

COSA JUZGADA - Presupuestos / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - No prospera. No existe identidad de objeto / COSA JUZGADA - Contenido y alcance. Reiteración jurisprudencial

Para que se declare la cosa juzgada es indispensable que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes. En la sentencia de 10 de diciembre de 1999, se declaró la nulidad de los artículos 100 y 502 de la Ordenanza 024 de 15 de septiembre de 1997, por la cual se expide el Estatuto de Rentas del Departamento de Cundinamarca (...) En el caso presente, se demanda la nulidad del Decreto Departamental 2253 de 1972, por el cual se concede permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C. Al analizar la demanda que originó la sentencia de 10 de diciembre de 1999 y la que se tramita, la Sala observa que los actos administrativos demandados son diferentes, pues la primera pretendía la nulidad de los artículos 100 y 502 de la Ordenanza 024 de 15 de septiembre de 1997, mientras que la segunda persigue la nulidad del Decreto Departamental 2253 de 1972, de modo que no existe identidad de objeto. Para la Sala, el hecho de haberse declarado la nulidad del artículo 502 de la Ordenanza 024 de 15 de septiembre de 1997, que derogaba el Decreto Departamental 2253 de 1972, no significa que se haya configurado el fenómeno de cosa juzgada; sino que, por el contrario, este Decreto aún está vigente y por lo tanto, hay lugar a entrar a estudiar su legalidad. Fuerza es, entonces, declarar no probada la excepción de cosa juzgada.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2253 DE 1972 (SEPTIEMBRE 25) – GOBERNACION DE CUNDINAMARCA (ANULADO)

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 175

NOTA DE RELATORIA: Sobre el contenido y alcance de la Cosa Juzgada, sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 22 de abril de 2004, Radicado 13274.

ALMACENES EN PUERTOS Y AEROPUERTOS - Reglamentación / DEPOSITOS FRANCOS - Regulación. Concepto / DEPOSITOS DE A BORDO PARA CONSUMO Y PARA LLEVAR - Concepto / DIRECCION GENERAL DE ADUANAS - Competencia

Las disposiciones anteriormente transcritas (Artículos 61 de la Ley 79 de 1931, 10 del Decreto 1734 de 1964, 47 del Decreto 444 de 1967, y 1, 2 y 6 del Decreto 796 de 1970) reglamentaron por primera vez en Colombia, el establecimiento de almacenes en los puertos o aeropuertos, con el fin de vender mercancías libres de todo gravamen, cuyos destinatarios son las personas que viajan al exterior y son entregadas en la respectiva aeronave al momento de la salida del país. Posteriormente, el Decreto 1366 de 1977 estableció de manera taxativa, cuáles son los artículos o productos de origen extranjero que pueden expender los Depósitos Francos en los puertos o aeropuertos, a los viajeros al exterior (...) En 1984, el Presidente de la República expidió el Decreto 2666 de 1984 “por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera” y en la Sección III denominada “Almacenamiento de Mercancía” reguló todo lo relacionado con el funcionamiento de los depósitos temporales, de aduana y de provisiones de a bordo y para llevar. El artículo 76 ibidem definió los depósitos de a bordo para consumo y para llevar como aquellos lugares autorizados por el Director General de Aduanas, donde se permite el almacenamiento de mercancías en tránsito. Posteriormente, mediante

Decreto 40 de 13 de enero de 1988 el Presidente de la República reglamentó lo concerniente a las mercancías importadas para venta en los depósitos francos (...) Por su parte, el parágrafo del artículo 19 del Decreto 1909 de 1992 “por el cual se modifica la legislación aduanera”, estableció que además de las modalidades de importación previstas en este artículo, se mantienen vigentes las relativas a viajeros, menajes diplomáticos, depósitos francos, zonas francas y aquellas establecidas por el Gobierno para las zonas de frontera y las zonas de tratamiento aduanero preferencial, las cuales se continuarán rigiendo por las normas que las regulen. A su vez, el artículo 105 ibidem estableció los criterios que deben cumplir los depósitos para su habilitación y autorización (...) Finalmente, el Capítulo II del Decreto 2685 de 1999 (actual Estatuto Aduanero) desarrolló el tema de los depósitos habilitados, dentro de los cuales se encuentran los denominados depósitos francos.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2253 DE 1972 (SEPTIEMBRE 25) – GOBERNACION DE CUNDINAMARCA (ANULADO)

FUENTE FORMAL: LEY 79 DE 1931 – ARTICULO 61 / DECRETO 1734 DE 1964 – ARTICULO 10 / DECRETO 444 DE 1967 – ARTICULO 47 / DECRETO 796 DE 1970 – ARTICULO 1 / DECRETO 796 DE 1970 – ARTICULO 2 / DECRETO 796 DE 1970 – ARTICULO 6 / DECRETO 1366 DE 1977 – ARTICULO 3 / DECRETO 2666 DE 1984 – ARTICULO 76 / DECRETO 40 DE 1988 – ARTICULO 3 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 19 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 105 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 63

DIRECCION GENERAL DE ADUANAS HOY DIAN - Le compete conceder permisos para establecer los depósitos francos o almacenes In Bond / GOBERNADOR DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - Incompetencia para otorgar a Licores de Colombia Ltda permiso para establecer un Servicio In Bond en el Aeropuerto El Dorado

La función consistente en autorizar o conceder los permisos para establecer almacenes o depósitos francos en los puertos o aeropuertos de Colombia, siempre ha estado en cabeza de la Dirección General de Aduanas. (...) De conformidad con lo expuesto anteriormente, la Sala entrará a analizar las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de cuestionamiento, esto es el 25 de septiembre de 1972, fecha en que el Gobernador de Cundinamarca mediante Decreto 2253, concedió permiso para establecer un Servicio In Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C. En consecuencia, según los artículos 61 de la Ley 79 de 1931, 10 del Decreto 1734 de 1964, 47 del Decreto Ley 444 de 1967 y el Decreto 796 de 1970, la Dirección General de Aduanas era la entidad competente para conceder los permisos para establecer los depósitos francos o almacenes In-Bond. De modo que, dentro del manejo de los depósitos francos o almacenes In-Bond, se encuentra indudablemente la potestad, originada en la habilitación del Presidente de la República en uso de sus facultades, para autorizar o conceder los permisos de estos depósitos, por parte de la Dirección General de Aduanas, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-. Por lo tanto, debe entenderse que si la Dirección General de Aduanas tenía la función de conceder éstos permisos, mal podía el Gobernador del Departamento de Cundinamarca otorgarle a LICORES DE COLOMBIA LTDA., el permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C. Es claro que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca se atribuyó funciones que no le correspondían, lo cual supone la declaratoria de nulidad del acto demandado como lo hizo el a quo. Se impone, pues, confirmar la sentencia apelada.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2253 DE 1972 (SEPTIEMBRE 25) – GOBERNACION DE CUNDINAMARCA (ANULADO)

FUENTE FORMAL: LEY 79 DE 1931 – ARTICULO 61 / DECRETO 1734 DE 1964 – ARTICULO 10 / DECRETO 444 DE 1967 – ARTICULO 47 / DECRETO 796 DE 1970 / DECRETO 1366 DE 1977 – ARTICULO 3 / DECRETO 2666 DE 1984 – ARTICULO 76 / DECRETO 40 DE 1988 – ARTICULO 3 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 19 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 105 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTICULO 63

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-27-000-2002-91296-01

Actor: DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

Demandado: GOBERNADOR DE CUNDINAMARCA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de LICORES DE COLOMBIA LTDA. contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Cuarta, Subsección A) de 1º de septiembre de 2005, que declaró la nulidad del Decreto 2253 de 1973, *“por el cual se concede permiso para establecer un servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.”*

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

La apoderada del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA en demanda presentada el 6 de septiembre de 2002, pidió al Tribunal declarar nulo el Decreto Departamental 2253 de 25 de septiembre de 1972, proferido por el Gobernador de Cundinamarca *“por el cual se concede permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.”*, cuyo texto es el siguiente:

DECRETO NUMERO 2253

Septiembre 25 de 1972

“Por el cual se concede permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.E.”

EL GOBERNADOR DE CUNDINAMARCA

En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO:

Que el doctor CARLOS MEDINA ZARATE, Gerente de la firma "LICORES DE COLOMBIA LTDA", en carta de fecha septiembre 20 de 1972 dirigida a esta Gobernación, solicita permiso para establecer en el aeropuerto El Dorado de esta ciudad, un servicio In-Bond para exportar los productos de las Industrias de Licores de Colombia;

Que la prestación de este servicio por tratarse de licores en tránsito, conlleva la concesión de un permiso para exportar libres de impuestos departamentales, los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca, así como los de otras industrias de licores del país;

Que dichos productos por estar destinados únicamente a la exportación y consumo fuera del territorio departamental, no están gravados con impuestos de consumo departamental,

DECRETA:

ARTICULO 1.- Concédase a la firma "LICORES DE COLOMBIA LTDA." permiso para establecer en el aeropuerto El Dorado de esta ciudad, un servicio In-Bond para exportar libres de impuestos departamentales los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca y de las industrias licoreras de Colombia y cuyo consumo solamente podrá verificarse fuera del territorio del Departamento de Cundinamarca.

PARÁGRAFO.- La mencionada firma exportadora tendrá en el aeropuerto un local destinado a la exhibición y embodegamiento de estos licores.

ARTICULO 2.- Los productos de las industrias licoreras destinados a la exportación llevarán en la etiqueta la leyenda "EXPORTACIÓN".

ARTICULO 3.- La compañía exportadora procederá a constituir a favor del Departamento de Cundinamarca una garantía hipotecaria, bancaria o por medio de una compañía de seguros, por la suma de CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000.00) para garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen en este Departamento sobre licores y especialmente en lo referente a garantizar su consumo fuera del Departamento de Cundinamarca.

PARÁGRAFO.- La cuantía de la fianza o garantía será debidamente aprobada por la Contraloría General del Departamento y podrá ser reajutable de acuerdo con el aumento de las existencias en tránsito para exportación en las bodegas del aeropuerto y previo concepto de la Secretaria de Hacienda de Cundinamarca.

ARTICULO 4.- Los licores nacionales que se introduzcan en tránsito por el Departamento de Cundinamarca, serán almacenados en una bodega especial que para tal efecto mantendrá el introductor o exportador localizadas en el aeropuerto el dorado de esta ciudad.

ARTICULO 5.- Todos los productos introducidos a la bodega y local dichos se entenderán en calidad de tránsito provenientes de las industrias licoreras de otras secciones del país, y deberán ser depositadas en la bodega especial que para tal fin tendrá el concesionario en el aeropuerto el dorado de esta ciudad, la cual estará bajo el control de la Secretaria de Hacienda Departamental.

PARÁGRAFO.- Para el debido control la firma LICORES DE COLOMBIA LTDA. deberá llevar un movimiento diario con copia mensual para la Secretaria de Hacienda Departamental en el cual se registran forma pormenorizada los artículos introducidos en tránsito a la bodega mencionada, con destino a la exportación exclusivamente. En dicho registro deberá explicarse el lugar de procedencia, nombre del artículo, marca y contenido en centilitro.

ARTICULO 6.- Todos los licores destinados a la bodega de exportación que lleguen en tránsito al Departamento de Cundinamarca, deberán venir acompañados de una tornaguía, expedida por las rentas departamentales de cada sección del país, con indicación de que se trata de artículos destinados a dicha bodega únicamente para exportación. Tan pronto como el introductor ó exportador compruebe el ingreso a la bodega afianzada de los artículos detallados en la tornaguía respectiva, la sección de rentas e impuestos departamentales, hará constar el ingreso a la bodega de exportación correspondiente, con lo cual el exportador cumplirá con las exigencias del Departamento que haya despachado los licores con el fin dicho.

PARÁGRAFO.- Tanto los licores comprados a la Empresa de Licores de Cundinamarca, como los introducidos en tránsito o provenientes de otras industrias licoreras del país, por la compañía exportadora, sólo podrán destinarse a la exportación por el Aeropuerto el Dorado, a través de pasajeros o tripulantes de naves aéreas con destino único a otros Departamentos de Colombia.

ARTICULO 7.- El introductor o exportador tendrá en el Aeropuerto el Dorado un local destinado exclusivamente a la exhibición y venta de los licores nacionales de exportación, pudiendo tener en dicho local en calidad de muestras en vitrinas con las debidas seguridades hasta 3 unidades de cada artículo o marca. Estas existencias formaran parte de las de la bodega central y por consiguiente deberán tomarse en cuenta para el control respectivo.

La sección de Rentas e Impuestos del Departamento por medio del Resguardo de Rentas, hará cumplir todo lo dispuesto en el presente Decreto, pudiendo efectuar revisiones en los libros o tarjetas de Kárdex de las Empresas exportadoras así como en sus bodegas, efectuando además inventarios de las existencias en tránsito que conforme al movimiento de entradas y salidas deben existir.

ARTICULO 8.- La Secretaria de Hacienda podrá ordenar en el momento que lo estime conveniente las visitas de inspección que se requieran para el

correcto control pero sin perturbar el normal desenvolvimiento de las exportaciones a otros Departamentos.

ARTÍCULO 9.- La conformidad o inconformidad con los inventarios que practique la autoridad delegada por la Secretaría de Hacienda Departamental en la Bodega Afianzada mencionada, será reportada a dicha Secretaría, quien establecerá las sanciones correspondientes, pudiendo en casos graves hacer efectiva la fianza fijada en el artículo tercero de este Decreto.

ARTICULO 10.- En ningún caso los artículos depositados en la bodega del Aeropuerto el Dorado, podrán ser consumidos en el territorio departamental, so pena de incurrir en el delito de contrabando, y de castigar la infracción conforme a las disposiciones vigentes y sin perjuicio de las demás que establece la ley así como de hacer efectiva la fianza o garantía establecida en el artículo tercero de este decreto.

ARTICULO 11.- La firma “LICORES DE COLOMBIA LTDA.”, prestará especial atención a la exhibición y venta de los productos de la Empresa de Licores de Cundinamarca, no sólo en el aeropuerto el dorado de Bogotá sino en todos los aeropuertos que dicha compañía opera, o sus afiliados operen en Colombia y en el exterior o que llegaren a operar en el futuro.

ARTICULO 12.- Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición.”

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor considera violados los artículos 4º de la Constitución Política; 84 del Código Contencioso Administrativo; 240 del Código de Régimen Político Departamental; y 10 del Decreto Ley 1734 de 1964 .

Afirma que desde la vigencia de la Ley 7 de 1931 “*Código de Aduanas*” se crearon para fines aduaneros a los Almacenes Generales de Depósito y se facultó al Director General de Aduanas para permitir a dichos almacenes, el depósito de mercancías destinadas al aprovisionamiento de naves.

Considera que el acto acusado es ilegal porque el Gobierno Departamental (Gobernador y Secretario de Hacienda Departamental) no era competente para expedir el Decreto 2253 de 1972, pues la facultad de conceder permisos para establecer almacenes In-Bond está en cabeza de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, desde la expedición de la Ley 7 de 1931, los Decretos 1734 de 1964, 2666 de 1984 y 40 de 1998, y el artículo 63 del Estatuto Aduanero vigente.

Según el artículo de 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tienen la función de dictar una

ley marco con sujeción a la cual, el Gobierno Nacional fija los límites para conceder permisos a los particulares para establecer almacenes In-Bond.

Por su parte, el artículo 5º del Decreto 40 de 1998 estableció que por ningún motivo se podían exhibir ni tomarse pedidos de las mercancías, fuera de la zona aduanera internacional, quedando claro entonces, que los almacenes In-Bond están ubicados en los muelles internacionales y no en los muelles nacionales, como le fue concedido a LICORES DE COLOMBIA LTDA.

Los depósitos francos son lugares autorizados por la autoridad aduanera para el almacenamiento de mercancías bajo el control aduanero, por lo tanto quien solicite la habilitación de un depósito franco debe dirigirse al Subdirector de Comercio Exterior de la DIAN, de conformidad con el artículo 45 de la Resolución 4240 de junio de 2000, quedando excluido de esta manera, el Departamento de Cundinamarca.

Manifiesta que con la expedición de la Ordenanza 024 de 1997 *“por la cual se expidió el Estatuto de Rentas del Departamento de Cundinamarca”*, se derogaron los privilegios que establecía el Decreto 2253 de 1972, declarando que en adelante no rige el tratamiento tributario especial. Para tal efecto, invoca los extractos de la sentencia 9729 del 10 de diciembre de 1999, proferida por el Consejo de Estado.

De igual forma, dentro de la acción de cumplimiento instaurada por LICORES DE COLOMBIA LTDA., el Consejo de Estado en sentencia de 31 de agosto de 2000, negó las pretensiones considerando que con la expedición de la nueva norma, esto es, la Ordenanza 024 de 1997, se eliminaron los beneficios concedidos inicialmente.

El acto acusado es una norma de carácter inferior que va en contra de las dictadas por la DIAN, violando así el principio de legalidad y convirtiendo tal disposición en un acto ilegal expedido por la Administración.

Los Gobernadores no pueden conceder permisos a particulares para establecer almacenes In-Bond, en donde se expenden artículos extranjeros o se venden artículos nacionales con destino a un país extranjero. En efecto, dicha competencia está radicada en la DIAN según la Ley 7 de 1931, vigente para la época de la expedición del acto acusado, y en la Ley 223 de 1995 que determina

que el impuesto al consumo de los productos nacionales, se causa en el momento en que el productor los entrega en fábrica o en planta, para su distribución, comisión, o los destina para su autoconsumo y en el caso de los productos extranjeros, en el momento en que los mismos se introducen al país, salvo cuando se trate de productos en tránsito hacia otro país.

Lo anterior, es motivo para declarar la nulidad del acto acusado, toda vez que el Gobierno Departamental invadió de manera flagrante una competencia superior.

2. LA CONTESTACIÓN

2.1. LICORES DE CUNDINAMARCA mediante apoderado, coadyuvó las pretensiones de la demanda, por considerar que con la expedición del Acto Legislativo N° 3 que corresponde al artículo 31 de la Constitución de 1910, se reguló el tema de los monopolios como arbitrios rentísticos y con la Ley 88 de 1910, confirió la facultad de monopolizar la producción, introducción y venta de licores a las Asambleas Departamentales. Así mismo, la Ley 14 de 1983 facultó a esta entidad departamental siempre y cuando el monopolio se ajustara a la ley.

Posteriormente, el artículo 336 de la Constitución de 1991 estableció que el monopolio como arbitrio rentístico sobre la producción, introducción y venta de licores destilados se encuentra en cabeza de los Departamentos, quienes son autónomos en el manejo de decisiones sobre éstos.

Del artículo 1º del acto acusado se deduce que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca se atribuyó funciones que no le son inherentes, en razón a que hizo extensivo el servicio In-Bond a las Industrias de Licores de Colombia.

El acto acusado viola el artículo 47 del Decreto-Ley 444 de 1967, en concordancia con el artículo 63 del Estatuto Aduanero, toda vez que la exención del impuesto al consumo en términos In-Bond, solo se refiere a productos que se van a vender a viajeros que saldrán del territorio nacional y no del departamental, tal como lo dispone el artículo citado.

Finalmente señala que la norma acusada atenta contra el monopolio, pues su aplicación da lugar a evadir la suscripción de convenios departamentales de distribución.

2.2. LICORES DE COLOMBIA LTDA. mediante apoderado contestó la demanda de manera extemporánea, pues el escrito lo presentó el 11 de diciembre de 2003 (fls.116-161), siendo el 4 de diciembre de 2003, el último día de fijación en lista según constancia secretarial (fl. 97 vuelto).

II. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró la nulidad del Decreto 2253 de 1972, por considerar que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca se abrogó una competencia que no le correspondía, al conceder permiso para establecer un servicio In-Bond en el aeropuerto El Dorado y determinar además, que los bienes que allí se expendieran se encontraban libres del impuesto al consumo, cuando dicha facultad por expresa disposición del Decreto Ley 444 de 1967, para efectos de la autorización se concretaba en cabeza de la Dirección de Aduanas hoy Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Así las cosas, es evidente que el acto acusado es ilegal, por ser contrario a las normas citadas y haber sido expedido por un funcionario incompetente.

De otra parte, el Tribunal advirtió que en el *subjúdice* no se da el fenómeno de la cosa juzgada, ya que la sentencia de 10 de diciembre de 1999, proferida por el Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Delio Gómez, hace relación a la demanda interpuesta contra los artículos 100 y 502 de la Ordenanza Departamental 024 de 15 de septiembre de 1997, sin que en la misma se entrara a estudiar la legalidad del Decreto 2253 de 1972; en consecuencia, no existe identidad de objeto, requisito *sine qua non* para que ésta opere.

Otra cosa es que la misma sentencia se haya pronunciado sobre la nulidad del artículo 502 *Ibidem*, denominado derogatorias de la expresión “Decreto Departamental 2253 de 1972, al señalar:

“En relación con la segunda parte del párrafo de acto que se acusa, en cuya virtud se prohíbe el otorgamiento del permiso para establecimientos exentos de impuestos al consumo y se derogan los existentes, estima la Sala que debe ser anulada pues no existiendo potestad tributaria de la Asamblea de Cundinamarca, respecto de los

productos ind- bon por no causarse respecto de estos el impuesto al consumo, no es viable la prohibición de otorgar tales permisos ni de derogar los existentes. (Folio 145.)

Si por virtud de lo referido en la sentencia y en la ley, ni siquiera la Asamblea Departamental de Cundinamarca, órgano competente para efectos de establecer las exenciones en materia de impuestos territoriales de conformidad con los artículos 294 y 338 de la Constitución, tiene competencia para expedir autorizaciones en relación con los licores en tránsito ubicados en los servicios Ind-Bond, por estar destinados únicamente a la exportación y consumo fuera del territorio nacional, razón por la cual los productos no están gravados con el impuesto al consumo, con menos razón el Gobernador podía expedir dicha autorización y menos aún, ordenar que no se causaba dicho impuesto.

Por consiguiente, las atribuciones consagradas al Gobernador del Departamento son aquellas que se instituyeron inicialmente en la Ley 4ª de 1913 y el Decreto 1222 de 18 de abril de 1986, y las que actualmente se encuentran consagradas en el artículo 305 de la Constitución Política, como presupuesto indispensable para el recto control departamental, sin que de las mismas se desprenda la facultad de autorizar los referidos servicios Ind-Bond, con exención de tributos.

De conformidad con lo expuesto, es evidente que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca, no tenía facultad legal para expedir el decreto demandado, ya que dicha facultad por mandato de la ley se encuentra asignada desde esa época a la Dirección General de Aduanas.

III. LA IMPUGNACIÓN

El apoderado de LICORES DE COLOMBIA LTDA. sostuvo que corresponde a una realidad jurídico procesal, que el Consejo de Estado mediante sentencia de 10 de diciembre de 1999, ratificó la vigencia del Decreto 2253 de 1972, al anular el párrafo del artículo 100 de la Ordenanza 024 de 1997 expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, al igual que la expresión “Decreto Departamental 2253 de 1972” del artículo 502 ibidem, denominado “derogatorias”.

En tal virtud, si el Consejo de Estado en la referida sentencia ratifica la vigencia del Decreto Departamental 2253 de 1972, dicho pronunciamiento hizo tránsito a cosa juzgada y en consecuencia, pretender desconocerlo es un atropello al ordenamiento jurídico.

La acción de nulidad interpuesta por el Departamento de Cundinamarca contra el Decreto 2253 de 1972 ya fue juzgado, es decir que los efectos que produce la sentencia proferida por el Consejo de Estado anteriormente citada, quedaron en firme. Por ello, una vez que se decide una controversia jurídica entre determinadas partes, se produce respecto de ellas y de sus pretensiones un efecto definitivo, que es manifestación de carácter absoluto de la Administración de Justicia como lo afirma la doctrina.

La cosa juzgada es una situación jurídica que determina un factor de certeza jurídica, pues lo resuelto escapa a ulterior revisión o modificación.

IV. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

4.1. La apoderada del DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA reiteró los argumentos expuestos en la demanda

4.2. LICORES DE COLOMBIA LTDA. no alegó de conclusión.

4.3. El Ministerio Público guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Excepción de cosa juzgada**

LICORES DE COLOMBIA LTDA. propuso la excepción de cosa juzgada, por considerar que el Consejo de Estado, mediante sentencia de 10 de diciembre de 1999 (Expediente: 9729, Actor: LICORES DE COLOMBIA LTDA., M.P. Dr. Delio Gómez Leyva), ratificó la vigencia del Decreto 2253 de 1972, pues dicha sentencia declaró nulo el parágrafo del artículo 100 de la Ordenanza 024 de 1997 expedida por la Asamblea Departamental de Cundinamarca, al igual que la expresión “Decreto Departamental 2253 de 1972” contenida en el artículo 502 ibidem, denominado “derogatorias”. En tal virtud, si el Consejo de Estado en la referida sentencia ratifica la vigencia del Decreto Departamental 2253 de 1972, dicho pronunciamiento hizo tránsito a cosa juzgada y en consecuencia, pretender desconocerlo es un atropello al ordenamiento jurídico.

El fenómeno de la cosa juzgada se encuentra regulado en el artículo 175 del C.C.A., que dispuso:

"Artículo 175. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada "erga omnes".

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada "erga omnes" pero sólo en relación con la "causa petendi" juzgada.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos y de reparación directa y cumplimiento, producirá cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes; la proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en el proceso y obtenido esta declaración a su favor.

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios".

En relación con el contenido y alcance de la cosa juzgada se precisó lo siguiente en la sentencia del 22 de abril de 2004, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación (Expediente 13274):

"De acuerdo con esta disposición [refiriéndose al artículo 175 del C.C.A.], si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica, únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión, lo que quiere decir, que en tales aspectos la sentencia es inmutable, y por tanto, debe estarse a lo resuelto en la misma.

*Ahora bien, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada es menester que haya **identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes.***

El objeto de la demanda es la pretensión y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos erga omnes que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos erga

omnes en cuanto a la causa petendi en las que la niegan. En otras palabras, implica que son oponibles a cualquier demandante que pretende, por los mismos motivos, iniciar nuevamente el debate judicial, ya que en éstos la parte actora no promueve la acción en interés particular, sino todo lo contrario, en interés del orden jurídico.” (negrilla fuera de texto).

Entonces, para que se declare la cosa juzgada es indispensable que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

En la sentencia de 10 de diciembre de 1999¹, se declaró la nulidad de los artículos 100 y 502 de la Ordenanza 024 de 15 de septiembre de 1997, por la cual se expide el Estatuto de Rentas del Departamento de Cundinamarca, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 100.- Productos introducidos en zonas de régimen aduanero especial. (...)

Parágrafo. Los productos que se expendan en los depósitos francos In-Bond o Duty Free, autorizados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, están sujetos al pago de los impuestos al consumo y/o participación porcentual vigentes.

Se prohíbe el otorgamiento de permisos para el funcionamiento de establecimientos exentos del pago de impuestos al consumo y/o participación porcentual. Quedan derogados los permisos de esta índole que existan al momento de entrada en vigencia de la presente ordenanza.”

“Artículo 502.- Derogatorias. La presente ordenanza deroga las normas que le sean contrarias, en especial las siguientes: Decreto Departamental 2253 de 1972, (...9)”

En el caso presente, se demanda la nulidad del Decreto Departamental 2253 de 1972, por el cual se concede permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.

Al analizar la demanda que originó la sentencia de 10 de diciembre de 1999² y la que se tramita, la Sala observa que los actos administrativos demandados son diferentes, pues la primera pretendía la nulidad de los artículos 100 y 502 de la Ordenanza 024 de 15 de septiembre de 1997, mientras que la segunda persigue

¹ Expediente: 9729. C.P. Dr. Delio Gómez Leyva. Actor: LICORES DE COLOMBIA LTDA.

² Expediente: 9729. C.P. Dr. Delio Gómez Leyva. Actor: LICORES DE COLOMBIA LTDA.

la nulidad del Decreto Departamental 2253 de 1972, de modo que no existe identidad de objeto.

Para la Sala, el hecho de haberse declarado la nulidad del artículo 502 de la Ordenanza 024 de 15 de septiembre de 1997, que derogaba el Decreto Departamental 2253 de 1972, no significa que se haya configurado el fenómeno de cosa juzgada; sino que, por el contrario, este Decreto aún está vigente y por lo tanto, hay lugar a entrar a estudiar su legalidad.

Fuerza es, entonces, declarar no probada la excepción de cosa juzgada.

- **El caso concreto**

El DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA considera que el Decreto 2253 de 1972 viola los artículos 4º de la Constitución Política; 84 del Código Contencioso Administrativo; 240 del Código de Régimen Político Departamental y 10 del Decreto Ley 1734 de 1964, pues el Gobernador de Cundinamarca carecía de competencia para conceder el permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.

Las normas presuntamente vulneradas son del siguiente tenor:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

“**Artículo 4.** La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.”

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Artículo 84.- ACCION DE NULIDAD. <Artículo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE. Subrogado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

CÓDIGO DE RÉGIMEN POLÍTICO Y MUNICIPAL

“Artículo 240.- <Artículo INEXEQUIBLE C-037-00>

El orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior.

El orden de preferencia en disposiciones contradictorias en asuntos departamentales será el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Gobernador y las órdenes de los superiores.

En los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los acuerdos, los reglamentos del Alcalde y las órdenes de los superiores.

Cuando la ley autorice al Gobierno o a algún empleado del orden político para reglamentar un asunto departamental o municipal; cuando la ordenanza autorice al Gobernador o a algún otro empleado político para reglamentar un asunto municipal, el orden de prelación de los respectivos reglamentos irá a continuación de la ley u ordenanza en virtud de la cual se expidieron.

Si el conflicto es entre leyes u ordenanzas, se observarán las disposiciones de las primeras; y si es entre las órdenes de los superiores, se prefiere la del de mayor categoría.”

DECRETO LEY 1734 DE 1964

“Artículo 10.- La Dirección General de Aduanas, en coordinación con la Superintendencia de Comercio Exterior, reglamentará la venta, libre de todo gravamen, de mercancías para ser entregadas al comprador dentro de la respectiva nave en el momento de zarpe o decolaje hacia el exterior.”

Para resolver, la Sala considera necesario hacer referencia a las siguientes disposiciones legales:

Según el artículo 61 de la Ley 79 de 1931 (Ley Orgánica de Aduanas), *“el Director General de Aduanas podrá permitir que en los almacenes generales de depósito previstos en esta ley, se almacene y deposite mercancías transportadas a la República, para el consumo en ella, o en tránsito, o destinadas al aprovisionamiento de naves”*.

El Decreto 1734 de 17 de julio de 1964³, *“por el cual se dictan unas disposiciones en materia cambiaria”*, dispuso en el artículo 10 que, la Dirección Nacional de Aduanas, en coordinación con la Superintendencia de Comercio Exterior, reglamentará la

³ Publicado en el Diario Oficial No. 31433 de 10 de agosto de 1964, pág. 515.

venta, libre de todo gravamen, de mercancías para ser entregadas al comprador dentro de la respectiva nave en el momento de zarpe o decolaje hacia el exterior.

Posteriormente, el artículo 47 del Decreto Ley 444 de 22 de marzo de 1967⁴ (Régimen de cambios internacionales y de comercio exterior) estableció que *“dentro de los límites y condiciones que establezca el Gobierno, estarán libres de gravámenes de importación y de consumo los artículos que adquieran los viajeros al exterior para que les sean entregados dentro de la respectiva nave al momento de su salida al exterior”*.

Por su parte, el Decreto 796 de 20 de mayo de 1970 *“por el cual se regula en su aspecto cambiario lo dispuesto por el artículo 47 del Decreto Ley 444 de 1967”* estableció:

“Artículo 1.- Para los efectos contemplados por el artículo 47 del Decreto Ley 444 de 1967, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público determinará la lista de artículos que en los **almacenes especialmente autorizados por la Dirección General de Aduanas para operar en los puertos o aeropuertos**, puedan adquirir los viajeros al exterior para que le sean entregados dentro de la respectiva nave o aeronave al momento de su salida del país.

Artículo 2.- **Los almacenes que actualmente funcionan en los puertos y aeropuertos con autorizaciones de la Dirección General de Aduanas**, tendrán un plazo de treinta (30) días a partir de la fecha del presente decreto para solicitar a la Oficina de Cambios del Banco de la República autorización para la apertura de cuenta corriente en divisas extranjeras.

Los almacenes que en el futuro autorice la Dirección General de Aduanas, tendrán un plazo de diez (10) días a partir de la fecha de iniciación de operaciones para solicitar a la Oficina de Cambios del Banco de la República la autorización para la apertura de cuenta corriente en divisas extranjeras.

(...)

Artículo 6.- **La autorización que otorgue la Dirección General de Aduanas para el establecimiento de nuevos almacenes**, estará condicionada a que el solicitante compruebe ante la Oficina de Cambios del Banco de la República que ha obtenido crédito de sus proveedores, de tal manera que al iniciar operaciones no requiera efectuar giros al exterior.

(...)” (negrilla fuera de texto)

⁴ Publicado en el Diario Oficial No. 32189 de 6 de abril de 1967, pág. 1.

Las disposiciones anteriormente transcritas reglamentaron por primera vez en Colombia, el establecimiento de almacenes en los puertos o aeropuertos, con el fin de vender mercancías libres de todo gravamen, cuyos destinatarios son las personas que viajan al exterior y son entregadas en la respectiva aeronave al momento de la salida del país.

Posteriormente, el Decreto 1366 de 1977⁵ estableció de manera taxativa, cuáles son los artículos o productos de origen extranjero que pueden expender los Depósitos Francos en los puertos o aeropuertos, a los viajeros al exterior, y dispuso en su artículo 3º lo siguiente:

“Artículo 3º. Corresponde a la Dirección General de Aduanas establecer los requisitos que deben llenar los Depósitos Francos para autorizar su funcionamiento.

La autorización de funcionamiento de Depósitos Francos requiere concepto previo favorable de la superintendencia de Control de Cambios.”

En 1984, el Presidente de la República expidió el Decreto 2666 de 1984⁶ *“por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera”* y en la Sección III denominada “Almacenamiento de Mercancía” reguló todo lo relacionado con el funcionamiento de los depósitos temporales, de aduana y de provisiones de a bordo y para llevar.

El artículo 76 ibidem definió los **depósitos de a bordo para consumo y para llevar** como aquellos **lugares autorizados por el Director General de Aduanas**, donde se permite el almacenamiento de mercancías en tránsito.

Posteriormente, mediante Decreto 40 de 13 de enero de 1988⁷ el Presidente de la República reglamentó lo concerniente a las **mercancías importadas para venta en los depósitos francos** y en el artículo 3º literal d) señaló como una de las **funciones de la Dirección General de Aduanas:**

“Artículo 3º.- Corresponde a la Dirección General de Aduanas ejercer las siguientes funciones, en relación con los depósitos francos:

(...)

d) Determinar los requisitos que deben cumplir los depósitos francos, para

⁵ Publicado en el Diario Oficial No. 34817 de 4 de julio de 1977. PAG. 18.

⁶ Publicado en el Diario Oficial No. 36783 de 6 de noviembre de 1984. Pág. 1.

⁷ Publicado en el Diario Oficial No. 38181 de 13 de enero de 1988. Pág. 1.

autorizar su funcionamiento, en los términos previstos en el Decreto 2666 de 1984 y demás normas que lo complementen o modifiquen.

Para el efecto, se dará prelación a las personas naturales o jurídicas que no

tengan negocios de mercancías extranjeras de los contemplados en este Decreto.

La autorización de funcionamiento de depósitos francos requiere concepto previo favorable de la Superintendencia de Control de Cambios; (...)" (negrilla fuera de texto)

Por su parte, el párrafo del artículo 19 del Decreto 1909 de 1992 "*por el cual se modifica la legislación aduanera*", estableció que **además de las modalidades de importación previstas en este artículo, se mantienen vigentes las relativas a viajeros, menajes diplomáticos, depósitos francos, zonas francas y aquellas establecidas por el Gobierno para las zonas de frontera y las zonas de tratamiento aduanero preferencial, las cuales se continuarán rigiendo por las normas que las regulen.**

A su vez, el artículo 105 ibidem estableció los criterios que deben cumplir los depósitos para su habilitación y autorización:

«ARTICULO 105. CRITERIOS PARA HABILITACION Y AUTORIZACION. La Dirección de Aduanas Nacionales, en desarrollo de su política de almacenamiento y tecnificación, podrá habilitar o autorizar depósitos para el almacenamiento de mercancías o para actuar en el proceso de importación.

Para tal efecto se tendrán en cuenta, entre otros los siguientes criterios: la infraestructura técnica y administrativa de la Aduana y de la empresa, sus antecedentes en operaciones aduaneras, cambiarias, de comercio exterior y de almacenamiento, así como su patrimonio y respaldo financiero, su especialización en operaciones de almacenamiento y su volumen de participación en el comercio exterior cuando se trate de depósitos privados.

Dicha habilitación o autorización se sujetará a los requisitos específicos que con carácter general la Dirección de Aduanas señale.

Cuando las circunstancias técnicas así lo permitan sólo se mantendrán habilitados los depósitos que tengan autorización para efectuar trámites de importación.» (negrilla fuera de texto)

Finalmente, el Capítulo II del Decreto 2685 de 1999⁸ (actual Estatuto Aduanero) desarrolló el tema de los depósitos habilitados, dentro de los cuales se encuentran los denominados depósitos francos y en el artículo 63 se definen así:

“ARTICULO 63. **DEPÓSITOS FRANCOS.** <Inciso modificado por el artículo 1 del Decreto 4928 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> **Son aquellos lugares habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el almacenamiento, exhibición y venta de mercancías a viajeros que ingresen o salgan del territorio aduanero nacional en los términos establecidos en el presente decreto.**

La habilitación de estos Depósitos sólo podrá realizarse dentro de las instalaciones de los aeropuertos y de los puertos marítimos con operación internacional.

En dichos depósitos sólo se podrán almacenar las mercancías que según lo previsto en este Decreto y en las normas que lo reglamenten, puedan ser objeto de este tratamiento.

Las instalaciones y el área de almacenamiento deberán cumplir con las especificaciones técnicas y de seguridad que la autoridad aduanera determine para el adecuado almacenamiento de las mercancías.” (negrilla fuera de texto)

Las normas anteriormente transcritas demuestran que la función consistente en autorizar o conceder los permisos para establecer almacenes o depósitos francos en los puertos o aeropuertos de Colombia, siempre ha estado en cabeza de la Dirección General de Aduanas.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, la Sala entrará a analizar las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de cuestionamiento, esto es **el 25 de septiembre de 1972**, fecha en que **el Gobernador de Cundinamarca mediante Decreto 2253, concedió permiso para establecer un Servicio In.Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.**

En consecuencia, según los artículos 61 de la Ley 79 de 1931, 10 del Decreto 1734 de 1964, 47 del Decreto Ley 444 de 1967 y el Decreto 796 de 1970, la Dirección General de Aduanas era la entidad competente para conceder los permisos para establecer los depósitos francos o almacenes In-Bond.

⁸ Publicado en el Diario Oficial No. 43.834 de 30 de diciembre de 1999.

De modo que, dentro del manejo de los depósitos francos o almacenes In-Bond, se encuentra indudablemente la potestad, originada en la habilitación del Presidente de la República en uso de sus facultades, para autorizar o conceder los permisos de estos depósitos, por parte de la Dirección General de Aduanas, hoy Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-.

Por lo tanto, debe entenderse que si la Dirección General de Aduanas tenía la función de conceder éstos permisos, mal podía el Gobernador del Departamento de Cundinamarca otorgarle a LICORES DE COLOMBIA LTDA., el permiso para establecer un Servicio In-Bond en el Aeropuerto El Dorado de Bogotá D.C.

Es claro que el Gobernador del Departamento de Cundinamarca se atribuyó funciones que no le correspondían, lo cual supone la declaratoria de nulidad del acto demandado como lo hizo el *a quo*.

Se impone, pues, confirmar la sentencia apelada.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Sección Cuarta, Subsección A) de 1 de septiembre de 2005.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de treinta y uno (31) de marzo de dos mil once (2011).

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA G.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO MARCO ANTONIO VELILLA MORENO