CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, veintidós (22) de marzo de de dos mil trece (2013)

Ref.: Expediente: 11001032700020080003500 (17379) QUE ACUMULÓ EL PROCESO 11001032400020080004180 0 (17567)
Demandantes: CARLOS MARIO ISAZA SERRANO. JUAN MANUEL URUETA ROJAS
Demandado: U.A.E. DIAN.

SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide la acción de simple nulidad instaurada por los señores Carlos Mario Isaza Serrano y Juan Manuel Urueta Rojas, en procesos que fueron acumulados mediante auto del 21 de octubre de 2009, contra los decretos que en el acápite de las consideraciones se transcribirán.

ANTECEDENTES PROCESALES

LA DEMANDA Y LAS PRETENSIONES

EXPEDIENTE 17379	EXPEDIENTE 17567[1]
En ejercicio de la acción de simple nulidad, el señor Carlos Mario Isaza Serrano formuló las siguientes pretensiones[2]:	En ejercicio de la acción de simple nulidad, el señor Carlos Mario Isaza Serrano formuló las siguientes pretensiones:
"1) Que se declaren nulos, los Decretos Nº 4320 del 14 de noviembre y 4675, del 11 de diciembre, ambos de 2008, por medio de los cuales se regula el ingreso e importación de bebidas alcohólicas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, proferido por el Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades constitucionales y	*"1) Que decreten la nulidad de los artículos 1º, 2º, 4º y 6º del Decreto 3038 de 20 de agosto de 2008, expedido por el Gobierno Nacional, "por el cual se establecen medidas aplicables al ingreso e importación de algunas mercancías a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure";*

[1] Mediante auto del 30 de enero de 2009 la Sección Primera del Consejo de Estado, previa conversación con la Presidente de la Sección Cuarta, remitió por competencia el expediente toda vez que el decreto demandado aludía a la aplicación del impuesto al consumo de las mercancías que ingresan a la zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure.

[2] El demandante corrigió la demanda y modificó las pretensiones inicialmente propuestas, habida cuenta de que en el transcurso del proceso, el decreto 3038 del 20 de agosto de 2008, inicialmente demandado, fue derogado por el Decreto 4320 del 2008.

legales conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución política, con sujeción a los artículos 31 de la Ley 6ª de 1971 y 2º de la Ley 7ª de 1991 y 21 de la Ley 677 de 2001, previa recomendación del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, y se modifica parcialmente el Decreto 4320 de 2008, respectivamente. ***Pretensión Subsidiaria:*** *2) Que se declaren nulos los artículos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y séptimo del Decreto No. 4320 del 14 de noviembre de 2008, por medio del cual se regula el ingreso e importación de bebidas alcohólicas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, proferido por el Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades constitucionales y legales conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a los artículos 3º de la Ley 6ª de 1971 y 2º de la Ley 7ª de 1991 y 21 de la Ley 677 de 2001, previa recomendación del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, y los artículos 1º, 2º y 3º por medio de los cuales la misma autoridad, introduce modificaciones al Decreto 4320 de 2008.*	

LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN

EXPEDIENTE 17379	EXPEDIENTE 17567
• Constitución Política: Artículos 13, 83 y 333, 337, 338 • Ley 677 de 2001: Artículo 18, inciso 1º, modificado por el artículo 1º de la Ley 1087 de 2006; artículos 21,23 y 24. • Ley 223 de 1995: Artículos 186, 188, 202, 204, 207 y 209.	• Constitución Política: Artículos 13, 29, 88, 150 [12], 189 [11], 333, 334, 337 y 338. • Ley 472 de 1998: Artículos 4º y 9º. • Ley 1087 de 2006: Artículo 1º . • Ley 170 de 1994. Acuerdo sobre Obstáculos técnicos al comercio (OTC) de la Organización Mundial de Comercio: Artículo 2º. • C.C.A.: Artículos 73 y 84

El concepto de violación se puede resumir así:

EXPEDIENTE 17379

El señor Carlos Mario Isaza Serrano dijo que las normas demandadas tienen como antecedente el Decreto 2270 de 2008. Que ese decreto había regulado la obligación a cargo de los fabricantes de ciertas bebidas alcohólicas, clasificables por ciertas

partidas arancelarias, de adherir a las botellas una etiqueta que cumpliera ciertas condiciones, tales como, que el producto iba ser importado sólo para Colombia, y, específicamente, para la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure. Que, sorpresivamente, ese decreto fue derogado por el Decreto 3038 de 2008 con el ánimo de limitar la medida para las bebidas alcohólicas que se importen a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure. Que, por eso, se violaron los artículos 13 y 83 de la Carta Política. En concreto, que se les vulneró el derecho a la igualdad de los comerciantes residentes en la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, y que se les asaltó su buena fe porque los decretos demandados regulan un trato discriminatorio respecto de los comerciantes que ejercen la actividad en el resto del territorio nacional.

Que, por lo mismo, el Gobierno Nacional incurrió en desviación de poder puesto que la finalidad de las normas demandadas no iba en pos del interés público sino en procura de imponer ciertas medidas que discriminan a los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure respecto de los comerciantes del resto del país.

Adujo que se violaron el inciso 2º del parágrafo 2º del artículo 18 de la Ley 677 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Ley 1087 de 2006; los artículos 186, 188, 202, 204, 207 y 209 de la Ley 223 de 1995; y el artículo 338 de la Carta Política, porque las Leyes 677 de 2001 y 223 de 1995, que regulan el impuesto al consumo y su causación en la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, disponen que los licores que se introduzcan a esa zona en tránsito con destino al exterior, están exentos del impuesto al consumo. Que los Decretos 4320 y 4675 de 2008 exigen el pago del impuesto al consumo, en cierto porcentaje, respecto de los licores que eventualmente se consumirían en la zona o se exportarían. Que, en consecuencia, también se violó el artículo 338 de la Carta Política en cuanto dispone que sólo el Congreso puede modificar las referidas Leyes 667 de 2001, 1087 de 2006 y 223 de 1995.

Dijo también que los decretos demandados violaron los artículos 333 y 337 de la Carta Política por imponer restricciones a actividades económicas.

EXPEDIENTE 17567

El señor Juan Manuel Urueta alegó que **el Artículo 1° del Decreto 3038 de 2008** violó el artículo 333 de la Carta Política. En concreto, que se violó el principio de la libre competencia.

Luego de explicar en qué consiste ese principio y las normas que regulan la competencia y la libertad de empresa, precisó que el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos de la Organización Mundial de Comercio —en adelante Acuerdo OTC— forma parte de ese grupo de normas. Y que ese acuerdo busca evitar la imposición de restricciones al comercio exterior por la adopción de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de pruebas que puedan expedir los países miembros de la OMC, incluido Colombia.

Puso de presente que los reglamentos técnicos y las normas a que hace referencia el Acuerdo OTC *"tienen por objeto establecer las características específicas de un producto, por ejemplo el tamaño, la forma, el diseño, las funciones o el rendimiento, o bien la manera en que se* ***etiqueta*** *o embala un producto antes de ponerlo en venta."* Pero que los reglamentos técnicos se diferencian de las normas en que los reglamentos son obligatorios, en tanto que las normas no lo son. Que, por eso, los reglamentos técnicos sólo pueden adoptarse en los casos taxativos del párrafo 2 del artículo 2 del OTC.

En el anterior entendido, alegó que el artículo 1° del Decreto 3038 de 2008 violó el Acuerdo OTC porque establece una medida restrictiva para el ingreso e importación de ciertas mercancías a la zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure. Que esa medida restrictiva es un reglamento técnico prohibido porque establece la manera en que se etiquetan determinados productos antes de que se importen y comercialicen. Que esa medida constituye un obstáculo innecesario porque limita de manera injustificada el acceso al mercado de bebidas espirituosas en una zona del país. Que si bien la medida se creó con el loable objetivo de contrarrestar la evasión y el contrabando, esos fenómenos se pueden contrarrestar de otra manera diferente a crear restricciones al comercio exterior prohibidas por el Acuerdo OTC. Que, además, esa medida se creó irrespetando el procedimiento de implementación de reglamentos técnicos señalados por el Acuerdo OTC [artículo 2.9].

Manifestó que el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio regula el principio de la nación más favorecida. Que ese principio busca evitar que ciertos privilegios

adoptados por ciertas naciones a favor de otras, atenten contra la libre competencia entre la naciones. Que **el artículo 5° del Decreto 3038 de 2008** violó el principio de la Nación más favorecida porque exceptuó de la aplicación de la medida restrictiva que se creó en el artículo 1° de ese decreto, únicamente a las mercancías procedentes de los países miembros de la Comunidad Andina y de los países con los cuales Colombia tuviera acuerdos de libre comercio, cuando debió considerar, en las mismas condiciones, a los países miembros de la OMC.

Que **el artículo 4° del Decreto 3038 de 2008** también violó la libre competencia porque fijó cupos de importación de bebidas alcohólicas destinadas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure. Que, concretamente, violó el literal j) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998 que consagra como un derecho de la colectividad el derecho de ofertar libremente bebidas espirituosas en la Zona de Régimen Aduanero Especial. Que no es pertinente que el Decreto 3038 de 2008 haya fijado cupos para el ingreso de licores a esa zona y que esos cupos se calculen teniendo en cuenta la población y el consumo por habitante, cuando el mismo régimen aduanero especial prevé que los licores que ingresan a la zona pueden ser objeto de exportación. Que en esa medida, entonces, el Decreto hace nugatoria la posibilidad de exportación con el beneficio del régimen aduanero especial, y distorsiona las reglas de la oferta y la demanda del mercado. Que, por tanto, el artículo 4° del Decreto 3038 de 2008 también viola el artículo 1° de la Ley 1087 de 2006 que permite la importación con franquicia a la zona de régimen aduanero especial, bajo la modalidad de franquicia, para ser destinada a terceros países, y el artículo 334 de la Carta Política en cuanto limita por decreto la actividad económica.

También alegó que el **artículo 2° del Decreto 3038 de 2008** violó el artículo 1 de la Ley 1087 de 2006 porque exige el pago del impuesto al consumo de las mercancías que se introducen a la zona de régimen aduanero especial con destino a terceros países.

Y, por último, que el **artículo 6° del Decreto 3038 de 2008** violó el principio de irretroactividad de los actos administrativos en la medida en que de la lectura de ese artículo y del artículo 3° ibídem, se infiere que se pueden aprehender y decomisar las mercancías que no cuenten con el dispositivo de señalización creado en ese mismo Decreto 3038 de 2008.

302

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EXPEDIENTE 17379

El apoderado del **Ministerio de Hacienda y de la U.A.E. DIAN** pidió a la Sala que se inhibiera de fallar de fondo el proceso, por cuanto el Decreto 3038 de 2008 nunca fue aplicado en virtud de las objeciones que se formularon en su contra, al punto que cuando se admitió la demanda ya había sido derogado por el Decreto 4320 de 2008, y que este decreto, a su vez, cuya vigencia duró tan solo 27 días, fue modificado por el Decreto 4675 de 2008, que fue fruto de la concertación entre el gobierno y los comerciantes de la zona de régimen aduanero especial.

Agregó que, en todo caso, el Decreto 3038 de 2008 se expidió en ejercicio de las facultades reglamentarias de las leyes marco de aduanas y de comercio exterior, conforme con el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política. Que la medida de señalización regulada en ese decreto es una medida de control del ingreso de mercancías que se ajusta a los convenios de la OMC y de la OMA. Que, además, esa medida no causó ningún perjuicio a los comerciantes de la zona de régimen aduanero especial, no se violó el derecho a la igualdad, ni el Gobierno incurrió en desviación de poder.

El apoderado del **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo** afirmó que el mecanismo de control que se creó en los actos demandados pretende desestimular el contrabando. Que las normas demandadas fueron fruto de las consultas, estudios e investigaciones que se adelantaron al interior del Ministerio de Comercio, y del gobierno con los sectores económicos. Y que se adoptaron con fundamento en la facultad reglamentaria de las leyes marco que atiende a la dinámica del comercio exterior que requiere de ágil reglamentación.

EXPEDIENTE 17567

La apoderada del **Ministerio de Hacienda** pidió a la Sala que se inhibiera de proferir fallo de fondo, porque el Decreto 3038 de 2008 fue derogado por el Decreto 4320 de 2008. Y, porque en los 84 días que estuvo vigente, no fue aplicado porque el gobierno integró una Comisión Accidental que sesionó en el Despacho del Ministro de Comercio Exterior y Turismo con la participación de los miembros de la Comisión Segunda de la Cámara de Representantes, el Gobernador de la Guajira, delgados del comercio guajiro y la presencia de la representante de las comunidades indígenas. Que, a su vez, el Decreto 4320 de 2008 fue modificado por el Decreto 4675 de 2008

en el sentido de establecer, entre otras cosas, que la medida de señalización se aplicaba a las importaciones que se hicieran a partir del 1º de enero del año 2009. Para apoyar la petición de inhibición citó sentencias de la Corte Constitucional sobre ineptitud de las demandas por sustracción de materia en virtud de la derogatoria de las leyes demandadas.

En cuanto a la medida relacionada con el pago del impuesto al consumo, puso de presente que se modificó para que los importadores pagaran ese impuesto sólo respecto de cierto porcentaje de mercancías importadas a la zona de régimen aduanero especial, de manera que, si se llegaran a exportar, los importadores podían solicitar la devolución del impuesto al consumo pagado.

También alegó que las medidas adoptadas en los decretos señalados tenían como objeto contrarrestar el contrabando y que se adoptaron en ejercicio de las facultades reglamentarias de las leyes marco de aduanas y de comercio exterior.

El apoderado del **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo** también pidió que la Sala se inhibiera de decidir de fondo en virtud de la derogatoria del decreto demandado.

Sobre los aspectos concretos de la demanda, dijo que los particulares no pueden solicitarle a los jueces nacionales que se pronuncien sobre la violación de tratados internacionales como el de creación de la Organización Mundial de Comercio OMC, puesto que los sujetos de derecho, conforme con ese acuerdo, son los Estados miembros y los territorios aduaneros.

Que de conformidad con el principio de buena fe en la interpretación de los Tratados, previsto en el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, se presume que la legislación nacional está conforme con el Tratado de la OMC mientras no declare lo contrario el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), organismo competente para dirimir los conflictos por violación de ese tratado internacional, conforme lo dispone el Acuerdo sobre el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD). Recalcó que los jueces no pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado Colombiano mediante decisiones judiciales, porque los conflictos internacionales se promueven ante las instancias previstas en los mismos acuerdos y le compete al gobierno su manejo, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 189 de la Carta Política.

Que, en consecuencia, el demandante no podía plantearle al Consejo de Estado la vulneración del principio de la nación más favorecida previsto en el convenio de la OMC. Que, en todo caso, conforme con ese principio los países miembros de la OMC no pueden establecer discriminaciones injustificadas entre ellos mismos, y que ese principio, además, no tiene un carácter absoluto. Que la "Cláusula de habilitación" adoptada en el convenio de la OMC permite otorgar un tratamiento recíproco, diferente y más favorable cuando medie un acuerdo de carácter regional integrado por países miembros de la OMC, en vía de desarrollo. Que un acuerdo regional, al tenor del artículo XXIV del GATT[3], es aquel que conforma zonas aduaneras o zonas de libre comercio. Que, por eso, no es nulo el artículo 5° del Decreto 3038 de 2008, pues no se vulnera el principio de la nación más favorecida cuando ese artículo dispone que ese decreto no se aplicará a las mercancías procedentes de los países miembros de la CAN o de los países con los cuales haya firmado acuerdos de libre comercio.

También precisó que el Decreto 3038 de 2008 no violó el Acuerdo sobre Obstáculos al Comercio de la OMC, porque ese acuerdo permite adoptar reglamentos técnicos por razones de seguridad nacional, política aduanera o para evitar prácticas ilícitas. Que la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure tiene unas condiciones especiales de importación y pago de impuestos, como el impuesto al consumo, que ameritan que se tomen medidas especiales que no pueden catalogarse como discriminatorias y violadoras del derecho a la igualdad.

En cuanto a la causal de nulidad por violación del artículo 333 de la Carta Política, concretamente, por la violación del principio de la libre competencia, explicó que el Decreto 3038 de 2008 no regula aspectos de intervención económica. Que ese decreto únicamente estableció condiciones y controles especiales para evitar el fraude aduanero, y que, para el efecto, el gobierno ejerció las facultades reglamentarias de las leyes marco de aduana y de comercio exterior.

La apoderada de la **U.A.E. DIAN** también insistió en que la Sala se inhibiera de decidir de fondo por carencia de objeto o inexistencia de la norma demandada.

En lo de fondo, precisó que el Decreto 3038 de 2008 no violó los artículos 88 y 333 de la Carta Política y 9 de la Ley 472 de 1998, porque tal decreto sólo implementó controles aduaneros para preservar la economía, la salud y la industria nacional, que no impiden la libre comercialización de los productos.

[3] General Agreement on Tariffs and Trade: Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles

305

Que el Decreto 3038 de 2008 no violó el Convenio de la OMC porque el gobierno nacional, de conformidad con el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política, tiene la facultad de regular el régimen aduanero e imponer medidas que no son obstáculos o restricciones al comercio sino meros controles aduaneros que se ciñen a las disposiciones del convenio internacional. Que, por lo mismo, no se viola el principio de la nación más favorecida y los artículos 334 y 150-1 de la Carta Política.

Que tampoco se violó el artículo 4° de la Ley 472 de 1998, el artículo 334 de la Carta Política, y el artículo 18 de la Ley 677 de 2001, modificado por el artículo 1 de la Ley 1087 de 2006, porque el Decreto 3038 de 2008 no limita a los comerciantes a ofertar los productos. Que el establecimiento de cupos tiene como fin establecer límites a los productos importados para evitar que el país se atomice de mercancías extranjeras.

Que no se violó el artículo 1° de la Ley 1087 de 2006, porque el artículo 444 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 1201 de 2007, prevé que el impuesto al consumo previsto en la Ley 223 de 1995 se causa en la zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure.

Por último, que el Decreto 3088 de 2008 no se aplica de manera retroactiva al prever que, respecto de las mercancías introducidas con anterioridad a la vigencia de ese decreto, se debe demostrar el cumplimiento de la obligación de presentar la declaración de importación y los documentos soporte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Habida cuenta de que en esta etapa procesal ya estaban acumulados los procesos 17567 y 17379, el señor Carlos Mario Isaza no alegó de conclusión y el señor Juan Manuel Urueta solicitó a la Sala un pronunciamiento de fondo basado en que desde la década de los noventa, el Consejo de Estado ha reconocido que es competente para conocer de normas derogadas, no solo por los efectos que pudo producir el acto mientras estuvo vigente, sino porque el fallo constituye una oportunidad para trazarle a la administración "directrices de legalidad en sus actuaciones". En lo demás, reiteró lo dicho en la demanda.

Los apoderados del Ministerio de Comercio, de Hacienda y de la U.A.E. DIAN, reiteraron lo dicho en la contestación de la demanda de los dos procesos.

306

El Ministerio Público pidió a la Sala que se pronunciara de fondo sobre la nulidad de los decretos demandados en virtud de los efectos que pudieron producir mientras estuvieron vigentes.

Precisó que el artículo 1º del Decreto 3038 de 2008 no violó el derecho a la igualdad, porque ese derecho proclama la igualdad entre iguales y que, en el caso que nos ocupa debe tenerse en cuenta que la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure tiene un tratamiento especial.

Que, además, la medida de señalización que creó el Decreto 3038 de 2008 es una medida de control para evitar que se use la zona de régimen aduanero especial para beneficiar a quienes no tienen derecho a ese tratamiento.

Que es nulo el artículo 2º del Decreto 3038 de 2008 en cuanto impone el pago del impuesto al consumo de las mercancías que se introducen a la zona de régimen aduanero especial en tránsito al exterior, porque viola el parágrafo 2º del artículo 18 de la Ley 677 de 2001, que dispone que no se causa el impuesto al consumo por los productos extranjeros que se introduzcan a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure para ser destinados a terceros países.

Que también es nulo el artículo 4º del Decreto 3038 de 2008 en cuanto reguló cupos de importación de mercancías a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, porque viola los artículos 333 y 334 de la Carta Política en la medida en que los cupos constituyen restricciones a la actividad económica.

Que no es nulo el artículo 5º del Decreto 3038 de 2008 porque no se viola el principio de nación más favorecida en la medida en que *"el principio apunta a que se hagan extensivas a todos los miembros de la OMC las ventajas otorgadas por un miembro y en el presente asunto no estamos frente a un país miembro de la OMC que le esté otorgando ventaja, favor, privilegio o inmunidad a algunos países, en desventaja de otros países miembros. Caso en el cual, de presentarse, los países que se sintieran perjudicados serían quienes deberían reclamar la aplicación del referido principio"*.

Que es nulo el artículo 6º del Decreto 3038 de 2008, si se tiene en cuenta que el artículo 3º ibídem regula causales de aprehensión y decomiso cuando se omita el cumplimiento del Decreto. En parecer del procurador *"el artículo 6º del decreto acusado puede dar lugar a una aplicación retroactiva frente a las mercancías cuyo*

307

levante se haya dado antes de su vigencia, por cuanto limita la aplicación de la reglamentación anterior solo hasta el 30 de septiembre de 2008"

Que es nulo el artículo 2º del Decreto 4320 y el 1º del Decreto 4675 de 2008 que lo modificó, en cuanto reproducen el artículo 4º del Decreto 3038 de 2008.

Que es nulo el "*artículo 4º del Decreto 4320 y 2º del Decreto 4675, que lo modificó, por fijar un porcentaje de la mercancía que se importe a la zona especial, sobre la cual debe pagar el impuesto al consumo, con la misma posibilidad de, solicitar la devolución del impuesto que haya pagado con respecto a los productos que se lleguen a reexportar, cuando la ley ha establecido que esa mercancía no genera el impuesto al consumo, razón por la cual se consideró que prospera la nulidad del artículo 2º del Decreto 3808 de 2008.*"

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir sobre la pretensión de nulidad de los Decretos 3038, 4320 y 4675 de 2008 proferidos por el gobierno nacional. Sin embargo, de manera previa, la Sala analizará si es procedente que se inhiba de decidir de fondo en el presente proceso, conforme lo propusieron los apoderados de las entidades demandadas, con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional sobre carencia actual de objeto de las demandas de inconstitucionalidad, habida cuenta de que el Decreto 3038 de 2008 fue derogado estando en trámite el proceso judicial.

1. Cuestión preliminar. De la competencia del Consejo de Estado para decidir sobre normas derogadas.

La Sala precisa que si bien es cierto que la Corte Constitucional se inhibe para decidir de fondo sobre demandas de inexequibiliad de normas derogadas por carencia actual de objeto, la posición mayoritaria de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado[4] es de otro criterio, pues, ha dicho que se deben decidir de fondo las demandas de actos administrativos generales en virtud de los efectos que pudieron producir mientras estuvieron vigentes.[5]

---

[4] Sentencia de 14 de enero de 1991, expediente S-157. M.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, reiterada en sentencias de Sala Plena de 6 de marzo de 1991, expediente No. S - 148, M.P Jaime Abella Zárate, y de 23 de julio de 1996, expediente S-612, M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, entre otras.

[5] El ponente de esta sentencia es de la tesis de que es improcedente el control de legalidad que recae sobre los actos administrativos derogados porque si bien tuvieron vigencia y pudieron causar algún efecto particular y concreto ora a favor ora en contra de alguien, lo cierto es que sería el juez del caso concreto o del proceso judicial en el que se involucre la aplicación de la norma demandada el encargado de definir si la norma contenía o no contenía disposiciones ilegales o inconstitucionales. Es decir, que si alguien se considera afectado por la aplicación en concreto de la norma derogada bien podría demandar oportunamente lo pertinente, esto es, en el acto particular.

Por igual, el ponente es de la idea de que la expedición de normas generales, por el solo hecho de estar en el ordenamiento jurídico, causan un efecto general, efecto que no permite suponer que, por ese solo hecho, causan un efecto particular y concreto, puesto que esto dependerá de cada situación.

Ha dicho también que por el hecho de que el acto administrativo general hubiese sido derogado, no desaparece la presunción de legalidad, que solo deja de existir cuando el juez de lo contencioso administrativo anula el acto.

Esa fue la posición asumida por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación desde la sentencia del 14 de enero de 1991 y en la que se rechazó la tesis que sostenía que resultaba innecesario pronunciarse de fondo frente a una norma derogada. En efecto, en dicha sentencia se dijo:

> *"Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pero no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece per se el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace ab-initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.*
>
> *Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podía controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.*
>
> *Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario sensu, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.*
>
> *Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la*

El fundamento de la tesis no es otro que la aplicación de la figura de la pérdida de fuerza ejecutoria, que alude al fenómeno jurídico en el que desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho del acto administrativo.
La pérdida de ejecutoria del acto administrativo impide un pronunciamiento judicial del fondo, por sustracción de materia. A juicio del ponente, esa es la tesis que debería adoptarse. Esta vez, por efectos prácticos, la ponencia se elaboró con fundamento en la posición de la mayoría.

ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia"[6].

Esa tesis ha sido reiterada en diferentes sentencias, las más recientes, las dictadas en ejercicio del control de legalidad de decretos proferidos en virtud de la emergencia social decretada mediante el Decreto 4975 de 2010 y Decreto 128 de 2010.[7]

En todo caso, es menester precisar que la Corte Constitucional matizó su posición y ha sostenido que es necesario decidir de fondo las demandas de inexequibilidad de las leyes derogadas, en dos eventos: (i) Cuando la norma continúa produciendo efectos jurídicos[8] y (ii) Cuando se trata de normas subrogadas que regían antes de ser incorporadas a un Código.[9]

---

[6] Consejo de Estado, Sala plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 14 de enero de 1991. Expediente No. S-157. M.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla.

[7] Ver entre otras sentencias: CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: Consejera ponente: MARIA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZON. Bogotá D.C., ocho (8) de febrero de dos mil once (2011). Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00169-00(CA); Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00388-00(CA). Actor: GOBIERNO NACIONAL. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.; Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Bogotá, veintidós (22) de febrero de dos mil once (2011). Radicación numero: 11001-03-15-000-2010-00452-00(CA). Actor: GOBIERNO NACIONAL. Demandado: MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Recientemente, en la sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional reiteró su posición en estos términos:

"De conformidad con el artículo 241.4 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para 'decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes'. Esto significa que las leyes deben estar vigentes dentro del ordenamiento, pues de lo contrario no tendría sentido una decisión de exequibilidad o inexequibilidad, es decir, una decisión sobre si la disposición legal debe ser o no expulsada del ordenamiento.

No obstante, esta Corporación también ha señalado que pese a que un precepto de orden legal haya sido derogado (tácita, expresamente o de forma orgánica), la Corte es competente para examinar su constitucionalidad, si no ha perdido su eficacia, es decir, si continúa proyectando sus efectos dentro del ordenamiento." (Se resalta).

[8] Ver, entre otras, las sentencias C-397 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-540 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-801 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-1067 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-309 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; C-714 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-377 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil; C 1066 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-300 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[9] En la sentencia C-220 de 1996* la Corte Constitucional decidió variar su jurisprudencia en el sentido de proferir sentencia de mérito en los casos en que la disposición impugnada ha perdido vigencia como consecuencia de su incorporación con idéntico texto a un código o estatuto. En este evento, dijo la Corte, el fallo tendrá que recaer sobre la norma antes vigente y la codificada.

Explicó la Corte que decidir de fondo respecto de normas subrogadas se adecuaba más con los principios de economía procesal, celeridad y prevalencia del derecho sustancial, y, además, se garantizaba plenamente el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, la integración oficiosa de la unidad normativa con la disposición vigente, para resolver la impugnación mediante sentencia de mérito.

En sentencia del 4 de julio de 2012[9], la Corte Constitucional reiteró la anterior posición, y dijo que "*La reproducción idéntica de la norma demandada determina que pueda ser materia de control de constitucionalidad en presencia de cargos aptos, pues su identidad normativa plena, hace que tanto los argumentos de la demanda como las propias intervenciones de fondo sobre la constitucionalidad o no de la norma acusada puedan y deben ser tenidas en cuenta. En el presente caso, con fundamento en que la norma acusada está vigente, no obstante hallarse en una disposición distinta y posterior a la acusada que subroga la que es objeto de la demanda, se mantiene la competencia de la Corte.*"

Explicó que "*La subrogación es entendida como el acto de sustituir una norma por otra. No se trata de una derogación simple, como quiera que antes que abolir o anular una disposición del sistema normativo establecido, lo que hace es poner un texto normativo en lugar de otro. Como resultado de la subrogación, las normas jurídicas preexistentes y afectadas con la medida pueden en parte ser derogadas, modificadas y en parte sustituidas por otras nuevas; pero también la subrogación puede incluir la reproducción de apartes normativos provenientes del texto legal que se subroga(...)*".

*En esta sentencia, la Corte Constitucional decidió abordar el análisis del artículo 36 de la Ley 14 de 1983, artículo que se incorporó como artículo 199 al Código de Régimen Municipal, Decreto Ley 1333 de 1986, es decir, el artículo 36 de la Ley 14 de 1983 quedó subrogado en una nueva norma, contra la cual, según la Corte debió dirigirse la demanda.

El caso que ahora se analiza trata de decretos que fueron subrogados, puesto que regían antes de ser incorporados textualmente, o con ciertas modificaciones, a otros decretos que hoy se encuentran vigentes, y que también fueron demandados. En esa medida, la Sala centrará el análisis de legalidad en los artículos pertinentes de los decretos demandados que se transcriben a continuación, ora porque se encuentran vigentes, ora porque, aun estando derogados, se subrogaron en una norma posterior o surtieron efecto.

La Sala precisa, además, que no ejercerá control de legalidad respecto de los artículos 3°, 7° y 8° del Decreto 4320 de 2008[10] y 3° y 4° del Decreto 4675 de 2008[11], porque los demandantes no formularon causales de nulidad concretas en su contra.

Del asunto de Fondo.

1. **De las causales de nulidad contra el artículo 1° del Decreto 4320 del 14 de noviembre de 2008, que subrogó el artículo 1° del Decreto 3038 del 20 de agosto de 2008[12], que subrogó el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 2270 de 2008[13].**

Es menester precisar que las medidas impuestas en las normas citadas ya no se encuentran vigentes, pero surtieron efectos entre el entre 1° de enero y el 31 de

[10] Artículo 3°. Suspensión de las importaciones. En el evento que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales evidencie violación a las disposiciones aduaneras establecidas en el presente Decreto, podrá, en aplicación de lo previsto en el artículo 6 del Decreto 1299 de 2006, sus modificaciones y adiciones, suspender las autorizaciones como importador otorgadas para importar estos bienes.

Artículo 7°. Medida Transitoria. La banda o etiqueta dispuesta en el artículo 10 del presente Decreto, será exigible mientras entra en vigencia el reglamento técnico que expida el Gobierno Nacional sobre etiquetado de bebidas alcohólicas que se importen, produzcan y comercialicen en el territorio aduanero nacional.

Artículo 8°. Vigencia y Derogatorias. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 3038 de 2008.

[11] Artículo 3°. Modifícase el artículo 7° del Decreto 4320 de 2008, el cual quedará así:
"Artículo 7°. Medida Transitoria. La banda o etiqueta dispuesta en el artículo 1° del presente Decreto, será exigible para las bebidas alcohólicas que se importen a la Zona entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2009".

Artículo 4°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

[12] Artículo 1°. *Medidas para el ingreso e importación de algunas mercancías a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure.* Sin perjuicio de los requisitos vigentes, el ingreso y la importación de las bebidas alcohólicas clasificables por la partida arancelaria 2208, salvo la subpartida 2208.90.10.00, a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, requerirá de la impresión y colocación desde el exterior, en todo caso, antes de la llegada a la Zona, de una banda o etiqueta en lugar visible de la botella o del envase, que contenga la siguiente información:

- *"Exclusivamente para su ingreso e importación a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao*, Uribia y Manaure".

- Número de lote.

- Nombre o razón social del importador y su código como importador autorizado.

Parágrafo 1°. La banda o etiqueta a que se refiere el presente artículo debe estar pegada en el exterior de la botella o envase, destruirse al ser removida del sustrato sobre el cual ha sido adherida e impida su reutilización, y no podrá sobreponerse sobre cualquier otra etiqueta o banda del envase para ocultar información plasmada.

Parágrafo 2°. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará las características y especificaciones de la banda o etiqueta a que se refiere este artículo.

[13] Este decreto no fue demandado

diciembre de 2009, conforme lo dispuso el artículo 3° del Decreto 4675 de 2008[14], que modificó el artículo 7° del Decreto 4320 de 2008[15].

También se precisa que la redacción del texto original del artículo 1° del Decreto 3038 de 2008 no se modificó sustancialmente por el Decreto 4320 de 2008. Por tanto, el control de legalidad se hará sobre el siguiente texto del artículo 1° del Decreto 4320 del 14 de noviembre de 2008:

> **"Artículo 1°. Medidas para el ingreso e importación de bebidas alcohólicas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure.** Sin perjuicio de los requisitos vigentes, el ingreso y la importación de las bebidas alcohólicas clasificables por la partida arancelaria 2208, salvo la subpartida 2208.90.10.00, a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, requerirá de la impresión y fijación desde el exterior, en todo caso, antes de la llegada a la Zona, de una banda o etiqueta en lugar visible de la botella o del envase, que contenga la siguiente información:
> - *"Exclusivamente para su ingreso e importación a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure"*
> - Número de lote
> - Nombre o razón social del importador y su código como importador autorizado.
>
> **Parágrafo** 1°. La banda o etiqueta a que se refiere el presente artículo debe estar pegada en el exterior de la botella o envase y tener propiedades y características técnicas de seguridad que conlleven su destrucción al ser removida del sustrato sobre el cual ha sido adherida e impidan su reutilización, y no podrá sobreponerse sobre cualquier otra etiqueta o banda del envase para ocultar información plasmada en las mismas.
>
> **Parágrafo** 2°. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales determinará las características y especificaciones de la banda o etiqueta a que se refiere este artículo.
>
> **Parágrafo** 3°. Los importadores de las bebidas alcohólicas de que trata el presente artículo, deberán indicar en la casilla de descripción de la declaración de importación, la marca, el producto, el porcentaje de alcohol expresado en grados alcoholimétricos, el tiempo de añejamiento, la forma de presentación, el número del lote, e indicar si la mercancía es para reexportación o consumo en la Zona."

1.1. Violación del derecho a la igualdad y Desviación de poder. Finalidad de las normas demandadas.

El señor Carlos Mario Isaza alegó la causal de nulidad por violación del artículo 13 de la Carta Política, concretamente, por violación del derecho a la igualdad, habida cuenta de que, a su juicio, el autoadhesivo o etiqueta que se implementó en las normas que se analizan es una medida discriminatoria contra los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure.

---

[14] Artículo 3°. Modifícase el artículo 7° del Decreto 4320 de 2008, el cual quedará así:
"Artículo 7°. Medida Transitoria. La banda o etiqueta dispuesta en el artículo 1° del presente Decreto, será exigible para las bebidas alcohólicas que se importen a la Zona entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2009".

[15] Esta norma había dispuesto como medida transitoria, que *"La banda o etiqueta dispuesta en el artículo 10 del presente Decreto, será exigible mientras entra en vigencia el reglamento técnico que expida el Gobierno Nacional sobre etiquetado de bebidas alcohólicas que se importen, produzcan y comercialicen en el territorio aduanero nacional."*

312

Los apoderados de las entidades demandadas adujeron que el derecho a la igualdad no se viola puesto que la vulneración de este derecho se predica entre iguales. Y, que ese no es el caso de los comerciantes de la zona de régimen aduanero especial, dado que tal zona cuenta con un tratamiento aduanero y tributario especial que amerita la adopción de medidas especiales, como la prevista en las normas analizadas, en aras de precaver el mal uso de los beneficios otorgados por la importación de bienes a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure.

La Sala considera que le asiste razón a las entidades demandadas, por las siguientes razones:

La Corte Constitucional ha precisado[16] que la igualdad carece de contenido material específico, porque no protege ningún ámbito específico de la esfera de la actividad humana, y que, por eso, el derecho a la igualdad puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. Pero que, en todo caso, debido a la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter *relacional.*

La Corte Constitucional[17] explica que en virtud del carácter relacional, "la igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos que actúan como términos de comparación", pues, para la Corte, *"(...) por regla general un régimen jurídico no es discriminatorio considerado de manera aislada, sino en relación con otro régimen jurídico. Adicionalmente la comparación generalmente no tiene lugar respecto de todos los elementos que hacen parte de la regulación jurídica de una determinada situación sino únicamente respecto de aquellos aspectos que son relevantes teniendo en cuenta la finalidad de la diferenciación[18]. Ello supone, por lo tanto, que la igualdad también constituye un concepto relativo, dos regímenes jurídicos no son iguales o diferentes entre si en todos sus aspectos, sino respecto del o de los criterios empleados para la equiparación."*

De manera que, para la Corte, el carácter relacional *"(...) influye en la interpretación del principio de igualdad porque, como ha señalado la doctrina, desde el punto de vista estructural éste necesariamente involucra no sólo el examen del precepto jurídico impugnado, sino que además la revisión de aquel respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado amén del propio principio de igualdad. Se trata por lo tanto de un juicio trimembre."*[19]

---

[16] Corte Constitucional. Sentencia C-250 de 2012.

[17] Idem

[18] Cfr. Markus González Beilfuss. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 21 y s.s.

[19] idem

313

En consecuencia, según la Corte, el análisis de la violación del derecho a la igualdad derivado de las normas no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, "(...) sino que incluye otro régimen jurídico que actúa como término de comparación. En consecuencia se entabla una relación internormativa que debe ser abordada utilizando herramientas metodológicas especiales tales como el *test de igualdad,* empleado por la jurisprudencia de esta Corporación[20]."[21]

Tratándose de la discriminación presuntamente derivada de las leyes, la Corte Constitucional también parte de la "famosa formulación aristotélica de *"tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales"*, pues, a partir de esa forma, tanto la doctrina y la jurisprudencia, dice la Corte, "(...) se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato."[22]

También explica la Corte[23] que del principio general de igualdad se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte, un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente. Y, un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes.[24]

Respecto del mandato de tratamiento desigual, la Corte ha precisado[25] que no tiene un carácter tan estricto cuando va dirigido al Legislador, pues en virtud de la reconocida libertad de configuración normativa, el legislador no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias. Por el contrario, para la Corte, el legislador puede regular de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente

---

[20] Ver sentencia C-093 de 2001.

[21] idem

[22] idem

[23] idem

[24] Para la Corte Constitucional, esos dos mandatos se subdividen en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional. Idem.

[25] idem

que imponga la diferenciación, pues la normativa se expide así con el objeto de simplificar las relaciones sociales.

En todo caso, para derivar si se infringió o no el principio o el derecho fundamental a la igualdad, la Corte Constitucional[26] precisa que la jurisprudencia constitucional colombiana ha diseñado una metodología específica cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Explica la Corte que: "Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado. (...)"[27]

Atendiendo las directrices que la Corte Constitucional ha seguido para establecer si determinados ordenamientos jurídicos violan el artículo 13 de la Carta Política, esta Sala decide aplicar, siguiendo los mismos criterios, un test intermedio de razonabilidad[28], test que ha sido utilizado por la Corte 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, **o 2) cuando existe un**

---

[26] idem

[27] idem

[28] Respecto de la intensidad del test de igualdad, a que alude la sentencia citada, la Corte Constitucional, en la sentencia C-673 de 2001, lo explicó así:

"7. Test de razonabilidad del criterio de igualación

(...) La Corte ha sostenido[28] que el control de constitucionalidad en general, y el test de razonabilidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad. En su jurisprudencia más reciente[28] la Corte ha reiterado la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del test de razonabilidad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada. (...)

7.1 Intensidad del test de razonabilidad

Según la jurisprudencia de esta Corporación, el examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional. Tal es el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que debe aplicarse el test de razonabilidad de una medida legislativa. Ello explica que en materia de igualdad el test de razonabilidad, con variantes importantes pero también con elementos comunes significativos, sea el método aplicado en otras democracias constitucionales, e, inclusive, por órganos jurisdiccionales regionales.

Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional,[28] comparada[28] e internacional[28] desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del *fin* buscado por la medida, 2. el análisis del *medio* empleado y 3. el análisis de *la relación* entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve. (...)

En armonía con esa tendencia general, la jurisprudencia constitucional colombiana ha aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un test estricto, un test intermedio y uno leve. Cada uno de estos tipos del test supone una diferente intensidad. Las diferencias básicas entre estas tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa.[28] (...) negrilla fuera de texto

indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.[29]

En esa medida, le corresponde a la Sala precisar los regímenes jurídicos en comparación, a efectos de establecer el aspecto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado. Luego, precisará el fin que se buscó con la medida supuestamente discriminatoria, a efectos de verificar que ese fin no sea sólo legítimo sino constitucionalmente importante. Después se analizará si la medida discriminatoria es adecuada y conducente para alcanzar el fin buscado por la norma.

- **Regímenes jurídicos en comparación:**

Los regímenes jurídicos en comparación son: el régimen de importación de las bebidas alcohólicas clasificables por la partida arancelaria 2208 a la zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure (normas demandadas) y el régimen de importación de esos mismos bienes al resto del territorio nacional (Decreto 2685 de 1999).

El trato diferenciado que se alegó radica en el hecho de que el artículo 1° del Decreto 3038 de 2008, subrogado por el artículo 1° del Decreto 4320 de 2008, circunscribió a los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure la obligación de adherir la etiqueta a que aluden los artículos citados, cuando esa medida se había dispuesto inicialmente para todos los comerciantes del país, conforme con el Decreto 2270 de 2008, y ahora no se exige en virtud de la derogatoria de este decreto y de la aplicación, a los comerciantes del resto del territorio nacional, del régimen general previsto en el Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), que no impone una medida como la exigida a los comerciantes de Maicao, Uribia y Manaure.

---

[29] Idem

7.2 Criterios de fijación de la intensidad del test a aplicar

(...) Un test menos intenso – llamado test intermedio – también ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia.

Por su parte, el test intermedio involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo sino también constitucionalmente *importante*, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial. (...)

Cabe anotar que la enumeración anterior de las condiciones que inciden en la determinación de la intensidad del test que ha hecho la Corte no es taxativa. Así, en este caso, la Corte señala que hay otro criterio relevante para determinar la intensidad del test, v.gr., que la norma no fue expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo, puesto que se analizará posteriormente.

Adicionalmente, los efectos de cada criterio tampoco son definitivos, porque dicha determinación depende del peso de los elementos propios de cada caso; los cuales son apreciados y ponderados en forma independiente por esta Corporación. (...).

La Sala pone de presente que la medida, *per se*, no es discriminatoria porque los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manure no se encuentran en circunstancias idénticas respecto de los comerciantes del resto del país. El régimen jurídico aduanero de los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure se diferencia del régimen jurídico aduanero general, en lo siguiente:

- Los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial pueden importar cualquier tipo de mercancías, con destino a esa zona, declarando los bienes en formularios simplificados de importación [artículo 450 Decreto 285 de 1999, modificado por el Decreto 1201 de 2007]. Los comerciantes que importan bienes al resto del país deben declarar las mercancías de procedencia extranjera en los formularios generales de importación.

- La mercancías que introduzcan los comerciantes de la Zona de Régimen Aduanero Especial a esa zona están sujetas, únicamente, al pago de un Impuesto de Ingreso de Mercancía, del 4% sobre el valor en aduanas, de los bienes importados, que percibe, administra y controla la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pero que es cedido por la Nación al departamento de La Guajira, y que está destinado, exclusivamente, a inversión social dentro de ese territorio. [artículo 18 de la Ley 677 de 2001, modificado por el artículo 109 de la Ley 788 de 2002]. Los comerciantes del resto del país deben pagar los tributos aduaneros (ARANCEL E IVA) a las tarifas que correspondan a cada bien.

En esa medida, se justifica que haya un trato diferente entre comerciantes que importan, en condiciones diferentes, ciertas mercancías que cumplen determinadas condiciones.

- **La legitimidad e importancia constitucional de la medida supuestamente discriminatoria. Conducencia de la medida.**

Ahora bien, los apoderados del gobierno nacional alegaron que la etiqueta que se ordena adherir a las botellas y envases de las bebidas alcohólicas de la partida arancelaria 2208, que se importen a la zona de régimen aduanero especial, constituye una medida de control aduanero que tiene como fin contrarrestar el contrabando de los licores que se introducen a Maicao, Uribia y Manaure en condiciones tributarias y aduaneras especiales, y que se introducen de manera ilegal al resto del territorio nacional.

La Sala considera que los mecanismos de control aduanero, *per se,* tienen un fin que no solo es legítimo sino constitucionalmente importante porque tales mecanismos son necesarios para contrarrestar fenómenos de difícil erradicación como el contrabando o la evasión fiscal aduanera.

La misma dinámica del comercio exterior impone la adopción de medidas que, a la par de garantizar un servicio al comercio exterior ágil, oportuno, eficiente y eficaz, permitan controlar las prácticas indebidas que se suscitan en torno al comercio exterior, y que afectan intereses supremos de la colectividad como el derecho al trabajo, a la leal y libre competencia y a la prosperidad en general, que se afecta si no se contrarrestan aquellos fenómenos que desestabilizan el orden público económico nacional y la seguridad fiscal.

En consideración a esa misma dinámica del comercio exterior, en Colombia, desde 1968 se implementó la técnica legislativa de las leyes marco y decretos reglamentarios para que el Legislador dispusiera el marco general dentro del que el gobierno nacional debía regular, en concreto, el régimen de comercio exterior y de aduanas. Esas competencias normativas se retomaron en la Constitución Política de 1991 en los literales b) y c) del numeral 19 del artículo 150, y el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política.

En el caso concreto, en los antecedentes de los decretos demandados se puso de presente la magnitud del problema que el ejecutivo quiso resolver mediante los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de las leyes marco, así:

> "En cumplimiento de las instrucciones impartidas por el señor Presidente de la República en reunión celebrada el día 27 de mayo del presente año, se presenta a consideración del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior un proyecto de decreto mediante el cual se establecen, entre otros, la marcación de las bebidas alcohólicas que se importen al territorio nacional, así como a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure.
>
> Este decreto surge de la preocupación manifestada al Gobierno Nacional por parte de los Gobernadores y gerentes de las empresas de licores departamentales, en el sentido de que la entrada ilegal de bebidas alcohólicas al país, en las modalidades de contrabando abierto y contrabando técnico, viene afectando negativamente las finanzas de los departamentos, por un lado, al dejar de percibir cuantiosos recursos por concepto del impuesto al consumo, así como las finanzas de las empresas licoreras al estar expuestas a la competencia desleal del producto de contrabando y de los productos adulterados.
>
> Como se puede apreciar en el cuadro No.1, en los últimos años se ha desacelerado notoriamente la producción nacional de bebidas alcohólicas, mientras la importación de las mismas ha crecido en cantidad, conservándose los precios de importación (ver cuadro No. 2).

> La marcación de las etiquetas de las botellas de las bebidas alcohólicas que se importen al país, facilitaría enormemente el ejercicio de las labores de control por parte de la DIAN, la Policía Nacional, Policía Fiscal y Aduanera y Secretarías de Hacienda departamentales. En esta etiqueta se expresaría claramente que el producto es para su exclusiva importación a Colombia y además se identificaría al importador en Colombia y el No. del lote de fabricación de la bebida, entre otros. (...)"

De ahí que, en ejercicio de las facultades reglamentarias de las leyes marco de comercio exterior [7ª de 1991] y marco de aduanas [6ª de 1971], el Gobierno Nacional expidiera el Decreto 2270 de 2008, que, como se vio, fue subrogado por los decretos 3038 y 4320 de 2008, en el que se adoptó, desde un principio, la medida de señalización o etiquetado para las bebidas alcohólicas que se importaran a la zona de régimen aduanero especial.

Este mecanismo de control aduanero, a juicio de la Sala, era adecuado y efectivamente conducente para lograr el cometido propuesto, como era el de contrarrestar la problemática reflejada en las finanzas departamentales, por el no pago del impuesto al consumo de licores, y en las finanzas de las industrias licoreras, en virtud del fenómeno del contrabando de las bebidas alcohólicas introducidas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure con el propósito de ser consumidas en esa zona o vendidas al exterior, pero que terminaban introduciéndose de manera ilegal al resto del territorio nacional, en franca contravención del régimen aduanero especial y del régimen aduanero general.

La marcación de las botellas y envases que iban a ser introducidas a la zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure permitía a las autoridades identificarlas para facilitar el control aduanero y precaver que fueran introducidas al resto del territorio nacional. Luego, fue pertinente circunscribir la medida a los comerciantes de la zona de régimen aduanero especial.

En consecuencia, no encuentra la Sala que con los decretos demandados se haya violado el derecho fundamental a la igualdad de los comerciantes de la zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure, ni que el gobierno haya incurrido en desviación de poder. No prospera la causal de nulidad.

1.2. De la nulidad por violación directa del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio —OTC— de la Organización Mundial de Comercio. Violación del derecho a la libre competencia económica.

El señor Juan Manuel Urueta alegó que el artículo 1º del Decreto 3038 de 2008, subrogado por el artículo 1º del Decreto 4320 de 2008, violó el Acuerdo sobre

Obstáculos Técnicos al Comercio —OTC— porque, a su juicio, adoptó un reglamento técnico que constituye una medida restrictiva e innecesaria al comercio exterior, sin cumplir el procedimiento de implementación de reglamentos técnicos señalado en el Acuerdo OTC [artículo 2.9].

La apoderada del Ministerio de Comercio alegó que los particulares no están legitimados para promover sentencias de jueces nacionales que se pronuncien sobre la violación de tratados internacionales como el de creación de la Organización Mundial de Comercio OMC, puesto que conforme con el artículo 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, se presume que la legislación nacional está conforme con el Tratado de la OMC mientras no declare lo contrario el órgano encargado para el efecto, por el mismo Tratado, en el caso concreto, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD).

La Sala precisa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad sujeta al derecho administrativo de las entidades públicas[30]. Para el efecto, el C.C.A. regula, entre otras acciones, la de nulidad simple[31] que puede interponer toda persona por sí, o por medio de representante, para que se declare la nulidad de actos administrativos cuando infrinjan las normas en que debía fundarse, o cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia o de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En cambio, el mecanismo de solución de diferencias, previsto en el anexo II del Acuerdo por el cual se establece la OMC, que contiene el entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias entre los países miembros de esa organización mundial, no constituye una acción en sí misma que puedan promover particulares ante un órgano previamente establecido de la OMC.

Ese mecanismo constituye más bien, una oportunidad de entendimiento que se ofrece a los países miembros de la OMC para que, mediante el intercambio de consultas que se formulen entre sí los países, procuren lograr llegar a un acuerdo para que una de las partes retire de su ordenamiento jurídico la política comercial o

[30] Artículo 82 del C.C.A.

[31] Artículo 84 del C.C.A.

las medidas que infrinjan las disposiciones de la OMC o constituyan un incumplimiento a las obligaciones contraídas en virtud de la suscripción del Tratado.

Solo ante el fracaso de ese previo entendimiento e intercambio de consultas entre los países miembros de la OMC, interviene el Consejo General de ese organismo para que designe a un grupo especial conformado por delegados de los países miembros, que los países en conflicto postulan, que se encargará de analizar el caso o conflicto suscitado entre dichos países. Ese grupo especial rendirá un informe que especificará si hubo o no incumplimiento y formulará las recomendaciones que debe adoptar el país miembro incumplido a efectos de que cese el incumplimiento del Tratado. Ese informe puede ser objeto del recurso de apelación para que finalmente el Órgano de Solución de Diferencias decida si acepta o modifica el informe del grupo especial.

De manera que, los demandantes en este proceso sí tienen legitimación para demandar en acción de nulidad simple los decretos demandados, porque la acción de nulidad no se opone al mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Se procede, entonces, a analizar si el artículo 1° del Decreto 3038 de 2008, subrogado por el artículo 1° del Decreto 4320 del mismo año violó las normas en que debía fundarse, causal de nulidad en la que se enmarcan los argumentos de la demanda.

Los Decretos 3038 y 4320 de 2008 se expidieron en uso de las facultades constitucionales y legales que le confiere al Presidente de la República el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, previa recomendación del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior.

El numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, conforme se precisó, faculta al ejecutivo para reglamentar las leyes marco de comercio exterior y de régimen de aduanas. Habida cuenta de que los decretos demandados adoptan medidas concernientes al régimen aduanero, está claro que los decretos se expidieron con competencia.

Ahora bien, los decretos demandados deben sujeción a las políticas generales trazadas en los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991[32], y,

[32] Ley 6ª de 1971.

321

aunque no lo digan expresamente, también deben sujeción a los compromisos internacionales que se hayan adquirido en virtud de tratados internacionales como el que aprobó el Acuerdo por el cual se estableció la Organización Mundial de Comercio (OMC) suscrito en Marruecos el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino [Ley 170 de 1994].

Uno de los acuerdos multilaterales anexos es el Acuerdo Sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, cuyo artículo 2.2. dispone lo siguiente:

> "2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen **reglamentos técnicos** que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.
>
> Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos." (negrilla fuera de texto)

Por reglamento técnico se entiende, según el mismo acuerdo, lo siguiente:

> "1. *Reglamento técnico*
>
> Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o **etiquetado** aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas." (negrilla fuera de texto)

Vistas las anteriores normas, advierte la Sala que el artículo 1º del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 1º del Decreto 3038 de 2008, no establece un reglamento técnico en el entendido de la definición especializada de lo que debe

---

Artículo 3º.-Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931."

La Corte Constitucional, en sentencia 1111 de 2000, que declaró exequible la Ley 6ª de 1971, precisó que *"(...) si bien no todas las pautas señaladas al Ejecutivo para modificar el régimen de aduanas pueden en la actualidad acatarse por haber desaparecido los respectivos organismos que las fijaban —como sucede con la ALALC y el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas—, debe entenderse que sí pueden someterse a las demás pautas fijadas por esa norma."*

Valga precisar que la Corte Constitucional partió de un criterio errado por cuanto, en la actualidad, el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas que, se creó en 1952, adoptó, en 1994 y de manera informal, el nombre de Organización Mundial de Aduanas (OMA)[32]. Y la ALADI que se creó en el tratado de Montevideo de 1980 reemplazó a la ALALC[32]. De manera que las recomendaciones que profieran tales organizaciones todavía son criterios que orientan la regulación del régimen aduanero, no solamente los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera.

El artículo 2º de la Ley 7ª de 1991, de su parte, también regula los principios a que debe someterse el gobierno nacional cuando regula el comercio exterior. Dentro de tales principios se destaca que el gobierno nacional debe "procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales de comercio internacional."

322

entenderse por tal. Por el hecho de que la norma acusada haya utilizado el vocablo "etiqueta", el mismo que utiliza el Acuerdo OTC, no debe entenderse que el reglamento técnico es igual a la etiqueta en sí misma considerada, puesto que el reglamento técnico, como se infiere de la definición transcrita, es el documento en el que, se establecen no solo las características de la marca, señal, marbete o etiqueta que se adhiere al objeto para identificarlo o distinguirlo de otros, sino todas aquellas características propias del producto en sí mismo considerado.

La marca, señal, marbete o etiqueta que el decreto demandado ordenó adherir a las botellas o envases de bebidas alcohólicas de la partida arancelaria 2208, no tenía como fin resaltar las características de ese producto, sino advertir que las bebidas alcohólicas estaban destinadas a ser ingresadas e importadas, exclusivamente, a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, para efectos de control aduanero.

Entonces, en el entendido de que la etiqueta a que aluden los decretos demandados no es el reglamento técnico a que alude el Acuerdo OTC, tampoco constituye una restricción prohibida por ese Acuerdo. Y, por tanto, la Sala se inhibe de analizar si como reglamento técnico restrictivo podía ser adoptado excepcionalmente por cumplir los objetivos legítimos a que alude el numeral 2.2. del Acuerdo OTC.

Por las mismas razones, el artículo 1° del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 1° del Decreto 3808 de 2008 no violó el derecho a la libre competencia económica previsto en el artículo 333 de la Carta Política, como lo propuso uno de los demandantes, en el entendido de que el Acuerdo OTC forma parte de la normativa que regula ese derecho. No prospera la causal de nulidad.

2. De las causales de nulidad contra el artículo 2° del Decreto 4675 de 2008, que modificó el artículo 4° del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 2° del Decreto 3038 de 2008.

El artículo 2° del Decreto 3038 de 2008 contenía un texto diferente al texto que en la actualidad se encuentra vigente. En consecuencia, el artículo 2° del Decreto 3038 de 2008 también se analizará por cuanto surtió efectos a partir de la fecha en que entró a regir y hasta la fecha en que fue subrogado por el artículo 4° del Decreto 4320 de 2008 que, en redacción, es parcialmente idéntico al artículo 2° del Decreto 4675 de 2008.

Texto de los artículos demandados

"Decreto 3038 de 2008

Artículo 2°. *Pago del impuesto al consumo.* De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1087 de 2006, quienes importen a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure los productos de que trata el presente decreto, que se encuentren gravados con el impuesto al consumo previsto en la Ley 223 de 1995, deberán efectuar su pago al momento de la introducción a dicha zona, sin embargo, podrán solicitar la devolución del mismo cuando se demuestre con la factura de exportación y su registro ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la salida del país, de acuerdo con el procedimiento que fije dicha entidad."

Decreto 4320 de 2008

Artículo 4°. Pago del Impuesto al Consumo. Sin perjuicio de lo previsto en el parágrafo del artículo 2 del presente Decreto, del total del cupo autorizado de las bebidas alcohólicas que se importen a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, conforme al presente Decreto, gravadas con el Impuesto al Consumo previsto en la Ley 223 de 1995, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 Ley 1087 de 2006, el treinta por ciento (30%), como mínimo, deberá ser destinado al consumo en dicha Zona y por lo tanto deberá pagar el Impuesto al Consumo al momento de la introducción a la misma, como requisito previo para la obtención del levante de dichas mercancías.
El resto del cupo autorizado, tendrá que ser reexportado a terceros países en un plazo no superior a cuatro (4) meses, razón por la cual no se exigirá el pago del Impuesto al Consumo al momento de su ingreso a dicha Zona. En todo caso, la reexportación deberá demostrarse mediante la factura de exportación y registrarse su salida en el paso de frontera ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Las bebidas alcohólicas ingresadas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, bajo las condiciones establecidas en el presente artículo, no podrán ser introducidas al resto del territorio aduanero nacional.

Parágrafo 1°. En el evento que se opte por la reexportación de las bebidas alcohólicas que fueron importadas para el consumo en la Zona, previa la modificación de la respectiva declaración y acreditación de la salida de las mismas, podrá solicitar la devolución de dicho impuesto.

Parágrafo 2°. En caso de que las bebidas alcohólicas importadas para ser reexportadas a terceros países se destinen al consumo en la Zona, previamente se deberá modificar la declaración de importación y cancelar el impuesto al consumo, so pena de que se configure la causal de aprehensión prevista en el presente Decreto.

Parágrafo 3°. El término de cuatro (4) meses a que se refiere el inciso 2° del presente artículo, se cuenta a partir de la fecha del levante de las mercancías otorgado por la autoridad aduanera."

"Decreto 4675 de 2008

Artículo 2°. Modifícase el artículo 4° del Decreto 4320 de 2008, el cual quedará así:

"**Artículo 4°. Pago del Impuesto al Consumo.** Sin perjuicio de lo previsto en el parágrafo del artículo 2 del presente Decreto, del total del cupo autorizado de las bebidas alcohólicas que se importen a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, conforme al presente Decreto, gravadas con el Impuesto al Consumo previsto en la Ley 223 de 1995, en concordancia con lo establecido en el artículo 1° Ley 1087 de 2006, el diez por ciento (10%), como mínimo, deberá ser destinado al consumo en dicha Zona y por lo tanto deberá pagar el Impuesto al Consumo al momento de la introducción a la misma, como requisito previo para la obtención del levante de dichas mercancías. El resto del cupo autorizado tendrá que ser reexportado a terceros países en un plazo no superior a seis (6) meses contados a partir del levante de las mercancías, razón por la cual no se exigirá el pago del Impuesto al Consumo al momento de su ingreso a dicha Zona. En todo caso, la reexportación deberá demostrarse mediante la factura de exportación y registrarse su salida en el paso de frontera ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

329

Parágrafo 1°. En el evento que se opte por la reexportación de las bebidas alcohólicas que fueron importadas inicialmente para el consumo en la Zona, previa la modificación de la respectiva declaración y acreditación de la salida de las mismas, podrá solicitar la devolución de dicho impuesto.

Parágrafo 2°. En caso de que las bebidas alcohólicas importadas inicialmente para ser reexportadas a terceros países se destinen al consumo en la Zona, previamente se deberá modificar la declaración de importación y cancelar el impuesto al consumo, so pena de que se configure la causal de aprehensión prevista en el presente Decreto".

2.1. De la causal de nulidad por violación de los artículos 338 de la C.P., 18 de la Ley 677 de 2001 [inciso 2° del parágrafo 2°], modificado por el artículo 1° de la Ley 1087 de 2006, 186, 188, 202, 204, 207 y 209 de la Ley 223 de 1995.

Es menester precisar que el artículo 2° del Decreto 3038 de 2008 difiere de los artículos 4° y 2°, respectivamente, de los Decretos 4320 y 4675 de 2008.

En efecto, inicialmente, el artículo 2° del Decreto 3038 de 2008 había previsto lo siguiente:

> "De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 1087 de 2006, quienes importen a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure los productos de que trata el presente decreto, que se encuentren gravados con el impuesto al consumo previsto en la Ley 223 de 1995, **deberán efectuar su pago al momento de la introducción a dicha zona, sin embargo, podrán solicitar la devolución del mismo cuando se demuestre con la factura de exportación y su registro ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la salida del país, de acuerdo con el procedimiento que fije dicha entidad."**

Los artículos 4° y 2°, respectivamente, de los Decretos 4320 y 4675 de 2008, modificaron el artículo 2° del Decreto 3038 en el sentido de exigir el pago del impuesto al consumo, únicamente al 30% y luego al 10%, de las bebidas alcohólicas de la partida arancelaria 2208 que se introduzcan a la zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, a efectos de que obtengan la autorización de levante de las declaraciones de importación simplificadas, en la modalidad de franquicia, a efectos de que circulen libremente dentro de la zona de régimen aduanero especial, exclusivamente.

Los demandantes consideran que estas normas violan los artículos 338 de la C.P., 18 de la Ley 677 de 2001 [inciso 2° del parágrafo 2°], modificado por el artículo 1° de la Ley 1087 de 2006, porque las bebidas alcohólicas de la partida arancelaria 2208 que se introduzcan a la zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure solo deben pagar el impuesto de ingreso del 4% y el impuesto al consumo de licores de la Ley 223 de 1995 cuando se destinan al consumo dentro de la zona. Que como

la norma exige el pago del impuesto al consumo de licores respecto de las bebidas alcohólicas que se introducen en tránsito para salir al exterior, se violan los artículos demandados porque crean, por decreto, un nuevo hecho generador del impuesto al consumo.

Los apoderados de las autoridades demandadas, en cambio, precisan que las bebidas alcohólicas de la partida arancelaria 2208 que se introduzcan a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure deben pagar el impuesto al consumo, sin distinción, por disposición de la Ley 223 de 1995.

La Sala considera que la norma no es nula, por las siguientes razones:

El artículo 195 de la Ley 223 de 1995 dispone:

> "ARTÍCULO 195. PRODUCTOS INTRODUCIDOS EN ZONAS DE RÉGIMEN ADUANERO ESPECIAL. **Los productos introducidos en zonas de régimen aduanero especial causarán el impuesto al consumo** a que se refiere este Capítulo. Dicho impuesto se liquidará ante la autoridad aduanera con jurisdicción en el municipio al que pertenezca la zona y se pagarán a órdenes del Fondo-Cuenta de Impuestos al Consumo de Productos Extranjeros." (negrilla fuera de texo)

A su vez, el inciso segundo del parágrafo 2º del artículo 18 de la Ley 677 de 2001, modificado por el artículo 1º de la Ley 1087 de 2006 dispone lo siguiente:

> "Artículo 18.
> Parágrafo 2º.
> (...)
> **Los productos extranjeros gravados con el impuesto al consumo de que trata la Ley 223 de 1995** y que se introduzcan a la zona Aduanera Especial de Maicao, Uribia y Manaure bajo la modalidad de franquicia **para ser destinados a terceros países mediante la factura de exportación, no generarán dichos tributos**, y el certificado de sanidad, se entenderá homologado con el certificado sanitario o de libre venta, del país de origen."

Habida cuenta de que los productos que se importan a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure por la modalidad de franquicia, pueden salir de esa zona con destino al exterior mediante la presentación de una factura simplificada de exportación, surge la pregunta del momento en que es exigible el impuesto al consumo. Como ese elemento alude a la causación del impuesto al consumo, surge la problemática de si los decretos demandados podían precisarlo sin violar el principio de reserva de la ley tributaria.

El artículo 2º del Decreto 3038 de 2008 optó por exigir el pago del impuesto al consumo cuando se importen las bebidas alcohólicas a la zona de régimen aduanero especial. Esta norma, considera la Sala, estaba acorde con el artículo 195 de la Ley 223 de 1995, pues ese artículo dispone que todas las mercancías deben pagar el impuesto al consumo.

Sin embargo, como el artículo 1º de la Ley 1087 de 2006 dispuso que el impuesto al consumo no se causa respecto de las bebidas alcohólicas destinadas a terceros países, para la Sala, por ser una norma posterior y especial, se aplicaría de preferencia sobre el artículo 195 de la Ley 223 de 1995 y, en esa medida, el artículo 2º del Decreto 3038 de 2008 sería inválido.

No obstante, la Sala considera que cuando el artículo 2º del Decreto 3038 dispuso que se podría obtener la devolución del impuesto cuando se demostrara la factura de exportación y la salida del producto de la zona de régimen aduanero especial, se solucionó la problemática presentada, pues, ante la incertidumbre de saber cuándo los comerciantes iban a exportar los licores, era pertinente tomar las medidas necesarias que permitieran recaudar el impuesto al consumo, pero también, reconocer el derecho de los comerciantes de no pagar ese impuesto en el especifico caso previsto en el artículo 1º de la Ley 1087 de 2001.

En ese entendido, para la Sala, los decretos demandados no están creando un nuevo hecho generador del impuesto al consumo, como se adujo en la demanda. Ni tampoco regularon la causación del impuesto. Simplemente, los decretos dispusieron una medida razonable y legítima para cumplir los propósitos previstos en las leyes 223 de 1995 y 1087 de 2001, que regularon el impuesto al consumo, y, el propósito previsto en las normas que regulan el régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure. Todo esto dentro de lo que debe ser la competencia gubernamental derivada de las leyes marco.

Para la Sala, además, es indiferente que los Decretos 3830, 4320 y 4675 de 2008 hayan optado por exigir el pago del impuesto al consumo al 100% de las mercancías que ingresan a la zona, o por establecer un cupo del 30% o del 10% de mercancías respecto de las que se va a exigir el pago de ese impuesto. Lo relevante para la Sala es que los tres decretos adoptaron una medida que permite garantizar el recaudo del impuesto al consumo, pero al mismo tiempo, el derecho de los comerciantes que exportan el licor, a no pagar ese impuesto. La devolución del impuesto, sometida a la condición de que se pruebe la exportación es una medida idónea para el efecto

327

puesto que sólo hasta que se exporta el licor se tiene la certeza del derecho a la exención de la obligación tributaria. Por tanto, para la Sala, no se violaron los artículos 338 de la C.P., 18 de la Ley 677 de 2001 [inciso 2º del parágrafo 2º], modificado por el artículo 1º de la Ley 1087 de 2006.

Tampoco se violaron los artículos 186, 188, 202 y 204 de la Ley 223 de 1995, por cuanto estos artículos, que aluden al hecho generador y causación del impuesto al consumo por la comercialización de cervezas, sifones y refajos, licores, vinos, aperitivos y similares, nacionales e importados, permiten precisamente concluir que los comerciantes de la zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure están obligados a pagar el impuesto al consumo. Y los artículos 207 y 209 de la Ley 223 de 1995 no son aplicables al caso concreto porque aluden al impuesto al consumo de cigarrillos y tabaco elaborado. No prospera la causal de nulidad.

3. De las causales de nulidad contra el artículo 5º del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 3º del Decreto 3038 de 2008, que subrogó el artículo 2º del Decreto 2270 de 2008, y contra el artículo 6º del Decreto 3038 de 2008

Dado que el artículo 5º del Decreto 4320 de 2008 adicionó con el inciso segundo el texto original del artículo 3º del Decreto 3038 de 2008, el análisis se centrará en el texto que se transcribe a continuación, junto con el del artículo 6º del Decreto 3038 que también se transcribe[33]:

Texto de los artículos:

Decreto 4320 de 2008

"**Artículo 5º. Causal de aprehensión y decomiso.** Será causal de aprehensión y decomiso, la introducción e importación de las bebidas alcohólicas que omitan el cumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados en el presente Decreto, para lo cual se deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 512-1 del Decreto 2685 de 1999.

En el evento, que no se acredite la reexportación en el término señalado y el importador no haya modificado la declaración de importación, ni cancelado el impuesto al consumo causado, podrá imponerse la sanción prevista en el artículo 503 del Decreto 2685 de 1999, siempre y cuando no sea posible su aprehensión."

Decreto 3038 de 2008

"**Artículo 6º.***Medida transitoria.* Las mercancías que hubieren obtenido levante con anterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto, le serán admisibles como

[33] Este artículo surtió efectos hasta que fue derogado por el Decreto 4320 de 2008

prueba de la legal introducción e importación a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, la declaración de importación junto con los documentos soporte correspondientes.

Lo señalado en el inciso anterior solo será aceptado hasta el 30 de septiembre de 2008."

Se alegó en una de las demandas que el gobierno dispuso aplicar de manera retroactiva las medidas previstas en los decretos demandados porque, según el demandante, se tipificó como causal de aprehensión y decomiso el hecho de incumplir las medidas de control de señalización, de cupos, de pago del impuesto al consumo y demás previstas en esos decretos, respecto de los bienes importados antes de la entrada en vigencia de los decretos demandados.

La Sala considera que no le asiste razón al demandante por cuanto parte de una errada interpretación de los artículos 5º y 6º, respectivamente, de los Decretos 4320 y 3038 de 2008.

Las mentadas disposiciones simplemente previeron la situación jurídica de la mercancía introducida a la zona de régimen aduanero especial antes de la entrada en vigencia de los citados decretos, y la de la mercancía introducida a esa zona después de la entrada en vigencia de tales decretos, que no cumplieran, en general, los requisitos vigentes previstos para su importación.

De manera que, la medida de aprehensión y decomiso, por el incumplimiento de las medidas previstas en los Decretos 3038 y 4320 de 2008, debe entenderse referida a las mercancías introducidas a la zona de régimen aduanero especial del 1º al 31 de enero de 2009, en virtud de las normas de derogatorias y vigencias de los mentados decretos.

Para las mercancías introducidas con anterioridad al primero de enero de 2009, se deben aplicar las medidas sancionatorias generales previstas en el Decreto 2685 de 1999 y demás normas que lo hayan modificado. Por eso, el artículo 6º del Decreto 3038 de 2008 previó que esas mercancías deberán acreditar la legal importación con la correspondiente declaración de importación y demás documentos soporte de la operación de comercio exterior.

Ahora, cuando el inciso segundo del artículo 6º del Decreto 3038 de 2008 dispuso que *"Lo señalado en el inciso anterior solo será aceptado hasta el 30 de septiembre de 2008"*, es decir, que la declaración de importación sólo sería aceptada hasta el 30 de septiembre de 2008, es menester precisar que la norma sí violaba el principio de

irretroactividad de las normas tributarias y afines, en aquellos eventos en que se probara que las declaraciones de importación databan de una fecha anterior a la entrada en vigencia del Decreto 3038 de 2008, puesto que, en tales casos era pertinente presentar como prueba de la legal importación, únicamente, la declaración simplificada de importación, y no era pertinente exigir el cumplimiento de las medidas, requisitos y demás obligaciones adoptadas en ese decreto, por ser posteriores a la importación.

En consecuencia, la Sala declarará la nulidad del inciso segundo del artículo 6° del Decreto 3038 de 2008.

4. **De las causales de violación del artículo 2° del Decreto 4320 de 2008 — modificado por el artículo 1° del Decreto 4675 de 2008— que subrogó el artículo 4° del Decreto 3038 de 2008[34], que subrogó el artículo 3° del Decreto 2270 de 2008.**

Habida cuenta de que el texto del artículo 4° del Decreto 3038 de 2008 es idéntico al artículo 2° del Decreto 4320, salvo en el parágrafo, que fue adicionado por el Decreto 4320 y modificado por el Decreto 4675 de 2008, el análisis se hará sobre el siguiente texto:

> "**Artículo 2°. Cupos para la Zona de Régimen Aduanero Especial.** La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, previo concepto del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios, y de Comercio Exterior fijará cupos para el ingreso de las bebidas alcohólicas importadas a que se refiere el presente Decreto, a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, teniendo en cuenta la población, el consumo por habitante y demás elementos que justifiquen su introducción a la zona.
>
> "**Parágrafo. Modificado por el artículo 1° del Decreto 4675 de 2008.** La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá renovar o aumentar el cupo antes del vencimiento del mismo, en la medida en que se demuestre su debida utilización, conforme a lo previsto en el presente Decreto y demás normas aduaneras. Así mismo, esta entidad establecerá los procedimientos, requisitos y controles tendientes a asegurar la debida utilización de los cupos, de conformidad con lo previsto en el presente decreto y demás normas que rigen la materia".

El artículo 2° del Decreto 4320 de 2008 estableció que la DIAN, previo concepto del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios, y de Comercio Exterior fijaría, cupos para el ingreso de las bebidas alcohólicas importadas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, teniendo en cuenta la población, el consumo por habitante y demás elementos que justifiquen su introducción a la zona.

---

[34] Artículo 4°. *Cupos para la Zona de Régimen Aduanero Especial.* La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, previo concepto del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior fijará cupos para el ingreso de las bebidas alcohólicas importadas a que se refiere el presente decreto, a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, teniendo en cuenta la población, el consumo por habitante y demás elementos que justifiquen su introducción a la zona.

Así mismo, que dicha entidad podrá señalar la cantidad del cupo que deberá destinarse para la reexportación o para el consumo dentro de la Zona, y que podrá renovar o aumentar los cupos en la medida en que se demuestre su debida utilización.

Para el demandante Juan Manuel Urueta esta disposición viola las leyes de la oferta y la demanda, y restringe la actividad económica de comercio, en franca violación del artículo 333 de la Carta Política[35] y el derecho colectivo a la libre competencia económica previsto en el literal i) de la Ley 472 de 1998. Además, adujo que la fijación de cupos viola la normativa sobre el régimen aduanero especial que prevé la posibilidad de importar licores para luego exportarlos. Que, en consecuencia, los criterios para fijar los cupos, que se basan en la población y el consumo por habitante, restringen el beneficio derivado del régimen aduanero especial, pues que los cupos indican que habrá mercancía para ser consumida en la zona, pero no para exportarla.

Los apoderados de las entidades demandadas insistieron en que los decretos demandados no son decretos de regulación económica, sino reglamentarios de ley marco que tuvieron como fin establecer controles para la prevención del contrabando.

La Sala considera que las entidades demandadas tienen la razón, por las siguientes razones:

El artículo 2º del Decreto 4320 de 2008 estableció como criterios a tener en cuenta para fijar los cupos a que alude la norma: la población y el consumo por habitante en la zona de régimen aduanero especial, pero de manera genérica también precisó que debían tenerse en cuenta los *"demás elementos que justifiquen"* la introducción del licor a la zona de régimen aduanero especial.

Vistos los antecedentes administrativos de los decretos demandados, el gobierno nacional explicó la metodología que tuvo en cuenta para fijar los cupos, así:

---

[35] Aunque el demandante citó como normas violadas los artículos 333 y 334 de la Carta Política, es el artículo 333 el que dispone que "La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación".

"Metodología de cálculo de cupos de importación de licores a la Zona de Régimen Aduanero Especial.

El decreto dispuso incorporar cupos a la importación de bebidas alcohólicas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, "teniendo en cuenta la población, consumo por habitante y demás elementos que justifiquen su introducción a la zona"

Metodología para calcular cupos

1. De acuerdo con el volumen de las importaciones ordinarias de licores de las partidas 2203, 2204, 2205, 2206 y 2208 (sin incluir la subpartida 2208901000) a municipios de la costa atlántica (Barranquilla, Santamarta y Cartagena), para segundos semestres de los últimos tres años, se obtiene la estructura estimada de consumo de bebidas alcohólicas importadas cercana al comportamiento de esa zona del país. Lo anterior permitirá proyectar el comportamiento de consumo de licores para la zona atlántica antes mencionada en el segundo semestre de 2008.
2. Con base en la información de población reportada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística y el número de familias de cada municipio, se contrasta con el valor agregado de consumo de licores para la región establecida en el numeral 1. Seguidamente se promedia el consumo en litros por familia para cada una de las partidas enunciadas en el decreo.
3. El consumo promedio por familia obtenido para la región (estructura de consumo de licores), se aplica a cada municipio de la Zona de Régimen Especial Aduanero (ZREA), siguiendo la estructura propia de importación de licores obtenida a partir de la información de ingreso de las declaraciones simplificadas a la zona especial. A dicho valor de consumo por familia se aplica un incremento adicional del 10% a la subpartida (2208) en consideración al mayor consumo por efecto del menor precio por el beneficio de su Régimen Especial.
4. El consumo por familia así obtenido se multiplica por el número de familias reportadas por el DANE para cada uno de los municipios de la ZREA.
5. Al consumo en la zona obtenido hasta el numeral 4, se agrega el número promedio total de licores importados que históricamente (para el segundo semestre) han tenido como destino la exportación a otros países; lo anterior conforme a la información obtenida a partir de las facturas establecidas en el decreto 1201 de 2007 artículo 1º.
6. El resultado final para el segundo semestre del 2008 es la sumatoria de los litros obtenidos a partir de la estructura de consumo indicada en el numeral 4 y las exportaciones con destino a otros países desde la ZREA."

Como se puede apreciar, la metodología atiende, no solo a la información por población y al consumo de licores por habitante, sino también, al promedio total de licores que fueron importados a la zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, manera formal en un periodo determinado, esto es, los licores que fueron importados mediando la declaración de importación simplificada, y que, además, fueron exportados a otros países cumpliendo los trámites de ley.

En este entendido, la Sala no aprecia que los decretos demandados violen las leyes de la oferta y la demanda, porque la metodología parte del consumo local que se venía presentando en la zona, consumo que espontáneamente atendió a las leyes de la oferta y de la demanda.

Los decretos demandados tampoco establecieron una restricción a la libre competencia y a la libertad económica, porque tales normas no impiden la práctica

del comercio legal. El hecho de que los decretos procuren impedir el comercio de licores introducidos de contrabando no constituye una restricción al comercio ni a la actividad económica. Más bien, constituye una medida idónea contra la práctica del contrabando, práctica esa sí desleal, nociva y distorsionadora de las leyes de la oferta y la demanda. Por lo tanto, los decretos demandados, en realidad, garantizan el derecho colectivo a la libre competencia de los comerciantes formales, y, por eso, las normas acusadas se ajustan a las que se invocaron como violadas, esto es, al artículo 333 de la Constitución Política y al literal i) de la Ley 472 de 1998.

En cuanto a la causal de nulidad por violación del artículo 1° de la Ley 1087 de 2006, que fija el pago del impuesto de ingreso a las mercancías que se introduzcan a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, no aprecia la Sala que el artículo 2° del Decreto 4320 de 2008 viole esa disposición, pues, como se precisó, los criterios que tuvo en cuenta el gobierno para fijar cupos de importación a la zona de régimen aduanero especial permitirá la importación del licor tanto para consumo dentro de la zona, como para la exportación. Tampoco prospera la causal de nulidad.

5. De las causales de nulidad del artículo 6° del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 5° del Decreto 3038 de 2008[36].

El control se hará sobre el texto que se transcribe a continuación dado que el artículo 5° del Decreto 3038 de 2008 fue subrogado textualmente, con modificaciones de simple redacción.

> **"Artículo 6°. Excepciones.** Las medidas establecidas en el presente Decreto no se aplicarán a las importaciones de bienes originarios de países miembros de la Comunidad Andina y de países con los cuales Colombia tenga acuerdos de libre comercio firmados.
>
> Tampoco aplicarán a las importaciones efectuadas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, bajo la modalidad de viajeros en las condiciones y cantidades señaladas en el Decreto 2685 de 1999.
>
> Lo previsto en el artículo 1° del presente Decreto, no se aplica para las bebidas alcohólicas cuyo contenido sea inferior a 75 mililitros, ni a las presentadas a granel.

[36] Artículo 5°. *Excepciones.* Las medidas establecidas en el presente decreto no se aplicarán a las importaciones de bienes originarios de países miembros de la Comunidad Andina y de países con los cuales Colombia tenga acuerdos de libre comercio suscritos.

Tampoco aplicarán a las importaciones efectuadas a la Zona de Régimen Aduanero Especial de Maicao, Uribia y Manaure, bajo la modalidad de viajeros en las condiciones y cantidades señaladas en el Decreto 2685 de 1999.

Lo previsto en el artículo 1° del presente decreto, se exceptúa para las bebidas alcohólicas cuyo contenido sea inferior a 75 mililitros, ni a las presentadas a granel.

El demandante Juan Manuel Urueta alegó que el artículo 6º del Decreto 4320 de 2008 no exceptuó a los países miembros de la OMC del cumplimiento de los requisitos y condiciones previstos en ese decreto para la importación de licores a la zona de régimen aduanero especial de Maicao, Uribia y Manaure. Que, por tanto, el decreto es nulo por violación el principio de la Nación más favorecida previsto en el artículo primero del Acuerdo del GATT de 1947[37].

La apoderada del Ministerio de Comercio, por su parte, invocó la falta de legitimidad del demandante para demandar la violación del acuerdo de la OMC, argumento que esta Sala desvirtuó y que ahora reitera, con fundamento en los mismos argumentos que se propusieron para el cargo sobre violación del acuerdo OTC.

Pero también precisó la apoderada del Ministerio de Comercio que, en virtud de la "Cláusula de Habilitación", los países miembros de la OMC pueden establecer excepciones como la que se propuso en el artículo 6º del Decreto 4320. En este aspecto, la Sala le halla la razón por cuanto, efectivamente, "En 1979, el Consejo del GATT adoptó la Decisión de las Partes Contratantes sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo ("la Cláusula de Habilitación"). La Decisión permitía a las partes contratantes otorgar un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes."[38] No prospera el cargo de nulidad.

---

[37] *GATT 1947. Artículo I: Trato general de la nación más favorecida.*

1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

[38] http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_special_differential_provisions_s.htm

Anexo 4: Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Artículo V: Trato especial y diferenciado para los países en desarrollo

Objetivos

1. En la aplicación y administración del presente Acuerdo, y de conformidad con las disposiciones enunciadas en este artículo, las Partes tendrán debidamente en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados, considerando su necesidad de:

(...)

d) fomentar su desarrollo económico mediante acuerdos regionales o generales entre países en desarrollo, presentados a la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (en adelante "OMC") y no desaprobados por ella. (...)

(...)

Trato especial para los países menos adelantados 12. Teniendo presente el párrafo 6 de la Decisión, de 28 de noviembre de 1979, de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo (IBDD 26S/221-223), se concederá un trato especial a los países menos adelantados Partes y a los proveedores en ellos establecidos, en relación con productos o servicios originarios de dichas Partes, en el contexto de cualquier medida general o específica en favor de los países en desarrollo Partes. Las Partes podrán también conceder los beneficios que se derivan del presente Acuerdo a los proveedores establecidos en países menos adelantados que no sean Partes, en relación con productos o servicios originarios de ellos.

334

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

FALLA

DENIÉGASE la nulidad, con la salvedad que se precisa a continuación, de los siguientes artículos de los decretos demandados:

- 1º del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 1º del Decreto 3038 de 2008, que subrogó el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 2270 de 2008.
- 2º del Decreto 4675 de 2008, que modificó el artículo 4º del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 2º del Decreto 3038 de 2008.
- 5º del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 3º del Decreto 3038 de 2008, que subrogó el artículo 2º del Decreto 2270 de 2008.
- 6º del Decreto 3038 de 2008, **salvo el inciso segundo que se DECLARA NULO**.
- 2º del Decreto 4320 de 2008 —modificado por el artículo 1º del Decreto 4675 de 2008— que subrogó el artículo 4º del Decreto 3038 de 2008, que subrogó el artículo 3º del Decreto 2270 de 2008.
- 6º del Decreto 4320 de 2008, que subrogó el artículo 5º del Decreto 3038 de 2008.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ
Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA