho que debe ser garantizado en igualdad de condiciones[32].

---

[29] *Ibidem*, artículo 8: La resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de las zonas francas industriales de bienes y de servicios previstas en este Decreto deberá contener, como mínimo, lo siguiente: // 1. Delimitación del área declarada como zona franca e indicación de los inmuebles con su correspondiente identificación inmobiliaria. // 2. Indicación del término de declaratoria de la zona franca, el cual no podrá exceder de treinta años. // 3. Indicación de que la declaratoria sólo se hará efectiva a partir del momento en que se suscriba el acta final de liquidación del establecimiento público. // 4. Nombre o razón social del usuario-operador seleccionado para la zona, con la aclaración de que dicha calidad se hará efectiva a partir del momento en que se suscriba el acta final de liquidación del establecimiento público, y siempre y cuando el usuario-operador suscriba el contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones, en los términos previstos en este decreto. // 5. Indicación de las funciones, derechos, obligaciones y responsabilidades que se derivan de la calidad de usuario-operador. // 6. Indicación de que la calidad de usuario-operador se condicionará a lo previsto en el artículo 14 de este Decreto, para el caso de la enajenación de la totalidad de los inmuebles de la zona franca a un tercero. // 7. Indicación de las garantías que debe constituir el usuario-operador, a juicio del Ministerio de Comercio Exterior. // 8. Indicación de que el usuario-operador debe presentar informes semestrales, o en el momento en que el Ministerio de Comercio Exterior lo estime conveniente, sobre el avance de la operación, avalado por una firma de auditoría nacional o extranjera, debidamente reconocida.

[30] *Ibidem*, artículo 12: El contrato de arrendamiento entre el Ministerio de Comercio Exterior, por una parte, y el usuario-operador, por la otra, se suscribirá una vez expedida la resolución de selección de éste y de declaratoria de la zona franca, pero su vigencia comenzará en la fecha de suscripción del acta de liquidación del establecimiento público respectivo.

[31] Nota de la Sala: Más que un simple contrato de arrendamiento de bienes es un contrato que permite la explotación económica de una zona franca que se desarrolla en terrenos públicos.

[32] La Sala de Consulta y Servicio Civil, en el Concepto 2448 de 2021, al hacer referencia a los principios de igualdad y libre competencia económica y al derecho a la libertad de empresa, hizo

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

46

De otro lado, se da cumplimiento a los principios de la función administrativa, la cual está al servicio de los intereses generales, y, por lo tanto, debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad[33].

Lo anterior, sumado al hecho de que, en materia de contratación estatal, y como una manifestación del principio de transparencia, la regla general de escogencia de los contratistas es la licitación pública, salvo que la ley contemple otra forma de selección (abreviada, concurso de méritos, contratación directa, contratación de mínima cuantía).[34] Pero, si no se señala expresamente el procedimiento para la escogencia del contratista se debe adelantar, necesariamente, la licitación pública.

Así lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

> 20. La Ley 80 de 1993, consagró en su artículo 24 el principio de transparencia en materia de contratación estatal. En desarrollo del mismo, dispuso que para la selección de los contratistas, la regla general es el adelantamiento de la licitación pública y sólo excepcionalmente, en los casos taxativamente previstos en la norma, procedería la contratación directa(12). Esta disposición legal obedece a la consideración que siempre se ha tenido por parte de la doctrina y de la jurisprudencia, en relación con la mayor posibilidad de obtener una selección objetiva a partir del trámite de un proceso formal de selección como lo es la licitación pública, que se realiza con fundamento en unas reglas claras y completas previamente establecidas y en la que se garantizan los principios de igualdad, transparencia, economía y de libre concurrencia, [...]
>
> 21. De acuerdo con lo anterior, cuando una entidad estatal sometida a las normas de la Ley 80 de 1993 va a celebrar un contrato, debe verificar en primer lugar, cuál es el procedimiento de selección que se debe adelantar para la escogencia de su contratista y si no se presenta alguno de los eventos en los que excepcionalmente se admite un procedimiento diferente, necesariamente deberá adelantar la licitación pública para ello.[35] [Subrayas de la Sala]

Como no existe un procedimiento que garantice los principios de igualdad, libre competencia económica, libre concurrencia, selección objetiva, etc., para la declaratoria de zona franca en terrenos de propiedad de la Nación, y en general en

---

alusión a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-815 de 2001, para concluir que, como una manifestación del principio de igualdad, «el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, entiende la licitación como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable».

[33] Constitución Política, artículo 209.

[34] DÁVILA VINUEZA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal. Editorial Legis, Tercera Edición, p. 244.

[35] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia 1999-02778 del 27 de septiembre de 2013. Expediente 24339. La siguiente cita es del original del texto: (12) El artículo 24 vigente para la época de celebración de los contratos objeto de la presente litis —posteriormente fue modificado por el artículo 2º de la Ley 1150 de 2007—, establecía: "1º. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente: [...]

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

47

terrenos públicos, y para la selección del usuario operador, con quien se suscribiría el contrato de arrendamiento, debe adoptarse aquel procedimiento que sí los garantice, y este, se reitera, es la licitación pública que forma parte de la función administrativa.

Asimismo, sobre el particular, la Sala había manifestado lo siguiente:

> [...] es claro que la exigencia de agotar un procedimiento de selección de los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca solo puede cumplirse a través de una licitación, para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable.
>
> El procedimiento de licitación forma parte de la función administrativa que desarrollan las entidades públicas y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad. De esta forma, la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como sus decretos reglamentarios, son normas jurídicas que resultan de obligatorio acatamiento, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato que surja como consecuencia del procedimiento adelantado.[36]

Debe indicarse que, en un Estado social de derecho, como el colombiano, fundado, entre otros, en la prevalencia del interés general, la actuación de las autoridades ajustada a los principios constitucionales y legales garantiza el cumplimiento de los fines esenciales del Estado[37].

Dicha actuación «debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común»[38], es decir, ejercerse de conformidad con el principio de moralidad[39], «pilar esencial del funcionamiento del Estado».[40]

Además de lo hasta aquí señalado, la Sala analizó el artículo 86-2 del Decreto 2147 de 2016, adicionado por el Decreto 1054 de 2019, que indica que la solicitud de

---

[36] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021.

[37] Constitución Política, artículo 1: «Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general».
Artículo 2: «Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo».

[38] Ibáñez Najar, Jorge Enrique. Estudios de derecho constitucional y administrativo. Universidad Sergio Arboleda, Editorial Legis, segunda edición, 2007, p. 815

[39] «La ***moralidad administrativa*** a que hace referencia el constituyente es la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de legalidad». Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo - Tomo II. Universidad Externado de Colombia, 1998. 3ª Ed. Pág.102. Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C- 643 de 2012.

[40] Corte Constitucional, Sentencia C- 988 de 2006.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

48

prórroga del término de zona franca es elevada, ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por el usuario operador de esta. Según dicha disposición, para el caso de zonas francas que operen en terrenos de propiedad de la Nación como son las de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, significaría, en una interpretación literal y descontextualizada, que solo los actuales usuarios operadores de estas zonas francas podrían solicitar su prórroga, y, por ende, la del respectivo contrato de arrendamiento.

Pero, una interpretación en ese sentido no estaría acorde con los principios de la contratación estatal (igualdad, transparencia, libre concurrencia, selección objetiva, imparcialidad, responsabilidad, entre otros), y, por lo tanto, por ser dicho decreto una norma de inferior categoría no puede implicar el desconocimiento de los postulados de la Ley 80 de 1993 en materia de principios orientadores de la contratación estatal. Dijo en aquella oportunidad:

> [...] una interpretación literal y descontextualizada de la norma, llevaría a concluir que, en el caso específico de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la prórroga de la zona franca, y por ende, la del respectivo contrato de arrendamiento, solo podría efectuarse con sus actuales usuarios operadores.
>
> Con todo, esta interpretación no sería acorde con los principios de igualdad y transparencia, y afectaría la libre concurrencia de las personas que quieren participar en la administración de las citadas zonas francas y suscribir el correspondiente contrato de arrendamiento.
>
> Tampoco sería acorde con dichos principios, una interpretación del Decreto 1054 de 2019 en el sentido de que la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, conlleva a su vez la prórroga de los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de dichas zonas.
>
> [...]
>
> Dentro de este marco, para la Sala, la Administración en el trámite de prórroga de las actuales zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, tiene la obligación de garantizar y velar por la aplicación de los principios de trasparencia y libre concurrencia, selección objetiva, igualdad, imparcialidad, responsabilidad, entre otros, establecidos en la Ley 80 de 1993. Estos principios resultan aplicables en el trámite de prórroga de las señaladas zonas francas.
>
> En esta medida, se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia, para de esta manera hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,[60] la publicidad de todo el *iter* contractual, la selección objetiva del contratista, esto es, del usuario operador de la zona franca, así como el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración[61] [41].

---

[41] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021. Las siguientes citas son del original del texto: [60]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037. // [61]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

49

De otro lado, sobre la posibilidad de prorrogar nuevamente los contratos de arrendamiento suscritos con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca[42], la Sala, en conceptos anteriores, ya la había desestimado por considerar que esta «es contraria a los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia»[43], debido a que tales contratos habían sido objeto de varias prórrogas que llevaron a que un plazo inicial de quince años se convirtiera en treinta años, los cuales se cumplen en junio de 2024.

---

Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2016. Número único de radicación 76001-23-31-000-2005-02371.

[42] Debe tenerse presente que los contratos de arrendamiento referidos son contratos estatales que se rigen por la Ley 80 de 1993 y las normas especiales que regulan la materia. Así lo ha indicado la Sala desde 1998 hasta la fecha.

En aquella oportunidad dijo: «La anterior normatividad [se refiere a la Ley 7a. de 1991 – Ley de Comercio Exterior- y al Decreto 2480 de 1993] permite inferir que, dada la especialidad de las zonas francas, el contrato estatal que rige el arrendamiento de los terrenos e instalaciones propios de la actividad contractual, debe sujetarse a la ley 80 de 1993 y al régimen especial que para ellas prevea el legislador, de conformidad con lo preceptuado por la ley 7a. de 1991». (Subrayado de la Sala). Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1157 del 14 de diciembre de 1998.

En concepto posterior, al hacer un análisis de la zona franca de Palmaseca y el contrato de arrendamiento, indicó: «Para establecer el régimen jurídico del contrato deben tenerse en cuenta las siguientes premisas: i) el contrato objeto de análisis constituye un contrato estatal habida cuenta que fue celebrado por el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo[108], ii) en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, las leyes aplicables a un contrato son aquellas vigentes al momento de su celebración[109] y iii) dentro del contrato estatal tiene pleno reconocimiento el principio de la autonomía de la voluntad[110]. // Bajo este marco, el régimen jurídico del contrato está conformado por: i) las cláusulas del negocio jurídico, ii) la Resolución No. 0835 del 2 de junio de 1994, iii) las normas relativas a las zonas francas[111], iv) las disposiciones del Código Civil y de Comercio v) la Ley 80 de 1993». (Subrayado de la Sala). Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2385 del 23 de abril de 2019 (Se refiere a la zona franca de Palmaseca).

Y, recientemente, en el año 2021, la Sala al analizar la posibilidad de prorrogar los contratos de arrendamiento suscritos sobre los terrenos de propiedad de la Nación para la operación de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, señaló: «iii) Teniendo en cuenta lo anterior, los contratos de arrendamiento de los inmuebles donde operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca -que incorporan obligaciones de promoción, dirección, administración y operación de las zonas-, o aquellos que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decida utilizar en el futuro, deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar la zona franca a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación. // A juicio de la Sala, es claro que la exigencia de agotar un procedimiento de selección de los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca solo puede cumplirse a través de una licitación, para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable. // El procedimiento de licitación forma parte de la función administrativa que desarrollan las entidades públicas y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad. De esta forma, la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como sus decretos reglamentarios, son normas jurídicas que resultan de obligatorio acatamiento, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato que surja como consecuencia del procedimiento adelantado». (Subrayado de la Sala). Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021.

[43] Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 2385 del 23 de abril de 2019 y 2448 del 26 de abril de 2021.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

30

Igualmente, prorrogar una vez más los contratos de arrendamiento mencionados implica adicionar su valor, con lo cual se supera el límite establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según el cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales».

Al analizar el contrato de arrendamiento de la zona franca de Palmaseca, la Sala consideró que el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 resulta aplicable a los contratos de arrendamiento de zonas francas, dado que:

> i) El parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 señala con claridad que la restricción allí establecida aplica a los contratos estatales. De acuerdo con los artículos 2º y 32 de la Ley 80 de 1993, y del análisis que la Sala realizó del negocio jurídico celebrado entre el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y el Usuario Operador de la Zona Franca, este corresponde a un contrato estatal[117].
>
> ii) El límite cuantitativo del 50% establecido en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993[118], tiene lugar, por regla general, cuando: a) el valor del contrato se incrementa como consecuencia de la ampliación del objeto contractual al incluirse elementos no previstos expresamente en el contrato celebrado, pero que se encuentran ligados con este y son fundamentales para cumplir con la finalidad que se busca satisfacer (contrato adicional), b) se cambian algunas de las condiciones originales del contrato, pero dichas modificaciones no afectan su objeto (adición del contrato), y c) cuando se modifica el valor unitario pactado de los ítems previstos.
>
> En el caso particular del contrato objeto de estudio, encuentra la Sala que aplica el límite del 50% habida cuenta que se propone una modificación al valor unitario de los ítems previstos en el contrato. Así se evidencia de la comparación de los ítems y valores señalados en el contrato original, el Otrosí No. 2 y la propuesta realizada por el Usuario Operador, en relación al canon de arrendamiento:
>
> (...)[44]

---

[44] Sala de Consulta y Servicio Civil. Conceptos 2385 del 23 de abril de 2019. Las siguientes citas son del original del texto: [117] Frente a la aplicación de la Ley 80 de 1993, vale la pena señalar que en la propuesta presentada por el Usuario Operador para su designación indicó su voluntad para celebrar un contrato de arrendamiento sometido a la Ley 80 de 1993: "VOLUNTAD MANIFIESTA DE CELEBRAR CONTRARATO (SIC) DE ARRENDAMIENTO (...) "Tercero: La relación contractual a celebrase (sic), tendría como objeto y se regirá por los términos contenidos en la Convocatoria Pública anteriormente referida y en especial las disposiciones contenidas en los Decretos 2131/91, 2480/93 y la Ley 80 de 1993". Asimismo, la Sala señaló en una oportunidad anterior que los contratos de arrendamiento de zonas francas están sometidos a la Ley 80 de 1993: "La ley 7a. de 1991, ley marco por la cual se dictaron normas generales a las que debía sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país se creó el Ministerio de Comercio Exterior y se dictaron otras disposiciones; en el artículo 6o. reguló la existencia y funcionamiento de las zonas francas, teniendo en cuenta las características propias de las mismas y *" ...dictar normas especiales sobre contratación entre aquellas y sus usuarios"*. En desarrollo de esta ley se expidió el decreto reglamentario 2480 de 1993, que fijó el régimen de zona franca industrial de bienes y de servicios para las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

51

Ahora bien, respecto a cuál es el valor inicial al que hace referencia la norma, si el canon de arrendamiento pactado o el plan de inversiones acordado, la Sala, previo a advertir que dicha inquietud debe analizarse en cada caso concreto, indicó que el valor inicial corresponde al canon de arrendamiento, por cuanto:

i) El contrato celebrado por las partes es un contrato de arrendamiento.

ii) De acuerdo con lo dispuesto en la cláusula vigésima tercera, el canon de arrendamiento es el criterio utilizado para establecer el valor del contrato:

> "VIGÉSIMA. TERCERA. – VALOR TOTAL DEL CONTRATO: Para efectos fiscales y constitución de pólizas, el valor total del presente contrato será la suma de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS ($1.350.000.000,oo) M/cte equivalentes al canon de arrendamiento fijado para el primer año, multiplicado por el número total de años de vigencia del contrato". (Subrayado fuera del texto).

iii) Desde el punto de vista técnico-económico:

> "[E]l precio es el valor monetario que tienen los bienes y servicios, o dicho de otro modo, la cantidad de dinero que se entrega a cambio de la obtención –o arriendo- de aquellos, con el fin de usarlos, disfrutarlos (…)"[126]. (Subrayado fuera del texto).

En el mismo sentido, la jurisprudencia ha indicado:

---

Este decreto estableció que la declaratoria de la zona franca industrial de bienes y de servicios se haría por el Ministerio de Comercio Exterior, mediante resolución en la cual también se consignaría la selección del usuario-operador de la misma y, solo una vez proferido dicho acto, se procedería a la suscripción del respectivo contrato de arrendamiento.
La anterior normatividad permite inferir que, dada la especialidad de las zonas francas, el contrato estatal que rige el arrendamiento de los terrenos e instalaciones propios de la actividad contractual, debe sujetarse a la ley 80 de 1993 y al régimen especial que para ellas prevea el legislador, de conformidad con lo preceptuado por la ley 7a. de 1991". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 14 de diciembre de 1998. Exp. 1157. // [118] La Ley 80 de 1993 abandonó el concepto de contrato adicional e introdujo el de "adición de los contratos", sin especificar el alcance de esta figura, solamente se limitó a señalar en su artículo 40 que "*Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales".* Esta ley mantuvo igualmente la exclusión dentro del concepto de adición de contratos, de los reajustes o revisión de precios. En esta dirección, de conformidad con la ley y la jurisprudencia no aplica el límite cuantitativo del 50% del valor inicial del contrato: (i) cuando en un contrato de obra pública se pactaron mecanismos de ajuste de precios, (ii) cuando tenga lugar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando exista plena prueba que acredite los requisitos para proceder al restablecimiento y (iii) en los contratos de interventoría, cuando se den las situaciones previstas en la ley. Asimismo, cuando se incrementa el valor del contrato como consecuencia de la variación de las cantidades de obra previamente pactadas sin que se modifique el valor unitario de los ítems, dicho incremento no queda sujeto al límite cuantitativo señalado en la ley, del 50%. Este incremento es el resultado de aplicar la modalidad de pago pactada en el contrato a precio unitario. En estos casos, se entiende que la obra ha sido contratada pero su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato sin que implique modificación del objeto contratado. El objeto continúa igual y las partes lo que hacen es cumplir los términos del contrato en cuanto a aplicar las fórmulas previamente pactadas para definir el valor final del contrato. Sin embargo, no puede desconocer la Sala que el reconocimiento de mayor cantidad de obra, sin que genere adición de contrato o contrato adicional, es una posición jurídica que no ha sido pacífica en la jurisprudencia.

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

> "De acuerdo con parte de la doctrina, el precio es un ingreso pecuniario, no definitivo, de contrapartida directa, personal y de total equivalencia al costo económico de los bienes y servicios así vendidos en el mercado.
>
> (...)
>
> La característica principal del precio está en la existencia de una contrapartida, directa y de total equivalencia, entre el valor pecuniario entregado y el costo económico del bien o servicio que se recibe a cambio, costo este que involucra la ganancia del propietario de los medios de producción empleados"[127].

De esta suerte, el canon de arrendamiento es el precio que paga el Usuario Operador para obtener el uso y goce de los bienes objeto del contrato.

Bajo las anteriores consideraciones es razonable concluir que, para los efectos del parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, en el caso objeto de estudio, el valor inicial del contrato corresponde a la suma establecida como "canon de arrendamiento", valor que si bien no está determinado, es determinable[45].

Este mismo análisis aplica para las zonas francas de Barranquilla y Cartagena.

En conclusión, se reitera que no es posible prorrogar los contratos de arrendamiento que existen actualmente con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, por las siguientes razones:

a. Si bien el Decreto 2147 de 2016, adicionado por el Decreto 1054 de 2019, reguló la prórroga de las zonas francas que operan tanto en bienes de la Nación como en bienes de propiedad de particulares, no se refirió a la prórroga de los contratos de arrendamiento que tienen suscritos los usuarios operadores con la Nación, por lo que no puede interpretarse tal disposición en el sentido de que con la prórroga de la zona franca automáticamente se prorrogan tales contratos, pues se estaría vulnerando el estatuto de contratación estatal.

   Dicha normativa debe interpretarse de manera sistemática y armónica con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables.

b. Dichos contratos de arrendamiento recaen sobre bienes de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, y, por lo tanto, se deben regir por los principios de la contratación estatal contenidos en la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la modifiquen, sustituyan o complementen.

---

[45] *Ibidem*. Las siguientes citas son del original del texto: [126] Marín Cortés, Fabián G. El precio. Centro de Estudios de Derecho Administrativo. Librería Jurídica Sánchez. 2012, p. 20. // [127] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 20 de octubre de 1995. Radicación número: 7110.

Id Documento: 1100103060002022001010018000080004

c. Tales contratos ya habían sido prorrogados en varias oportunidades, ampliándose su plazo inicial de quince años a treinta años, por lo que una 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 parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993.

e. Dada la imposibilidad de prorrogar los contratos de arrendamiento referidos, el Ministerio debe proceder, mediante licitación pública, a seleccionar a los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca que explotarán dichas zonas francas a partir del 2024, y con aquellos que sean seleccionados se suscribirán los respectivos contratos de arrendamiento de los bienes de su propiedad.

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.

Por último, llama la atención de la Sala el hecho de que la prórroga del contrato de arrendamiento planteada por el ministerio sea por el término de tres años, -lo que, en principio, supondría la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas-, lo cual no parece viable a la luz de lo previsto en el artículo 86-4 del Decreto 2147 de 2016, adicionado por el artículo 1 del Decreto 1054 de 2019 y modificado por el artículo 38 del Decreto 278 de 2021, que indica que el término por el que se puede solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca, es de mínimo diez años.

**4. Potestad reglamentaria del presidente de la República**

La potestad reglamentaria es una facultad concedida por la Constitución al presidente de la República, con el fin de que este, mediante la expedición de un acto administrativo, emita normas que permitan la aplicación de una ley, pero sin

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

54

que se puedan desbordar los lineamientos establecidos en ella[46]. Esta potestad es propia del principio de separación de poderes, pues mientras el legislador crea el derecho el ejecutivo lo aplica.

El artículo 189, numeral 11, de la Carta Política faculta al presidente de la República como jefe de Estado, jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa para «[e]jercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes».

Asimismo, el numeral 25 del artículo en cita lo faculta para «[o]rganizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley». (Subrayas de la Sala).

Estas dos disposiciones contienen facultades reglamentarias[47] por parte del presidente de la República, y su finalidad, en ambos casos, es la de «complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera, por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella»[48].

---

[46] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Rad.: 11001032500020140030700 (0914-14) del 10 de diciembre de 2020 [La demanda pretendió la nulidad de los artículos 1 y 4 del Decreto 1336 de 2003 que regula la prima técnica y si al configurarse la expedición irregular por falta de motivación, ello afecta la validez de todo el Decreto 1336 de 2003]:«[...] para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios(21). De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias». La siguiente cita es del original del texto: [21] En el caso de los llamados reglamentos "constitucionales autónomos" debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.

[47] Como lo ha dicho la jurisprudencia, hay varias tipologías de reglamento: i) los expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; ii) los reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y iii) los reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 10 de diciembre de 2020, Radicado 11001032500020140030700 (0914-14).

[48] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 10 de diciembre de 2020, Radicado 11001032500020140030700 (0914-14).

Id Documento: 110010306000202200101001800000080004

55

No obstante, dicha potestad reglamentaria de la administración tiene unos límites dado que con los reglamentos no se puede modificar, ampliar o restringir la ley en cuanto su contenido o alcance, únicamente están orientados a procurar su debida ejecución, mediante el desarrollo de las reglas y principios allí establecidos, y complementarla en aquellos detalles y pormenores que permitan su aplicación.

Así lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

> [...] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta (sic) en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario [...][49]

La extensión de la reglamentación varía dependiendo de la extensión de la ley, pues en la medida en que esta tenga un contenido general, como las leyes marco y las de intervención económica, la potestad reglamentaria es mayor; pero, si el contenido legal es concreto y preciso, la reglamentación es más restringida.

En este sentido, la jurisprudencia ha identificado dos tipos de potestad reglamentaria, atendiendo a su objeto y fuerza normativa: la **potestad reglamentaria especial** que emana del artículo 189, numeral 25 de la Constitución, y que tiene por objeto la reglamentación de leyes marco; y, la **potestad reglamentaria ordinaria**, que emana del artículo 189, numeral 11 de la Carta. Dijo en aquella oportunidad el Consejo de Estado:

> Ahora, de acuerdo con las características propias de cada una de las formas de reglamentación de la ley antes vista, la jurisprudencia ha entendido que existen diferencias entre ellas, a saber:

---

[49] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, Expediente 24715.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

56

> [...] De modo que, en términos de competencia, el Gobierno, amparado en el artículo 150 - 19 - c) de la Carta, puede expedir disposiciones con igual fuerza normativa de las que hacían parte o estaban contenidas en el régimen de aduanas, emanadas del legislador con anterioridad a la reforma constitucional de 1.968, no obstante que los actos mediante los cuales las expida tengan la condición de decretos reglamentarios. Resulta entonces que se está frente a una **potestad reglamentaria especial**, distinta de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 - 11 de la Carta, ya que su efecto reglamentario está referido a las citadas leyes marco. De esta manera aparece que el Gobierno tiene dos tipos de potestad reglamentaria atendiendo su objeto y fuerza normativa, a saber: a. La que emana del artículo 189, numeral 25, literal c) de la Constitución y que tiene como objeto la reglamentación de las leyes marco, entre ellas las aduaneras, cuyos decretos tienen un ámbito de reglamentación amplio del régimen aduanero, pues sólo están sujetos a las normas generales y dentro de ellas a los objetivos y criterios señalados en la ley marco objeto de reglamentación, sin que ello signifique desplazamiento ni usurpación de funciones o competencias del Congreso de la República en su condición de legislador. b. Y la que deriva del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, que bien se puede calificar como ordinaria, para desarrollar, en orden a su cumplida ejecución, las leyes que se refieran a materias diferentes del régimen de aduanas. [...]"(26) (negrilla fuera de texto)[50] (negrilla propia del texto)

Existen diferentes disposiciones legales que contienen normas relacionadas con el régimen franco, tales como: la Ley 1004 de 2005 (Por la cual se modifica un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones), la Ley 7 de 1991 (Ley marco de Comercio Exterior) y la Ley 1609 de 2013 (que contiene disposiciones concernientes al régimen de aduanas). Cada una de estas leyes han sido reglamentadas, en materia de zonas francas, por el presidente de la República, en ejercicio de su potestad reglamentaria tanto ordinaria (artículo 189-11 de la Constitución Política) como especial (artículo 189-25 de la Constitución Política), pero, además, por cuanto en cada una de dichas leyes, se reitera, igualmente, la potestad de reglamentación.[51]

---

[50] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia del 10 de diciembre de 2020, Radicado 11001032500020140030700 (0914-14). La siguiente cita es del original del texto: (26) Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 17 de septiembre de 2009, Radicación 2003-0025, reiterada en la sentencia del 8 de junio de 2016, Radicación 11001-03-24-000-2009-00241-00, actor: Luis Fernando Jaramillo Duque.

[51] Además de la potestad reglamentaria conferida por la Constitución Política al presidente de la República, las leyes citadas también hacen alusión a tal facultad, así:
La Ley 1004 de 2005, artículo 4, numeral 1, dispuso que el Gobierno nacional debía «Determinar lo relativo a la autorización y funcionamiento de Zonas Francas Permanentes o Transitorias».
La Ley 1609 de 2013, artículo 1, señala: «**SUJECIÓN A LA LEY.** El Gobierno Nacional, al modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, no podrá exceder los términos establecidos en la presente ley, sin entrar a regular aspectos o materias que correspondan privativamente al Congreso de la República, ni este hacer desarrollos normativos que son propios del Ejecutivo. // De la misma forma el Congreso de la República al ejercer la facultad legislativa en estos aspectos, deberá tener en cuenta la responsabilidad social en procura de mantener la estabilidad jurídica nacional, sin asumir competencias, que frente a estas materias, correspondan al Gobierno Nacional».
Y el artículo 2 dice: «**REGULACIÓN.** Los decretos que dicte el Gobierno para desarrollar esta ley marco serán reglamentados a través de Resoluciones de Carácter General, proferidas por la autoridad competente. // Lo establecido en el presente artículo, no impide la Promulgación de Actos Administrativos proferidos en virtud del Principio de Coordinación y Cooperación de las entidades del Estado, expedidos en procura del debido desarrollo y aplicación de los aspectos reglamentados de que trata el inciso primero. // [...]».

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

57

Evidencia de ello, son los diferentes decretos expedidos y que reglamentan las zonas francas dentro de los límites propios de cada ley, tales como: *i)* Decreto 2147 de 2016 «por el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones», *ii)* Decreto 1054 de 2019 «por el cual se adiciona el Capítulo XII al Título I del Decreto número 2147 de 2016, para reglamentar la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas» y *iii)* Decreto 278 de 2021 «Por el cual se modifica el Decreto 2147 de 2016», entre otros.

En ejercicio de la potestad reglamentaria, el presidente de la República puede reglamentar la declaratoria de las zonas francas que operen en terrenos de propiedad de la Nación y la selección del usuario operador, con el fin de que este régimen franco se ajuste a los principios de libre competencia económica y a los de la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Igualmente, a los principios de la contratación estatal de libre concurrencia, libre competencia, igualdad de oportunidades, transparencia, selección objetiva, entre otros.

No obstante tal potestad reglamentaria, es importante precisar que en la consulta se pregunta si debe expedirse un decreto reglamentario para prorrogar los contratos de arrendamiento actualmente celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad total o parcial de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La expedición de un decreto reglamentario para tal fin implica prorrogar los contratos de arrendamiento, ya no por vía de la suscripción de una modificación del contrato en cuanto a su plazo, sino por vía de un reglamento. Al respecto, la Sala ha manifestado, desde años atrás, que no procede la prórroga de estos contratos y que la vía indicada es sacar un proceso licitatorio para la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y para la selección de los usuarios operadores, y una vez seleccionados, se suscribirá con ellos los contratos de arrendamiento correspondientes.

Por lo tanto, la Sala considera que no es procedente expedir un decreto reglamentario en los términos planteados en la consulta.

**5. Aplicación de las disposiciones especiales - no contractuales – del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador, cuando se trate de declaratoria de zonas francas en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Convocatoria pública – Pliego de condiciones**

Una de las inquietudes planteadas en la consulta es establecer la forma en que deben aplicarse las reglas contenidas en el Decreto 2147 de 2016 para la

---

La Ley 7 de 1991, artículo 11: «El Gobierno Nacional regulará las zonas fronterizas con base en los siguientes criterios: [...]»

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

58

declaración de la existencia de la zona franca y la selección del usuario operador a los procesos que regula el estatuto de contratación pública, dado que aquel es una norma especial, en la cual la selección del usuario operador se rige por las reglas de la demanda.

Por esta razón, se pregunta cómo deben ser entendidas y cómo deben aplicarse las disposiciones especiales - no contractuales – del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador.

Sobre el particular, cabe recordar que el Decreto 2147 de 2016, con sus modificaciones, constituye el régimen general en materia de zonas francas[52], y dentro de los aspectos que regula se encuentran, entre otros, lo referente a la declaratoria de las zonas francas, el usuario operador y la prórroga de dicha declaratoria.

Ahora bien, la normativa contenida en el Decreto 2147, si bien regula todo el régimen franco, está estructurada para reglar, especialmente, las zonas francas que operan en bienes particulares o privados. A esta conclusión se llega, por las siguientes razones:

a. La iniciativa para la declaratoria de zona franca nace en la persona jurídica que pretende ser usuario operador o por el único usuario industrial de la zona franca o por el usuario administrador, según la clase de zona franca de que se trate (artículo 25).

b. No establece ningún procedimiento para la selección de usuario operador, pues quien tiene interés y cumpla con los requisitos establecidos es quien eleva la solicitud o se postula ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (artículos 26, modificado por el artículo 10 del Decreto 278 de 2021 y siguientes; artículo 70, modificado parcialmente en su numeral 9 por el Decreto 659 de 2018). Dicha postulación se presenta con la solicitud de declaratoria de existencia de la zona franca permanente, salvo que se trate de una zona franca ya declarada (artículo 70, parágrafo 1º).

c. Los bienes inmuebles en donde va a funcionar la zona franca pueden ser de titularidad del usuario operador o de un tercero (concebido como particular). En este último caso, se debe contar con un título jurídico que acredite la disponibilidad jurídica para la operación de la zona franca (artículo 12).

Posteriormente, y ante el vacío existente respecto a la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas[53], se expidió el Decreto 1054 de

---

[52]En el artículo 140, numeral 2, del Decreto 2147 de 2016 se previó que dicho decreto «regula íntegramente las materias previstas en él, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, en concordancia con los numerales 2 y 3 del artículo anterior, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria sobre zonas francas».

[53] Decreto 1054 de 2019, Considerandos: Que es necesario reglamentar los requisitos y criterios para el otorgamiento de la prórroga del término de declaratoria de existencia de zonas francas.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

59

2019, que adicionó el Decreto 2147 de 2016, «para que las zonas francas que cumplan la finalidad establecida en el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005, y que estén cerca de desaparecer por cumplimiento del término de duración, puedan seguir funcionado, siempre y cuando observen las condiciones, requisitos y trámite exigidos para autorizar la susodicha prórroga»[54].

Fue en el Decreto 1054 de 2019, artículo 86-7, en el que se hicieron extensivos los requisitos y condiciones allí previstos para la autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas, en donde los terrenos sean, total o parcialmente, de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La regulación contenida en este Decreto 1054 presenta algunas dificultades, en su aplicación, respecto a las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca que operan en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Ello, por lo siguiente:

a. La iniciativa para la declaratoria de estas zonas francas surgió, en su momento, de la misma administración (Ministerio de Comercio Exterior de entonces), la que adelantó un proceso de convocatoria pública. Si se llega a requerir una nueva declaratoria de zona franca en dichos terrenos, la iniciativa tendría que provenir de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, pues es él el propietario de los terrenos.

b. Pero, en gracia de discusión, si la iniciativa surgiera de un particular (quien se postula como usuario operador), que en virtud del Decreto 2147 de 2016 debe ser una persona jurídica, este tendría que garantizar la disponibilidad de los terrenos, y para ello debe allegar el contrato suscrito con el propietario de los mismos, que para el caso sería el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

   El Ministerio, como se indicó en líneas anteriores, no puede suscribir un contrato con un particular, para que este acredite la disponibilidad jurídica de los terrenos en donde operará la zona franca, sin garantizar la observancia de los principios de la contratación estatal (igualdad, transparencia, libre concurrencia, libre competencia, selección objetiva, imparcialidad, responsabilidad, entre otros).

   Lo anterior, habida cuenta de que el contrato que llegare a suscribir dicho ministerio con quien se vaya a postular como usuario operador es un contrato de naturaleza estatal.

c. Además de lo anterior, si los terrenos donde va a operar una zona franca son de propiedad de la Nación, esta no podría limitar la participación solo a quien decida postularse como usuario operador, por el contrario, la declaratoria de la zona franca y la selección del usuario operador deben obedecer a postulados participativos, abiertos, públicos, de tal manera que todo aquel que desee

[54] Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2448 del 26 de abril de 2021.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

60

participar pueda hacerlo, en la medida en que cumpla con los requisitos señalados en la norma jurídica.

d. El interés de mantener o terminar las zonas francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación es de la misma Nación, no solo porque los inmuebles en donde funciona la zona franca son de su propiedad, sino, además, por los motivos económicos y sociales de interés público que están involucrados en este tipo de actividades y áreas geográficas (aumento de las exportaciones y de la competitividad, creación de empleo, desarrollo regional, etc.).

En consecuencia, hay muchas exigencias del régimen franco que, respecto a las zonas francas que operan en terrenos de propiedad de la Nación, o en general en terrenos públicos, no pueden aplicarse de la manera como están concebidas, pues se estarían vulnerando los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 de la Constitución y, por ende, los principios de la contratación estatal (Ley 80 de 1993). Y no puede olvidarse que, en materia de jerarquía normativa, la Constitución y la ley están por encima de un decreto reglamentario.

Una forma de integrar las disposiciones especiales - no contractuales – del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador, es incorporarlas en unos pliegos de condiciones que rijan un proceso licitatorio o una convocatoria pública.

Como lo señaló la Corte Constitucional, la licitación pública es la mejor manera para que la administración asegure los principios constitucionales de moralidad administrativa, igualdad, libre concurrencia y publicidad, y preserve siempre el interés público que debe regir todas sus actuaciones. Y, el pliego de condiciones, como uno de los actos propios de un proceso licitatorio, es el instrumento que contiene las reglas, que elabora exclusivamente la administración, para disciplinar el procedimiento correspondiente. Dijo la Corte:

> [...] es innegable que la licitación pública como procedimiento para materializar y exteriorizar la voluntad de la entidad estatal y de los particulares al momento de asumir una relación de tipo contractual, se convierte en el instrumento idóneo y suficiente que tiene la administración para asegurar la vigencia de los principios constitucionales de moralidad administrativa, igualdad, libre concurrencia y publicidad, y además para mantener incólume los intereses económicos del Estado. De suerte que, tal y como lo sostiene la doctrina [(101)], salvo las excepciones previstas en la ley, fundadas siempre en consideraciones de interés público, se impone la realización previa de la licitación pública para la celebración de todos los contratos de la administración. [...]
>
> En consecuencia, la licitación es el procedimiento que permite satisfacer integralmente el interés público mediante la escogencia de la mejor oferta que reúna todas las condiciones previstas en los pliegos de condiciones; asegurando, por una parte, la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de las funciones administrativas por parte de la entidades estatales; y, por la otra, constituyendo el

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

61

instrumento idóneo para hacer efectiva la igualdad de trato y la vigencia de la libre concurrencia en el trámite de formación de la voluntad contractual.

[...]

17. Dentro de este conjunto de actos se encuentra el denominado pliego de condiciones, el cual se puede definir como el conjunto de reglas que elabora exclusivamente la administración para disciplinar el procedimiento de selección objetiva del contratista y delimitar el alcance del contrato estatal. Se trata de un acto de contenido general, que fija los parámetros para comparar las propuestas presentadas por los oferentes y que permite regular los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción del contrato. De ahí que no sea un simple acto de trámite, sino un verdadero acto administrativo mediante el cual se plasma una declaración de inteligencia y voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, máxime cuando los pliegos tienen esencialmente un contenido normativo por ser la ley de la licitación y la ley del contrato.

[...]

Los pliegos de condiciones son elaborados unilateralmente por la administración, sin ninguna participación de los eventuales proponentes, ya que corresponden a una manifestación del poder o *imperium* del Estado, quien a través de sus entidades estatales evalúa discrecionalmente la conveniencia, idoneidad, suficiencia y proporcionalidad de los requisitos habilitantes y de los factores de selección en ellos previstos, con el propósito de satisfacer el interés público que subyace en los fines de la contratación estatal.[55]

---

[55] Corte Constitucional, Sentencia SU-713 de agosto 23 de 2006. La siguiente cita es del original del texto: (101) Dávila. Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la Contratación Estatal. 2º Edición. Legis. Bogotá. 2003 y Quintero Múnera. Andrés. Mutis Vanegas. Andrés. La Contratación Estatal. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2000.
La Sala de Consulta y Servicio Civil se había referido, sobre la naturaleza de los pliegos de condiciones, en los siguientes términos: «El pliego de condiciones o términos de referencia es el documento contentivo de las estipulaciones generales e impersonales que rigen los procedimientos de licitación y adjudicación públicas, y las condiciones del vínculo contractual que, en la etapa precontractual y atendiendo el principio de transparencia, elabora la entidad pública que convoca. Estos términos de referencia deben sujetarse a las condiciones previstas en el numeral 5o. del artículo 24 de la ley 80 de 1993, que entre otras estatuye el señalamiento *"... de los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección"*, lo anterior en armonía con lo establecido en el numeral 2o. del artículo 30 del estatuto contractual. // Respecto del pliego de condiciones la Sección Tercera de esta Corporación, en auto del 1o. de agosto de 1991, proferido dentro del expediente No. 6802, manifestó: "Dentro de la pluralidad de actos administrativos, individualizados por sus finalidades específicas propias y ligados a la finalidad común, se destaca **el pliego de condiciones; se trata de un acto unilateral proferido por la entidad pública, con efectos jurídicos propios tanto en el proceso de selección del contratista como en los posteriores de celebración y ejecución del contrato;** reglamenta las relaciones de quienes participan en el primero; es fuente de interpretación de las cláusulas que se acuerdan y se ejecutan en los últimos; de allí que su naturaleza corresponda a la de un acto administrativo general entendido este último como la manifestación unilateral de la voluntad del Estado en ejercicio de la función administrativa, creadora de situaciones jurídicas generales, impersonales y objetivas". (Resalta la Sala)». Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 1157 del 14 de diciembre de 1998.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

62

En conclusión, la norma establecida en el Decreto 2147 de 2016 para seleccionar usuario operador de las zonas francas, no es compatible cuando el interesado pretenda operar una zona franca que funcione en terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Ello, por cuanto, la norma dispone que el interesado en ser usuario operador se postule con la solicitud de declaratoria de zona franca, pero, en terrenos públicos no es posible limitar la participación de las personas que pretendan la declaratoria de zona franca y ser su usuario operador. Al ser terrenos de propiedad de la Nación se deben adelantar procedimientos abiertos que garanticen la participación de todo aquel que así lo desee y cumpla con los requisitos exigidos. Tampoco, la Nación puede celebrar contratos sobre dichos terrenos públicos sin atender a los principios de publicidad, libre concurrencia, libre competencia, igualdad, selección objetiva, moralidad pública, transparencia, entre otros.

Por lo tanto, la administración debe abrir una licitación pública e incorporar en los pliegos de condiciones que la regule las disposiciones especiales - no contractuales – del Decreto 2147 de 2016, en materia de requisitos que debe acreditar el usuario operador.

Por último, desde el año 2019, la Sala ha sido enfática en su posición de señalar la necesidad de abrir un proceso licitatorio para estas zonas francas que operan en bienes de propiedad de la Nación, ante la ausencia de norma que regule un procedimiento que garantice los principios de igualdad, libre concurrencia y libre competencia, entre otros, contenidos en la Constitución Política y en el Estatuto de Contratación Pública.

No obstante, a la fecha, el Ministerio continúa planteando la misma inquietud. Por ello, se reitera la sugerencia que la Sala ha venido haciendo, desde dicha época, en el sentido de sacar, lo más pronto posible, los procesos de licitación pública pertinentes para seleccionar a los usuarios operadores de dichas zonas francas, y, en consecuencia, suscribir con ellos los contratos de arrendamiento requeridos.

De otro lado, advierte la Sala que, según información que aparece en el sistema SAMAI, cursa, actualmente, en el Consejo de Estado, Sección Primera, un proceso de nulidad contra el artículo 37 del Decreto 278 de 2021 y el Decreto 1054 de 2019, cuyo número de radicación es 11001-03-24-000-2021-00263-00 (Auto que admite demanda del 25 de junio de 2021), el cual, a la fecha, no ha sido objeto de sentencia. Adicionalmente, cursaba otro proceso de nulidad contra el Decreto 1054 de 2019, en la Sección Primera, con número de radicación 11001-03-24-000-2021-00041-00 (Auto que inadmite demanda del 7 de julio de 2021), el cual, a la fecha, fue archivado por retiro de la demanda.

En atención a las consideraciones anteriores, la Sala de Consulta y Servicio Civil

**III. RESPONDE:**

Id Documento: 110010306000202200101001800000800004

63

1.- ¿Cómo deben ser entendidas y cómo deben aplicarse las disposiciones especiales (No Contractuales) del artículo 26 y siguientes del Decreto 2147 de 2016, expedido en el marco de las Leyes 7 de 1991, 1004 de 2005 y 1609 de 2013, en materia de requisitos que debe acreditar el Usuario Operador?

Las disposiciones especiales (no contractuales) en materia de requisitos de usuario operador contenidas en el Decreto 2147 de 2016, cuando se trate de terrenos de propiedad de la Nación o de una entidad pública en general, deben ser entendidas como reglas que deben cumplirse en el marco de un proceso de licitación. Por tal razón, dichas normas especiales deben incorporarse en el pliego de condiciones que rija el respectivo proceso licitatorio, de tal suerte que se garanticen los principios de libre concurrencia, libre competencia, igualdad, transparencia, selección objetiva, publicidad, moralidad pública, entre otros, contenidos en la Constitución Política y en la Ley 80 de 1993.

2.- Para contar con los tiempos que demanda la preparación del procedimiento de selección, la definición sobre si este comprenderá las calidades de Usuario Operador y Arrendatario, la necesidad de subsanar los defectos que contienen los esquemas actuales y la necesidad de no afectar las actividades de Zona Franca, se pregunta:

2.1.- ¿Podrían prorrogarse los contratos de arrendamiento actualmente celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad total o parcial de la Nación – Ministerio de Comercio Industria y Turismo por última vez por un término de tres (3) años adicionales?

No. No es posible prorrogar los contratos de arrendamiento actualmente celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas ubicadas en terrenos de propiedad total o parcial de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por las razones expuestas en el presente concepto, que ratifican lo señalado por la Sala en los conceptos 2385 de 2019 y 2448 de 2021.

2.2.- ¿Debe expedirse un Decreto reglamentario para el efecto?

No. La Sala no encuentra viable expedir un decreto que reglamente la prórroga de los contratos de arrendamiento, por las razones expuestas en el presente concepto.

No obstante, el presidente de la República está facultado para ejercer su potestad reglamentaria en relación con la declaratoria de las zonas francas que operen en terrenos de propiedad de la Nación y la selección del usuario operador, de tal forma que dicho régimen franco se ajuste a los principios de libre competencia económica y a los de la función administrativa de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución. Igualmente, a los principios de la contratación estatal de libre concurrencia, libre competencia, igualdad de oportunidades, transparencia, selección objetiva, entre otros.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004

64

Remítase copia al actual ministro de Comercio, Industria y Turismo y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

**ANA MARÍA CHARRY GAITÁN**
Presidenta de la Sala

**ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS**
Consejero de Estado

**MARÍA DEL PILAR BAHAMÓN FALLA**
Consejera de Estado
Con Aclaración de Voto

**ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ**
Consejero de Estado

**REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ**
Secretaria de la Sala

09 MAR 2023 LEVANTAMIENTO DE LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO DEL MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO DE FECHA 9 DE MARZO DE 2023.

Id Documento: 11001030600020220010100180000080004