

ZONAS FRANCAS – Definición / ZONAS FRANCAS – Finalidad / ZONAS FRANCAS – Regulación / ZONAS FRANCAS – Competencias del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

[L]as zonas francas son áreas geográficas delimitadas del territorio nacional en las que se desarrollan actividades industriales, comerciales y de servicios, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Desde el punto de vista de las competencias institucionales relacionadas con dichas zonas, el mismo recuento permite observar con claridad que la mayor parte de las funciones públicas que tenía el Ministerio de Desarrollo Económico se trasladaron al Ministerio de Comercio Exterior, luego al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y más adelante, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo cuenta con cuatro (4) importantes funciones en relación con las zonas francas. i) En primer lugar, señalar la política general en esta materia, que se inscribe dentro de «las políticas relacionadas con los instrumentos que promuevan la productividad, la competitividad y el comercio exterior» (Decreto 4269 de 2005, artículo 1º), ya que tales instrumentos incluyen las zonas francas, junto con otros, como los sistemas especiales de importación-exportación, las zonas económicas especiales de exportación y las sociedades de comercialización internacional; ii) En segundo lugar, le compete presidir, por conducto del respectivo ministro, y ejercer la secretaría técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, organismo que tiene entre sus funciones las de dar concepto previo sobre la viabilidad de la declaratoria de zonas francas y aprobar los respectivos “Planes Maestros de Desarrollo General” (Decreto 4051 de 2007); iii) En tercer lugar, le corresponde dar concepto previo sobre la ampliación de las áreas de las zonas francas ya declaradas (artículo 393-9 del Estatuto Aduanero, modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007), y iv) Por último, debe velar por la conservación y el uso adecuado de los terrenos que eran de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo así como por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los respectivos arrendatarios (usuarios operadores de cada zona franca), especialmente en cuanto a la utilización de dichos inmuebles en forma exclusiva para los fines propios de las zonas francas (artículo 30, numeral 22 del Decreto 210 de 2003, adicionado por el artículo 9 del Decreto 4269 de 2005, y artículo 1 del Decreto 4048 de 2008, modificado por el artículo 1 del Decreto 1321 de 2011).

FUENTE FORMAL: LEY 105 DE 1958 – ARTÍCULO 1 / LEY 105 DE 1958 – ARTÍCULO 3 / LEY 47 DE 1981 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 1 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 2 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 4 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 10 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 29 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 30 / LEY 109 DE 1985 - ARTÍCULO 34 / LEY 7 DE 1991 - ARTÍCULO 6 / LEY 7 DE 1991 - ARTÍCULO 20 / LEY 7 DE 1991 - ARTÍCULO 30 / LEY 790 DE 2002 - ARTÍCULO 16 / LEY 1004 DE 2005 - ARTÍCULO 1 / LEY 1004 DE 2005 - ARTÍCULO 3 / LEY 1004 DE 2005 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 2131 DE 1991 - ARTÍCULO 1 // DECRETO 2131 DE 1991 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 2131 DE 1991 - ARTÍCULO 5 / DECRETO 2131 DE 1991 - ARTÍCULO 7 / DECRETO 2131 DE 1991 - ARTÍCULO 9 / DECRETO 2111 DE 1992 – ARTÍCULO 6 / DECRETO 2480 DE 1993 / DECRETO 2685 DE 1999 / DECRETO 210 DE 2003 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 210 DE 2003 – ARTÍCULO 30 / DECRETO 210 DE 2003 – ARTÍCULO 39 / DECRETO 4269 DE 2005 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 4269 DE 2005 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 4269 DE 2005 – ARTÍCULO 9 / DECRETO 4269 DE 2005 – ARTÍCULO 11 / DECRETO 4271 DE 2005 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 383 DE 2007 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 4051 DE 2007 – ARTÍCULO 29 / DECRETO 4048 DE 2008 / DECRETO 1321 DE 2011 / DECRETO 1074 DE 2015

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la evolución normativa de las zonas francas y los requisitos legales que han regido su funcionamiento ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2241 del 12 de junio de 2015, radicado 11001-03-06-2014-00140-00, C.P. Álvaro Namén Vargas (E) y concepto 2385 del 23 de abril de 2019, radicado 11001-03-06-2018-00117-00, C.P. Oscar Darío Amaya Navas.

ZONAS FRANCAS / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO - Naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con los usuarios operadores de las zonas de francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

[E]l contrato celebrado por el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, corresponde a un contrato de arrendamiento. Con todo, teniendo en cuenta sus particularidades y estrecha relación con la zona franca, dicho negocio jurídico no corresponde a un contrato de arrendamiento ordinario o tradicional. En efecto, (...) se observan algunos aspectos que evidencian el carácter particular o especial del negocio jurídico celebrado por las partes: i) El objeto del contrato no se limita a conceder el uso y goce de un grupo de bienes, sino también a regular y asegurar el funcionamiento de la zona franca. (...) ii) El «contrato de arrendamiento» utiliza el término «usuario operador», no el de «arrendatario», para identificar a quien tiene el uso y goce de los bienes. iii) Hacen parte del contrato de arrendamiento documentos y actos administrativos relacionados con la zona franca. iv) Igualmente, los contratos establecen como obligación de las partes la revisión de las inversiones realizadas con miras a determinar los saldos de recuperación de la inversión que para aquel momento puedan llegar a existir.

ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA - Diferencias entre las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca con el Decreto 2147 de 2016

[D]e la revisión de los Decretos 2480 de 1993 y 2147 de 2016, encuentra la Sala que, en términos generales, mientras el primero regula las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, el segundo se refiere, principalmente, a las zonas francas que operan con bienes de propiedad de particulares. (...) [A]l compararse el Decreto 2480 de 1993 con lo incorporado en las normas del Decreto 2147 de 2016, respecto a la declaratoria de existencia de una zona franca, es posible identificar diferencias relativas a: i) la iniciativa para la declaratoria de la zona franca; ii) la selección del usuario operador, y iii) la celebración de un contrato de arrendamiento por parte del usuario operador seleccionado con la Administración. (...) [B]ajo el Decreto 2147 de 2016, la iniciativa para la declaratoria de existencia de una zona franca radica en la persona interesada en ser el usuario operador, usuario industrial o administrador de la zona. Lo anterior, difiere sustancialmente de lo acontecido con las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, las cuales fueron constituidas por iniciativa de la propia Administración. (...) En lo que respecta a la selección del usuario operador de la zona franca, el Decreto 2147 de 2016 no establece la realización de una convocatoria pública para el efecto. Esta postura es completamente opuesta a la adoptada por el Decreto 2480 de 1993 (...). De esta suerte, mientras las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca nacieron por iniciativa del Ejecutivo, luego de surtirse un proceso de convocatoria pública, las zonas francas que se declaran bajo el Decreto 2147 de 2016 son fruto

de la solicitud de un potencial inversionista y no requieren la mencionada convocatoria. Asimismo, por expreso mandato del Decreto 2480 de 1993, los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, una vez fueron seleccionados, debieron celebrar un contrato de arrendamiento con el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. En el caso de la declaratoria de existencia de las zonas francas sometidas al Decreto 2147 de 2016, no se requiere la celebración de un contrato de arrendamiento con el Ministerio, pues estas operan en bienes pertenecientes a particulares, ya sean de propiedad del inversionista o de un tercero. (...) [A] pesar de las diferencias anteriores, por expreso mandato legal del Decreto 2147 de 2016, tanto la prórroga de las zonas francas que operan en bienes de la Nación, como de aquellas que operan en bienes de propiedad de particulares, quedaron sometidas a lo consagrado en el Decreto 2147 de 2016.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 3 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 5 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 12 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 25 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 26 / DECRETO 1054 DE 2019 – ARTÍCULO 86-7 / DECRETO 278 DE 2021

ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA – La prórroga de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca en los términos del Decreto 1054 de 2019 contraviene los principios de igualdad y transparencia

Conforme se ha expuesto, el Decreto 1054 de 2019 fue expedido con el propósito de reglamentar los requisitos y procedimientos que deben realizarse en el trámite de ampliación del término fijado para el funcionamiento de las zonas francas. Si bien el Decreto tiene por objeto reglamentar, de manera general, el procedimiento de prórroga de las zonas francas del país, la Sala observa que este regula dicha prórroga en cabeza de quienes ostentan la calidad de actuales usuarios operadores. Desde este punto de vista, para el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la norma solo permitiría la prórroga de dichas zonas francas y por ende, la prórroga del contrato de arrendamiento con los actuales usuarios operadores. Tal situación implicaría excluir a aquellos terceros que pueden estar interesados en presentar ofertas para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, y celebrar el correspondiente contrato de arrendamiento sobre los inmuebles en que estas operan. Como puede observarse, una interpretación literal y descontextualizada de la norma, llevaría a concluir que, en el caso específico de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la prórroga de la zona franca, y por ende, la del respectivo contrato de arrendamiento, solo podría efectuarse con sus actuales usuarios operadores. Con todo, esta interpretación no sería acorde con los principios de igualdad y transparencia, y afectaría la libre concurrencia de las personas que quieren participar en la administración de las citadas zonas francas y suscribir el correspondiente contrato de arrendamiento. Tampoco sería acorde con dichos principios, una interpretación del Decreto 1054 de 2019 en el sentido de que la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, conlleva a su vez la prórroga de los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de dichas zonas.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 40 PARÁGRAFO / LEY 1150 DE 2007 – ARTÍCULO 5 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 88 / DECRETO 2480

DE 1993 – ARTÍCULO 5 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 6 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 86-2 / DECRETO 1054 DE 2019 – ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el principio de selección objetiva ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2016. Número único de radicación 76001-23-31-000-2005-02371, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA / CONTRATACIÓN DIRECTA – No es aplicable para las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

Para la Sala, si bien resulta cierto afirmar que el arrendamiento de bienes inmuebles es uno de aquellos casos en los que las normas de contratación estatal han dispuesto que puede acudir a la modalidad de contratación directa, con sujeción a lo previsto en el Decreto 1510 de 2013, en el caso concreto de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca no resulta aplicable dicha disposición habida cuenta que los referidos contratos encuentran su causa o razón de ser en la explotación de las zonas francas aludidas y se convierten en contratos de arrendamiento especiales y no comunes en tanto, como se ha expresado en este concepto, el objeto del contrato no se limita exclusivamente a conceder el uso y goce de unos inmuebles, sino también a regular y a asegurar el funcionamiento de la zona franca. (...) [E]l razonamiento según el cual la prórroga de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y su consecuente explotación, no puede surtir de manera independiente de los contratos de arrendamiento de los bienes públicos donde operan, aunque se trate de figuras jurídicas distintas, resulta plenamente aplicable, en razón: i) al estrecho vínculo que existe entre la operación de la zona franca y el contrato de arrendamiento de los inmuebles y ii) las características especiales de este último, dentro de las que se destacan, la imposición al arrendatario-usuario operador de obligaciones dirigidas a la promoción, dirección, administración y operación de la zona franca. (...) En suma, para el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca debe hacerse entonces una convocatoria pública que tenga por fin la selección de los usuarios operadores de las zonas francas, con quienes, una vez seleccionados, se celebrarán los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles donde operan.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / DECRETO 1510 DE 2013 / DECRETO 1082 DE 2015 – ARTÍCULO 2.2.1.2.1.4.11

ZONAS FRANCAS / ZONAS FRANCAS DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA / DISPONIBILIDAD JURÍDICA - No puede exigirse como requisito para solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca

En el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la finalidad perseguida con el requisito de disponibilidad jurídica pierde su justificación, pues en este caso, al tratarse de bienes de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que es la misma entidad que decide la declaratoria y prórroga de existencia de la zona franca, hay la certeza de que los bienes existen y serán destinados a la operación de la zona. Asimismo, encuentra la Sala que el cumplimiento del requisito de disponibilidad jurídica para el caso de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca es de imposible cumplimiento, habida cuenta que el Estado no puede garantizar a una persona la disponibilidad jurídica de

estos terrenos, a menos que esta última haya sido seleccionada como usuario operador de la zona franca para el período de vigencia de la prórroga de la zona. En otras palabras, solamente es posible celebrar el contrato de arrendamiento sobre los bienes donde operará la zona franca, una vez ha sido seleccionado el usuario operador que administrará la zona durante el referido término.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 12 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 26 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 86-7 PARÁGRAFO

ZONAS FRANCA / ZONAS FRANCA DE BARRANQUILLA, CARTAGENA Y PALMASECA / No les resulta aplicable el reglamento de Central de Inversiones CISA

[C]omo ha sostenido la Sala, además de la estrecha vinculación existente entre las condiciones de usuario-operador de cada una de dichas zonas francas y la calidad de arrendatario de los bienes requeridos para su funcionamiento; además, la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (antes Ministerio de Comercio Exterior) tiene, conforme al Decreto 4269 de 2005, la función de supervisión del cumplimiento de los contratos de arrendamiento y con el control al uso adecuado de los inmuebles para el fin al cual están destinados, es decir, al funcionamiento de las correspondientes zonas francas, lo que excluya la posibilidad de que estos contratos de arrendamiento se regulen a través de la aplicación del reglamento de Central de Inversiones CISA. S.A.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 / LEY 1004 DE 2005 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 2111 DE 1992 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 7 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 8 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 10 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 12 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / DECRETO 2480 DE 1993 – ARTÍCULO 14 / DECRETO 2685 DE 1999 / DECRETO 4269 DE 2005 – ARTÍCULO 9 / DECRETO 4271 DE 2005.

DECRETO 918 DE 2001 / VIGENCIA – Pérdida de vigencia a partir de la promulgación del Decreto 2147 de 2016

Respecto al problema objeto de estudio, esto es, si el Decreto 918 de 2001 fue derogado por el Decreto 2147 de 2016, la Sala se pronunció brevemente en el concepto número 2385 del 23 de abril de 2019. En dicha oportunidad, la respuesta al interrogante fue afirmativa, conclusión que se reafirma con fundamento en las siguientes razones: i) El Decreto 2147 de 2016 reguló de manera «integral» lo relativo a las zonas francas. Así se evidencia de lo establecido en el artículo 140, disposición que establece que «[e]ste Decreto regula íntegramente las materias previstas en él [...]». ii) Como consecuencia de lo anterior, la misma norma señala que «quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria sobre zonas francas». iii) El Decreto 918 de 2001 es una norma reglamentaria relativa a las zonas francas, tal como se evidencia de su epígrafe, el cual dispone: «por el cual se modifica parcialmente el régimen de Zonas Francas Industriales de Bienes y Servicios y se dictan otras disposiciones». iv) La Corte Constitucional ha señalado que el Decreto 2147 de 2016 constituye el régimen vigente en materia de zonas francas (...) [L]a expresión utilizada en esta norma, según la cual «quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria sobre zonas francas», genera un efecto de ruptura, de discontinuidad jurídica, en la normativa reglamentaria dedicada a las zonas francas. Con arreglo a este planteamiento, cabría colegir que el Decreto 918 de 2001 forma parte del régimen

anterior, el cual habría perdido vigencia con la promulgación del Decreto 2147 de 2016.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 189 NUMERAL 25 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 150 NUMERAL 19 / LEY 153 DE 1887 – ARTÍCULO 3 / LEY 7 DE 1991 – ARTÍCULO 6 / LEY 4 DE 2005 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 918 DE 2001 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 140

NOTAS DE RELATORÍA: Sobre la técnica de legislación marco ver: Corte Constitucional, sentencia C-723 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Sobre el concepto de derogación ver: Corte Constitucional, sentencia C-901 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre el proceso de solución de antinomias ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de unificación del 13 de febrero de 2014, radicado 11001-03-26-000-2013-00127-00, C.P. Enrique Gil Botero. Sobre los efectos de la derogatoria normativa ver: Corte Constitucional, sentencia C-811 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo. Sobre la derogación orgánica ver: Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de marzo de 1984. Sobre la vigencia del Decreto 918 de 2001 ver: Corte Constitucional, sentencia C-304 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2385 del 23 de abril de 2019, radicado 11001-03-06-2018-00117-00, C.P. Oscar Darío Amaya Navas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

Bogotá D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00151-00(2448)

Actor: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Referencia: Zonas francas. Contratos de arrendamiento

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo presentó una consulta, mediante la cual pretende determinar la viabilidad jurídica de la prórroga de tres contratos de arrendamiento, en los que el Ministerio funge como arrendador, sobre bienes inmuebles en los que se ha declarado la existencia de sendas zonas francas. De igual manera, en el evento en que dicha alternativa no esté autorizada por el ordenamiento, el Ministerio indaga sobre la posibilidad de que un contrato interadministrativo firmado para la comercialización de dichos bienes pueda ser utilizado para seleccionar un arrendatario, una vez finiquite el término del contrato actualmente vigente.

I. ANTECEDENTES

Con el propósito de exponer el contexto fáctico y jurídico en el que se enmarcan los tres contratos de arrendamiento a los que se refiere la consulta, el Ministerio realizó un recuento en el que hizo alusión a los siguientes textos normativos:

1. La Ley 7 de 1991 «otorgó al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar la existencia y funcionamiento de las zonas francas industriales, comerciales y de servicios». De igual manera, según la presentación hecha en la consulta, la ley concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias para trasladar al entonces recién creado Ministerio de Desarrollo Económico los asuntos relacionados con las zonas francas, cuestión de la que se ocupaba el Ministerio de Comercio Exterior. Dicha autorización también permitiría al Presidente «determinar la naturaleza jurídica, objeto, órganos de dirección y regulación de aquellas Industriales, Comerciales y de Servicios existentes».
2. El Decreto 2131 de 1991 dispuso que la declaración de las zonas francas, como *áreas geográficas* dispuestas para «promover y desarrollar el proceso de industrialización de bienes y de prestación de servicios, destinados a mercados externos y de manera subsidiaria al mercado nacional sometidas a un régimen aduanero y tributario especial», debía ser realizada por el Ministerio de Comercio Exterior, previo concepto de la DIAN.
3. El Decreto 2480 de 1993 permitió la declaración de zonas francas sobre bienes que fueran propiedad de aquellos establecimientos públicos que hubieren sido suprimidos y se encontraran en proceso de liquidación, en los términos del Decreto 2111 de 1992.
4. En ejercicio de la facultad otorgada por el Decreto 2480 de 1993, el Ministerio de Comercio Exterior aprobó tres resoluciones, en las que se dispuso la declaración de sendas *áreas geográficas* como zonas francas: la Resolución 835 de 1994 llevó a cabo la aludida declaración sobre una zona ubicada en Palmaseca; la Resolución 978 de 1994, sobre una zona de Barranquilla; y la Resolución 977 de 1994, sobre una zona localizada en Cartagena.
5. Luego de la realización de procedimientos de licitación, el Ministerio de Comercio Exterior suscribió los correspondientes contratos de arrendamiento con los usuarios que fueron finalmente seleccionados. Cada uno de estos contratos fue objeto de renovaciones, las cuales se formalizaron mediante la firma de sucesivos otosíes. Los tres contratos tienen en común la fecha de finalización, la cual ha sido determinada para el 30 de junio de 2024.
6. El 28 de diciembre de 2017, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo celebró un contrato interadministrativo con la sociedad Central de Inversiones S.A., CISA. El objeto del contrato fue determinado en la cláusula segunda, según se transcribe a continuación:

Comercializar los activos de propiedad de EL MINISTERIO donde operan las Zonas Francas Públicas relacionados con el Anexo 1, cuyos predios se encuentran identificados con los folios de matrícula inmobiliaria 040-329656 (Barranquilla), 060-176309 Lote 1 Mamonal, 060-4670 Lote 2 Manga 060-62565 Lote 3 Manga (Cartagena), 080-87192 Bodega 4G (Santa Marta) y 378-42834, 378-42836, 378-42839 y 378-42840 (Palmaseca).

En el momento en que se presenta la consulta, el contrato interadministrativo se encuentra en la fase I, lo que implica que la sociedad está realizando el análisis jurídico, técnico y financiero de cada una de las zonas anteriormente referidas. Este análisis habrá de ser utilizado, luego, para que la sociedad proceda a «recomendar al Ministerio la mejor opción respecto de la destinación, uso y disposición de los inmuebles en las que estas operan».

7. El 21 de mayo de 2018, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo solicitó a esta Sala que emitiera concepto sobre la posibilidad de modificar el contrato de arrendamiento celebrado con el usuario operador de la zona de Palmaseca. La Sala de Consulta absolvió los interrogantes planteados en dicha oportunidad en el Concepto 2385, aprobado el 23 de abril de 2019.
8. Haciendo uso de su facultad reglamentaria, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1054 de 2019, acto administrativo que fue expedido el 12 de junio de 2019. El decreto reglamenta la prórroga del término de declaratoria de la existencia de las zonas francas.
9. Con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 1054 de 2019, los usuarios operadores de los contratos de arrendamiento de las zonas de Palmaseca, Barranquilla y Cartagena solicitaron la prórroga de los contratos de arrendamiento.

Con base en los hechos y fundamentos jurídicos referidos, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo formuló a la Sala de Consulta las siguientes preguntas:

1. *¿Con la expedición del Decreto 1054 de 2019 se podrían extender los contratos de arrendamiento actualmente suscritos sobre los inmuebles de propiedad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que se ejecutarán hasta el año 2024, por treinta (30) años más?*
2. *También con arreglo al mismo Decreto 1054 de 2019, ¿tienen los actuales arrendatarios de los inmuebles de propiedad del Ministerio derecho a solicitar la prórroga sobre el contrato de arrendamiento para acreditar el requisito de disponibilidad jurídica previsto en el artículo 86-7 y con esto obtener la extensión del término de declaratoria de zona franca?*
3. *Entonces, ¿bastaría con presentar la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento para cumplir con el requisito de disponibilidad de los inmuebles de propiedad de la Nación?*
4. *¿Con arreglo al artículo 140 del Decreto 2147 de 2016, el Decreto 918 de 2001 debe entenderse derogado integralmente?*
5. *En caso de resultar negativa la respuesta a la consulta anteriormente formulada, ¿podría el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dar aplicación a los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 918 de 2001? ¿Estos estarían en concordancia con lo establecido en capítulo XII del Decreto 2147 de 2016 adicionado por el 1054 de 2019 y entonces sería este el fundamento para estudiar una eventual prórroga?*

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

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

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

II. CONSIDERACIONES

Problemas jurídicos

Para dar respuesta a estos interrogantes la Sala analizará las siguientes materias: i) la evolución normativa del régimen de las zonas francas; ii) análisis de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca; iii) el régimen general de las zonas francas y su aplicación a las zonas francas que operan sobre bienes privados; iv) diferencias entre las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y el Decreto 2147 de 2016, respecto a la declaratoria de las zonas francas; y v) el caso concreto.

1. La evolución normativa del régimen de zonas francas

La Sala, en anteriores oportunidades, se ha referido a la evolución normativa de las zonas francas y los requisitos legales que han regido su funcionamiento en el ordenamiento jurídico.

Así, mediante los conceptos núm. 2241 de 12 de junio 2015 y 2385 de 23 de abril de 2019, la Sala efectuó el siguiente recuento normativo de las zonas francas.

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

Adicionalmente, el artículo 3º de la citada ley declaró como de utilidad pública los terrenos o áreas indispensables para el establecimiento de zonas francas industriales y comerciales, y asignó al Gobierno la competencia para señalar los sitios en donde deberían constituirse nuevas zonas francas.

Con fundamento en dicha ley se crearon en la década de 1970 las zonas francas industriales y comerciales de Cartagena¹, Santa Marta², Palmaseca³,

¹ Creada mediante el Decreto 2077 de 1973.

² Establecida por medio del Decreto 1144 de 1974.

³ Constituida mediante el Decreto 1095 de 1970.

Buenaventura⁴, Cúcuta⁵, Rionegro y Urabá⁶, como establecimientos públicos del orden nacional adscritos al Ministerio de Desarrollo Económico.

Mediante la Ley 47 de 1981, se expidió un «estatuto orgánico de las zonas francas industriales y comerciales», se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República en esta materia y se dictaron otras disposiciones.

Esta ley fue derogada y sustituida por la Ley 109 de 1985⁷, cuyo artículo 1º ratificó la naturaleza jurídica de las zonas francas industriales y comerciales como establecimientos públicos del orden nacional, adscritos al Ministerio de Desarrollo Económico. Así mismo, el artículo 2º *ibidem* determinó que el objeto de las mismas consistía en «promover el comercio exterior, generar empleo, divisas y servir de polos de desarrollo industrial de las regiones donde se establezcan».

El artículo 4º de la misma ley señaló que podrían existir tres (3) clases de zonas francas permanentes, a saber: las industriales, las comerciales y aquellas que combinaran los dos tipos de actividades. Además, el artículo 34 *ejusdem* previó la posibilidad de constituir zonas francas transitorias en aquellos lugares en donde se realizaran ferias, exposiciones, congresos y seminarios de carácter internacional, previa autorización del Gobierno Nacional mediante decreto.

El artículo 10 de esta ley preceptuó que las zonas francas funcionarían dentro de áreas delimitadas, en las cuales se aplicaría una normatividad especial en materia aduanera, cambiaria y de comercio exterior, de conformidad con lo dispuesto por las leyes marco que expidiera en esa materia el Congreso de la República y los decretos que dictara el Gobierno.

Mediante los artículos 29 y 30 *ibidem* se reiteró la declaratoria de utilidad pública e interés social de los terrenos necesarios para el establecimiento de zonas francas, y se autorizó a la Nación y a otras entidades públicas para transferir o dar en usufructo bienes inmuebles de su propiedad para la constitución de nuevas zonas francas o la ampliación de las existentes.

Finalmente, esta ley derogó la Ley 105 de 1958, con excepción de su artículo 1º, y la Ley 47 de 1981.

Posteriormente, el Congreso de la República promulgó la Ley 7ª de 1991⁸, más conocida como «Ley Marco de Comercio Exterior», en virtud de la cual se creó el Ministerio de Comercio Exterior, Bancoldex y otras instituciones en este campo.

El artículo 6º *ibidem* fijó criterios generales a los cuales debía sujetarse el Gobierno Nacional para regular las zonas francas industriales y comerciales. El párrafo de dicha norma dispuso que las zonas francas ya creadas o que se constituyeran en el futuro como establecimientos públicos pudieran transformarse en sociedades de economía mixta o ser adquiridas total o parcialmente por

⁴ Instituida por virtud del Decreto 1095 de 1970.

⁵ Creada por el Decreto 584 de 1972.

⁶ La Ley 16 de 1986 creó la Zona Franca Industrial y Comercial de Urabá y autorizó al Gobierno Nacional para que, previos los estudios que fueran necesarios, constituyera una zona franca en el Municipio de Rionegro, Antioquia, o en la región del Nordeste Antioqueño.

⁷ Por la cual se establece el estatuto de las zonas francas.

⁸ Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones.

sociedades comerciales privadas. La misma disposición aclaró que en este último evento, las zonas francas seguirían disfrutando del mismo régimen legal que estuviera vigente en ese momento, en materia tributaria, cambiaria, aduanera, de comercio exterior y de inversión de capitales.

Mediante el artículo 20 de la Ley 7^a, se otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno para los siguientes fines, entre otros:

Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de 12 meses contados a partir de la sanción de la presente Ley, proceda a:

[...]

c) Trasladar al nuevo Ministerio todas las funciones asignadas al Ministerio de Desarrollo Económico en materia de comercio exterior, zonas francas y comercio internacional;

[...]

h) Determinar la naturaleza jurídica, objeto, órganos de dirección y regulación de las zonas francas industriales, comerciales y de servicios existentes, de tal manera que puedan ser transformados [sic] en sociedades de economía mixta del orden nacional, garantizando la continuidad del régimen impositivo vigente y con un régimen similar al de los usuarios industriales en materia aduanera, cambiaria, de comercio exterior y de inversión de capitales. Para tales efectos podrá autorizarse a las entidades públicas para efectuar aportes de capital en las nuevas sociedades junto con personas naturales o jurídicas de derecho privado, siempre y cuando las funciones de aquéllas guarden relación con el objeto social de las zonas francas, industriales, comerciales y de servicios;

i) Dictar disposiciones que le permitan enajenar a sociedades comerciales las zonas francas;

[...]

n) Modificar la denominación, composición y funciones del Consejo Nacional de Zonas Francas, de tal forma que asesore al Gobierno Nacional en la formulación de la política de zonas francas de conformidad con... la presente Ley;

[...]

El artículo 30 de esta ley derogó expresamente la Ley 105 de 1958⁹ y, «*en lo pertinente*», la Ley 109 de 1985.

En ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 7^a, el Gobierno Nacional dictó el Decreto 2131 de 1991¹⁰, cuyo artículo 1º definió las zonas francas industriales de bienes y servicios como *un «área geográfica delimitada del territorio nacional»* cuyo objeto primordial es el de promover y desarrollar el proceso de industrialización de bienes y de prestación de servicios destinados a mercados externos y, en forma subsidiaria, al mercado nacional. El mismo precepto dispuso que el área geográfica respectiva debiera ser declarada y aprobada por el Ministerio de Comercio Exterior, previo concepto de la Dirección

⁹ Aunque esta ley, en realidad, ya había sido derogada por la Ley 109 de 1985, con excepción de su artículo 1º.

¹⁰ Por el cual se dictan normas sobre la estructura y funcionamiento de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios.

de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) sobre los efectos fiscales del proyecto.

En los artículos 4º y 5º *ibidem* se consagró la existencia de **tres (3) clases de zonas francas permanentes**: las zonas francas industriales de bienes y de servicios, las zonas francas industriales de servicios turísticos y las zonas francas industriales de servicios tecnológicos.

Por su parte, el artículo 7º del mismo decreto estableció que en dichas zonas podría haber tres (3) clases de usuarios: el usuario operador, el usuario desarrollador y los usuarios industriales de bienes y/o de servicios. El artículo 9º aclaró que el usuario operador podía ser una entidad pública, privada o mixta.

Más adelante, en ejercicio de las facultades concedidas al Gobierno por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política¹¹, se expidió el Decreto 2111 de 1992, mediante cual se ordenó la supresión y la liquidación de los establecimientos públicos constituidos para operar las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Santa Marta, Cartagena, Buenaventura, Palmaseca, Cúcuta, Rionegro y Urabá.

El artículo 6º, segundo inciso de este decreto dispuso que *«concluida la liquidación de los establecimientos públicos en liquidación, los bienes y obligaciones remanentes, pasarán a la Nación - Ministerio de Comercio Exterior»*.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2480 de 1993, mediante el cual se estableció un régimen de zona franca industrial y comercial de bienes y servicios para las zonas francas industriales y comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta.

Mediante la Ley 790 de 2002¹² se ordenó la fusión de los Ministerios de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior, para conformar el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, cuyos objetivos y funciones serían los de los dos ministerios fusionados. En el artículo 16 se otorgaron facultades extraordinarias al Presidente de la República para realizar, entre otros fines, los siguientes: «Determinar los objetivos y la estructura orgánica de los ministerios» (literal b); «reasignar funciones y competencias orgánicas entre las entidades y organismos de la administración pública nacional» (literal c), y «señalar, modificar y determinar los objetivos y la estructura orgánica de las entidades u organismos resultantes de las fusiones o escisiones...» (Literal e).

Con fundamento en esta ley, el Gobierno expidió el Decreto 210 de 2003, por medio del cual se determinó la estructura, los objetivos y las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. A este respecto se dispuso que los objetivos de dicha entidad serían los de formular, adoptar, dirigir y coordinar las políticas generales en materia de desarrollo económico y social del país,

¹¹ Artículo Transitorio 20. El Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

¹² Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República.

relacionadas con la competitividad, integración y desarrollo de los sectores productivos de la industria, la micro, pequeña y mediana empresa, el comercio exterior de bienes, servicios y tecnología, la promoción de la inversión extranjera, el comercio interno y el turismo; así como ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos de comercio exterior.

Dentro de las funciones generales del nuevo ministerio, el artículo 2º del citado decreto incluyó las de fijar la política del Gobierno en materia de zonas francas (numeral 11) y llevar el registro de sus usuarios (numeral 25). Así mismo, el artículo 20 consagró, como funciones específicas de la Subdirección de Instrumentos de Promoción de Exportaciones, las de evaluar y aprobar solicitudes de registro de los usuarios de las zonas francas (numeral 9); efectuar el seguimiento y control de las zonas francas en lo relacionado con el acatamiento del «régimen franco», con el uso de los terrenos de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y con el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los usuarios de las mismas (numeral 10), y evaluar las solicitudes de declaratoria de las zonas francas, así como de modificación a las condiciones de los contratos celebrados con los respectivos usuarios operadores y a los planes de inversión y desarrollo de tales zonas (numeral 11).

El artículo 39 *ibidem* estableció que los contratos celebrados por los dos ministerios fusionados se entenderían cedidos al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con las funciones que competen al nuevo ministerio. Recuerda la Sala que entre dichos contratos estaban incluidos los de arrendamiento que había suscrito el extinto Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas que existían en ese momento.

El Decreto 4269 de 2005 modificó la estructura y las funciones del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El artículo 1º reformó los numerales 11 y 25 del artículo 2º del Decreto 210 de 2003. El primero, en el sentido de eliminar como función de dicho ministerio la de formular, en forma específica, la política de las zonas francas, para reemplazarla por una función más general de «*formular dentro del marco de sus competencias las políticas relacionadas con los instrumentos que promuevan la productividad, la competitividad y el comercio exterior*», dentro de los cuales, a juicio de la Sala, se encuentran las zonas francas. Y el numeral 25, en el sentido de suprimir el registro de los usuarios de las zonas francas como función del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Por otro lado, el artículo 2º modificó la estructura de la Dirección de Comercio Exterior, suprimiendo la Subdirección de Instrumentos de Promoción de Exportaciones, con sus respectivas funciones. Para ratificar lo anterior, el artículo 12 *ibidem* derogó expresamente el artículo 20 del Decreto 210 de 2003, que contenía tales funciones.

Y, finalmente, el artículo 11 del Decreto 4269 ordenó el traspaso a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) de los procedimientos administrativos, recursos contra actos administrativos y procesos judiciales que llevaba a cabo el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, o en los que era parte, en relación con las zonas francas.

A su vez, el Decreto 4271 de 2005 modificó la estructura y las funciones de la DIAN, y le asignó a dicha entidad las de autorización, declaración, supervisión, control, fiscalización y cobro coactivo relacionadas con las zonas francas. El artículo 1º de dicho decreto reformó el artículo 5º del Decreto 1071 de 1999, que consagra las funciones generales de la Dirección de Impuestos y Aduanas

Nacionales, entre las cuales se encuentra la «*dirección y administración de la gestión aduanera*», que de acuerdo con la nueva norma comprende «el servicio y apoyo a las operaciones de comercio exterior [...] así como la administración y control de los Sistemas Especiales de Importación-Exportación, Zonas Francas, Zonas Económicas Especiales de Exportación y las Sociedades de Comercialización Internacional, de conformidad con la política que formule el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la materia, para estos últimos, con excepción de los contratos relacionados con las Zonas Francas». (Se resalta).

Aunque el Decreto 4271 de 2005 fue derogado expresamente por el Decreto 4048 de 2008¹³, tanto las funciones de la DIAN en relación con las zonas francas como la norma que se acaba de transcribir fueron reiteradas por este decreto¹⁴.

En el mismo año 2005, el Congreso de la República expidió la Ley 1004¹⁵, que redefinió las zonas francas de la siguiente forma:

Artículo 1º. La Zona Franca es el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Las mercancías ingresadas en estas zonas se consideran fuera del territorio aduanero nacional para efectos de los impuestos a las importaciones y a las exportaciones.

El artículo 3º *ibidem* dispone que las zonas francas pueden tener las siguientes clases de usuarios: usuarios operadores, usuarios industriales de bienes, usuarios industriales de servicios y usuarios comerciales, y establece que el usuario operador es «la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como calificar a sus usuarios».

El artículo 4º de la misma ley fija unas pautas generales para que el Gobierno Nacional reglamente esta materia, y el artículo 13 deroga, entre otras normas, la Ley 109 de 1985 y el artículo 6º de la Ley 7 de 1991, citados con anterioridad.

La señalada ley definió las zonas francas y determinó sus objetivos¹⁶. Igualmente, dejó en cabeza del Gobierno Nacional lo referente a su autorización y funcionamiento. En desarrollo de este mandato se expidieron inicialmente los Decretos 383¹⁷ y 4051 de 2007¹⁸.

Con fundamento en este nuevo marco legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4051 de 2007, mediante el cual se modifica parcialmente el Estatuto Aduanero, contenido en el Decreto 2685 de 1999.

¹³ Por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

¹⁴ Ver el artículo 1º, inciso 6º del Decreto 4048 de 2008.

¹⁵ Por la cual se modifican (sic) un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ La Zona Franca tiene como finalidad: 1. Ser instrumento para la creación de empleo y para la captación de nuevas inversiones de capital. 2. Ser un polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezca. 3. Desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo los conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia, y buenas prácticas empresariales. 4. Promover la generación de economías de escala. 5. Simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios, para facilitar su venta. Ley 1004 de 2005, artículo 2º.

¹⁷ Por el cual se modifica el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

¹⁸ Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2685 de 1999 y se dictan otras disposiciones.

En punto a las zonas francas, este decreto las clasifica en: i) zonas francas permanentes; ii) zonas francas permanentes especiales, que son aquellas que cuentan con un solo usuario industrial, y iii) zonas francas transitorias.

Con respecto a la declaratoria de las zonas francas permanentes, el decreto citado confirma que esta función corresponde a la DIAN, pero aclara que dicha declaratoria se hará previo concepto favorable sobre la viabilidad de la zona franca por parte de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, de la cual forman parte, entre otros funcionarios, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo, quien la preside, y el Director General de la DIAN. Dicha Comisión tiene a su cargo, igualmente, aprobar el «Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca», documento que debe contener el plan de inversiones para la generación, construcción y transformación de la infraestructura física de la zona, la generación de empleo y la mejora en la competitividad y en la producción de bienes y servicios (Decreto 1074 de 2015¹⁹, artículo 1.1.3.14.).

Asimismo, el artículo 393-9 del Estatuto Aduanero, modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007, establece que la ampliación del área de una zona franca requiere aprobación de la DIAN, previo concepto del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, del Departamento Nacional de Planeación y de la entidad que sea competente para regular, controlar o vigilar la actividad que pretenda desarrollarse.

Por otra parte, el artículo 29 del Decreto 4051 de 2007 modificó el artículo 6º del Decreto 383 de 2007, con el fin de prever la participación de la DIAN en los nuevos procesos de contratación que realice el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo para entregar en arriendo bienes de la Nación en los que operen zonas francas, así:

Artículo 29. Modifícase el artículo 6º del Decreto 383 de 2007, el cual quedará así:

Artículo 6º. Reemplazo del arrendatario. Para la aceptación de una oferta y la suscripción de un nuevo contrato de arrendamiento de terrenos de la Nación declarados como Zona Franca por parte del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se requerirá cumplir el proceso licitatorio correspondiente en el cual deberá intervenir la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a partir de la elaboración de los Pliegos en la parte pertinente a los requisitos exigidos para la autorización del Usuario Operador, y en la parte de selección respecto de estos mismos requisitos.

El recuento normativo anterior permite concluir que las zonas francas son áreas geográficas delimitadas del territorio nacional en las que se desarrollan actividades industriales, comerciales y de servicios, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior.

Desde el punto de vista de las competencias institucionales relacionadas con dichas zonas, el mismo recuento permite observar con claridad que la mayor parte de las funciones públicas que tenía el Ministerio de Desarrollo Económico se trasladaron al Ministerio de Comercio Exterior, luego al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y más adelante, a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo cuenta con cuatro (4) importantes funciones en relación con las zonas francas.

¹⁹ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo.

i) En primer lugar, señalar la política general en esta materia, que se inscribe dentro de «las políticas relacionadas con los instrumentos que promuevan la productividad, la competitividad y el comercio exterior» (Decreto 4269 de 2005, artículo 1º), ya que tales instrumentos incluyen las zonas francas, junto con otros, como los sistemas especiales de importación-exportación, las zonas económicas especiales de exportación y las sociedades de comercialización internacional;

ii) En segundo lugar, le compete presidir, por conducto del respectivo ministro, y ejercer la secretaría técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, organismo que tiene entre sus funciones las de dar concepto previo sobre la viabilidad de la declaratoria de zonas francas y aprobar los respectivos “Planes Maestros de Desarrollo General” (Decreto 4051 de 2007);

iii) En tercer lugar, le corresponde dar concepto previo sobre la ampliación de las áreas de las zonas francas ya declaradas (artículo 393-9 del Estatuto Aduanero, modificado por el artículo 1º del Decreto 383 de 2007), y

iv) Por último, debe velar por la conservación y el uso adecuado de los terrenos que eran de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo así como por el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los respectivos arrendatarios (usuarios operadores de cada zona franca), especialmente en cuanto a la utilización de dichos inmuebles en forma exclusiva para los fines propios de las zonas francas (artículo 30, numeral 22 del Decreto 210 de 2003, adicionado por el artículo 9 del Decreto 4269 de 2005, y artículo 1 del Decreto 4048 de 2008, modificado por el artículo 1 del Decreto 1321 de 2011).

1.1. El Decreto 2147 de 2016

Ahora bien, en el año 2016 fue expedido el Decreto 2147²⁰, el cual tuvo como propósito unificar y simplificar el régimen de zonas francas, agilizar los procedimientos, facilitar el acceso al régimen y delimitar la participación de las diferentes entidades que intervienen en el proceso de declaratoria de existencia de las zonas.

El Decreto 2147 de 2016 se refiere, en términos generales, a las siguientes temáticas:

i) Disposiciones generales relacionadas con: definiciones; criterios de interpretación; clases de zona franca (permanente, permanente especial y transitoria); tipos de usuarios en la zona franca (usuario operador, usuario industrial de bienes, usuario administrador y usuario expositor); empresas de apoyo y otras empresas que prestan servicios en la zona franca; exclusividad en la zona franca; vinculación económica; operaciones entre usuarios de la zona franca con los titulares de los instrumentos de promoción de comercio exterior; bienes prohibidos y restringidos; ingreso de mercancías; régimen aduanero y de comercio exterior; inmuebles en la zona franca; registro de bienes dados en garantía; restricciones en las ventas al detal, instalación de instituciones financieras; residencias particulares; régimen crediticio y régimen jurídico en la zona franca (artículos 1 al 18).

ii) La declaratoria de la zona franca: comisión intersectorial de zonas francas; restricciones para la declaratoria; causales para negar la declaratoria; término de

²⁰ Por el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones.

la declaratoria de existencia y prórroga; e inversiones y empleo previos a la declaratoria de existencia de la zona franca (artículos 19 al 24).

iii) Los requisitos para la declaratoria de zonas francas: solicitud de declaratoria; requisitos generales; modificaciones al Plan Maestro de Desarrollo General y procedimiento; requisitos del área de la zona franca; requisitos especiales para la declaratoria de una zona franca permanente; permanente especial; permanente especial de bienes; permanente especial de servicios; permanente especial agroindustrial; permanente especial dedicada exclusivamente al sector lácteo; permanente especial en los departamentos de Putumayo, Nariño, Huila, Caquetá y Cauca, y en el Área Metropolitana de Cúcuta en el departamento de Norte de Santander; permanente especial de servicios de salud; permanente especial de servicios portuarios; de parques tecnológicos, y permanente especial por sociedades que están desarrollando las actividades propias que el proyecto planea promover (artículos 25 a 39).

iv) Las zonas francas permanentes costa afuera: declaratoria de existencia de zonas francas permanentes dedicadas exclusivamente a las actividades de evaluación técnica, exploración y producción de hidrocarburos costa afuera y sus actividades relacionadas; solicitud de declaratoria de existencia; requisitos del área; requisitos generales para obtener la declaratoria de existencia; reconocimiento de usuarios; servicios prestados por usuarios; ajuste del área declarada; término de declaratoria; y pérdida de la declaratoria de existencia (artículos 40 a 48).

v) El procedimiento para la declaratoria de existencia de la zona franca: trámite de la solicitud de declaratoria; contenido del acto administrativo de declaratoria de existencia; notificaciones y recursos (artículos 49 a 51).

vi) La pérdida de la declaratoria de existencia de zonas francas: causales para la pérdida de la declaratoria de existencia; procedimiento para decretar la pérdida de la declaratoria; renuncia a la declaratoria de existencia de una zona franca permanente o especial (artículos 52 a 56).

vii) Las zonas francas transitorias: requisitos especiales para la declaratoria; procedimiento para la declaratoria; contenido del acto administrativo; funciones del usuario administrador; y responsabilidad (artículos 57 a 60).

viii) La ampliación, extensión y reducción de áreas declaradas como zonas francas: características de la nueva área para la ampliación; solicitud para la ampliación y reducción de áreas; procedimiento para la autorización de ampliaciones, extensiones y reducciones de áreas; contenido del acto administrativo de ampliación, extensión o reducción de área; y notificaciones y recursos (artículos 61 a 69).

ix) El usuario operador de las zonas francas: requisitos para la autorización del usuario operador; contenido de la solicitud para acreditarse como usuario operador; criterios adicionales para la autorización del usuario operador; funciones; obligaciones; auditoría externa; causales y procedimiento para la pérdida de la autorización como usuario operador; y remplazo del usuario operador (artículos 70 a 78).

x) Los usuarios industriales y comerciales de las zonas francas: calificación de los usuarios; requisitos, condiciones y evaluación; obligaciones de los usuarios; y

causales y procedimiento para la pérdida de la calificación de los usuarios (artículos 79 a 83).

xi) Infracciones de los usuarios operadores, usuarios industriales y comerciales, y sanciones aplicables: infracciones; sanciones; y procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 84 a 86).

xii) Condiciones, requisitos y trámite para la autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas: autorización de la prórroga; requisitos y compromisos para la aprobación de la prórroga; inversiones en actividades científicas, tecnológicas y de innovación; término de la prórroga; trámite de la solicitud de prórroga; modificaciones a las autorizaciones de prórroga; y zonas francas permanentes ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (artículos 86-1 a 86-7).

xiii) Disposiciones finales: solicitudes de declaratoria de existencia de una zona franca y procesos administrativos en curso; vigencias; y derogatorias (artículos 138 a 140).

El Decreto 2147 de 2016 ha sido modificado por los Decretos 1546 de 2017²¹; 659²² y 1911²³ de 2018; y 1054²⁴ y 1165²⁵ de 2019. Asimismo, de manera reciente, el Gobierno Nacional modificó el Decreto 2147 de 2016 a través del Decreto 278 de 2021²⁶.

1.2. El Decreto 1054 de 2019

El Gobierno Nacional expidió el Decreto 1054 de 2019, el cual adicionó el Capítulo XII al Título I del Decreto 2147 de 2016. Lo anterior, con miras a definir los asuntos relacionados con las condiciones, requisitos y trámite para la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas.

En términos generales, el Decreto 1054 de 2019 se refiere a los siguientes asuntos:

i) La autoridad competente para autorizar la prórroga de la declaratoria de la existencia de la zona franca²⁷.

ii) Los requisitos para que pueda ampliarse la declaratoria de existencia de la zona franca:

Artículo 86-2. Requisitos y compromisos para la aprobación de la prórroga del término de declaratoria de zonas francas. La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de una zona franca deberá presentarse ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte del usuario operador de la zona franca

²¹ Por el cual se modifica el Decreto 2147 de 2016.

²² Por el cual se modifican los Decretos 2685 de 1999 y 2147 de 2016.

²³ Por el cual se adiciona el Decreto 2147 de 2016.

²⁴ Por el cual se adiciona el Capítulo XII al Título I del Decreto número 2147 de 2016, para reglamentar la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas.

²⁵ Por el cual se dictan disposiciones relativas al Régimen de Aduanas en desarrollo de la Ley 1609 de 2013.

²⁶ Por el cual se modifica el Decreto 2147 de 2016.

²⁷ Artículo 86-1. Autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo autorizará la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas mediante acto administrativo, previo concepto favorable de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto y en las demás normas vigentes sobre la materia.

permanente y/o del usuario industrial de la zona franca permanente especial, cumpliendo con los siguientes requisitos:

El peticionario deberá haber cumplido los compromisos derivados de la declaratoria de existencia de la zona franca, para lo cual el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo verificará su cumplimiento.

La solicitud deberá presentarse dentro de los cinco (5) años previos al vencimiento del término de la declaratoria de existencia de la zona franca y a más tardar un (1) año antes del- vencimiento de dicha declaratoria, con la autorización de la Asamblea General de Accionistas o de la Junta Directiva según sea el caso y de la Asamblea de Copropietarios para las zonas francas permanentes, o el Representante Legal del usuario industrial, si se trata de una zona franca permanente especial.

Presentar la actualización del Plan Maestro de Desarrollo General, acreditando los requisitos previstos en los numerales 7.4 ,7.6 y 7.7 del artículo 26 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, la acreditación del requisito contenido en el numeral 7.7 del artículo 26 del presente Decreto se referirá a los predios en los cuales se pretende desarrollar el proyecto de inversión asociado con la prórroga, y demostrar los principales impactos que generará en relación con las finalidades previstas en la Ley 1004 de 2005 o las normas que la modifiquen adicionen o sustituyan.

La actualización de dicho Plan Maestro de Desarrollo General se refiere a la iniciativa de inversión que se pretende desarrollar como parte del proyecto asociado a la prórroga del término de la declaratoria de existencia de la zona franca.

Además de los requisitos anteriores, el peticionario deberá acreditar según la clase de zona franca de que se trate, lo siguiente: [...] (modificado por el artículo 37 del Decreto 278 de 2021).

iii) El concepto de inversiones en actividades científicas, tecnológicas y de innovación (artículo 86-3)²⁸.

iv) El término de la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca:

Artículo 86-4. Término de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas. El término por el que se puede solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca será mínimo de diez (10) años y máximo por un término de treinta (30) años.

La prórroga del término de la declaratoria de existencia de una zona franca se podrá autorizar por una (1) sola vez (modificado por el artículo 38 del Decreto 278 de 2021)²⁹.

²⁸ *Inversiones en actividades científicas, tecnológicas y de innovación.* Para efectos de este Decreto, se considerarán inversiones en actividades científicas, tecnológicas y de innovación, aquellas que la empresa emprende para producir, promover, difundir y aplicar conocimientos científicos y técnicos. Así mismo, para el desarrollo o implementación de bienes o servicios, procesos, métodos organizativos nuevos o técnicas de comercialización nuevas.

²⁹ El texto original del artículo 86-4 del Decreto 2147 de 2016, adicionado por el Decreto 1054 de 2019 establecía: Artículo 86-4. Término de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas. El término mínimo por el que se puede solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente será de quince (15) años y máximo por un término de treinta (30) años.

El término mínimo por el que se puede solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente especial será de diez (10) años y máximo por un término de quince (15) años, sin que el término total, incluida la prórroga, supere los treinta (30) años, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 23 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

v) El trámite que debe adelantarse para el otorgamiento de la prórroga (artículo 86-5)³⁰.

vi) Las modificaciones a las autorizaciones de prórroga³¹.

La prórroga del término de la declaratoria de existencia de una zona franca se podrá autorizar por una (1) sola vez.

³⁰ Artículo 86-5. Actuación de la solicitud de prórroga del término de la declaratoria.

La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de una zona franca deberá surtir la actuación prevista en el artículo 49 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

La Comisión Intersectorial de Zonas Francas evaluará la petición y emitirá concepto sobre la solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de una zona franca.

La Comisión Intersectorial de Zonas Francas podrá, en cualquier momento, emitir concepto desfavorable sobre la solicitud de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas, por razones que incluyan el incumplimiento del ordenamiento jurídico o la inconveniencia para los intereses de la Nación.

Las decisiones de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas se notificarán al peticionario en los términos previstos en la Ley 1437 de 2011 o normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan. Contra las decisiones que decidan la solicitud de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas proferidas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, procede el recurso de reposición que se interpondrá en la oportunidad y con las formalidades exigidas en la norma citada.

Cuando el concepto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas es favorable, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos previstos en el presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan, expedirá el acto administrativo correspondiente. Dicho acto deberá contener, como mínimo lo siguiente:

1. Localización de la zona franca.

2. Descripción.

3. Número y fecha del acta de emisión del concepto favorable sobre la solicitud de prórroga del término de la declaratoria de existencia de la zona franca por parte de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas.

4. Cumplimiento de los requisitos para la autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de la zona franca, con indicación de los compromisos, de inversión y empleo.

5. Requisitos y criterios para la autorización del usuario operador.

6. Autorización del usuario operador.

7. Reconocimiento del usuario industrial cuando se trate de una zona franca permanente especial.

8. El término de la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca.

9. La obligación de constituir la garantía en los términos y condiciones en los que deba otorgarse de conformidad con lo dispuesto en la normatividad aduanera.

10. Forma en que se notificará el acto administrativo y el recurso que procede contra el mismo.

11. Indicación de la remisión de copias.

El acto administrativo expedido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo se notificará al peticionario en los términos previstos en la Ley 1437 de 2011 o normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan, contra la cual solo procede el recurso de reposición que se interpondrá en la oportunidad y con las formalidades allí exigidas.

Los compromisos adquiridos con la prórroga del término de la declaratoria de existencia de la zona franca harán parte del Plan Maestro de Desarrollo General aprobado para la zona franca, y el incumplimiento de los mismos constituirá causal de pérdida de la declaratoria de existencia de la zona franca, para lo cual se adelantará la actuación prevista en el artículo 54 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

En la auditoría externa de que trata el artículo 75 del presente Decreto, se deberá verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos con la autorización de la prórroga del término de la declaratoria de existencia de la zona franca, incluyendo el componente en nueva inversión representada en actividades científicas, tecnológicas y de innovación en los términos señalados en el presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Parágrafo 1º. Para la solicitud de prórroga, no será necesario obtener el concepto acerca del impacto económico del proyecto de inversión por parte del Departamento Nacional de Planeación. Adicionalmente, solo será necesario solicitar el concepto de comportamiento tributario, aduanero y cambiario de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Parágrafo 2º. Cuando en la solicitud de prórroga se incluya como parte de la misma la ampliación o adición de una o varias áreas, la misma se podrá realizar en una sola actuación (modificado por el artículo 39 del Decreto 278 de 2021).

vii) Las reglas aplicables a zonas francas permanentes ubicadas en terrenos de propiedad de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo:

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

Parágrafo 1°. La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de la zona franca permanente de que trata este artículo, se podrá presentar sin la acreditación del requisito de disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca contemplado en el numeral 4 del numeral 8.8.5 del artículo 26 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Este requisito deberá acreditarse por parte del solicitante de manera previa a la solicitud del concepto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas.

El término de la autorización de la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente en ningún caso podrá exceder el término de vigencia por el cual se acredite la disponibilidad del predio.

La disponibilidad jurídica de los bienes inmuebles que son de propiedad total o parcial de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo será independiente del acto administrativo por el cual se resuelve la solicitud de prórroga presentada por el usuario operador de la zona franca.

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

Como puede observarse, el Decreto 1054 de 2019 tuvo como objetivo llenar el vacío que se presentaba respecto a la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas³². De ahí, la necesidad de adicionar el Decreto 2147 de 2016 para que las zonas francas que cumplan la finalidad establecida en el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005, y que estén cerca de desaparecer por cumplimiento del término de duración, puedan seguir funcionando, siempre y cuando observen las condiciones, requisitos y trámite exigidos para autorizar la susodicha prórroga.

Asimismo, de la lectura de las disposiciones del Decreto 1054 de 2019 es dable concluir que dicha normativa regula lo referente a la prórroga de la declaratoria de

³¹ Artículo 86-6. *Modificaciones a las autorizaciones de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas.* La Comisión Intersectorial de Zonas Francas podrá aprobar o negar las modificaciones a los compromisos derivados de las autorizaciones de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas.

Las solicitudes de modificación a los compromisos derivados de las autorizaciones de prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas, deberán estar debidamente justificadas. Las modificaciones referidas a montos de inversión y empleo no podrán ser inferiores a los requerimientos mínimos establecidos en el presente Decreto, y estas solicitudes se evaluarán de conformidad con el trámite dispuesto en el artículo 27 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

³² Que es necesario reglamentar los requisitos y criterios para el otorgamiento de la prórroga del término de declaratoria de existencia de zonas francas. Decreto 1054 de 2019, considerandos.

existencia de la zona franca, y no lo relativo a la extensión del plazo del contrato de arrendamiento.

El Decreto tiene como finalidad adicionar el Capítulo XII al Título I del Decreto número 2147 de 2016, con miras a definir los asuntos relacionados con las condiciones, requisitos y trámite para la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas, sin que ninguno de sus apartados se refiera a la ampliación del plazo de los contratos de arrendamiento celebrados entre el Ministerio y los usuarios operadores de las zonas.

De la lectura de los artículos que se adicionaron mediante el Decreto 1054 de 2019, se puede deducir, sin lugar a hesitación, que están dirigidos a tratar asuntos relacionados con la prórroga del término para la declaratoria de existencia de la zona franca.

2. Análisis de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

2.1. El Decreto 2480 de 1993: su origen

Las zonas francas de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta venían siendo operadas por establecimientos públicos, los cuales fueron suprimidos y liquidados por el Decreto 2111 de 1992. Ante esta situación, y con el propósito de garantizar la continuidad del régimen y aprovechar la infraestructura productiva creada, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 2480 de 1993³³.

En términos generales, el Decreto se refirió a los siguientes asuntos:

i) La autorización al Ministerio de Comercio Exterior para declarar como zonas francas, total o parcialmente, las mismas áreas geográficas que habían sido operadas como zonas francas industriales y comerciales por los establecimientos públicos que se encontraban en liquidación (artículo 1º)³⁴.

ii) Los criterios para la declaratoria de las zonas francas (terreno e instalaciones, conveniencia y viabilidad de la declaratoria y disponibilidad de un usuario operador) (artículo 2º)³⁵.

³³ El Decreto 2480 de 1994 estableció normas especiales propias de las zonas francas y fue consonante con los mandatos de la Ley 80 de 1993.

³⁴ El Ministerio de Comercio Exterior podrá declarar como zonas francas industriales de bienes y de servicios, total o parcialmente, las áreas geográficas que han venido operando como zonas francas industriales y comerciales, y cuyos establecimientos públicos operadores se encuentran en proceso de liquidación, conforme a lo ordenado por el Decreto 2111 de 1992.

³⁵ Artículo 2º Para la declaratoria de las áreas geográficas a que se refiere este decreto como zonas francas industriales de bienes y de servicios, el Ministerio de Comercio Exterior tendrá en cuenta los siguientes criterios:

1. La aptitud del terreno, así como de las instalaciones y de la infraestructura existentes, para promover y desarrollar eficazmente el proceso de industrialización de bienes y de prestación de servicios, destinados principalmente a los mercados externos.

2. La conveniencia y viabilidad de tal declaratoria para el proceso de modernización de los instrumentos de apoyo al comercio exterior, y para los fines que persigue la liquidación de los establecimientos públicos a que se refiere el Decreto 2111 de 1992;

3. La disponibilidad de un usuario- operador que garantice el funcionamiento adecuado de la zona franca y el cumplimiento de sus objetivos, para lo cual el Ministerio de Comercio Exterior podrá tener en cuenta criterios de experiencia, capacidad de operación, solvencia financiera y grado de participación de los usuarios de la zona en la sociedad operadora.

iii) La dirección, administración y promoción de las zonas francas a cargo de un usuario operador que sería escogido por el Ministerio de Comercio Exterior, de conformidad con el procedimiento previsto en el mismo decreto y quien debía tener las condiciones señaladas en el Decreto 2131 de 1991 (artículo 3^o)³⁶.

iv) Los requisitos para la declaratoria de la zona franca y la escogencia del usuario operador, dentro de los que se encontraba la presentación de una solicitud escrita por el interesado, acompañada de una serie de documentos, que incluían la oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones (artículo 4^o)³⁷.

v) Un término de 20 días, prorrogables por otro tanto, para que el Ministerio de Comercio Exterior, una vez se verificara el cumplimiento de los requisitos, declarara la zona franca y seleccionara al usuario operador (artículo 6)³⁸.

vi) La suscripción del acta final de liquidación del establecimiento público que venía operando la respectiva zona franca como condición para hacer efectiva la declaratoria de la zona franca (artículo 7^o)³⁹.

vii) El contenido de la resolución por medio de la cual se declara la zona franca y se selecciona al usuario operador (artículo 8)⁴⁰.

³⁶ Artículo 3° La dirección, administración y promoción de las zonas francas a que se refiere este decreto estará a cargo de un usuario-operador, que será seleccionado por el Ministerio de Comercio Exterior de acuerdo con los procedimientos señalados en este decreto. El usuario operador deberá reunir las calidades previstas en los artículos 8o. y 9o. del Decreto 2131 de 1991.

³⁷ Artículo 4° Para la declaratoria como Zona franca industrial de bienes y de servicios de una de las áreas geográficas a que se refiere este decreto y la selección del usuario-operador correspondiente, el interesado deberá presentar solicitud escrita ante el Ministerio de Comercio Exterior, acompañada de los siguientes documentos:

1. Aquellos que acrediten la constitución efectiva de la sociedad que actuará como usuario-operador de la zona, en los términos del artículo 16, numeral 10 del Decreto de 1991. Si dicha sociedad se hubiere constituido con una antelación inferior a un año, los documentos exigidos para los socios constituyentes serán los descritos en el literal b) del numeral 9o. del artículo 16 del Decreto 2131 de 1991.

2. La oferta o propuesta de celebrar un contrato de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones, junto con la garantía de seriedad de la oferta en los términos previstos en el presente decreto.

3. Programa de desarrollo de la zona que contenga como mínimo los siguientes puntos:

a) Plan de mantenimiento (correctivo y preventivo) y mejoras de los inmuebles de la zona;
b) Descripción de servicios básicos (aseo y vigilancia) y los servicios especializados para los usuarios de la zona tales como manejo de nómina, recreación, medicina, telecomunicaciones, entre otros;

c) Estrategia de promoción y mercadeo de la zona, montos de exportaciones, generación de empleos desarrollo tecnológico;

d) Plan de inversiones y flujo de caja para, por lo menos, los primeros dos años de funcionamiento del usuario-operador;

e) Régimen proyectado de tarifas para los usuarios (futuros y actuales).

f) Propuesta sobre el desarrollo urbanístico de la zona, que consulte las normas municipales vigentes sobre el particular.

4. Plan de sistematización del procedimiento para el ingreso y salida de mercancías de la zona franca, de conformidad con las normas aduaneras vigentes.

Cuando lo considere conveniente, el Ministerio de Comercio Exterior podrá exigir cualesquiera de los demás documentos mencionados en el artículo 16 del Decreto 2131 de 1991.

³⁸ Artículo 6° Verificado el cumplimiento de los requisitos, el Ministerio de Comercio Exterior contará con un término de veinte días, prorrogables hasta por veinte días más, para expedir la resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de la respectiva zona franca, escogiendo la solicitud que se ajuste mejor a los términos y condiciones establecidos en la convocatoria pública.

³⁹ Artículo 7° La declaratoria de una zona franca industrial de bienes y de servicios, conforme al presente decreto, sólo se hará efectiva a partir del momento en que se suscriba el acta final de liquidación del establecimiento público que venía operando la zona.

viii) La expedición del permiso de funcionamiento al usuario operador seleccionado (artículo 9)⁴¹.

ix) Las reglas para el cumplimiento de las funciones del usuario operador (artículo 10)⁴².

x) El contrato de arrendamiento entre el Ministerio de Comercio Exterior y el usuario operador: a) los requisitos que debía cumplir la oferta de contrato de arrendamiento (artículo 11)⁴³; b) la vigencia del contrato (artículo 12)⁴⁴; y c) el

⁴⁰ Artículo 8° La resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de las zonas francas industriales de bienes y de servicios previstas en este Decreto deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

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

⁴¹ Artículo 9° El Ministerio de Comercio Exterior expedirá el permiso de funcionamiento al usuario-operador seleccionado, en la forma y condiciones previstas en el artículo 20 del Decreto 2131 de 1991. Al usuario-operador se le aplicarán las normas sobre incumplimiento y cancelación del permiso de funcionamiento, previstas en el Decreto 2131 de 1991 y en las normas que lo adicionen o modifiquen.

⁴² Artículo 10. El usuario-operador de la zona franca industrial de bienes y de servicios ejercerá las funciones previstas en el Decreto 2131 de 1991, y en las normas que lo adicionen o modifiquen, con las siguientes reglas específicas:

1. Mientras el usuario-operador mantenga un título de arrendamiento sobre los terrenos e instalaciones no podrá ejercer actos de disposición de derecho real alguno.
2. La construcción de nuevas obras y la ampliación de la infraestructura podrá adelantarse en los términos que se estipulen en el contrato de arrendamiento inicial que se haya suscrito con el Ministerio de Comercio Exterior, los cuales podrán modificarse o adicionarse de común acuerdo entre las partes.
3. Corresponderá al usuario-operador, además, continuar la ejecución de los contratos existentes entre el establecimiento público y los usuarios industriales y comerciales que venían funcionando en la zona, en los términos previstos en tales contratos y en el presente Decreto.

⁴³ Artículo 11. La oferta de contrato de arrendamiento de que trata el numeral 2° del artículo 4° del presente Decreto, debe cumplir los siguientes requisitos:

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

sometimiento del contrato de arrendamiento al cumplimiento de las obligaciones de usuario operador (artículo 13)⁴⁵.

xi) La liquidación y cesión de los contratos vigentes (artículo 16)⁴⁶.

xii) El ingreso de nuevos usuarios (artículo 17)⁴⁷.

xiii) El régimen jurídico aplicable (artículos 18 a 20)⁴⁸.

xiv) La posibilidad para el Ministerio de rechazar las solicitudes cuando estas no cumplieran con los términos y condiciones de la convocatoria pública (artículo 21)⁴⁹.

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

3. La oferta deberá ir acompañada de una garantía de seriedad, en los términos y cuantía que determine el Ministerio de Comercio Exterior al efectuar la convocatoria.

⁴⁴ Artículo 12. El contrato de arrendamiento entre el Ministerio de Comercio Exterior, por una parte, y el usuario-operador, por la otra, se suscribirá una vez expedida la resolución de selección de éste y de declaratoria de la zona franca, pero su vigencia comenzará en la fecha de suscripción del acta de liquidación del establecimiento público respectivo.

⁴⁵ Artículo 13. El contrato de arrendamiento a que se refiere el artículo anterior se condicionará, so pena de declaratoria de caducidad al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario como usuario-operador de la zona, sin perjuicio de las demás condiciones que se estipulen en el contrato o de aquellas previstas en la ley.

⁴⁶ Artículo 16. Para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo anterior, el establecimiento público liquidará parcialmente a la fecha de suscripción del acta de liquidación del establecimiento público las relaciones derivadas de los contratos vigentes con los usuarios industriales y comerciales, y se procederá a suscribir la cesión de dichos contratos al Ministerio de Comercio Exterior. En el acto de aceptación de dicha cesión el Ministerio de Comercio Exterior cederá los contratos al usuario-operador seleccionado, con quien los usuarios podrán suscribir nuevos contratos, si así lo acordaren las partes. En el contrato de arrendamiento que el usuario-operador suscriba con el Ministerio de Comercio Exterior, se hará constar que se encuentra definida la situación jurídica de los usuarios.

En todo caso, el cedente del contrato responderá por la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de sus garantes.

⁴⁷ Artículo 17. Los nuevos usuarios que ingresen a las zonas francas de que trata este Decreto sólo podrán tener la calidad de usuarios industriales de bienes o de servicios, o de usuarios industriales de servicios tecnológicos.

⁴⁸ Artículo 18. Las zonas francas industriales de bienes y de servicios a que se refiere este Decreto gozarán del régimen que en materia tributaria, cambiaria, aduanera, de comercio exterior, de inversión de capitales, bancaria y crediticia, se encuentra previsto en los Decretos 2131 de 1991 y 971 de 1993, y en las demás normas especiales relacionadas con las zonas francas.

Artículo 19. Quienes se hubieren constituido como usuarios comerciales mediante contrato con el establecimiento público zona franca, continuarán rigiéndose por las normas propias de dichas zonas, hasta el vencimiento de sus contratos. Vencidos dichos contratos, deberán transformarse en usuarios industriales de bienes o de servicios, para continuar funcionando en las zonas francas a que se refiere este Decreto.

Los usuarios a que se refiere el inciso anterior también podrán optar por transformarse en usuarios industriales de bienes o de servicios, a partir del momento en que el usuario-operador asuma todas las relaciones contractuales con los usuarios de la zona. En tal caso, tendrán derecho a continuar como usuarios hasta el vencimiento del término inicial previsto en el contrato con el establecimiento público, salvo acuerdo en contrario con el usuario-operador.

Artículo 20. Serán aplicables a las zonas francas industriales de bienes y de servicios a que se refiere este Decreto, en lo pertinente y en cuanto sean compatibles, las normas de los Decretos 2131 de 1991 y 971 de 1993, y las demás normas especiales relacionadas con zonas francas.

⁴⁹ Artículo 21. Cuando ninguna de las propuestas se ajuste a los términos y condiciones de la convocatoria pública, así como a los criterios del presente Decreto, el Ministerio de Comercio Exterior negará las solicitudes correspondientes.

Finalmente, es importante resaltar que el Decreto 2480 de 1993 ordenó la realización de una convocatoria pública para la declaratoria de existencia de la zona franca y la selección del correspondiente usuario operador, garantizándose de esta manera los principios de libre concurrencia y transparencia en la entrega, por parte del Estado, de la explotación económica de bienes de interés público y del respectivo contrato de arrendamiento.

Así, los artículos 5º y 6º del Decreto consagraron:

Artículo 5º El Ministerio de Comercio Exterior, para efectos de la selección del usuario-operador y la declaratoria de las zonas francas aquí previstas, efectuará una convocatoria pública y fijará los términos y condiciones mínimas para proponer, así como el plazo límite para la presentación de las solicitudes.

Artículo 6º Verificado el cumplimiento de los requisitos, el Ministerio de Comercio Exterior contará con un término de veinte días, prorrogables hasta por veinte días más, para expedir la resolución de selección del usuario-operador y de declaratoria de la respectiva zona franca, escogiendo la solicitud que se ajuste mejor a los términos y condiciones establecidos en la convocatoria pública.

En desarrollo de lo anterior, a través de la Resolución 290 del 14 de marzo de 1994, se ordenó la apertura de la convocatoria pública con el objeto de: a) declarar las zonas francas y b) seleccionar a los respectivos usuarios operadores:

ARTICULO 2º Fijar como fecha para la apertura de la convocatoria pública el día 22 de marzo de 1994 a las 8.00 a.m. y fecha para el cierre de la convocatoria pública el día 2 de mayo de 1994 a las 3.00 p.m.

[...]

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

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

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

ARTICULO 24. DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. En virtud de este principio:

[...]

5o. En los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~:

a) Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección.

b) Se definirán reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación ~~o concurso~~.

c) Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato.

d) No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren.

e) Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad.

[...]

6o. En los avisos de publicación de apertura de la licitación ~~o concurso~~ y en los pliegos de condiciones ~~o términos de referencia~~, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

[...].

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

2.2. La naturaleza jurídica de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con los usuarios operadores de las zonas de francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

Tal como lo indicó la Sala en los conceptos de 2015 y 2019⁵⁰, el contrato celebrado por el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, corresponde a un contrato de arrendamiento. Con todo, teniendo en cuenta sus particularidades y estrecha relación con la zona franca, dicho negocio jurídico no corresponde a un contrato de arrendamiento ordinario o tradicional. Así, indicó la Sala:

Debe tenerse en cuenta, además, que los referidos contratos de arrendamiento celebrados en su momento por la Nación - Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas, no son contratos de arriendo comunes y corrientes, pues no buscan simplemente la obtención de una renta o ingreso para el arrendador (la Nación), y la facultad de usar un bien por parte del arrendatario en cualquier actividad civil o comercial lícita, sino que dichos negocios jurídicos están vinculados de una manera inseparable a la existencia y funcionamiento de las respectivas zonas francas, al cumplimiento de la normatividad especial que en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior rige para las mismas, y a la ejecución de las funciones públicas que tanto el Ministerio de Comercio, Industria y

⁵⁰ El negocio jurídico celebrado por las partes corresponde a un contrato de arrendamiento. Así se desprende de lo señalado por el propio contrato, el Decreto 2480 de 1993, la Resolución 835 del 2 de junio de 1994, la convocatoria pública para la selección del Usuario Operador, y la declaración de la zona franca industrial de bienes y servicios Manuel Carvajal Sinisterra. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto 2385 de 26 de abril de 2019, número único de radicación 11001-03-06-000-2018-00117-00.

Turismo como la DIAN tienen actualmente en relación con dichas áreas⁵¹. (Subrayas de la Sala).

En efecto, al revisarse el texto de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio Exterior (hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca se observan algunos aspectos que evidencian el carácter particular o especial del negocio jurídico celebrado por las partes:

i) El objeto del contrato no se limita a conceder el uso y goce de un grupo de bienes, sino también a regular y asegurar el funcionamiento de la zona franca. En este sentido, los contratos establecen que los usuarios operadores de las zonas francas tienen la obligación de promover, dirigir, administrar y operar la zona franca, así como la de desarrollar la infraestructura, construcciones y actividades propias de dichas zonas. Así, en la cláusula segunda del contrato de arrendamiento celebrado con el usuario operador de Palmaseca se indicó:

SEGUNDA.- ALCANCES DEL OBJETO: EL USUARIO-OPERADOR, sobre las áreas objeto del arrendamiento, ejecutará especialmente las siguientes actividades:

a. Promover, dirigir, administrar y operar la Zona Franca arrendada.

b. Desarrollar, con sus propios recursos o con financiaciones debidamente legalizadas, la infraestructura y construcciones de la Zona Franca, de acuerdo con el Plan de Desarrollo descrito en la propuesta presentada para ser seleccionado como USUARIO-OPERADOR de la Zona Franca, la cual hace parte integrante del presente contrato.

c. Autorizar el ingreso de los usuarios desarrolladores, de los industriales de bienes y servicios y celebrar con ellos los respectivos contratos a que haya lugar, a excepción de cualquier acto o contrato que disponga de algún derecho real sobre los inmuebles dados en arrendamiento.

d. En general, aquellas actividades autorizadas por los Decretos 2480 de 1993, 2131 de 1991 y 971 de 1993 y la Resolución No. 0835 del 2 de junio de 1994, del Ministerio de Comercio Exterior, por medio de la cual se declaró la Zona Franca y se designó al USUARIO-OPERADOR.

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

Adicionalmente, los contratos asignan expresamente como obligaciones especiales de los usuarios operadores el cumplir con las disposiciones que regulan las zonas francas. Así, en el contrato de arrendamiento relativo a la zona franca de Palmaseca, se señaló:

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

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 12 de junio de 2015. Radicación número: 11001-03-06-000-2014-00-140-00 y 11001-03-06-000-2014-00288-00. (2219 y 2241 (ampliación)).

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

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

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

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

VIGESIMA CUARTA.- DOCUMENTOS DEL CONTRATO: Para todos los efectos legales hacen parte de este contrato los siguientes documentos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. El contenido de los contratos de arrendamiento celebrados por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con los usuarios operadores de las zonas de francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

En términos generales, los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca consagran lo siguiente:

i) Objeto (cláusula primera): Como objeto del contrato se establece que el ministerio otorga al usuario operador, a título de arrendamiento, el uso y goce de los terrenos, construcciones, instalaciones, obras de infraestructura y demás bienes en los que venían operando las antiguas zonas francas.

ii) Alcances del objeto (cláusula segunda): el usuario operador, sobre las áreas objeto del arrendamiento, tiene la obligación de realizar las siguientes actividades:

a. Promover, dirigir, administrar y operar la zona franca arrendada.

b. Desarrollar, con sus propios recursos o con financiaciones debidamente legalizadas, la infraestructura y construcciones de la zona franca, de acuerdo con el Plan de Desarrollo descrito en la propuesta presentada por el usuario operador.

c. Autorizar el ingreso de los usuarios desarrolladores, de los industriales de bienes y de servicios y celebrar con ellos los respectivos contratos a que haya lugar, con excepción de cualquier acto o contrato que disponga de algún derecho real sobre los inmuebles dados en arrendamiento.

d. Las actividades autorizadas por los Decretos 2480 de 1993, 2131 de 1991 y 971 de 1993 y las resoluciones por medio de las cuales se declaró la zona franca y se designó al usuario operador (resoluciones número 0835 del 2 de junio de 1994, 0977 del 20 de junio de 1994 y 0978 del 20 de junio de 1994).

iii) Destinación (cláusula tercera): el usuario operador solamente puede destinar los inmuebles arrendados a las actividades propias o complementarias de la zona franca.

iv) Contraprestación o canon de arrendamiento (cláusula cuarta): como canon de arrendamiento se establece el pago de una suma de dinero por cada metro cuadrado⁵².

⁵² Así, por ejemplo, en el contrato de arrendamiento celebrado con el usuario operador de la zona franca de Palmaseca se estableció: "El USUARIO-OPERADOR se obliga a pagar al MINISTERIO a título de contraprestación o canon de arrendamiento, las siguientes sumas: "a.) La suma de NOVENTA MILLONES DE PESOS (\$90.000.000.00) m/cte. por el primer año a partir de la fecha de vigencia del presente contrato, la cual se deberá pagar en cuatro (4) contados anticipados trimestrales dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada trimestre. b.) A partir del segundo año, la contraprestación o canon de arrendamiento será la suma de VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR, de los Estados Unidos de América (U.S. \$ 0.20) mensual, por cada metro cuadrado de área arrendable, de los terrenos e instalaciones, liquidado a la tasa representativa del mercado de

v) *Término del contrato (cláusula quinta)*: inicialmente, los contratos se celebraron por un periodo de 15 años. Sin embargo, posteriormente, fueron objeto de prórroga. Así, los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de Palmaseca y Barranquilla fueron prorrogados en una oportunidad por un plazo de 15 años. En lo que respecta al usuario operador de la zona franca de Cartagena, el contrato de arrendamiento fue prorrogado en tres oportunidades, cada una de ellas por un término de 5 años.

vi) *Enajenación de bienes (cláusula sexta)*: en caso de que el ministerio decidiera enajenar o transferir el dominio de los bienes que conforman la zona franca, debe determinar en los términos de referencia de la licitación, como factor importante de calificación, el hecho de ser usuario operador de la zona franca.

vii) *Construcciones y mejoras (cláusula séptima)*: las nuevas construcciones y mejoras que se practiquen a los bienes existentes, previstas dentro del plan de desarrollo presentado por el usuario operador, están a cargo exclusivo de este último y a la terminación del contrato quedarán a favor de la Nación – Ministerio de Comercio Exterior, sin costo o indemnización alguna.

viii) *Reparaciones (cláusula octava)*: el usuario operador se comprometió a efectuar por su propia cuenta las reparaciones y mantenimientos necesarios para el desarrollo de la operación de la zona franca originados por hechos de él o sus dependientes, sin perjuicio de que se establezca de común acuerdo con los usuarios de bienes y servicios, mecanismos de amortización de los mismos.

ix) *Servicios públicos (cláusula novena)*: el usuario operador tiene a su cargo el pago de los servicios de agua, energía, teléfono, alcantarillado, aseo, similares y conexos. Con todo, este puede recobrar o establecer mecanismos de amortización a los usuarios de bienes y servicios de la zona franca.

la fecha de pago, suma que se cancelará por trimestre anticipado dentro de los diez (10) primeros días calendario de cada trimestre. Se entiende por área arrendable, la que se describe en el Cuadro denominado OCUPACIÓN GENERAL DEL SUELO PROYECTADO TRIMESTRALMENTE, el cual se presenta como anexo No. 1 y forma parte integrante de este contrato. c.) También a partir del segundo año, el USUARIO-OPERADOR pagará al MINISTERIO la suma de DOS CENTAVOS DE DÓLAR, de los Estados Unidos de América (U.S.\$ 0.02,00) mensual, por cada metro de área sin desarrollar, de conformidad con el mismo cuadro a que alude el literal que antecede, entendiéndose que a medida que área sea desarrollada, deberá pagar el canon establecido en el mencionado literal b)". (Subrayado fuera del texto). Posteriormente, en el año 2002, a través del Otrosí No. 2, el canon de arrendamiento fue modificado de la siguiente manera: "CLAUSULA CUARTA: A partir de la fecha de legalización del presente Otrosí, el Usuario Operador se obliga a pagar al Ministerio de Comercio Exterior a título de canon de arrendamiento mensual, las siguientes sumas: a) El valor en pesos colombianos equivalentes a VEINTE CENTAVOS DE DÓLAR de los Estados Unidos de América (US \$ 0.20), liquidados a la Tasa Representativa del Mercado del día del pago, por cada metro cuadrado de Área Construida Arrendable. Para los efectos del Contrato se entiende por Área Construida Arrendable la totalidad de las bodegas y las demás edificaciones que tengan la potencialidad de ser arrendadas a los usuarios de la zona. b) El valor en pesos colombianos equivalentes a TRES CENTAVOS DE DÓLAR de los Estados Unidos de América (US \$0.03), liquidados a la Tasa Representativa del Mercado del día de pago, por cada metro cuadrado de Área No Construida y Potencialmente Arrendable. Para los efectos del Contrato se entiende por Área No Construida y Potencialmente Arrendable la correspondiente a zonas destinadas a construcciones futuras o reservadas para posteriores desarrollos. El canon de arrendamiento se pagará, trimestralmente anticipado, dentro de los primeros diez (10) días calendario de cada trimestre adjuntando un cuadro suscrito por el Representante Legal del Usuario Operador en el cual se especifique la cantidad de metros cuadrados correspondientes a Área Construida Arrendable y a Área No Construida y Potencialmente Arrendable". Cláusulas similares se establecieron en los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de Barranquilla y Cartagena.

x) *Obligaciones especiales del usuario operador (cláusula décima)*: es una obligación especial del usuario operador dar cumplimiento a las normas que regulan las zonas francas.

xi) *Cesión del contrato (cláusula décima primera)*: se prohibió al usuario operador ceder total o parcialmente el contrato.

xii) *Terminación anticipada del contrato (cláusula décima segunda)*: se acordó que si el usuario operador solicita al Ministerio la finalización anticipada del contrato, y este la acepta, se debe proceder a la liquidación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y a las restituciones mutuas a que haya lugar.

xiii) *Garantías (cláusula décima tercera)*: en virtud de lo dispuesto por el decreto 679 de 1994, el usuario operador se obliga a constituir en favor de la Nación-Ministerio de Comercio Exterior una garantía bancaria o de compañía de seguros, que cubra los siguientes amparos: a) cumplimiento del contrato, b) salarios y prestaciones sociales, y c) responsabilidad civil.

xiv) *Restitución (cláusula décima cuarta)*: el usuario operador debe restituir los inmuebles arrendados al ministerio a la terminación del contrato en el igual estado de operación en que los recibió, salvo el deterioro normal por su uso y goce y con las mejoras realizadas, ejecutadas e incorporadas.

xv) *Incumplimiento (cláusula décima quinta)*: en caso de incumplimiento del contrato por parte del usuario operador, el ministerio tiene derecho a resolverlo y exigir la entrega inmediata de los inmuebles, sin necesidad de desahucio ni los requerimientos previstos en la ley. Asimismo, el usuario operador renuncia a oponerse a la cesación del arriendo mediante la caución consagrada en el artículo 2305 del Código Civil.

xvi) *Condición resolutoria expresa (cláusula décima sexta)*: en atención a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 2480 de 1993, el contrato está sometido a la condición resolutoria expresa de que el usuario operador pierda dicha calidad, o le sea cancelado el permiso de funcionamiento. Si lo anterior tiene lugar, debe liquidarse el contrato y realizarse las restituciones correspondientes.

xvii) *Cláusula penal (cláusula décima séptima)*: el incumplimiento por parte del usuario operador lo constituye en deudor del ministerio por una suma igual al 10% del valor inicial del contrato a título de pena, sin perjuicio, en todo caso, del cobro de la renta y los perjuicios que pudieran causarse.

xviii) *Entrega de los inmuebles (cláusula décima octava)*: el Ministerio se compromete a entregar al usuario operador los inmuebles e instalaciones en el estado de funcionamiento en que se encuentren en la fecha de entrega.

xix) *Continuación de ejecución de contratos anteriores (cláusula décima novena)*: el usuario operador debe continuar a título de cesionario con la ejecución de los contratos vigentes celebrados por el establecimiento público que operaba la zona franca. Salvo pacto en contrario entre el usuario operador y los contratistas, se respetan las condiciones de los contratos hasta su terminación.

xx) *Revisión del Estado de las inversiones (cláusula vigésima)*: las partes acordaron la revisión de las inversiones realizadas por el usuario operador.

xxi) Liquidación del contrato (cláusula vigésima primera): a la terminación del contrato debe procederse a su liquidación, atendiendo lo establecido en la Ley 80 de 1993.

xxii) Perfeccionamiento y legalización (vigésima segunda): el contrato se perfecciona y legaliza con la firma de los contratantes y su publicación en el Diario Oficial.

xxiii) Valor total del contrato: en el caso de la zona franca de Palmaseca se estableció como valor del contrato la suma de mil trescientos cincuenta millones de pesos (\$1.350.000.000,00) M/cte. Por su parte, en el contrato de arrendamiento celebrado con el usuario operador de la zona franca de Barranquilla, las partes acordaron como valor la suma de cuatro mil quinientos millones de pesos (\$ 4.500.000.000,00) M/cte. Para la zona franca de Cartagena, el valor del contrato de arrendamiento correspondió a mil seiscientos treinta y cinco millones de pesos (\$ 1.635.000.000,00) M/cte. Estas sumas equivalían al canon de arrendamiento fijado para el primer año, multiplicado por el número total de años de vigencia del contrato.

xxiv) Documentos del contrato (cláusula vigésima cuarta): se acordó que para todos los efectos legales, hacen parte del contrato los siguientes documentos: a) los términos de referencia de la Convocatoria Pública que dio origen al convenio, b) la resolución por medio de la cual se declaró la zona franca y se seleccionó al usuario-operador, c) el acta de entrega de los inmuebles e instalaciones, d) cualquier otro documento que suscriban las partes, relacionado con la ejecución del contrato, así como los actos administrativos o providencias que se dicten por parte de las autoridades correspondientes en relación con el régimen de zona franca a que están sometidas las áreas y el usuario operador y e) la propuesta presentada, en los puntos que no se especifique lo contrario en el contrato.

xxv) Interventoría (cláusula vigésima quinta): la interventoría del contrato estaría a cargo de la Dirección para el Desarrollo del Intercambio del Ministerio de Comercio Exterior.

xxvi) Cambio de nombre o razón social (cláusula vigésima sexta): el cambio en el nombre o razón social del arrendatario, no implica que el contrato sufra alguna modificación. Asimismo, su ejecución debe continuar normalmente con el nuevo nombre o razón social del usuario operador o arrendatario.

xxvii) Indemnidad (cláusula vigésima séptima): el usuario operador tiene la calidad de contratista independiente, y en consecuencia no genera ninguna relación laboral, ni solidaridad civil y patronal entre este y el ministerio.

xxviii) Pago de deudas remanentes del Establecimiento Público (cláusula vigésima octava): se establece que las partes pueden acordar, a título de cánones de arrendamiento, aquellas obligaciones insolutas del establecimiento público, que asuma el usuario operador.

Por su parte, los contratos de arrendamiento de las zonas francas de Palmaseca, Barranquilla y Cartagena fueron reformados en varias oportunidades.

Así, en el caso Palmaseca, el contrato fue modificado en los siguientes aspectos: a) los bienes arrendados, b) el plan de inversiones, c) el valor del canon de arrendamiento, d) la duración del contrato, e) el aseguramiento de los bienes, f) el nombre del usuario operador, y g) las garantías del contrato.

En lo que respecta al contrato de arrendamiento de la zona franca de Cartagena, las modificaciones se refirieron a: a) los bienes objeto de arrendamiento, b) el plan de inversiones, c) el plazo del contrato, d) el canon de arrendamiento, e) la interventoría, y g) las garantías del contrato.

Finalmente, el contrato de arrendamiento de Barranquilla fue modificado con relación a: a) los bienes arrendados, b) el canon de arrendamiento, c) el plan de inversiones, d) el plazo del contrato y e) las garantías.

3. El régimen general de las zonas francas y su aplicación a las zonas francas que operan sobre bienes privados

Tal como se indicó en un apartado anterior, el Decreto 2147 de 2016 constituye el régimen general en materia de zonas francas. Dentro de las materias que regula, se encuentra lo referente a la declaratoria de las zonas francas. Así, el Decreto consagra lo siguiente:

i) La propiedad de los bienes inmuebles en donde funcionará la zona franca puede ser de titularidad del usuario operador o de un tercero. En este último caso, deberá contarse con un título jurídico que permita la disposición o el uso del área para el desarrollo de la zona franca:

Artículo 12. Inmuebles en zona franca. La propiedad de los terrenos que pretendan declararse como zona franca podrá ser del usuario operador o de terceros, siempre y cuando aquel tenga un título jurídico de disposición o uso del área para afectarla como zona franca.

Tales terrenos, una vez declarados, podrán ser de propiedad o tenencia de cualquier usuario o de un tercero, siempre que sean destinados a las actividades propias de zona franca. Los negocios jurídicos de disposición de los terrenos no estarán sujetos a autorizaciones o requisitos distintos a los que prevé la ley para operaciones similares en el resto del territorio nacional, siempre que no se remplace la actividad principal para la cual se calificó o autorizó al usuario.

ii) La declaratoria de existencia de la zona franca corresponde al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, previa solicitud escrita realizada por la persona jurídica que desee ser usuario operador de la zona, y aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca. También se requerirá el concepto favorable de viabilidad de la Comisión Intersectorial de Zona Francas y el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto y demás normas vigentes. En este sentido, los artículos 19 y 25 establecen:

Artículo 19. Declaratoria de existencia de zonas francas. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo declarará la existencia de zonas francas mediante acto administrativo, previa aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca, concepto favorable de viabilidad de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente decreto y en las demás normas vigentes sobre la materia.

Parágrafo. Tratándose de proyectos de alto impacto económico y social para el país, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, previa verificación de los requisitos establecidos en los artículos 26 y 31 a 39 del presente decreto, según sea el caso, podrá declarar la existencia de zonas francas permanentes especiales, siempre y cuando la Comisión Intersectorial de Zonas Francas haya emitido concepto favorable sobre su viabilidad y aprobado el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca.

[...]

Artículo 25. Solicitud de declaratoria de zona franca. La solicitud de declaratoria de existencia de una zona franca deberá presentarse por escrito ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte de la persona jurídica que pretenda ser el usuario operador, o por el único usuario industrial de la zona franca o por el usuario administrador, según la clase de zona franca de que se trate, cumpliendo con los requisitos señalados en el presente decreto.

El usuario operador deberá dedicarse exclusivamente a las actividades propias de dichos usuarios y tendrá los tratamientos especiales y beneficios tributarios una vez sea autorizado como tal.

Parágrafo. Para obtener la declaratoria de existencia de una zona franca, el usuario operador deberá ser una persona jurídica diferente al usuario industrial y al usuario comercial, y sin vinculación económica o societaria con estos, en los términos señalados en los artículos 260-1, 450 a 452 del Estatuto Tributario y 260 a 264 del Código de Comercio.

iii) Como requisitos generales para la declaratoria de la zona franca, el artículo 26 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el artículo 10 del Decreto 278 de 2021, establece los siguientes: a) la constitución de una persona jurídica domiciliada en el país; b) la identificación de los representantes legales, miembros de junta directiva, socios, accionistas y controlantes directos e indirectos; c) la inscripción en el Registro Único Tributario; d) la presentación de los estados financieros; e) la manifestación bajo la gravedad del juramento de que ni el representante de la persona jurídica, ni ella han sido sancionados con la cancelación de la habilitación o autorización como operador de comercio exterior o condenados por una serie de delitos, durante los 5 años anteriores a la presentación de la solicitud; y f) la no existencia, por regla general, de deudas exigibles en materia tributaria, aduanera o cambiaria, o demás acreencias en favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a la fecha de presentación de la solicitud.

Asimismo, la solicitud de la declaratoria de existencia de la zona franca debe acompañarse de un Plan Maestro de Desarrollo General, el cual debe contener: a) un resumen ejecutivo del proyecto; b) una descripción detallada del proyecto de inversión; c) el área de la zona franca; d) un plan de promoción de internacionalización; y e) los estudios de factibilidad técnica, financiera y jurídica.

También debe acreditarse que el uso del suelo está permitido para el desarrollo del proyecto, y que esté último cumple con lo exigido por la autoridad ambiental. Asimismo, el solicitante debe: a) presentar un cronograma para la realización del cerramiento del 100% del área declarada como zona franca, b) relacionar los equipos que utilizará, y c) comprometerse a establecer un programa de sistematización de las operaciones de la zona franca para el manejo de inventarios.

Finalmente, además de los requisitos que establezcan normas especiales, el solicitante debe postularse o postular un usuario operador, el cual deberá acreditar los requisitos exigidos en el Decreto⁵³.

iv) Una vez radicada la solicitud de declaratoria de la zona franca, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe solicitar concepto a la Dirección de Impuestos

⁵³ Postularse o postular un usuario operador, según la zona franca de que se trate, y acreditar los requisitos exigidos en el presente Decreto.

y Aduanas Nacionales. También deberá enviar copia de la solicitud y requerirá concepto al Departamento Nacional de Planeación sobre el impacto económico del proyecto de inversión. Adicionalmente, el Ministerio podrá solicitar conceptos al ministerio del ramo de que haga parte la inversión o a otras entidades competentes que regulen las actividades relacionadas con la declaratoria de existencia de la zona franca (artículo 49, modificado por el artículo 23 del Decreto 278 de 2021).

v) El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo debe declarar la existencia de la zona franca a través de un acto administrativo. En ese mismo acto, se autoriza al usuario operador (artículo 50)⁵⁴.

vi) Frente al término de duración de la zona franca, el artículo 23 del decreto, modificado por el Decreto 278 de 2021, consagra:

Artículo 23. Término de la declaratoria de existencia y prórroga. El término de la declaratoria de existencia de una zona franca será hasta por treinta (30) años, que podrá ser prorrogado por un término igual de treinta (30) años.

El término de autorización del usuario operador y el de calificación para los usuarios industriales y usuarios comerciales no podrán exceder el autorizado para la zona franca.

La Comisión Intersectorial de Zonas Francas, al momento de estudiar las solicitudes de prórroga, evaluará que se cumplan las finalidades a que hace referencia el artículo 2º de la Ley 1004 de 2005⁵⁵.

⁵⁴ Artículo 50. Contenido del acto administrativo de declaratoria de existencia de una zona franca. El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo emitirá el acto administrativo de declaratoria de existencia de una zona franca. Dicho acto deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

1. Localización y área del terreno.
2. Descripción del proyecto.
3. Número y fecha del acta de aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General de la zona franca y emisión del concepto favorable sobre la viabilidad de la declaratoria de existencia de la zona franca por parte de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas.
4. Cumplimiento de los requisitos del área.
5. Cumplimiento de los requisitos generales y especiales para la declaratoria de existencia de la zona franca.
6. Indicación de los compromisos de inversión y empleo.
7. Requisitos y criterios para la autorización del usuario operador.
8. Autorización del usuario operador.
9. Reconocimiento del usuario industrial cuando se trate de una zona franca permanente especial.
10. El término de la declaratoria de la zona franca.
11. La obligación de constituir la garantía en los términos y condiciones en los que deba otorgarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 88 del presente decreto.
12. Forma en que se notificará el acto administrativo y el recurso que procede contra el mismo.
13. Indicación de la remisión de copias.

Copia del acto administrativo de declaratoria de existencia de una zona franca deberá ser remitida a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondiente, a la Dirección de Gestión de Aduanas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y a la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas con jurisdicción territorial sobre la zona franca declarada, para efectos de la aprobación de la garantía de que trata el artículo 88 del presente decreto, y el otorgamiento del código de identificación de la zona franca y la actualización del RUT.

La calidad de usuario industrial de las zonas francas permanentes especiales se adquiere una vez se notifique el acto administrativo de reconocimiento expedido por Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. En el mismo acto administrativo, se deberá autorizar al usuario operador.

⁵⁵ La norma anterior establecía: El término de la declaratoria de existencia de una zona franca será:

1. Cuando se trate de una zona franca permanente el término inicial no podrá exceder de treinta (30) años, que podrá ser prorrogado hasta por treinta (30) años más, independientemente del término inicialmente autorizado.
2. Cuando se trate de una zona franca permanente especial el término inicial no podrá exceder de treinta (30) años. No obstante, y en los casos donde el término inicialmente autorizado sea menor,

4. Diferencias entre las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y el Decreto 2147 de 2016, respecto a la declaratoria de las zonas francas

Como puede observarse de la revisión de los Decretos 2480 de 1993 y 2147 de 2016, encuentra la Sala que, en términos generales, mientras el primero regula las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, el segundo se refiere, principalmente, a las zonas francas que operan con bienes de propiedad de particulares.

Como consecuencia de lo anterior, al compararse el Decreto 2480 de 1993 con lo incorporado en las normas del Decreto 2147 de 2016, respecto a la declaratoria de existencia de una zona franca, es posible identificar diferencias relativas a: i) la iniciativa para la declaratoria de la zona franca; ii) la selección del usuario operador, y iii) la celebración de un contrato de arrendamiento por parte del usuario operador seleccionado con la Administración.

En efecto, de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 2147 de 2016, la solicitud de declaratoria de existencia de una zona franca es realizada por la persona jurídica que pretenda ser usuario operador, industrial o administrador de la zona:

Artículo 25. Solicitud de declaratoria de zona franca. La solicitud de declaratoria de existencia de una zona franca deberá presentarse por escrito ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo por parte de la persona jurídica que pretenda ser el usuario operador, o por el único usuario industrial de la zona franca o por el usuario administrador, según la clase de zona franca de que se trate, cumpliendo con los requisitos señalados en el presente decreto.

El usuario operador deberá dedicarse exclusivamente a las actividades propias de dichos usuarios y tendrá los tratamientos especiales y beneficios tributarios una vez sea autorizado como tal.

Parágrafo. Para obtener la declaratoria de existencia de una zona franca, el usuario operador deberá ser una persona jurídica diferente al usuario industrial y al usuario comercial, y sin vinculación económica o societaria con estos, en los términos señalados en los artículos 260-1, 450 a 452 del Estatuto Tributario y 260 a 264 del Código de Comercio. (Subrayas fuera del texto).

Por consiguiente, en principio, bajo el Decreto 2147 de 2016, la iniciativa para la declaratoria de existencia de una zona franca radica en la persona interesada en ser el usuario operador, usuario industrial o administrador de la zona⁵⁶.

el término restante para completar los treinta (30) años se podrá solicitar como prórroga. En el evento de que el término inicial autorizado haya sido de treinta (30) años, no habrá lugar a otorgar prórroga alguna.

El término de autorización del usuario operador y el de calificación para los usuarios industriales y usuarios comerciales no podrán exceder el autorizado para la zona franca.

La Comisión Intersectorial de Zonas Francas, al momento de estudiar las solicitudes de prórroga, evaluará que se cumplan las finalidades a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005.

⁵⁶ Ahora bien, lo anterior no es obstáculo para que el Gobierno Nacional, si así lo considera pertinente, pueda declarar por iniciativa propia la existencia de una zona franca. Esta facultad, advierte la Sala, encuentra fundamento en el artículo 4 de la Ley 1004 de 2005, disposición que le permite al Gobierno «Determinar lo relativo a la autorización y funcionamiento de Zonas Francas Permanentes o Transitorias», y en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución, que encomienda al Presidente de la República la labor de: Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las

Lo anterior, difiere sustancialmente de lo acontecido con las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, las cuales fueron constituidas por iniciativa de la propia Administración. Así, el Decreto 2480 de 1993, «por el cual se establece un régimen de zona franca industrial de bienes y de servicios para las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación», determinó en su artículo 1º:

Artículo 1º El Ministerio de Comercio Exterior podrá declarar como zonas francas industriales de bienes y de servicios, total o parcialmente, las áreas geográficas que han venido operando como zonas francas industriales y comerciales, y cuyos establecimientos públicos operadores se encuentran en proceso de liquidación, conforme a lo ordenado por el Decreto 2111 de 1992. (Subrayas fuera del texto).

Por su parte, el artículo 3º dispuso:

Artículo 3º La dirección, administración y promoción de las zonas francas a que se refiere este decreto estará a cargo de un usuario-operador, que será seleccionado por el Ministerio de Comercio Exterior de acuerdo con los procedimientos señalados en este decreto. El usuario operador deberá reunir las calidades previstas en los artículos 8o. y 9o. del Decreto 2131 de 1991. (Subrayas fuera del texto).

En lo que respecta a la selección del usuario operador de la zona franca, el Decreto 2147 de 2016 no establece la realización de una convocatoria pública para el efecto. Esta postura es completamente opuesta a la adoptada por el Decreto 2480 de 1993, la cual consagró en su artículo 5º:

Artículo 5º El Ministerio de Comercio Exterior, para efectos de la selección del usuario-operador y la declaratoria de las zonas francas aquí previstas, efectuará una convocatoria pública y fijará los términos y condiciones mínimas para proponer, así como el plazo límite para la presentación de las solicitudes. (Subrayas fuera del texto).

De esta suerte, mientras las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca nacieron por iniciativa del Ejecutivo, luego de surtirse un proceso de convocatoria pública, las zonas francas que se declaran bajo el Decreto 2147 de 2016 son fruto de la solicitud de un potencial inversionista y no requieren la mencionada convocatoria.

Asimismo, por expreso mandato del Decreto 2480 de 1993, los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, una vez fueron seleccionados, debieron celebrar un contrato de arrendamiento con el Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En el caso de la declaratoria de existencia de las zonas francas sometidas al Decreto 2147 de 2016, no se requiere la celebración de un contrato de arrendamiento con el Ministerio, pues estas operan en bienes pertenecientes a particulares, ya sean de propiedad del inversionista o de un tercero⁵⁷. En este

actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.

⁵⁷ Artículo 12. Inmuebles en zona franca. La propiedad de los terrenos que pretendan declararse como zona franca podrá ser del usuario operador o de terceros, siempre y cuando aquel tenga un título jurídico de disposición o uso del área para afectarla como zona franca.

Tales terrenos, una vez declarados, podrán ser de propiedad o tenencia de cualquier usuario o de un tercero, siempre que sean destinados a las actividades propias de zona franca. Los negocios

último caso, además, dicho contrato debe celebrarse de manera previa a la declaratoria de existencia de la zona, tal como se desprende del artículo 26 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el Decreto 278 de 2021, el cual establece:

Requisitos generales para la declaratoria de zonas francas. Quien pretenda obtener la declaratoria de una zona franca deberá cumplir con los siguientes requisitos:

[...]

7.7. Estudio de factibilidad jurídica, el cual deberá garantizar la disponibilidad jurídica de los terrenos en los que se desarrollará el proyecto para el uso o destino de la zona franca, por el mismo plazo que se pretenda obtener la declaratoria de zona franca, para lo cual es necesario presentar:

[...]

7.7.3. Cuando se pretenda la declaratoria de existencia de una zona franca en terrenos que no sean propiedad de la persona jurídica que solicite la declaratoria de existencia de zona franca, se deberán allegar los contratos correspondientes donde se evidencie la disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca. El término de la declaratoria en ningún caso podrá exceder del término de vigencia de dichos contratos.

Ahora bien, a pesar de las diferencias anteriores, por expreso mandato legal del Decreto 2147 de 2016, tanto la prórroga de las zonas francas que operan en bienes de la Nación, como de aquellas que operan en bienes de propiedad de particulares, quedaron sometidas a lo consagrado en el Decreto 2147 de 2016. Así, el artículo 86-7, disposición adicionada por el Decreto 1054 de 2019, señala:

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

Como se explicará más adelante, esta situación provoca importantes dificultades frente a la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca.

5. Caso concreto

A juicio de la Sala, una interpretación del Decreto 1054 de 2019 en el sentido de que la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, conlleva la prórroga de los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de dichas zonas, desconoce lo consagrado en el estatuto de contratación estatal.

Lo anterior, en la medida en que la prórroga de los contratos de arrendamiento por 30 años más es contraria a los principios de igualdad, libre competencia y libre competencia.

jurídicos de disposición de los terrenos no estarán sujetos a autorizaciones o requisitos distintos a los que prevé la ley para operaciones similares en el resto del territorio nacional, siempre que no se remplace la actividad principal para la cual se calificó o autorizó al usuario. Decreto 2147 de 2016, artículo 12.

5.1. La afectación de la libre concurrencia y la libre competencia

5.1.1. Las prórrogas de los contratos relativos a las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y los correspondientes contratos de arrendamiento, están sujetos a la Ley 80 de 1993 y a las modalidades de selección del contratista

Frente a las preguntas planteadas en la consulta, la Sala considera importante señalar que la aplicación de las normas del Decreto 1054 de 2019 al caso particular de los usuarios operadores que prestan sus servicios en las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca debe sujetarse a los postulados de la Ley 80 de 1993 en materia de contratación estatal.

En virtud de lo anterior, y bajo el criterio de interpretación jerárquico de las normas, el Decreto 1054 de 2019 no puede ser aplicado en lo que concierne a la prórroga de la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, sin tener en cuenta las disposiciones para la selección de contratistas previstas en la Ley 80.

5.1.1.1. Los principios de la contratación estatal y la Constitución

Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13, 333 y 334 del texto superior, los particulares tienen el derecho a participar en la actividad económica de la Nación, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa. El ejercicio de este derecho debe ser garantizado en igualdad de condiciones. Sobre el particular, en la Sentencia C-815 de 2001, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

El derecho a la igualdad de oportunidades, aplicado en la contratación de la [A]dministración pública, como en el caso del contrato de concesión, se plasma en el derecho a la libre concurrencia u oposición, por virtud del cual, se garantiza la facultad de participar en el trámite concursal a todos los posibles proponentes que tengan la real posibilidad de ofrecer lo que demanda la administración.

[...]

3.3 La libre competencia económica

La libre competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita.

De acuerdo con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política, se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad.

Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del

mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.

Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.

Es así como, "... a los luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia... En ese contexto y supuesto el espacio de concurrencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia...".

Por lo tanto, resultan admisibles conforme a la Constitución las restricciones que se establezcan por el legislador para promover la libre competencia.

Como una manifestación de los anteriores principios, especialmente el de igualdad, el parágrafo del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007, entiende la licitación como el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

5.1.1.2. Los principios de la contratación estatal y el Decreto 1054 de 2019

Conforme se ha expuesto, el Decreto 1054 de 2019 fue expedido con el propósito de reglamentar los requisitos y procedimientos que deben realizarse en el trámite de ampliación del término fijado para el funcionamiento de las zonas francas.

Si bien el Decreto tiene por objeto reglamentar, de manera general, el procedimiento de prórroga de las zonas francas del país, la Sala observa que este regula dicha prórroga en cabeza de quienes ostentan la calidad de actuales usuarios operadores.

Desde este punto de vista, para el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la norma solo permitiría la prórroga de dichas zonas francas y por ende, la prórroga del contrato de arrendamiento con los actuales usuarios operadores.

Tal situación implicaría excluir a aquellos terceros que pueden estar interesados en presentar ofertas para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, y celebrar el correspondiente contrato de arrendamiento sobre los inmuebles en que estas operan.

Así, el artículo 86-2 del Decreto 2147 de 2016, adicionado por el artículo 1º del Decreto 1054 de 2019 establece:

Requisitos y compromisos para la aprobación de la prórroga del término de declaratoria de zonas francas. La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de una zona franca deberá presentarse ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo **por parte del usuario operador de la zona franca** permanente y/o del usuario industrial de la zona franca permanente especial, cumpliendo con los siguientes requisitos: (subrayas de la Sala).

Como puede observarse, una interpretación literal y descontextualizada de la norma, llevaría a concluir que, en el caso específico de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la prórroga de la zona franca, y por ende, la del respectivo contrato de arrendamiento, solo podría efectuarse con sus actuales usuarios operadores.

Con todo, esta interpretación no sería acorde con los principios de igualdad y transparencia, y afectaría la libre concurrencia de las personas que quieren participar en la administración de las citadas zonas francas y suscribir el correspondiente contrato de arrendamiento.

Tampoco sería acorde con dichos principios, una interpretación del Decreto 1054 de 2019 en el sentido de que la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, conlleva a su vez la prórroga de los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de dichas zonas.

Es importante destacar, tal como se indicó en apartado anterior de este concepto, conforme a los principios que guían la contratación estatal, que las actuales zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca surgieron como consecuencia de una convocatoria pública para la declaratoria y la selección del correspondiente usuario operador, garantizándose de esta manera los principios de libre concurrencia y transparencia en la entrega, por parte del Estado, de la explotación económica de bienes de interés público y del respectivo contrato de arrendamiento, lo que fue desarrollado en los artículos 5º y 6º del Decreto 2480 de 1993 y la Resolución 290 de 14 de marzo de 1994 del Ministerio de Comercio Exterior, hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

Al operar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca con bienes de propiedad de la Nación, y al tratarse de una norma de inferior categoría, el Decreto Reglamentario 1054 de 2019 no puede implicar el desconocimiento de los postulados de la Ley 80 de 1993 en materia de los principios orientadores de la contratación estatal⁵⁸.

Con arreglo a lo anterior, las disposiciones del Decreto 2147 de 2016, adicionadas por el artículo 1º del Decreto 1054 de 2019, que regulan el procedimiento para la prórroga de las zonas francas que operan en bienes de propiedad de la Nación, deben interpretarse en consonancia con los mandatos de la Ley 80 de 1993⁵⁹.

⁵⁸ Vale la pena destacar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, las leyes aplicables a un contrato son aquellas vigentes al momento de su celebración. En este sentido, se ha indicado: "Por otra parte, el artículo 38 de la Ley 153 de 1887 contiene un principio general sobre contratación según el cual "En todo contrato se entenderán incorporadas las Leyes vigentes al tiempo de su celebración". (...) Conforme a nuestra legislación actual, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de enero de 2012. Radicación número: 41001-23-31-000-1994-07682-01(20461).

⁵⁹ Frente a la interpretación sistemática de las normas, la Corte Constitucional señaló en la Sentencia C-560 de 2000: El asunto que en esta oportunidad se presenta a consideración de la Corte es un buen ejemplo de aquellos casos en los que el proceso mediante el cual se pretende aplicar una norma de derecho, ha de hacerse mediante la integración sistemática de diversos

Dentro de este marco, para la Sala, la Administración en el trámite de prórroga de las actuales zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, tiene la obligación de garantizar y velar por la aplicación de los principios de transparencia y libre concurrencia, selección objetiva, igualdad, imparcialidad, responsabilidad, entre otros, establecidos en la Ley 80 de 1993. Estos principios resultan aplicables en el trámite de prórroga de las señaladas zonas francas.

En esta medida, se deberá garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad y transparencia, para de esta manera hacer efectiva la supremacía del interés general, la libre concurrencia de los interesados en contratar con el Estado, la igualdad de los oferentes,⁶⁰ la publicidad de todo el *iter* contractual, la selección objetiva del contratista, esto es, del usuario operador de la zona franca, así como el derecho a cuestionar o controvertir las decisiones que en esta materia realice la Administración⁶¹.

En el caso objeto de estudio, es importante distinguir entre la prórroga de la existencia de la zona franca, para lo cual el Gobierno Nacional debe realizar los trámites pertinentes, de la selección del usuario operador que la explotará.

Los principios de igualdad y libre concurrencia permiten que terceros interesados y los actuales usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca tengan la posibilidad de participar, dentro del marco de un proceso público y competitivo, en la selección del usuario operador que explotará las zonas francas, y con el cual deberá suscribirse el correspondiente contrato de arrendamiento.

Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de libertad de concurrencia⁶² tiene correlación con el de igualdad de oportunidades, aun cuando no tienen el mismo contenido, pues, por una parte, asegura la igualdad de oportunidades a los particulares y, por otra, facilita la selección de quien presenta la oferta más favorable.

Esta facultad implica, igualmente, que el principio de libre concurrencia no es de carácter absoluto sino relativo, toda vez que el ordenamiento jurídico en aras del interés público le impone ciertas limitaciones por mandato legal o constitucional, «que derivan de la necesidad de asegurar la capacidad civil, la idoneidad moral (ausencia de inhabilidades e incompatibilidades), y las calidades técnicas, profesionales y económicas y financieras que aseguren el cumplimiento de las prestaciones requeridas por la Administración Pública».

Aunado a lo anterior, la Sala observa que el procedimiento para la selección de usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca deberá garantizar la aplicación del deber de selección objetiva, expresamente

preceptos que regulan un mismo evento. De nada sirve el ejercicio de interpretación que se reduce a los límites de una sola disposición –v.gr. el artículo acusado-, cuando la adecuada comprensión [sic] de dicho precepto depende de la integración de artículos contenidos en otras regulaciones. El ordenamiento jurídico presenta con frecuencia normas incompletas, cuyo contenido y finalidad deben articularse junto a otras reglas; sólo de este modo es posible superar supuestas incongruencias al interior de un orden normativo.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2001, Expediente 12037.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2016. Número único de radicación 76001-23-31-000-2005-02371.

⁶² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia del 3 de diciembre de 2007. Radicación número: 11001-03-26-000-2003-00014-01(24715).

consagrado por el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, a cuyo tenor la selección del usuario operador debe ser objetiva, finalidad que se concreta cuando la selección recae sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública y a los fines perseguidos, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

El artículo 88 de la Ley 1474 de 2011⁶³ dispone, a su vez, que la oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación manifestó lo siguiente⁶⁴:

Se encontraba previsto expresamente en el derogado artículo 29 de la Ley 80 de 1993, actualmente consagrado en el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, disposiciones conforme a las cuales “la selección de contratistas será objetiva”, que “es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva”, que “ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido” y que “el administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”

De ésta forma, la objetividad en la elección de un contratista **en cualquier proceso de selección que se trate**, hace parte integral del principio de interés general, pues por medio de éste lo que se busca es seleccionar la propuesta que sea más favorable para la satisfacción de los intereses colectivos, siendo improcedente tener en cuenta alguna consideración subjetiva.

Luego, si lo que se busca mediante el principio al que se alude es la escogencia de la propuesta más favorable para la satisfacción de las necesidades o finalidades estatales, es evidente que para que la administración así pueda determinarlo debe realizar un ejercicio comparativo entre las diversas propuestas presentadas, para lo cual debe fijar reglas claras, objetivas y completas que permitan el libre acceso al proceso de selección de todos aquellos sujetos interesados en contratar con ella en condiciones de igualdad y libre competencia.[resaltado fuera de texto original]

La Sala prohíja los argumentos expuestos en la jurisprudencia de esta Corporación en los que se ha resaltado cómo el deber de selección objetiva constituye uno de los más importantes de la contratación estatal, dada su

⁶³ Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 27 de enero de 2016. Número único de radicación 76001-23-31-000-2005-02371.

capacidad de asegurar el cumplimiento de los demás, en tanto con él se persigue garantizar la elección de la oferta más favorable para la entidad y el interés público implícito en esta actividad de la Administración, mediante la aplicación de precisos factores de escogencia, que impidan una contratación fundamentada en una motivación arbitraria, discriminatoria, caprichosa o subjetiva, lo cual sólo se logra si en el respectivo proceso de selección se han honrado los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, buena fe, economía y responsabilidad⁶⁵.

En el caso específico de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, al establecer el Decreto 2147 de 2016 un procedimiento de prórroga de las zonas francas, que no permite la participación de terceros interesados en presentar ofertas en un concurso abierto y público, se impide la libre competencia, razón por la que es dable concluir que dicha normativa vulnera las disposiciones superiores de la Ley 80 de 1993.

Asimismo, una interpretación del Decreto 1054 de 2019 en el sentido de que la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, conlleva a su vez la prórroga de los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de dichas zonas también resulta violatoria del estatuto de contratación estatal.

Una clara muestra de la incompatibilidad de las disposiciones del Decreto 2147 de 2016 en materia de la prórroga de las zonas francas actuales que operan en bienes de propiedad de la Nación, sin sujeción a los postulados de la Ley 80 de 1993, es el hecho que de concederse la extensión de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, contratos de arrendamiento que originalmente tenían un plazo de 15 años y que fueron prorrogados con anterioridad, se prorroguen nuevamente⁶⁶ y alcancen, finalmente, un plazo de 60 años, lo que equivaldría a cuatro veces su plazo inicial.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Procesos números 24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447 -acumulados-. ver también sentencia del 30 de enero de 2013. Exp 21.492.

⁶⁶ La jurisprudencia nacional ha rechazado las prórrogas sucesivas en los contratos estatales. Así, en la sentencia C-068 de 2009 la Corte rechazó las prórrogas sucesivas en un contrato de concesión por considerar que afectaban indebidamente la participación en condiciones de igualdad, así como la libre competencia económica. En línea con lo anterior, concluyó que la prórroga de los contratos debía limitarse a una sola vez: la Corte estima que **las prórrogas sucesivas resultan violatorias del derecho a la participación en condiciones de igualdad y a la libre competencia económica**, pues benefician en términos desproporcionados al concesionario parte en el contrato inicial, al privar de su ejercicio efectivo a quienes no participaron o no resultaron escogidos en el proceso que culminó con su otorgamiento, así como a nuevos oferentes que se encuentren en condiciones técnicas y financieras habilitantes para competir en el desarrollo del objeto contractual de la concesión portuaria.

A ello se añade que la indeterminación del número de prórrogas puede derivar en una especie de perpetuidad del término efectivo de una concesión, y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que por mandato constitucional ha de ser temporal (artículo 63 C.P.). Así habrá de decidirse que las prórrogas “sucesivas” en número indeterminado viola los artículos 2º, 13 y 333 de la Constitución Política. (...)

5.3. La posibilidad de que existan prórrogas sucesivas sin ninguna precisión, entraña, como lo aduce el actor, una indeterminación irrazonable y desproporcionada, violatoria de la igualdad de oportunidades y de la libre competencia, así como de las libertades económicas, toda vez que abre la puerta a una prolongación ilimitada de la concesión portuaria y a la ocupación permanente de bienes de uso público por parte de particulares. De ahí que la posibilidad de prórroga de las concesiones portuarias deba limitarse a una sola vez. Se declararán inexecutable las expresiones del inciso primero del artículo 8º de la Ley 01 de 1991, que establecen la posibilidad de prórrogas sucesivas de las concesiones portuarias. (Subrayas y negrillas de la Sala).

De manera más reciente, la Corte Constitucional reafirmó que las prórrogas sucesivas afectan el derecho a la igualdad y a la libre competencia: Esa decisión entra en tensión con la libre empresa, dado que es posible que su aplicación degeneren en que un tercero no pueda realizar la actividad

De otra parte, las disposiciones del Decreto reglamentario 1054 de 2019 que regulan la prórroga de las zonas francas que operan sobre bienes de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo deben estar acordes con los límites previstos en la Ley 80 de 1993 para los contratos adicionales.

Al respecto, es importante precisar que la prórroga de las zonas francas y el consecuente arrendamiento del bien inmueble implica un mayor valor del contrato, en la medida que el mayor plazo genera un mayor valor en la explotación y un mayor valor de retribución a la entidad estatal por el otorgamiento de la zona franca y del bien inmueble correspondiente.

No puede perderse de vista que los señalados contratos de arrendamiento no son contratos de arrendamiento comunes y corrientes, sino que corresponden a negocios jurídicos que incorporan obligaciones relacionadas con la promoción, administración, dirección y operación de las zonas francas.

Dentro de este marco, de prorrogarse el contrato de arrendamiento como consecuencia de la prórroga de la zona franca podría desconocerse la restricción contenida en el parágrafo del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, según la cual «los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste **en salarios mínimos legales mensuales**».

5.1.2. La no aplicación de la modalidad de contratación directa a los contratos de arrendamiento de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

Para la Sala, si bien resulta cierto afirmar que el arrendamiento de bienes inmuebles es uno de aquellos casos en los que las normas de contratación estatal han dispuesto que puede acudir a la modalidad de contratación directa, con sujeción a lo previsto en el Decreto 1510 de 2013, en el caso concreto de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca no resulta aplicable dicha disposición habida cuenta que los referidos contratos encuentran su causa o razón de ser en la explotación de las zonas francas aludidas y se convierten en contratos de arrendamiento especiales y no comunes en tanto, como se ha expresado en este concepto, el objeto del contrato no se limita exclusivamente a

portuaria. La inaplicación del artículo 1 de la Ley de 1991 descarta la vigencia de la Sentencia C-068 de 2009, que proscribió los plazos de prórroga sucesivos y perennes. De ahí que podrían plantearse lapsos indefinidos o perpetuos, debido a la indeterminación de la expresión “estime necesario” que recae sobre el tiempo en que se ampliaría la prórroga. Lo antepuesto colisiona con los derechos a la libre competencia (Art. 333) y a garantizar la participación abierta de los particulares en los procesos económicos. [...] Agotado las fases anteriores, se concluye que esa posibilidad hermenéutica enjuiciada afecta de manera desproporcionada los derechos mencionados, pues pone obstáculos a los competidores para prestar los servicios portuarios. Una prórroga indeterminada e indefinida podría avalar una cierta perpetuidad en el término efectivo de una concesión y convertir en permanente la ocupación de bienes de uso público, que es temporal por mandato del artículo 63 Superior. La indeterminación extrema en prórrogas de los contratos de concesión ha sido considerada inconstitucional por parte de la Corte Constitucional en época de normalidad y anormalidad.

Por su parte, el Consejo de Estado también se ha referido a las prórrogas de los contratos estatales. Así, la Sección Tercera señaló en el año 2017: De lo anterior se concluye que **las prórrogas automáticas, sucesivas o perpetuas son ajenas al ordenamiento jurídico colombiano, en tanto cercenan la competencia de decisión de la administración y se erigen como privilegios particulares que pugnan con el interés general.** En consecuencia, son las necesidades que se pretenden satisfacer las llamadas a definir la extensión temporal en que deben cumplirse los contratos, de acuerdo con cada una de sus particularidades, las cuales deberán ser analizadas proporcionalmente por la entidad contratante. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de junio de 2017. Radicación número: 07001-23-31-000-2007-00021-01(36117).

conceder el uso y goce de unos inmuebles, sino también a regular y a asegurar el funcionamiento de la zona franca.

De otro lado, los contratos arrendamiento de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca forman parte inescindible de una actuación administrativa más amplia y general, la cual debe surtirse mediante una convocatoria pública, tendiente a seleccionar los nuevos usuarios operadores. En estas condiciones, no podría afirmarse que la escogencia de los futuros contratistas se haga, realmente, de forma directa, pues dicha escogencia se haría en forma simultánea con la selección de los respectivos usuarios operadores.

En este sentido, el razonamiento según el cual la prórroga de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y su consecuente explotación, no puede surtirse de manera independiente de los contratos de arrendamiento de los bienes públicos donde operan, aunque se trate de figuras jurídicas distintas, resulta plenamente aplicable, en razón: i) al estrecho vínculo que existe entre la operación de la zona franca y el contrato de arrendamiento de los inmuebles y ii) las características especiales de este último, dentro de las que se destacan, la imposición al arrendatario-usuario operador de obligaciones dirigidas a la promoción, dirección, administración y operación de la zona franca.

En razón de lo anterior, para estos efectos, puede afirmarse que:

i) Sin la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, los contratos de arrendamiento especiales carecen de sustento, y

ii) Sin una convocatoria pública, en el marco de un procedimiento de licitación para escoger al usuario operador de la zona franca, no es posible la celebración de los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles ubicados en las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, contratos que, de manera inescindible, están estrechamente ligados a la explotación de las zonas francas, en tanto, se reitera, no son contratos de arrendamiento «comunes». De allí que, tampoco les resulta aplicable, el régimen de contratación directa para inmuebles estatales, como expresamente dispone el artículo 2.2.1.2.1.4.11. del Decreto 1082 de 2015⁶⁷.

Así las cosas, a juicio de la Sala, tratándose de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, el Estado solo puede contratar el arrendamiento de los inmuebles con las personas a las que previamente les haya entregado la explotación de la zona franca. Por lo tanto, los contratos de arrendamiento dependerán, necesariamente, del acto a través del cual se entrega o adjudica la explotación de la actividad económica.

En conclusión, dada la naturaleza y características especiales de los contratos de arrendamiento de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, y su estrecha vinculación con el acto de declaratoria de las tales zonas francas, es

⁶⁷ **Artículo 83. Arrendamiento de bienes inmuebles.** Las Entidades Estatales pueden alquilar o arrendar inmuebles mediante contratación directa para lo cual deben seguir las siguientes reglas:

1. Verificar las condiciones del mercado inmobiliario en la ciudad en la que la Entidad Estatal requiere el inmueble.
2. Analizar y comparar las condiciones de los bienes inmuebles que satisfacen las necesidades identificadas y las opciones de arrendamiento, análisis que deberá tener en cuenta los principios y objetivos del sistema de compra y contratación pública.

aplicable la Ley 80 de 1993, según la cual, la escogencia del contratista debe hacerse, por regla general, a través de una licitación.

En suma, para el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca debe hacerse entonces una convocatoria pública que tenga por fin la selección de los usuarios operadores de las zonas francas, con quienes, una vez seleccionados, se celebrarán los contratos de arrendamiento sobre los bienes inmuebles donde operan.

Por lo anterior, no resulta procedente la aplicación de la causal de contratación directa.

5.2. El caso del requisito de disponibilidad jurídica. Dificultades creadas por la aplicación del Decreto 1054 de 2019 al caso particular de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca

El Decreto 2147 de 2016 permite que una zona franca opere con inmuebles de propiedad del usuario operador o de un tercero. Así, el artículo 12 del Decreto dispone:

Inmuebles en zona franca. La propiedad de los terrenos que pretendan declararse como zona franca podrá ser del usuario operador o de terceros, siempre y cuando aquel tenga un título jurídico de disposición o uso del área para afectarla como zona franca.

Tales terrenos, una vez declarados, podrán ser de propiedad o tenencia de cualquier usuario o de un tercero, siempre que sean destinados a las actividades propias de zona franca. Los negocios jurídicos de disposición de los terrenos no estarán sujetos a autorizaciones o requisitos distintos a los que prevé la ley para operaciones similares en el resto del territorio nacional, siempre que no se remplace la actividad principal para la cual se calificó o autorizó al usuario.

En desarrollo de lo anterior, el numeral 7.7 del artículo 26 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el Decreto 278 de 2021, establece:

7.7. Estudio de factibilidad jurídica, el cual deberá garantizar la disponibilidad jurídica de los terrenos en los que se desarrollará el proyecto para el uso o destino de la zona franca, por el mismo plazo que se pretenda obtener la declaratoria de zona franca, para lo cual es necesario presentar:

7.7.1. Estudio debidamente suscrito por un abogado titulado de los títulos de propiedad de los terrenos sobre los que se desarrollará físicamente el proyecto de zona franca, al que se anexará copia de la tarjeta profesional, con los siguientes requerimientos mínimos: propietarios, ubicación y linderos del predio, tradición de los últimos diez (10) años, condiciones jurídicas, gravámenes, condiciones resolutorias, limitaciones al dominio y pleitos pendientes. Así mismo, se deberá manifestar que no se vulnera la prohibición de concentración de tierras prevista en el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 o demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan. Dicho estudio deberá haberse realizado dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

En caso que sobre los terrenos que se solicitan declarar como zona franca se presenten condiciones jurídicas, gravámenes, condiciones resolutorias, limitaciones al dominio o pleitos pendientes, en el estudio de títulos se deberá demostrar que dichos eventos no afectan la disponibilidad y el uso del terreno para la zona franca.

7.7.2. Certificados de tradición y libertad de los terrenos que formen parte del área que se solicita declarar como zona franca, que deberán haber sido expedidos por la

respectiva oficina de registro de instrumentos públicos, y tener una fecha de expedición máxima de treinta (30) días calendario anteriores a la respectiva solicitud.

7.7.3. Cuando se pretenda la declaratoria de existencia de una zona franca en terrenos que no sean propiedad de la persona jurídica que solicite la declaratoria de existencia de zona franca, se deberán allegar los contratos correspondientes donde se evidencie la disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca. El término de la declaratoria en ningún caso podrá exceder del término de vigencia de dichos contratos⁶⁸.

Ahora bien, respecto al cumplimiento del requisito de disponibilidad jurídica en el caso de zonas francas permanentes ubicadas en terrenos de propiedad del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el parágrafo 1º del artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016 consagra:

La solicitud de prórroga del término de declaratoria de existencia de la zona franca permanente de que trata este artículo, se podrá presentar sin la acreditación del requisito de disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca contemplado en el numeral 4 del numeral 8.8.5 del artículo 26 del presente Decreto o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

Este requisito deberá acreditarse por parte del solicitante de manera previa a la solicitud del concepto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas.

El término de la autorización de la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona franca permanente en ningún caso podrá exceder el término de vigencia por el cual se acredite la disponibilidad del predio.

La disponibilidad jurídica de los bienes inmuebles que son de propiedad total o parcial de la Nación - Ministerio de Comercio, Industria y Turismo será

⁶⁸ El texto anterior señalaba: 8.8.5. ESTUDIO DE FACTIBILIDAD JURÍDICA:

Debe garantizar la disponibilidad jurídica de los terrenos en los que se desarrollará el proyecto para el uso o destino de la zona franca, por el mismo plazo que se pretenda obtener la declaratoria de zona franca, para lo cual es necesario presentar:

[...]

1. Estudio debidamente suscrito por un abogado titulado de los títulos de propiedad de los terrenos sobre los que se desarrollará físicamente el proyecto de zona franca, al que se anexara copia de la tarjeta profesional, con los siguientes requerimientos mínimos: propietarios, ubicación y linderos del predio, tradición de los últimos diez (10) años, condiciones jurídicas, gravámenes, condiciones resolutorias, limitaciones al dominio y pleitos pendientes. Así mismo, se deberá manifestar que no se vulnera la prohibición de concentración de tierras prevista en el artículo 72 de la Ley 160 de 1994 o demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan. Dicho estudio deberá haberse realizado dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

2. Certificados de tradición y libertad de los terrenos que formen parte del área que se solicita declarar como zona franca, que deberán haber sido expedidos por la respectiva oficina de registro de instrumentos públicos, y tener una fecha de expedición máxima de treinta (30) días calendario anteriores a la respectiva solicitud.

3. Sobre los terrenos que se solicitan declarar como zona franca no pueden existir vulneraciones a la prohibición de concentración de tierras prevista en el artículo 72 de la Ley 160 de 1994, o demás disposiciones que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

En caso que sobre los terrenos que se solicitan declarar como zona franca se presenten condiciones jurídicas, gravámenes, condiciones resolutorias, limitaciones al dominio o pleitos pendientes, en el estudio de títulos se deberá demostrar que dichos eventos no afectan la disponibilidad y el uso del terreno para la zona franca.

4. Cuando se pretenda la declaratoria de existencia de una zona franca en terrenos que no sean propiedad de la persona jurídica que solicite la declaratoria de existencia de zona franca, se deberán allegar los contratos correspondientes donde se evidencie la disponibilidad de los terrenos para el uso de la zona franca. El término de la declaratoria en ningún caso podrá exceder del término de vigencia de dichos contratos.

independiente del acto administrativo por el cual se resuelve la solicitud de prórroga presentada por el usuario operador de la zona franca.

En virtud de esta disposición, la presentación de una solicitud dirigida a extender el plazo del contrato de arrendamiento de los bienes ubicados en la zona franca, no resulta suficiente para dar por satisfecho el requisito de disponibilidad jurídica que debe cumplirse para la prórroga de la declaratoria de existencia de la zona.

Lo anterior, habida cuenta que este requisito, de acuerdo con el Decreto 2147 de 2016, a pesar de no ser exigible al momento de la presentación de la solicitud de dicha prórroga (declaratoria de existencia) (primer inciso), sí debe cumplirse antes de que tenga lugar la petición de concepto a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas (inciso segundo).

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

En efecto, de acuerdo con la norma que lo consagra, quien solicita la declaratoria —o, como ocurre en el caso que nos ocupa, la prórroga— de la existencia de una zona franca tiene la obligación de «garantizar la disponibilidad jurídica de los terrenos en los que se desarrollará el proyecto para el uso o destino de la zona franca, por el mismo plazo que se pretenda obtener la declaratoria de zona franca [...]».

La exigencia se justifica por el hecho de que las zonas francas son, esencialmente, zonas geográficas, en las que se aplica una normativa especial, con los propósitos de fomentar el comercio internacional, crear empleo, entre otros. Así pues, para el Estado resulta esencial comprobar que, efectivamente, quien aspira a administrar y gestionar una zona franca puede garantizar la tenencia pacífica y legítima de los bienes destinados a su funcionamiento. Dado que la gran mayoría de estas zonas operan en bienes particulares, este requisito cobra una especial relevancia en los procedimientos de declaratoria y renovación. Sin esta condición, su adecuado funcionamiento correría grave peligro, pues no existiría certeza sobre la posesión material de los bienes y, por lo tanto, sobre la posibilidad de que allí se cumplan las actividades propias de las zonas francas. Lo anterior es contrario a la estabilidad y a la seguridad jurídica que estas últimas requieren.

En el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la finalidad perseguida con el requisito de disponibilidad jurídica pierde su justificación, pues en este caso, al tratarse de bienes de propiedad de la Nación—Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que es la misma entidad que decide la declaratoria y prórroga de existencia de la zona franca, hay la certeza de que los bienes existen y serán destinados a la operación de la zona.

Asimismo, encuentra la Sala que el cumplimiento del requisito de disponibilidad jurídica para el caso de la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca es de imposible cumplimiento, habida cuenta que el Estado no puede garantizar a una persona la disponibilidad jurídica de estos terrenos, a menos que esta última haya sido seleccionada como usuario operador de la zona franca para el período de vigencia de la prórroga de la zona. En otras palabras, solamente es posible celebrar el contrato de

arrendamiento sobre los bienes donde operará la zona franca, una vez ha sido seleccionado el usuario operador que administrará la zona durante el referido término.

Por lo tanto, no es posible satisfacer el requisito de disponibilidad jurídica, y en consecuencia, no puede exigirse como requisito para solicitar la prórroga de la declaratoria de existencia de una zona franca.

5.3. Conclusión

En virtud de lo anterior, la Sala extrae las siguientes conclusiones:

i) Pese a que, desde el punto de vista jurídico, la declaratoria de existencia de las zonas francas y la suscripción de los contratos de arrendamiento son objetos distintos, para la Sala resulta claro que existe un estrecho vínculo entre la declaratoria de existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca y los contratos de arrendamiento celebrados por los usuarios operadores de las zonas, confluyendo simultáneamente la condición de usuario operador y de arrendatario, en cabeza de cada uno de los adjudicatarios de las zonas francas.

Muestra de lo anterior, es que los señalados contratos de arrendamiento involucran obligaciones que van más allá de las de un arrendatario ordinario, como son las de promoción, dirección, administración y operación de la zona franca. Asimismo, el arrendatario, dentro del contrato de arrendamiento, ostenta la denominación de usuario operador.

Dentro de este marco, los referidos contratos de arrendamiento encuentran su causa o razón de ser en la operación de la zona franca y la selección del usuario operador que la explotará, de tal forma que, sin estas, el contrato carecería de justificación.

ii) Para el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, las normas del Decreto 1054 de 2019 no regulan los contratos de arrendamiento o sus prórrogas, a los cuáles les resulta aplicables el estatuto de contratación.

iii) Teniendo en cuenta lo anterior, los contratos de arrendamiento de los inmuebles donde operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca -que incorporan obligaciones de promoción, dirección, administración y operación de las zonas-, o aquellos que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decida utilizar en el futuro, deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar la zona franca a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación.

A juicio de la Sala, es claro que la exigencia de agotar un procedimiento de selección de los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca solo puede cumplirse a través de una licitación, para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y se seleccione entre ellas la más favorable.

El procedimiento de licitación forma parte de la función administrativa que desarrollan las entidades públicas y, como tal, constituye un procedimiento administrativo orientado por los mismos principios que regulan dicha actividad. De esta forma, la Ley 80 de 1993 y sus modificaciones, las Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como sus decretos reglamentarios, son normas jurídicas que

resultan de obligatorio acatamiento, so pena de afectar la validez de la actuación y, por tanto, del acto de adjudicación e incluso del propio contrato que surja como consecuencia del procedimiento adelantado.

iv) Por su vínculo inescindible con la operación de la zona franca y su especial naturaleza, a los señalados contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca no les resulta aplicable el régimen de contratación directa para inmuebles estatales (2.2.1.2.1.4.11. del Decreto 1082 de 2015).

v) Una interpretación que establezca que, con la prórroga de la existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, automáticamente se prorrogan los respectivos contratos de arrendamiento, no sería acorde al estatuto de contratación estatal.

Como se indicó, es necesario hacer una interpretación sistemática y armónica entre el Decreto 1054 de 2019 con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables, para garantizar la efectividad de estos principios y normas. Una interpretación aislada del Decreto implicaría desconocer los mandatos de dicho régimen.

Como se indicó, es necesario hacer una interpretación sistemática y armónica entre el Decreto 1054 de 2019, que adicionó el Decreto 2147 de 2016, con los principios constitucionales y legales que rigen la contratación de las entidades estatales, y con las demás normas de la Ley 80 de 1993 que resulten aplicables, para garantizar la efectividad de dichos principios. Una interpretación aislada del Decreto implicaría desconocer los mandatos de dicho régimen.

vi) Tampoco resulta exigible para la prórroga de la declaratoria de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca el requisito de disponibilidad jurídica.

Dentro de este marco, y con relación a las inquietudes planteadas por el Ministerio consultante, es dable afirmar que con la expedición del Decreto 1054 de 2019, no surge para la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la obligación de prorrogar (por 30 años, o por cualquier otro plazo) los contratos de arrendamiento celebrados con los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca. Correlativamente, tampoco nace para tales usuarios el derecho a exigir u obtener dicha prórroga, habida cuenta que:

En primer lugar, el Decreto 1054 de 2019 no se refiere a las prórrogas de tales contratos, ni a la celebración de nuevos contratos, sino a la extensión o prórroga de las zonas francas, que son dos cosas diferentes (aunque relacionadas), tal como lo dispone el parágrafo 1° del artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016 (adicionado por el Decreto 1054 de 2019).

En segundo lugar, el Decreto 1054 de 2019 debe interpretarse y aplicarse en armonía con los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal y la libre competencia económica en Colombia, tales como los de igualdad, transparencia y libre competencia, entre otros. En esa medida, y conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, acogida por esta Sala, las prórrogas automáticas y las sucesivas, de carácter indefinido, se encuentran proscritas en la contratación estatal, por vulnerar los señalados principios.

En tercer lugar, porque el requisito de “disponibilidad jurídica”, tal como se encuentra regulado en el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016 (adicionado por el Decreto 1054), resulta inaplicable y de imposible cumplimiento, para el caso de las zonas francas que operan sobre inmuebles de propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En esa medida, una vez terminados los actuales contratos de arrendamiento, por vencimiento del plazo pactado en los respectivos documentos, tendrían que celebrarse nuevos contratos (del tipo o clase que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo estime pertinente) con los usuarios operadores que resulten seleccionados, luego de realizarse una licitación, conforme a la reglamentación que para tal efecto se dicte.

5.4. La aplicación del reglamento de Central de Inversiones S.A, CISA a los contratos de arrendamiento de las zonas francas que operan en bienes de propiedad de la Nación

Concluido el anterior estudio, es preciso continuar ahora con el análisis del caso concreto para el siguiente problema jurídico que se plantea a la Sala de Consulta y Servicio Civil frente a la aplicación del régimen de Central de Inversiones S.A, CISA para acudir, en el caso de no ser posible la prórroga de los actuales contratos de arrendamiento, a los reglamentos que regulan dicha entidad a fin de celebrar y seleccionar los nuevos arrendatarios.

Indaga la entidad consultante si podría el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo contratar con Central de Inversiones S.A, CISA, para que esta seleccione al arrendatario de los inmuebles bajo los criterios, lineamientos o parámetros establecidos en sus propios reglamentos.

Central de Inversiones S.A, CISA S.A, es una sociedad de economía mixta indirecta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, creada mediante Ley 795 de 2003⁶⁹ y reglamentada por el Decreto 4819 de 2017⁷⁰, a su vez modificado por el Decreto 33 de 2015⁷¹.

Al respecto, dispuso el artículo 91 de la Ley 795:

Artículo 91. Régimen de los actos y contratos de la Central de Inversiones S.A. La Central de Inversiones S.A. CISA mantendrá su carácter de sociedad de economía mixta indirecta del orden nacional, **tendrá naturaleza única y se sujetará en la celebración de todos sus actos y contratos al régimen de derecho privado** que para la realización de las operaciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se contempla en el artículo 316, numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

(...)

A su vez, el artículo 1º del Decreto 4819 de 2007 en referencia a la naturaleza jurídica de Central de Inversiones CISA preceptuó:

⁶⁹ Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

⁷⁰ Por el cual se modifica la estructura de Central de Inversiones S. A. CISA y se dictan otras disposiciones.

⁷¹ Por el cual se modifica el artículo 2º del Decreto 4819 de 2007, modificado por los Decretos 1207 de 2008 y 3409 de 2008.

Artículo 1°. **Naturaleza:** Central de Inversiones S. A. CISA es una sociedad comercial de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de naturaleza única, **sujeta, en la celebración de todos sus actos y contratos, al régimen de derecho privado.**

El artículo 1° del Decreto 33 de 2015 que modificó el artículo 1° del Decreto 4819 estableció:

Artículo 1°. Modifícase el artículo 2° del Decreto 4819 de 2007, modificado por el artículo 1° del Decreto 1207 de 2008, y artículo 1 ° del Decreto 3409 de 2008, el cual quedará así:

Artículo 2°. **Objeto.** CISA tendrá por objeto gestionar, adquirir, administrar, comercializar, cobrar, recaudar, intermediar, enajenar y arrendar, a cualquier título, toda clase de bienes inmuebles, muebles, acciones, títulos valores, derechos contractuales, fiduciarios, crediticios o litigiosos, incluidos derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean entidades públicas de cualquier orden o rama, organismos autónomos e independientes previstos en la Constitución Política y en la Ley, o sociedades con aportes estatales de régimen especial y patrimonios autónomos titulares de activos provenientes de cualquiera de las entidades descritas, así como prestar asesoría técnica y profesional a dichas entidades en el diagnóstico, gestión, valoración, adquisición y/o administración de activos y sobre temas relacionados con el objeto social.

Igualmente, previa aprobación de la Junta Directiva CISA podrá administrar, gestionar, comercializar y adquirir la participación de terceros de naturaleza privada que compartan la titularidad de cualquier activo con CISA.

Para efectos de la gestión y movilización de activos, CISA igualmente podrá realizar ofertas de adquisición a terceros de carácter público o privado, de vivienda VIS nueva o usada que cumpla con las características que para el efecto establezca el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Así mismo, la Junta Directiva de CISA podrá determinar los casos en los cuales la entidad podrá celebrar convenios de cooperación que permitan a CISA prestar servicios de asesoría técnica y profesional a terceros de carácter privado, en el diagnóstico y/o valoración de activos de similar naturaleza a los gestionados por la entidad y, en general, sobre temas relacionados con el objeto social.

En desarrollo de su objeto social, CISA podrá realizar todas las actividades que se establezcan en sus estatutos sociales de acuerdo con su naturaleza, jurídica.

Parágrafo 1°. Con el fin de dar cumplimiento al objeto señalado en el presente artículo, CISA efectuará la correspondiente reforma estatutaria, de conformidad con los requisitos y condiciones señaladas en las disposiciones legales aplicables.

La Circular Normativa núm. 092 de 26 marzo de 2018 de CISA, fijó la política y el procedimiento para el arriendo de inmuebles y reglamentó los procedimientos necesarios para el monitoreo, seguimiento, control y asignación de los contratos de arrendamiento de los inmuebles de Central de Inversiones S.A. propios o recibidos en administración con el fin de ser controlados, ya sea directamente por CISA, o a través de las inmobiliarias adscritas. A su vez, dicho reglamento establece los diferentes usos que pueden tener los inmuebles arrendados, sean propios de CISA, o bien mediante la figura de mandato, previa celebración de convenio con la respectiva entidad pública.

Establece expresamente dicha reglamentación en el aparte 4º la sujeción a las normas contenidas en el Decreto Ley 410 de 1971⁷², Ley 446 de 1998⁷³, Ley 675 de 2001⁷⁴, Ley 794 de 2003⁷⁵, Ley 820 de 2003⁷⁶ y Ley 810 de 2003⁷⁷.

De las anteriores disposiciones aplicables a los referidos contratos, se encuentran aquellas que regulan sustancialmente el contenido material y los requisitos del arrendamiento, las que corresponden al contrato de arrendamiento civil y comercial de la Ley 84 de 1873, Código Civil, Decreto Ley 410, Código de Comercio y el Decreto Ley 820, arrendamiento de vivienda urbana, las que se complementan con lo contenido en la Ley 810 sobre sanciones urbanísticas.

Ahora bien, determinada la naturaleza y el régimen de contratación aplicable a CISA y sus reglamentos, es preciso hacer alusión a las funciones a cargo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en materia de zonas francas para establecer, conforme al interrogante planteado a la Sala, si resulta posible acudir al reglamento de Central de Inversiones S.A a fin de que dicha entidad seleccione los nuevos arrendatarios de los inmuebles a los que se refiere esta consulta, bajo los criterios, lineamientos o parámetros establecidos en sus propios reglamentos, en el caso de no ser posible la prórroga de los actuales contratos de arrendamiento de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca.

5.4.1. Las funciones a cargo del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo en materia de zonas francas

Para la Sala, consonante con lo expuesto en el capítulo anterior, y conforme al Concepto de 12 de junio de 2015⁷⁸ los bienes inmuebles en donde operan actualmente las zonas francas permanentes que fueron entregadas a particulares como resultado de la liquidación de los respectivos establecimientos públicos, están destinados a una finalidad específica, consistente en el funcionamiento de las correspondientes zonas francas, en atención a los beneficios económicos y sociales que tales áreas geográficas suponen para el desarrollo del país.

Esta destinación se encuentra prevista en distintos actos jurídicos. Como ejemplo pueden mencionarse el Decreto 2111 de 1992, el Decreto 2480 de 1993, la Ley 1004 de 2005, el Decreto 4271 de 2005 y el Estatuto Aduanero, así como las resoluciones que en su momento expidió el Ministerio de Comercio Exterior para declarar la existencia de las zonas francas y seleccionar a sus usuarios operadores. Otra manifestación se encuentra en los contratos de arrendamiento celebrados en su momento por el Ministerio de Comercio Exterior con cada uno de los usuarios operadores, los cuales, pertenecen a la categoría de los contratos estatales **y, por lo tanto, se encuentran sometidos al régimen de la Ley 80 de 1993⁷⁹.**

⁷² Por el cual se expide el Código de Comercio.

⁷³ Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia.

⁷⁴ Por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal.

⁷⁵ Por la cual se modifica el Código de procedimiento Civil.

⁷⁶ Por la cual se expide el régimen de arrendamiento de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones.

⁷⁷ Por medio de la cual se modifica la Ley 388 de 1997 en materia de sanciones urbanísticas y algunas actuaciones de los curadores urbanos y se dictan otras disposiciones.

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 12 de junio de 2015. Radicación número 11001-03-06-000-2014-00140-00-2219-2241.

⁷⁹ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En relación a dichos contratos de arrendamiento, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo conserva en la actualidad cuatro (4) funciones relacionadas con las zonas francas: i) formular la política general del Gobierno en esta materia; ii) **supervisar y controlar el uso adecuado de los bienes nacionales destinados al funcionamiento de dichas zonas**; iii) presidir y ejercer la secretaría técnica del Comité Intersectorial de Zonas Francas, el cual debe, entre otras tareas, conceptuar en forma previa sobre la declaratoria de la existencia de nuevas zonas francas y aprobar los “Planes Maestros de Desarrollo General” de dichas áreas, y iv) conceptuar sobre las solicitudes de ampliación de las zonas francas.

En efecto, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1004 de 2005, son objetivos de las zonas francas los siguientes: i) ser instrumento para la creación de empleo y la captación de nuevas inversiones de capital; ii) ser un polo de desarrollo que promueva la competitividad en las regiones donde se establezcan; iii) desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos, bajo conceptos de seguridad, transparencia, tecnología, producción limpia y buenas prácticas empresariales; (iv) promover la generación de economías de escala, y v) simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios.

Como se indicó anteriormente, los contratos de arrendamiento celebrados en su momento por la Nación - Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas no son contratos de arriendo comunes, pues no buscan simplemente la obtención de una renta o ingreso para el arrendador (la Nación), y la facultad de usar un bien por parte (el arrendatario conforme a una actividad civil o mercantil); dichos negocios jurídicos están vinculados **de una manera inseparable a la existencia y funcionamiento de las respectivas zonas francas**, al cumplimiento de la normatividad especial que en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior rige para las mismas, y a la ejecución de las funciones públicas que tanto el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como la DIAN tienen actualmente en relación con dichas áreas.

De manera consecuente con la naturaleza especial que tiene esta modalidad de contratos de arrendamiento de inmuebles donde operan las zonas francas, el Decreto 2480 de 1993 en los artículos 7, 8, 10 y 12 disponía la celebración de un negocio jurídico en el que la declaratoria de las zonas francas a las cuales se refiere ese decreto se hacía efectiva cuando se cumplieran dos condiciones: i) que se suscribiera el acta final de liquidación de cada uno de los establecimientos públicos y ii) que el usuario operador seleccionado por el Ministerio de Comercio Exterior suscribiera el correspondiente contrato de arrendamiento.

De la misma manera, los artículos 13 y 14 *ibidem* disponían:

“Artículo 13. El contrato de arrendamiento a que se refiere el artículo anterior se condicionará, so pena de declaratoria de caducidad al cumplimiento de las obligaciones del arrendatario como usuario-operador de la zona, sin perjuicio de las demás condiciones que se estipulen en el contrato o de aquellas previstas en la ley.

“Artículo 14. Cuando los terrenos e instalaciones entregados en arrendamiento al usuario-operador de la zona fueren enajenados en su totalidad a un tercero, el nuevo propietario podrá ser seleccionado como usuario-operador, si así lo solicita ante el Ministerio de Comercio Exterior y acredita el cumplimiento de los requisitos y calidades exigidas, una vez vencido el término del contrato de arrendamiento con el usuario- operador inicial, o de la prórroga acordada, según el caso”. (Se resalta)

Así, esta doble calidad, esto es, la calidad de arrendatario de los bienes inmuebles y de usuario operador de las respectivas zonas francas, que fue desarrollada en el Decreto 2480 de 1993, quedó reflejada tanto en las resoluciones expedidas en su momento por el Ministerio de Comercio Exterior para declarar la existencia de las zonas francas y designar a sus usuarios operadores, como en los contratos de arrendamiento celebrados con estos últimos.

Así, para citar solo un ejemplo, en la Resolución 977 del 20 de junio de 1994, «por la cual se declara la existencia de un área geográfica como Zona Franca Industrial de Bienes y Servicios y se selecciona al usuario operador correspondiente», el usuario operador se obligó a suscribir el respectivo contrato de arrendamiento sobre bienes de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio Exterior.

En forma concordante fueron redactados los contratos de arrendamiento que suscribió el Ministerio de Comercio Exterior con cada uno de los usuarios operadores de las zonas francas de Barranquilla y Palmaseca, los que fueron adjudicados mediante las Resoluciones números 0835 de 2 de junio de 1994 y 0978 de 20 de junio de 1994.

En conclusión, como ha sostenido la Sala, además de la estrecha vinculación existente entre las condiciones de usuario-operador de cada una de dichas zonas francas y la calidad de arrendatario de los bienes requeridos para su funcionamiento; además, la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (antes Ministerio de Comercio Exterior) tiene, conforme al Decreto 4269 de 2005⁸⁰, **la función de supervisión del cumplimiento de los contratos de arrendamiento** y con el control al uso adecuado de los inmuebles para el fin al cual están destinados, es decir, al funcionamiento de las correspondientes zonas francas, lo que excluya la posibilidad de que estos contratos de arrendamiento se regulen a través de la aplicación del reglamento de Central de Inversiones CISA. S.A.

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que son varias las razones para concluir que no es posible acudir al reglamento CISA con el fin de seleccionar los arrendatarios de los inmuebles donde operan las zonas francas teniendo en cuenta que:

- i) Los contratos de arrendamiento celebrados en su momento por la Nación - Ministerio de Comercio Exterior con los usuarios operadores de las zonas francas no son contratos de arriendo comunes, pues no buscan simplemente la obtención de una renta o ingreso para el arrendador (la Nación), y la facultad de usar un bien por parte (el arrendatario conforme a una actividad civil o mercantil); dichos negocios jurídicos están vinculados de una manera inseparable a la existencia y funcionamiento de las respectivas zonas francas, al cumplimiento de la normatividad especial que en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior rige para las mismas, y a la ejecución de las funciones públicas que tanto el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo como la DIAN tienen actualmente en relación con dichas áreas;

⁸⁰ Artículo 9º. Adiciónase el numeral 22 al artículo 30 del Decreto 210 de 2003.

22. Efectuar el seguimiento y control al uso de los terrenos de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, arrendados a los usuarios operadores de las zonas francas privatizadas.

- ii) La Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo tiene, conforme al Decreto 4269 de 2005⁸¹, la función de supervisión del cumplimiento de los contratos de arrendamiento y con el control al uso adecuado de los inmuebles para el fin al cual están destinados, es decir, al funcionamiento y explotación de las zonas francas;
- iii) Finalmente, tampoco resulta aplicable el reglamento CISA habida cuenta que, tal como se indicó en apartados anteriores, para la selección de los usuarios operadores de las zonas francas que operan con inmuebles de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con los que deberán celebrarse los contratos de arrendamiento, resulta necesario acudir al procedimiento de licitación en los términos de la Ley 80 de 1993, sus modificaciones y sus decretos reglamentarios.

5.5. La vigencia del Decreto 918 de 2001 a la luz de lo dispuesto en el artículo 140 del Decreto 2147 de 2016

Concluido el anterior estudio, es preciso continuar ahora con el análisis del caso concreto del siguiente problema jurídico que se plantea a la Sala de Consulta. En él se indaga por la vigencia del Decreto 918 de 2001, «[p]or el cual se modifica parcialmente el régimen de Zonas Francas Industriales de Bienes y Servicios y se dictan otras disposiciones». El Ministerio plantea este interrogante debido a las implicaciones que, sobre el decreto, pudiera tener la regla de derogación que se incluyó en el artículo 140 del Decreto 2147 de 2016, «[p]or el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones». Este asunto será analizado en el siguiente apartado.

Con el fin de establecer la vigencia del Decreto 918 de 2001, es necesario hacer algunas observaciones sobre su naturaleza jurídica. El decreto fue dictado con fundamento en la facultad otorgada al Presidente de la República por «el ordinal 25 del artículo 189 de la Constitución». En esta misma dirección, en las consideraciones de este decreto consta que se aprobó «con sujeción a las pautas generales previstas en el artículo 3º de la Ley 6ª de 1971 y en el artículo 6º de la Ley 07 de 1991».

El ordinal 25 del artículo 189 regula, junto con el ordinal 19 del artículo 150, los decretos que ofrecen desarrollo reglamentario a las leyes marco. Dichas leyes fueron introducidas en el ordenamiento jurídico a partir de la reforma constitucional de 1968. Desde su aparición en el derecho comparado, ocurrida por vez primera en el sistema jurídico francés, las leyes marco han sido concebidas como una herramienta de colaboración normativa, en la que participan los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

En el caso colombiano, las leyes marco tienen por objeto regular asuntos técnicos, altamente especializados, en los que se requiere una reglamentación pronta y flexible, que se ajuste a la característica volubilidad que tienen los temas que se enlistan en los artículos 150.19 y 189.25 del texto superior. Debido a que se trata de asuntos cambiantes, que requieren un tratamiento altamente especializado, no resulta recomendable, en su caso, la fórmula tradicional de desarrollo legislativo, de la que se encarga normalmente el Congreso de la República. No se espera,

⁸¹ Artículo 9º. Adiciónase el numeral 22 al artículo 30 del Decreto 210 de 2003.

22. Efectuar el seguimiento y control al uso de los terrenos de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, arrendados a los usuarios operadores de las zonas francas privatizadas.

entonces, en este caso particular, que el Legislador expida normas minuciosas, que desarrollen con detenimiento todos los aspectos que normalmente se abordan en las leyes ordinarias. Por el contrario, debe fijar directrices de carácter general, que determinen los principios y objetivos centrales que deben ser tenidos en cuenta por el Presidente de la República al ofrecer desarrollo a estas leyes. Así pues, tal como lo indica el propio nombre de la técnica de las *leyes marco*, corresponde a este último dar contenido a estos mandatos generales, dentro de los parámetros generales que recibe del Legislador.

El Gobierno Nacional se encarga de esta labor de desarrollo concreto debido a su capacidad para idear respuestas normativas prontas, dotadas de la cualificación técnica que se requiere en estos asuntos. En esta rama del Poder Público trabajan funcionarios con perfil técnico, que cuentan con las condiciones necesarias para proponer la creación, modificación o derogación de las reglas que deben aplicarse en estos temas cambiantes y de alta especialidad. El Congreso de la República, por su parte, aporta el discernimiento de principios sustanciales y formales, que tienen por fin encauzar la actuación del Ejecutivo. De este modo, la experticia, el saber técnico y la prontitud de las determinaciones de la Administración se combinan con el discurrir reflexivo que cabe esperar de una asamblea legislativa.

En la Sentencia C-723 de 2007, la Corte Constitucional expresó, en los términos que se transcriben a continuación, la razón de ser de esta técnica de colaboración normativa:

De ahí que, en relación con este tipo de materias, la técnica de legislación marco busque conciliar dos exigencias: en primer lugar, las impuestas por el principio democrático, al otorgar al Congreso la competencia para fijar, a través de la ley, criterios y objetivos generales que han de servir como parámetro para un desarrollo normativo posterior por parte del Ejecutivo. En segundo lugar, satisfacer imperativos de eficiencia en el tratamiento de asuntos que requieren de particular dinamismo y especialización, para lo cual se confía al Gobierno la regulación de sus aspectos particulares, en el entendido que éste dispone de sistemas de información técnica más adecuados y procedimientos más ágiles de creación normativa, sustraídos al ritmo necesariamente más lento que es propio de la deliberación parlamentaria.

En el caso que nos ocupa, referido a la existencia y funcionamiento de las zonas francas, como instrumento de fortalecimiento del comercio exterior, las normas de este campo han sido aprobadas en consonancia con los dictados de esta técnica legislativa. El Congreso de la República, atendiendo el llamado consignado en el artículo 150.19 del texto superior, ha instaurado principios y directrices que condicionan la actividad reglamentaria del Presidente de la República. De manera general, en dicha legislación se ha dejado constancia del propósito de encaminar la marcha de estas zonas francas a los fines de promover el comercio exterior, crear empleo y robustecer el desarrollo económico y social del país.

En el artículo sexto de la Ley 7 de 1991, el Congreso de la República estableció un conjunto de directrices que tenían por objeto fijar el marco normativo dentro del cual el Presidente debía regular la existencia y funcionamiento de las zonas francas. La disposición fue modificada por el artículo cuarto de la Ley 1004 de 2005, «[p]or la cual se modifican [sic] un régimen especial para estimular la inversión y se dictan otras disposiciones». Así, de acuerdo con la norma actualmente vigente, los criterios fijados por el Legislador son los siguientes:

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

1. Determinar lo relativo a la autorización y funcionamiento de Zonas Francas Permanentes o Transitorias.
2. Establecer controles para evitar que los bienes almacenados o producidos en Zona Franca ingresen al territorio aduanero nacional sin el cumplimiento de las disposiciones legales.
3. Determinar las condiciones con arreglo a las cuales los bienes fabricados o almacenados en Zona Franca, pueden ingresar temporalmente al territorio aduanero nacional. La introducción definitiva de estos bienes al territorio aduanero nacional será considerada como una importación ordinaria.
4. Fijar las normas que regulen el ingreso temporal a territorio aduanero nacional de este a una Zona Franca, de materias primas, insumos y bienes intermedios para procesos industriales complementarios, y partes, piezas y equipos para su reparación y mantenimiento.
5. Establecer los requisitos y términos dentro de los cuales los usuarios autorizados a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, deban adecuarse a lo previsto en este capítulo.
6. Fijar las normas que regulen el régimen de introducción y salida de bienes y prestación de servicios del exterior a Zona Franca o de Zona Franca al exterior. La introducción de bienes del exterior a Zona Franca no se considera importación.

El Decreto 918 de 2001, «por el cual se modifica parcialmente el régimen de Zonas Francas Industriales de Bienes y Servicios y se dictan otras disposiciones», fue expedido en vigencia de la Ley 7 de 1991. Por tal motivo, dicha regulación fue aprobada teniendo en cuenta los criterios normativos que, entonces, fijó el Congreso de la República⁸². De igual manera, el Decreto 2147 de 2016 es un decreto de desarrollo de ley marco. Así consta en el apartado de dicho decreto en el que se indica la competencia con fundamento en la cual fue expedido. Allí se señala que el decreto fue sancionado con fundamento en los «numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el artículo 45 de la Ley 489 de 1998, y las Leyes 7 de 1991, 1004 de 2005 y 1609 de 2013».

⁸² El artículo sexto de la Ley 7 de 1991, texto que se reproduce a continuación, fijaba las directrices que, en este campo, debía observar el Presidente de la República:

«ARTICULO 6o. El Gobierno Nacional regulará la existencia y funcionamiento de zonas francas industriales, comerciales y de servicios con base en los siguientes criterios:

1. Velar por que las zonas francas promuevan el comercio exterior, generen empleo y divisas y sirvan de polos de desarrollo industrial de las regiones donde se establezcan.
2. Brindar a las zonas francas industriales, comerciales y de servicios las condiciones necesarias a fin de que sus usuarios puedan competir con eficiencia en los mercados internacionales.
3. Sin perjuicio de las demás disposiciones aduaneras, establecer controles para evitar que los bienes almacenados y producidos en las zonas francas ingresen ilegalmente al territorio nacional.
4. Determinar las condiciones con arreglo a las cuales los bienes fabricados y almacenados en zonas francas pueden introducirse al territorio aduanero nacional y la proporción mínima de la producción de los usuarios industriales de zonas francas que deberá destinarse a los mercados de exportación.
5. Teniendo en cuenta los objetivos y las características propias del mecanismo de zonas francas, dictar normas especiales sobre contratación entre aquéllas y sus usuarios.
6. Determinar lo relativo a la creación y funcionamiento de zonas francas transitorias o permanentes, de naturaleza mixta o privada según los requerimientos del comercio exterior.
7. Determinar las normas que regulen el ingreso temporal a territorio aduanero nacional de materias primas y bienes intermedios para procesos industriales complementarios y de partes, piezas y equipos de los usuarios industriales para su reparación y mantenimiento.
8. Determinar lo relativo a la creación y funcionamiento de los parques industriales en los terrenos de las Zonas Francas.

PARAGRAFO. Las zonas francas industriales, comerciales y de servicios creadas, o las que en el futuro se creen como establecimientos públicos del orden nacional podrán transformarse en sociedades de economía mixta o ser adquiridas, parcial o totalmente, por sociedades comerciales debidamente establecidas.

En tal evento las zonas francas seguirán disfrutando del mismo régimen legal que en materia tributaria, cambiaria, aduanera, de comercio exterior y de inversión de capitales esté vigente al momento de la enajenación».

Con fundamento en lo anterior, se concluye que no existe ninguna relación jerárquica entre los Decretos 918 de 2001 y 2147 de 2016. Ambos decretos ocupan la misma posición en nuestro sistema de fuentes, por lo que no es posible emplear el criterio de superioridad jerárquica para solventar eventuales contradicciones normativas. Según fue señalado por la Sección Tercera de esta corporación, en auto del 13 de febrero de 2014 (expediente n.º 48521), esta comprobación es una fase relevante en el proceso de solución de antinomias: «Cada una de esas categorías normativas [esto es, de aquellas que instaura la Constitución] tiene un nivel específico y, por consiguiente, es preciso que el intérprete verifique el peso y la jerarquía que tiene cada ley al interior del ordenamiento jurídico».

Esclarecido este asunto, es preciso hacer alusión a la disposición del Decreto 2147 de 2016 que ha dado lugar al interrogante sobre la vigencia del decreto aprobado en 2001. Se trata del artículo 140, precepto en el que se establecen las siguientes reglas de derogación del decreto:

Artículo 140. Derogatorias. Deróguense a partir de la vigencia dispuesta en el artículo anterior las siguientes disposiciones, de acuerdo a las condiciones que a continuación se determinan:

1. Transcurridos quince (15) días comunes a partir del día siguiente a la publicación del presente decreto, quedarán derogadas las siguientes normas:

Artículo 392, parágrafo 1 del artículo 392-1, artículos 392-2 a 392-3, 393-5, 393-7 a 393-25, 393-27 a 393-33, literales m, o, p, q, r, s, t, u, v, x, aa, bb, cc del artículo 409, literales e, j, r, s, u, v, w del artículo 409-1, 410-6 a 410-10, numerales 1.1, 1.6 a 1.12, 1.14, 1.16 a 1.19 del artículo 488, numerales 1.4, 1.5, 2.1 del artículo 489 del Decreto 2685 de 1999, y los Decretos 1767 de 2013, 753 de 2014, 2682 de 2014, 1300 de 2015, 2129 de 2015, 1275 de 2016 y 1689 de 2016.

2. Este Decreto regula íntegramente las materias previstas en él, por consiguiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, en concordancia con los numerales 2 y 3 del artículo anterior, quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria sobre zonas francas [énfasis fuera de texto].

La fórmula de derogación utilizada en el numeral segundo, en virtud de la cual pierden vigencia las disposiciones anteriores a la entrada en vigencia del nuevo texto normativo, resulta común en las normas de carácter compilatorio y en aquellas que tienen por objeto introducir nuevas regulaciones. De acuerdo con las consideraciones del Decreto 2147 de 2016, este acto administrativo se enmarca en el primer supuesto, pues fue aprobado con la intención de compilar normas que se encontraban dispersas. Así se comprueba en las aludidas consideraciones, en las que consta que el decreto fue sancionado «con el objeto de racionalizar y simplificar el ordenamiento jurídico, [para lo cual] se hace necesario compilar diferentes normas que rigen el régimen franco. Por consiguiente, se incorporan en el presente Decreto los Decretos 1767 de 2013, 753 de 2014, 2682 de 2014, 2129 de 2015, 1275 de 2016 y 1689 de 2016».

En síntesis, el objetivo de agrupar en un mismo texto las normas que regulan la existencia y el funcionamiento de las zonas francas explica que el Decreto haya utilizado, en el artículo 140, la fórmula de derogación recién transcrita. Ahora bien, para establecer los efectos jurídicos de dicha disposición, es preciso hacer alusión al artículo tercero de la Ley 153 de 1887, norma con fundamento en la cual se dispuso, en el caso concreto, la derogación de las normas reglamentarias relativas a las zonas francas. La norma en cuestión prevé lo siguiente:

ART 3. Estímese insubsistente una disposición legal por declaración expresa del Legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

La norma hace referencia a las tres formas de derogación que existen en nuestro ordenamiento jurídico: derogación expresa, tácita y orgánica. Haciendo referencia al caso particular de las normas de rango legal, razonamiento que resulta plenamente aplicable al caso del reglamento, la Corte Constitucional definió la derogación como la «revocación total o parcial de un precepto por disposición del legislador» (Sentencia C-901 de 2011). En cuanto a sus efectos, el tribunal manifestó, en la Sentencia C-811 de 2014, que «[l]a derogación implica el cese de la vigencia de una norma jurídica como efecto de una norma posterior que se dicta en ejercicio de la libertad de configuración del legislador, y que no responde a un criterio de validez».

En el caso particular de la derogación orgánica, la pérdida de la vigencia que afecta a la norma anterior ocurre debido a que la norma nueva regula de manera integral la materia que encontraba desarrollo en aquella. De ahí que presente un estrecho vínculo con la derogación tácita, pues el intérprete es el llamado a determinar su acaecimiento. Sobre el particular, aun antes de la promulgación de la Constitución de 1991, en sentencia del 28 de marzo de 1984, la Corte Suprema de Justicia definió esta especie de derogación en los siguientes términos:

La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da es verdad cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva regulaba. Empero, determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.

Sea de ello lo que fuere, lo evidente es que hay que suponer que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que por tanto responde mejor al ideal de justicia, ideal y necesidad éstos que tornan urgente la aplicación de la nueva ley; aplicación que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva. Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece.

La Sección Tercera de esta Corporación, en auto de unificación del 13 de febrero de 2014 (radicación núm. 48521), explicó las implicaciones prácticas de la derogación orgánica:

La derogatoria orgánica o integral surge al igual que la tácita por una incompatibilidad [*ratione materiae*], sólo que en el caso de la primera, la regulación nueva es integral o total en relación con el asunto legislado. Ejemplo de la derogación integral u orgánica fue en su momento la expedición y promulgación de la ley 80 de 1993, ya que como se lee claramente en los antecedentes de la misma, la finalidad prima facie fue recoger todos los estatutos nacionales y territoriales de contratación pública y, por lo tanto, proferir una norma integral sobre la materia; no obstante lo anterior, con posterioridad ese objetivo se modificó porque se fueron creando regímenes especiales de contratación administrativa exceptuados del estatuto general.

Por lo tanto, algunos autores sostienen que la derogatoria o derogación orgánica no es nada distinto a la táctica sólo que opera cuando una ley regula de manera total o completa una materia que antes estaba contenida en una o varias disposiciones precedentes⁸³.

Respecto al problema objeto de estudio, esto es, si el Decreto 918 de 2001 fue derogado por el Decreto 2147 de 2016, la Sala se pronunció brevemente en el concepto número 2385 del 23 de abril de 2019⁸⁴. En dicha oportunidad, la respuesta al interrogante fue afirmativa, conclusión que se reafirma con fundamento en las siguientes razones:

i) El Decreto 2147 de 2016 reguló de manera «integral» lo relativo a las zonas francas. Así se evidencia de lo establecido en el artículo 140, disposición que establece que «[e]ste Decreto regula íntegramente las materias previstas en él [...]». (Subrayas de la Sala).

ii) Como consecuencia de lo anterior, la misma norma señala que «quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria sobre zonas francas». (Subrayas de la Sala).

iii) El Decreto 918 de 2001 es una norma reglamentaria relativa a las zonas francas, tal como se evidencia de su epígrafe, el cual dispone: «por el cual se modifica parcialmente el régimen de Zonas Francas Industriales de Bienes y Servicios y se dictan otras disposiciones».

iv) La Corte Constitucional ha señalado que el Decreto 2147 de 2016 constituye el régimen vigente en materia de zonas francas. En efecto, en la Sentencia C-304 de 2019 el tribunal resolvió una acción pública de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 101 de la Ley 1819 de 2016. Para resolver los cargos propuestos en contra de esta disposición, la Corte se vio en la necesidad de precisar cuáles

⁸³ En este caso, la Sección debía establecer en dicha oportunidad si la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 implicaba, en aplicación de las reglas de posterioridad y derogación orgánica, la abrogación de las normas antiguas que establecían reglas particulares para procesos judiciales específicos. Más concretamente, debía determinar si las reglas de competencia dispuestas en el Código de Minas (Ley 685 de 2001) se mantenían vigentes pese a que una norma posterior, el CPACA, que tenía por objeto regular de manera integral y sistemática los procesos judiciales y administrativos en los que participaba la Administración, había sido promulgada. En este sentido señaló: La pregunta que habría que hacerse entonces es la siguiente: ¿existió razonablemente la finalidad por parte del legislador del CPACA de derogar todas y cada una de las disposiciones especiales? [...] Sin hesitación alguna, de las discusiones al interior de la Comisión de Reforma existía un interés por volcar o reflejar en la ley 1437 de 2011, todas las competencias que estuvieran dispersas en otras legislaciones especiales en aras de un trabajo de sistematización normativa, pero ello no quiere por sí mismo significar que si un aspecto quedaba omitido - desconociéndose la razón de la omisión- ello quisiera significar que los asuntos, competencia, procedimiento, etc., quedarían derogados en virtud de un principio de integralidad, cuando lo cierto es que, se insiste, el CPACA no tuvo el objetivo de recoger los procedimientos administrativos especiales, ni tampoco los procesos contencioso administrativos regulados en normas particulares ya que esa labor hubiera generado una tarea de proporciones titánicas; en otros términos, el CPACA al igual que su antecesor (C.C.A.) sigue siendo un código de aplicación subsidiaria en materia procedimental y de aplicación general en materia contencioso administrativa, salvo que exista norma especial (anterior o posterior) que regule la materia. [...] Como corolario de lo anterior, la ley 1437 de 2011 es una normativa ordinaria general y posterior que: i) al no suprimir o modificar formalmente (expresa o tácitamente) la anterior (Código de Minas), ii) al no contener disposiciones incompatibles con la ley 685 de 2001, y iii) al guardar silencio sobre el tema correspondiente a la competencia en materia minera, no modificó, subrogó, ni derogó la ley ordinaria especial y previa, es decir, se insiste, la ley 685 de 2001, actual Código de Minas. Pie de página 116.

⁸⁴ En dicha oportunidad se indicó: «Anteriormente el Decreto 918 de 2001 señalaba: “[...] Con todo, estas disposiciones perdieron su vigencia en virtud de lo dispuesto por el artículo 140 del Decreto 2147 de 2016, que establece:».

son los efectos jurídicos que genera el artículo 140 del Decreto en cuestión. Tal como se observa en el apartado que se reproduce enseguida, concluyó que dicho precepto supuso un punto de inflexión en la regulación de las zonas francas: las normas reglamentarias previas a su promulgación constituyen el *régimen anterior*, mientras que el Decreto 2147 de 2016 representa el *régimen vigente*:

Todo el proceso en mención [relativo al surgimiento y arraigo de las zonas francas en el país] se consolidó con la expedición de la Ley 1004 de 2005, régimen vigente en materia de zonas francas, en el cual, como ya se dijo, se las definió con un espacio territorial, para el desarrollo de actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, sometidas a un régimen especial de carácter tributario, aduanero y de comercio exterior. **En el artículo 4 de la ley en cita, se autorizó al Gobierno Nacional para reglamentar “lo relativo a la autorización y funcionamiento de zonas francas permanentes o transitorias”, atribución que se ha venido ejerciendo en varios momentos y que, desde una perspectiva general, permite su clasificación en dos grandes compilaciones regulatorias. En primer lugar, el régimen anterior, el cual se integra por los Decretos 383 y 4051 de 2007, que modificaron el Decreto 2685 de 1999, y con la Resolución 4240 de 2000 de la DIAN. Y, el régimen vigente, en el cual se incluye básicamente el Decreto 2147 de 2016, “Por el cual se modifica el régimen de zonas francas y se dictan otras disposiciones”.**

Según esta interpretación, la expresión utilizada en esta norma, según la cual «quedan derogadas todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria sobre zonas francas», genera un efecto de ruptura, de discontinuidad jurídica, en la normativa reglamentaria dedicada a las zonas francas. Con arreglo a este planteamiento, cabría colegir que el Decreto 918 de 2001 forma parte del *régimen anterior*, el cual habría perdido vigencia con la promulgación del Decreto 2147 de 2016.

v) En términos similares, la doctrina especializada ha indicado:

Ante esta situación, y con el objetivo de simplificar, unificar y, en general, facilitar el acceso de los inversores al régimen, el Gobierno emitió el 23 de diciembre de 2016, el Decreto 2147 como un nuevo y completo régimen de zonas francas.

[...]

En materia de regulación de zonas francas (en adelante, ZF), hay que poner de presente que antes del decreto estábamos frente a una proliferación de instrumentos normativos de diferente rango y jerarquía. El régimen anterior estaba compuesto, entre otros, por tres (3) leyes expedidas por el Congreso de la República, veintiséis (26) decretos expedidos por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (en adelante, Mincomercio), la mayoría de ellos que modificaban y/o adicionaban el Decreto 2685 de 1999, y otros que de manera independiente regulaban sus propias disposiciones, quince (15) resoluciones, de las cuales cinco (5) fueron expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y diez (10) por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, y una larga lista de conceptos emitidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el ejercicio de su facultad como autoridad doctrinaria en asuntos de interpretación y aplicación de las normas que regulan las materias tributaria, aduanera y de control de cambios.

[...]

Así las cosas, se puede decir que el régimen anterior de zonas francas en Colombia se fue construyendo y regulando por pedazos, y esto implicaba una seria dificultad toda vez que fueron quedando vacíos regulatorios, que generaban dificultades operativas, las cuales debían solucionarse vía interpretación extensiva

de otras normas del mismo régimen, o vía expedición de conceptos de la DIAN [...] ⁸⁵. (Subraya la Sala).

Teniendo en cuenta las razones expuestas, es dable afirmar que el Decreto 918 de 2001 fue derogado por el Decreto 2147 de 2016.

Con base en las consideraciones expuestas en el presente concepto

III. LA SALA RESPONDE:

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

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

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

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

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

Por lo tanto, a la luz de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad, los señalados contratos de arrendamiento, o aquellos que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo decida utilizar en el futuro, deben celebrarse con los usuarios operadores que sean seleccionados para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca a partir del 2024, luego de haberse adelantado un procedimiento de licitación.

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

⁸⁵ Hoyos, Juan Camilo y López Palacio, Juan Guillermo. El régimen de zonas francas en Colombia: Una aproximación a los principales cambios del Decreto 2147 de 2016 y el impacto de la reforma tributaria estructural. Revista Instituto Colombiano de Derecho Tributario 76. Mayo de 2017, pp. 230, 233.

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

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

5. En caso de resultar negativa la respuesta a la consulta anteriormente formulada, ¿podría el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo dar aplicación a los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 918 de 2001? ¿Estos estarían en concordancia con lo establecido en capítulo XII del Decreto 2147 de 2016 adicionado por el 1054 de 2019 y entonces sería este el fundamento para estudiar una eventual prórroga?

No se contesta a esta pregunta, pues la respuesta número 4 fue positiva.

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

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

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

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

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

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

No. Al tratarse de contratos que no pueden interpretarse aisladamente de la declaratoria de la zona franca, pues tienen obligaciones y características especiales, vinculadas a la operación, dirección, promoción y explotación de la zona franca, los contratos de arrendamiento, o los que se decida utilizar en el futuro, sobre bienes de propiedad de la Nación-Ministerio de Comercio, Industria y

Turismo en los que operan las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca solo pueden ser celebrados con los usuarios operadores que resulten seleccionados para explotar dichas zonas francas a partir de 2024.

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

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

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Presidente de la Sala

ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado

REINA CAROLINA SOLÓRZANO HERNÁNDEZ
Secretaria de la Sala

ZONAS FRANCAS / CONTRATO DE ARRENDAMIENTO – Prórroga de la declaración de zona franca y de los contratos de arrendamiento / LICITACIÓN PÚBLICA – Inviabile para la prórroga de zonas francas / DISPONIBILIDAD JURÍDICA - se satisface con la presentación de la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento

Las preguntas planteadas por el Ministerio partían del supuesto, razonable y cierto, de que es posible prorrogar los contratos de arrendamiento, pues el Decreto 1054 de 2019 tiene por objeto «reglamentar la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas». Teniendo en cuenta que solo es posible prorrogar lo que ya existe, que en el caso bajo estudio no era cosa distinta a la declaración de las zonas francas y, a fortiori, los contratos de arrendamiento, la consulta planteaba un conjunto de preguntas sobre la manera como debía ser dispuesta la prórroga de dichos contratos, que han permitido a los usuarios operadores llevar a cabo las actividades del régimen franco en los bienes públicos.(...) [L]a Sala de Consulta se encontraba llamada a tener en cuenta el nuevo paradigma que rige el funcionamiento del régimen franco. Debió observar, igualmente, las claras prescripciones que establece el Decreto 1054 de 2019 a propósito de la prórroga de las zonas francas. De haber atendido estas directrices, la Sala hubiera advertido que la realización del procedimiento de licitación pública que ella propone para la elección de los futuros usuarios operadores es completamente inviable. Esto es así en la medida en que el ordenamiento jurídico otorga a los usuarios operadores un derecho subjetivo a la prórroga de las zonas francas, siempre que aquellos cumplan los requisitos establecidos. Los inconvenientes generados por la inclusión del requisito de

disponibilidad jurídica se debieron resolver con ayuda del criterio de interpretación sistemática. Este parámetro permite concluir que el requisito en cuestión se satisface con la presentación de la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento. Dicha interpretación es congruente con los principios que rigen el funcionamiento del régimen franco y reconoce la vigencia que tiene el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 267 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1518 / LEY 7 DE 1991 – ARTÍCULO 6 PARÁGRAFO / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 2 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 13 / LEY 1004 DE 2005 / DECRETO 2131 / DECRETO 2111 DE 1992 / DECRETO 2480 DE 1993 / DECRETO 2147 DE 2016 – ARTÍCULO 86-7 / DECRETO 1054 DE 2019 – ARTÍCULO 1

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de las zonas francas ver: Corte Constitucional, sentencia C-304 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sobre el criterio sistemático de interpretación normativa ver: Corte Constitucional, sentencia C-011 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de octubre de 1963, expediente No. 2633, C.P. Carlos Gustavo Arrieta Alandete y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de mayo de 2014, radicado No. 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-06-000-2020-00151-00(2448)

Actor: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, expongo a continuación las razones por las cuales salvo mi voto en el asunto de la referencia.

Antes de explicar los argumentos de fondo por los que no comparto la opinión mayoritaria de la Sala, es necesario plantear una observación de orden metodológico. Según se sigue de la lectura de las preguntas formuladas por el Ministerio, inquietudes que encuentran un firme sustento en el Decreto 1054 de 2019, la consulta presentada a la Sala versaba sobre la posibilidad de «prorrogar los contratos de arrendamiento» firmados por la Administración y los usuarios operadores, con ocasión de la aprobación del decreto.

Las preguntas parten del supuesto, razonable y cierto, de que es posible prorrogar los contratos de arrendamiento, pues el Decreto 1054 de 2019 —tal

como lo señala su propio epígrafe— tiene por objeto «reglamentar la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas». Teniendo en cuenta que solo es posible prorrogar lo que ya existe, lo que se encuentra en curso, pues de otro modo no se estaría ante una auténtica *prórroga*, la consulta planteaba un conjunto de preguntas sobre la manera como debe ser dispuesta la prórroga de los contratos de arrendamiento, que son los que permiten a los usuarios operadores conservar la tenencia de los bienes en los que operan las zonas francas. Las preguntas se formularon con el objetivo de superar algunos obstáculos jurídicos, como el requisito de disponibilidad jurídica, que dificultaban la realización de la prórroga proyectada en el Decreto 1054.

La consulta presentada por el Ministerio era entonces razonable, y planteaba un campo de análisis bien acotado. Pese a lo anterior, en una en mi entender equivocada procura de consultar principios constitucionales como la igualdad y la libre concurrencia, la Sala desbordó los claros contornos del problema jurídico propuesto y los límites normativos dentro de los cuales debió resolver la controversia. Esto la llevó a dejar de lado los claros preceptos del Decreto 1054 de 2019 y a sobreponer a esta normativa, sin sustento normativo atendible, los principios del Estatuto General de la Contratación.

Hecho el comentario metodológico, presento a continuación las razones de mi disenso frente a la decisión adoptada por la Sala.

El motivo primordial por el que no comparto la decisión adoptada consiste en que la Sala ha resuelto la consulta con base en una concepción desueta y superada de la naturaleza de las zonas francas. El concepto no tiene en cuenta la trascendental transformación que se produjo en este campo a partir de la década de los noventa del siglo pasado. Merced a este cambio, según se explica en este salvamento, los particulares sustituyeron al Estado en punto a la condición de agente proactivo, no solo en cuanto a la gestión y funcionamiento del régimen franco, sino en lo que respecta a su propio origen: la creación de una zona franca no se trata hoy de una decisión del Estado. El régimen franco en determinados inmuebles —tanto como su eventual prórroga— emerge de una decisión de los particulares, en la medida en que cumplen con los requisitos que les impone la normativa del Estado, la cual, para estimular la aparición de zonas francas, regula la institución correspondiente. Dicho reajuste pretendió fomentar el comercio exterior, crear empleos e impulsar el desarrollo económico y social de las regiones mediante la transferencia del liderazgo de esta importante figura institucional económica al sector privado.

La decisión de la Sala parece no tener en cuenta que el antiguo paradigma, en el que las zonas francas funcionaban como establecimientos públicos y únicamente en las áreas y en los términos decididos por el Estado, no se encuentra vigente. En aquel entonces, cuando la Administración era el centro del esquema de funcionamiento del régimen franco, tenía sentido que la elección de los usuarios operadores fuera realizada mediante concurso público. Entonces, la asignación de una zona franca implicaba una escogencia ordenada, previo concurso, pues el número de zonas francas en el país era ínfimo y su creación dependía por completo de la voluntad de la Administración⁸⁶. En la actualidad, cuando se ha

⁸⁶ Esta situación es totalmente contraria a la que se presenta en la actualidad, tal como se demostró en el trámite surtido ante la Sala de Consulta. De acuerdo con una constancia firmada por la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, del 19 de abril del año en curso, en la actualidad «se encuentran declaradas ciento veinte (120) zonas francas, de las cuales setenta y nueve (79) corresponden a zonas francas permanentes especiales, y cuarenta y

transferido al sector privado la iniciativa y la gestión de las zonas francas, en medio de un contexto totalmente distinto, en el que las autoridades públicas actúan bajo el modelo del Estado regulador, y no del *Estado prestador*, la aplicación de dicha regla resulta anacrónica e incongruente con el modelo imperante. El particular ya no concursa con otros interesados en una zona franca: postula su solicitud de régimen franco con base en cumplimiento de requisitos, a la manera de un licenciatario.

Así pues, al ignorar esa transformación, la Sala pretendió solucionar el problema jurídico planteado con base en un modelo de zonas francas inexistente, lo que conlleva serias contradicciones jurídicas. A partir de allí, se desprenden dificultades prácticas que entorpecerían —por decir lo menos— la adecuada marcha del esquema económico que se puso en funcionamiento en la década de los noventa. La consecuencia de esta inadecuada aproximación resulta claramente esperable: el derecho resulta contrahecho por las contradicciones y pierde su aptitud para proteger el objeto jurídico que se supone debería tutelar, por lo que, en últimas, este enfoque termina por enturbiar y perjudicar el asunto analizado.

En el plano jurídico, la equivocada interpretación del modelo de funcionamiento de las zonas francas llevó a la Sala a mezclar dos regímenes —el del Estatuto General de Contratación y el del Decreto 1054 de 2019— que, en el caso concreto, no pueden ser vistos como complementarios. Según se explica más adelante, el procedimiento de licitación pública de la Ley 80 de 1993, mediante el cual la Sala pretende que se elija a los futuros usuarios operadores, resulta completamente ajeno al modelo actualmente vigente del régimen franco y a los claros preceptos del Decreto 1054.

En la decisión de la que me aparto, bajo la apelación a principios cuya pertinencia en el caso concreto resulta hartamente discutible, la Sala propuso una solución que carece de sustento jurídico. Más importante aún, al soslayar el diáfano sentido de las reglas establecidas en el decreto citado, no solo se propuso una respuesta desprovista de fundamento, sino que se plantea una actuación que resulta abiertamente contraria a una norma vigente. Pues, valga la observación, el Decreto 1054 de 2019 —norma que es distorsionada al someterla a los condicionamientos de la Ley 80 de 1993— no solo no ha sido derogado, sino que se presume ajustado a derecho y su contenido —a excepción del requisito de disponibilidad jurídica— se aviene plenamente con el paradigma vigente sobre el funcionamiento de las zonas francas.

La mezcla de los citados regímenes jurídicos ocurrió como consecuencia de otra falencia, esta vez no argumentativa, sino de apreciación: la Sala entiende que la aplicación de las reglas contenidas en el Decreto 1054 de 2019, que permiten la prórroga de las zonas francas con base en las condiciones subjetivas de los usuarios operadores, relacionadas con el cumplimiento de los compromisos originalmente contraídos y con las metas asumidas a futuro, implica la violación del principio de igualdad. De ahí que la Sala concluya que es forzosa la realización del procedimiento de licitación pública. Empero, según se demuestra más adelante, el derecho a la igualdad no resulta comprometido en este procedimiento: el procedimiento de prórroga de las zonas francas no genera un escenario de competencia interna entre los usuarios operadores que actualmente están en ejercicio ni mucho menos da lugar a una contienda frente a terceros

una (41) son zonas francas permanentes. Así mismo, [...] se encuentran en trámite seis (6) solicitudes para la declaratoria de existencia como zonas francas»

interesados en operar las zonas francas que funcionan en bienes públicos.

A continuación, se explican con mayor detalle los argumentos que dan sustento a esta postura, que es enteramente distinta a la asumida en esta oportunidad por la Sala, y se expone la solución que en mi sentir debió proponerse como respuesta a la consulta formulada.

Antes de ahondar en estas razones, conviene hacer una observación sobre la naturaleza del contrato celebrado entre la Administración y los usuarios operadores. En varios apartados del concepto se insinúa que el verdadero tipo contractual del acuerdo que ha permitido poseer y explotar los bienes públicos por parte de los usuarios es el contrato de concesión. Así ocurre, por ejemplo, en el numeral 5.1.1.1., titulado «Los principios de la contratación estatal y la Constitución», donde se cita una sentencia de la Corte Constitucional cuyo objeto principal es el contrato de concesión (C-815 de 2001); la providencia semenciona para justificar el supuesto deber que tendría el Estado al concluir el período de duración de los contratos de arrendamiento, consistente en realizar una convocatoria pública para elegir los futuros usuarios operadores de las zonas francas.

Al analizar la caracterización que ha hecho la doctrina del contrato de concesión, se entienden las razones por las cuales resulta impropio sostener que el contrato en cuestión coincide con el tipo de la concesión:

[L]as concesiones operan a partir de una previa reserva del sector a los poderes públicos. Por tanto, la concesión, entendida como una técnica de intervención administrativa en la economía, se reserva sólo a aquellas situaciones en las que la Administración no puede ceder totalmente la actividad a la libre iniciativa privada, en la medida que el interés público sobre la misma es tal que debe ser garantizado en forma permanente por el Estado (servicios públicos, recursos naturales, etc.). Sin embargo, se contempla la posibilidad de que la gestión de una actividad sea entregada a un particular, sin perjuicio de los poderes de control y fiscalización que la Administración pueda ejercer⁸⁷.

Según se explica en este salvamento de voto, lo que conceptualmente queda excluido del contrato de concesión es, precisamente, lo que se presenta en la gestión de las zonas francas: en ellas, los particulares asumen el liderazgo y la administración de dichas zonas geográficas. En contra del paradigma tradicional del régimen franco —superado en la actualidad—, el Estado únicamente se encuentra llamado a cumplir una función de regulación. De tal suerte, dado que se está ante una situación en la que se «cede totalmente la actividad a la libre iniciativa privada»⁸⁸, no es conceptualmente posible que los acuerdos en cuestión sean contratos de concesión.

I. El asunto debe regirse esencialmente por normas de derecho privado

La Ley 80 de 1993 o «Estatuto General de Contratación de la Administración Pública» consagra las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales con el fin de satisfacer el interés público y las necesidades colectivas.

El artículo 13 de la ley prevé que «[l]os contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones

⁸⁷ Castro Pozzo, Xenia Forno, «El título minero como acto administrativo habilitante», en Revista del Círculo de Derecho Administrativo CDA, PUCP, N° 8, Año 4, 2009, p. 53.

⁸⁸ *Idem*.

comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley. (...)».

Para el efecto, el señalado artículo 2 dispone:

1o. Se denominan entidades estatales:

a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles [...].

En aplicación de esta directriz, ante la ausencia de normas especiales contenidas en la Ley 80 de 1993 y las disposiciones que la modifiquen o adicionen, el régimen de derecho de los contratos estatales es el establecido en las normas civiles y comerciales.

De ahí que el régimen de los contratos estatales no sea «unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el [d]erecho administrativo y el [d]erecho privado»⁸⁹.

Existe una variedad de regímenes en atención a la clase de entidad o a la naturaleza de las actividades que estas ejercen, diferenciando si son desarrollo de funciones administrativas o comerciales y mercantiles, es decir en régimen de competencia.

En todo caso, siempre se debe dar cumplimiento a los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, así como aquellos establecidos para la gestión fiscal en el artículo 267 y al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal.

En lo que atañe a la consulta planteada, es necesario recalcar que las normas sobre contratación tienen como propósito cumplir los fines del Estado, entre los que se encuentran, por ejemplo, la protección del empleo y la promoción de la prosperidad general; estos fines resultan comprometidos cuando se acogen interpretaciones que puedan conducir a la interrupción o al cierre de las zonas francas que operan en bienes públicos.

II. Evolución del paradigma actualmente existente en el régimen franco y análisis de su incidencia en las zonas francas que operan en bienes públicos

Según fue señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-304 de 2019, la década de los noventa supuso un punto de inflexión en la evolución del régimen franco. Hasta entonces, con arreglo a los dictados de la Ley 105 de 1958, las zonas francas funcionaban como establecimientos públicos, y su apertura dependía plenamente de la voluntad del Estado.

Antes del hito señalado, el funcionamiento de estas *zonas geográficas* siguió los lineamientos fijados por la Comisión Económica para América Latina. En el último tramo del siglo pasado se produjo, en el campo de la economía, una

⁸⁹ García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial Civitas, 195, p. 675.

drástica transformación de los principios que, hasta entonces, habían presidido su funcionamiento: en primer lugar, ocurrió una considerable apertura al mercado internacional, actuación que requirió la puesta en marcha de importantes reformas internas, encaminadas a promover la competitividad del comercio y la industria nacionales.

En segundo lugar, la Constitución de 1991, cuya índole en esta materia se identifica con los dictados de la economía social de mercado, encomendó al Estado la tarea de dirigir el curso de la economía, facultad que fue aprovechada para liberalizar su rumbo. El texto superior consagró los principios de la libertad de mercado y la competencia económica, e hizo de ellos postulados jurídicos que habrían de orientar el funcionamiento de la economía. Este cambio, en el campo específico de las zonas francas, implicó una variación en el rol que le corresponde al Estado. A diferencia de lo que ocurre en los servicios públicos domiciliarios, donde también puede encargarse directamente de la prestación del servicio, en este campo el Estado únicamente se encuentra llamado a obrar como ente regulador.

En este proceso de transformación, la aprobación de la Ley 7 de 1991, conocida entonces por el elocuente nombre de «ley de la apertura económica», supuso un hito importante. Entre otras medidas, la ley creó el Ministerio de Comercio Exterior, estableció las directrices que debía atender el Gobierno nacional al regular el comercio exterior del país y creó el Banco de Comercio exterior y el Fondo de Modernización Económica.

En lo que se refiere a las zonas francas, la ley introdujo una primera variación en el modelo imperante, que devendría fundamental para el proceso de transformación que aquí se refiere. El párrafo del artículo sexto permitió que las zonas francas, que venían operando como establecimientos públicos del orden nacional, mudaran su naturaleza jurídica, bien para convertirse en sociedades de economía mixta o bien para que su propiedad fuese adquirida por sociedades comerciales. La disposición en comento establecía lo siguiente:

PARAGRAFO. Las zonas francas industriales, comerciales y de servicios creadas, o las que en el futuro se creen como establecimientos públicos del orden nacional podrán transformarse en sociedades de economía mixta o ser adquiridas, parcial o totalmente, por sociedades comerciales debidamente establecidas.

En tal evento las zonas francas seguirán disfrutando del mismo régimen legal que en materia tributaria, cambiaria, aduanera, de comercio exterior y de inversión de capitales esté vigente al momento de la enajenación.

Esta modificación es de enorme relevancia para el proceso en cuestión, pues abrió la puerta de entrada para que el sector privado adquiriera mayor importancia en un sector de la economía cuyo protagonismo era ejercido, en exclusiva, por el Estado.

Adicionalmente, la Ley 7 de 1991 otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para que regulara el establecimiento y el funcionamiento de las zonas francas, con arreglo a los nuevos criterios en vigor.

Mediante la expedición del Decreto 2131 de 1991, «por el cual se dictan normas sobre la estructura y funcionamiento de las Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios», el presidente hizo uso de las aludidas facultades. El decreto en cuestión, tal como lo indica el artículo primero, fue aprobado para que sirviera como «Estatuto de [las] Zonas Francas Industriales de Bienes y de Servicios».

Con arreglo a este nuevo régimen, las zonas francas quedaron estructuradas como un negocio de iniciativa privada regulado por el Estado.

Esta transformación en el plano económico se materializó, en el asunto que concierne a la Sala, en una sustancial modificación de la naturaleza de las zonas francas. Como consecuencia de esta evolución, el sector privado ha adquirido un protagonismo ascendente, dado que la institucionalidad se reconfiguró para que dicho sector sea el que constituya las zonas francas, sobre bienes principalmente particulares. Prueba de ello se encuentra en el número de zonas francas que operan en inmuebles privados, las que constituyen una indiscutible mayoría, en comparación con aquellas que llevan cabo sus actividades en bienes públicos.

La nueva dinámica que gobierna el funcionamiento de las zonas francas fue destacada en la obra *Caracterización del régimen de zonas francas en Colombia*, publicada por la DIAN:

El modelo de zonas francas nació en Colombia en los años cincuenta con la Ley 105 de 1958, la cual dio origen a la Zona Franca de Barranquilla. Sin embargo, **en 1994 hace ya 22 años, se proyectó una nueva visión sobre el tema, ya que el régimen pasó a ser administrado por el sector privado**, inicialmente con el objetivo primordial de impulsar las exportaciones, dentro de la política de apertura económica de la época [énfasis fuera de texto]⁹⁰.

Dentro del marco de este proceso, el Gobierno nacional aprobó el Decreto 2111 de 1992, que fue expedido consultando la nueva dinámica normativa, según la cual al Estado únicamente le corresponde encargarse de la regulación de las zonas francas, y ya no de la prestación del servicio. En esta dirección, el decreto dispuso la supresión de los establecimientos públicos operadores de las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca, Buenaventura, Cúcuta, Rionegro y Urabá.

El artículo sexto del Decreto 2111 de 1992 facultó a los liquidadores para que enajenaran los bienes de dichos establecimientos, mientras el párrafo final del artículo dispuso que «[c]oncluida la liquidación de los establecimientos públicos en liquidación, los bienes y obligaciones remanentes, pasarán a la Nación - Ministerio de Comercio Exterior».

Más adelante, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2480 de 1993, «por el cual se establece un régimen de zona franca industrial de bienes y de servicios para las Zonas Francas Industriales y Comerciales de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, Cúcuta, Palmaseca y Santa Marta, en liquidación». El decreto permitió la declaración de existencia de zonas francas en las áreas geográficas que, hasta entonces, habían sido operadas por establecimientos públicos cuya supresión y liquidación fue ordenada por el Decreto 2111 de 1992. De tal suerte, el Gobierno nacional decidió conservar el uso que tenían los bienes en los que funcionaban las zonas francas, aunque entregó —fiel a su rol como Estado regulador— la tenencia de los bienes y la administración de las actividades al sector privado.

El Decreto 2480 de 1993 estableció que «[l]a dirección, administración y promoción» de las nuevas zonas francas que funcionarían en bienes del Estado estaría a cargo de sendos usuarios operadores. Sus funciones fueron establecidas en el artículo tercero: «La dirección, administración y promoción de

⁹⁰ Beltrán Murcia, Adriana y Sierra Reyes, Pastor, *Caracterización del régimen de zonas francas en Colombia*, Cuadernos de trabajo, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, 28 de noviembre de 2016.

las zonas francas a que se refiere este decreto estará a cargo de un usuario-operador, que será seleccionado por el Ministerio de Comercio Exterior de acuerdo con los procedimientos señalados en este decreto». La aludida selección, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo séptimo, debía ser realizada previa «convocatoria pública», en la que se habría de comprobar el cumplimiento de los requisitos pertinentes.

A diferencia de lo que ocurre hoy, la realización de un proceso de convocatoria pública tenía pleno sentido en aquel entonces porque se debía inaugurar este nuevo modelo, en el que —fuera de la horma institucional de los establecimientos públicos—, por primera vez, los particulares llevaban a cabo actividades del régimen franco en bienes públicos. Tales circunstancias, huelga decirlo, no se presentan en la actualidad.

En síntesis, una vez concluyó el proceso de liquidación de los establecimientos públicos que operaban las zonas francas industriales y comerciales a que se refiere el Decreto 2131 de 1991, los inmuebles que eran propiedad de dichos establecimientos, y en los cuales funcionaban las respectivas zonas francas, pasaron a ser propiedad de la Nación – Ministerio de Comercio Exterior.

En estos predios, el Ministerio de Comercio Exterior declaró la existencia de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena, Santa Marta, Palmaseca y Cúcuta. En las correspondientes resoluciones encargó a los usuarios operadores elegidos «la dirección, administración y promoción de las zonas francas»⁹¹. Por último, en cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto 2480 de 1993, el Ministerio celebró con cada uno de ellos los contratos de arrendamiento correspondientes, en virtud de los cuales los usuarios operadores adquirieron la tenencia de los bienes en los que habrían de realizarlas actividades del régimen franco.

Con base en lo expuesto en este apartado, se concluye que las zonas francas experimentaron un cambio significativo a principios de la década de los noventa del siglo pasado. Desde entonces, han dejado de ser una *rara avis* en la dinámica comercial e industrial del país. Si se tiene en cuenta la lógica tradicional con la que venían operando, no resulta sorprendente que la constitución de zonas francas fuera vista entonces como un suceso excepcional y extraordinario, pues su creación dependía por completo de la voluntad de la Administración y su número era sumamente restringido. Debido a las reformas normativas, institucionales y de orientación económica que se implementaron en la época señalada, esta perspectiva resulta incorrecta en la actualidad.

A diferencia de lo que ocurría antes, las zonas francas son figuras corrientes en la vida económica del país; lo que no significa que el Estado haya aligerado los compromisos que los usuarios operadores deban satisfacer para que se autorice su funcionamiento. Esta transformación no solo ha producido cambios de orden normativo; también ha impuesto una nueva mirada, que reconoce la relevancia del sector privado en su funcionamiento, la cual debe ser tenida en cuenta para comprender adecuadamente su naturaleza jurídica e institucional.

III. Consecuencias de la aplicación del nuevo paradigma de las zonas francas al caso concreto y análisis de la lectura que realizó la Sala sobre el principio de la igualdad

Tal como se ha señalado, el paradigma que, desde los noventa, gobierna el

⁹¹ Artículo tercero del Decreto 2480 de 1993.

funcionamiento de las zonas francas no solo ha implicado una nueva narrativa en torno a esta actividad; ha provocado, además, significativos cambios institucionales y normativos en torno a la lógica que antes presidía el quehacer de este sector de la economía.

La nueva perspectiva ha producido cambios importantes en la naturaleza de los procedimientos de declaratoria de existencia de las zonas francas y en la prórroga de estas últimas. La iniciativa y el protagonismo que se reconocen ahora a los particulares exigen que tales procedimientos sean decididos por la Administración teniendo en cuenta que —siempre que cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento— los usuarios operadores cuentan con el *derecho subjetivo a la declaratoria de la existencia de la zona franca, tanto como con el derecho subjetivo a la prórroga*, si esta ha sido dispuesta y reglada por la Administración. De ahí que la ley y los reglamentos ofrezcan toda clase de recursos para controlar la actuación de las autoridades, cuando estas no realicen una valoración adecuada de las solicitudes.

En particular, es necesario destacar que, en consonancia con el nuevo paradigma, que encuentra desarrollo en el Decreto 2147 de 2016 y en las demás normas que lo modifican, la prórroga de la declaratoria de la existencia de la zona franca es un procedimiento que se decide con base en las condiciones particulares de cada usuario operador. Esto es así por cuanto la decisión de la Administración depende únicamente del cumplimiento de los compromisos que este haya asumido originalmente, al momento de solicitar la declaración de existencia de la zona franca, y de las metas que se proponga a futuro, cuya realización habrá de hacerse durante el lapso por el cual solicita la prórroga correspondiente.

De conformidad con este planteamiento, el Decreto 1054 de 2019 ha establecido un conjunto de exigencias que, de ser cumplidas, otorgan a los usuarios operadores el *derecho* a prolongar el ejercicio de las actividades francas en los bienes dispuestos para tal fin. Pese a las inconsistencias que conlleva el requisito de disponibilidad jurídica, el Decreto 2147 dispone que este derecho se encuentra reconocido a favor de todos los usuarios operadores, lo que incluye, naturalmente, a quienes realizan las actividades del régimen franco en bienes públicos —tal como lo exige el principio constitucional de la igualdad—.

Lo anterior encuentra sustento en la clara redacción del Decreto 1054 de 2019, cuyo artículo 1 establece lo siguiente:

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo **autorizará la prórroga** del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas mediante acto administrativo, previo concepto favorable de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Decreto y en las demás normas vigentes sobre la materia [énfasis fuera de texto].

Según se observa, la actuación del Ministerio en estos casos no es facultativa; no depende de su voluntad autorizar, o no, la prórroga de la existencia de una zona franca. Por el contrario, se trata de un procedimiento reglado, en el que la Administración se encuentra obligada a conceder la solicitud, cuando se encuentren satisfechas las condiciones establecidas por el decreto. Por tal motivo, es plenamente acertado concluir que el Decreto 1054 de 2019 concede un derecho a la prórroga de las zonas francas, derecho que, naturalmente, se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos pertinentes.

Esta configuración de la prórroga de las zonas francas obliga a concluir que aquel es totalmente incompatible con el procedimiento de la licitación pública. Esto es así por cuanto los derechos de los usuarios operadores no se derivan de una calificación relativa u ordenada, en la que se evalúen las condiciones del usuario operador de cara a las calidades de otros proponentes. Tales derechos se derivan, sencillamente, del cumplimiento, o no, de los requisitos que a cada cual, por separado, le son exigidos. Lo anterior significa que no existe fundamento jurídico alguno que permita sostener, tal como lo ha hecho la Sala en esta oportunidad, que, una vez vencido el término original para el funcionamiento de las zonas francas, la Administración se encuentre llamada a realizar un nuevo proceso de selección, destinado a determinar cuál es el nuevo operador jurídico que habrá de continuar las actividades del régimen franco. Un procedimiento semejante no puede llevarse a cabo no solo porque el Decreto 1054 exige una actuación diametralmente opuesta, sino porque resulta contrario al nuevo modelo de las zonas francas.

En este orden de ideas, la decisión de sobreponer los preceptos del Estatuto General de Contratación al Decreto 1054 de 2019 es desacertada por cuanto i) desconoce la clara reglamentación del aludido decreto, lo que acarrea —aquí sí— una flagrante violación del principio de legalidad y ii) ignora el actual paradigma del régimen franco, en el que son los particulares, y no el Estado, quienes dan origen —por solicitud y cumplimiento de requisitos— al régimen franco, respecto del cual deben llevar el protagonismo.

Estas fallas, según se sigue de la transcripción que se hace a continuación, fueron cometidas como consecuencia de una interpretación que no comparto, del principio de la igualdad en el caso concreto. En el apartado que pretende justificar la introducción de las reglas de licitación pública, la Sala manifestó que dicha actuación se fundaba en lo dispuesto en el artículo 13 superior:

Si bien el Decreto tiene por objeto reglamentar, de manera general, el procedimiento de prórroga de las zonas francas del país, la Sala observa que este regula dicha prórroga en cabeza de quienes ostentan la calidad de actuales usuarios operadores.

Desde este punto de vista, para el caso de las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, la norma solo permitiría la prórroga de dichas zonas francas y por ende, la prórroga del contrato de arrendamiento con los actuales usuarios operadores.

Tal situación implicaría excluir a aquellos terceros que pueden estar interesados en presentar ofertas para explotar las zonas francas de Barranquilla, Cartagena y Palmaseca, y celebrar el correspondiente contrato de arrendamiento sobre los inmuebles en que estas operan [énfasis fuera de texto].

Según se observa, la pretendida violación del principio de la igualdad consistiría en que, al permitir que los usuarios operadores prorrogaran el término de las zonas francas —que es, justamente, la actuación que ordena el Decreto 1054 de 2019 y lo que exige el actual paradigma del régimen franco—, se estaría *excluyendo* a terceros que pudieran estar interesados en la operación de las zonas francas que funcionan en bienes públicos.

Esta apresurada conclusión suscita las siguientes observaciones. El actual procedimiento de prórroga —tal como ha sido estructurado en el Decreto 1054 de 2019— no establece ningún tipo de concurso o competencia entre quienes operan

las distintas zonas francas: todos, varios o ninguno de los usuarios operadores que realizan estas actividades podrían obtener la prórroga del régimen correspondiente. Las determinaciones que, en cada caso, adopte la Administración habrán de ser tomadas por separado. Esto significa que la suerte de cada una de las solicitudes no incide, de ninguna manera, en la decisión que haya de adoptarse en las demás peticiones de prórroga.

En este orden de ideas, el procedimiento de prórroga de las zonas francas no compromete el valor jurídico de la igualdad por la adopción de una decisión de la Administración que favorezca a un particular y que, por implicación, excluya a otros, tal como ocurriría en una licitación. Dicha circunstancia hubiera podido darse en el pasado, en vigencia del anterior paradigma del régimen franco. En ese entonces, el Estado dispensaba una condición a un concursante, a quien declaraba ganador del proceso de selección, hecho que lo convertía en usuario operador de la zona franca correspondiente. El otorgamiento de ese derecho acaecía como una pérdida correlativa para el resto de participantes en el concurso. Lo anterior no ocurre en el trámite en comento, pues este plantea una evaluación individual, no comparativa, del cumplimiento de la regulación que acredita cada usuario operador.

Por razones obvias, que se derivan —estas sí— del principio de igualdad, la regulación aplicable a la prórroga de los regímenes francos no distingue entre los diferentes usuarios operadores —no podría hacerlo— para hacer más gravosas o más blandas las exigencias establecidas a este o al otro. Concretamente, el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016, modificado por el Decreto 1054 de 2019, establece lo siguiente:

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

En estos términos, el decreto establece un conjunto de requisitos generales y abstractos, que obligan a todos, es decir a cada cual, por igual.

Esta caracterización general del procedimiento de prórroga demuestra que en él no se involucra de ningún modo a terceros. La solicitud de prórroga de existencia de las zonas francas atañe únicamente al usuario operador interesado en obtenerla. Según se ha dicho, los Decretos 2147 de 2016 y 1054 de 2019 no disponen la apertura de concurso alguno, en el que haya de hacerse una convocatoria para que los interesados puedan participar. Por el contrario, los decretos reconocen un *derecho a la prórroga* en cabeza de los usuarios operadores que cumplan los requisitos pertinentes. De ahí que el único concernido por este procedimiento sea el usuario operador que haya solicitado la prórroga de la zona franca: en lo que respecta a esta solicitud concreta, no hay terceros involucrados en competencia, lo que significa que ningún tercero podría emprender acciones contra esta actuación administrativa, como si esta le afectara derechos subjetivos.

Así pues, con fundamento en las razones expuestas en este apartado, se concluye que la Sala de Consulta realizó una lectura inadecuada del principio de la igualdad. En concreto, desconoció que el Decreto 1054 de 2019 no da lugar a

ningún tipo de competencia, bien sea entre los actuales usuarios operadores de las zonas francas del país o bien de cara a los terceros que pudieran estar interesados en administrar las zonas francas que funcionan en bienes públicos. Por el contrario, la prórroga de la declaratoria de existencia de las zonas francas se decide de manera individualizada, con base en el cumplimiento de los compromisos contraídos por el usuario operador y en las metas que se ha trazado a futuro.

Pese a lo anterior, el concepto sostiene, bajo una inadecuada apelación a los principios de la contratación estatal, que esta regla debe ser desconocida debido a que sería incompatible con los dictados de la Ley 80 de 1993. Esta inferencia es infundada en la medida en que la regulación del Decreto 1054 de 2019 es —con la salvedad del requisito de la disponibilidad jurídica— perfectamente congruente con los principios legales sobre los que se sustenta el régimen actual de las zonas francas (Ley 1004 de 2005). Los principios y directrices de la Ley 80 de 1993 no fueron incluidos en el decreto debido a que su aplicación en este ámbito, dada la realidad del nuevo paradigma de las zonas francas, es contraproducente y antitécnica. Por tal motivo, la decisión de no incluir una fase de licitación pública dentro del proceso de prórroga de las zonas francas no constituye un error, como lo pretende hacer ver la Sala. Al contrario, es el resultado de una acertada comprensión de la lógica actualmente imperante en el régimen franco. Por tal motivo, la sobreposición de las reglas de la Ley 80 de 1993 a este asunto resulta equivocada.

Una vez explicadas las razones de mi desacuerdo con la Sala, procedo a exponer la solución que, a mi juicio, debió darse a la consulta formulada por el Ministerio. En lugar de desconocer las reglas contenidas en el Decreto 1054 de 2019, las cuales —valga la reiteración— se presumen ajustadas a derecho y no han sido anuladas por el Consejo de Estado, la Sala debió ajustar el alcance del requisito de disponibilidad jurídica con ayuda del criterio de interpretación sistemática, tal como se explica en seguida.

IV. El criterio de interpretación sistemática como instrumento hermenéutico para establecer el alcance del requisito de disponibilidad jurídica

La sentencia del 19 de mayo de 2014, dictada por la Sección Tercera del Consejo de Estado (radicación n.º 11001-03-26-000-2014-00037-00 50219), contiene un interesante análisis sobre los criterios de interpretación que gobiernan la hermenéutica de los textos jurídicos. Por su relevancia para el caso concreto, se cita un extracto de la consideración dedicada a esta cuestión:

7.3.1.- Bien conocida es la necesidad de que los operadores jurídicos emitan sus decisiones al amparo de las normas que rigen una determinada materia. En este contexto, estos operadores se ven en la necesidad de acometer profundas reflexiones jurídicas tendientes a auscultar el sentido y alcance de las normas jurídicas para la resolución de un caso. Por tal razón, la legislación y la doctrina han establecido diversos criterios de interpretación de las disposiciones jurídicas a fin de desentrañar pasajes oscuros de las normas o servir como instrumentos de guía al Juez para atribuir determinado significado al ordenamiento jurídico.

Por su relevancia para el asunto bajo estudio, conviene destacar el examen particular que, en dicha oportunidad, realizó la Sección Tercera a propósito del «criterio sistemático». Según se sigue del apartado que se transcribe a continuación, dicho método contribuye a garantizar la armonía y la congruencia del sistema jurídico. Esta directriz parte del supuesto según el cual las

disposiciones del ordenamiento conforman un sistema coherente, que se organiza con arreglo a unos principios que irradian la totalidad del ordenamiento. De conformidad con este planteamiento, al interpretar las disposiciones jurídicas, los operadores jurídicos deben observar que estas se engastan en un engranaje, cuyo sentido deben consultar. De ahí que, cuando las piezas del sistema amenacen su armonía, este criterio autorice a los operadores —en particular, a las autoridades judiciales— a «limitar, precisar o ampliar el radio de acción de una determinada disposición».

7.3.4.- Criterio sistemático. Según este criterio, la norma que se extraiga de una disposición jurídica debe encontrarse en armonía con otras normas, fines o principios del ordenamiento jurídico, de tal modo que no exista contradicciones, incompatibilidad o incongruencia entre diversas disposiciones que componen un conjunto normativo. Este criterio obedece a la idea según la cual el ordenamiento jurídico puede ser concebido bajo la idea de un sistema, de allí, entonces, que la coherencia y unidad se califiquen como sus características. **Esto implica, entonces, que por vía de este método puede el intérprete limitar, precisar o ampliar el radio de acción de una determinada disposición al contrastarla con otras normas consonantes con la materia que trata, pues toda disposición ha sido proferida en el marco de un amplio conjunto de disposiciones de igual jerarquía, con las que debe operar de manera consonante.**

7.3.4.1.- Una de las maneras en que se manifiesta el criterio sistemático está en la llamada interpretación adecuadora, que se ampara fundamentalmente en la fuerza normativa que tienen las disposiciones constitucionales y, en general, las de mayor jerarquía jurídica, y que postula que la interpretación que se debe dar a una disposición debe encontrarse en consonancia con aquella que se extraigan de la norma jurídica superior, de manera que entre las posibles interpretaciones que se puedan dar a una disposición, el operador deberá preferir aquella que en la mayor medida se encuentre acorde con el espíritu de la disposición superior [énfasis fuera de texto].

Este mismo asunto ya había sido tratado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de octubre de 1963 (expediente n.º 2633). En aquella oportunidad, la corporación hizo un estudio detallado del presupuesto sobre el que se afianza el criterio sistemático de interpretación. Según se ha dicho, la premisa sostiene que el ordenamiento no puede ser visto como una agregación azarosa de normas jurídicas; ha de ser comprendido como un cuerpo complejo, que se organiza atendiendo a un conjunto de principios, que les infunden sentido a todas y cada una de sus partes. A continuación, se cita el apartado más relevante del fallo en cuestión:

La ley, generalmente, está formada por un conjunto armónico de reglas estrechamente relacionadas entre sí, las cuales se complementan y adicionan de manera recíproca. Ciertamente que cualquiera de los ordenamientos que en ella se contienen regula una hipótesis determinada, pero todos aparecen ordinariamente vinculados en forma tal con el resto de las disposiciones del estatuto, que en la mayor parte de los casos sólo es posible obtener el verdadero sentido de un precepto a través del análisis integral de todo el conjunto normativo o de todo el grupo de mandamientos relacionados.

La Corte Constitucional también ha tenido ocasión de analizar las funciones que cumple este criterio hermenéutico. En la Sentencia C-011 de 1994, el tribunal resolvió un problema jurídico similar al que se plantea en esta ocasión a la Sala de Consulta, consistente en establecer el alcance de una disposición aparentemente clara, que desconocía los principios que regulaban el asunto pertinente.

Cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico- constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística⁹² [énfasis fuera de texto].

Las consideraciones expuestas en este apartado son relevantes para el caso concreto, pues indican cuál es proceder que deben asumir los operadores jurídicos cuando se encuentran ante disposiciones *aparentemente claras* que amenazan la coherencia del sistema del que forman parte. En palabras de la Corte, les corresponde «buscar un sentido razonable», tarea que, en la práctica, según anotó el Consejo de Estado, se traduce en la posibilidad de «limitar, precisar o ampliar el radio de acción» de las disposiciones que amenazan la armonía del sistema jurídico.

Teniendo en cuenta los inconvenientes que provoca la aplicación del requisito de disponibilidad jurídica a quienes operan zonas francas ubicadas en bienes públicos, es necesario emplear, en el caso concreto, el criterio de interpretación sistemática. Tal como lo plantea la jurisprudencia referida, la exigencia de la disponibilidad jurídica a los usuarios que operan zonas francas en bienes públicos se muestra como un requisito *aparentemente claro*, que debería ser considerado, al momento de decidir las peticiones de prórroga. No obstante, este requisito conduce a resultados completamente incoherentes con el paradigma actual que, de acuerdo con la legislación, preside el funcionamiento de las zonas francas.

Tal como lo exige la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, en este caso se está ante una norma aparentemente clara (el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016), que dispone la extensión de todos los requisitos que deben cumplir los usuarios operadores de bienes particulares interesados en obtener la prórroga de las zonas francas a quienes llevan a cabo las actividades del régimen franco en bienes públicos. Entre dichos requisitos se encuentra el deber de satisfacer la exigencia de disponibilidad jurídica, para lo cual dispone algunas reglas especiales.

De igual manera, es evidente que la aplicación de esta norma acarrea resultados ostensiblemente ilógicos, que desconocen abiertamente la lógica imperante en el régimen franco.

La frágil consistencia lógica de esta exigencia se explica del siguiente modo: el requisito de disponibilidad jurídica, en el caso particular de las zonas francas que operan en bienes públicos, desconoce el hecho insoslayable de que dichos bienes son propiedad de la Nación. Su exigencia implica que los usuarios operadores deben acreditar una condición que depende por completo de la Administración. Esto es así dado que esta última es la propietaria de los bienes, por lo que solo a ella le corresponde determinar —con total autonomía— cuál habrá de ser la destinación específica de los bienes. No en vano, su condición de propietaria le permite ejercer las tradicionales facultades del *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi*. De tal suerte, la posibilidad de acreditar que se cuenta con la tenencia pacífica y legítima de los bienes —que es, precisamente, lo que se exige a los usuarios operadores que desean prorrogar la existencia de las zonas

⁹² En la Sentencia C-032 de 1999, la Corte realizó una exhortación similar cuando manifestó que la interpretación de las piezas del ordenamiento debe hacerse «[a]tendiendo al principio de interpretación sistemática de la ley, que considera la norma como parte de un todo cuyo significado y alcance debe entonces fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece».

francas— es una cuestión que está sujeta, únicamente, a la voluntad de la Administración.

La imposición de un requisito semejante implica, además, el desconocimiento de una regla básica del Código Civil en materia de obligaciones. El artículo 1518⁹³ preceptúa que para que la prestación de una obligación sea válida es menester que su cumplimiento sea posible. Naturalmente, no se cumple este requisito cuando, como ocurre en nuestro caso, dicho cumplimiento no depende del arbitrio del deudor, sino del acreedor.

Las razones expuestas hasta este punto dan cuenta de la necesidad de modular los efectos del requisito de disponibilidad jurídica. Esta acción tiene por objeto preservar la armonía y la cohesión de la normativa que regula las actividades del régimen franco.

Con fundamento en los principios de igualdad y de prevalencia del derecho, es menester formular una interpretación que, al mismo tiempo, garantice la observancia de los parágrafos del artículo 86-7 —pues resulta innegable que tales disposiciones se encuentran vigentes y que se presumen ajustadas al ordenamiento— y mantenga la coherencia y armonía de la normativa dedicada a este asunto. En esta tesitura, la hermenéutica sistemática de la normativa aplicable al caso concreto obliga a concluir que el requisito de disponibilidad jurídica, en el caso particular de los usuarios que operan zonas francas localizadas en bienes públicos, se cumple con la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento.

Así pues, los usuarios de las zonas francas ubicadas en bienes públicos se encuentran obligados a dar cumplimiento a este requisito del modo señalado, por lo que no se les exime del deber de asegurar su cumplimiento. Este resultado es importante, en la medida en que preserva el principio de la igualdad y afirma la vigencia de la totalidad del artículo 86-7. En cuanto a lo primero, es esencial que se mantenga un trato equitativo e igualitario entre los distintos usuarios que operan las zonas francas en el país, sea que ellos realicen sus actividades en bienes públicos o privados. Este equilibrio se quebranta cuando los requisitos que unos y otros deben cumplir difieren, pese a que las actividades que realizan son exactamente iguales. De ahí que sea necesario que se ratifique que los usuarios que llevan a cabo sus actividades en bienes públicos también deben satisfacer este requisito.

En lo que se refiere a la vigencia de los dos parágrafos del artículo 86-7, es evidente que la lectura que de estas disposiciones aquí se propone asegura su pervivencia en el ordenamiento. Esto último es esencial por cuanto no se está realizando un control de validez de estas disposiciones, por lo que no es viable declarar que el requisito de disponibilidad jurídica no puede ser aplicado debido a su hipotética contrariedad con normas superiores. De tal suerte, el requisito de disponibilidad jurídica para el caso de quienes operan las zonas francas en bienes públicos se mantiene, pero se garantiza que tal exigencia no implique la desarticulación del paradigma y de los principios que orientan el funcionamiento del régimen franco.

Esta interpretación tiene la virtud de dar solución a todas las incongruencias e

⁹³ **ARTICULO 1518. <REQUISITOS DE LOS OBJETOS DE LAS OBLIGACIONES>.** [...] Si el objeto [de la obligación] es un hecho, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público.

inconvenientes que plantea la aplicación del requisito, tal como se encuentra estructurado en los párrafos del artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016. Esto es así en la medida en que esta lectura reconoce que la disponibilidad jurídica de estos bienes depende, en exclusiva, de la voluntad de la Administración.

Una vez se presenta la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento — hecho con el que, de paso, los usuarios operadores expresan su voluntad de suscribir dichos convenios—, estos cumplen con la obligación que les impone el ordenamiento jurídico.

De tal suerte, en la medida en que la Administración es la propietaria de los bienes —hecho por el cual solo a ella le corresponde asegurar que, efectivamente, los usuarios operadores habrán de contar con la tenencia pacífica y legítima de aquellos—, la presentación de la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento es capaz de satisfacer el requisito de disponibilidad jurídica.

Conclusiones

Las razones expuestas en este salvamento de voto permiten concluir que la Sala incurrió en un error metodológico al analizar el problema jurídico planteado en la consulta. Las preguntas planteadas por el Ministerio partían del supuesto, razonable y cierto, de que es posible prorrogar los contratos de arrendamiento, pues el Decreto 1054 de 2019 tiene por objeto «reglamentar la prórroga del término de la declaratoria de existencia de las zonas francas». Teniendo en cuenta que solo es posible prorrogar lo que ya existe, que en el caso bajo estudio no era cosa distinta a la declaración de las zonas francas y, *a fortiori*, los contratos de arrendamiento, la consulta planteaba un conjunto de preguntas sobre la manera como debía ser dispuesta la prórroga de dichos contratos, que han permitido a los usuarios operadores llevar a cabo las actividades del régimen franco en los bienes públicos. Las preguntas se formularon con el objetivo de remontar los obstáculos jurídicos que dificultan la realización de la prórroga proyectada en el Decreto 1054.

La consulta presentada por el Ministerio era entonces razonable, y planteaba un campo de análisis bien acotado. Pese a lo anterior, en una en mi entender equivocada procura de consultar principios constitucionales como la igualdad y la libre concurrencia, la Sala desbordó los claros contornos del problema jurídico propuesto y los límites normativos dentro de los cuales debió resolver la controversia. Esto la llevó a dejar de lado los claros preceptos del Decreto 1054 de 2019 y a sobreponer a esta normativa, sin sustento normativo atendible, los principios del Estatuto General de la Contratación.

Por otra parte, según se explicó en este salvamento de voto, la Sala de Consulta se encontraba llamada a tener en cuenta el nuevo paradigma que rige el funcionamiento del régimen franco. Debía observar, igualmente, las claras prescripciones que establece el Decreto 1054 de 2019 a propósito de la prórroga de las zonas francas. De haber atendido estas directrices, la Sala hubiera advertido que la realización del procedimiento de licitación pública que ella propone para la elección de los futuros usuarios operadores es completamente inviable. Esto es así en la medida en que el ordenamiento jurídico otorga a los usuarios operadores un derecho subjetivo a la prórroga de las zonas francas, siempre que aquellos cumplan los requisitos establecidos.

Los inconvenientes generados por la inclusión del requisito de disponibilidad jurídica se debieron resolver con ayuda del criterio de interpretación sistemática. Este parámetro permite concluir que el requisito en cuestión se satisface con la presentación de la solicitud de prórroga de los contratos de arrendamiento. Dicha interpretación es congruente con los principios que rigen el funcionamiento del régimen franco y reconoce la vigencia que tiene el artículo 86-7 del Decreto 2147 de 2016.

En estos términos dejo planteados los argumentos de mi disenso.

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado