



Radicado: 11001 03 24 000 **2014 00458 00**
Demandante: Rodrigo Escobar Gil

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C, doce (12) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación núm.: 11001 03 24 000 **2014 00458 00**

Actor: Rodrigo Escobar Gil

Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

Tesis: No es cierto que la disposición enjuiciada reprodujo textualmente el contenido del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999.

Es válido el acto administrativo que restringe el derecho de dominio del propietario de un bien inmueble incluido en una zona franca cuando el mismo no tiene la calidad de usuario operador, siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular dicho usuario se predica respecto de los inmuebles que son de propiedad de la zona franca y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros. Ello, sin perjuicio de la intervención concurrente del usuario operador en cada transacción, para garantizar las funciones de dirección, administración, supervisión y promoción que le corresponden, de conformidad con la ley y con lo que dispongan los reglamentos.

NULIDAD – ÚNICA INSTANCIA

La Sala procede a decidir la demanda instaurada en ejercicio del medio de control de nulidad de la referencia promovido por el señor Rodrigo Escobar Gil contra el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, *“Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1999”*, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008, *“por la cual se modifica parcialmente la Resolución 4240 de 2000”*, expedidas por la Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.



I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones

Figura como pretensión la siguiente¹:

"I. PRETENSIÓN

Que se **DECLARE LA NULIDAD** del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por la Resolución número 9254 de 25 de septiembre de 2008, "Por la cual se modifica parcialmente la Resolución 4240 de 2000", proferida por la DIAN².

1.2. El acto cuestionado.

A continuación, se transcribirá el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, "Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1999", adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008, ambos expedidos por la Unidad Administrativa de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN), así:

"RESOLUCION No. 4240 DE JUNIO 2 DEL 2000

Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

LA DIRECTORA GENERAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

En uso de las facultades conferidas en el literal i) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 y,

CONSIDERANDO:

Artículo 38-2. Autorización, calificación y reconocimiento de los usuarios de zonas francas.

(...)

Parágrafo 2o. *El usuario operador autorizado con el lleno de los requisitos aquí establecidos deberá, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 3o de la Ley 1004 del 2005, en concordancia con el numeral 1 del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999, dirigir y administrar de manera exclusiva la zona franca permanente declarada, siendo este el único autorizado legalmente para ejercer las funciones propias de la dirección y administración de la zona franca y para tomar decisiones que tengan relación directa con las mismas.*

¹ Visible a folios 9 y 10 del Cuaderno Principal.

² Visible a folio 11 del Cuaderno Principal.



En consecuencia, el usuario operador es el único autorizado para ejercer funciones como las siguientes, sin perjuicio de las demás establecidas en el Decreto 2685 de 1999:

- a) Controlar el ingreso y salida de mercancías de la zona franca;*
- b) Definir de acuerdo con los requerimientos legales las medidas de seguridad y el servicio de vigilancia que garanticen el control y seguridad en las instalaciones de la zona franca;*
- c) Solicitar ante esta entidad la autorización para la ubicación en la zona franca de personas naturales o jurídicas que no ostenten la calidad de usuarios y presten servicios relacionados con la actividad de la zona franca;*
- d) Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca.*

De acuerdo con lo anterior, en la zona franca permanente declarada no podrán existir administraciones diferentes a la ejercida por el usuario operador.” (Las subrayas corresponden al aparte acusado).

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora sostuvo que el acto acusado desconoce los artículos 2, 4, 6, 38, 58, 150 y 333 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005, y el numeral 1º del artículo 393 – 16 del Decreto 2585 de 2009.

1.3.1. En el acápite del libelo introductorio denominado “*Nulidad por falta de competencia en la expedición del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo primero de la Resolución número 9254 de 25 de septiembre de 2008, proferido por el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales*”³, el demandante presentó los argumentos que se sintetizan a continuación:

1.3.1.1. Sostuvo que el principio de legalidad en el Estado Social de Derecho se erige como una garantía a favor de los ciudadanos al exigir que las actuaciones de las autoridades públicas se ciñan estrictamente a la ley, que se encuentra previsto en los artículos 4 y 6 Superiores y que, de conformidad con el artículo 137 del CPACA, la causal de nulidad de un acto administrativo por razón de la falta de competencia de la autoridad pública que lo expide está estrechamente relacionada

³ Visto a folios 8 a 14 del Cuaderno Principal.



con la garantía del aludido principio y con la prohibición que asiste a los funcionarios públicos de exceder aquello que expresamente se encuentre consagrado en la Constitución y en la Ley.

1.3.1.2. En ese sentido, explicó que, pese a que el Director General de la DIAN profirió la disposición demandada, presuntamente en ejercicio de las facultades previstas en el literal i) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1991 y en el Decreto 2585 de 1999, lo cierto era que no tenía competencia para ello, en tanto que reguló asuntos del resorte exclusivo del Legislador al imponer una restricción al derecho de dominio de los propietarios de inmuebles en las zonas francas, vulnerando con ello el artículo 58 de la Constitución Política.

Sobre el particular, refirió que la Corte Constitucional, en sentencia C-782 de 2004, indicó que el único competente para definir los mecanismos de acceso al dominio, su contenido, transferencia y límites es el Congreso de la República, por lo que, en esa especial materia, existe reserva de ley.

1.3.1.3. Precisó que, con la expedición de la norma enjuiciada, el Director de la DIAN vulneró lo dispuesto en los artículos 4, 5 y el literal i) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999, al establecer límites a la propiedad, toda vez que determinó que el Usuario Operador era el único que podría ejercer actos de disposición sobre los bienes inmuebles integrantes de las zonas francas, cuando las aludidas normas únicamente lo facultaron a impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de las normas superiores en asuntos tributarios, aduaneros, de comercio exterior, control de cambios y financiación en moneda extranjera, entre otros.

Aseguró que, ni la Ley 1004 de 2005, ni sus decretos reglamentarios, indican algo en aquel sentido y recalcó que, en consecuencia, la entidad demandada contravino lo dispuesto en los artículos 2, 4, 6 y 150 de la Carta Política y el Decreto 2685 de 1999, pues no tenía potestades para expedir el acto censurado.

1.3.2. En el cargo que denominó como *“Nulidad por desconocimiento de los artículos 58, 38 y 333 de la Constitución Política y del artículo 3° de la Ley 1004 de*



2005 y sus normas reglamentarias.”⁴, indicó que el acto administrativo demandado infringe las normas en que debió fundarse al desconocer los derechos constitucionales de propiedad, asociación y libertad de empresa, conforme a lo cual efectuó las siguientes consideraciones:

1.3.2.1. Manifestó que el artículo 58 Superior determinó el derecho de dominio en favor de particulares y que los derechos que se hubieren adquirido con arreglo a las leyes civiles no podrán ser pretermitidos con base en normatividad expedida de forma posterior, ello sin perjuicio de la función social y ecológica de la misma y de la premisa constitucional según la cual el interés particular deberá ceder ante el general o social.

1.3.2.1.1. Indicó que, en virtud del artículo 669 del Código Civil, el dominio está compuesto por las facultades de uso, goce y disposición de la cosa que tiene el dueño sobre la misma, con el fin de que perciba un beneficio económico. Arguyó que la Corte Constitucional, en sentencia C-189 de 2006, se refirió a las características del derecho a la propiedad señalando que: (i) es pleno por cuanto sus atribuciones únicamente pueden ser limitadas por la Ley, (ii) es exclusivo porque el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero, (iii) es perpetuo mientras persista el bien y, en principio, no puede extinguirse por su falta de uso, (iv) es autónomo, (v) es irrevocable y (vi) es real, al otorgarse sobre una cosa.

Advirtió que, si bien el derecho de dominio puede ser limitado por sus funciones social y ecológica, lo cierto era que dichas restricciones no podían ser arbitrarias, sino que, de acuerdo por lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-189 de 2006, estas deben ser razonables y proporcionadas, so pena de afectar el núcleo esencial de dicho derecho, esto es, el uso, goce y disposición por parte del titular y en todo caso deben ser incorporadas mediante una Ley.

1.3.2.1.2. Resaltó que, de acuerdo con la sentencia C-133 de 2009, expedida por el mencionado Tribunal Constitucional, los atributos de la propiedad son: (i) el *ius ustendi* o derecho de usar la cosa, (ii) el *ius fruendi*, que es la facultad que

⁴ Visible a folios 14 a 26 del Cuaderno Principal



tiene el propietario de explotar el bien y recoger sus frutos, y (iii) el *ius disponendi*, esto es la posibilidad que tiene el titular de dominio de disponer o enajenar el bien.

Aseveró que en la disposición censurada se impuso una grave restricción a uno de los elementos esenciales de la propiedad, esto es, el *ius disponendi*, como quiera que se impide a los propietarios de los bienes incluidos en una zona franca, disponer libremente de ellos, venderlos o arrendarlos, restringiendo esa posibilidad en un tercero que no tiene el carácter de propietario, como es el caso del Usuario Operador.

Estimó que en el acto demandado tampoco se invocaron razones de utilidad pública o interés social que impongan restringir el derecho de disposición de los bienes inmuebles pertenecientes a una zona franca y radicar en el anotado sujeto una facultad exclusiva de la que no es titular por no tener el derecho de dominio.

1.3.2.1.3. Aseveró que la actividad desarrollada en el marco de una zona franca es netamente comercial y que radica exclusivamente en cabeza del operador la facultad de disponer de los bienes destinados a ella, no genera ninguna repercusión positiva para el interés general y que, por el contrario, dicha decisión sí afecta el interés económico de los empresarios propietarios de los inmuebles, lo que se traduce en una afectación irregular del derecho de dominio.

1.3.2.2. Sobre la violación de los derechos de asociación, libertad de empresa e iniciativa privada contenidos en los artículos 38 y 333 de la Constitución Política, mencionó que la Corte Constitucional, en sentencias C-792 de 2002 y C-830 de 2010, dijo que los mismos son la garantía que tienen los ciudadanos para la realización de proyectos económicos de carácter lucrativo o para destinar bienes a cualquier tipo de actividad productiva.

Advirtió que el citado Tribunal Constitucional determinó como elementos esenciales del derecho de libertad de empresa, los siguientes: (i) autonomía contractual para celebrar acuerdos necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada; asimismo, estableció como garantías a favor del empresario: (a) el trato igual entre competidores, (b) el derecho a



concurrir al mercado o retirarse, (c) la libertad de organización, y (d) la garantía de no intervención del Estado en asuntos internos de la empresa.

Añadió que la Corte Constitucional, en sentencias C-228 de 2010 y C-263 de 2011, señaló que las regulaciones que pretendan limitar el derecho de libertad de empresa no pueden afectar su núcleo esencial y que, además, deben obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la aplicación de la medida restrictiva, así como al principio de solidaridad y a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y responsabilidad.

1.3.2.2.1. Así las cosas, descendiendo al caso en concreto, explicó que en el acto enjuiciado se limitó el ejercicio al derecho a la libertad de empresa e iniciativa privada, como quiera que impidió que los propietarios de los bienes inmuebles que no tengan el carácter de Usuarios Operadores de la zona franca puedan disponer libremente de los mismos para el ejercicio de sus actividades empresariales.

1.3.2.2.2. Resaltó que tal imposición resulta ilegítima al no cumplir con los requisitos determinados por la Corte Constitucional para su procedencia, en tanto: (i) dichas limitaciones sólo podían ser efectuadas por el Legislador, (ii) se desconoció el núcleo esencial de los mismos, como quiera que en la norma censurada existe una restricción total de la posibilidad de realizar negociaciones jurídicas y económicas por parte del titular del derecho de dominio de inmuebles pertenecientes a zona franca; esto en detrimento, además, de los Usuarios Desarrolladores e Industriales, quienes están dedicados a ejecutar obras de urbanismo y a prestar servicios, por lo que su actividad económica depende en gran medida de la posibilidad de disponer de los bienes inmuebles de su propiedad, (iii) no es posible vislumbrar que su restricción obedezca a motivos de solidaridad, razonabilidad y responsabilidad, y (iv) tampoco se evidencia que la limitación hubiese estado inspirada en motivos de interés público.

1.3.2.3. Sobre el artículo 3º de la Ley 1004 de 2005 y sus normas reglamentarias, expuso que, pese a que la entidad accionada sostiene que profirió el acto enjuiciado presuntamente en desarrollo de esa disposición legal y del Decreto 2685 de 1999, lo cierto es que dichas normas no habían determinado



alguna facultad exclusiva en cabeza del Usuario Operador relacionada con la función de comprar, arrendar, enajenar o disponer de los inmuebles destinados a las zonas francas.

En ese orden, adujo que el artículo 3º de la Ley 1004 de 2005 simplemente señaló que el Usuario Operador es aquella persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una zona franca, sin establecer otro tipo de función adicional y que, a su vez, el artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999, reiteró dichas funciones. Por ende, precisó que, de la lectura de esas normas, no es posible colegir que el mencionado Usuario sea el único facultado para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, ya que ello, insistió, implicaría la vulneración de derechos de carácter constitucional, tales como los de propiedad y de libertad de empresa.

Aseveró que una lectura armónica de esas normas con los artículos 38 y 58 de la Constitución Política conduce a la conclusión de que el Usuario Operador es el encargado de dirigir y administrar la zona franca, incluyendo en esas funciones, la posibilidad de enajenar y disponer los bienes que hacen parte de la misma, sin que ello suponga que aquel sea el único autorizado para negociar sobre los bienes inmuebles destinados en esa zona, como equivocadamente se reguló en el acto enjuiciado.

Por ende, concluyó que las disposiciones censuradas vulneraron lo previsto en el artículo 3º de la Ley 1004 de 2005 y sus normas reglamentarias.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.1. La **DIAN**, mediante escrito radicado en la Secretaría de la Sección Primera de esta Corporación el 2 de febrero de 2015, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de nulidad, bajo los argumentos que pasan a sintetizarse:

2.1.1. Sobre el cargo denominado *“Nulidad por falta de competencia en la expedición del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución*



4240 de 2000, adicionado por el artículo primero de la Resolución número 9254 de 25 de septiembre de 2008, proferido por el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales”, consideró que no tiene vocación de prosperar debido a que el Director General de la DIAN, en ejercicio de las facultades conferidas en el literal i) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 y en el Decreto 2685 de 1999, sus adiciones y modificaciones, expidió la Resolución enjuiciada, por lo que no podía afirmarse que carecía de competencia para proferir la misma, ni que aquella hubiere impuesto alguna limitación al derecho de propiedad.

Para respaldar su dicho, sostuvo que el Decreto 1071 de 1999 determinó la organización de la DIAN, estableciendo, en sus artículos 4 y 5, el objeto y competencia de ésta. A su vez, resaltó que el literal i) del artículo 19 *ibídem*, antes de ser derogado por el Decreto 4048 de 2008, señalaba que eran funciones de la Dirección General de esa entidad, impartir instrucciones de carácter general sobre aspectos técnicos y de interpretación de las normas tributarias, aduaneras, de comercio exterior y de control de cambios por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a la misma, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de esas operaciones.

Asimismo, indicó que, en los artículos 2 y 4 *ejusdem*, se determinó que el Director de la DIAN tenía a su cargo la representación legal de esa entidad y que su objeto no era otro que el de coadyuvar a garantizar la seguridad fiscal del Estado Colombiano y la protección del orden público económico nacional, mediante la administración y el control sobre el cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias.

Precisó que el artículo 5 *ibidem* contempló que a la DIAN le correspondía dirigir y administrar la gestión aduanera y que, a su vez, el artículo 19 *ejusdem* fijó en cabeza de la Dirección General de esa entidad las facultades de definir, dirigir, coordinar y evaluar los derechos de aduana y demás tributos al comercio exterior.

Arguyó que las competencias atribuidas en el Decreto 1071 de 1999, en cabeza del Director General de esa Entidad, deben ser entendidas como una “*potestad*



reglamentaria ampliada, pues es sabido que a la DIAN, se le ha encargado la responsabilidad del desarrollo, adecuación, y debida aplicación de la normatividad aduanera, atendiendo las necesidades que imponen las circunstancias dinámicas de las actividades económicas y de comercio exterior, entre las que se encuentran el régimen franco en Colombia”⁵

2.1.1.1. Expresó que, si bien la facultad de inspección, control y vigilancia de dichas actividades están radicadas constitucionalmente en cabeza del Presidente de la República, no podía perderse de vista que, en virtud de la desconcentración, aquel podía radicar facultades en unidades administrativas como la DIAN, conforme al artículo 209 Constitucional. Bajo ese entendido, indicó que esa entidad estaba investida por las potestades que le fueron conferidas en el Decreto 1071 de 1999, para adoptar las medidas de alcance general que tengan que ver con las actividades de control aduanero y de comercio exterior, ello a través de una reglamentación de segundo grado, respecto de las cuales el legislador le ha dado la connotación de Instrucciones Generales, aspecto que sustentó con base en la sentencia del 23 de mayo de 2002, expedida por el Consejo de Estado, dentro del expediente 7536.

2.1.1.2. Señaló que el Decreto 2685 de 1999 es reglamentario de leyes marco, toda vez que fue expedido por el Gobierno Nacional con base en los artículos 189, numeral 25 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 6 de 1971 y el artículo 2 de la Ley 7 de 1991.

2.1.1.3. Con base en todo lo anterior, sostuvo que el Director General de esa entidad sí tenía facultades para proferir la disposición censurada, puesto que era claro que tanto el literal i) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999, como el numeral 1 del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999 y el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005, le concedían competencias que le permitían reglamentar en segundo grado o dar instrucciones técnicas, para la aplicación de las normas relacionadas con la gestión aduanera y de comercio exterior, como es el caso de las zonas francas y lo concerniente a la autorización, calificación y reconocimiento de los usuarios de las mismas.

⁵ Visible a folios 45 y 46 del Cuaderno Principal.



2.1.1.4. Aseguró que la disposición censurada se limita a reiterar la función asignada de manera exclusiva al Usuario Operador de una zona franca por el artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999, el cual determinó que los mismos podían comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título de los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca. Indicó que dicha norma goza de presunción de legalidad y que se encuentra en plena consonancia con el acto demandado, esto es, el artículo 1 de la Resolución 9254 de 25 de septiembre de 2008, que adicionó un párrafo al artículo 38-2 a la Resolución 4240 de 2000, consagrando exactamente la misma función.

2.1.2. Respecto del cargo llamado “*Nulidad por desconocimiento de los artículos 58, 38 y 333 de la Constitución Política y del artículo 3° de la Ley 1004 de 2005 y sus normas reglamentarias*”⁶, aludió de forma previa al régimen franco en Colombia, resaltando que, de acuerdo con la Ley 1004 de 2005, fue proferido en un marco normativo para las zonas francas, en el que se determinó un tratamiento diferencial en materia tributaria y aduanera para los usuarios de las mismas.

Precisó que, de acuerdo con el artículo 1º *ibidem*, una zona franca es un área geográfica delimitada del territorio nacional que tiene como objeto primordial promover y desarrollar el proceso de industrialización de bienes y de prestación de servicios destinados a mercados externos, y de manera subsidiaria al nacional. Por lo anterior, aseveró que el espíritu de dicha disposición legal es la materialización de un régimen especial para esa clase de zonas, las cuales se considerarán fuera del territorio nacional para efectos tributarios aduaneros aplicables a las importaciones e impuestos a las exportaciones, a efectos de que el Estado no perciba los denominados tributos aduaneros y el impuesto sobre las ventas, en este último caso, cuando se cause por la importación de bienes.

Igualmente, explicó que, para el reconocimiento de la extraterritorialidad de una zona franca, debe cumplirse con los requisitos previstos por la Ley para obtener esos efectos, esto es, debe ser aprobado el Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca y debe haberse emitido el concepto previo favorable de la

⁶ Visible a folios 47 a 53 del Cuaderno Principal.



Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en virtud de lo contemplado en el artículo 392-2 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 2 del Decreto 4051 de 2007.

Expresó que, de acuerdo con el artículo 393-2 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 5 del Decreto 4051 de 2007, la solicitud de declaratoria de una zona franca por parte de las personas interesadas en el proyecto también estará supeditada a los análisis previos de factibilidad y viabilidad financiera.

Expuso que, cuando la DIAN declara la existencia de la zona franca, autoriza al Usuario Operador de ésta a su ejecución, y éste adquiere el compromiso de efectuar la inversión determinada en el Plan Maestro, todo esto en virtud de lo dispuesto en el artículo 393-15 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 12 del Decreto 4051 de 2007.

Ahora bien, frente a la naturaleza del Usuario Operador, expresó que los artículos 3 de la Ley 1004 de 2005 y 393-14 del Decreto 2685 de 1994, lo definen como la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una zona franca, así como para calificar a los demás usuarios.

Asimismo, adujo que el artículo 393-15 del Decreto 2685 de 1995 determinó los requisitos que debe cumplir una persona jurídica que pretenda ser autorizada para fungir como Usuario Operador y los criterios que debe tener en cuenta la DIAN para emitir la respectiva autorización.

Recalcó que los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 393-16 determinaron como funciones del Usuario Operador, entre otras, las de comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca, la de urbanizar y construir la infraestructura necesaria para el funcionamiento de esa clase de áreas directamente o a través de terceros y la de calificar a quienes pretendan instalarse en la misma.

2.2.2. Ante tal panorama, resaltó que la norma censurada estaba en plena consonancia con el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005 y el numeral 2 del artículo



Radicado: 11001 03 24 000 **2014 00458 00**
Demandante: Rodrigo Escobar Gil

393-16 del Decreto 2685 de 1999, dado que allí se facultó legalmente a la DIAN para determinar que el Usuario Operador era la persona autorizada en forma exclusiva para dirigir y administrar la zona franca, por lo que el mismo es el encargado de disponer de los bienes allí establecidos.

Reiteró que, en el numeral 3 del artículo 393-16 ibidem, también se definió que era del resorte del Usuario Operador realizar directamente o a través de terceros la urbanización de terrenos y la construcción en éstos de la infraestructura y de las edificaciones necesarias para el desarrollo de la zona franca, de acuerdo con el Plan Maestro aprobado por la respectiva Comisión Intersectorial. En tal orden, afirmó que el citado Usuario es quien tiene en su poder la disposición del inmueble en donde se desarrollará la zona franca, pues aquel fue quien previamente lo construyó y lo urbanizó y es el encargado de calificar a quienes pretenden instalarse en la zona como usuarios industriales o comerciales y, a su turno, es quien dirige, administra, supervisa, promociona y desarrolla la zona.

Manifestó que, teniendo en cuenta las aludidas funciones del Usuario Operador, era lógico que éste fuera el único autorizado para ejercer las atribuciones propias de la dirección y administración de la zona franca y para tomar las decisiones que tengan alguna relación directa con la misma, sin que dichas facultades puedan considerarse como violatorias del derecho propiedad previsto en el artículo 58 Constitucional, pues, insistió, que esa potestad fue impuesta en beneficio del interés general de todo el complejo y acorde a la naturaleza propia de la mencionada zona.

Añadió que las responsabilidades impuestas al Usuario Operador de la zona franca por la Ley 1004 de 2005, el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 y sus normas complementarias, están en consonancia con el artículo 488 del Decreto 2685 de 1999, que estableció el régimen sancionatorio por infracciones aduaneras, orientado a sancionar al citado usuario en virtud de sus responsabilidades como administrador, supervisor y ejecutor de las actividades en las zonas francas.



Luego de citar un fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 21 de julio de 2011, cuyo radicado no identificó, destacó que la norma reglamentaria censurada no desconoce ninguna disposición de carácter legal o constitucional, en la medida que el derecho a la propiedad contemplado en el artículo 58 de la Carta Política no se ve menguado por las atribuciones determinadas en el régimen franco, en cabeza del Usuario Operador.

Indicó que dichas tesis han sido reafirmadas por esa entidad mediante el oficio número 100202208-966 del 12 de julio de 2012 y los del 3 de mayo y 3 de agosto de ese año, estos dos (2) últimos cuyos radicados no identificó.

Concluyó que la especialidad del régimen de zona franca justifica la limitación, aunado a los beneficios que obtienen los demás usuarios en materia tributaria que también justifican el trato que se demanda.

2.2.3. Sobre el cargo de violación de los derechos de asociación, libertad de empresa e iniciativa privada⁷, indicó que tampoco son absolutos, pues, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en sentencia C-263 de 2011, aquellos pueden ser restringidos.

Reiteró su argumento en relación con la posibilidad de que el Usuario Operador sea el encargado de forma exclusiva de disponer de los bienes de la zona franca, de ninguna forma puede acarrear la vulneración de los derechos invocados como infringidos, pues dicha norma tiene como fin unificar la dirección y administración de la zona, ello en virtud de los postulados de la Ley 1004 de 2005 y el Decreto 2685 de 1999.

2.2.3.1. Expresó que no eran ciertas las afirmaciones del accionante relativas a que los Usuarios Desarrolladores e Industriales dependen económicamente, en gran medida, de la explotación de los inmuebles, pues de la lectura de las definiciones previstas en los artículos 393-19, 20 y 21 del Decreto 2685 de 1999, no es viable deducir que su actividad económica penda de la venta o arrendamiento de esos bienes; por el contrario, resaltó que el Usuario Industrial de

⁷ Visto a folios 51 a 53 del cuaderno principal.



Bienes está autorizado para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas y que el Usuario Industrial de Servicios lo está para desarrollar tareas tales como la logística, transporte, manipulación distribución, empaque, reempaque, envase, etiquetado o clasificación en la zona, entre otras; y finalmente, el Usuario Comercial puede efectuar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes.

Además, advirtió que los mencionados usuarios están bajo la dirección y control del Usuario Operador, en virtud de lo dispuesto en el artículo 393-23 del Decreto 2685 de 1999.

Igualmente adujo que, conforme al artículo 393-23 del Decreto 2685 de 1999, es precisamente el Usuario Operador de la zona franca quien califica la calidad de Usuario Industrial de Bienes, de Usuario Industrial de Servicios o de Usuario Comercial, es decir, que dichos usuarios están bajo la dirección y control del Usuario Operador, al igual que sus actividades, lo que demuestra que la misma norma es la que le atribuye funciones especiales a este último.

2.2.3.2. Expuso que la regulación censurada no desconoció el núcleo esencial del derecho de libertad de empresa, ni implica un sacrificio desproporcionado del mismo, máxime si se tiene en cuenta que las zonas francas persiguen una finalidad legítima a la luz de los principios y fines consagrados en la Carta Política, los cuales se ven reflejados en el artículo 1 de la Ley 1004 de 2005, y suponen grandes beneficios en materia tributaria y aduanera, para lo cual trajo a colación los argumentos ya descritos en el numeral 2.1.2. de esta providencia.

2.2.4. Respecto del cargo de vulneración del artículo 3º de la Ley 1004 de 2005 y sus normas reglamentarias, indicó que, contrario a lo señalado en la demanda, la disposición enjuiciada se encuentra en consonancia con el artículo 3º de la Ley 1004 de 2005 y el numeral 393-16 del Decreto 2685 de 1999, puesto que éstas determinaron que el Usuario Operador es quien tiene las competencias exclusivas para dirigir y administrar la zona franca, por lo que en el acto demandado lo que se hizo fue interpretar el querer del legislador, determinando con mayor precisión cuáles eran las aludidas potestades de administración y dirección, concretando



que aquellas estaban encaminadas a la disposición, a cualquier título, de los bienes inmuebles ubicados en la zona franca y que tuvieran que ver con las actividades inherentes a las mismas.

Reiteró que la norma censurada reprodujo textualmente la función asignada al Usuario Operador de la zona franca, prevista en el artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999.

2.2.5. Concluyó que la disposición enjuiciada no excedió las normas de la Ley 1004 de 2005 y mucho menos de los artículos 393-16 del Decreto 2685 de 1999, máxime si se tiene en cuenta que aquellas normas prevén las responsabilidades legales asignadas al Usuario Operador de la zona franca y lo facultan para la disposición del inmueble en el que se encuentre en misma.

III. AUDIENCIA INICIAL

El día 25 de septiembre de 2015 se llevó a cabo audiencia inicial, en la que se fijó el litigio de la siguiente manera:

“Observa el Despacho que el problema jurídico es de puro derecho. Consiste en determinar si el Parágrafo demandado al disponer que los Usuarios Operadores de las zonas francas son los únicos autorizados para "Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca", es o no violatorio de lo dispuesto en los artículos 2°, 4°, 6°, 38, 150 y 333 de la Constitución Política; del artículo 3° de la Ley 1004 de 2005; y del artículo 393- 10 numeral 1° del Decreto 2585 de 2009, por tratarse de una materia cuya regulación se encuentra reservada al legislador y por no tener competencia el Director de la DIAN para restringir el derecho de propiedad, la libertad de empresa, la iniciativa privada, la libertad contractual y el libre ejercicio de una actividad económica a los demás usuarios de las zonas francas.”⁸

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Mediante escrito calendado el 8 de octubre de 2015⁹, la **DIAN** presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

⁸ Visto a folio 84 del Cuaderno Principal.

⁹ Visto a folios 99 a 103 del Cuaderno Principal.



4.2. A su vez, la **parte actora**, en escrito del 9 de octubre de ese mismo año¹⁰, recorrió el traslado para alegar de conclusión exponiendo los siguientes argumentos:

4.2.1. En el punto que denominó, “*sobre la falta de competencia de la DIAN para limitar el derecho de propiedad*”¹¹, indicó que en el libelo introductorio se cuestionó que la DIAN carecía de potestades para radicar de manera exclusiva en el Usuario Operador de la zona franca funciones relativas a la compra, arrendamiento, enajenación o disposición a cualquier título, de los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca, como quiera que, en virtud de lo previsto por la Corte Constitucional en su jurisprudencia, el derecho a la propiedad únicamente puede ser limitado por el legislador, de suerte que tal tema escapa de la potestad reglamentaria de cualquier orden.

Por ende, precisó que la falta de competencia alegada en la demanda es material y no orgánica, razón por la cual, a su juicio, los argumentos expresados por la entidad accionada para defender la legalidad de la disposición censurada son insuficientes, puesto que se dirigen a señalar que el Decreto Ley 1071 de 1999 otorgó competencia a la DIAN para dirigir y administrar la gestión aduanera y para definir, dirigir, coordinar y evaluar las actividades relacionadas con impuestos nacionales, derechos de aduana y demás tributos al comercio exterior, pretendiendo que por esa circunstancia pudiera ser objeto de su reglamentación de segundo orden cualquier situación acaecida en una zona franca.

Advirtió que, pese a que la ley le hubiere conferido a la DIAN amplias facultades de dirección y administración de la gestión aduanera, lo cierto es que aquellas deben interpretarse de forma armónica con las demás disposiciones del ordenamiento jurídico, particularmente, con las de superior jerarquía, tales como las constitucionales; razón por la cual, la posibilidad que tiene esa entidad para reglamentar las zonas francas no constituye patente de curso para que se regule cualquier materia, máxime si aquellas tienen reserva de Ley.

¹⁰ Visto a folios 123 a 129 del Cuaderno Principal.

¹¹ Visto a folios 125 del Cuaderno Principal.



Así, sostuvo que, en lo relacionado con el derecho a la propiedad, su regulación compete exclusivamente al legislador, por lo que debe concluirse que cualquier regulación que limite ese derecho escapa del resorte de las facultades de las autoridades administrativas, lo que, en su consideración, deriva en la necesidad de declarar la nulidad de al acto enjuiciado, como quiera que sustrae de los propietarios de los inmuebles ubicados en la zona franca la facultad de explotarlos económicamente mediante el arrendamiento, o de disponer de ellos a cualquier título (*ius obutendi*), radicando tal posibilidad de forma exclusiva y excluyente en el Usuario Operador.

4.2.1.1. Preciso que en la contestación tampoco existió ningún argumento en contra de la manifestación relativa a que el acto censurado priva del ejercicio pleno del derecho de disposición del bien al propietario de éste, por lo que se estaba afectando el núcleo esencial de ese derecho.

4.2.2. Respecto de la “*contradicción que supone la disposición acusada con el ordenamiento jurídico superior*”¹², advirtió que, contrario a lo señalado en la defensa de legalidad, el acto enjuiciado no se limitó a reproducir el numeral 2 del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999, sino que, por el contrario, implicó una disposición novedosa en el ordenamiento que trasgrede el derecho de propiedad privada.

Adujo que el análisis efectuado por la DIAN en la contestación de la demanda resulta insuficiente para sustentar la validez de la norma censurada, toda vez que pretermitió la revisión de las condiciones en las que el Decreto 2685 de 1999 otorgó al Usuario Operador las funciones de compra, arrendamiento, enajenación o disposición a cualquier título de los bienes con destino a las actividades de la zona franca, respecto de las previstas en la disposición censurada; por lo que, a su juicio, existe una diferencia sustancial entre ambas normas, en la medida que el aludido Decreto, si bien regula las mencionadas funciones del Usuario Operador, lo cierto es que no las asigna de forma exclusiva, por lo que puede concluirse que otorga una competencia y facultad concurrente al Usuario Operador y al

¹² Visto a folios 126 del Cuaderno Principal.



propietario para celebrar los mencionados negocios con bienes inmuebles destinados a la zona franca.

Por ende, resaltó que la disposición enjuiciada fue más allá de la Constitución y la Ley, concretamente de lo establecido en el Decreto 2685 de 1999, imponiendo, vía reglamentación de segundo orden, una limitación al derecho a la propiedad, al sustraer de la esfera de competencia del propietario de los inmuebles la posibilidad de ejercer plenamente su derecho de dominio a través de la facultad de disposición.

4.2.3. Frente a la *“ausencia de conexidad entre la naturaleza y fines del régimen de zona franca y la limitación del derecho de propiedad”*¹³, indicó que los fundamentos de política económica que subyacen al régimen de zona franca y de sus finalidades de promoción de industria, generación de empleo, atracción de inversión y aumento al crecimiento y desarrollo económico, no pueden justificar que una autoridad administrativa se arrogue competencias que son del resorte exclusivo del legislador, quien es el único encargado de limitar los derechos de propiedad y libertad de empresa.

Arguyó que, si lo que la DIAN propuso de forma táctica, fue un test de proporcionalidad en el que debían ponderarse, de un lado, las bondades de las zonas francas y las ganancias en orden, de practicidad y eficacia que se derivan de asignar exclusivamente en el Usuario Operador las funciones relativas a la disposición de los bienes inmuebles destinados a la zona franca, y de otro, los alcances del derecho a la propiedad privada, lo cierto era que dicha medida adoptada no observó los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad que puedan justificar constitucional o legamente la limitación de ese derecho.

4.2.3.1. Explicó que, de aceptar que los titulares y usuarios de una zona franca, de alguna manera pudieran afectar los fines colectivos perseguidos en el régimen de la zona franca, no podía perderse de vista que existían mecanismos menos lesivos del derecho de propiedad que podrían haber sido implementados por la DIAN, los cuales permitirían articular las funciones de control y dirección

¹³ Visto a folios 127 del Cuaderno Principal.



asignadas al Usuario Operador de la zona franca, con el goce efectivo de los derechos de los demás usuarios, como puede ser la sujeción de los actos de disposición del inmueble con la autorización del citado Usuario, siempre que se satisfagan unos requisitos preestablecidos.

4.2.3.2. Adujo que las decisiones enjuiciadas no daban cuenta de los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad en la reglamentación adoptada por la DIAN, toda vez que, con el pretexto de preservar un interés general y de promover unos propósitos específicos amparados por un régimen legal especial, hizo nugatorio el derecho de propiedad, al restringir de forma absoluta el derecho de disposición de los inmuebles ubicados en la zona franca, asignando de forma exclusiva tal facultad al Usuario Operador.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La **Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa** rindió concepto mediante memorial radicado en la Secretaría de esta Sección el día 7 de octubre de 2015¹⁴, en el que expuso los siguientes argumentos:

5.1. Explicó que el acto enjuiciado, esto es, el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2020, adicionado por el artículo 1º de la Resolución 9254 del 25 de septiembre de 2008, reprodujo el artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999, el cual estableció que los Usuarios Operadores tenían como potestades las de comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de las zonas francas.

Indicó que lo anterior estaba en consonancia con el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005, que dispuso que el Usuario Operador es la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias zonas francas, así como para calificar a sus usuarios.

Además, arguyó que el numeral 2 del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999 establece que el Usuario Operador es el único autorizado para dirigir y administrar

¹⁴ Visto a folios 89 a 98 del Cuaderno Principal.



la zona franca, por lo que sólo el mismo puede disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a tal zona.

En tal medida, aseguró que fue el legislador quien otorgó las mencionadas potestades que son del resorte del Usuario Operador, máxime si se tiene en cuenta que lo que hizo la decisión censurada fue, como se dijo, reproducir la función en controversia.

5.2. Advirtió que tampoco se vulneró el derecho a la propiedad y el derecho de asociación, consagrados en los artículos 58 y 333 Superiores, puesto que las zonas francas están sujetas a un régimen especial que debe ser respetado y acogido por la colectividad.

Expresó, en relación con el derecho de libertad de empresa, que las zonas francas se ciñen a un régimen jurídico especial, que se encuentra previsto en la Ley 1004 de 2005, y en el que se determinaron algunas facultades exclusivas en cabeza del Usuario Operador, con el objeto de lograr un correcto funcionamiento en esa clase de zonas. Lo anterior, teniendo en cuenta la importancia de éstas para la creación de empleo, de desarrollo de la competitividad y de ejecución de los procesos industriales productivos a gran escala debido a su compleja funcionalidad, aspecto que sustentó citando un concepto proferido en ese sentido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 12 de junio de 2015, dentro del proceso con radicado 11001 03 06 000 **2014 00140** 00.

5.3. En esa medida, adujo que era claro que la entidad accionada sí tenía competencias para expedir el acto demandado, teniendo en cuenta que determinó que, como el Usuario Operador es el director y administrador de las zonas francas, aquél es el llamado exclusivamente a disponer a cualquier título de los bienes inmuebles con destino a las actividades de dicha zona.

5.4. Concluyó que los cargos no tienen vocación de prosperidad, puesto que no se demostró que el acto censurado hubiere sido expedido con falta de competencia o que se haya vulnerado el principio de legalidad o las normas que fueron invocadas como infringidas en el libelo introductorio.



VI. DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto *sub lite*, previas las siguientes

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia.

De conformidad con lo expuesto en el artículo 237 de la Constitución Política y de lo previsto en los artículos 11, 13, 34, 36, 39 y 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, así como de lo expuesto en el artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, el Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia.

7.2. Planteamiento

De acuerdo con el contenido y alcance del libelo introductorio y lo manifestado por el demandado, se observa que las partes coinciden en que el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008, previó que el Usuario Operador de una zona franca tiene la facultad exclusiva de comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles destinados a las actividades de la misma.

Ahora, discrepan sobre si la DIAN tenía competencia para proferir dicha disposición normativa, pues, para la actora, tal atribución es del resorte del Legislador, dado que, a través de ella, se está radicando de manera exclusiva la disposición de los bienes inmuebles que hacen parte de la zona franca en el Usuario Operador, anulando el derecho de los propietarios de los mismos sin que medien razones de interés público que justifiquen dicho tratamiento; por su parte, la entidad accionada sostiene que sí contaba con facultades para la



Radicado: 11001 03 24 000 **2014 00458 00**
Demandante: Rodrigo Escobar Gil

reglamentación en segundo grado, pues, en virtud de lo previsto en los artículos 3 de la Ley 1004 de 2005, 393-14, 393 -15 y 393-16 del Decreto 2685 de 1999, el Usuario Operador es el autorizado para dirigir y administrar la zona franca; de ahí que sólo a este se le permita comprar, arrendar, enajenar los inmuebles con destino a la misma, ello en aras de lograr su correcto funcionamiento.

Asimismo, discrepan respecto de si el acto censurado vulneró las disposiciones superiores en que dice fundarse, en tanto que, para el demandante, el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005 y sus normas reglamentarias, no radican de manera exclusiva en cabeza del Usuario Operador la función comprar, arrendar, enajenar o disponer de los inmuebles destinados a esa clase de zonas; en tanto que para la entidad demandada las disposiciones acusadas simplemente reprodujeron textualmente el contenido del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999.

Por otro lado, difieren respecto a si la decisión enjuiciada vulneró los derechos de asociación, de libertad de empresa e iniciativa privada, toda vez que, para el accionante, se impide que los propietarios de los inmuebles que hacen parte de la zona franca y que no tengan la calidad Usuario Operador, puedan disponer de los mismos, pese a que su actividad económica pende en gran medida de la explotación de éstos. Así mismo, reprocha que la mencionada limitación fue adoptada sin que se hubiere efectuado un juicio de proporcionalidad y que tampoco está fundada en motivos de razonabilidad, solidaridad y responsabilidad o de interés general; mientras que, para la DIAN, no es cierto que los Usuarios Desarrolladores e Industriales dependan de la explotación de los inmuebles de su propiedad, toda vez que los artículos 393-19, 20 y 21 del Decreto 2685 de 1999 prevén otras actividades a cargo de éstos. Además, aseguró que las medidas restrictivas objeto de censura fueron adoptadas debido al concepto y beneficios del régimen franco en Colombia, cuya regulación dispuso en cabeza del Usuario Operador la dirección y administración de la zona franca, por lo que aquél es el único autorizado para disponer de los inmuebles de la misma.

Visto lo anterior, procederá la Sala a abordar el estudio de fondo de los cargos de nulidad propuestos por el accionante, lo que impone aludir al régimen de las zonas francas en Colombia, así como a la naturaleza de los Usuarios Operadores, de



modo que se comprenda el alcance de dichas figuras y el desarrollo de las actividades encargadas a los mencionados sujetos.

7.3. Contexto normativo.

7.3.1. La génesis de las zonas francas en Colombia se remonta al Estatuto Orgánico de Aduanas adoptado en la Ley 79 de 1931, en cuyos artículos 428 y 429 se autorizó al Gobierno Nacional para declarar puertos libres para la importación y exportación en las Costas Atlántica y Pacífica, así como en el Amazonas y en el bajo Putumayo¹⁵.

Veinte (20) años más tarde, con la expedición de Ley 105 de 1958, se creó la primera zona franca del país, esto es, la Zona Franca Industrial y Comercial de Barranquilla, la cual tenía por objeto facilitar la importación de insumos utilizados en la producción de bienes y consumo nacional, a través de las exenciones en pago de impuestos, contribuciones o gravámenes nacionales, departamentales y municipales.

Con fundamento en la mencionada disposición normativa fueron creadas, a través de los Decretos números 1095 de 1970, 2077 de 1973, 1144 de 1974, las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Palmaseca, Buenaventura, Cartagena y Santa Marta, respectivamente.

A su vez, la Zona Franca de Rionegro y Urabá fue constituida por la Ley 16 de 1986.

Mediante Ley 47 de 1981, fue expedido el denominado "*Estatuto Orgánico de las Zonas Francas Industriales y Comerciales*", en cuyo artículo 1º se definieron como establecimientos públicos con personería jurídica y patrimonio independiente,

¹⁵ "**Artículo 428.** El Gobierno queda autorizado para declarar puertos libres para la importación y exportación en el Pacífico y en el Atlántico, por un término de diez años desde la vigencia de esta Ley.

Artículo 429. El Gobierno queda igualmente facultado para declarar puertos libres de importación y exportación en la región Amazónica y Bajo Putumayo, por un término de diez años."



adscritas al entonces Ministerio de Desarrollo Económico. Entre tanto, en su artículo 2º se estableció que el objeto de éstas era:

“Artículo 2º. Del objeto. Las zonas francas tendrán por objeto promover y facilitar la importación y exportación de bienes y servicios, la constitución de empresas industriales y comerciales, la generación de empleo, la introducción de nuevas tecnologías y, en general, el desarrollo económico y social del país y especialmente el de la región donde se establezcan, mediante la utilización de recursos humanos y naturales, dentro de las condiciones especiales fijadas en la presente ley y en los decretos que la desarrollen y reglamenten. Conforme al objeto descrito en este artículo, las zonas francas prestarán un servicio público y no perseguirán fines de lucro.” (Subrayas de la Sala).

Además, se clasificaron las zonas francas, según su actividad, en comerciales, industriales o mixtas (artículo 3 ibidem). Las primeras de ellas tenían por finalidad facilitar el comercio internacional de los bienes producidos dentro del territorio nacional (artículo 26 ibidem), las segundas buscaban promover y desarrollar el proceso de industrialización de insumos y materias primas y la fabricación de productos importados (artículo 33 ibidem), y la última tenía por objeto la realización de actividades tanto comerciales como industriales.

En cuanto a la dirección y administración de las zonas francas, se dispuso que estarían a cargo de una Junta Directiva integrada por el Ministro de Desarrollo Económico, de Hacienda y Crédito Público, el Gobernador del respectivo Departamento, el Gerente del Banco de la República, un representante de los usuarios de la respectiva zona y otro de las asociaciones gremiales que desarrollaran actividades en el respectivo Departamento (artículo 10 *eiusdem*).

Finalmente, se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para que adoptara los estatutos orgánicos de las zonas francas de Barranquilla, Buenaventura, Manuel Carvajal Sinisterra, Cartagena, Santa Marta y Cúcuta; así como para dictar las normas para su contratación, administración y presupuesto (artículo 73 ibídem).

Con la Ley 109 de 1985¹⁶, se reitera lo concerniente a la naturaleza jurídica y objeto, así como clasificación de las zonas francas y su dirección. Se puntualiza

¹⁶ “Por la cual se establece el estatuto de las zonas francas”-



por primera vez en los llamados Usuarios Comerciales e Industriales, siendo los primeros de ellos la personas naturales y jurídicas autorizadas a almacenar bienes de origen nacional para su venta, comercialización o uso posterior fuera del país, y para importar para el mercado nacional los bienes almacenados en dicha zona (artículo 8 *ibidem*); y los usuarios comerciales, aquellos constituidos para operar exclusivamente dentro del perímetro de su respectiva zona franca, dedicados a la actividad industrial orientada a la venta en mercados externos (artículo 9 *ejusdem*).

Asimismo, el artículo 10 *ibidem* determinó que en las zonas francas se aplicaría una normatividad especial en materia aduanera, cambiaria y de comercio. Mientras que lo artículos 14 a 18 *ejusdem*, fijaron algunos beneficios tributarios y cambiarios en esas áreas.

7.3.2. A partir de 1991 comenzó un proceso privatización y liquidación de las zonas francas. En efecto, en el numeral 6 del artículo 6 de la Ley Marco de Comercio Exterior 7ª de 1991, se permitió el funcionamiento de zonas francas de naturaleza pública o privada, y en el párrafo del citado artículo se autorizó al Gobierno Nacional para transformar aquellas Industriales y Comerciales del Estado en sociedades de economía mixta, o a ser vendidas parcial o totalmente a empresas privadas debidamente establecidas¹⁷.

Posteriormente, el Decreto 2131 de 1991¹⁸ definió en su artículo 2º a las zonas francas como aquellas ubicadas dentro de un área delimitada del territorio nacional, cuyo objeto primordial era promover y desarrollar procesos de industrialización de bienes y de prestación de servicios destinados a mercados externos y de manera subsidiaria al nacional, para lo cual tendrían un régimen especial en materia aduanera, cambiaria, de inversión de capitales y de comercio exterior; así como beneficios fiscales sobre la venta a mercados externos de bienes y servicios.

¹⁷ A su vez, a través del Decreto 2111 de 1992, fueron suprimidos los establecimientos públicos que operaban las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá.

¹⁸ "Por el cual se dictan normas sobre la estructura y funcionamiento de las Zonas Industriales de Bienes y de Servicios".



Así, clasificó las zonas francas en: (i) industriales de bienes y servicios, cuyo fin era promover y desarrollar la industrialización de bienes y la prestación de servicios (artículo 4º ibidem), (ii) industriales de servicios turísticos, cuyo objeto era el de promover servicios en la actividad turística, destinados al turismo receptivo y de manera subsidiaria nacional (artículo 5 ibidem), y (iii) industriales de servicios tecnológicos, las cuales estaban encargadas de promocionar como mínimo diez (10) empresas de base tecnológica. Además, se clasificaron los usuarios de la zona franca en Operador, Desarrollador, Industrial de Bienes e Industrial de Servicios.

Frente al Usuario Operador se determinó que éste sería una persona jurídica pública, privada o mixta encargada, entre otras, de promover, dirigir y administrar y operar las zonas francas. En ese orden, el artículo 10 ibidem precisó las siguientes funciones en cabeza del citado Usuario:

“Artículo 10. De las funciones del usuario operador. El usuario operador ejercerá las siguientes funciones:

1. Promover, dirigir, administrar y operar una o varias Zonas Francas Industriales.

2. Adquirir, arrendar o disponer a cualquier título de inmuebles, desarrollar la infraestructura y construcción de la Zona Franca.

3. Autorizar el ingreso de los usuarios desarrolladores, de los industriales de bienes y de servicios y celebrar con ellos los contratos a que haya lugar.

4. Velar por el cumplimiento de los reglamentos de las actividades industriales tanto de bienes como de servicios.

5. Realizar gestiones ante las autoridades municipales, con el fin de obtener de éstas estímulos tributarios y exenciones para los inmuebles y actividades de la Zona Franca.

6. Las demás relacionadas con el desarrollo de las actividades de la respectiva Zona Franca.” (Subrayas de la Sala).

A su vez, el Usuario Desarrollador fue definido como la persona jurídica o sucursal extranjera que tiene por objeto desarrollar las obras de urbanización, construcción e infraestructura de servicios, dentro del área de la zona franca (artículo 11 ibidem); el Usuario Industrial de Bienes, se entendió como la persona jurídica o



sucursal extranjera que dentro del área de la zona franca se encarga de fabricar, ensamblar y transformar productos industriales para su venta en los mercados externos (artículo 12 ibidem) y el Usuario Industrial de Servicios fue concebido como la persona jurídica o sucursal extranjera, constituida para realizar actividades exclusivamente dentro del perímetro de la zona franca, que se dedique a la prestación de servicios orientados prioritariamente a mercados externos (artículo 13 ibidem).

Además, tanto los artículos 11, 12 y 13 ibidem, señalaron que los Usuarios Desarrolladores, Industrial de Bienes e Industrial de Servicios, debían suscribir un contrato con el Usuario Operador en el que se determinaran especialmente los términos y condiciones de su relación.

7.3.3. Con la expedición del Decreto 2233 de 1996¹⁹, se reiteró el concepto de las anotadas zonas y se fijó el procedimiento que debe seguir el Usuario Operador para la declaratoria de existencia de una zona franca industrial de bienes y servicios (artículos 5 a 11 ibídem).

Ahora, los usuarios fueron nuevamente clasificados en: (i) Usuario Operador, (ii) Usuario Industrial de Bienes, (iii) Usuario Industrial de Servicios, y (iv) Usuario Comercial²⁰.

En lo que hace al Usuario Operador, se reafirmó su función de promover, dirigir y operar a las zonas francas y amplió el detalle de las atribuciones, así:

“Artículo 14. Usuario Operador. Es la persona jurídica nacional o extranjera legalmente establecida en Colombia, con Numero de Identificación Tributaria propio, que se constituye con el objeto de realizar actividades exclusivamente dentro de la Zona Franca. Dichas actividades serán las siguientes:

1. Promover, dirigir, administrar y operar una o varias Zonas Francas.

¹⁹ “Por el cual se establece el régimen de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios”.

²⁰ Ahora, el Usuario Industrial de Bienes, fue definido como el encargado de la fabricación, producción, transformación o ensamble de bienes para su venta en los mercados externos prioritariamente (artículo 15 ibídem); frente al Usuario Industrial de Servicios, únicamente se precisó que no podían prestar el servicio de almacenamiento a terceros (parágrafo artículo 15 ibídem), y del Usuario Comercial, se indicó que era el encargado de realizar actividades de almacenamiento, conservación, manipulación, empaque, reempaque, clasificación o limpieza de bienes, que se podrán destinar a mercados externos o al nacional (artículo 17 ibídem).



2. Adquirir, arrendar o disponer a cualquier título de inmuebles, con destino a las actividades de Zona Franca.

3. Construir directamente o mediante contrato con Desarrolladores, la infraestructura y edificaciones de la Zona Franca, conforme al Plan Maestro de Desarrollo de que trata el numeral 3 del artículo 5º de este decreto.

4. Calificar a quienes pretendan instalarse en la Zona Franca, y hacer efectiva la pérdida de la calidad de Usuario en los eventos previstos en este decreto o en el acto de calificación.

5. Autorizar y llevar el control de las operaciones de ingreso y egreso de mercancías e inventarios de bienes de los Usuarios, para lo cual el Usuario Operador deberá establecer un sistema computarizado de control de inventarios y efectuar inspecciones físicas a dichos inventarios y revisiones a los procesos productivos de los Usuarios Industriales, cuando lo considere conveniente, o cuando lo solicite el Ministerio de Comercio Exterior o la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sin perjuicio de las facultades legales de estas entidades.

6. Revisar aquellos aspectos de los procesos productivos de los Usuarios Industriales necesarios para expedir el certificado de que trata el parágrafo 3º del artículo 44 de este decreto.

7. Prestar a los usuarios, si lo considera conveniente y de acuerdo con las normas pertinentes, sin los beneficios propios del régimen especial de Zona Franca, los servicios de suministro de agua, energía eléctrica, gas, telecomunicaciones, aseo, vigilancia y mantenimiento de la Zona, guardería, capacitación, atención médica, agencias de empleo, transporte de los empleados, pasaje, cargue y descargue de mercancías y centros de convenciones y de exposiciones.

La prestación de otros servicios no incluidos en este numeral, deberá ser autorizada previamente por el Ministerio de Comercio Exterior.

8. Velar por el cumplimiento del régimen de Zonas Francas.

9. Las demás relacionadas con su objeto, en el desarrollo de las actividades de la respectiva Zona Franca.

Parágrafo. La calidad de Usuario Operador se adquiere cuando el Ministerio de Comercio Exterior expide el permiso para operar de que trata el artículo 10 de este decreto.” (Subrayas de la Sala).

También, es relevante mencionar que el artículo 19 *ejusdem* contempló que era función del usuario operador evaluar y emitir un acto de calificación con la designación y determinación de la calidad de usuario, de las personas interesadas en hacer parte de la zona franca; veamos:



“Artículo 19. Acto de calificación como usuario. El usuario operador evaluará la solicitud y emitirá un acto de calificación del solicitante. El acto de calificación deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

- 1. Designación y determinación de la calidad del Usuario.***
- 2. Indicación del término en que mantendrá la calidad de Usuario, el que no podrá exceder al autorizado para la zona franca.***
- 3. Indicación y delimitación del área a ocupar, y***
- 4. La actividad o actividades a desarrollar en la zona franca”* (Subrayas de la Sala).**

7.3.4. El 30 de diciembre de 2005, se expidió la Ley 1004²¹, en cuyo artículo 1º se determinó que las zonas francas eran un área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en las cuales se desarrollaban actividades industriales de bienes, servicios y comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior, y que las mercancías ingresadas en dicha zona son consideradas fuera del territorio exterior para efectos de los impuestos a las importaciones y exportaciones.

“Artículo 1º. La Zona Franca es 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. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones”.

Por su parte, en el artículo 2º se dispuso que las Zonas Francas tenían como finalidad: (i) ser instrumento para la creación de empleo y para la captación de nuevas inversiones de capital, (ii) promover las regiones en las que se establezca, (iii) desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, (iv) estimular la generación de economías de escala, y (v) simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios para facilitar su venta.

Ahora, frente a los Usuarios Operadores, Industriales de Bienes, Industriales de Servicios y Comerciales, el artículo 3º indicó:

²¹ *Por la cual se modifican (Sic) un régimen especial para estimular inversión y se dictan otras disposiciones”.*



“Artículo 3o. Son usuarios de Zona Franca, los Usuarios Operadores, los Usuarios Industriales de Bienes, los Usuarios Industriales de Servicios y los Usuarios Comerciales.

El usuario operador es la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como para calificar a sus usuarios.

El Usuario Industrial de Bienes es la persona jurídica instalada exclusivamente en una o varias Zonas Francas, autorizada para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados.

El Usuario Industrial de Servicios es la persona jurídica autorizada para desarrollar, exclusivamente, en una o varias Zonas Francas, entre otras, las siguientes actividades:

1. Logística, transporte, manipulación, distribución, empaque, reempaque, envase, etiquetado o clasificación;
2. Telecomunicaciones, sistemas de tecnología de la información para captura, procesamiento, almacenamiento y transmisión de datos, y organización, gestión u operación de bases de datos;
3. Investigación científica y tecnológica;
4. Asistencia médica, odontológica y en general de salud;
5. Turismo;
6. Reparación, limpieza o pruebas de calidad de bienes;
7. Soporte técnico, mantenimiento y reparación de equipos, naves, aeronaves o maquinaria;
8. Auditoría, administración, corretaje, consultoría o similares.

El usuario comercial es la persona jurídica autorizada para desarrollar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes, en una o varias Zonas Francas.” (Subrayas de la Sala).

Además, en el artículo 4 ibidem el legislador confirió potestades reglamentarias al Ejecutivo, con el fin de que regulara las siguientes materias:

“Artículo 4o. Para la reglamentación del presente capítulo, el Gobierno Nacional deberá:

1. Determinar lo relativo a la autorización y funcionamiento de Zonas Francas Permanentes o Transitorias.
2. Establecer controles para evitar que los bienes almacenados o producidos en Zona Franca ingresen al territorio aduanero nacional sin el cumplimiento de las disposiciones legales.



3. *Determinar las condiciones con arreglo a las cuales los bienes fabricados o almacenados en Zona Franca, pueden ingresar temporalmente al territorio aduanero nacional. La introducción definitiva de estos bienes al territorio aduanero nacional será considerada como una importación ordinaria.*

4. *Fijar las normas que regulen el ingreso temporal a territorio aduanero nacional o de este a una Zona Franca, de materias primas, insumos y bienes intermedios para procesos industriales complementarios, y partes, piezas y equipos para su reparación y mantenimiento.*

5. *Establecer los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios autorizados a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, deban adecuarse a lo previsto en este capítulo.*

6. *Fijar las normas que regulen el régimen de introducción y salida de bienes y prestación de servicios del exterior a Zona Franca o de Zona Franca al exterior. La introducción de bienes del exterior a Zona Franca no se considera importación.”*

7.3.5. Como consecuencia de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2007, que modificó el Decreto 2685 de 1999, “*Por el cual se modifica la Legislación Aduanera*”, en el que se crearon, entre otros, requisitos para el funcionamiento de una zona franca y se determinaron las funciones de los Usuarios que debían operar la misma.

Así, los artículos 393-2 y 393-3 *ibidem* determinaron los presupuestos que debía cumplir el Usuario Operador de una zona franca para solicitar la declaratoria de esa zona de tipo permanente o permanente especial y, frente a la naturaleza de los usuarios, el artículo 393-14 *ibidem* determinó que el Operador era la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar uno o varias zonas francas, así como para calificar a los usuarios que se instalen en éstas (artículo 393-14). En esa línea, el artículo 393-16 *ibidem* contempló las siguientes funciones en cabeza del operador:

“Artículo 393-16. Funciones del Usuario Operador. *El usuario operador en ejercicio de su actividad, tendrá las siguientes funciones:*

1. Dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar la Zona Franca;

2. Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la Zona Franca;

3. *Directamente o a través de terceros urbanizar los terrenos y construir en estos la infraestructura y edificaciones necesarias para el desarrollo de la*



Zona Franca, de acuerdo con el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca aprobado por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. Esta función no podrá ser desarrollada por Usuarios Industriales que tengan vínculos económicos o societarios con el Usuario Operador en los términos señalados en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario y 260 a 264 del Código de Comercio.

4. Calificar a quienes pretendan instalarse en la Zona Franca como Usuarios Industriales de Bienes, Usuarios Industriales de Servicios o Usuarios Comerciales.

5. Garantizar y coordinar la prestación de los servicios de vigilancia y mantenimiento de la Zona Franca, guardería, capacitación, atención médica a empleados y transporte de los empleados, y demás servicios que se requieran para el apoyo de la operación de los usuarios y el funcionamiento de la Zona Franca.

6. Las demás relacionadas con su objeto, en el desarrollo de las actividades de la Zona Franca.” (Subrayas de la Sala).

Entre tanto, el artículo 393-23, determinó que el Usuario Operador sería el encargado de calificar la calidad de los demás usuarios de una zona franca; veamos:

“Artículo 393-23. Calificación de usuarios de zona franca permanente. La calidad de Usuario Industrial de Bienes, de Usuario Industrial de Servicios o de Usuario Comercial se adquiere con la calificación expedida por el Usuario Operador, quien deberá enviar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, copia del acto de calificación correspondiente dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su expedición.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dentro de los seis (6) meses siguientes al acto de calificación y en ejercicio del control posterior podrá dejar sin efecto la calificación de los usuarios cuando se establezca que no cumplieron con los requisitos exigidos, mediante acto administrativo contra el cual únicamente procede el recurso de reposición que deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación y resolverse dentro de los dos (2) meses siguientes. Ejecutoriado el acto administrativo que deja sin efectos la calificación del usuario se deberá definir la situación jurídica de las mercancías en los términos señalados en el artículo 409-2 del presente decreto.” (Subrayas de la Sala).

Ahora, en lo que hace al Usuario Industrial de Bienes, se lo definió como la persona jurídica instalada exclusivamente en una zona franca, autorizada para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas de productos semielaborados (artículo 393-19); el Usuario Industrial de Servicios, el encargado de efectuar, entre otras, actividades de logística, transporte, manipulación, distribución, empaque, reempaque, envase, etiquetado o



clasificación, telecomunicaciones, investigación científica y tecnología, asistencia médica, turismo, reparación, soporte técnico, auditoría, (artículo 393-20), y el Usuario Comercial, fue autorizado a desplegar actividades de mercadeo, comercialización, almacenamiento o conservación de bienes (artículo 393-21).

Pues bien, bajo el prisma normativo a que se ha aludido, lo que puede concluirse de manera preliminar es que las zonas francas en nuestro país siempre fueron concebidas como espacios territoriales especiales cuyo propósito consistía en permitir actividades industriales, de servicios y comerciales con algunas ventajas de índole tributaria, aduanera y cambiaria que consiguieran, al mismo tiempo, el desarrollo económico del país a través de la generación de empleo y la introducción de nuevas tecnologías, entre otras.

También se desprende que la dirección de dichas zonas estuvo en principio en manos de una Junta Directiva pero que, por virtud del proceso de privatización, pasó a lo que se vino denominando Usuario Operador, entendido como una sola persona jurídica encargada de administrar y adelantar las actividades necesarias a efectos de que se cumplan los objetivos de tales zonas.

Fue entonces bajo ese contexto que se expidió la disposición censurada, esto es, el literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, “*Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 del 28 de diciembre de 1999*”, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008, ambos proferidos por la DIAN, que estableció lo siguiente:

“RESOLUCION No. 4240 DE JUNIO 2 DEL 2000

Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

LA DIRECTORA GENERAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

En uso de las facultades conferidas en el literal i) del artículo 19 del Decreto 1071 de 1999 y,

CONSIDERANDO:

Artículo 38-2. Autorización, calificación y reconocimiento de los usuarios de zonas francas.

(...)



Parágrafo 2o. *El usuario operador autorizado con el lleno de los requisitos aquí establecidos deberá, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 3o de la Ley 1004 del 2005, en concordancia con el numeral 1 del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999, dirigir y administrar de manera exclusiva la zona franca permanente declarada, siendo este el único autorizado legalmente para ejercer las funciones propias de la dirección y administración de la zona franca y para tomar decisiones que tengan relación directa con las mismas.*

En consecuencia, el usuario operador es el único autorizado para ejercer funciones como las siguientes, sin perjuicio de las demás establecidas en el Decreto 2685 de 1999:

- a) *Controlar el ingreso y salida de mercancías de la zona franca;*
- b) *Definir de acuerdo con los requerimientos legales las medidas de seguridad y el servicio de vigilancia que garanticen el control y seguridad en las instalaciones de la zona franca;*
- c) *Solicitar ante esta entidad la autorización para la ubicación en la zona franca de personas naturales o jurídicas que no ostenten la calidad de usuarios y presten servicios relacionados con la actividad de la zona franca;*
- d) *Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca.*

De acuerdo con lo anterior, en la zona franca permanente declarada no podrán existir administraciones diferentes a la ejercida por el usuario operador.” (Subrayas de la Sala).

Teniendo en cuenta lo anterior, procederá la Sala a resolver a los cargos formulados en el libelo introductorio.

7.4. De la presunta reproducción normativa del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999 y alcance de la norma que se cuestiona

7.4.1. Corresponde a la Sala verificar si la norma censurada reiteró textualmente la última disposición reglamentada. Para resolver dicho interrogante resulta oportuno traer a colación el siguiente cuadro comparativo entre ambas disposiciones:

Decreto 2685 de 1999 modificado por el Decreto 383 de 2007	Parágrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000 adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 de 2008.
“Artículo 393-16. Funciones del Usuario Operador. El usuario operador en ejercicio	“ARTÍCULO 1º. Adiciónase el artículo 38-2 de la resolución 4240 de 2000 con el



<p>de su actividad, tendrá las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none">1. <u>Dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar la Zona Franca;</u>2. <u>Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la Zona Franca;</u>3. Directamente o a través de terceros urbanizar los terrenos y construir en estos la infraestructura y edificaciones necesarias para el desarrollo de la Zona Franca, de acuerdo con el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca aprobado por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. Esta función no podrá ser desarrollada por Usuarios Industriales que tengan vínculos económicos o societarios con el Usuario Operador en los términos señalados en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario y 260 a 264 del Código de Comercio.4. Calificar a quienes pretendan instalarse en la Zona Franca como Usuarios Industriales de Bienes, Usuarios Industriales de Servicios o Usuarios Comerciales.5. Garantizar y coordinar la prestación de los servicios de vigilancia y mantenimiento de la Zona Franca, guardería, capacitación, atención médica a empleados y transporte de los empleados, y demás servicios que se requieran para el apoyo de la operación de los usuarios y el funcionamiento de la Zona Franca.6. Las demás relacionadas con su objeto, en el desarrollo de las actividades de la Zona Franca.” (Subrayas de la Sala).	<p>siguiente párrafo:</p> <p>(...)</p> <p>Parágrafo 2. <u>El usuario operador autorizado con el lleno de los requisitos aquí establecidos deberá, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 3 de la Ley 1004 del 2005, en concordancia con el numeral 1 del artículo 393-16 del decreto 2685 de 1999, dirigir y administrar de manera exclusiva la zona franca permanente declarada, siendo éste el único autorizado legalmente para ejercer las funciones propias de la dirección y administración de la zona franca y para tomar decisiones que tengan relación directa con las mismas.</u></p> <p><u>En consecuencia, el usuario operador es el único autorizado para ejercer funciones como las siguientes, sin perjuicio de las demás establecidas en el decreto 2685 de 1999:</u></p> <ol style="list-style-type: none">a. Controlar el ingreso y salida de mercancías de la zona franca;b. Definir de acuerdo con los requerimientos legales las medidas de seguridad y el servicio de vigilancia que garanticen el control y seguridad en las instalaciones de la zona franca;c. Solicitar ante esta entidad la autorización para la ubicación en la zona franca de personas naturales o jurídicas que no ostenten la calidad de usuarios y presten servicios relacionados con la actividad de la zona franca;d. <u>Comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título, los bienes inmuebles con destino a las actividades de la zona franca.</u> <p>De acuerdo con lo anterior; en la zona franca permanente declarada no podrán existir administraciones diferentes a la ejercida por el usuario operador.” (Subrayas y negritas de la Sala).</p>
--	--



De lo anterior, es posible colegir que las normativas contenidas en el numeral 2 del artículo 393-16 del Decreto 2685 de 1999 y la comprendida en el literal d) del párrafo 2 del artículo 38-2 del acto acusado coinciden en señalar que son funciones del Usuario Operador, las relativas a comprar, arrendar, enajenar o disponer a cualquier título de los bienes inmuebles destinados a la zona franca. Sin embargo, observa la Sala que en la norma enjuiciada también se incluyó una regulación que resulta novedosa en el ordenamiento jurídico, pues allí se estableció que el usuario operador de la zona franca era el único habilitado para ejercer actos de disposición sobre los inmuebles que hacen parte de ésta, por lo que no es cierto que dicha norma contenga una simple reproducción del mencionado artículo del Decreto 2685 de 1999.

7.4.2. Lo expuesto es relevante, pues, como se vio en el recuento normativo que dio lugar a la emisión del acto demandado, con la expedición de la Constitución Política 1991 comenzó un proceso de privatización y consecuentemente, fueron liquidadas las zonas francas estatales, por lo que en la actualidad no son establecimientos públicos sino empresas privadas que tienen en su interior bienes que son de su propiedad y de terceros, cuya disposición en ambos casos, de acuerdo con la norma enjuiciada, se encuentra exclusivamente a cargo del operador; este es, el sujeto que cuenta con atribuciones de dirección y administración de la zona franca.

Además, de la lectura del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 de 2008, se colige que a ese tipo de Usuario le son reconocidas facultades tales como: llevar a cabo el control sobre el ingreso y salida de mercancías, definir las medidas de seguridad y el servicio de vigilancia, servir de intermediario ante la DIAN para autorizar la ubicación de personas que no tengan calidad de usuarios pero que presten servicios relacionados con la zona franca y, por supuesto, comprar, arrendar, enajenar o disponer de los bienes inmuebles con destino a actividades de la misma, funciones todas éstas que se enmarcan con un carácter exclusivo.



En tal orden, debe entenderse que las funciones reconocidas al Usuario Operador sólo pueden ser desarrolladas por éste, lo que implica que se encuentran prohibidas para cualquier otro que no tenga tal condición, como quiera que la calificación de exclusividad comprende la exclusión de aquellos que no ostenten las condiciones que prevé la norma²².

Siendo ello así, lo que habría de colegirse hasta aquí es que, de conformidad con la disposición enjuiciada, los bienes inmuebles destinados a las actividades de zona franca sólo pueden ser comprados, arrendados, enajenados o susceptibles de disposición a cualquier título por el Usuario Operador, incluso si éstos son de propiedad de terceros, lo que conduce a resolver si tal consideración vulnera el derecho de propiedad.

7.5. De la vulneración al derecho de propiedad.

En este punto, tendrá que definirse si es nulo, por infracción a norma superior, el acto administrativo que restringe el derecho de dominio del propietario de un bien inmueble incluido en una zona franca cuando el mismo no tiene la calidad de usuario operador.

A efectos de resolver dicho problema es preciso traer a colación el contenido del artículo 58 Constitucional; veamos:

“Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

²² Según concepto de “exclusividad” previsto en la Real Academia de la Lengua tal expresión tiene los siguiente significados:

1. adj. Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir.
2. adj. Único, solo, excluyendo a cualquier otro.
3. f. Privilegio o derecho en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a las demás.
4. f. Noticia conseguida y publicada por un solo medio informativo, que se reserva los derechos de su difusión.
5. f. desus. Repulsa para no admitir a alguien en un empleo, comunidad, cargo, etc. (Información que aparece en el siguiente link <https://dle.rae.es/exclusivo> consultado el 23 de mayo de 2021, 3:51 pm.)



La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.” (Subrayas de la Sala).

De lo hasta aquí expuesto se desprende que la anotada norma superior prevé que el Estado garantizará el derecho a la propiedad privada con arreglo a las normas civiles y, además, exige que cualquier afectación a su uso y goce sea producto de la atención al interés público y debe provenir del Legislador.

En efecto, dicho entendimiento sobre el artículo 58 de la Corte Constitucional ha sido prohijado por la Corte Constitucional quien en sentencia C-133 de 2009, indicó:

“El artículo 58 constitucional indica que se garantiza la propiedad privada, no obstante, señala que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Este primer límite de la propiedad privada, referente a la utilidad pública o al interés social exige que exista una ley previa que defina los motivos de utilidad pública o de interés social. No basta simplemente con alegar dichos motivos, sino que por exigencia constitucional es indispensable que quien establezca los motivos ya referidos sea el legislador a través de una ley de la República.

12. El mismo artículo constitucional expresa que la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica.

(...)

13. Ahora bien, otra de las limitantes constitucionales a la propiedad privada es la expropiación. La Constitución en el mismo artículo 58 indica que por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, puede presentarse la expropiación la cual debe efectuarse a través de sentencia judicial e indemnización previa. Solamente en los casos que establezca el legislador la expropiación puede adelantarse por vía administrativa, aunque está sujeta a una posterior acción contenciosa administrativa.



En este orden de ideas, la privación de la titularidad del derecho de propiedad privada contra la voluntad de su titular, requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos:

i) Que existan motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador.

ii) Que exista decisión judicial o administrativa, esta última sujeta a posterior acción contencioso administrativa incluso respecto del precio.

La adopción de dicha decisión presupone que se adelante el procedimiento establecido en la ley, con garantía del derecho fundamental al debido proceso del titular del derecho de propiedad. Dicho procedimiento comprende una etapa previa, lógicamente fallida, de enajenación voluntaria o negociación directa, con base en una oferta por parte de la entidad pública.

iii) Que se pague una indemnización previamente al traspaso del derecho de propiedad a la Administración, la cual debe ser justa, de acuerdo con lo previsto en el Num. 21.2 del Art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³

Así mismo, de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho es el principio de legalidad o de supremacía del Derecho, en virtud del cual la actividad de todas las personas y entidades, incluido el Estado mismo y sus autoridades, están sometidos al ordenamiento jurídico positivo, en primer lugar a la Constitución Política, de suerte que la vulneración de aquel les acarrea responsabilidad de diversos tipos.

Dicho principio está consagrado en el Art. 6º superior, en virtud del cual “los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”, y en el Art. 121 ibidem, conforme al cual “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”²⁴. (Subrayas de la Sala).

En este punto, debe advertirse que la Corte Constitucional también ha indicado que, aun cuando se esté en uno de los eventos permitidos por la Constitución Política para limitar la propiedad, dicha restricción no puede impedirse de forma absoluta los atributos de goce y disposición sobre el bien. Al respecto, en sentencia C-189 de 2006, se indicó:

“9. En virtud de lo anterior, es claro que si bien los atributos del derecho a la propiedad privada pueden ser objeto de limitación o restricción, en aras de

²³ Dicho artículo establece, en lo pertinente: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

“2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

²⁴ Sentencia C-133 de 2009.



cumplir con las funciones sociales y ecológicas que reconoce la Constitución Política, no por ello puede llegarse al extremo de lesionar su núcleo esencial que se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular.

En cuanto se refiere al atributo de la libre disposición o enajenación de los bienes (ius abutendi), independientemente de que ya no exista en la actual Carta Política, una cláusula como la prevista en el artículo 37 de la Constitución de 1886 que establecía: “No habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación ni obligaciones irredimibles”; lo cierto es que como lo ha reconocido esta Corporación, la regla general es que dicha atribución al constituir una de las expresiones inherentes al ejercicio del derecho a la propiedad privada, no puede ser objeto de restricciones irrazonables o desproporcionadas, que se traduzcan en el desconocimiento del interés legítimo que le asiste al propietario de obtener una utilidad económica sobre los mismos, tal y como se deduce de la protección de su núcleo esencial, en los términos jurisprudenciales previamente expuestos.

Por ello, esta Corporación ha admitido que no se desconoce el citado núcleo esencial cuando se imponen por el legislador prohibiciones temporales de enajenación sobre algunos bienes, o en ciertos casos, limitaciones intemporales o por extensos períodos de tiempo, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior orientado a realizar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan a su titular -de acuerdo con las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico- obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad. Veamos a continuación algunos ejemplos que ilustran la anterior conclusión:

(...)

10. En conclusión, es compatible con el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada que el legislador establezca prohibiciones temporales o absolutas de enajenación sobre algunos bienes, siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior que goce de prioridad en aras de salvaguardar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen a salvo el ejercicio de los atributos de goce, uso y explotación, los cuales no sólo le confieren a su titular la posibilidad de obtener utilidad económica, sino también le permiten legitimar la existencia de un interés privado en la propiedad.” (Subrayas de la Sala)

En tal contexto, es claro para la Sala que la disposición enjuiciada supone una trasgresión del artículo 58 Constitucional, pues, como quedó en evidencia con antelación, se otorgó una potestad para que el Usuario Operador de una Zona Franca disponga de forma exclusiva de todos los bienes que componen una zona franca, incluso aquellos que son de propiedad de terceros, impidiendo de forma absoluta que estos últimos puedan ejercer algún acto de disposición sobre los mismos, tales como arrendarlo o venderlo, entre otros.



7.6. De la falta de competencia

Sobre el particular, ha de mencionarse que esta Corporación ha entendido que la validez del acto administrativo depende, entre otras razones, de que sea expedido por el funcionario o la autoridad pública habilitada por el ordenamiento jurídico para ello; es decir, que tal función se encuentre dentro de la órbita de las atribuciones asignadas en la Constitución, la ley o el reglamento. Así lo ha precisado la Sala, entre otras, en sentencia 24 de agosto de 2018, proferida dentro del expediente 11001-03-24-000-2008-00388-00 Acumulado 11001-03-24-000-2008-00173-00), en la que se afirmó sobre la competencia como un requisito de validez de los actos administrativos, lo siguiente:

“La Sala recuerda, con apoyo en la doctrina, que la competencia como elemento de validez del acto administrativo, esto es, como presupuesto de regularidad jurídica de dicha manifestación estatal, es desde un punto de vista activo la aptitud o autorización que tiene todo funcionario u organismo estatal para ejercer las funciones y la autoridad que le han sido asignadas, dentro de circunstancias objetivas y subjetivas señaladas en la Constitución, la ley o el reglamento, y sólo dentro de ellas; y desde una perspectiva pasiva, el conjunto de asuntos que a toda autoridad pública le está atribuido por la Constitución, la ley o el reglamento, para que actúe o provea en orden a la atención de los mismos. La competencia significa que todo funcionario público, en el desempeño de su cargo, sólo puede hacer lo que le está permitido, situación inversa de la capacidad propia de los particulares, puesto que éstos pueden hacer todo lo que no les está jurídicamente prohibido. Es una consecuencia de la limitación del poder público que surgió con el Estado de Derecho, es decir, del principio de legalidad, y una forma de llevar tal limitación a toda persona que ejerza dicho poder. En este orden de ideas, el vicio de falta de competencia o incompetencia se presenta cuando el acto administrativo es expedido por quien ostenta la condición de funcionario público o por particular autorizado por la ley para ejercer función administrativa, pero lo hace por fuera de la esfera de atribuciones que la Constitución, la ley o el reglamento le han asignado; o no corresponde a los asuntos que por razón de la materia, el territorio, la persona, el grado funcional o jerárquico, o el tiempo inclusive, le son dables resolver.”²⁵ (Subrayas de la Sala).

Así pues, en relación con el caso concreto, debe indicarse que la mencionada restricción sobre el derecho de propiedad no fue adoptada a través de una Ley ni se invocaron los motivos de utilidad pública o de interés social que habilitaran a la DIAN a trasladar al Usuario Operador la posibilidad de disponer de bienes que no

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de agosto de 2018. Proceso radicado número 11001 03 24 000 **2008 00388** 00 acumulado al proceso 11001 03 24 000 **2008 00173** 00. Consejero Ponente Oswaldo Giraldo López.



son de su propiedad; de ahí que lo dicho no sólo ponga en evidencia un desconocimiento al artículo 58 Superior, sino que implique que la entidad demandada no tenía competencia para expedir una limitación del derecho de dominio como la que aquí es objeto de estudio, pues, como se vio, el único facultado para adoptar decisiones de esa naturaleza por expreso mandato constitucional, es el Congreso de la República. Tal ha sido el entendimiento que sobre el artículo 58 Superior ha expuesto la Corte Constitucional en la manera en quedó debidamente ilustrado en el numeral 7.5., aspecto que vale la pena traer a colación en lo pertinente nuevamente:

“El artículo 58 constitucional indica que se garantiza la propiedad privada, no obstante, señala que cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

*Este primer límite de la propiedad privada, referente a la utilidad pública o al interés social exige que exista una ley previa que defina los motivos de utilidad pública o de interés social. No basta simplemente con alegar dichos motivos, sino que por exigencia constitucional es indispensable que quien establezca los motivos ya referidos sea el legislador a través de una ley de la República.*²⁶. (Subrayas y negritas de la Sala).

7.7. La decisión

Lo hasta aquí señalado, llevaría a acceder al *petitum*, si no fuera porque de declarar la nulidad del enunciado literal d) impugnado se produciría un vacío normativo que dificultaría el ejercicio de coordinación del que es titular el Usuario Operador y podría ocasionar serios inconvenientes en cuanto a la administración de los bienes que son propiedad de la zona franca.

En consecuencia, en aplicación del efecto útil de las disposiciones legales, la Sala declarará la validez condicionada del literal d) del párrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 de 2008 proferida por la DIAN, siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular el Usuario Operador se

²⁶ Sentencia C-133 de 2009.



predica respecto de los inmuebles que son del dominio de zona franca y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros.

A lo dicho debe agregar la Sala que no desconoce la función especial que cumplen las zonas francas en relación con el comercio exterior y el desarrollo del país, y las funciones de dirección, administración, supervisión y promoción que le corresponden y que le exigen velar por el estricto cumplimiento de los requisitos y condiciones para que los usuarios de zonas francas se instalen en ella; precisamente en desarrollo de tales funciones, quedaría facultada para oponerse a la disposición de un bien inmueble cuando ella implique el desconocimiento de las reglas que deben ser observadas en la respectiva zona franca, lo que implica su intervención concurrente en la transacción. Pero lo que no puede atribuirse es la disposición exclusiva sobre bienes inmuebles que no son propiedad de la zona franca, pues tal limitación a los derechos de propiedad de terceros desborda la facultad que fue conferida por el legislador, único competente para pronunciarse sobre esta materia, y constituye una medida desproporcionada para la protección del interés general.

En relación con la modulación de las sentencias de esta Corporación, la Sala pone de relieve que tal posibilidad ha sido acogida por la Sala Plena y por supuesto por esta Sección en distintos pronunciamientos²⁷, en el entendido que no se busca sustraer del ordenamiento jurídico la norma sino la carga normativa ilegal; veamos:

“Frente a esta situación la Sala considera, apoyada en los principios del efecto útil de las normas y el de conservación del derecho, en virtud de los cuales se destaca y acentúa la idea de que en la producción normativa se invierte un esfuerzo administrativo, jurídico y político que vale la pena conservar, que se deben y pueden modular las sentencias de validez, cuando se encuentre algún sentido a la norma controlada que se ajuste al derecho vigente, de modo que, por esta vía, se logran dos propósitos: i) eliminar del ordenamiento jurídico las interpretaciones y aplicaciones que vulneran el derecho –exclusión

²⁷ De la Sección Primera se enlistan de manera enunciativa las siguientes providencias: Sentencia del 23 de febrero de 2012, dictada en el proceso número 11001 03 24 000 2007 00003 00; fallo del 11 de febrero de 2016 emitido en el expediente identificado con el número 11001 03 24 000 2009 00457 00; fallo del 30 de octubre de 2016 expedida en el proceso número 11001 03 24 000 2013 00257 00; sentencia del 11 de julio de 2019 emitida en el expediente 11001 03 24 000 2009 00246 00; fallo del 12 de diciembre de 2019 expedido en el proceso número 11001 03 24 000 2013 004503 00.



total de la ilegalidad, para mantener aséptico el ordenamiento jurídico-, y ii) se conserva exclusivamente la aplicación e interpretación ajustada a la constitución o la ley –inclusión plena de la legalidad, para mantener dinámico el ordenamiento jurídico.

Esta actitud también conserva al juez administrativo dentro de la esfera de legalidad que debe observar, en el ejercicio de sus funciones, pues lo que le ordena la Constitución y la ley es que controle la legalidad de los actos administrativos que examina, lo cual realiza con más perfección cuando modula las sentencias, toda vez que no siempre las situaciones que se presentan a sus ojos son blancas o negras, esto es, válidas o nulas –y menos en la compleja realidad jurídica que se vive-, y con esta técnica obtiene mayor provecho para ejercer el control de la administración pública moderna”²⁸.

Finalmente, dada la prosperidad del cargo de falta de competencia y de violación de norma superior, la Sala se abstendrá de estudiar el cargo relacionado con la violación de los derechos de libre iniciativa privada, libertad económica y asociación de quienes fungen como titulares del derecho de dominio de inmuebles que hacen parte de una zona franca permanente.

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

FALLA:

DECLARAR LA VALIDEZ CONDICIONADA del literal d) del parágrafo segundo del artículo 38-2 de la Resolución 4240 de 2000, adicionado por el artículo 1º de la Resolución número 9254 del 25 de septiembre de 2008, siempre que se entienda que el carácter exclusivo de las funciones de las que es titular el Usuario Operador se predica respecto de los inmuebles que son de propiedad de la zona franca y no frente a aquellos que son de propiedad de terceros. Ello, sin perjuicio de la intervención concurrente del usuario operador en cada transacción, para garantizar las funciones de dirección, administración, supervisión y promoción que le corresponden, de conformidad con la ley y con lo que dispongan los reglamentos.

²⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 16 de junio de dos 2009. Rad.: 2009 – 00305. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.



Radicado: 11001 03 24 000 **2014 00458** 00
Demandante: Rodrigo Escobar Gil

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 12 de mayo de 2022.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado
Salva Voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado
Aclara Voto

La presente sentencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad y conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.