ACCIÓN POPULAR - Sentencia / IMPORTANCIA JURÍDICA Y TRASCENDENCIA SOCIAL Y ECONÓMICA – Derecho colectivo a la moralidad administrativa / IMPORTANCIA JURÍDICA Y TRASCENDENCIA SOCIAL Y ECONÓMICA – Usuario operador de Zonas Francas Permanentes / SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO – Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 26 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, por razones de importancia jurídica y trascendencia económica y social, de conformidad con lo establecido en los artículos 129, 97 numeral 5 y 130 del Código Contencioso Administrativo.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 97 NUMERAL 5 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 129 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 130

ACCION POPULAR – Medio procesal para la protección de derechos e intereses colectivos

En el contexto colombiano, la Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 constitucional, y consagró a las acciones populares como el medio procesal para la protección de derechos e intereses colectivos, en el entendido de que las mismas “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. Dentro de esos derechos e intereses colectivos que, a título enunciativo, se establecieron en el artículo 4, se identificó a la moralidad administrativa.

FUENTE FORMAL: LEY 472 DE 1998

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Derecho e interés colectivo / MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Origen

La moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político – jurídica social y democrática de derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público. Es decir, se abandonó la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basa y estructura la organización estatal. Bajo esa perspectiva, la moralidad administrativa radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social. […] La Constitución Política de Colombia se refiere a la moralidad administrativa desde una doble concepción: por un lado, como un derecho e interés colectivo, consagrado en su artículo 88 y, por el otro, como uno de los principios de la función administrativa de los que trata el artículo 209. La moralidad no ha sido definida normativamente, con excepción del preciso intento del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (CPACA) de darle un contenido más concreto, que en su artículo 3 numeral 5 indica: “en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”; por ello ha sido la jurisprudencia la que, de manera amplia, se ha ocupado de precisar los alcances del concepto de moralidad administrativa. Como principio, esta Corporación ha precisado que la moralidad

administrativa orienta la producción normativa infraconstitucional e infralegal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular […].

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los supuestos para la configuración de la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, expediente 2007-00033-01(AP).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 209 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 3 NUMERAL 5

MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Concepto jurídico indeterminado o norma en blanco

[…] esta Corporación ha precisado que la moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco-, implica que para establecer y determinar su contenido y alcance debe ser integrada por el operador judicial en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza endilgada. En ese sentido, reitera la Sala, es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden -.

ZONAS FRANCAS PERMANENTES – Configuración / ZONAS FRANCAS – Cuentan con beneficios tributarios, aduaneros y cambiarios

Las Zonas Francas Permanentes tienen una particular configuración diferencial a otro de tipo de Zonas Francas, ya que, para aquellas (las de carácter permanente), se requiere la existencia de un sujeto llamado Usuario Operador. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005 consagró los usuarios de las Zonas Francas así: los Usuarios Operadores, los Usuarios Industriales de Bienes, los Usuarios Industriales de Servicios y los Usuarios Comerciales. Para la normativa especial el Usuario Operador “es la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como para calificar a sus usuarios”. Según se tiene, las Zonas Francas cuentan con beneficios tributarios, aduaneros y cambiarios: 1) dentro de los primeros se incluye el consagrado en la Ley 1004 de 2005, la cual, en su artículo 5, fijó una tarifa única del 15% del impuesto sobre la renta gravable de las personas jurídicas usuarias, además de la exención del IVA a las ventas; 2) en los beneficios aduaneros se encuentran la extraterritorialidad aduanera, además del no pago de tributos aduaneros para los bienes de capital, equipos, insumos y repuestos provenientes del exterior; 3) a lo que se suman los beneficios cambiarios, en los

que se incluyen la apertura de cuentas corrientes en el extranjero sin la obligación de registrarlas en el Banco de la República como cuenta de compensación, así como la no obligatoriedad del reintegro de divisas al país por exportaciones; ejemplos de una lista más amplia de beneficios de los que gozan las personas jurídicas usuarios de las zonas francas.

FUENTE FORMAL: LEY 1004 DE 2005 – ARTÍCULO 3 / LEY 1004 DE 2005 – ARTÍCULO 5

ZONA FRANCA PERMANENTE – Procedimiento para obtener la declaratoria de una Zona Franca Permanente y la autorización del Usuario Operador

[…] para obtener la declaratoria de una Zona Franca Permanente y la autorización del Usuario Operador, existen dos fases o etapas en el procedimiento que pueden diferenciarse claramente respecto a la autoridad a la que se dirigen. En la fase inicial para la declaración de una zona geográfica como zona franca permanente y la autorización de usuario operador de la misma, debe surtirse ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas […]. […] Realizado el estudio y análisis respectivo se aprueba o desaprueba el Plan Maestro de la Zona Franca y se emite el concepto favorable o desfavorable a la viabilidad de las solicitudes. En la segunda fase del procedimiento, una vez se ha obtenido el concepto favorable por la Comisión Intersectorial […]. la persona jurídica que pretenda ser usuaria operadora de una zona franca debe presentar la solicitud ante la DIAN, acompañada del concepto de viabilidad y las aprobaciones previamente emitidas por la Comisión Intersectorial. De manera que para que se declare la existencia de una zona franca permanente se requiere la intervención de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, por un lado y, por el otro, la voluntad de la DIAN. No obstante, es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la entidad que decide sobre la declaratoria de un área geográfica como Zona Franca Permanente y autoriza a un determinado Usuario Operador.

FUENTE FORMAL: DECRETO 4051 DE 2007 – ARTÍCULO 3 / DECRETO 2685 DE 1999 – ARTÍCULO 392 NUMERAL 5

USUARIO OPERADOR DE UNA ZONA FRANCA PERMANENTE – Persona jurídica nueva / USUARIO OPERADOR DE UNA ZONA FRANCA PERMANENTE – Acreditación de experiencia / PERSONA JURÍDICA – Ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores / ACREDITACIÓN DE EXPERIENCIA DE UNA PERSONA JURÍDICA – A través de las personas naturales que la conforman, individualmente consideradas o como una organización empresarial

Comoquiera que la ley exigía que quien tuviera la intención de ser Usuario Operador de una Zona Franca Permanente, debía acreditar la constitución de una nueva persona jurídica para tal fin, cabe preguntarse ¿cómo se acredita el requisito de conocimiento o experiencia específica de la sociedad sobre las actividades que se van a desarrollar en la zona franca si se trata de una persona jurídica nueva? Frente a este interrogante la Sala encuentra que, inevitablemente, quienes debían acreditar estos requisitos de experiencia específica y conocimiento técnico, naturalmente debían ser sus socios o accionistas o incluso sus directivos, pues la persona jurídica tan solo es una ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores; a todas luces, en una fase inicial quienes pueden acreditar el “conocimiento y experiencia en comercio exterior y aduanas” son las personas naturales que la conforman, individualmente consideradas o como una organización empresarial. […] Nótese que la regulación específica aduanera […]

no establece la manera en que debe acreditarse la experiencia del usuario operador, la cual debía constituirse como una persona jurídica nueva con ese único propósito. No obstante, existen regulaciones en otros escenarios que sirven de ejemplo para ilustrar cómo el Estado en diferentes ámbitos de la vida pública y civil, ya sea en ámbitos contractuales o comerciales, permite acreditar la experiencia de sociedades recientemente constituidas a través de sus accionistas o administradores. Es el caso del Decreto 92 de 1998 que regulaba el Registro Único de Proponentes RUP -vigente para la época en que tuvieron lugar los hechos bajo análisis- el cual preveía la posibilidad de que una sociedad con menos de tres (3) años de constituida acreditara la experiencia requerida para inscribirse en el RUP a través de sus accionistas o socios. La finalidad de esta norma era permitir que las sociedades que no contaban con la experiencia suficiente para contratar con el Estado pudieran apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal. Igualmente, en el régimen de sociedades comerciales, los accionistas pueden aportar y transferir a su sociedad la experiencia que detentan antes de su constitución, tal y como lo ha previsto la Superintendencia de Sociedades en pronunciamientos que válidamente trajo a colación el a quo en la sentencia de primera instancia.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2685 DE 1999 – ARTÍCULO 393 NUMERAL 15 PARÁGRAFO 1 / DECRETO 4051 DE 2007 / DECRETO 92 DE 1998

VULNERACIÓN, TRANSGRESIÓN A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Se requiere comprobar elemento subjetivo / ELEMENTO SUBJETIVO EN LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Existencia de una motivación reprochable o ajena a la ética que debe regir la conducta del servidor público / VULNERACIÓN, TRANSGRESIÓN A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Se requiere comprobar elemento objetivo / ELEMENTO OBJETIVO EN LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA –Ilegalidad o desconocimiento del ordenamiento jurídico / CASO CONCRETO – No se demostró la transgresión a la moralidad administrativa

En gracia de discusión, aun cuando la Zona Franca de Occidente S.A., recién creada, debiera acreditar la experiencia en aduanas y comercio exterior sin la posibilidad de acudir a sus socios, lo cierto es que dicha irregularidad por sí sola, no demuestra una transgresión a la moralidad administrativa que invoca el actor popular. Como bien lo sostuvo el Ministerio Público, no hay elemento probatorio en el expediente que indique que se omitió ese requisito o se le dio tratamiento por una motivación reprochable o ajena a la ética que debe regir la conducta del servidor público o que obedeció al capricho del director de la DIAN ni tampoco para favorecer los intereses de los solicitantes u otros servidores públicos. Así las cosas, para la Sala no se evidencian indicios de ilegalidad o de desconocimiento del ordenamiento jurídico en las actuaciones adelantadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la DIAN y, en consecuencia, no es posible advertir la configuración del elemento objetivo indispensable para declarar una conducta o acto contrario a la moralidad administrativa. De cualquier modo, como bien se explicó en párrafos precedentes, para que se entienda vulnerado el referido derecho colectivo, en la conducta del servidor público deberán concurrir criterios de naturaleza subjetiva que demuestren el desconocimiento del interés general y los propósitos del servicio público, con fines de favorecer intereses privados durante el desarrollo de actuaciones administrativas. Por lo general, los elementos de carácter subjetivo coinciden con conductas deshonestas o corruptas dentro de las que se incluyen actos amañados o irregulares.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

Referencia: **ACCIÓN POPULAR**

Tema: Derecho colectivo a la moralidad administrativa. Importancia jurídica; trascendencia social y económica. Usuario operador de Zonas Francas Permanentes.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a resolver, por razones de importancia jurídica y trascendencia social y económica, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 26 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que negó el amparo del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 8 de julio de 2009 Felipe Zuleta Lleras, en ejercicio de la acción popular, presentó demanda en contra de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para que se restableciera el derecho colectivo a la moralidad administrativa presuntamente trasgredido por las actuaciones de las entidades demandadas, al haber declarado un área geográfica como zona franca permanente y autorizado como usuario operador de aquella a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. (hoy S.A.S.)

La parte actora elevó puntualmente las siguientes peticiones:

"*7.1 Que se declare que los Accionados han violado los derechos e intereses colectivos relacionados con la Moralidad Administrativa contemplados en la Ley 472 de 1998.*

7.2. Que se ordene a los Accionados la ejecución de las acciones pertinentes para que no se sigan violando los derechos e intereses colectivos relacionados con la Moralidad Administrativa y

7.3. Que se restituyan las cosas a su estado anterior y que en consecuencia se ordene a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) que disponga lo pertinente para que sean revocados todos los actos administrativos que dispusieron la existencia de la ZONA FRANCA DE OCCIDENTE y el reconocimiento de la sociedad ZONA FRANCA S.A.-USUARIO OPERADOR como usuario de la precitada Zona Franca, tal y como se dispuso en la Resolución 0001825 del 18 de diciembre de 2008, expedida por la DIAN.

7.4. Que se condene en costas a las entidades públicas accionadas".

2. Hechos

Sostuvo que el 7 de diciembre de 2007 la Zona Franca de Bogotá S.A., actuando como mandataria de la Fiduciaria Colpatria S.A. -vocera del patrimonio autónomo Lotes Mosquera- presentó una solicitud ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas con el fin de obtener la aprobación del plan maestro de desarrollo y el concepto de viabilidad, necesarios para que se declarara una zona franca permanente en un área ubicada en el departamento de Cundinamarca en el casco urbano de Mosquera del sector Siete Trojes.

Precisó que surtido el trámite anterior mediante Resolución 1825 del 18 de diciembre de 2008, la DIAN declaró un área geográfica como Zona Franca Permanente y autorizó como su usuario operador a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.

Anotó que no obstante la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. - Usuario Operador solo se constituyó hasta el 16 de junio de 2008 y obtuvo su registro mercantil el 28 de julio siguiente. Es decir, a pesar de que el Usuario Operador no existía para la fecha en que se solicitó el concepto sobre la viabilidad de la declaratoria de la Zona Franca de Occidente ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en el acto administrativo de la DIAN se afirmó que había sido dicha sociedad quien el 7 de diciembre de 2007 realizó la referida solicitud.

Indicó que no comprende cómo una persona jurídica inexistente pudo presentar ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas la solicitud con la que se había pretendido la declaratoria de la Zona Franca de Occidente.

Afirmó que no concibe cómo una sociedad que no existía logró que la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas recibiera, tramitara y emitiera el informe técnico respectivo de que trataba el artículo 392-5 del Estatuto

Aduanero.

Destacó que no era posible que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas no se percatara de que había sido una sociedad inexistente la que había presentado la solicitud. Igualmente, señaló que de conformidad con el Estatuto Aduanero, en la evaluación de las solicitudes es imperativo considerar aspectos relevantes como quién es el solicitante, el mismo que no existía para el 7 de diciembre de 2007.

Precisó que la actuación de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas sirvió como fundamento para que la DIAN expidiera la Resolución 1825 de 2008; actuaciones administrativas en las que "*se pretermitieron, violaron y desconocieron normas imperativas de derecho positivo que constituyen una clara vulneración de los presupuestos de la moralidad administrativa*".

Resaltó que el "*error de la administración termina beneficiando directamente a los hijos del presidente de la República, es decir, a la familia del superior jerárquico de los funcionarios que lo comenten (sic)*".

Explicó que "*los señores Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, a través de una empresa controlada por ellos, en un porcentaje superior al 60% constituyeron en noviembre de 2006 una fiducia mercantil con la Fiduciaria Colpatria, que en diciembre de ese año compró los predios San Laureano y El Paraíso*", predios donde luego se constituiría la Zona Franca de Occidente, "*multiplicando exponencialmente la inversión de los ciudadanos Tomás y Jerónimo Uribe Moreno* […] *por decisiones de funcionarios subalternos al Presidente de la República*".

Manifestó, además, que "*los derechos fiduciarios que estaban valorados en $33.925.553, pasaron a valer $3.092.998.621 pesos. Una insólita utilidad de más el 9.000% solo explicable por la decisión de los subalternos del padre de los ciudadanos Tomás y Jerónimo Uribe Moreno*".

3. Fundamentos de derecho

Sostuvo que las normas que regían el procedimiento administrativo de declaratoria de una Zona Franca variaron para la época en la que se adelantaba la solicitud de la Zona Franca de Occidente. Para señalar los requisitos que fueron inobservados por las autoridades en el trámite administrativo, y como concepto de la vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, el actor invocó normas de rango constitucional, en especial el artículo 88 y los principios de transparencia y legalidad contenidos en el artículo 209; de orden legal, Ley 472 de 1998, que consagra las acciones populares; así como las normas reglamentarias especiales del Estatuto Aduanero, Decreto 2685 de 28 de diciembre de 1999, modificado por los Decretos 383 de 12 de febrero de 2007 y el Decreto 4051 de 23 de octubre de 2007.

Para el actor, el Decreto 4051 de 2007, en su artículo 12 (modificatorio del artículo 393-15 del Estatuto Aduanero), estableció unos criterios para autorizar al Usuario Operador, consistentes en el conocimiento o experiencia específica de la persona

jurídica sobre las actividades que se debían desarrollar, su capacidad operativa y financiera, entre otros, conocimiento, experiencia y capacidad que no podía tener una empresa que no había sido constituida cuando se presentó la solicitud. Agregó que la DIAN "*desfachatadamente y para suplir esta falencia aceptó que, como requisitos de experiencia e idoneidad, se tomaran prestados los de otra sociedad completamente ajena, la Zona Franca de Bogotá S.A*.".

Adujo que resultaba curioso cómo el Decreto 383 del 12 de febrero de 2007, que sólo rigió hasta el 23 de octubre de 2007 cuando fue derogado por el Decreto 4051 del mismo año, cambió los requisitos para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente. Ello por cuanto, en su criterio, tales normas se tornaron más laxas en el gobierno del expresidente Álvaro Uribe Vélez en el preciso momento en que las empresas de sus hijos tenían intereses económicos en ese sector de la economía.

4. Actuación procesal en la primera instancia

Inicialmente el proceso de acción popular se adelantó ante el Juzgado Treinta y Tres Administrativo de Bogotá, autoridad que inadmitió la demanda por auto de 13 de julio de 2009, con el fin de que se subsanara, en el sentido que la sociedad Zona Franca de Occidente S.A pudiera ser vinculada a la acción, con la acreditación del certificado de existencia y representación legal. Con posterioridad, el 31 de julio de 2009, fue admitida la demanda al haberse subsanado en tiempo, actuación en la que se ordenó la notificación a los demandados, al defensor del pueblo y la comunicación al agente del Ministerio Público, además de disponer la publicación en un medio masivo de comunicación para "*informar a los miembros de la comunidad*" sobre el proceso.

En el término de traslado de las excepciones, el demandante solicitó que se decretaran pruebas adicionales, solicitud que fue negada por el juez de primera instancia en auto de 20 de enero de 2011, ya que no se habían propuesto excepciones previas, las cuales, en observancia del artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, serían las únicas excepciones que habrían generado un traslado al demandante y le hubieran permitido solicitar nuevas pruebas.

Mediante auto de 23 de octubre de 2009, el Juzgado 33 Administrativo de Bogotá ordenó la vinculación de los miembros de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, al haber sido los encargados de emitir el concepto favorable sobre la viabilidad de la declaratoria de la existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente.

A través de memorial presentado el 20 de abril de 2010, Proexport Colombia recurrió la providencia de 23 de octubre de 2009 en la que el Juez 33 Administrativo había ordenado su vinculación al proceso, habida cuenta de que Proexport no tenía capacidad jurídica para ser parte procesal por ser "[…] *un conjunto de bienes, patrimonio autónomo o fideicomiso, cuya vocera es FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. FIDUCOLDEX, que surge de un contrato de Fiducia celebrado entre LA NACIÓN (Hoy Ministerio de Industria, Comercio y Turismo)*

y la mencionada fiduciaria”

Por auto de 21 de mayo de 2010, el Juzgado 33 Administrativo decidió no reponer el auto de 23 de octubre de 2009, al tiempo que dispuso continuar la acción con la Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex, en calidad de Administradora del Patrimonio Autónomo Proexport.

A través de providencia del 16 de julio de 2010, el juez 33 Administrativo de Bogotá remitió por competencia el proceso al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con los artículos 57 y 58 de la Ley 1395 que reformaron los artículos 132 y 134b del Código Contencioso Administrativo, normativa que radicó en los Tribunales Administrativos la competencia para conocer de las acciones populares que se presentaran en contra de entidades del orden nacional.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca avocó conocimiento del proceso mediante auto de 26 de octubre de 2010, providencia en la que fijó fecha para celebrar la audiencia de pacto de cumplimiento. La referida diligencia, celebrada el 17 de noviembre de 2010, se declaró fallida.

Mediante memorial presentado el 17 de febrero de 2011 el actor popular insistió en que se decidiera la solicitud de medida cautelar que había presentado con la demanda y que, para ese entonces, continuaba sin ser resuelta. Por constancia secretarial de 18 de febrero de 2011 se le informó al demandante que, “*en aplicación de los principios de celeridad y prevalencia de las acciones constitucionales*”, se terminaría de adelantar el término de traslado para alegar de conclusión, y que, en consecuencia, se decidiría, en la sentencia, sobre la referida medida cautelar.

5. Contestaciones de la demanda

5.1. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

La entidad contestó la demanda en los siguientes términos:

Indicó que respecto de la afirmación del demandante de haberse tramitado la solicitud de una persona inexistente, señaló que ello “*se trató de una imprecisión formal en la parte motiva de la resolución que en lugar de referirse a la Zona Franca de Bogotá, actuando como fideicomitente, hizo alusión a la Zona Franca de Occidente Usuario Operador*”. Asimismo, se opuso a las pretensiones al indicar que, en lo atinente a esa entidad, el trámite de la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente y la autorización como Usuario Operador, fue iniciado el 9 de septiembre de 2008, de cara a una sociedad existente y legalmente constituida para ese momento.

Relató que la solicitud de aprobación y expedición del concepto de viabilidad de la Zona Franca de Occidente se radicó ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo el 7 de diciembre de 2007. La solicitud fue evaluada por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas en sesión número 3, realizada el 25 de febrero de

2008, en la que se decidió no aprobar el Plan Maestro de Desarrollo General, ni expedir concepto favorable, al considerar que no se había cumplido con el requisito de constituir una nueva persona jurídica al momento en que se presentó la solicitud ante la Comisión.

Destacó que habida cuenta de que el 17 de junio de 2008 la Zona Franca de Occidente aportó la escritura de constitución, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en sesión número 9 realizada el 28 de julio de 2008, decidió aprobar, por consenso, el Plan Maestro de Desarrollo General y emitir concepto favorable sobre la viabilidad de la declaratoria de la existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente. La entidad consideró, en consecuencia, que el concepto por parte de la Comisión solo se otorgó cuando ya existía la persona jurídica.

Mencionó que "*la imprecisión formal en que se incurrió en un párrafo de la parte motiva de la Resolución 1825 de 2008 de la DIAN, no constituye un error de hecho ni de derecho que configure una falsa motivación ni tenga entidad alguna para derivar nulidades respecto de la actuación surtida ni, menos, para considerar violentados los derechos colectivos*".

Precisó que no hay obligación legal respecto de la inmodificabilidad de la identidad de la persona jurídica que solicita el concepto de viabilidad y aprobación del plan maestro ante la Comisión Intersectorial de Zona Francas y de quien solicita la declaratoria de Zona Franca Permanente y autorización como Usuario Operador; es decir, pueden ser dos personas jurídicas quienes deben demostrar el cumplimiento de las exigencias legales, como resultaba obvio para cada una de las etapas en que intervengan o para ambas en caso de no haber cambio alguno de esa persona jurídica.

Anotó que una persona jurídica que no aspira a ser el usuario operador de la futura zona franca puede adelantar los trámites iniciales ante la Comisión Intersectorial y una vez aprobado el plan maestro y obtenido el concepto de viabilidad, que no son reconocimiento de derechos constitutivos, puede, por interpuesta persona jurídica, de la cual haga o no parte como socio, permitir que la nueva empresa prosiga ante la DIAN con la solicitud de declaratoria de la Zona Franca Permanente y su autorización como usuario operador, pues nada impide que ello se haga de tal manera.

Afirmó que no se puede obligar a quien pretenda ser Usuario Operador de la Zona Franca, desde el comienzo de la actuación administrativa, a presentar los documentos y hacer la respectiva solicitud ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas en procura de obtener la aprobación del Plan Maestro y el concepto de viabilidad. Entre otras cosas por sustracción de materia ya que el usuario operador no tiene nada que operar, mientras no tenga aprobada la viabilidad del proyecto, la cual una vez obtenida, da seguridad, aunque no certeza, de que conforme cumpla con los requisitos específicos que se demuestran ante la DIAN, obtendrá la declaratoria perseguida y la autorización como operador.

5.2. **Ministerio de Comercio, Industria y Turismo**

Mediante apoderado, la entidad intervino en los siguientes términos:

Resaltó que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 4051 de 2007, estaba integrada por:

• El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado, quien lo presidirá.
• El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o su delegado.
• El Ministerio del ramo que regule, controle o vigile la actividad sobre la que se pretende obtener la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente o su delegado.
• El director del Departamento Nacional de Planeación. • El director de Impuestos y Aduanas Nacionales.
• El presidente de Proexport.
• El ministro consejero de la Presidencia de la República.

Explicó que en la medida en que la demanda no solo se dirigió en contra del Ministerio de Comercio, sino en contra de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, sus demás integrantes debían ser notificados.

Mencionó que en la Resolución 1825 de 2008 se presentó una imprecisión al mencionar que, el 7 de diciembre de 2007, la sociedad Zona Franca de Occidente había solicitado a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas el concepto sobre la viabilidad de la declaración y existencia de la Zona Franca y la aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General del proyecto, pues, quien en realidad presentó tal solicitud había sido la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A., actuando como mandataria de la Fiduciaria Colpatria S.A., vocera, a su vez, del patrimonio autónomo FC-Lotes de Mosquera, propietario de los terrenos donde se ubicaría el proyecto; no obstante, la imprecisión en la redacción no alteraba, de manera alguna, las demás consideraciones ni la parte resolutiva, por lo que se opuso, finalmente, a todas las pretensiones de la demanda.

Expuso la normativa que disciplinaba el proceso de declaratoria de una zona franca, así como la individualización de las dos fases en las que se desarrollaba: una primera, ante la Comisión Intersectorial y, una segunda, ante la DIAN.

5.3 Zona Franca de Occidente S.A. – Usuario operador de la Zona Franca de Occidente Permanente

Mediante su representante la sociedad contestó la demanda en los siguientes términos:

Se opuso a las pretensiones por considerar que no había violado el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, habida cuenta de que este se refería a entidades públicas que ejercieran funciones administrativas; además, sostuvo que el trámite para la creación de la Zona Franca Permanente de Occidente había agotado todos los requisitos legales y que la sociedad no se

había enriquecido sin justa causa con el trámite administrativo.

Destacó que en concordancia con el artículo 23 de la Ley 472 de 1998, que indica "*en la contestación de la demanda sólo podrá proponerse las excepciones de mérito y las previas de falta de jurisdicción y cosa juzgada*"; la sociedad presentó una excepción de mérito consistente en que la Zona Franca de Occidente S.A. -Usuario Operador no amenazó o vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa al ser una persona jurídica de carácter privado que no ejercía función administrativa. Finalmente, luego de relacionar el trámite formal para la aprobación y declaratoria de las Zonas Francas, se opuso a la solicitud de la medida cautelar presentada por el demandante.

Argumentó que, si bien el trámite ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas se regía por la Resolución 1 de 3 de diciembre de 2007, dicha resolución solo fue publicada el 25 de febrero de 2008, por lo que la exigencia que contenía de "*la preexistencia de una nueva persona jurídica como usuario operador, para presentar la solicitud ante la Comisión Intersectorial, no era exigible al 7 de diciembre de 2007*", esto a pesar de que la fecha del referido acto administrativo antecediera, por algunos días, a la fecha de la presentación de la solicitud, pues ese acto no había sido publicado.

Comentó que el hecho de que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas decidiera "*subir el nivel por encima de lo que era normativamente debido para el momento en que se presentó la solicitud*" (ya que en un primer momento había rechazado la misma), en realidad hizo el trámite más "*dificultoso por la exigencia –extra normativa- de constituir la nueva persona jurídica*".

Sostuvo que, aunque existiera un beneficio económico, "*si los beneficiados son los hijos del presidente de la República, pero la actuación se cumplió con apego a la legalidad, los hijos de quien es la suprema autoridad administrativa no soportan una 'capitis deminutio' que mengue su derecho constitucionalmente protegido de iniciativa privada. Ahora bien, se puede enrostrar un error administrativo en las consideraciones hechas por el despacho en el acto administrativo, pero dicho error no representa más que un yerro que de manera alguna, vistos los hechos probados, genera una vulneración o amenaza al derecho colectivo a la moral administrativa*".

5.4. Departamento Nacional de Planeación

Por medio de su apoderado la entidad intervino en los siguientes términos:

Sostuvo que esa entidad no es la llamada a revocar decisiones que fueron adoptadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, mediante las cuales se autorizó al usuario operador Zona Franca Permanente de Occidente. En primer lugar, realizó algunas consideraciones sobre el régimen de las zonas francas, para luego referirse a los hechos de la demanda, aceptando algunos, negando otros y, calificando de apreciaciones subjetivas del demandante los demás.

5.5. Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Negó que con las actuaciones que fueron cuestionadas por el demandante se estuviera beneficiando a los señores Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, respecto de los cuales no se podía afirmar que fueran socios del Usuario Operador de la Zona Franca de Occidente, aunque hubieran invertido en predios que, finalmente, fueron incluidos dentro de la Zona Franca, pues su adquisición se produjo en el año 2006, mucho antes de los hechos objeto del proceso.

Sostuvo que el Comité Intersectorial de Zonas Francas actuó dentro de la normatividad aplicable, respetando el principio de legalidad. Finalmente, propuso las excepciones de improcedencia de la acción popular, pues la misma no pretendía la protección de derechos e intereses colectivos, sino que buscaba cuestionar el proceso de la declaratoria de la denominada Zona Franca de Occidente; además de la excepción de ausencia de violación de los derechos colectivos invocados en la demanda.

5.6. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Mediante apoderado contestó la demanda en los siguientes términos:

Adujo que en la fase de aprobación del Plan Maestro y del concepto de viabilidad de una Zona Franca no se estableció un procedimiento especial y muchos menos que al momento de presentación de la solicitud fuera necesario que, previamente, se constituyera la persona jurídica que pretendía ser Usuaria Operadora.

Formuló la excepción de indebida representación de la Nación, en el entendido de que la demanda se dirigió en contra de la alta Consejería Presidencial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, con ocasión de decisiones tomadas por la funcionaria dentro de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, que llevó al concepto favorable y aprobación del plan maestro a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.. Sin embargo, sostuvo que se deja de lado que "*la autoridad que represento tomó unas decisiones no de manera individual sino dentro de un cuerpo colegiado que cumple funciones de cuerpo consultivo y cuyas decisiones no tienen el carácter de obligar al Gobierno Nacional*".

5.7. Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex

La sociedad contestó la demanda en los siguientes términos:

Señaló que si bien la normatividad de la época no requería la constitución de una sociedad para adelantar la actuación pertinente ante la Comisión Intersectorial, dicha Comisión "*decidió requerir a los solicitantes tal constitución, convirtiendo tal exigencia en una regla del procedimiento hacia el futuro*". Como excepciones de mérito indicó que mediante la acción popular no estaba permitida la anulación de actos administrativos, además de la improcedencia de la acción, ya que la actuación de las autoridades no había violado norma jurídica alguna.

6. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 26 de julio de 2011 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, resolvió denegar las pretensiones de la demanda. Como fundamento de la decisión, manifestó en resumen lo siguiente:

Sostuvo que el problema jurídico consistía en determinar: *"¿desde qué momento se requiere que exista la persona jurídica que solicita la declaración de existencia de una zona franca?*", ello con el fin de establecer si se había desconocido el derecho colectivo a la moralidad administrativa por irregularidades en la actuación.

Expuso, luego de enumerar las pruebas y de hacer un estudio sobre la normativa aplicable (que para el caso era el Decreto 4051 de 2007), si era posible que una persona jurídica diferente a quien pretendía postularse como Usuario Operador presentara la solicitud para que la Comisión Intersectorial emitiera el concepto respectivo; cuestión a la que el juzgador de primera instancia contestó de manera negativa, ya que para el Tribunal, de las normas que disciplinaban la materia, en especial la solicitud de aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General, por ser el documento que contiene una iniciativa de inversión, "*resulta indubitable que esa persona que lo presente no puede ser otro que quien pretenda que se le reconozca como usuario operador del área a declararse como zona franca permanente [pues] la iniciativa de inversión no puede provenir sino de quien tiene la voluntad de hacerlo, en cuanto la promesa de una iniciativa por un tercero no genera obligación para éste* […]".

Sostuvo que no obstante lo anterior, en este caso no se infringió la ley, habida cuenta de que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, al percatarse de la falencia, ordenó que se subsanara. Para llegar a esa conclusión recurrió a la normativa sobre el derecho de petición para construir la razón de su decisión. En particular, se apoyó en la posibilidad de que existieran peticiones incompletas y en la opción de acompañar, con posterioridad, documentos o informaciones para resolver la solicitud. Dedujo que, de igual manera, en el asunto de la referencia se obedeció a lo dispuesto en la ley, construcción que lo llevó a concluir que el cargo que apuntaba a la irregularidad por la falta de constitución de la sociedad no estaba llamado a prosperar.

Explicó que la constitución de la Zona Franca de Occidente S.A. (hoy S.A.S.) con posterioridad a la fecha en que se presentó la solicitud de concepto de viabilidad en manera alguna soslayó la moralidad administrativa, en la medida en que dicha persona ya se había constituido cuando la Comisión aprobó el plan maestro e impartió concepto favorable a la zona franca y posteriormente cuando se solicitó a la DIAN declarar su existencia.

Destacó que, en lo referente a la acreditación de la experiencia de la persona que había solicitado la declaración, las condiciones que fueron documentadas por la Zona Franca de Bogotá, que por demás era accionista de la Zona Franca de Occidente S.A., entre las que se encontraban su experiencia en la operación de la Zona Franca de Bogotá, tener certificaciones nacionales por parte del Incontec, premiaciones y demás reconocimientos y, en general, el conocimiento y

experiencia en actividades de comercio exterior, aduanas, capacidad operativa y financiera; de todas estas condiciones, se podía admitir el traslado o acreditación de la experiencia a uno de sus accionistas, por lo que la experiencia certificada por la sociedad Zona Franca de Bogotá podía serle trasladada a la, posteriormente constituida, sociedad Zona Franca de Occidente S.A. en su calidad de socia.

Indicó que del contenido del acto administrativo mediante el cual se declaró la existencia de la Zona Franca de Occidente y se autorizó a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. como Usuario Operador, y de la actuación que se surtió para proferir el mismo, era necesario determinar si se había desconocido el derecho colectivo invocado.

Mencionó que lo anterior tiene sustento en los conceptos de la Superintendencia de Sociedades, transcritos por el *a quo*, en línea con las técnicas modernas negociales. Además, el Decreto 4051 de 2007 no fijó parámetro de medición de la experiencia, por lo que era aplicable por lo señalado en el Decreto 92 de 1998, conforme con el cual, las personas jurídicas con existencia inferior a 34 meses podían determinar su experiencia por los promedios aritméticos del tiempo en que hubieran ejercido la profesión cada uno de sus socios (artículo 9, numeral 2).

Anotó que la vulneración de la moralidad administrativa invocada por el actor se deriva de indicios consistentes en: 1) la expedición del Decreto 116 del 27 de agosto de 2007 y 2) el hecho de que los señores Tomás y Jerónimo Uribe Moreno fuesen hijos de Álvaro Uribe Vélez quien, para la época en la que se declaró la existencia de la Zona Franca de Occidente, ejercía como presidente de la República.

Indicó, sobre el primer punto, que los lotes de terreno donde se construirá la Zona Franca de Occidente están ubicados en el área urbana industrial que se previó como tal en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial del Municipio de Mosquera –Acuerdo No. 001 de 2000, emanado del Concejo Municipal y según lo estatuido en el Plan General de Ordenamiento Territorial para el Municipio de Mosquera – Acuerdo No. 038 de 19 de noviembre de 1993. Lo cual significa que si bien el Decreto 116 refiere al Plan Parcial de la zona urbana de Siete Trojes, lo expidió el Concejo Municipal de Mosquera apenas unos meses antes de la fecha en que la sociedad Zonza Franca de Bogotá S.A. presentara la solicitud ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo –diciembre de 2007-, lo cierto es que no se modificaron los usos del suelo de esa parte del territorio del municipio, que demuestre indubitablemente dicho favorecimiento que se predica en la demanda, porque el uso previsto desde el año 2000 no era otro que el industrial, fecha para la cual el señor Álvaro Uribe Vélez no era presidente de la República.

Argumentó que, respecto al segundo punto, no podía haber discriminación, y que todas las personas que formulan un derecho de petición ante la administración deben recibir un trato igual. De esta manera concluyó que aun cuando la moral y la ética exigen un comportamiento mucho más estricto a quienes se desempeñan como servidores públicos, lo cierto es que, mientras en el ordenamiento jurídico no

se establezca como causal de inhabilidad para quienes demandan del Estado el reconocimiento de esta clase de actos, como lo es el pretender ser operador de una Zona Franca, la inhabilidad por razones de consanguinidad que para celebrar los contratos que se tipifica en la Ley 80 de 1993, no puede aplicarse de manera extensiva o analógica en el asunto *sub examine*, porque la Constitución como la ley y la jurisprudencia prevén que las inhabilidades e incompatibilidades son de carácter restrictivo.

Destacó que ciertamente se espera de los hijos o familiares consanguíneos de un servidor público un comportamiento irrestricto, pero tal y como lo advierte la jurisprudencia del Consejo de Estado no todo lo ilegal es amoral, ni todo lo amoral es ilegal, por lo que mientras se haya ajustado la actuación a los parámetros prescritos en la normativa que rige cada materia, no podría castigársele a los hijos del presidente, por el solo hecho de serlo; sobre todo cuando las autoridades estuvieron atentas a exigirles el cumplimiento de todos los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.

7. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión adoptada, el demandante interpuso recurso de apelación. Los argumentos del escrito se pueden sintetizar de la siguiente manera:

Sostuvo que el problema de la inexistencia de la sociedad solicitante como usuario operador de la Zona Franca, fue considerado como un asunto de poca monta por parte del juzgador de primera instancia.

Aseguró que la sentencia recurrida dejó de afrontar el interrogante planteado, esto es, si podía una sociedad inexistente solicitar que se le aprobara un Plan Maestro.

Mencionó que, la inmoralidad administrativa radicó en que desde el momento de la sesión del Comité Intersectorial se debió rechazar la petición de una sociedad inexistente, sin experiencia y sin posibilidades de ejercer tan complejas labores de comercio internacional.

Señaló que tampoco fue considerado por la sentencia impugnada el "*que no sólo se requería que el solicitante existiera, sino que para que le fuera aprobado el Plan Maestro se requería la demostración de las capacidades y de aptitudes que notoriamente no acompañaban la solicitud*".

Afirmó que con la actitud de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas lo que se consolidó fue la posibilidad de que una sociedad actuara en nombre de terceros inexistentes e iniciara un trámite que, a la postre, beneficiaría a aquellos sin que esto fuera autorizado por norma legal alguna, pero con un claro y notorio beneficio de los hijos del presidente de la República en ejercicio.

Explicó que en la sentencia impugnada se reconoce que la iniciativa del plan maestro debía provenir de la misma sociedad como futuro usuario operador y aquí

es claro que esa iniciativa, no provino de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.

Resaltó que, frente a la necesidad de acreditación de la experiencia, la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. no acreditó, ni podía acreditar, los requisitos que se exigían para el reconocimiento como Usuario Operador. Por lo anterior, con la posibilidad de que se trasladara la experiencia, se permitió que se evadiera la ley al dar por cumplidos unos requisitos que no existieron.

Indicó que en el proceso se demostró sin lugar a duda lo siguiente:

1) Los beneficiarios reales de la sociedad eran los hijos del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez.

2) El Comité Intersectorial de Zonas Francas estaba compuesto por subalternos del presidente de la República.

3) Se pretermitieron aspectos legales como la existencia del solicitante al momento de presentar la solicitud.

4) Una vez obtenido el Plan Maestro se "*endosó*" una capacidad y experiencia que el Usuario Operador final no tenía.

Concluyó el apelante que se debía revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, declarar la violación del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa y ordenar disponer lo pertinente para que fueran revocados los actos administrativos que dispusieron la existencia de la Zona Franca de Occidente, comoquiera que "*todas las actuaciones planteadas en el presente proceso demuestran […] que los subalternos del presidente de la República de la época flexibilizaron, manipularon y omitieron requisitos legales para que determinadas personas resultaran adjudicatarios de negocios de envergadura internacional y de importancia estratégica para la Nación*".

8. Trámite en segunda instancia

En oficio radicado el 23 de mayo de 2018, la sociedad Zona Franca de Occidente Usuario Operador, como administrador del parque industrial sometido al régimen de zonas francas, solicitó al Consejo de Estado no decidir la acción popular en el lapso que restaba para la elección presidencial, al considerar que ello podría afectar la confianza de los inversionistas, trabajadores y familias que desarrollan su actividad en la Zona Franca de Occidente.

Mediante auto de 31 de julio de 2018, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo avocó conocimiento del asunto de la referencia por razones de importancia jurídica, trascendencia social y económica, tras la remisión que hiciera la Sección Tercera, luego de la decisión adoptada en la sesión de 17 de mayo de 2018.

Dentro de los argumentos que fueron presentados en la providencia, se identificó la necesidad de "*profundizar en los alcances de la 'conexión moralidad-legalidad'* y la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo, señaladas por la Sala, en cuanto se requiere analizar si es posible concluir la vulneración de la moralidad a partir de la violación indirecta de la ley, esto es si la aplicación de la ley con fines distintos a los legales, vulnera simultáneamente la legalidad como principio y la moralidad como derecho".

Por auto de 31 de agosto de 2018, la magistrada (E), Stella Conto Díaz del Castillo, tras advertir que el Ministerio Público había guardado silencio a lo largo del proceso, resolvió, en consideración a las razones de importancia jurídica y trascendencia económica y social declaradas en el auto de 31 de julio de 2018, oficiar al Procurador General de la Nación para que, si lo consideraba pertinente, interviniera en el proceso de la referencia.

De otro lado, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado manifestó su decisión de intervenir en el proceso, para lo cual presentó escrito el 28 de agosto de 2018, en el que requirió la suspensión automática para todas las partes por el término de 30 días, en aplicación del artículo 611 del Código General del Proceso.

Mediante auto de 29 de agosto de 2018 la magistrada (E), Stella Conto Díaz del Castillo, resolvió tener como interviniente adhesivo a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y declarar que no procedía la suspensión del proceso, al considerar que las normas aplicables al caso debían ser las contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

La providencia del 29 de agosto de 2018 fue recurrida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y por la sociedad Zona Franca de Occidente, quienes solicitaron que se revocara y, en su lugar, se admitiera la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos de los artículos 610 y 611 del Código General del Proceso, decretándose, en consecuencia, la suspensión del proceso por el término de 30 días.

Mediante auto de 26 de febrero de 2019, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió los recursos de súplica. Decidió revocar el auto de 29 de agosto de 2018 para, en su lugar, aceptar la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos de los artículos 610 y 611 del Código General del Proceso.

Cuando el proceso se encontraba pendiente para elaborar proyecto de sentencia, mediante memorial presentado el 11 de febrero de 2019, los ciudadanos Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, actuando a través de apoderado judicial, solicitaron ser reconocidos como *"terceros interesados en las resultas del proceso*"

Por auto de 2 de mayo de 2019, el magistrado ponente resolvió negar la solicitud de intervención presentada para coadyuvar la acción popular, habida cuenta de que, en observancia de las normas que regían la materia, en especial el artículo

24 de la Ley 472 de 1998, la coadyuvancia solo podía adelantarse hasta antes de que se profiera fallo de primera instancia.

Contra la providencia de 2 de mayo de 2019, el apoderado de los señores Tomás y Jerónimo Uribe Moreno presentó recurso de súplica al considerar que existía un conflicto normativo entre la Ley 472 de 1998 y el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil, el cual debía ser resuelto en aplicación de este último, para permitir la intervención hasta antes de la sentencia de segunda instancia.

Mediante auto de 26 de junio de 2019 la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolvió adecuar el recurso presentado al trámite del recurso de reposición, por considerar que, en observancia de los artículos 36 y 37 de la Ley 472 de 1998, "*las decisiones proferidas en el curso de una acción popular son susceptibles únicamente del recurso de reposición*"

A su vez, el apoderado de los señores Tomás Uribe Moreno y Jerónimo Uribe Moreno interpuso, en esta ocasión, recurso de reposición contra el referido auto de 26 de junio de 2019, para que fuera revocado y, en su lugar, se le diera el trámite del recurso de súplica

El magistrado ponente encargado de resolver el recurso, Carlos Enrique Moreno Rubio, en auto de 23 de julio de 2019, resolvió rechazar, por extemporáneo, el recurso de reposición presentado contra la providencia de 26 de junio de 2019.

Mediante providencia del 2 de mayo de 2019 el magistrado ponente, Alberto Montaña Plata rechazó por extemporánea la solicitud de pruebas presentada por el agente especial delegado por el Ministerio Público.

Por auto de 2 de agosto de 2019 el magistrado ponente resolvió el recurso de reposición que había sido adecuado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y decidió confirmar el auto de 2 de mayo de 2019, providencia en la que había negado la solicitud de intervención presentada para coadyuvar la acción popular, al considerar que, en efecto, la norma aplicable al caso debía ser el artículo 24 de la Ley 472 de 1998, norma especial que disciplinaba, por demás, íntegramente la materia.

Por auto de 20 de septiembre de 2019 se resolvió declarar infundado el impedimento presentado por la magistrada Stella Jeannette Carvajal Basto, con fundamento en el artículo 141 numeral 5 del Código General del Proceso, habida cuenta de que el apoderado de los señores Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, actuaba, a su vez, como su apoderado en otro proceso judicial que adelanta.

En sesión de Sala Plena Contenciosa del 9 de marzo de 2021 el magistrado ponente, doctor Alberto Montaña Plata, presentó y sometió a consideración de los demás miembros el proyecto de sentencia en el asunto de la referencia sin que este alcanzara la mayoría para ser aprobado. En consecuencia, el proceso se remitió al magistrado que le sigue en turno, el doctor Carlos Enrique Moreno Rubio, para elaborar la ponencia que refleje la posición mayoritaria de la Sala.

9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del término concedido el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Proexport, la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. -Usuario Operador, la DIAN, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, presentaron los respectivos escritos en los que reiteraron sus argumentos expuestos a lo largo del proceso.

10. Intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Mediante escritos radicados el 28 de septiembre de 2018 y el 9 de abril de 2019, la Agencia de Nacional de Defensa Jurídica presentó su intervención, en la que explicó sus razones para considerar que se debía confirmar la sentencia de primera instancia. Para la entidad "*las demandas de acción popular que pretenden defender la moralidad administrativa no deben limitar su línea argumentativa hacia la ilegalidad o desconocimiento del marco jurídico normativo que era aplicable, sino que deben sobre todo acreditar los elementos subjetivos de la conducta de la autoridad pública*".

Aseguró que, tanto la Comisión Intersectorial de Zonas Francas como la DIAN actuaron con estricto cumplimiento del marco normativo vigente y aplicable para el trámite de la declaratoria de existencia de la zona franca de occidente, sin que pueda evidenciarse indicio alguno de violación a principios generales del derecho en el marco de lo actuado.

Relató que, contrario a lo señalado por el demandante, la solicitud presentada por la Zona Franca de Bogotá S.A., en su calidad de mandataria de la Fiduciaria Colpatria, vocera del patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera, cumplió con todos los requisitos legales y su trámite fue respetuoso del principio de legalidad y del debido proceso administrativo.

Expuso la normativa que rige el trámite para la declaratoria de una zona franca permanente y la autorización del Usuario Operador, para precisar que fue solo cuando se constituyó la Zona Franca Permanente de Occidente S.A. que se obtuvo la aprobación del Plan Maestro y el concepto favorable por parte de la Comisión.

Adujo que no resultaba adecuado acudir a una metodología que partiera de una revisión de la legalidad o juridicidad de los hechos y que concluyera que, "*pese a no poderse acreditar el elemento objetivo*", habría que, en todo caso, realizar un análisis para auscultar si la actuación administrativa estuvo precedida de inmoralidad administrativa, ya que, en su entender, no podrían existir "*sospechas de inmoralidad en medio de la legalidad*".

Llamó la atención sobre el posible impacto económico que tendría una decisión contraria, que afectaría el patrimonio público, por lo que "*una decisión que afecte la*

conformación de esa Zona Franca, no solamente iría en contra de la jurisprudencia vigente, sino que también afectaría injustificadamente a miles de usuarios […] *que repetirían contra el Estado, afectando de esta manera el patrimonio público*", lo que expondría al Estado a "*cuantiosas demandas*".

11. Concepto del Ministerio Público

En escrito radicado el 18 de septiembre de 2018, presentó su intervención. Luego de hacer un recuento sobre las actuaciones del proceso, el agente especial del procurador general de la Nación analizó cada una de las cuatro circunstancias que, se consideraba, conllevaron a la vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa.

Sostuvo que frente al trámite inicial del proceso sin que existiera la sociedad que iba a fungir como Usuario Operador de la Zona Franca, con base en el reglamento de la Comisión Intersectorial, que indicaba que la persona jurídica que iba a fungir como operadora estuviera identificada, señaló: "*Fuerza concluir que esta identificación por sí misma demandaba que la persona jurídica peticionaria existiese al momento de radicar la solicitud ante la Secretaría Técnica de la Comisión, pero ninguna de las normas reclamaba que quien pretendiese ser el usuario operador fuera la misma persona jurídica que hiciera la solicitud".*

Precisó que tal como lo advirtió el *a quo* la actuación tanto de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y Secretaría Técnica (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) como de la DIAN, se ajustó a derecho en lo que respecta a la verificación del requisito de la constitución de la persona jurídica – usuario operador, al momento de presentarse la solicitud de aprobación del plan y emisión del concepto de viabilidad y, más adelante, con la solicitud de declaratoria, comoquiera que en la génesis del trámite no había norma que requiriera la existencia del eventual operador y, luego, el 9 de septiembre de 2008, fue la Zona Franca de Occidentes S.A. (hoy S.A.S.) la que solicitó ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la declaratoria de la existencia de la zona franca.

Frente al requisito de la experiencia, para la Procuraduría "*en principio le asiste razón al demandante, toda vez que la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. (hoy S.A.S), dada su reciente creación para la época de los hechos, no podía contar con la experiencia y el conocimiento requeridos*". En este punto el Ministerio se apartó de las conclusiones del juzgador de primera instancia, quien había validado que la experiencia con la que contaba la sociedad Zona Franca de Bogotá sirviera para dar por cumplida la exigencia de ese requisito en cabeza de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.

Explicó que el parágrafo 1º del artículo 393-15 del Decreto 2685 de 1999, no admitía que para certificar el requisito de experiencia que debía acreditar el usuario operador, pudiera tenerse en cuenta el concurso de otras personas jurídicas, bien fuera en calidad de socios, consorciados, unidos temporalmente o similares. En consecuencia, no se acreditó la experiencia que se requería para ser usuario operador de zona franca, a pesar de lo cual la DIAN validó este requisito con la experiencia de un tercero.

Destacó que la Zona Franca de Bogotá S.A. hubiese podido proponerse como usuario operador y si hubiese sido así no habría reparo frente a la exigencia analizada, pero si se trataba de otra sociedad, era esta última la que debía demostrar que por sí misma cumplía con todas las exigencias del caso".

Precisó que, "*sin perjuicio de lo anterior, este agente especial observa que esta circunstancia per se, en ausencia de otras pruebas, no es constitutiva de transgresión a la moralidad administrativa*".

Indicó que no compartía el criterio de interpretación que sobre el estudio de legalidad de la actuación realizó el juzgador de primera instancia, aun cuando obedecía "*a la aplicación de un criterio de interpretación defensable*". Con respecto a la modificación de la normativa aplicable al caso en beneficio de terceros, el Ministerio Público adujo que era cierto que la modificación de los Decretos Reglamentarios, que se dio en época cercana a la tramitación y aprobación de la Zona Franca de Occidente, abrió paso a la constitución de la nueva sociedad, modificación que, por demás, "no *fue explicada, soportada o aclarada por […] quienes aparecen como firmantes del Decreto 4051 de 2007, pese a que fueron vinculados a este proceso. Empero, tampoco hay prueba en el expediente de que esta modificación se originó en un acto atentatorio de la moralidad pública*".

Recordó que la carga de la prueba en este caso le correspondía al demandante; no obstante, solicitó que de considerarse pertinente se practicaran en segunda instancia algunas pruebas, dentro de las que se encontraban los antecedentes que llevaron a la modificación efectuada con el Decreto 4051 de 2007.

Frente al eventual favorecimiento a Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, hijos del entonces presidente Álvaro Uribe Vélez, por el incremento exponencial en sus derechos fiduciarios, indicó que esa situación no fue apropiadamente documentada en el expediente.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 26 de julio de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, por razones de importancia jurídica y trascendencia económica y social, de conformidad con lo establecido en los artículos 129, 97 numeral 5 y 130 del Código Contencioso Administrativo.

2. Problema jurídico

Le corresponde a esta Sala resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta,

Subsección B, el 26 de julio de 2011, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, se deberá determinar si las autoridades administrativas demandadas desconocieron el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, al presuntamente omitir algunos requisitos legales durante el trámite y autorización de la Zona Franca de Occidente S.A. como usuario operador de una Zona Franca Permanente. Puntualmente, se establecerá si en el referido trámite: i) la declaratoria de existencia y autorización del Usuario Operador de la Zona Franca Permanente de Occidente por parte de la DIAN, se hizo a favor de una persona jurídica distinta a la que inicialmente presentó la solicitud para la obtención del concepto de viabilidad y aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas, sin acreditar, además, el lleno de los requisitos legales, tales como la experiencia y, ii) de ser así, si dichas circunstancias constituyen una irregularidad que desconoce el mencionado derecho, en consideración a que, los beneficiarios reales de esa actuación eran los hijos del entonces presidente de la República.

Debe aclararse que, en lo que corresponde a los predios que fueron declarados como zona franca y la presunta plusvalía obtenida por los hijos del ex presidente, no son objeto de análisis en este caso, toda vez que mediante sentencia del 17 de enero de 2011 el Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá resolvió una acción popular sobre dicha controversia, en el sentido de negar las pretensiones de la demanda, con las que se requería el amparo del derecho colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público. En esa oportunidad los actores consideraron vulnerados tales garantías porque el municipio de Mosquera había dejado de percibir "*los emolumentos relacionados con la participación en la plusvalía y la contribución de la valorización por parte de la Sociedad Zona Franca Permanente de Occidente*".

3. Del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa

La moralidad administrativa entendida como derecho colectivo se erige como uno de los grandes logros obtenidos con la transformación del Estado Liberal y del Estado de Bienestar de siglo XIX, en la fórmula político – jurídica social y democrática de derecho, en la medida que implica un cambio de concepción política en torno al nuevo centro de legitimidad del poder público. Es decir, se abandonó la idea del principio de legalidad como principal y único instrumento de legitimidad para, en su lugar, aceptar una serie de derechos no sólo de rango fundamental sobre los cuales se basa y estructura la organización estatal. Bajo esa perspectiva, la moralidad administrativa radica en cabeza de todos y cada uno de los miembros del conglomerado social[1].

En el contexto colombiano, la Ley 472 de 1998 desarrolló el artículo 88 constitucional, y consagró a las acciones populares como el medio procesal para la protección de derechos e intereses colectivos, en el entendido de que las

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). Magistrado ponente: Enrique Gil Botero.

mismas "*se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*". Dentro de esos derechos e intereses colectivos que, a título enunciativo, se establecieron en el artículo 4, se identificó a la moralidad administrativa.

La Constitución Política de Colombia se refiere a la moralidad administrativa desde una doble concepción: por un lado, como un derecho e interés colectivo, consagrado en su artículo 88 y, por el otro, como uno de los principios de la función administrativa de los que trata el artículo 209. La moralidad no ha sido definida normativamente, con excepción del preciso intento del Código de Procedimiento Administrativo y lo Contencioso Administrativo (CPACA) de darle un contenido más concreto, que en su artículo 3 numeral 5 indica: "*en virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas*"; por ello ha sido la jurisprudencia la que, de manera amplia, se ha ocupado de precisar los alcances del concepto de moralidad administrativa.

Como principio, esta Corporación ha precisado que la moralidad administrativa orienta la producción normativa infraconstitucional e infralegal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular, y así lo ha reconocido el Consejo de Estado en fallos anteriores[2]:

> *"Así las cosas, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que el derecho colectivo a la moralidad administrativa puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen varios supuestos. En primer lugar, resulta necesario que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación. Al entender de esta Sala dichos bienes jurídicos comprenderían la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación, si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos, que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación". Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que la moralidad administrativa no se predica únicamente del "fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad en un momento dado espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de absoluta pulcritud y honestidad". En segundo término, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa han reiterado que la vulneración a la moralidad administrativa supone generalmente el quebrantamiento del principio de legalidad. (…) Por último, la jurisprudencia ha reiterado que la vulneración de la moralidad administrativa coincide con "el propósito particular que desvíe el cumplimiento del interés general al favorecimiento del propio servidor público o de un tercero", noción que sin duda se acerca a la desviación de poder".*

---

[2] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011. Expediente 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP)

Si bien la moralidad administrativa ha estado, inevitablemente, atada al principio de legalidad, otro esfuerzo de concreción ha venido de la mano de su delimitación negativa respecto de principios y conceptos cercanos, así como la pretensión de que la concepción de la moralidad administrativa no termine por depender, exclusivamente, de la visión subjetiva de quien califica la actuación.

De modo que, se ha considerado que la moralidad no debe coincidir, en toda su extensión, con la legalidad, por lo que debe evitarse el traslape total de las nociones, en tanto que, "*en efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección*"[3].

En lo relativo a los elementos de configuración de la moralidad administrativa, años atrás la jurisprudencia había comenzado a perfilar lo que, con posterioridad, se constituiría en los llamados elementos objetivo y subjetivo de la moralidad administrativa. De tiempo atrás el Consejo de Estado había señalado que "*los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción* […]"[4].

En la sentencia de unificación del año 2015, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo erigió los "*elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa"* en los siguientes términos:

> *"Elemento objetivo: Quebrantamiento del ordenamiento jurídico. Este elemento puede darse en dos manifestaciones: (i) Conexidad con el principio de legalidad y (ii) violación de los principios generales del derecho. (i) El primero corresponde a la violación del contenido de una norma jurídica por la acción (acto o contrato) u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público o del particular que ejerce una función pública a la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública.*
>
> *Esta conexión "moralidad - legalidad" no ha tenido divergencia jurisprudencial al interior del Consejo de Estado. Pero también ha sido uniforme la jurisprudencia en señalar que no toda ilegalidad constituye vulneración a la moralidad administrativa; que el incumplimiento per se no implica la violación al derecho colectivo: en palabras de la misma Corporación `no se puede colectivizar toda transgresión a la ley`. Esto quiere decir que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa y, por ende, un campo donde se materializa en primer término la violación del derecho colectivo, éste no es el único, pues debe concurrir un elemento subjetivo para que se configure tal transgresión. Por ello, ha sido enfática la jurisprudencia en cuestionar y rechazar aquellas acciones populares erigidas únicamente sobre una argumentación pura de ilegalidad, en las que so pretexto de proteger un derecho colectivo ponen a consideración del juez constitucional un litigio particular, cuyo debate y decisión debiera hacerse mediante*

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2006, rad. 2003-01069-02 (AP).
[4] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de agosto de 2005, exp. 2004-00601.

el ejercicio de otro instrumento judicial, como los ahora denominados medios de control contenciosos, entre ellos el de nulidad o el de nulidad y restablecimiento del derecho, o la acción de cumplimiento si lo que se pretende es el acatamiento de una norma con fuerza de ley o acto administrativo.

Son esos escenarios los propios para ejercer el control jurisdiccional de la legalidad administrativa.

(ii) Pero también forman parte del ordenamiento jurídico colombiano aquellos principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley, como los concretos de una materia. En este contexto y para efectos del derecho colectivo, la acción u omisión reputada de inmoral en el ejercicio de una función administrativa debe transgredir un principio del derecho, ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa.

[…]

La Sala Plena no desconoce que existen otros espacios donde tiene manifestación la moralidad, pero tratándose de la moralidad administrativa, la discusión surge al precisar en qué campo se expresa su violación, si es en el ámbito meramente personal del servidor como miembro de una sociedad o en el ámbito de la función administrativa, que es reglada.

[…]

Si es en el segundo campo, se piensa que podría darse la violación del derecho colectivo teniendo una fuente extranormativa, en la medida, a título de ejemplo, en que no exista una regulación sobre alguna materia y el funcionario amparado y aprovechándose de ese 'vacío normativo' actúe de manera desviada o deshonesta, con el convencimiento de que no se le podrá imputar violación a la ley.

Sin embargo, lo hipotético del asunto impide a la Sala adoptar una posición definitiva al respecto, por cuanto este caso no ofrece elementos de juicio que permitan llegar a una conclusión sobre este aspecto. Por el momento, y atendiendo el asunto que se debate, la Sala sólo atenderá como manifestaciones de quebrantamiento del ordenamiento jurídico la violación del principio de legalidad y de los principios generales del derecho.

2.2.2. Elemento subjetivo

No se puede considerar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública. Aquí es donde se concreta el segundo elemento. Consiste en que esa acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral; debe evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero"[5].

Asimismo, esta Corporación ha precisado que la moralidad administrativa, entendida como concepto jurídico indeterminado - o norma en blanco-, implica que para establecer y determinar su contenido y alcance debe ser integrada por el operador judicial en cada caso concreto, de conformidad con las condiciones fácticas, probatorias y jurídicas que rodean la supuesta vulneración o amenaza

[5] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, expediente 2007-00033-01(AP).

endilgada[6].

En ese sentido, reitera la Sala, es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad; en efecto, dada la connotación y estructura del principio bajo estudio, se tiene que su amplitud normativa permite inferir, con grado de certeza, que no toda conducta que trasgreda el mismo deba, necesariamente, tacharse de ilegal – en el sentido de vulneración de un precepto de dicho orden[7]-.

4. Procedimiento para la declaratoria de una zona franca permanente y la autorización del usuario operador.

La Ley 1004 de 2005, que creó un régimen especial para estimular la inversión, representó un cambio frente a la concepción y configuración de las Zonas Francas, pues la normativa anterior las concebía como "*establecimientos públicos del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscritas al Ministerio de Desarrollo Económico*"[8]. A su vez, la nueva ley las definió como "[...] *el área geográfica delimitada dentro del territorio nacional, en donde se desarrollan actividades industriales de bienes y de servicios, o actividades comerciales, bajo una normatividad especial en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. 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*"[9].

Las Zonas Francas Permanentes tienen una particular configuración diferencial a otro de tipo de Zonas Francas, ya que, para aquellas (las de carácter permanente), se requiere la existencia de un sujeto llamado Usuario Operador. Al respecto, el artículo 3 de la Ley 1004 de 2005 consagró los usuarios de las Zonas Francas así: los Usuarios Operadores, los Usuarios Industriales de Bienes, los Usuarios Industriales de Servicios y los Usuarios Comerciales. Para la normativa especial el Usuario Operador "*es la persona jurídica autorizada para dirigir, administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una o varias Zonas Francas, así como para calificar a sus usuarios*".

Según se tiene, las Zonas Francas cuentan con beneficios tributarios, aduaneros y cambiarios: 1) dentro de los primeros se incluye el consagrado en la Ley 1004 de 2005, la cual, en su artículo 5, fijó una tarifa única del 15% del impuesto sobre la renta gravable de las personas jurídicas usuarias, además de la exención del IVA a las ventas; 2) en los beneficios aduaneros se encuentran la extraterritorialidad aduanera, además del no pago de tributos aduaneros para los bienes de capital,

---

[6] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). Magistrado ponente: Enrique Gil Botero.
[7] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 8 de junio de 2011, expediente 41001-23-31-000-2004-00540-01(AP). Magistrado ponente: Enrique Gil Botero.

[8] Ley 109 de 1985, artículo 1.
[9] Ley 1004 de 2005, artículo 1.

equipos, insumos y repuestos provenientes del exterior; 3) a lo que se suman los beneficios cambiarios, en los que se incluyen la apertura de cuentas corrientes en el extranjero sin la obligación de registrarlas en el Banco de la República como cuenta de compensación, así como la no obligatoriedad del reintegro de divisas al país por exportaciones; ejemplos de una lista más amplia de beneficios de los que gozan las personas jurídicas usuarios de las zonas francas.

En lo que atañe al asunto bajo estudio, se tiene que, para obtener la declaratoria de una Zona Franca Permanente y la autorización del Usuario Operador, existen dos fases o etapas en el procedimiento que pueden diferenciarse claramente respecto a la autoridad a la que se dirigen.

En la fase inicial para la declaración de una zona geográfica como zona franca permanente y la autorización de usuario operador de la misma, debe surtirse ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas que se compone por varias entidades del sector ejecutivo: el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, o su delegado, quien lo presidirá, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o su delegado, el Ministerio del ramo que regule, controle o vigile la actividad sobre la que se pretende obtener la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente o su delegado, el director del Departamento Nacional de Planeación, el director de Impuestos y Aduanas Nacionales, el presidente de Proexport y el ministro consejero de la Presidencia de la República.

Realizado el estudio y análisis respectivo se aprueba o desaprueba el Plan Maestro de la Zona Franca y se emite el concepto favorable o desfavorable a la viabilidad de las solicitudes.

En la segunda fase del procedimiento, una vez se ha obtenido el concepto favorable por la Comisión Intersectorial, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 4051 de 2007 (que adicionó el artículo 392-5 del Decreto 2685 de 1999), la persona jurídica que pretenda ser usuaria operadora de una zona franca debe presentar la solicitud ante la DIAN, acompañada del concepto de viabilidad y las aprobaciones previamente emitidas por la Comisión Intersectorial.

De manera que para que se declare la existencia de una zona franca permanente se requiere la intervención de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, por un lado y, por el otro, la voluntad de la DIAN. No obstante, es la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la entidad que decide sobre la declaratoria de un área geográfica como Zona Franca Permanente y autoriza a un determinado Usuario Operador.

En efecto, el artículo 392-5 del Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero) adicionado por el artículo 3 del Decreto 4951 del 2007 dispone:

> "*Para obtener la declaratoria de existencia de una zona franca permanente, deberá presentarse la correspondiente solicitud ante la Dirección de Impuestos y Adunas Nacionales por parte de la persona jurídica que pretenda ser usuario operador de la misma, acompañada entre otros requisitos, del plan maestro de desarrollo general de la zona franca aprobado y del concepto favorable emitido por la Comisión*

Intersectorial de zonas francas. 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".

5. El caso concreto

5.1. Pruebas aportadas al expediente

1. Solicitud de concepto de viabilidad para la declaratoria de la existencia de la Zona Franca de Occidente, ante la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, con radicado 1-2007-048982 de 7 de diciembre de 2007, presentada por el representante legal de la sociedad Zona Franca de Bogotá[10].

2. Copia de la comunicación de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas dirigida a Juan Pablo Rivera Cabal, "*representante legal de la Zona Franca de Bogotá*", de 12 de diciembre de 2007, en la que se le solicitó complementar la información relacionada con su solicitud de viabilidad de la declaratoria de la Zona Franca Permanente de Occidente y, en particular[11]:

1*. "Acreditar la constitución de la nueva persona jurídica para la cual se solicita la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de declaratoria y continuidad del área.*

2. Ampliar lo relacionado con los impactos económicos y sociales que el proyecto planea generar.

3. Ampliar la descripción técnica del proyecto, incluyendo la justificación de la solicitud de concepto sobre continuidad del área que se pretende declarar como zona franca.

4. Indicar las empresas potenciales a ubicarse en la Zona Franca de Occidente.

5. Anexar estudios de factibilidad técnica, económica, financiera y de mercado"

3. Respuesta del representante legal de la sociedad Zona Franca de Bogotá (Juan Pablo Rivera Cabal) al requerimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en la que allegó, entre otros, proyecto de los estatutos de la sociedad que se constituiría para solicitar la autorización de la Zona Franca Permanente de Occidente[12].

4. Acta 3 de 25 de febrero de 2008 de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas , donde se indicó que "no se aprobó" el Plan Maestro de Desarrollo ni se expidió concepto favorable para la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, habida

---

[10] Folios 244 y ss. del cuaderno 2 del Consejo de Estado. La fecha de presentación de la solicitud se ha identificado a lo largo del proceso con el 7 de diciembre de 2007, si bien se argumentó, por el apoderado de la Zona Franca de Occidente, que la misma fue presentada el 5 de diciembre de 2007. Aunque la fecha de presentación ante el Ministerio de Comercio no resulta legible, está acreditado que ello ocurrió entre los días 5 y 7 de diciembre de 2007, diferencia que, en todo caso, no tiene trascendencia para el estudio del caso.
[11] Folio 627 del cuaderno 4 del Consejo de Estado.
[12] Folios 628 y ss. del cuaderno 4 del Consejo de Estado.

cuenta de que "*se cuestionó el hecho que el solicitante no sea una persona jurídica ya constituida, y por lo tanto no se conocen los socios ni sus aportes […] finalmente se decidió que el requisito de constituir una nueva persona jurídica debe exigirse al momento en que se presenta la solicitud de aprobación del Plan Maestro y expedición de concepto ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas*"[13].

5. Oficio de 17 junio de 2008 mediante el cual Juan Pablo Rivera Cabal, en calidad de presidente (representante legal) de la sociedad Zona Franca de Bogotá, envió a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas "copia de la Escritura Pública de Constitución de la Zona Franca de Occidente S.A. Usuario Operador"[14].

6. Escritura Pública 1685 de 16 de junio de 2008[15], por la cual se constituyó la sociedad anónima Zona Franca de Occidente S.A. Usuario Operador, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio el 19 de junio de 2008[16].

7. Acta Nº 7 de 28 de julio de 2008 de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en la que se determinó que el proyecto era viable y se decidió aprobar, por consenso, el Plan Maestro de Desarrollo General y emitir concepto favorable para la declaratoria de la existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente[17].

8. Solicitud presentada ante la DIAN por Juan Pablo Rivera Cabal, en calidad de representante legal de la sociedad Zona Franca de Occidente, para obtener la declaración de existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente[18].

9. Requerimiento de la DIAN al representante legal de la Zona Franca de Occidente para que complementara y revisara la información presentada en la solicitud, requerimiento dentro de los que se encontraba la carta de postulación del usuario operador y la acreditación "*que autorice el uso de los terrenos a la ZONA FRANCA DE OCCIDENTE S.A. USUARIO OPERADOR*"[19].

9. Respuestas a los requerimientos en las que, en por lo menos 5 oportunidades, se pretendió complementar y aclarar la información contenida en la solicitud presentada ante la DIAN[20].

10. Resolución 1825 de 18 de diciembre de 2008 de la DIAN, "*por medio de la cual se declara la existencia de un área geográfica como Zona Franca Permanente denominada ZONA FRANCA PERMANENTE DE OCCIDENTE y se autoriza como Usuario Operador a la sociedad ZONA FRANCA DE OCCIDENTE SA. USUARIO OPERARDOR NIT 900.224.887-2*", cuya parte resolutiva señaló que el término de

---

[13] Folios 463-470 del cuaderno 3 del Consejo de Estado.
[14] Folios 1154 y ss. del cuaderno de anexos 9.
[15] Folios 6-37 del cuaderno de anexos 1.
[16] Folio 25 del cuaderno 1 del Consejo de Estado.
[17] Folios 471-475 del cuaderno 3 del Consejo de Estado.
[18] Folios 307 y ss. del cuaderno de anexos 1
[19] Folios 1319-1322 del cuaderno de anexos 11.
[20] 1) 20 de octubre de 2008 (fls. 1323 y ss. del cuaderno de anexos 12); 2) 29 de octubre de 2008 (fls. 1585 y ss. del cuaderno de anexos 13); 3) 4 de diciembre de 2008 (fls. 1796 y ss. del cuaderno de anexos 14); 4) 16 de diciembre de 2008 (fls. 1858 y ss. del cuaderno de anexos 14) y 5) 17 de diciembre de 2008 (fls. 1860 y 1861 del cuaderno de anexos 14).

declaratoria de la Zona Franca Permanente sería de 15 años contados a partir de su ejecutoria[21].

11. Resolución 2706 de 13 de marzo 2009 de la DIAN, "*por medio de la cual se corrige el artículo noveno de la Resolución 1825 de 18 de diciembre de 2008*", en el sentido de aclarar que la inscripción del correspondiente acto administrativo se debía hacer ante la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá en los folios de matrícula inmobiliaria afectados con el área geográfica declarada, y no en la Oficina de Instrumentos Públicos de Cartagena, como erróneamente lo había señalado la resolución corregida[22].

12. Antecedentes administrativos de la Resolución 1825 de 18 de diciembre de 2008 de la DIAN[23].

13. Declaración de la representante de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en la audiencia de pacto de cumplimiento, donde señaló que no existían antecedentes en los cuales personas jurídicas no constituidas se hubieran presentado como solicitantes de conceptos de viabilidad y aprobación de planes maestros, así como la exigencia futura del requisito de preexistencia, para las demás solicitudes[24].

14. Sentencia de 17 de enero de 2011 del Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá, en la que resolvió negar las pretensiones de la demanda, en una acción popular que se había adelantado con el fin de que se protegieran el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, que los actores consideraron vulnerados porque el municipio de Mosquera había dejado de percibir "*los emolumentos relacionados con la participación en la plusvalía y la contribución de la valorización por parte de la Sociedad Zona Franca Permanente de Occidente*".

15. Resolución 6717 de 2015[25] que autorizó la ampliación del área geográfica de la Zona Franca de Occidente, que pasó de tener un área inicial de 328.717,34 m^2 a un área total final de 554.908 m^2.

5.2. Análisis de los argumentos de la apelación

5.2.1. La fase inicial para obtener la declaración de una zona franca – Comisión Intersectorial de Zonas Francas.

Según lo que se encuentra probado en el expediente, la Zona Franca de Bogotá S.A., como mandataria de la Fiduciaria Colpatria, vocera del patrimonio autónomo Lotes de Mosquera, efectuó una solicitud el 7 de diciembre de 2007 ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, con el fin de obtener concepto favorable de la zona franca y la aprobación del Plan Maestro.

---

[21] Folios 82-117 del cuaderno de anexos 1.
[22] Folios 2149 y 2150 del cuaderno de anexos 15.
[23] Folios 478 y ss. del cuaderno 3 del Consejo de Estado.
[24] Folio 352 del cuaderno 2 del Consejo de Estado
[25] Folios 1631-1649 del cuaderno 9 del Consejo de Estado.

El 12 de diciembre de 2007 la Comisión Intersectorial de Zonas Francas solicitó al representante legal de la Zona Franca de Bogotá complementar la información relacionada con la solicitud para viabilidad de declaratoria de zona franca permanente de occidente, en el sentido de acreditar la constitución de la persona jurídica para la cual se solicitaba la aprobación del plan maestro.

Mediante acta del 25 de febrero de 2008 es posible advertir que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas no aprobó el plan maestro de desarrollo ni dio concepto favorable a la solicitud, por cuanto no se había constituido la nueva sociedad a quien se autorizaría como usuario operador.

Posteriormente, el 17 de junio de 2008 se envió la escritura pública de constitución de la Zona Franca de Occidente S.A. a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. Dicha sociedad se registró en la Cámara de Comercio de manera efectiva el 28 de julio de 2008 y ese mismo día, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas aprobó el plan maestro de desarrollo general y dio concepto favorable para declarar la Zona Franca Permanente de Occidente.

Es decir, en virtud de la solicitud inicialmente presentada el 7 de diciembre de 2007, la Comisión en un primer término negó la aprobación del plan maestro de desarrollo y el concepto favorable por no acreditarse la constitución de la sociedad. Sin embargo, el solicitante, dando alcance a la petición inicial allegó la escritura pública de constitución de Zona Franca de Occidente S.A.; luego de obtener el registro mercantil se aprobó el plan maestro.

De acuerdo con la contestación de la DIAN, no existía obligación legal respecto de la inmodificabilidad de la persona que solicitaba el concepto ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas (en este caso Zona Franca de Bogotá) y quien solicitaba, posteriormente, la declaratoria ante la DIAN (Zona Franca de Occidente), puesto que, en su entender, una persona jurídica que no aspiraba a ser el Usuario Operador podía adelantar los trámites iniciales, mientras que otra empresa diferente, con la inicial aprobación que obtuviera la primera, podía adelantar ante la DIAN la solicitud.

Con todo, el demandante sostiene que es clara la necesidad de la preexistencia de la sociedad que solicitaba el concepto de viabilidad y aprobación del plan maestro ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, para luego solicitar la declaración y autorización ante la DIAN. Según el actor, para obtener la aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General y el concepto favorable para la declaratoria de la Zona Franca era indispensable que la solicitud fuera presentada por la persona que pretendía convertirse en el Usuario Operador.

Al respecto, la Sala se permite precisar que, como viene de explicarse en párrafos precedentes la solicitud inicial presentada el 7 de diciembre de 2007 por la Zona Franca de Bogotá S.A. se hizo en virtud de un mandato que le efectuó la Fiduciaria Colpatria como vocera del Patrimonio Autónomo Lotes de Mosquera S.A. Dicha petición se efectuó a nombre de un tercero, que era el patrimonio

autónomo en comento -en los precisos términos del contrato de mandato-, quien finalmente era el interesado en la aprobación del plan maestro y el concepto favorable para la declaratoria de la zona franca en los predios sobre los cuales dicha fiduciaria tenía la administración.

Es decir, la solicitud no fue realizada por Zona Franca de Bogotá a nombre propio como lo sugiere el demandante; fue en virtud del mandato otorgado por la Fiduciaria que administraba los lotes sobre los cuales se predicaba la solicitud de declaratoria de la zona franca.

De ahí que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas no aprobara el plan maestro de desarrollo ni diera concepto favorable, hasta tanto no se acreditara en la actuación administrativa la constitución de la sociedad denominada Zona Franca de Occidente S.A. (hoy S.A.S.), quien iba a fungir como usuario operador. Lo que sugiere que, realmente la Comisión Intersectorial aprobó el plan maestro y dio concepto favorable para la constitución de la zona franca permanente a la Zona Franca de Occidente S.A. como la sociedad que iba a ser usuaria operadora, pues se insiste, solo obtuvo el concepto favorable cuando se acreditó la constitución de dicha sociedad.

En ese orden de ideas, parte de una premisa errada el demandante al sostener que la solicitud efectuada el 7 de diciembre de 2007 ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas fue efectuada por una persona diferente (Zona Franca de Bogotá S.A.) a la que obtuvo la declaratoria de la zona franca de occidente y la autorización del usuario operador (Zona Franca de Occidente S.A.), toda vez que, la primera siempre actuó como mandataria de la Fiduciaria Colpatria como vocera del Patrimonio Autónomo Lotes de Mosquera, esto es, la Zona Franca de Bogotá nunca actuó en nombre propio para obtener dicha declaración, tan solo fue mandataria de quien pretendía la autorización.

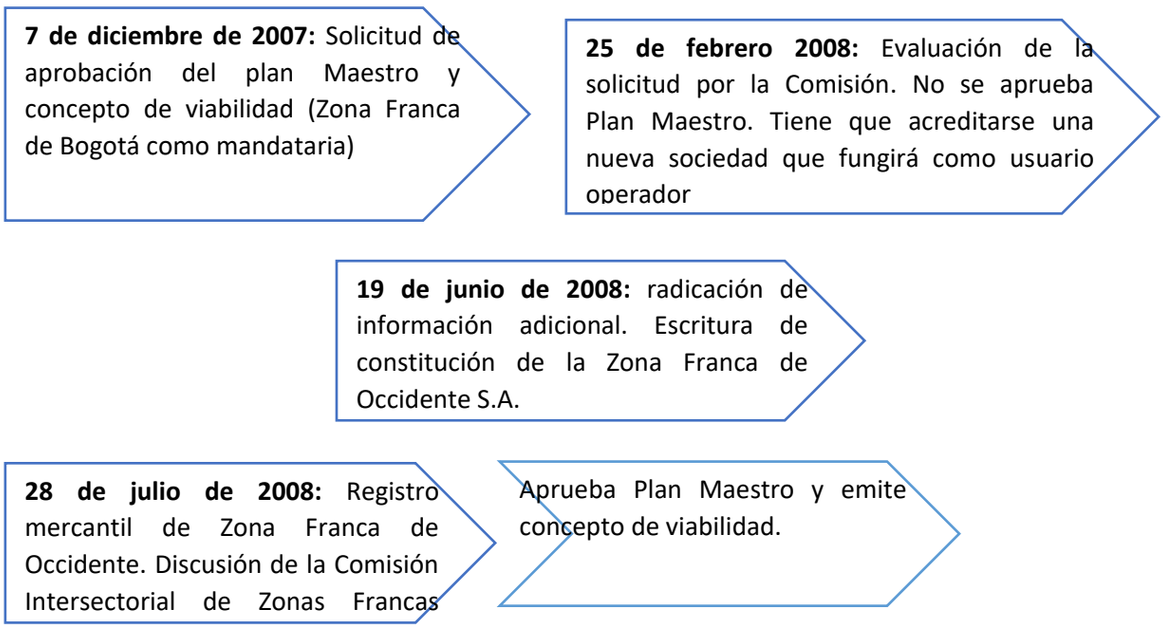
Asimismo, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas se abstuvo de analizar la solicitud presentada inicialmente por Zona Franca de Bogotá -en su calidad de mandataria- hasta tanto se aportara el documento que acreditaba la constitución de la persona jurídica que pretendía la aprobación del Plan Maestro de Desarrollo de la Zona Franca Permanente de Occidente. Puntualmente, el viceministro de Desarrollo Empresarial en nombre de la referida Comisión requirió el 18 de diciembre de 2007 al solicitante para completar su petición y acreditar "*la constitución de la nueva persona jurídica para la cual se solicita la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de la declaratoria y continuidad del área*".

Todo lo anterior conforme a las normas que reglamentaban para ese momento la materia que señalaban que, quien pretendiera obtener la declaratoria de existencia de una zona franca permanente y ser usuario operador de esta, debía acreditar la constitución de una nueva persona jurídica domiciliada en el país y acreditar su representación legal (artículo 393-2 Decreto 4051 de 2007 que entró a regir a partir del 23 de octubre de 2007[26]).

---

[26] Artículo modificado por el artículo 5 del Decreto 4051 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> *Para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente, quien pretenda ser*

Para una mayor claridad sobre esta primera fase surtida ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, la Sala se permite ilustrar cronológicamente cada una de las etapas agotadas así:



En tales condiciones, no le asiste razón al recurrente cuando afirma que, en la actuación administrativa antes descrita se aprobó el plan maestro y se emitió concepto de viabilidad respecto de una sociedad distinta a la que obtuvo finalmente la autorización como usuario operador de la zona franca permanente. Se itera, la Zona Franca de Bogotá S.A. siempre actuó como mandataria de la Fiduciaria Colpatria como vocera del Patrimonio Autónomo Lotes de Mosquera, quien era la interesada en obtener el concepto favorable ante la Comisión Intersectorial, como la administradora de los lotes en donde se declararía el área geográfica de la zona franca.

Precisamente en el Acta No. 3 de 25 de febrero de 2008 de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas que obra en el expediente, se indicó que "*no se aprobó*" el Plan Maestro de Desarrollo ni se expidió concepto favorable para la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, habida cuenta de que "*se cuestionó el hecho que el solicitante no sea una persona jurídica ya constituida, y por lo tanto no se conocen los socios ni sus aportes*".

Sumado a esto, la Resolución 01 del 3 de diciembre de 2007 que establece el reglamento de funcionamiento de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, fue publicada y, en consecuencia, entró a regir, solo hasta el 25 de febrero de 2008[27]. Ciertamente, dicha resolución establecía en el artículo 8, numeral 2, literal a), que el cuerpo del plan maestro debía contener, entre otras, la identificación de la

---

Usuario Operador de la misma, deberá acreditar los siguientes requisitos: 1. Constituir una nueva persona jurídica domiciliada en el país y acreditar su representación legal, o establecer una sucursal de una sociedad extranjera legalizada de conformidad con el Código de Comercio. En el certificado de existencia y representación legal debe constar que su objeto social le permite desarrollar las funciones de que trata el artículo 393-16 del presente decreto.

[27] Diario oficial 46.913 de 25 de febrero de 2008.

persona jurídica que pretenda la declaratoria de la zona franca, incluyendo el certificado de cámara de comercio. Sin embargo, para la fecha de presentación de la solicitud en este caso, esto es, el 7 de diciembre de 2007, esa norma aún no había entrado a regir.

Por consiguiente, fue solo cuando se acreditó la constitución de la Zona Franca de Occidente S.A. quien fungiría como usuario operador, que se obtuvo respecto de esta el concepto favorable, así como la aprobación del plan maestro de desarrollo general para la declaratoria de la zona franca permanente.

5.2.2. Segunda fase: declaratoria de la zona franca y la autorización del usuario operador (Zona Franca de Occidente S.A.) – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

Con la claridad anterior, el representante legal de la Zona Franca de Occidente S.A. solicitó ante la DIAN, el 9 de septiembre de 2008, la declaratoria de la zona franca permanente y la autorización como usuario operador, la cual fue otorgada mediante Resolución 1825 del 18 de diciembre de 2008.

Sobre el particular el actor popular, ahora recurrente, alega que uno de los requisitos que la DIAN debía tener en cuenta para autorizar al usuario operador era el conocimiento o experiencia específica de la persona jurídica, sobre las actividades que se iban a desarrollar en la zona franca. Así, cuestiona "*qué conocimiento, experiencia y capacidad podría tener una empresa que no había sido constituida cuando se presentó la solicitud y que solo contaba con escasos 4 meses de existencia cuando se le otorgó la autorización por parte de la DIAN"*. Sugiere entonces que la DIAN aceptó la experiencia "prestada" de la Zona Franca de Bogotá.

Pues bien, en este punto cabe destacar que: i) la solicitud ante la DIAN se hizo expresamente por la Zona Franca de Occidente S.A. y no por la Zona Franca de Bogotá S.A. y ii) tampoco se demostró que los socios o administradores de la Zona Franca de Occidente no tuvieran el conocimiento o experiencia para operar la referida zona franca.

Conforme con la normativa que regía el procedimiento, esto es, el artículo 393-15, parágrafo 1 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 383 de 2007, los requisitos para la autorización del usuario operador, eran los siguientes:

> "*La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá en cuenta los siguientes criterios para autorizar al usuario operador:*
>
> *1. Conocimiento o experiencia específica de la persona jurídica sobre las actividades que se van a desarrollar en la Zona Franca.*
>
> *2. Conocimiento y experiencia en comercio exterior y aduanas.*
>
> *3. Capacidad operativa y financiera*".

Igualmente, el artículo 392-2 del Decreto 2685 de 1999 adicionado por el artículo 1° del Decreto 383 de 2007 y por el artículo 5 del Decreto 4051 de 2007, disponía:

> "*Para obtener la declaratoria de existencia de una zona franca permanente, quien pretendía ser usuario operador de la misma, deberá acreditar los siguientes requisitos. 1. Constituir y acreditar su representación legal, o establecer una sucursal de una sociedad extranjera legalizada de conformidad con e Código de Comercio. En el certificado de existencia y representación legal debe constatar que su objeto social le permite desarrollar las funciones de que trata el artículo 393-16 del presente decreto"*.

Comoquiera que la ley exigía que quien tuviera la intención de ser Usuario Operador de una Zona Franca Permanente, debía acreditar la constitución de una nueva persona jurídica para tal fin, cabe preguntarse ¿cómo se acredita el requisito de conocimiento o experiencia específica de la sociedad sobre las actividades que se van a desarrollar en la zona franca si se trata de una persona jurídica nueva?

Frente a este interrogante la Sala encuentra que, inevitablemente, quienes debían acreditar estos requisitos de experiencia específica y conocimiento técnico, naturalmente debían ser sus socios o accionistas o incluso sus directivos, pues la persona jurídica tan solo es una ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores; a todas luces, en una fase inicial quienes pueden acreditar el "*conocimiento y experiencia en comercio exterior y aduanas"* son las personas naturales que la conforman, individualmente consideradas o como una organización empresarial.

Específicamente, en el numeral 3.2.1 de la Resolución 1825 de 2008, mediante la cual se declaró un área geográfica como Zona Franca Permanente de Occidente, se leen los aspectos que tuvo en cuenta la DIAN relativos al conocimiento y experiencia sobre las actividades que se iban a desarrollar en comercio exterior y aduanas, respecto de las personas naturales. Adicionalmente, según se relató en la contestación de la demanda por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en los antecedentes del referido acto administrativo constan las hojas de vida del personal directivo de la Zona Franca de Bogotá, quienes, de conformidad con la certificación expedida por el representante legal de aquella, están autorizados y delegados para prestar sus servicios profesionales y poner a disposición de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. para lo pertinente.

Sin embargo, el apelante es insistente en que para acreditar los requisitos legales que debía demostrar el Usuario Operador, Zona Franca de Occidente S.A., específicamente la experiencia, la DIAN tuvo en cuenta los conocimientos específicos de los directivos de la Zona Franca de Bogotá S.A. sin razón aparente para ello. Pues bien, al respecto debe desatacarse cuál era la composición accionaria de la Zona Franca de Occidente S.A. (ahora S.A.S.) para ese entonces:

Accionista	**Participación**
Zona Franca de Bogotá S.A.	50%
Tierras de Mosquera S.A.	49.985%
Prodigium Ltda.	0.005%
Promoinvertir Ltda.	0.005%

Dusti S.A.	0.005%

De acuerdo con la actuación administrativa, el representante legal tanto de la Zona Franca de Bogotá como la Zona Franca de Occidente era el señor Juan Pablo Rivera Cabal, quien además acreditaba conocimientos técnicos específicos en comercio exterior. Frente a este requisito la DIAN encontró que la Zona Franca de Bogotá S.A., accionista del usuario operador cuestionado, contaba con cerca de diez (10) años de experiencia en operaciones de comercio exterior y con procedimientos aduaneros y de control certificados por el ICONTEC; había sido acreedora del premio nacional de exportaciones 2002 y tenía en su haber asesoría y orientación a miles de empresas e igualmente experiencia específica como usuario operador de zonas francas.

Nótese que la regulación específica aduanera (parágrafo 1° del artículo 393-15 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 4051 de 2007) no establece la manera en que debe acreditarse la experiencia del usuario operador, la cual debía constituirse como una persona jurídica nueva con ese único propósito.

No obstante, existen regulaciones en otros escenarios que sirven de ejemplo para ilustrar cómo el Estado en diferentes ámbitos de la vida pública y civil, ya sea en ámbitos contractuales o comerciales, permite acreditar la experiencia de sociedades recientemente constituidas a través de sus accionistas o administradores. Es el caso del Decreto 92 de 1998 que regulaba el Registro Único de Proponentes RUP -vigente para la época en que tuvieron lugar los hechos bajo análisis- el cual preveía la posibilidad de que una sociedad con menos de tres (3) años de constituida acreditara la experiencia requerida para inscribirse en el RUP a través de sus accionistas o socios. La finalidad de esta norma era permitir que las sociedades que no contaban con la experiencia suficiente para contratar con el Estado pudieran apoyarse en la experiencia de sus accionistas, socios o constituyentes con el fin de incentivar la libre competencia en la contratación estatal[28].

Igualmente, en el régimen de sociedades comerciales, los accionistas pueden aportar y transferir a su sociedad la experiencia que detentan antes de su constitución, tal y como lo ha previsto la Superintendencia de Sociedades en pronunciamientos que válidamente trajo a colación el *a quo* en la sentencia de primera instancia.

Lo propio puede predicarse en este caso de las Zonas Francas Permanentes en las que, para su declaración y autorización del Usuario Operador, la Ley exige la constitución de una nueva sociedad. Si no se permitiera trasladar la experiencia de los accionistas, socios y personal directivo de quien pretende la autorización, entonces ¿cómo sería posible acreditar la experiencia? Se insiste, es la ley la que exige la constitución de una persona jurídica, luego, no le asiste razón al demandante ni al Ministerio Público, al afirmar que, si se acreditaba la experiencia de la Zona Franca de Bogotá S.A., tendría que haber sido ésta última la que se

[28] Colombia Compra Eficiente: Respuesta a consulta #4201814000001418

postulara como Usuario Operador, premisa que ciertamente se derriba al constatar el requisito que debía acreditarse ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas: la conformación de una nueva compañía.

En gracia de discusión, aun cuando la Zona Franca de Occidente S.A., recién creada, debiera acreditar la experiencia en aduanas y comercio exterior sin la posibilidad de acudir a sus socios, lo cierto es que dicha irregularidad por sí sola, no demuestra una transgresión a la moralidad administrativa que invoca el actor popular. Como bien lo sostuvo el Ministerio Público, no hay elemento probatorio en el expediente que indique que se omitió ese requisito o se le dio tratamiento por una motivación reprochable o ajena a la ética que debe regir la conducta del servidor público o que obedeció al capricho del director de la DIAN ni tampoco para favorecer los intereses de los solicitantes u otros servidores públicos.

Así las cosas, para la Sala no se evidencian indicios de ilegalidad o de desconocimiento del ordenamiento jurídico en las actuaciones adelantadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la DIAN y, en consecuencia, no es posible advertir la configuración del elemento objetivo indispensable para declarar una conducta o acto contrario a la moralidad administrativa.

De cualquier modo, como bien se explicó en párrafos precedentes, para que se entienda vulnerado el referido derecho colectivo, en la conducta del servidor público deberán concurrir criterios de naturaleza subjetiva que demuestren el desconocimiento del interés general y los propósitos del servicio público, con fines de favorecer intereses privados durante el desarrollo de actuaciones administrativas. Por lo general, los elementos de carácter subjetivo coinciden con conductas deshonestas o corruptas dentro de las que se incluyen actos amañados o irregulares.

En el juicio de la moralidad administrativa que ocupa la atención de la Sala tendría que verificarse la intencionalidad, fraude o beneficio irregular para constatar el desconocimiento de este interés superior. Sin embargo, tampoco se advierte en el trámite de la acción popular que las autoridades demandadas hayan procedido con el ánimo de satisfacer intereses particulares y patrimoniales de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. o de sus beneficiarios reales, como lo sugiere el demandante.

Además, de las actuaciones adelantadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la DIAN, que a la fecha se reputan legales, es posible evidenciar que la declaratoria de existencia de la Zona Franca de Occidente S.A. no fue una creación “*exótica, aislada o especial”*, en palabras de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Tampoco estuvo precedida de una legislación “*ad-hoc*” o un trámite hecho a la medida de las circunstancias del caso, como lo da a entender el actor. Por el contrario, se encuentra que del procedimiento entonces vigente se declaró la existencia de distintas zonas francas permanentes que adelantaron la solicitud en la misma época.

Nótese que la regulación cuestionada por el actor popular permaneció hasta la expedición de los Decretos 1289 de 2015 y 2147 de 2016, es decir, alrededor de

10 años; para el año 2007 se tramitó y declaró la existencia de aproximadamente 22 zonas francas permanentes en Colombia y para el 2008 alrededor de 70[29] en atención al régimen jurídico aplicado a la solicitud de la Zona Franca Permanente de Occidente S.A. (hoy S.A.S). En consecuencia, no resultan admisibles las aseveraciones planteadas en la demanda y en el recurso de apelación respecto a la elaboración y aplicación de un régimen jurídico que se concibió únicamente para beneficiar intereses subjetivos, comoquiera que, se insiste, no reposa en el expediente respaldo probatorio alguno que dé cuenta de esas afirmaciones.

Visto así el asunto, por todas las razones anotadas, la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación encuentra la necesidad imperiosa de confirmar la sentencia del 26 de julio de 2011 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

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

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 26 de julio de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

ROCÍO ARAUJO OÑATE
Salva voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Aclara voto

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

MILTON CHAVES GARCÍA

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Salva voto

[29] Folio 2328 del cuaderno principal.

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Salva voto

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Aclara voto

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
Aclara voto

MARÍA ADRIANA MARÍN
Salva voto

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Salva voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Salva voto

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

CARMELO PÉRDOMO CUÉTER
Salva voto

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Salva voto

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Aclara voto

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Ausente con excusa

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Salva voto

NICOLÁS YEPES CORRALES

"Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081".

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS CONSEJEROS ALBERTO MONTAÑA PLATA, RAMIRO PAZOS GUERRERO Y GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

Salvamento de voto

1. Las razones por las que no compartimos el sentido de la decisión, ni las consideraciones que soportaron la Sentencia de 24 de marzo de 2021, convergen en 3 reparos concretos: 1) la valoración probatoria que efectuó la Sala Plena; 2) el análisis sustantivo que llevó a concluir la falta de una violación a la moralidad administrativa, por la ausencia de irregularidades en el procedimiento administrativo para la aprobación de la Zona Franca de Occidente; y 3) algunos aspectos conceptuales a los que se alude como soporte de la decisión mayoritaria.

1. Sobre la valoración probatoria

2. El análisis que llevó a la Sala Plena a concluir que no se había trasgredido la moralidad administrativa, durante el procedimiento administrativo de aprobación de la Zona Franca de Occidente, se basó en "*los hechos probados en el expediente*", sobre los que, según se afirmó en la providencia de la que nos apartamos, se concluyó que la solicitud "*se efectuó a nombre de un tercero, que era el patrimonio autónomo* […]*, quien finalmente era el solicitante de la aprobación del plan maestro y el concepto favorable para la declaratoria de la zona franca en los predios sobre los cuales dicha fiduciaria tenía la administración*". En este mismo sentido, se aseveró que "*la solicitud no fue realizada por Zona Franca de Bogotá a nombre propio como lo sugiere el*

demandante […] *la Zona Franca de Bogotá nunca actuó en nombre propio para obtener dicha declaración*".

3. A pesar de que la Sala dio por acreditado este hecho, las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que la Zona Franca de Bogotá sí realizó una petición para sí. La cláusula tercera contrato de mandato celebrado, señaló que el mandatario (Zona Franca de Bogotá S.A.) tramitaría y obtendría "*la declaratoria de los terrenos como Zona Franca Permanente Colombiana y* ***la calificación de la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A. como usuario operador de la misma***"[30] (énfasis añadido).

4. No es cierto que la solicitud la hubiera hecho la sociedad Zona Franca de Bogotá para un tercero, patrimonio autónomo. Bastará, además, con observar cómo, cuando se presentó la experiencia en comercio exterior ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, para obtener la aprobación del plan maestro de desarrollo general, se presentó por "*quien solicita*[ba] *la autorización para ser usuario operador de la ZFO, es decir, Zona Franca de Bogotá S.A.*[31]"

5. Por otro lado, en la providencia se omitió valorar una importante declaración de la representante de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en la audiencia de pacto de cumplimiento, donde señaló que no existían antecedentes en los cuales personas jurídicas no constituidas se hubieran presentado como solicitantes de conceptos de viabilidad y aprobación de planes maestros, así como la exigencia futura del requisito de preexistencia, para las demás solicitudes[32]. Esta afirmación resultaba fundamental, pues era una prueba fehaciente del tratamiento desigual e injustificado que recibieron los solicitantes de la declaratoria de la Zona Franca de Occidente.

6. La sentencia también omitió pronunciarse sobre el tratamiento que recibieron las demás solicitudes que fueron analizadas en las mismas sesiones de la Comisión Intersectorial en las que se estudió la petición de la Zona Franca de Bogotá[33].

2. El análisis sustantivo que llevó a concluir que no se trasgredió el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa

7. El problema jurídico que concentró la atención de la Sala Plena consistió en "*determinar si las autoridades administrativas demandadas desconocieron el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, al presuntamente omitir*

---

[30] Folios 1251 y 1252 del cuaderno del Consejo de Estado.
[31] Folio 480 del cuaderno del Consejo de Estado.
[32] Folio 352 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.
[33] En la sesión de 25 de febrero de 2008 se analizó: A) el "*estado de las solicitudes de declaratoria de zona franca presentadas al amprado del Decreto 383 de 2007*", dentro de las que se encontraban: Zona Franca La Cayena, Zona Franca Agroindustrial del Magdalena Medio, Ampliación – Zona Franca de Bogotá, Zona Franca Internacional del Atlántico, Maquilagro S.A., Zona Franca Dexton S.A., Zona Franca Argos S.A., Gyplac S.A., Ampliacion – Zona Franca de Rionegro, Zona Franca Plic S.A. y Interxmoda; B) el "*estado de las solicitudes de declaratoria de zona franca presentas al amparo del Decreto 4051 de 2007*", dentro de las que encontraban: ZFPE PEPSICO Alimentos Ltda., ZFPE Terminal de Contenedores de Buenaventura -TC Buen, ZFPE Siemens Manufacturing S.A., ZFPE CONTECAR S.A., ZFPE Colombina Z.F. S.A. y ZFPE Estrategias Contac Center Colombia Unisono.
2) En la sesión de 28 de julio de 2008 se analizó, además, la solicitud de declaratoria de zona franca presentada por la Zona Franca Permanente Especial Colombina S.A. Folios 289-296 y 301-306 del cuaderno de anexos 1.

algunos requisitos legales durante el trámite y autorización de la Zona Franca de Occidente".

8. Justamente, a propósito del problema jurídico anunciado, advertimos que existieron irregularidades e ilegalidades de diversa índole: 2.1.) frente a las normas especiales que disciplinaban el procedimiento de aprobación de las zonas francas, 2.2) infracciones a las normas comerciales y 2.3) a las normas de procedimiento administrativo.

2.1. Las irregularidades relativas al procedimiento de aprobación

9. Las normas que regían el procedimiento administrativo de aprobación de las zonas francas fueron desconocidas. Está ampliamente acreditado que, en el trámite de la Zona Franca de Occidente, la solicitud de inicio fue presentada por una sociedad diferente a la que finalmente se convirtió y benefició de la calidad de usuaria operadora. De hecho, cuando la Comisión Intersectorial advirtió esta falencia, requirió al solicitante para que acreditara la constitución de la persona jurídica para la cual se solicitaba la aprobación del plan maestro y el concepto de viabilidad[34], dado que, en la sesión de 25 de febrero de 2008, había decidido que "*el requisito de constituir una nueva persona jurídica deb*[ía] *exigirse al momento en que se presenta*[ra] *la solicitud de aprobación del Plan Maestro y expedición del concepto ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas"*[35].

10. Luego de enviar copia de un proyecto de estatutos y de recibir una nota de insistencia por parte de la Comisión Intersectorial, tan solo hasta el 17 de junio de 2008 se remitió copia de la escritura pública en la que se había constituido la Sociedad Zona Franca de Occidente.

11. Está acreditado que la DIAN equivocadamente señaló, en la Resolución 1825 de 2008, que la sociedad Zona Franca de Occidente fue quien presentó la solicitud, pues, en realidad, había sido la sociedad Zona Franca de Bogotá quien así lo solicitara. En todo caso, más allá del error formal sobre el nombre de la persona jurídica, y tal y como lo analizaron el juez de primera instancia y el Ministerio Público, el aspecto que debía centrar la atención es si una persona diferente a quien iba a ser la usuaria operadora podía presentar la solicitud inicial ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, y pretender la adopción de un concepto de viabilidad y la aprobación del plan maestro de desarrollo general.

12. En nuestro concepto, según las normas vigentes, la respuesta a la anterior pregunta es negativa. En concreto, la necesidad de la preexistencia de la persona jurídica estaba debidamente sustentada, tanto en las normas que reglamentaban la materia, como en las actuaciones administrativas que fueron adelantadas. La clara exigencia de la preexistencia de la sociedad es el resultado de normas que regían el procedimiento administrativo (en especial del Decreto 4051 de 23 de octubre de 2007). Asimismo, se debía considerar la propia interpretación que realizó la Comisión Intersectorial de Zonas Francas sobre esas normas.

---

[34] Folio 661 del cuaderno de anexos 7.

[35] Folio 466 del cuaderno 1 del Consejo de Estado.

2.2. Las infracciones a las normas comerciales

13. De la mano de la referida primera irregularidad, puesta de presente por el actor popular, está probado que se desconocieron normas comerciales, infracciones que influyeron, con la misma intensidad, en el procedimiento administrativo, y que constituyeron anomalías relacionadas con la constitución y la acreditación de la sociedad.

14. La escritura pública de creación de la sociedad anónima Zona Franca de Occidente S.A. Usuario Operador, que tenía dentro de los órganos de dirección a la asamblea general, la junta directiva y el gerente (que contaba con la representación legal de la sociedad), determinó que dentro de las funciones de la junta directiva estaba la de "*autorizar al gerente de la sociedad para celebrar cualquier acto o contrato, cuando la cuantía por operación exceda el equivalente en pesos a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes*". En este mismo sentido, el artículo 44, que consagró las facultades del gerente, estableció: "*Parágrafo: El representante legal requerirá autorización de la junta directiva para celebrar todo acto o contrato cuya cuantía exceda el equivalente en pesos a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes"*.

15. Para el momento en que fue remitida la copia de la escritura, esto es, el 17 de junio de 2008 (trámite con el que se dio por cumplido el requerimiento de la Comisión Intersectorial), el representante legal de la sociedad Zona Franca de Occidente no contaba con las facultades necesarias para comprometer a esa sociedad[36]. Conclusión que cobra aún mayor relevancia cuando se estudia el artículo 441 del Código de Comercio[37] que establece que las sociedades anónimas deben inscribir en el registro mercantil la designación del representante legal, registro que se produjo con posterioridad al envío de la escritura publica a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas (el 19 de junio de 2008).

16. De conformidad con el Código de Comercio, la escritura no produce plenos efectos ni será oponible ante terceros "*mientras la escritura social no sea registrada en la cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad*" (artículo 112). La forma en que se adelantó este tramite impidió que se cumpliera con este requisito, vicio que atañe a la capacidad misma de la sociedad para adelantar cualquier acto en desarrollo de su objeto social[38], así como a la capacidad del representante legal para comprometer a la sociedad Zona Franca de Occidente en el momento en el que pretendió hacerlo.

---

[36] Al tiempo que se requería autorización de la junta directiva para que el representante legal pudiera adelantar cualquier acto o contrato a nombre de la sociedad que superara los 500 SMLMV, tan solo el presupuesto total de la obra a realizar en la Zona Franca de Occidente, que fue presentado en la solicitud de la Zona Franca de Bogotá, ascendía a $18.684'789.483 (fl. 733 cuaderno de anexos 7), esto es, 40.487 SMLMV. En este mismo sentido, el artículo 392.2-13 señalaba, dentro de los requisitos necesarios para obtener la declaratoria de una zona franca, "*Acreditar un patrimonio líquido de veintitrés mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (23.000 smmlv)".* Asimismo, en el informe técnico presentado ante la Comisión Intersectorial por parte de la Secretaría Técnica, en el que se evaluó la solicitud presentada para la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, se analizó lo relativo a la "*cuantía de la inversión*", la cual superaba los 20 mil millones de pesos ($20.362.734.377).

[37] Artículo 441. "*En el registro mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante copia de la parte pertinente del acta de la junta directiva o de la asamblea, en su caso, una vez aprobada, y firmada por el presidente y el secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal*".

[38] Código de Comercio, artículo 116: "*Las sociedades* ***no podrán iniciar actividades en desarrollo de la empresa social*** *sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución* [...]" (énfasis añadido).

17. La premura impidió que se cumpliera con otro requisito fundamental, consagrado en el artículo 117 del Código de Comercio, que señala: "*la existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal*". Esto debía hacerse (dadas las exigencias probatorias de la ley especial que disciplina la materia) con el certificado de la Cámara de Comercio en el cual, por ley, debe constar, entre otros elementos, que la sociedad no se hallara disuelta; y no, como fue validado por la Comisión Intersectorial, con la mera copia de la escritura pública de creación.

18. En conclusión, se observa que las entidades estatales involucradas actuaron a favor de una sociedad cuya existencia no se les había demostrado, y con un representante legal sin capacidad para comprometer a esa sociedad. A pesar de ello, sin justificación alguna, las entidades obviaron elementos tan basilares de cualquier sociedad, incumplimientos de la normativa comercial que afectaban el procedimiento administrativo y el derecho e interés colectivo invocado por el actor.

2.3. Las infracciones a las normas generales del procedimiento administrativo

19. A las irregularidades y trasgresiones del ordenamiento jurídico que se han puesto de presente, se añade otra. La solicitud enviada a la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, para que se aprobara el plan maestro de desarrollo general y se obtuviera el concepto favorable de viabilidad, se presentó "*en uso del derecho de petición en interés particular de que trata el Decreto 01 de 1984*". A esta solicitud le eran aplicables, en consecuencia, las normas especiales y generales que disciplinaban lo relativo a las peticiones de interés particular.

20. El artículo 80 del Estatuto Aduanero, vigente para el momento en el que se tramitó la solicitud, contenía una norma especial para la configuración del desistimiento de las solicitudes, en los siguientes términos (se trascribe):

> "*Se entenderá que se ha desistido de la solicitud de inscripción, autorización o habilitación si efectuado el requerimiento para completar documentos o las informaciones, mencionados en el artículo anterior, el solicitante no presenta los documentos o informaciones requeridas en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de introducción al correo del oficio de requerimiento. En este caso no se requerirá acto administrativo que declare tal desistimiento y se ordenará el archivo del expediente*".

21. Si se entendiera que este término solo era aplicable para las solicitudes presentadas ante la DIAN, y no ante la Comisión Intersectorial, se observa que, en todo caso, la norma general, contenida en los artículos 11 a 13 del Código Contencioso Administrativo, estableció un plazo para que se configurara el llamado "*desistimiento tácito*", cuando el peticionario no diera respuesta a los requerimientos que hiciera la administración para completar una solicitud, en el término de 2 meses, caso en el cual procedía su archivo, sin perjuicio de que el interesado pudiera presentar una nueva solicitud.

22. Sobre este particular, se recuerda que la solicitud presentada ante la Comisión Intersectorial, el 7 de diciembre de 2007, dio lugar a que la Secretaría Técnica le solicitara al peticionario (el 18 de diciembre de 2007[39]) complementar la información para acreditar, entre otros, la constitución de la "*nueva persona jurídica para la cual se solicita*[ba] *la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de declaratoria y continuidad de área*". La respuesta inicial del peticionario (21 de diciembre de 2007[40]) no tuvo por objeto completar los requisitos solicitados, sino que se limitó a hacer llegar un "*proyecto de los estatutos de la sociedad anónima que se constituiría*". Cuando la Secretaría Técnica (14 de abril de 2008[41]) volvió sobre la primera solicitud, e insistió al peticionario que debía *"acreditar la constitución de la nueva persona jurídica que será el usuario operador, como lo dispone el artículo 393-2 del Decreto 2685 de 1999*", este contestó (18 de abril de 2008[42]) que se encontraba *"adelantando los trámites*". Finalmente, el cumplimiento parcial al requerimiento inicial de la acreditación de la nueva persona jurídica solo se dio con el envío de la copia de las escrituras, el 17 de junio de 2008[43].

23. De tal manera que, no solo pasaron 6 meses desde que la administración solicitó al peticionario complementar la información necesaria, sino que, desde que se le envío una última comunicación sobre el particular, hasta que el peticionario dio respuesta (aunque incompleta, con el mero envío de las escrituras pública), trascurrieron más de 2 meses, término máximo establecido en el CCA. A pesar de lo anterior, la Comisión Intersectorial no solo no procedió a archivar la solicitud, sino que, en más de una oportunidad, dirigió sus esfuerzos a insistir en el cumplimiento de los requisitos. Lo anterior fue así, a pesar de que se había superado, ampliamente, el tiempo establecido para la materialización del desistimiento, lo que configuró un trato especialmente beneficioso recibido por el peticionario, que desconoció las normas administrativas sobre la material.

24. Las referidas irregularidades e ilegalidades hacen evidente la trasgresión al derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, pues su comprobación, si bien instrumental, pone en evidencia el trato desigual, privilegiado y jurídicamente injustificado que recibieron los solicitantes.

25. La violación al principio de legalidad, materializado en las irregularidades que tuvieron lugar durante el trámite administrativo, y que fueron identificadas con anterioridad, representa una vulneración de la moralidad administrativa, derecho e interés colectivo que le asistía a la comunidad y que pretendía garantizar que a quien se le adjudique una zona franca sea la persona más idónea para dar cumplimiento a los fines de que trata la propia Ley 1004 de 2005, sin que pudiera justificarse, de manera alguna, el trato diferencial y privilegiado recibido en el caso

---

[39] Folio 627 del cuaderno 4 del Consejo de Estado.

[40] Folios 628 y ss. del cuaderno 4 del Consejo de Estado.

[41] Folios 1152 del cuaderno de anexos 9.

[42] Folios 1153 del cuaderno de anexos 9.

[43] Folios 1154 y ss. del cuaderno de anexos 9.

concreto. El trato igualitario que deben recibir todas las personas que formulen una petición ante la administración (que fue vehementemente exigido por el juzgador de primera instancia), no se observó en el trámite administrativo de aprobación de la Zona Franca de Occidente, lo cual es contrario al Estado de derecho.

26. El deber de corrección en la actuación administrativa y el respeto por la legalidad, que están dentro del ámbito de protección del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, fueron trasgredidos en el caso concreto, con la desviada actuación de las autoridades administrativas intervinientes en el trámite de aprobación de la Zona Franca Permanente de Occidente.

27. Para el caso que ocupó la atención de la Sala se concluye que la no preconstitución de la persona jurídica al momento de presentar la solicitud ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas, de la mano del trato preferencial y diferenciado que surtió esta solicitud, las señaladas infracciones a las normas comerciales, así como la inobservancia de las normas referentes al procedimiento administrativo (acciones y omisiones de las autoridades administrativas intervinientes en el procedimiento administrativo de declaratoria de existencia de la Zona Franca de Occidente), significaron un tratamiento diferencial, privilegiado e injustificado de parte la administración.

28. Trato que, ni antes ni después del trámite de la solicitud de la Zona Franca de Occidente, recibió ningún otro particular. La aprobación de la Zona Franca Permanente de Occidente fue, de esta manera, sometida a un tratamiento que resultó especial, preferencial y diferente al que fueron sometidas los demás procedimientos administrativos de similar índole, un tratamiento diferencial injustificado que se convierte en un elemento trasgresor de la moralidad administrativa.

3. Algunos aspectos conceptuales a los que se alude como soporte de la decisión mayoritaria

29. Cuando la providencia se ocupó del contenido del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, sostuvo que "*la moralidad no debe coincidir, en toda su extensión, con la legalidad, por lo que debe evitarse el traslape total de las nociones*", pues, confundir esos dos conceptos implicaría, necesariamente, negar la existencia y vaciar de contenido el primero. Más adelante, "*reitera la Sala, es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad".*

30. A pesar de la claridad de las anteriores consideraciones, en el apartado en el que se efectuó el "*análisis de los argumentos de la apelación*", se señaló que, toda vez que no se habían identificado "*indicios de ilegalidad o de desconocimiento del ordenamiento jurídico en las actuaciones* [administrativas] *adelantadas*", en consecuencia, no era posible "*declarar una conducta o acto contrario a la moralidad administrativa*". Lo anterior constituye, no solo una clara contradicción con la primera parte considerativa de la sentencia, sino un enunciado que podría

llevar a un errado entendimiento que limitaría aún más el ya estrecho margen de acción del juez popular[44], como si la legalidad y la moralidad coincidieran en toda su extensión, y fuese siempre necesario identificar la primera como un requisito de existencia de la segunda.

31. Por otro lado, se afirmó que el elemento subjetivo coincidía con "*conductas deshonestas o corruptas dentro de las que se incluyen actos amañados o irregulares.* […] *En el juicio de la moralidad administrativa que ocupa la atención de la Sala tendría que verificarse la intencionalidad, fraude o beneficio irregular para constatar el desconocimiento de este interés superior*". Al respecto, se debe aclarar que las acciones populares, que tienen por objeto el estudio del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, no están concebidas para adelantar un juicio personalísimo o subjetivo de la conducta de los servidores públicos involucrados en los procedimientos administrativos, como ocurre en materia penal o disciplinaria.

32. Las exigencias probatorias en las acciones populares no están enderezadas a la identificación del aspecto volitivo del servidor público. El estándar probatorio que se exige, cuando lo que se evalúa es la conducta de un servidor público, no puede constituir un limite infranqueable para el juez popular, que actúa como juez constitucional de la actuación de la administración de cara a la moralidad administrativa, entre otras cosas porque, como ocurrió en el caso que ocupó la atención de la Sala, los funcionarios que intervinieron en los procedimientos administrativos no hicieron parte del proceso, por lo que sería violatorio de su derecho al debido proceso haber adelantado y concluido un juicio sobre sus intenciones, o actuaciones irregulares o fraudulentas, sin permitírseles ejercer su derecho de defensa.

33. La actuación que se somete a estudio, cruzada por el principio de legalidad que disciplina todas las actuaciones administrativas, no tiene el mismo alcance exigido en los juicios donde se estudia la responsabilidad personal de los individuos, habida cuenta de que, en las acciones populares y, de manera especial, en la moralidad administrativa, de lo que se trata es de analizar la afectación que la conducta de la administración ha podido tener sobre un derecho o interés en cabeza de la colectividad. No podrá entonces olvidarse que la valoración de la actuación de las autoridades administrativas debe hacerse bajo la óptica de la función administrativa que desempeñan, toda vez que la moralidad administrativa detenta la condición de ser un "*principio orientador de la función administrativa* [que permite] *la realización de concretas expectativas y exigencias subjetivas"*[45]*.*

34. Estas consideraciones finales, a modo de precisión jurisprudencial, se presentan con la intención de evitar que algunas afirmaciones genéricas de la sentencia de la que nos apartamos puedan llegar a ser concebidas e

---

[44] Limitado por la Sentencia de Unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de 13 de febrero de 2018, exp. 2002-02704-01 (SU), en la que la Corporación concluyó la imposibilidad del juez de la acción popular de declarar la nulidad de los actos administrativos, y por la posterior consagración normativa de esta subregla jurisprudencial en el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011.

[45] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, rad. 2005-00549-01 (AP).

instrumentalizadas con el objetivo de menguar más la ya extenuada fuerza y alcance de las acciones populares, en especial cuando el derecho e interés colectivo invocado es la moralidad administrativa.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado del Consejo de Estado

Firmado electrónicamente
RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado del Consejo de Estado

Firmado electrónicamente
GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Magistrado del Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARMELO PERDOMO CUÉTER

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

Con mi acostumbrado respeto, procedo a salvar el voto respecto del fallo adoptado en la sala de lo contencioso-administrativo el 24 de marzo de 2021, en el cual la mayoría decidió confirmar la sentencia de 26 de julio de 2011 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca (sección cuarta, subsección B), que denegó las pretensiones de la demanda protectoria del derecho colectivo a la moralidad administrativa, por considerar que no se configuran los elementos objetivo y subjetivo, que la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha precisado como necesarios para determinar la transgresión de la moralidad administrativa, por las siguientes razones:

I. La naturaleza y protección de la moralidad administrativa.

1.1 Naturaleza y contenido de la moralidad administrativa.

La Constitución Política trata de la moralidad administrativa como un derecho colectivo (artículo 88), un valor supremo y principio rector de la administración (artículo 209). La jurisprudencia ha determinado el alcance normativo de este concepto jurídico en los campos de lo axiológico, político e ideológico, que no corresponden ser limitados por la norma jurídica, de donde resulta que la moralidad es en sí misma un valor y principio constitucional vinculante y de aplicación directa, esto es, no supeditado a la existencia de definición legal de su contenido y que, en consecuencia, le corresponde al juez popular dotarlo de contenido y alcance en su aplicación de cara a garantizar su eficacia, conforme con las exigencias del artículo 2° constitucional[46].

1.2 La moralidad administrativa como derecho colectivo.

El concepto de la moralidad administrativa está comprendido entre los derechos colectivos o intereses difusos. Así el interés jurídico que se tutela en estos derechos es de naturaleza sustancial y se relaciona con la teoría general de la responsabilidad civil. Conforme a estos lineamientos, las actuaciones de los servidores públicos deberán regirse por la ley y la moral propias del ejercicio de la función pública que cumplan, conforme al mandato constitucional y legal.

En este orden de ideas, la moralidad administrativa persigue como objetivo constitucional que toda la gestión administrativa estatal esté encaminada al recto cumplimiento de los principios, valores, principios y derechos colectivos establecidos en la Constitución –arts. 1, 2, 209, 78, 88, 333 y 334- y en las leyes. La función de los gobernantes es guiar las actuaciones del Estado, para cumplir con los cometidos esenciales de servir a la comunidad, de promover la prosperidad general y de garantizar la efectividad de sus principios, deberes y derechos, y no de ejercer abusivamente el poder bajo la fachada de legalidad para desviar el ejercicio de sus funciones, para como en el caso que nos ocupa, favorecer intereses particulares de los poderosos.

Para el suscrito magistrado, esta decisión debió tener una gran relevancia para combatir la generalizada corrupción en Colombia y la ineficiencia en el ejercicio de la función pública, que tienen como común denominador el que las actuaciones administrativas que violan la moralidad administrativa constituyen actos de corrupción y amenazan el Estado Social de Derecho en su totalidad, lo cual

---

[46]Cfr., Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencias del 8 de junio de 2011, Subsecci6n C, consejero ponente Enrique Gil Botero, radicación 41001-23-31-000-2004- 00540-01(AP) y del 5 de mayo de 2013, Subsecci6n B, consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 25000232500020020112101, entre otras.

constituye el mayor obstáculo para el desarrollo económico y social del país.

1.3 La moral administrativa como valor constitucional.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que la moralidad administrativa como valor constitucional subordina la producción normativa jerárquicamente inferior, pues "*...como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal* a *la vez que se configura coma precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y coma derecho* o *interés colectivo, alcanza una: connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas* a *través de la acción popular ..."* [47]

Como *valor supremo*, dotado de fuerza normativa y protección constitucionales, la moralidad administrativa exige que la actividad de la administración pública se enderece al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, sin que a esos efectos se requiera de un reconocimiento normativo adicional que legitime a la moralidad administrativa como fuente coercible, de cara a controlar la vida de las entidades públicas.

1.4 La moral administrativa como principio rector constitucional.

Como principio rector -artículo 209 CP-, la moralidad administrativa no se limita a la legalidad y el alcance de las reglas normativas, sino que constituye un punto de partida imperativo para el logro de los fines esenciales del Estado. Conforme con esa naturaleza constitucional, no resulta posible poner, con carácter excluyente, la moralidad administrativa en el campo de las reglas legales sino que la eficacia de ese principio exige que se aborde a partir de la relación estrecha entre Derecho y moral crítica, esto es, entre los enunciados normativos jurídicos y morales, últimos de los cuales sirven de fundamento iusfilosofico al derecho, como las ideas de dignidad, igualdad, libertad, separación de poderes, que hacen parte del concepto analítico de Estado social y constitucional de Derecho.

Igualmente, la moralidad administrativa tiene que valorarse a partir del *juicio de ponderación* que permita la sistematización de su significado o contenido con todos las valores y principios constitucionales comprometidos con la protección de la dignidad

---

[47] Cfr., Sala de lo Contencioso Administrativa, Secci6n Tercera, Subsecci6n de junio de 2011, Consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicaci6n 08001-23-31-000-2004-02553-01(AP).

humana y los demás derechos fundamentales; la organización del poder, su acceso y ejercicio -incluidas las relaciones entre la administración y las personas-; los servicios a cargo y las funciones institucionales, incluida la revisión judicial de las actuaciones de la autoridad y la decisión de las controversias, en cuanto la moralidad compromete todas las manifestaciones del control del poder y, cuya eficacia, imponen a la administración distintos deberes de conducta.

1.5 La moral administrativa como derecho subjetivo.

Como derecho subjetivo, la moralidad administrativa en su titularidad difusa, consiste, por una parte, en la facultad de los ciudadanos para exigir, inclusive individualmente, que- la actividad de la administración en sus distintas facetas –actuaciones, decisiones, operaciones, hechos, actos y contratos- se adecúe al cumplimiento de los fines estatales y se le imponga por la vía judicial, en cada caso concreto, la eficacia del derecho de que se trata.

Por otra parte, en su aspecto pasivo tiene que ver con el cumplimiento de los deberes *de corrección* que obligan a la administración a trascender, desde las exigencias formales hasta el campo donde su actuación se conforme con los valores y principios rectores de la Constitución Política.

1.6 El carácter normativo vinculante y la jerarquía superior de la moral administrativa.

En cuanto dotada del carácter normativo vinculante y la jerarquía superior que ostentan las normas constitucionales, la moralidad administrativa impone i) deberes de corrección· inmanentes a la positivización misma desde el orden constitucional, suficientes para enjuiciar la actuación de la administración en orden a la exigencia de su cumplimiento y ii) se integra con la unidad y coherencia normativa que rige la actuación de la administración en torno a la moralidad y en ese orden se complementa con el principio de legalidad, también demandable de las autoridades.

Así las cosas, mientras que con el principio de legalidad se apunta a controlar la organización y el ejercicio del poder con el fin de impedir el ejercicio arbitrario, así como a definir y favorecer el logro de objetivos específicos de carácter político, social y económico, a través de la definición de competencias, atribución de funciones, establecimientos de formas, procedimientos y exigencia de requisitos, etc., con el principio de moralidad administrativa se persigue, más allá de la eficacia del principio de legalidad, la estricta

sujeción a los deberes de corrección con el fin de asegurar que las decisiones se legitimen exclusivamente en razones de orden superior, como los fines y valores supremos del Estado.

Quiere decir entonces, que, mientras las funciones se definen en la Constitución, la ley y el reglamento y están sujetas enteramente al principio de legalidad, los deberes de corrección que debe observar la autoridad para materializar esas funciones habrán de responder a los principios y valores inmersos en estas últimas, esto es a la moralidad administrativa. De manera que, resulta posible afirmar, por ejemplo, que, así como la legalidad de la actuación de la administraci6n no puede deducirse de la honestidad, lealtad o los buenos propósitos del funcionario que actuó sin autorización de la ley, también es entendible que esos valores resultan aplicables de cara al juicio de moralidad administrativa. Al margen de la definición o exigencias expresas de corrección legal, pues no se comprende cómo, siendo exigibles en las conductas de todos los asociados, no tengan los funcionarios públicos el deber de contemporizar el ejercicio de sus funciones con esos imperativos.

Sin lugar a dudas, la eficacia que la Constitución Política exige de la moralidad administrativa -arts. 2° y 88- constituye uno de los mayores avances en el control al ejercicio del poder, pues la moralidad impone que los deberes de la administración se ubiquen más allá de las exigencias de la legalidad, con que tradicionalmente se ha querido controlar su actividad, en el campo de los valores y principios fundantes del Derecho y que, en tanto tienen que ver con la eficacia, eficiencia, diligencia, prudencia, pulcritud, honestidad, rectitud, seriedad y ponderación en lo discrecional, racionalidad de juicio, respeto y lealtad, en el manejo de lo que interesa a todos y propugnan por una estricta corrección en el obrar que habrá de analizarse en cualquier caso. Este análisis escapa a la posibilidad de que el legislador provea su contenido en las normas con antelación; pero, en todo caso, se encuentran inmersos en el concepto de lo público, por ser necesarios para que su manejo se encauce estrictamente por los fines que la Carta fundamental atribuye al manejo del poder, como razón de ser de la organización política y de las garantías civiles[48].

1.7 Naturaleza de la acción y elementos del juicio de moralidad administrativa.

En cuanto al juicio de moralidad administrativa, la jurisprudencia de la Sala tiene por sentado que propende por controlar la sujeción del ejercicio de !as funciones públicas al ordenamiento jurídico y al

[48] Cfr., Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Tercera, sentencia del 2 de diciembre de 2013, Consejera ponente: Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 76001233100020050213O 01-AP. Se omiten las notas de pie página del texto trascrito.

cumplimiento de sus finalidades, esto es, la satisfacción del interés general, de tal manera que las acciones de la administración pública se orienten a servir a la comunidad, promover la prosperidad general, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia del orden justo y no que esté dirigida por intereses privados y particulares y guiada ".,*.por conductas inapropiadas, antijurídicas, corruptas* o *deshonestas"*[49]*.*

En suma, se trata de garantizar la actividad de la administración a partir de los principios y valores constitucionales, mismos que deberán motivar, orientar y dirigir las actuaciones y decisiones administrativas.

1.8 Elementos objetivo y subjetivo de la moralidad pública.

De igual modo, la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa ha señalado que la vulneración de la moralidad administrativa debe determinarse a partir del análisis de dos elementos, uno objetivo, que tiene que ver con *"quebrantamiento del ordenamiento jurídico"* y otro subjetivo, en cuanto se ha razonado que *"no se puede considerar vulnerado el derecho colectivo* a *la moralidad pública sin hacer el juicio de moralidad de la actuación del funcionario para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas* o *arbitrarias y alejadas de los fines de la correcta función pública".*

El elemento objetivo, en síntesis, *"...corresponde* a *la violación del contenido de una norma jurídica para la acci6n (acto* o *contrato) u omisi6n de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública. El acatamiento del servidor público* o *del particular que ejerce una función pública* a *la ley caracteriza el recto ejercicio de la función pública".*

Precisó la Sala que *"...solo atenderá como manifestaciones de quebrantamiento del ordenamiento jurídico la violación del principio de legalidad y de los principios generales del derecho",* en que incurrida en el ejercicio de la función pública.
El análisis del elemento subjetivo, precisó la Sala, debe enderezarse a la verificación de los motivos del actuar del funcionario, para cuya comprensión y la determinación de la vulneración de la moralidad administrativa, –se destaca- ". *. sirven coma parámetros la desviación de poder; el favorecimiento de intereses particulares alejados de los principios que fundamentan la función administrativa; la inobservancia grosera, arbitraria v aliada de todo sustento legal; la conducta antijurídica* o *dolosa, en el entendido de que el servidor tiene la intención manifiesta y deliberada de vulnerar el mandato legal que rige su funci6n. Se trata entonces de una concepción finalista de la*

[49] Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, Consejero ponente: Luis· Rafael VergaraQuintero, radicaci6n 11001-33-31-035-2007-00033-01.

funci6n administrativa, siempre reglada v de la que siempre se espera esté al servicio del interés general v para el cumplimiento de los fines del Estado".

1.9 La conexión entre moralidad administrativa y legalidad.

Conforme con esos criterios, la jurisprudencia de la Sala da cuenta de una clara conexión entre moralidad y legalidad, en la que, al tiempo que se acude a los motivos para decidir sobre la moralidad de la actuación o decisión, operan coma indicios concluyentes de la vulneración de ese derecho colectivo, las actuaciones contrarias a la legalidad, incluidas i) la conducta antijurídica o infracción directa de la ley, comúnmente conocida coma el ilícito típico administrativo, cuyo control se orienta principalmente a la sujeción de la legalidad formal y ii) la desviación y el abuso de poder o ilícitos atípicos de la administración, equivalentes al fraude a ley en el ámbito del derecho privado, en cuanto se trata de decisiones discrecionales con apariencia de legalidad formal, empero con fines o resultados contrarios al ordenamiento, cuya razón de ser radica en la necesidad de controlar la discrecionalidad en las decisiones administrativas[50].

Como se observa, conforme con esa conexión entre legalidad y moralidad de que da cuenta la jurisprudencia, se procura el control judicial integral de la actividad de la administración, teniendo en cuenta que i) los limites, restricciones y prohibiciones al ejercicio del poder no solamente vienen dados por la legalidad- formalidad, sino ante todo por un conjunto de valores, principios y fines superiores y ii) que la vulneración de esos límites puede revestir distintas irregularidades, vicios, extralimitaciones, arbitrariedades, etc.

En efecto, las autoridades públicas y los particulares que cumplen funciones públicas o administrativas no gozan de autonomía; por el contrario, el ejercicio del poder público es heterónomo, en cuanto las funciones si bien atribuyen potestades, vienen aparejadas de deberes y prohibiciones, al margen del grado de discrecionalidad administrativa conferido. Ese conjunto de restricciones se orienta no solo a que los funcionarios públicos hagan únicamente lo que les está permitido, no incurran en omisiones y extralimitaciones sino, principalmente, que se sujeten al cumplimiento de los fines públicos.

Puede suceder, entonces, que la conducta activa u omisiva, sea explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, caso en el que se torna ilícita, porque el funcionario hizo lo prohibido o no hizo

---

[50] Cfr., *«[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición* a *algún principio* o *principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [....]».* Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *ilícitos atípicos,* Madrid, Ed. Trotta, 2000. p. 27, entre otros.

lo debido. Se trata, en ese caso, de ilícitos típicos, esto es, conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende aquí lo ilícito en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual.

Ahora bien, se resalta aquí el entendimiento en el sentido de que en cuanto la administración no ejerce derechos como sí lo hacen los particulares, en estricto sentido, no incurren en abuso del derecho, sino en abuso o desviación de poder, esto es, en exceso de poder y se acude a estos últimos por la necesidad de someter los actos administrativos proferidos en ejercicio de funciones con discrecionalidad administrativa al control judicial.

Por otra parte, puede ocurrir que la actuación de la administración aparentemente sea conforme con una regla determinada, empero, produce un resultado contrario a otra u otras normas, generalmente los principios que orientan al ordenamiento en su conjunto.

Desde el ámbito del control de legalidad, la desviación de poder y el fraude a la ley se conciben con estructura similar, en aquellas acciones u omisiones que, *prima facie,* están previstas por una regla que confiere poder -apariencia lícita-, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, cambian de estatus deóntico, para calificarse como prohibidas; no obstante, desde algunas orientaciones, se ha pretendido diferenciar entre ese tipo de irregularidades, para señalar que el fraude a la ley se da en el ejercicio de poderes privados y que la desviación de poder se configura en el ejercicio del poder público. Empero, cabe destacarse que desde la óptica de la moralidad administrativa esa diferencia se desvanece, en cuanto, si bien en ambos casos no se evidencia la violación directa de las reglas, se da la indirecta, dada la defraudación de los fines, valores o principios en que se inspira aquella.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder - el cual está permitido por una regla regulativa- genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley. En esos términos, tratándose de un «ilícito atípico» es claro que el daño causado tiene que ver con el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

La sección tercera de esta Corporación ha hecho el análisis desde esta misma óptica. Así, ha señalado que "*...resulta incontrastable que la más clara manifestación de la vulneración* a *la moralidad administrativa es la desviaci6n de poder,* o *el ánimo subjetivo del obrar de un funcionario* o *agente estatal con el fin de satisfacer un interés*

personal o *de un tercero. No obstante lo anterior, también es posible que se ampare la moralidad administrativa por comportamiento de las autoridades públicas, de la administraci6n estatal* o *de particulares en ejercicio de función pública, cuando al margen de que no se obre de manera dolosa* o mal *intencionada, se constate que la actuación pública atenta contra los postulados contenidos en los principios, valores y derechos constitucionales, e inclusive contra la ética objetiva que reflejan esos preceptos axiológicos* o *mandatos de optimización"*[51]

Asimismo, como lo señalo esta Sala en la decisión citada, i) la moralidad administrativa está referida a la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa y ii) para que se configure su transgresión desde el punto de vista del interés colectivo amparable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública.

Al respecto, cabe poner de presente que, desde la óptica del control de legalidad, se ha querido considerar que, para su configuración, el abuso de poder exige la intencionalidad, mientras que en el fraude a ley no[52]. Sin embargo, en el abuso de poder no siempre el elemento subjetivo o intencional es el distintivo si se tiene en cuenta el siguiente matiz: el abuso de poder es una categoría amplia que comprende la desviación de poder y, en cuanto esta última ilicitud procede de la infracción de un principio, puede examinarse de manera objetiva. De igual manera, el abuso puede darse en todo ejercicio de poder, por el órgano o el acto regulados por una regla o un principio, solo que si desconoce la regla se advierte con mayor claridad la intencionalidad de la violación.

A esta posición subjetivista se opone la tesis amplia que sostiene que la desviación de poder también puede darse en términos objetivos, esto es, al margen del elemento intencional[53]. Ello no implica que se pretenda sustituir o borrar la tesis que resalta el elemento subjetivo o intencional, al contrario, se trata de tener las dos perspectivas.

Ahora bien, independientemente de una u otra posición dogmática, para la Sala lo relevante tiene que ver con la libertad interpretativa del

---

[51] Consejo de Estado, Secci6n Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. AP 2004-640, M.P. Enrique Gil Botero. Ver también, Secci6n Tercera, Subsecci6n C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Sentencia del 26 de noviembre de 2013. Radicaci6n: 25000-23-24-000- 2011-00227-01(AP).

[52] Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 98, que cita a Carmen Chinchilla: La desviaci6n de poder. 2.a ed. Madrid, Civitas, 1999, pág. 116.

[53] Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 99-101, que cita a Carmen Chinchilla: La desviaci6n de poder. 2.a ed. Madrid, Civitas, 1999, pág. 116.

juez de la acción popular a efectos de la tutela judicial efectiva que, como se ha visto, en los casos de moralidad administrativa, tiene una configuración elusiva, lo cual dificulta el control judicial.

Así las cosas, en algunos casos podrán identificarse claramente el elemento intencional y en otros hacer descansar la decisión en un juicio interpretativo objetivo; empero, en todo caso, motivado en los principios, valores y fines institucionales.

Precisamente, el reto del juez de la acción popular está en descorrer el velo y así identificar, en el caso concreto, el agravio o la amenaza -intencional o no- de los valores y principios que, conforme con la Constitución Política, legitiman el ejercicio de la función pública, entre otros, los previstos en los artículos 1°, 2°, 88, 209, 333 y 334.

Lo anterior permite concluir que en las acciones populares el juicio de moralidad administrativa es heterogéneo, porque puede abarcar desde conductas ilícitas a la luz de la tipificación penal, hasta las constitutivas de ilegalidad o de antijuridicidad -juicios de legalidad o fiscales-. Sin embargo, el escenario más sutil y difícil de observar es el correspondiente a las acciones u omisiones que constituyen los llamados ilícitos atípicos, esto es, aquellos que contrarían los principios y, por tanto, se ubican en la zona de penumbra o solapamiento, de difícil observación en las que se exige mayor rigor de cara a hacer valer los deberes de corrección, orientados a garantizar la convivencia y la vigencia del orden social justo.

Ahora, en la sentencia de la cual se disiente se observa el entendimiento en el sentido de que la procedencia del juicio de moralidad se sujeta a la demostración del quebrantamiento del ordenamiento, al punto que a partir de ese mismo entendimiento se negaron las pruebas pedidas por el actor popular, esto es, que solamente si se acredita la violación de una norma resulta posible entrar a analizar la vulneración de la moralidad administrativa, en tanto que, conforme con las razones expuestas, el veto disidente y los referidos criterios jurisprudenciales de la Sala, es dable el entendimiento en el sentido de que la moralidad administrativa no se agota en el juicio de legalidad y que, en el *sub lite,* se hace necesario considerar hasta qué punto la modificación y aplicación de normas, en materia de procedimientos y requisitos con el propósito de beneficiar a los particulares, en actividades económicas intervenidas por el Estado, *per se,* quebranta tanto la legalidad como la moralidad administrativa.

Consecuentemente con todo lo anterior, para el magistrado que disiente de la decisión mayoritaria, resulta evidente, de cara al juicio

de moralidad administrativa, que el quebranto del ordenamiento no puede limitarse a la violación directa de la fuente formal, por cuanto, acreditado el abuso, la desviación de poder o el fraude a la ley, no solamente se tiene por establecida la violación indirecta de la ley, sino, asimismo la aplicación de la ley con fines distintos a los que ella persigue, lo que demuestra que simultáneamente se vulneraron el principio de legalidad y los intereses y derechos colectivos relacionados con la moralidad administrativa.

1.10 El papel del juez en la acción popular relativa al restablecimiento de la moral administrativa.

En este sentido el papel del juez de la acción popular, se convierte en determinante, pues, es a través de él que se debe desarrollar una moralidad aplicada, al lado del derecho, pues de esta manera, se hará efectiva la Constitución Política, en tanto que deberá presentarse el cambio al buscar en las actuaciones administrativas los vicios legales a integrar –elemento objetivo- y establecer también los vicios morales –elemento subjetivo-, ambos con la misma capacidad dañina y perturbadora frente al ordenamiento jurídico. Por esta razón, el juez popular se encuentra facultado y obligado por la Constitución y el legislador a efectuar un control de legalidad y concomitante con este, un control de moralidad administrativa y adoptar órdenes concretas que sean eficaces para restablecer la afectación o violación de la moralidad administrativa.

De esta forma el juez deberá establecer que la actuación administrativa esté conforme con la moralidad administrativa, esto es, con los valores, principios y derechos del Estado Social de Derecho, con el debido cumplimiento de las funciones públicas, con la buena fe, la prevalencia del interés general, la defensa del derecho colectivo del patrimonio público y la democracia participativa, para este efecto el juez deberá dar aplicación al principio de la efectividad de los derechos a través de decisiones que cumplan con el carácter restitutorio de las acciones populares.

1.11 La finalidad constitucional de las acciones populares: carácter restitutivo o "volver las cosas al estado anterior".

La Constitución Política de 1991 consagra la forma jurídica de un Estado social de derecho, para lo cual debe propender por la realización de los principios consagrados en la misma Constitución como la prevalencia del interés general, el interés público, los principios que rigen la administración pública entre los cuales se encuentra la moralidad administrativa.

Las acciones populares como mecanismo constitucional –artículo 88 CP- se dirigen a proteger los derechos colectivos y se encuentran desarrolladas legalmente por la Ley 472 de 1998. Los derechos colectivos, como una de las máximas expresiones de la prevalencia del interés general, se han convertido en una forma de protección de las personas frente a la inoperancia del Estado en el cumplimiento de sus deberes constitucionales o los actos de corrupción administrativa. De manera que algunos derechos en concreto son la expresión de esos derechos colectivos, entre ellos la moralidad administrativa, cada vez más importante en las relaciones sociedad, individuo y Estado.

Pero el éxito del ejercicio de los derechos colectivos se encuentra inescindiblemente ligado al resultado concreto del ejercicio del mecanismo constitucional ideado para su protección.

Sobre las acciones populares, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que tienen un *carácter restitutivo* y por ello las órdenes deben ser concretas dirigidas a restablecer la situación afectada. A este respecto ha sostenido:

"El carácter restitutorio de las acciones populares justifica de manera suficiente, la orden judicial de restablecer cuando ello fuere físicamente posible, la situación afectada al estado anterior a la violación del derecho. El objetivo esencial de una acción popular es la protección efectiva de derechos intereses colectivos, de manera que se hagan cesar los efectos de su quebrantamiento, de manera obvia, si ello es posible. Por tal motivo, es al juez a quien corresponde determinar si ese restablecimiento es factible o si al no serlo, debe decretarse una indemnización, más aún, cuando la acción popular no persigue esencialmente un beneficio de tipo pecuniario." [54]

Por otra parte, la Ley 472 de 1998 (artículo 34) señala que «*La orden de hacer o de no hacer definirá de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado y de prevenir que se vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para acceder a las pretensiones del demandante*».

Igualmente, tanto la jurisprudencia constitucional como la del Consejo de Estado han enfatizado igualmente que la acción popular tiene la finalidad de buscar la no repetición de los actos administrativos que dieron lugar a la vulneración de los derechos colectivos, en este caso de la moral administrativa, para lo cual es de suma importancia el tipo de órdenes de hacer o no hacer que se impartan, con el fin de restablecer el derecho afectado.

---

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999.

II. Las violaciones a la moralidad administrativa comprobadas en el presente caso.

De conformidad con el análisis de la naturaleza y protección de la moralidad administrativa, para los suscritos magistrados es claro que se configura la vulneración de la moralidad administrativa, tanto en su aspecto objetivo, como subjetivo:

2.1 El elemento objetivo o vulneración de la legalidad y el elemento subjetivo o la intención de utilizar la fachada de legalidad para realizar actuaciones contrarias a la legalidad misma, al interés general y el beneficio de personas particulares, aparecen evidentes en este caso.

En efecto, la violación al principio de legalidad, se concretiza en las irregularidades que tuvieron lugar durante el trámite administrativo, y que fueron verificadas, las cuales representan una vulneración de la moralidad administrativa, derecho e interés colectivo que le asiste a la comunidad y que pretende garantizar que a quien se le adjudica una Zona Franca sea la persona más idónea para dar cumplimiento a los fines de que trata la propia Ley 1004 de 2005, sin que pudiera justificarse, de manera alguna, el trato diferencial recibido en el caso concreto.

2.2 Igualmente, se comprobó la actuación de las autoridades intervinientes en el procedimiento administrativo de declaración de la Zona Franca Permanente de Occidente que defraudó las expectativas y exigencias subjetivas. De esta manera, se comprobó una *flexibilización* en las exigencias de la administración, lo que da cuenta del despliegue de una conducta de las entidades públicas que permitió y privilegió un trato desigual, una violación de la moralidad administrativa que dejó en evidencia que la función administrativa se puso al servicio de un interés que no era el interés general exigido por el legislador y por la Constitución misma.

Se concluye que en el proceso se debió cumplir, como lo afirmó el proyecto original presentado a Sala, que "*el deber de corrección en la actuación administrativa y el respeto por la legalidad, que están dentro del ámbito de protección del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, fueron trasgredidos en el caso concreto con la desviada actuación de las autoridades administrativas intervinientes en el trámite de aprobación de la Zona Franca Permanente de Occidente.*"

Por consiguiente, compartimos plenamente las irregularidades encontradas por el consejero ponente original, al igual que los elementos del estudio probatorio vertido en su salvamento de voto.

2.3 Medidas que debieron adoptarse para restablecer el daño a la moral administrativa.

Estimo que ha debido declararse la violación a la moralidad administrativa y con ello adoptarse medidas concretas para restablecer el daño causado con las actuaciones administrativas que se analizaron.
Si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido del criterio que en la acción popular no se pueden anular actos administrativos, sí hubiera sido posible revocar, suspender los efectos o dejar sin efectos la Resolución 1825 de 2008 de la DIAN, que declaró zona franca permanente y autorizó irregularmente a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. como usuario operador de la misma, para que se rehaga en forma trasparente la selección objetiva del operador.

Así lo posibilitó la Sala plena en sentencia de unificación de 13 de febrero de 2018, expediente 25000-23-15-000-2002-02704-01: «*si el juez de la acción popular encuentra que el acto administrativo vulnera derechos e intereses colectivos, podrá adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos (salvo la anulación del acto o contrato). A guisa de ejemplo, el juez podría adoptar las siguientes medidas:* ***(i) La inaplicación total o parcial con efectos interpartes - artículo 148 de la Ley 1437;***[55] ***(ii) interpretación condicionada del acto administrativo; (iii) la suspensión de los efectos -eficacia- sin que ello obligue al juez ordinario a declarar la nulidad del mismo, puesto que el ámbito de análisis es diferente***».

Considero que ha debido ordenarse que se rehiciera el procedimiento mismo que dio origen a la vulneración de la moralidad administrativa, como lo proponía el proyecto original, para lo cual era necesario dar la orden de suspender los efectos del o de los actos administrativos que violaron la moralidad administrativa.

En este sentido, es necesario diferenciar conceptualmente entre la anulación del acto, que tiene que ver con la vigencia de un acto administrativo que se declara que nunca nació a la vida jurídica con efectos retroactivos, y la declaratoria de suspensión de los efectos del acto, figura que permite que si bien el acto siga vigente no continúe produciendo efectos jurídicos, lo cual tiene que ver con la figura jurídica de la eficacia. En este caso, no se revocó el fallo ni anuló el acto administrativo.

---

[55] **Ley 1437, artículo 148. Control por vía de excepción.** En los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.

En punto a este tema, es de anotar que en cuanto a la anulación de los actos administrativos, la jurisprudencia del Consejo de Estado no es totalmente pacífica, ya que en el año 2018 en sede de eventual revisión respecto de una acción popular[56], la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad de un contrato de arrendamiento suscrito entre un municipio y un particular sobre un bien de uso público, al estimar que las partes incurrieron en una violación a los derechos e intereses colectivos de goce al espacio público y defensa de los bienes de uso público. El Consejo de Estado revocó la sentencia de segunda instancia y en consecuencia declaró la nulidad del contrato tras apreciar que la celebración de un contrato de arrendamiento sobre un bien de uso público con un particular no solo vulneraría el derecho colectivo relacionado con el goce del espacio público, sino que, además, conduciría a la nulidad de este por objeto ilícito.

A mi juicio la decisión de este caso comporta una gran importancia, tanto desde el punto de vista objetivo por la relevancia de la constitución de esa zona franca, como desde el punto de vista subjetivo de abuso y desviación de poder por parte de los actores involucrados desde la colina del poder público, y la clara violación a la moralidad administrativa por actos con fachada de legalidad, pero ilegales y contrarios a los valores, principios y derechos constitucionales. Por tanto, era necesario que la Sala hubiera hecho un pronunciamiento contundente y concreto respecto de las medidas dirigidas al restablecimiento de la vulneración causada y no dejara en firme la sentencia objeto de impugnación como en efecto lo hizo, lo que en nuestro concepto conlleva que el Consejo de Estado termine desconociendo flagrantemente la grave vulneración a la moralidad administrativa como valor, principio rector de orden constitucional e incurra por tanto en una clara denegación de justicia que convalida actos administrativos violatorios de la moralidad administrativa. Creo genuinamente que esa era la decisión jurídicamente correcta del juez de la administración pública, aun en tiempos de crisis.

Firmado electrónicamente
CARMELO PERDOMO CUÉTER

Fecha et supra

CONSEJO DE ESTADO

[56] Radicación 05001-33-31-003-2009-00157-01 (AP), SU 14 de agosto de 2018.

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011[57] y con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, a continuación se exponen las razones por las que se suscribe el vocativo de la referencia con salvamento de voto.

I. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del caso

1. La demanda pretendió la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, considerando su vulneración por parte de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y de la DIAN, en tanto, la primera, emitió concepto de favorabilidad y aprobó el Plan Maestro de Desarrollo General para la conformación y declaratoria de existencia de la Zona Franca de Occidente respecto de una persona jurídica diferente a la que presentó la solicitud y que era inexiste para dicho momento, y la segunda, declaró la existencia de la Zona Franca de Occidente y autorizó su operación a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A Usuario Operador, con base en la experiencia de una sociedad diferente.

2. El actor señaló que todo lo anterior resulta contrario a los fines supremos del interés común, la competitividad y a la moralidad administrativa, porque para ello fueron modificados y flexibilizados los requisitos de la regulación, siendo los beneficiarios de las decisiones adoptadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y por la DIAN, los hijos del Presidente de la República, quien es superior

[57] Artículo 129. **firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto**. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo. // Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.// Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

jerárquico de todos los funcionarios que intervinieron en el trámite de conformación y autorización de la Zona Franca de Occidente y de su usuario operador.

1.2 Sentencia de primera instancia

3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, en Sentencia de 26 de julio de 2011, resolvió negar las pretensiones de la demanda[58]. Para el Tribunal el problema jurídico consistió en determinar "¿desde qué momento se requiere que exista la persona jurídica que solicita la declaración de existencia de una zona franca?".

4. El juzgador de primera instancia contestó de manera negativa, señalando que de las normas que disciplinaban la materia, en especial las relativas a la solicitud de aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General de la zona franca, por ser el documento que contiene la iniciativa de inversión, *"resulta indubitable que esa persona que lo presente no puede ser otro que quien pretenda que se le reconozca como usuario operador del área a declararse como zona franca permanente pues la iniciativa de inversión no puede provenir sino de quien tiene la voluntad de hacerlo, en cuanto la promesa de una iniciativa por un tercero no genera obligación para éste (…)"*.

5. En el caso concreto, el Tribunal concluyó no se infringió la ley, habida cuenta de que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, al percatarse de la falencia en la petición, solicitó que fuera subsanada y ello fue lo que ocurrió, en tanto se acompañaron los documentos e informaciones correspondientes; como ello obedeció a lo dispuesto en la ley regulatoria del derecho de petición, la irregularidad por la falta de constitución de la sociedad no podía prosperar.

6. Sobre la acreditación de la experiencia de la persona que había solicitado la declaración de la Zona Franca de Occidente y la autorización como usuario operador, señaló que la experiencia acreditada de la sociedad Zona Franca de Bogotá podía serle trasladada a la posteriormente constituida, sociedad Zona Franca de Occidente S.A.- Usuario Operador, de la que aquella era socia.

7. Luego de valorar los indicios que obraban en el plenario, concluyó que no había vulneración a la moralidad administrativa, porque el ordenamiento jurídico no contiene como causal de inhabilidad para quienes demandan del Estado el reconocimiento de esta clase de actos, como lo es el pretender ser operador de una zona franca, la inhabilidad por razones de consanguinidad que para celebrar los contratos que se tipifica en la Ley 80 de 1993 y porque al haberse ajustado la actuación a los parámetros prescritos en la normativa que los rige no podría castigársele a los hijos del Presidente, por el solo hecho de serlo, porque las autoridades estuvieron atentas a exigirles el cumplimiento de todos los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico.

---

[58] Folios 1323-1402 del cuaderno 7 del Consejo de Estado.

1.3 Recurso de apelación

8. Para el actor popular la sentencia de primera instancia dejó de afrontar el interrogante planteado de si podía una sociedad inexistente solicitar que se le aprobara un Plan Maestro de desarrollo, estimando que la actuación fue inmoral porque desde la primera sesión realizada por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, el trámite debió rechazarse, pues la petición fue elevada por una sociedad inexistente, sin experiencia y sin posibilidades de ejercer las complejas labores de comercio internacional. Señaló que tampoco fue considerado que no sólo se requería que el solicitante existiera, sino que, para que le fuera aprobado el Plan Maestro de Desarrollo de la Zona Franca tenía que demostrar las capacidades y aptitudes.

9. Indicó que las actuaciones de la Comisión Intersectorial consolidaron la posibilidad de que una sociedad, distinta de la solicitante, actuara en nombre de terceros inexistentes e iniciara un trámite que a la postre beneficiaría a aquellos, sin que esto fuera autorizado por norma alguna legal, pero con un claro y notorio beneficio de los hijos de un Presidente de la República en ejercicio. Indicó que el mismo a quo, en la sentencia impugnada, reconoce que la iniciativa del Plan Maestro debía provenir de quien pretendía ser el futuro usuario operador y aquí es claro que esa iniciativa, no provino de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A-Usuario Operador, en tanto no existía para ese momento.

10. Al ser inexistente la sociedad, no acreditó ni podía acreditar los requisitos de experiencia e idoneidad que se exigían para reconocerlo como Usuario Operador. Entonces, con la posibilidad que le brindó la DIAN de trasladarle la experiencia de otra empresa, se le permitió a la Zona Franca de occidente S.A – Usuario Operador, evadir la ley, porque el cumplimiento de esos requisitos no acaeció.

11. Concluyó que se debía revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, declarar la violación del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, en consideración a que está demostrado que los subalternos del Presidente de la República flexibilizaron, manipularon y omitieron requisitos legales para que determinadas personas -en referencia a los hijos de éste-, resultaran adjudicatarios de negocios de envergadura internacional y de importancia estratégica para la Nación.

II. DECISIÓN DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

12. En sentencia del 24 de marzo de 2021, la mayoría del pleno decidió confirmar la sentencia del 26 de julio de 2011 producida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que denegó las pretensiones de la demanda protectoria del derecho colectivo a la moralidad administrativa, estimando que no se configuran los elementos, objetivo y subjetivo, que la jurisprudencia unificada de la Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo ha determinado necesarios para la transgresión de la moralidad administrativa.

13. El análisis que llevó a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a estimar que no se había trasgredido la moralidad administrativa durante el procedimiento administrativo de aprobación de la Zona Franca de Occidente, se fundó en los hechos probados en el expediente, de los que concluyó la ausencia de indicios de ilegalidad o de desconocimiento del ordenamiento jurídico en las actuaciones adelantadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. En consecuencia, determinó que el elemento objetivo, indispensable para declarar una conducta o acto contrario a la moralidad administrativa, no se configuró.

14. Sobre este punto, la providencia concluyó que *"el actor popular parte de una premisa errada al sostener que la solicitud",* efectuada el 7 de diciembre de 2007 por la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, *"fue realizada por una persona jurídica diferente a la que obtuvo la declaratoria de la Zona Franca de Occidente y la autorización del usuario operador"* -sociedad Zona Franca de Occidente S.A.-.

15. Sustentó su conclusión en un hecho probado: que la Zona Franca de Bogotá S.A siempre actuó como mandataria de la Fiduciaria Colpatria, vocera del Patrimonio Autónomo Lotes FC-Mosquera. Para la Sala, la Zona Franca de Bogotá nunca actuó en nombre propio para obtener dicha declaración, tan solo fue mandataria de quien pretendía la autorización, esto es, el patrimonio autónomo, que, señaló la sentencia, *"finalmente era el solicitante de la aprobación del plan maestro y el concepto favorable para la declaratoria de la zona franca en los predios sobre los cuales dicha fiduciaria tenía la administración*". En este mismo sentido, el fallo indicó que la sociedad *"Zona Franca de Bogotá nunca actuó en nombre propio para obtener dicha declaración*".

16. Sobre el trámite que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas le imprimió a la solicitud presentada por la Zona Franca de Bogotá el 7 de diciembre de 2007, descartó la ocurrencia de irregularidades, señalando que dicha Comisión se abstuvo de analizar la solicitud hasta que se allegó el documento que acreditaba "la constitución de la nueva persona jurídica para la cual se solicita la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de la declaratoria y continuidad del área", conforme con el requerimiento que el 18 de diciembre de 2007 le hizo el viceministro de Desarrollo Empresarial en nombre de la referida Comisión a la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A. y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 393-2 del Decreto 4051 de 2007 que entró a regir a partir del 23 de octubre de 2007.

17. En cuanto a la inconformidad del apelante, relativa al traslado de la experiencia de la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A – Usuario Operador, a efecto de obtener de la DIAN la

declaratoria de la Zona Franca Permanente de Occidente y la correspondiente autorización como usuario operador de ella para la última de las mencionadas, el fallo señaló *"que inevitablemente, quienes debían acreditar estos requisitos de experiencia específica y conocimiento técnico, naturalmente debían ser sus socios o accionistas o incluso sus directivos, pues la persona jurídica tan solo es una ficción legal a través de la cual actúan sus dueños y administradores; a todas luces, en una fase inicial quienes pueden acreditar el "conocimiento y experiencia en comercio exterior y aduanas" son las personas naturales que la conforman, individualmente consideradas o como una organización empresarial."*

18. Lo anterior se sustentó en que: i) el parágrafo 1° del artículo 393-15 del Decreto 2685 de 1999[59], modificado por el Decreto 4051 de 2007 -regulación aduanera aplicable- no establece la manera en que debe acreditarse la experiencia del usuario operador ii) la ley exigía que quien tuviera la intención de ser Usuario Operador de una Zona Franca Permanente, debía acreditar la constitución de una nueva persona jurídica, la cual debía constituirse con ese único propósito iii) la Zona Franca de Bogotá S.A contaba con la experiencia exigida y era accionista del 50% de la nueva sociedad Zona Franca de Occidente S.A – Usuario Operador iv) el representante legal de ambas sociedades era el mismo y contaba con la experiencia acreditada en materia de aduanas y comercio exterior.

19. Estas razones probatorias también condujeron la decisión de la sala mayoritaria en relación con el elemento subjetivo, en el sentido que en el trámite de la acción popular no había evidencia de que en las autoridades demandadas actuaron con el ánimo de satisfacer intereses particulares y patrimoniales de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. o de sus beneficiarios reales, como lo sugiere el demandante.

III. RAZONES DEL SALVAMENTO DE VOTO

3.1 No fueron valoradas la totalidad de las pruebas. Las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de que la Zona Franca de Bogotá realizó la petición para sí.

20. En el expediente obra contrato de mandato comercial irrevocable, a título gratuito, entre la Fiduciaria Colpatria vocera del Patrimonio Autónomo FC-Lotes Mosquera y la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A, cuya cláusula tercera[60] acredita que esta última, tramitaría y obtendría *"la declaratoria de los terrenos como Zona Franca Permanente Colombiana y la calificación de la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A. como usuario operador de la misma.".*

---

[59] Señaló la sentencia: "*Conforme con la normativa que regía el procedimiento, esto es, el artículo 393-15, parágrafo 1 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 383 de 2007, los requisitos para la autorización del usuario operador, eran los siguientes: "La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá en cuenta los siguientes criterios para autorizar al usuario operador: 1. Conocimiento o experiencia específica de la persona jurídica sobre las actividades que se van a desarrollar en la Zona Franca. 2. Conocimiento y experiencia en comercio exterior y aduanas. 3. Capacidad operativa y financiera".*

[60] Folios 1251 y 1252 del cuaderno del Consejo de Estado.

21. Esto mismo se reitera en la cláusula que contempla la vigencia del contrato de mandato, así: *"será la necesaria para la consecución de la declaratoria de la ZONA FRANCA DE OCCIDENTE, sobre los terrenos a que se refiere la cláusula octava del presente contrato* ***y la autorización de la ZONA FRANCA DE BOGOTÁ S.A como usuario operador de la misma****".*

22. En el trámite de la acción popular de primera instancia, obra la declaración de la representante de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, quien en la audiencia de pacto de cumplimiento, señaló que no existían antecedentes en los cuales personas jurídicas no constituidas se hubieran presentado como solicitantes de conceptos de viabilidad y aprobación de planes maestros, ni tampoco de que para las demás solicitudes, anteriores o futuras, se permitiera cumplir a futuro el requisito de constituir la nueva sociedad[61].

23. Estas pruebas resultaban fundamentales para determinar si las autoridades transgredieron, o no, la moralidad administrativa, porque indican que la Zona Franca de Bogotá no solamente actuaba ante la Comisión Intersectorial como vocera del patrimonio autónomo, propietario de los terrenos para los cuales se solicitaba el concepto favorable y la aprobación del Plan Maestro, sino que, también actuaba por sí misma, con el interés propio y directo de ser autorizada a futuro, por la DIAN, como usuario operador de la Zona Franca Permanente de Occidente.

24. De igual manera, la sentencia carece de valoración respecto del Acta de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, contentiva de la sesión del 25 de febrero de 2008, de cuya lectura integral se desprende que la Comisión estudió, por un lado, el *"estado de las solicitudes de declaratoria de zona franca presentadas al amparo del Decreto 383 de 2007*[62]**"**; por el otro, el *"estado de las solicitudes de declaratoria de zona franca presentadas al amparo del Decreto 4051 de 2007"*[63], y que a excepción de la solicitud de la Zona Franca de Bogotá -referida a la Zona Franca Permanente de Occidente-.

25. Todas ellas, con independencia de la norma que las cobijaba, desde la etapa de solicitud del concepto de favorabilidad y aprobación del Plan Maestro, cumplieron con el requisito relativo a la preconstitución de la nueva persona jurídica; como se infiere del hecho de que a ninguna de ellas, conforme con el Acta del 25 de febrero de 2008, se le requirió subsanar dicho requisito, como si ocurrió con la petición elevada para la emisión del concepto favorable y aprobación del Plan Maestro para la Zona Franca Permanente de Occidente.

---

[61] Folio 352 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

[62] Dentro de las que se encontraban: Zona Franca La Cayena, Zona Franca Agroindustrial del Magdalena Medio, Ampliación – Zona Franca de Bogotá, Zona Franca Internacional del Atlántico, Maquilagro S.A., Zona Franca Dexton S.A., Zona Franca Argos S.A., Gyplac S.A., Ampliacion – Zona Franca de Rionegro, Zona Franca Plic S.A. y Interxmoda.

[63] Dentro de las que encontraban: ZFPE PEPSICO Alimentos Ltda., ZFPE Terminal de Contenedores de Buenaventura -TC Buen, ZFPE Siemens Manufacturing S.A., ZFPE CONTECAR S.A., ZFPE Colombina Z.F. S.A. y ZFPE Estrategias Contac Center Colombia Unisono.

26. Esta valoración era imprescindible para determinar si la solicitud elevada el 7 de diciembre de 2007 por la Zona Franca de Bogotá tuvo un tratamiento diferenciado de las restantes, máxime cuando para el momento en que se realizó la sesión del 25 de febrero de 2008, la Zona Franca de Bogotá no había subsanado su petición en los términos requeridos por la Comisión Intersectorial el 18 de diciembre de 2007, mediante oficio remitido al representante legal de la Zona Franca de Bogotá, en el que se le indicó la necesidad de *"Acreditar la constitución de la nueva persona jurídica para la cual se solicita la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de declaratoria y continuidad del área.(…)"*.

27. En relación con el Acta No. 3 del 28 de febrero de 2008 siguiente, aunque el fallo hizo una indicación de ella, no realizó una adecuada valoración de su contenido y efectos, en tanto no le hizo significación alguna el que, en esa oportunidad, la Comisión Intersectorial señaló que *"no se aprobó el Plan Maestro de Desarrollo ni se expidió concepto favorable para la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, habida cuenta de que se cuestionó el hecho que el solicitante no sea una persona jurídica ya constituida, y por lo tanto no se conocen los socios ni sus aportes […] finalmente se decidió que el requisito de constituir una nueva persona jurídica debe exigirse al momento en que se presenta la solicitud de aprobación del Plan Maestro y expedición de concepto ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas".*

28. Estas pruebas y su valoración integral y conjunta eran necesarias para determinar si la Comisión Intersectorial de Zonas Francas le brindó, o no, un tratamiento flexible y diferenciado a la solicitud de concepto favorable y aprobación del Plan Maestro para la Zona Franca Permanente de Occidente, pues ésta había sido presentada sin el lleno de los requisitos.

29. Precisamente de esas pruebas y del hecho de que la Zona Franca de Bogotá S.A tenía el interés en ser usuario operador de la Zona franca Permanente de Occidente, como quedó establecido en la mandato comercial que celebró con la Fiduciaria Colpatria vocera del patrimonio autónomo Lotes FC-Mosquera, devenía la necesidad de estudiar detalladamente el cumplimiento del procedimiento, en orden a resolver si las irregularidades advertidas por el apelante en efecto había acaecido.

30. Como ello no ocurrió, tampoco se tomaron en cuenta las solicitudes que hizo la Comisión Intersectorial de Zonas Francas a la DIAN el 21 de diciembre de 2007, y, al Ministerio de Medio Ambiente el 4 de enero de 2008, a efectos de que emitieran los correspondientes conceptos sobre continuidad de la zona geográfica y cumplimiento de las normas sobre usos de suelo, respectivamente, pese a que dichas solicitudes se realizaron cuando aún no se había subsanado el requisito exigido el 18 de diciembre de 2007, relativo a la constitución legal de la nueva persona jurídica.

2. De las falencias en la valoración probatoria se desprende el inadecuado análisis sustantivo del caso en concreto

31. El problema jurídico que concentró la atención de la Sala Plena consistió en *"determinar si las autoridades administrativas demandadas desconocieron el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, al presuntamente omitir algunos requisitos legales durante el trámite y autorización de la Zona Franca de Occidente".*

32. Sobre ello, se advierte que, como la sentencia valoró los hechos probados para concluir que estaba plenamente acreditado que la Zona Franca de Bogotá S.A solamente actuó ante la Comisión Intersectorial como vocera del patrimonio autónomo Lotes FC-Mosquera, la Sala no estudió el problema jurídico planteado por el apelante, referido a la vulneración de la moralidad administrativa en tanto una persona diferente de la que fue reconocida como usuario operador de la Zona Franca Permanente de Occidente por la DIAN, fue quien presentó la solicitud inicial ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas para que se emitiera concepto de viabilidad y aprobación del Plan Maestro de esa zona franca.

33. Así pues, ningún análisis realizó la Sala frente al procedimiento surtido en sede de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, donde con claridad se advierten actuaciones irregulares y contrarias a las normas que regulaban el trámite especial, infracciones a las normas comerciales generales y a las normas del procedimiento administrativo, como paso a explicar.

2.1 Irregularidades en el procedimiento administrativo adelantado por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas

34. A la luz de las normas que regulaban la materia para la época de los hechos, era necesaria la preexistencia de la persona jurídica a la luz del artículo Decreto 4051 del 23 de octubre de 2007, expedido por el Presidente de la República con la firma de los Viceministros de Hacienda y Comercio, que modificó al artículo 392-2 del Decreto 383 del 12 de febrero de 2007[64] y de la Resolución 1 del 3 de diciembre de 2007, expedida por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas para reglar el trámite de solicitud de concepto de viabilidad y aprobación del Plan Maestro de las zonas francas.

35. Teniendo en cuenta que el Decreto 4051 de 2007 nada señaló en relación con los requisitos que debía cumplir la solicitud del concepto de favorabilidad y aprobación del Plan Maestro, se trata de una única norma que regula el procedimiento de la declaratoria de la zonas francas permanentes y la autorización de su usuario operador, y como dentro de ellos se encuentra la exigencia de haber obtenido los dos primeros, resulta nítido que se trata de un

---

[64] Artículo 392-2 del Decreto 383 del 12 de febrero de 2007 modificado por el Decreto 4051 del 23 de octubre de 2007. La norma pasó de señalar que la solicitud debe presentarse por la persona jurídica que pretenda la declaratoria, acreditando su inscripción en el RUT junto con el certificado de existencia y representación legal que acredite que su objeto le permite desarrollar el previsto para la zona franca en el artículo 393-16 del ese mismo decreto, **a exigir la constitución de una nueva persona jurídica domiciliada en el país y acreditar su representación legal, o establecer una sucursal de una sociedad extranjera legalizada de conformidad con el Código de Comercio,** señalando también que en el certificado de existencia y representación legal debe constar que su objeto social le permite desarrollar las funciones de que trata el artículo 393-16 del presente decreto, referidas a las actividades propias de las zonas francas.

procedimiento que se adelanta en dos fases, como lo interpretó la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en tanto le requirió cumplirlo a la Zona Franca de Bogotá el 18 de diciembre de 2007[65] y en el Acta No. 3 del 28 de febrero de 2008[66], determinó no emitir concepto favorable ni aprobar el Plan Maestro de la Zona Franca Permanente de Occidente, en razón a que no contaba con la acreditación de ese requisito.

36. La decisión reseñada anteriormente, fue adoptada por la Comisión luego de que la Zona Franca de Bogotá le remitiera copia de un proyecto de estatutos el 21 de diciembre de 2007[67]. Además, está acreditado que el requisito de constituir la nueva sociedad y allegar su correspondiente certificado de existencia y representación legal, se cumplió parcialmente y sólo hasta el 17 de junio de 2008, cuando la Zona Franca de Bogotá envió a la Comisión Intersectorial copia de la escritura pública en la que se había constituido la Sociedad Zona Franca de Occidente S.A-Usuario Operador, cuya inscripción en el registro mercantil de la Cámara de Comercio ocurrió el 19 de junio de 2008.

37. Consecuentemente, como el procedimiento se trataba de un derecho de petición en interés particular, le eran aplicables las normas que disciplinaban lo relativo a las peticiones de interés particular. Concretamente y de manera especial, el artículo 80 del Estatuto Aduanero, vigente para el momento en el que se tramitó la solicitud, que contenía una norma especial para la configuración del desistimiento de las solicitudes, del siguiente tenor:

> *"Se entenderá que se ha desistido de la solicitud de inscripción, autorización o habilitación si efectuado el requerimiento para completar documentos o las informaciones, mencionados en el artículo anterior, el solicitante no presenta los documentos o informaciones requeridas en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de introducción al correo del oficio de requerimiento. En este caso no se requerirá acto administrativo que declare tal desistimiento y se ordenará el archivo del expediente".*

38. No obstante, de entenderse que este término solo era aplicable a las solicitudes presentadas ante la DIAN, y no ante la Comisión Intersectorial, en todo caso, serían aplicables las normas generales contenidas en los artículos 11, 12 y 13 del Código Contencioso Administrativo, cuya tenor literal es el siguiente:

> ***"CAPITULO III. Del derecho de petición en interés particular.***
>
> ***Artículo 11.*** *Peticiones incompletas. Cuando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas.*
>
> ***Artículo 12. Solicitud de informaciones o documentos adicionales****. Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta.* ***Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para***

[65] Folio 661 del cuaderno de anexos 7.

[66] Folio 466 del cuaderno 1 del Consejo de Estado.

[67] Folios 628 y ss. del cuaderno 4 del Consejo de Estado.

que las autoridades decidan. *Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquello de que dispongan.*

Artículo 13. Desistimiento*. Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que trata los dos artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud." (…).*

39. Conforme con estas normas, generales y especiales, y como la Comisión Intersectorial le requirió al solicitante complementar la solicitud con información y documentos, pues el 18 de diciembre de 2007 le pidió acreditar la constitución de la nueva persona jurídica para la cual requería la aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca Permanente de Occidente y la emisión del concepto favorable, los términos para decidir esa solicitud se encontraban interrumpidos.

40. En tanto la actuación administrativa estaba suspendida y el solicitante contaba con un término perentorio para subsanarle so pena de darse por desistida, no le correspondía a la autoridad solicitar a la DIAN la expedición del concepto sobre continuidad de la zona geográfica, lo que acaeció el 21 diciembre de 2007, ni tampoco pedir concepto al Ministerio de Medio Ambiente sobre la viabilidad de construcción de la Zona Franca a la luz de los usos del suelo, como ocurrió el 4 de enero de 2008, el procedimiento realizado se apartó de lo previsto en la norma que lo regulaba y no se encuentra acreditada justificación alguna en el plenario que ameritara dicho tratamiento.

41. Al respecto, se pone de relieve que la eficiencia administrativa si bien implica resolver las solicitudes oportunamente en los términos que la ley prevé, también conlleva que, ante el incumplimiento de los requisitos mínimos para adelantar el trámite, como en este caso era acreditar la existencia de la nueva persona jurídica en el plazo previsto luego de realizado el requerimiento, la Comisión Intersectorial no podía impulsar *motu proprio* el trámite mientras estaba interrumpido el procedimiento, por la potísima razón de que, de no allegarse ese requisito mínimo y esencial dentro del término legal, referido a la constitución legal de la persona jurídica nueva interesada en la declaratoria de la Zona Franca Permanente de Occidente, la consecución de tales conceptos era innecesaria y resultaba desigual, pues las solicitudes de otros interesados en declaratorias de zonas francas cumplieron a cabalidad la exigencia desde el inicio del trámite.

42. De otra parte, conforme con las probanzas del proceso, se acreditó que el 28 de febrero de 2008 la Comisión decidió no emitir el concepto favorable ni aprobar el Plan Maestro pedido por la Zona Franca de Bogotá, por ausencia de cumplimiento de requisito de preconstitución de la nueva persona jurídica, para lo cual se solicitaba. Sin embargo, pese a que la solicitud, conforme con la norma regulatoria había quedado tácitamente desistida por carencia de subsanación y se decidió no emitir las aprobaciones pedidas, en el Acta 7 del 28 de julio de 2008, es decir, 5 meses y 10 días después, la Comisión Intersectorial dio por cumplido el requisito y emitió el concepto favorable y la aprobación del Plan Maestro, luego

de recibir extemporáneamente la escritura pública de constitución de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A-Usuario Operador de 16 de junio de 2008.

43. De lo señalado hasta ahora se concluye que, la valoración probatoria realizada en el fallo y la ausencia de estudio de la totalidad de las pruebas, conllevó a señalar, en forma contraevidente a lo demostrado en el plenario, que el trámite relativo a la expedición del concepto favorable y aprobación del Plan Maestro de Desarrollo General de la Zona Franca Permanente de Occidente adelantado por la Comisión intersectorial no contravino las normas legales, con lo cual, el planteamiento de fondo propuesto por el apelante no fue abordado, tornando la decisión del caso concreto en una de carácter formal.

44. No solo pasaron 6 meses desde que la administración solicitó al peticionario complementar la información necesaria -18 de diciembre de 2007-, sino que, desde que se le envío una última comunicación sobre el particular -14 de abril de 2008-, hasta que el peticionario dio respuesta -aunque incompleta, con el mero envío del proyecto de estatutos el 21 de diciembre de 2007 y luego con la mera escritura pública -el 17 de junio de 20008-, trascurrió más de 1 mes, término contemplado en el artículo 80 del Estatuto Aduanero y más de los 2 meses previstos en el Código Contencioso Administrativo, sin que se subsanara la solicitud y acaeciera su desistimiento tácito.

45. A pesar de lo anterior, la Comisión Intersectorial no solo no archivó la solicitud, sino que, está probado que en más de una oportunidad, dirigió sus esfuerzos a insistir en el cumplimiento de los requisitos[68], a pesar de haberse superado ampliamente, el tiempo establecido para la configuración del desistimiento, lo cual, denota con claridad y es indicativo, de un trato especial, laxo y flexible, recibido por el peticionario y contrario a lo que disponían las normas administrativas aplicables.

2.2 Infracción de las normas comerciales relativas a la constitución legal de las personas jurídicas

46. De la mano de la irregularidad expuesta en el numeral anterior, también se desconocieron normas del Código de Comercio; infracciones que influyeron, con la misma intensidad, en el procedimiento administrativo, y que constituyeron anomalías relacionadas con la constitución y la acreditación de la existencia y representación legal de la nueva sociedad, así como de la capacidad de ésta para realizar cualquier tipo de acto y contrato, oponible a terceros.

47. En efecto, la escritura pública de creación de la sociedad anónima Zona Franca de Occidente S.A.-Usuario Operador, contempló como órganos de dirección a la asamblea general, la junta directiva y el gerente, quien contaba con la representación legal de la sociedad, y señaló que dentro de las funciones de la junta directiva estaba la de "*autorizar al gerente de la sociedad para celebrar cualquier*

---

[68] Además del requerimiento realizado el 18 de diciembre de 2007, nuevamente le solicita cumplir con el requisito el 18 de abril de 2008. A este requerimiento la Zona Franca de Bogotá S.A dio respuesta, señalando que se *encontraba "adelantando los trámites"*. Folios 1153 del cuaderno de anexos 9.

acto o contrato, cuando la cuantía por operación exceda el equivalente en pesos a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes". En este mismo sentido, consagró las facultades del gerente[69], estableció que "*El representante legal requerirá autorización de la junta directiva para celebrar todo acto o contrato cuya cuantía exceda el equivalente en pesos a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes"*.

48. A su turno, cuando fue remitida la copia de la escritura a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas el 17 de junio de 2008, el representante legal de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A-Usuario Operador, no contaba con las facultades necesarias para comprometer a esa sociedad[70], pues al tenor del artículo 441 del Código de Comercio[71], las sociedades anónimas deben inscribir en el registro mercantil la designación del representante legal y en este caso concreto, conforme obra en el plenario, ello ocurrió el 19 de junio de 2008, esto es, con posterioridad al envío de la escritura pública a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas.

49. De conformidad con el artículo 112 del Código de Comercio, la constitución de la sociedad no produce plenos efectos ni será oponible ante terceros "*mientras la escritura social no sea registrada en la cámara correspondiente al domicilio principal de la sociedad*". Corolario, la forma en que se adelantó este trámite impidió que se cumpliera con este requisito, vicio que atañe a la capacidad misma de la sociedad para adelantar cualquier acto en desarrollo de su objeto social[72], así como a la capacidad del representante legal para comprometer a la sociedad Zona Franca de Occidente en el momento en el que pretendió hacerlo, por cuanto sus actos no son oponibles a terceros, y entre ellos se incluye el Estado, en tanto se pretendía obtener la conformación de una zona franca, servicio público que el legislador autorizó prestar a particulares, siempre que cumplan la totalidades de las exigencias previstas en el ordenamiento para tal efecto.

50. Así mismo, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas dejó de aplicar el artículo 117 del Código de Comercio, que señala: "*la existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal*", en tanto la existencia de la sociedad se validó con la mera copia de la escritura pública de creación, pues la inscripción en el registro mercantil ocurrió con posterioridad, esto es, el 19 de junio de 2008.

---

[69] Artículo 44 de los estatutos societarios.

[70] Al tiempo que se requería autorización de la junta directiva para que el representante legal pudiera adelantar cualquier acto o contrato a nombre de la sociedad que superara los 500 SMLMV, tan solo el presupuesto total de la obra a realizar en la Zona Franca de Occidente, que fue presentado en la solicitud de la Zona Franca de Bogotá, ascendía a $18.684'789.483 (fl. 733 cuaderno de anexos 7), esto es, 40.487 SMLMV. En este mismo sentido, el artículo 392.2-13 señalaba, dentro de los requisitos necesarios para obtener la declaratoria de una zona franca, "*Acreditar un patrimonio líquido de veintitrés mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (23.000 smmlv)".* Asimismo, en el informe técnico presentado ante la Comisión Intersectorial por parte de la Secretaría Técnica, en el que se evaluó la solicitud presentada para la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, se analizó lo relativo a la "*cuantía de la inversión*", la cual superaba los 20 mil millones de pesos ($20.362.734.377).

[71] Artículo 441. "*En el registro mercantil se inscribirá la designación de representantes legales mediante copia de la parte pertinente del acta de la junta directiva o de la asamblea, en su caso, una vez aprobada, y firmada por el presidente y el secretario, o en su defecto, por el revisor fiscal*".

[72] Código de Comercio, artículo 116: "*Las sociedades* ***no podrán iniciar actividades en desarrollo de la empresa social*** *sin que se haga el registro mercantil de la escritura de constitución* [...]" (énfasis añadido).

51. Sin embargo, mediante Acta del 28 de julio de 2008 y con fundamento en el trámite surtido con anterioridad a esa fecha, donde se acreditaban los requisitos generales y especiales respecto de la Zona Franca de Bogotá S.A y no de la nueva persona jurídica Zona de Occidente S.A – Usuario Operador, fueron aprobados en cabeza de esta última, sin ningún estudio, análisis o justificación relativo a cómo aquello que había sido acreditado por la primera podía ser adjudicado o trasladado a la nueva persona jurídica. Esto cobra relevancia mayor, si se tiene en cuenta que la capacidad técnica, económica y jurídica contenida en los documentos que soportaban la aprobación del Plan Maestro, correspondieron en su totalidad a la Zona Franca de Bogotá y a su experiencia como usuaria operadora.

52. Lo anterior pone de presente que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas desconoció las normas que regulan la constitución legal de las personas jurídicas y los efectos legales del registro mercantil de éstas a efectos de salvaguardar la capacidad y la oponibilidad de los actos que éstas suscriben por intermedio de su representante legal, todo lo cual, a la postre, favoreció a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A- Usuario Operador, cuya existencia no se les había demostrado dentro de la oportunidad prevista por la ley. Consecuentemente, los incumplimientos de la normativa comercial, al igual que ocurrió con las irregularidades que acaecieron en el trámite del derecho de petición en interés particular, afectaron el procedimiento administrativo y el derecho e interés colectivo invocado por el actor.

53. La violación al principio de legalidad, materializado en las irregularidades que tuvieron lugar durante el trámite administrativo, y que fueron identificadas con anterioridad, representa una vulneración de la moralidad administrativa, derecho e interés colectivo que le asistía a la comunidad y que pretendía garantizar que a quien se le adjudique una zona franca sea la persona más idónea para dar cumplimiento a los fines de que trata la propia Ley 1004 de 2005, sin que pudiera justificarse, de manera alguna, el trato diferencial y privilegiado recibido en el caso concreto.

54. Corolario, en esta ocasión el trato igualitario que deben recibir todas las personas que formulen una petición ante la administración, no fue observado en el trámite administrativo de aprobación de la Zona Franca Permanente de Occidente, porque la no preconstitución de la persona jurídica al momento de presentar la solicitud ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas, junto con la no aplicación del desistimiento tácito, el correspondiente rechazo de la solicitud, sumadas las señaladas infracciones a las normas comerciales, significaron un tratamiento diferencial, laxo e injustificado de la administración, trasgresor de la moralidad administrativa, máxime cuando la totalidad de quienes adelantaron ese mismo trámite para otras zonas francas, cumplieron desde un principio con el requisito de constituir una nueva persona jurídica y acreditar su existencia y representación legal con el correspondiente certificado de existencia y representación legal.

3. La sentencia presenta aspectos conceptuales que resultan contradictorios en punto de la configuración del elemento subjetivo y de la conexidad moralidad-legalidad

55. Cuando la providencia se ocupó del contenido del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, sostuvo que "*la moralidad no debe coincidir, en toda su extensión, con la legalidad, por lo que debe evitarse el traslape total de las nociones*", pues, confundir esos dos conceptos implicaría, necesariamente, negar la existencia y vaciar de contenido el primero. Más adelante, "*reitera la Sala, es claro que no toda ilegalidad supone una inmoralidad y, en esa misma relación lógica, no toda inmoralidad presupone, necesariamente, una ilegalidad".*

A pesar de la claridad de las anteriores consideraciones, que por demás reiteran lo dicho en la sentencia de unificación dictada por esta misma Sala Plena el 1 de diciembre de 2015, en el apartado en el que se efectuó el "*análisis de los argumentos de la apelación*", se señaló que, toda vez que no se habían identificado "*indicios de ilegalidad o de desconocimiento del ordenamiento jurídico en las actuaciones adelantadas*", no era posible "*declarar una conducta o acto contrario a la moralidad administrativa*".

56. Lo anterior constituye una clara contradicción con la primera parte considerativa de la sentencia y una distorsión al amplio margen de acción con el que cuenta el juez constitucional de la acción popular, en tanto, parece indicarse que es necesaria la coincidencia, en extenso, de la legalidad y la moralidad, como si la primera fuera elemento estructurante de la segunda. Precisamente, este entendimiento, sumado al análisis sustantivo y probatorio reseñado anteriormente, constituye otra de las razones del apartamiento de la decisión mayoritaria. No resulta acertado, de cara al estudio de la moralidad administrativa, considerar que no puedan existir *"sospechas de inmoralidad en medio de la legalidad"*, porque es posible que se pueda llegar a abusar de la legalidad para mostrar, como impecable, una desviada actuación administrativa.

57. La Constitución Política concibe la moralidad administrativa como un derecho colectivo -art. 88-, un valor supremo y principio rector de la administración -art.209-. En este marco, persigue como objetivo constitucional que toda la gestión administrativa estatal esté encaminada al recto cumplimiento de los principios, valores, principios y derechos colectivos establecidos en la Constitución –arts. 1, 2, 209, 78, 88, 333 y 334- y en las leyes, y subordina la producción normativa jerárquicamente inferior.[73]

58. Esto quiere decir que, dotada del carácter normativo vinculante y la jerarquía superior que ostentan las normas constitucionales, la moralidad administrativa impone i) deberes de corrección inmanentes a la positivización

---

[73] Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativa, Secci6n Tercera. Sentencia 12/06/0211. MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicaci6n 08001-23- 31-000-2004-02553-01(AP). (…) *como principio, orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal* a *la vez que se configura coma precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y coma derecho* o *interés colectivo, alcanza una: connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas* a *través de la acción popular..."*

misma desde el orden constitucional, suficientes para enjuiciar la actuación de la administración en orden a la exigencia de su cumplimiento y ii) se integra con la unidad y coherencia normativa que rige la actuación de la administración en torno a la moralidad y en ese orden se complementa con el principio de legalidad, también demandable de las autoridades.

59. Así las cosas, mientras que con el principio de legalidad se apunta a controlar la organización y el ejercicio del poder con el fin de impedir el ejercicio arbitrario, así como a definir y favorecer el logro de objetivos específicos de carácter político, social y económico, a través de la definición de competencias, atribución de funciones, establecimientos de formas, procedimientos y exigencia de requisitos, etc., con el principio de moralidad administrativa se persigue, más allá de la eficacia del principio de legalidad, la estricta sujeción a los deberes de corrección con el fin de asegurar que las decisiones se legitimen exclusivamente en razones de orden superior, como los fines y valores supremos del Estado.

60. En este sentido, el análisis del elemento subjetivo en relación con la violación de la moralidad administrativa, no puede conllevar un análisis personalísimo ni un reproche de la conducta individual de los servidores o de la intencionalidad de su actuar, como ocurriría con el estudio de la culpabilidad en un proceso penal, fiscal o disciplinario de los funcionarios públicos o de particulares que ejerzan función administrativa, sino que se trata, primordialmente, de un estudio de la actuación administrativa y de cómo ella puede llegar a trasgredir un derecho e interés colectivo protegido como lo es la moralidad administrativa.

61. Sobre este particular, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que cuando una persona interpone una acción popular por considerar que se violó la moralidad administrativa, lo hace con el ánimo de perseguir que se garantice un comportamiento determinado de la administración o del sujeto que ejerza función administrativa, por ello *"la titularidad atribuida a la comunidad es, pues, la principal característica que detenta la moralidad administrativa en su dimensión de derecho o interés colectivo […] Consecuentemente, puede decirse que el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa es la expectativa de la comunidad, susceptible de ser alegada por cualquiera de sus miembros, a que la función administrativa se desarrolle conforme a ella entendida como principio*"[74].

62. Por lo anterior, en sede de valoración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, el derecho que se invoca y que se pretende proteger consiste, precisamente, en que la función administrativa ejercida por las distintas autoridades se desarrolle con observancia del principio de moralidad, connotación subjetiva del citado derecho e interés colectivo que justifica que pueda ser exigido en sede judicial, *"toda vez que [este] crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular".*[75]

---

[74] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, rad. 2005-00549-01 (AP).
[75] Ibídem.

63. Todo lo anterior pone de presente que en las acciones populares el juicio de moralidad administrativa no es homogpeneo, porque puede abarcar desde conductas ilícitas a la luz de la tipificacion penal, hasta las constitutivas de ilegalidad o de antijuridicidad, y también, actuaciones que se arropan de legalidad pero que resultan arbitrarias en tanto se desvían o se apartan del único propósito de garantizar el interés general. Este escenario es el más sutil y difícil de observar, porque ubicados en una zona de penumbra o solapamiento, difícil de advertir, exigen mayor rigor de cara a hacer valer los deberes de corrección, orientados a garantizar la convivencia y la vigencia del orden social justo.

64. Entonces, en lo que respecta al análisis individualizado del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa en el caso concreto, acreditado el desconocimiento del principio de legalidad, correspondía a la Sala determinar si las irregularidades que previamente se han identificado y que tuvieron lugar durante el trámite administrativo de obtención de la emisión de concepto favorable y aprobación del Plan Maestro y la consecuente declaratoria de la Zona Franca Permanente de Occidente y el reconocimiento de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A como usuario operador de ésta, supusieron una actuación contraria a la moralidad administrativa en punto del quebrantamiento de los principios del estado social de derecho, a efectos de verificar su correspondiente trasgresión.

65. Por esta razón no se comparte la afirmación hecha en la sentencia, relativa a que el elemento subjetivo debe coincidir con "*conductas deshonestas o corruptas dentro de las que se incluyen actos amañados o irregulares.* […] *En el juicio de la moralidad administrativa que ocupa la atención de la Sala tendría que verificarse la intencionalidad, fraude o beneficio irregular para constatar el desconocimiento de este interés superior*", pues, se insiste, cuando las acciones populares tienen por objeto el estudio del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, no están concebidas para adelantar un juicio personalísimo o subjetivo de la conducta de los servidores públicos involucrados en los procedimientos administrativos, como ocurre en materia penal, disciplinaria o fiscal.

66. De suyo, las exigencias probatorias en las acciones populares no están enderezadas a la identificación del aspecto volitivo del servidor público. El estándar probatorio que se exige, cuando lo que se evalúa es la conducta de un servidor público, no puede constituir un límite infranqueable para el juez popular, que actúa como juez constitucional de la actuación de la administración de cara a la moralidad administrativa, entre otras cosas, porque, como ocurrió en el caso que ocupó la atención de la Sala, los funcionarios que intervinieron en los procedimientos administrativos no hicieron parte del proceso, por lo que sería violatorio de su derecho al debido proceso haber adelantado y concluido un juicio sobre sus intenciones, o actuaciones irregulares o fraudulentas, sin permitírseles ejercer su derecho de defensa, y porque esa responsabilidad subjetiva y personalísima es órbita de competencia en otra clase de acciones y procesos.

67. *Contrario sensu*, la actuación que se sometió a estudio, cruzada por el principio de legalidad que disciplina todas las actuaciones administrativas, no tiene ese alcance mencionado, porque en las acciones populares y, de manera especial, en la moralidad administrativa, de lo que se trata es de analizar la afectación que la conducta de la administración ha podido tener sobre un derecho o interés en cabeza de la colectividad, misma razón por la cual, las actuaciones de las autoridades debe realizarase bajo la óptica de la función administrativa que desempeñan, toda vez que la moralidad administrativa, a la luz del artículo 209 de la Constitución Política, tiene la condición de ser un "*principio orientador de la función administrativa",* lo que permite "*la realización de concretas expectativas y exigencias subjetivas"*[76]*.*

5. Conclusiones

68. A la luz de la valoración probatoria efectuada por la sala mayoritaria y el análisis sustantivo que realizó en punto de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad pública, la no preconstitución de la persona jurídica al momento de presentar la solicitud ante el Comité Intersectorial de Zonas Francas, de la mano del trato flexible y laxo que recibió dicha solicitud de cara a lo regulado por las normas del Código Contencioso Administrativo y del Estatuto Aduanero que reglaban la actuación administrativa, y de las normas comerciales aplicables a la constitución legal de la personas jurídicas, así como la permisividad para que se acreditaran requisitos técnicos, jurídicos y económicos respecto de una sociedad diferente a quien se iba a constituir realmente en el Usuario Operador de la Zona Franca de Occidente, significaron un tratamiento diferencial e injustificado de la administración a quienes adelantaron el referido procedimiento administrativo.

69. Este trato no lo recibió ningún otro particular ni tampoco le fue dispensado a otros solicitantes, respecto de los cuales se estudiaron las solicitudes en la misma oportunidad que la efectuada por la Zona Franca de Bogotá S.A, pues todas las sociedades que presentaron peticiones análogas cumplieron con el mencionado requisito en forma previa a elevar la solicitud, a excepción de la Zona Franca de Bogotá S.A. De suyo, las pruebas obrantes en el plenario dan cuenta cierta de que la aprobación de la Zona Franca Permanente de Occidente fue tratada de manera especial, laxa y diferente a las restantes de similar índole.

70. Como de ese tratamiento diferenciado no obra explicación ni justificación alguna en el plenario, amén de haberse realizado con infracción de las normas legales y reglamentarias tantas veces señaladas, desde la punto de vista objetivo y subjetivo se convierte en un elemento trasgresor de la moralidad administrativa, derecho e interés colectivo que requería, para el caso en estudio, que todos los ciudadanos solicitantes recibieran el mismo trato en sus actuaciones y en sus solicitudes ante la administración pública, en especial, teniendo en cuenta las finalidades perseguidas con la autorización y operación de zonas francas por particulares y los beneficios que de ello se reportan.

---

[76] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de febrero de 2007, rad. 2005-00549-01 (AP).

71. Corolario, se disiente de la decisión mayoritaria, porque de la valoración conjunta de las pruebas y los hechos acreditados, se concluye que, en el trámite administrativo de solicitud y aprobación de la declaratoria de existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente se violó el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, estimándose que la decisión que correspondía adoptar en este asunto, era la de revocar la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en su lugar, amparar el derecho colectivo a la moralidad administrativa y dictar las medidas necesarias para hacer cesar dicha vulneración.

72. Resultó en la sentencia, confuso y contradictorio el manejo del concepto de la moralidad administrativa en punto del principio de legalidad en el contexto de una acción popular por violación del primer principio.

73. De suyo, el fallo observa un entendimiento en el sentido de que la procedencia del juicio de moralidad se sujeta a la demostración del quebrantamiento del ordenamiento, a partir del cual, sólo si se acredita la violación de una norma es posible entrar a analizar la vulneración de la moralidad administrativa, mientras que, conforme con las razones expuestas en este salvamento de voto, a la luz de la jurisprudencia de la Corporación, la moralidad administrativa no se agota en el juicio de legalidad, en tanto es derecho colectivo, principio y valor supremo constitucional.

Rocío Araújo Oñate
Magistrada
(firmado electrónicamente)

Fecha et supra

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa expongo las razones por las cuales salvo mi voto frente a lo resuelto por la Sala en la decisión proferida el 24 de marzo de 2021, mediante la cual se resolvió confirmar la sentencia del 26 de julio de 2011, proferida por la Subsección B de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

Las razones que me llevan a separarme de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala hacen referencia a la configuración de los elementos objetivo y subjetivo del derecho colectivo a la moralidad administrativa que, según lo determinado por la Sala Plena, debe presentarse de forma concurrente para que éste se considere vulnerado.

Lo anterior en tanto con dicho requerimiento, la protección del derecho colectivo a la moralidad pública resulta, bajo el contexto aprobado por la Sala, sujeta a unos criterios tan restrictivos que se convierte en inviable. Ello es así debido a que su vulneración depende de que se evidencie que *"el propósito particular del servidor* [cuya acción u omisión se acusó de inmoral] *se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio favorecimiento o del de un tercero*"[77], dejando de lado que lo que se pretende con las acciones populares es la protección de los intereses colectivos[78].

De acuerdo con lo dicho, en vez de analizarse los efectos sobre los intereses colectivos, que es la razón de ser del tipo de procesos como el que nos convoca y que es el estudio que en tratándose de otros derechos colectivos se efectúa, al ser el derecho a la moralidad administrativa el invocado, el reflector cambia de la comunidad a la actuación de la administración, dejando de lado los efectos de esta última en la primera.

Situación que, contrario a lo señalado en la posición mayoritaria, pone en el mismo nivel de protección a la moralidad administrativa, se reitera, al exigir que, respecto del funcionario o la entidad atacada, se evidencie en el proceso un propósito

---

[77] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, Sentencia del 1º de diciembre de 2015, radicación número 2007-00033-01.
[78] Constitución Política de Colombia, artículo 88.

torticero, muy similar el exigido para la configuración del cargo de desviación de poder en los procesos de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho[79].

Quiere lo anterior decir que, para la posición mayoritaria, la moral colectiva únicamente puede ser violada si se comete una conducta ilegal, dejando de lado que la moralidad es un concepto más amplio que el de legalidad y que en muchas ocasiones lo legal y lo moral no necesariamente coinciden.

Sobre el particular debo señalar que, en lo que respecta a la moralidad administrativa, el rasero mínimo es la legalidad; es decir, del Estado, representado en sus entidades y funcionarios, se espera que cumpla las leyes, pero en tanto Colombia es un Estado Social de Derecho, los representantes del Estado no pueden limitarse al cumplimiento de la ley, sino que deben guiarse por dicho fin. En tal sentido, un criterio sospechoso a la hora de evaluar si este derecho colectivo a la moralidad fue o no desconocido, tendría que consistir en si la acción u omisión que se le endilga al aparato administrativo redundó positivamente en los fines que pretende alcanzar la comunidad.

Ahora, el cómo determinar esa afectación positiva en la comunidad puede ser abordado desde diferentes perspectivas, lo que implica que el Consejo de Estado esté llamado, precisamente por la función constitucional que en materia de derechos colectivos cumple, a estructurar toda una teoría en relación con el comportamiento debido del servidor público, pues de otra manera el derecho colectivo a la moralidad administrativa queda reducido al análisis de la causal de nulidad por desviación de poder, que tan poco alcance a tenido en nuestra jurisprudencia.

Obviamente la estructuración de la teoría no puede basarse simplemente en conjeturas subjetivas de los miembros que integramos la Sala, pues es ese precisamente el riesgo que, con toda razón, se ha querido evitar con la posición actual. Para ello, no obstante, debe tenerse en cuenta que las nuevas concepciones del derecho han venido tomando distancia de la escuela positiva y han incorporado en la labor de interpretar la ley el componente moral, ya sea entendido como el valor superior que ilumina el ordenamiento, propio de las escuelas del ius naturalismo, o como la legítima meta a alcanzar por las

---

[79] Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículos 137 y 138.

colectividades, como lo pregona la escuela del Derecho de Estado, bajo la concepción sociológica del derecho.

En lo que a mí respecta, bien puedo observar la amplia preocupación que existe entre los más destacados pensadores por establecer parámetros que nos permitan entender lo que es la justicia, precisamente la tarea que corresponde adelantar al juez, que con seguridad ayudará a la construcción de una teoría apta para delinear lo que se espera del comportamiento de todo servidor público. A este respecto destaco por ejemplo lo dicho por Amartya Sen, en la lectura y explicación que hace de la Teoría de la Justicia de Rawls en su libro *La idea de la justicia*[80], en las palabras que me permito transcribir, para ceñirme fielmente a su alcance; dice así:

> "Sea como fuere, procedamos con el esbozo de la teoría rawlsiana de la justicia como equidad. Rawls nunca la abandonó, y ha sido probablemente la más influyente teoría de la justicia en la filosofía moral moderna. Rawls sostenía que los siguientes 'principios de justicia' surgirán del acuerdo unánime en la posición original:
>
> a. Cada persona tiene un derecho igual a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.
>
> b. Las desigualdades económicas y sociales tienen que satisfacer dos condiciones. En primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de equitativa igualdad de oportunidades; y en segundo lugar, las desigualdades deben ser para el mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad".

Si bien se advierte al respecto que Amartya Sen difiere un poco del concepto básico de Rawls, en particular porque no comparte la idea del contrato social y se inclina por la idea de la elección colectiva, las líneas anteriores permiten ilustrar cómo podría estructurarse una teoría alrededor de la moral administrativa, en la cual se esperaría que el servidor público, en su carácter de tal, no tome medidas que, bajo la apariencia de legalidad, desconozcan las libertades básicas de los ciudadanos, o favorezcan intereses de algunos grupos en detrimento de otros, en especial cuando estos últimos sean los miembros menos aventajados de la

[80] Sen, Amartya. *La idea de la justicia.* [Trad. Hernando Valencia Villa]. Taurus, 2014. p. 88.

sociedad. En el mismo sentido, tampoco puede esperarse del servidor público que, bajo la apariencia de tomar medidas de carácter general, asuma posición para sacar provecho de su condición particular.

Bajo estos parámetros, por ejemplo, puede observarse que tales principios podrían guiar el comportamiento del servidor público, para promover, i) la libertad con responsabilidad social, y ii) la igualdad de oportunidades para todos los miembros de la comunidad. Así las cosas, la libertad de la que disfrutan los miembros de la comunidad encuentra un límite en la de los demás y en esa medida no puede ser utilizada para convertirse en una *"ventaja que complemente a otras ventajas (como la opulencia económica)"*[81], esto es, debe ser ejercida en igualdad de condiciones respecto de la de sus congéneres.

Si ello es así, cualquier comportamiento contrario a estos principios iría en contra de la moral colectiva. Esto, dicho en otras palabras, significa que la entidad estatal o el servidor público que no analice si con su acción u omisión se están otorgando ventajas injustificadas, esto es que no pueden ser ejercidas en igualdad de condiciones por todos los miembros de la comunidad, a algunos miembros, no estará privilegiando el interés de la comunidad y, en consecuencia, estará desconociendo el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Por lo tanto, debido a que en la decisión mayoritaria no se efectuó un estudio del derecho a la moralidad administrativa desde la perspectiva del interés colectivo, me es imposible acompañar a la Sala en su decisión. Como lo dice Amartya Sen en su ya citada obra *La idea de la justicia*[82], refiriéndose en particular a los derechos humanos en general, de los cuales hace parte la moral administrativa, y que son los primeros que debe proteger el servidor público bajo el amparo de lo ya dicho sobre las libertades y la igualdad de oportunidades, "*la ética de los derechos humanos puede ser más efectiva a través de una variedad de instrumentos interrelacionados y una versatilidad de medios y métodos. Esta es una de las razones por las cuales resulta importante reconocer el estatuto ético general de los derechos humanos, en lugar de encerrar la idea de derechos humanos de manera prematura en el estrecho reducto de la legislación, real o ideal".*

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

---

[81] Ibídem, p.89.
[82] Ibídem, pp. 398 y 399.

Fecha *ut supra,*

(Firmado electrónicamente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

SALVAMENTO DE VOTO

De manera respetuosa, procedo a salvar el voto respecto de la Sentencia del 24 de marzo de 2021 en la que la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo confirmó la sentencia apelada, esto es, la proferida el 26 de julio de 2011 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, bajo el entendido de que no se acreditó el desconocimiento del derecho e interés colectivo la moralidad administrativa.

Estimo que, en el caso concreto, sí se demostró el desconocimiento de los elementos objetivo y subjetivo que, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de la corporación, integran la moralidad administrativa. De un lado, porque en el procedimiento que se surtió ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas sí existió un trato diferente e injustificado a la petición formulada por Zona Franca de Bogotá S.A., que se tradujo en la flexibilización de los requisitos aplicables en la materia.

Del otro, porque tratándose del elemento subjetivo no se requería de la prueba de la intencionalidad desviada del servidor o servidores que participaron en el procedimiento respectivo, so pena de afectar los fines de protección de derechos e intereses colectivos asignados a la acción popular.

Por último, considero que en la sentencia se incurre en una contradicción interna al equiparar los conceptos de moralidad administrativa y legalidad al momento de resolver el caso concreto.

1. Tratamiento desigual e injustificado en el procedimiento adelantado ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. Vulneración del elemento objetivo de la moralidad administrativa.

De acuerdo con la jurisprudencia de la corporación, la vulneración del elemento objetivo de la moralidad administrativa requiere el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, sea porque se vulneren las normas jurídicas aplicables, o porque se esté en presencia de la transgresión de un principio del derecho, *ya sea de carácter general o que se aplique a un tema determinado, de manera que éste se convierte, al lado de la regla, en otro criterio de control para la protección de la moralidad administrativa*[83].

En el caso concreto se desconocieron las normas jurídicas aplicables.

Primero, porque la solicitud de concepto de viabilidad para la declaratoria de la existencia de la Zona Franca de Occidente sí fue realizada por una persona jurídica diferente a la que obtuvo la declaratoria de la Zona Franca de Occidente y la autorización de usuario operador.

Dentro del trámite surtido ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, se observa que Zona Franca de Bogotá S.A. no actuó únicamente como mandataria del Patrimonio Autónomo Lotes FC-Mosquera, pues, contrario a lo concluido en la sentencia de la que me aparto, sí elevó una petición para sí.

Así lo informa la cláusula tercera del contrato de mandato comercial irrevocable, a título gratuito, existente entre la Fiduciaria Colpatria vocera del Patrimonio Autónomo FC-Lotes Mosquera y la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A.[84]; disposición según la cual esta última sociedad tramitaría y obtendría *"la declaratoria de los terrenos como Zona Franca Permanente Colombiana y la calificación de la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A. como usuario operador de la misma".*

Esa cuestión se refuerza al tener presente la cláusula de vigencia del contrato en mención. En virtud de ella, la vigencia sería "*la necesaria para la consecución de la declaratoria de la ZONA FRANCA DE OCCIDENTE, sobre los terrenos a que se refiere la cláusula octava del presente contrato y la autorización de la ZONA FRANCA DE BOGOTÁ S.A como usuario operador de la misma".*

En esas condiciones, insisto, Zona Franca de Bogotá S.A. sí efectuó una petición para sí, lo que no fue tenido en cuenta por la sentencia que definió el fondo del asunto.

Segundo, porque la Comisión Intersectorial de Zonas Francas dio por cumplida la *constitución de la nueva persona jurídica para la cual se solicita la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de declaratoria y continuidad del área*,

---

[83] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 1° de diciembre de 2015, exp.: 2007-00033-01(AP).

[84] Folios 1251 y 1252 del cuaderno del Consejo de Estado

con base en un documento que no podía demostrar ese hecho, de acuerdo con la norma comercial aplicable.

En su tenor literal, el artículo 117 del Código de Comercio prevé lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 117. <PRUEBA DE LA EXISTENCIA, CLÁUSULAS DEL CONTRATO Y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD>.*** *La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento y, en todo caso, la constancia de que la sociedad no se halla disuelta.*
>
> *Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso."*

De ahí, entonces, que para demostrar la constitución de la nueva persona jurídica fuera necesario aportar la certificación de la Cámara de Comercio del domicilio principal.

No obstante, ese documento no fue aportado dentro del trámite que se adelantó ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas. Lo que se allegó el 17 de junio de 2008 por el representante legal de la sociedad Zona Franca de Bogotá correspondió a la "*copia de la Escritura Pública de Constitución de la Zona Franca de Occidente S.A. Usuario Operador*[85]*;* documento diferente al exigido por la norma mencionada.

Siendo así, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas dio por sentada la existencia de la sociedad a partir de un documento que no era idóneo para el efecto.

Tercero, porque no se aplicaron las normas, especiales y/o generales, que regían las peticiones y en virtud de las cuales operó el desistimiento de la solicitud presentada en interés particular por Zona Franca de Bogotá S.A.; desistimiento en razón del cual la actuación debió archivarse y no proceder a su aprobación luego de que se adujeran documentos una vez fenecido el término legal dispuesto para el efecto.

De acuerdo con el artículo 80 del Estatuto Aduanero vigente para el trámite de la solicitud, "*[s]e entenderá que se ha desistido de la solicitud de inscripción, autorización o habilitación si efectuado el requerimiento para completar documentos o las informaciones, mencionados en el artículo anterior, el solicitante no presenta los documentos o informaciones requeridas en el término de un (1) mes contado a partir de la fecha de introducción al correo del oficio de requerimiento. En este caso no se requerirá acto administrativo que declare tal desistimiento y se ordenará el archivo del expediente"*.

Pese a ello, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas no procedió con el archivo de la solicitud luego de transcurrido un (1) mes a partir del requerimiento

---

[85] Folios 1154 y ss. Del cuaderno de anexos 9.

efectuado para la complementación de la solicitud correspondiente. Por el contrario, el 28 de julio de 2008, luego de que transcurriera más del término legal establecido en la norma especial para aportar los documentos, esa comisión procedió a aprobar el plan maestro y a emitir concepto favorable para la declaratoria de la existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente.

Téngase en cuenta que:

a) A través de comunicación del 12 de diciembre de 2007, la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas solicitó que se complementara la información relacionada con la solicitud de viabilidad de la declaratoria de la Zona Franca Permanente de Occidente[86].

b) El 21 de diciembre de 2007, Zona Franca de Bogotá S.A. remitió copia de un proyecto de estatutos[87].

c) Mediante Acta Nro. 3 del 25 de febrero de 2008, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, no aprobó el Plan Maestro de Desarrollo ni expidió concepto favorable para la declaratoria de la Zona Franca de Occidente.

d) Solo hasta el 17 de junio de 2008, Juan Pablo Rivera Cabal, en calidad de presidente (representante legal) de la sociedad Zona Franca de Bogotá, envió a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas "*copia de la Escritura Pública de Constitución de la Zona Franca de Occidente S.A. Usuario Operador*"

e) Mediante Acta No 7 de 28 de julio de 2008, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas determinó que el proyecto era viable y decidió aprobar, por consenso, el Plan Maestro de Desarrollo General y emitir concepto favorable para la declaratoria de la existencia de la Zona Franca Permanente de Occidente.

Haciendo abstracción de la norma especial relacionada -artículo 80 del Decreto 2685 de 1999-, la conclusión acerca del vencimiento del término legal para la presentación de la documentación complementaria, y, por ende, la configuración del desistimiento de la solicitud correspondiente se mantiene incólume, de acuerdo con lo establecido en las normas generales sobre el derecho de petición -artículos 11 a 13 del C.C.A.-.

Se observa, que la solicitud de Zona Franca de Bogotá S.A. se presentó "*en uso del derecho de petición en interés particular de que trata el Decreto 01 de 1984*", razón por la cual le resultaban aplicables las normas previstas en tal codificación, esto es, los artículos 11 a 13 ibídem, los cuales, en su tenor literal, prevén lo siguiente:

> ***Artículo 11. Peticiones incompletas****. Cuando una petición no se acompañe de los documentos o informaciones necesarias, en el acto de recibo se le indicarán al peticionario los que falten; si insiste en que se radique, se le recibirá la petición dejando constancia expresa de las advertencias que le fueron hechas.*

---

[86] Folio 627 del cuaderno 4 del Consejo de Estado.
[87] Folio 628 del cuaderno 4 del Consejo de Estado.

> ***Artículo 12. Solicitud de informaciones o documentos adicionales****. Si las informaciones o documentos que proporcione el interesado al iniciar una actuación administrativa no son suficientes para decidir, se le requerirá, por una sola vez, con toda precisión y en la misma forma verbal o escrita en que haya actuado, el aporte de lo que haga falta. Este requerimiento interrumpirá los términos establecidos para que las autoridades decidan. Desde el momento en que el interesado aporte nuevos documentos o informaciones con el propósito de satisfacer el requerimiento, comenzarán otra vez a correr los términos pero, en adelante, las autoridades no podrán pedir más complementos, y decidirán con base en aquello de que dispongan.*
>
> ***Artículo 13. Desistimiento****. Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud si hecho el requerimiento de completar los requisitos, los documentos o las informaciones de que trata los dos artículos anteriores, no da respuesta en el término de dos (2) meses. Acto seguido se archivará el expediente, sin perjuicio de que el interesado presente posteriormente una nueva solicitud." (…).*

Luego, como el solicitante no dio respuesta a la información solicitada en el término de los 2 meses que señala la norma, su petición debió ser archivada por haber operado el desistimiento a que hace referencia el artículo 13 del C.C.A.; actuación que, insisto, no sucedió en el caso concreto.

Agréguese a ello, que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas adelantó actuaciones cuando se encontraba pendiente la recepción de la documentación que solicitó a la sociedad petente. Prueba de eso es que *(i)* el 21 de diciembre de 2007, solicitó a la DIAN concepto sobre continuidad de la zona geográfica, y, *(ii)* el 4 de enero de 2008, solicitó al Ministerio de Ambiente concepto sobre la viabilidad de la construcción de la zona franca a la luz de los usos del suelo.

En esas condiciones la Comisión impulsó o tramitó *motu proprio* la solicitud correspondiente, ya que para las fechas relacionadas no se había cumplido con el deber de aportar la totalidad de la información que se le solicitó a la sociedad Zona Franca de Bogotá. Resalto, que solo hasta el 17 de junio de 2008 -fecha posterior a las actuaciones de la Comisión ante la DIAN y el Ministerio de Ambiente– fue que se aportó copia de la escritura de constitución de la sociedad Zona Franca de Occidente.

No se desconoce que el mismo 21 de diciembre de 2007, el presidente de la sociedad Zona Franca de Bogotá allegó copia de unos proyectos de estatutos sociales. Sin embargo, tal documentación no daba cumplimiento a la exigencia realizada por la Comisión Intersectorial, razón por la que no se observa justificación para que, en esa fecha, tal autoridad realizara una actuación ante la DIAN con respecto a la solicitud incompleta que se le había presentado.

Ese proceder -impulso de la actuación sin que se hubiere allegado la documentación relativa a la constitución de la nueva persona jurídica- desconoce el artículo 12 del C.C.A., pues la interpretación de tal disposición impide que se desarrollen actuaciones tendientes a resolver la solicitud incompleta, debido a la incertidumbre sobre el cumplimiento, o no, del aporte de la información exigida por la administración.

Esa conclusión se reafirma al considerar que con base en los principios de eficiencia y economía resultaría ineficiente el uso de recursos para la resolución de una petición o solicitud de la que no se tiene certeza si va a ser complementada o si, por el contrario, no lo va a ser con las consecuencias que ello apareja -desistimiento consecuente.

A mí juicio, las irregularidades reseñadas afectan, adicionalmente, los principios que deben orientar el cumplimiento de la función administrativa, específicamente el de la igualdad, pues se otorgó un tratamiento diferente, laxo y/o flexibilizado a la petición presentada el 7 de diciembre de 2007 por el representante legal de la sociedad Zona Franca de Bogotá.

Eso se refuerza al tener presente la existencia de la declaración del representante de la Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas, en la audiencia de pacto de cumplimiento, donde señaló que no existían antecedentes en los cuales personas jurídicas no constituidas se hubieran presentado como solicitantes de conceptos de viabilidad y aprobación de planes maestros, así como la exigencia futura del requisito de preexistencia, para las demás solicitudes[88]; declaración cuyo análisis y valoración probatoria no se adelantó en la sentencia de la que me aparto.

Por lo expuesto, es viable concluir que dentro del proceso de la referencia sí existían elementos de convicción que demostraran el desconocimiento de normas, y principios aplicables al caso. Por lo tanto, se acreditó el quebrantamiento del elemento objetivo exigido por la jurisprudencia de la corporación.

2. Vulneración del elemento subjetivo de la moralidad administrativa.

Contrario a lo que se concluye en la sentencia, estimo que la vulneración del elemento subjetivo de la moralidad administrativa no requería demostrar la intencionalidad desviada, deshonesta, corrupta o fraudulenta de quienes participaron en la actuación administrativa correspondiente.

Una exigencia de tal magnitud contraría los fines asociados a la acción popular. Se resalta, que este tipo de mecanismos se orientan a la protección de los derechos e intereses colectivos[89] y no al adelantamiento de juicios personalísimos o reparos a las conductas individuales desplegadas por servidores públicos, tal como sucedería, entre otros, en procesos disciplinarios o penales.

La moralidad administrativa persigue, como lo ha precisado la jurisprudencia, que la función administrativa sea ejercida *"conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados o particulares*[90]*"*.

Luego, si bien es cierto que los eventos de fraude, corrupción o conductas deshonestas no satisfacen el interés general, no lo es menos, que existen otros supuestos en los que tal interés no prevalece por la existencia de conductas alejadas de los fines de la correcta función pública. Aspecto que adquiere especial relevancia porque las exigencias probatorias de la acción no están orientadas, y no pueden estarlo, para la identificación de la voluntad o el aspecto volitivo del servidor correspondiente o del particular que ejerce funciones públicas.

Y es que tal como lo ha sostenido la Sección Tercera: "...*resulta incontrastable que la más clara manifestación de la vulneración* a *la moralidad administrativa es la*

---

[88] Folio 352 del cuaderno 2 del Consejo de Estado.

[89] Artículo 88 constitucional, así como artículos 2 y 144 de las Leyes 472 de 1998 y 1437 de 2011, respectivamente.

[90] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, M.P.: Luis Rafael Vergara Quintero, sentencia del 1° de diciembre de 2015, exp.: 2007-00033-01(AP).

desviación de poder, o *el ánimo subjetivo del obrar de un funcionario* o *agente estatal con el fin de satisfacer un interés personal* o *de un tercero. No obstante lo anterior, también es posible que se ampare la moralidad administrativa por comportamiento de las autoridades públicas, de la administración estatal* o *de particulares en ejercicio de función pública, cuando al margen de que no se obre de manera dolosa o mal intencionada, se constate que la actuación pública atenta contra los postulados contenidos en los principios, valores y derechos constitucionales, e inclusive contra la ética objetiva que reflejan esos preceptos axiológicos* o *mandatos de optimización*[91]*"*

Esa conducta alejada de los principios y valores constitucionales se demostró en el caso concreto, como consecuencia de la vulneración de las normas correspondientes, por lo que el elemento subjetivo debe darse por acreditado.

Adicionalmente, una exigencia como la que se plasmó en la sentencia de la que salvo el voto impone una carga de difícil cumplimiento por el actor popular, máxime cuando, como sucede en el caso concreto, al proceso de la referencia no se vincularon los servidores que participaron en los trámites examinados.

3. Traslape total de los conceptos de moralidad administrativa y legalidad al momento de resolver el caso concreto.

Por último, considero que la Sentencia del 24 de marzo de 2021, de la que me aparto, incurre en una contradicción interna, al reiterar en su parte dogmática que la moralidad administrativa no coincide, enteramente, con la legalidad; sin embargo, al momento de analizar el caso concreto aplicó un criterio en el cual se traslapan, en su totalidad, los conceptos que pretendió diferenciar -moralidad administrativa y legalidad.

En efecto, al definirse el concepto de moralidad administrativa se señaló que el mismo *"no debe coincidir, en toda su extensión, con la legalidad, por lo que debe evitarse el traslape total de las nociones habida cuenta de que, en efecto, confundir esos dos conceptos desde la óptica del control judicial de la actividad de la administración implica, necesariamente, negar la existencia del primero, dado que si se subsume por completo en la concepción clásica de legalidad, los mecanismos judiciales contencioso administrativos resultarían suficientes y no se justificaría la existencia de la acción popular para su protección".*

Pese a ello, en el apartado denominado *"[a]nálisis de los argumentos de la apelación"* se manifestó que *"no se evidencia[ba]n indicios de ilegalidad o de desconocimiento del ordenamiento jurídico en las actuaciones adelantadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la DIAN y, en consecuencia, no [era] posible advertir la configuración del elemento objetivo indispensable para declarar una conducta o acto contrario a la moralidad administrativa"*.

De ahí, entonces, que al momento de resolverse el caso concreto se hubiera optado por hacer equivalentes los conceptos de moralidad administrativa y legalidad, al punto que descartada la segunda mal podría darse por acreditada la primera, cuando la sentencia de unificación en la materia y la jurisprudencia consolidada de la corporación han sido consistentes en señalar que ambos

---

[91] Consejo de Estado, Secci6n Tercera, M.P.: Enrique Gil Botero, sentencia del 21 de febrero de 2007, exp. AP 2004-640, M.P.

conceptos, tal como lo refiere la sentencia en su parte dogmática o conceptual, son diferentes, so pena de vaciar de contenido uno de ellos -el de la moralidad administrativa.

Cordialmente,

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Fecha *ut supra*

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la mayoría, presento las razones por las que salvé el voto frente a la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia, que encontró no vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Para exponer mi disentimiento, expongo las siguientes razones:

1. La acción popular es un valioso mecanismo de protección de los llamados derechos o intereses colectivos, esto es, los que se predican de la comunidad en general o frente a un grupo de personas.

Además de todas las características que esta Corporación ha identificado, considero que la acción popular también es un instrumento para asegurar que se observen las leyes que, según la materia, se establecen para la defensa de los derechos colectivos: leyes para la defensa del patrimonio público, leyes para la protección de los derechos de usuarios y consumidores de determinado bien o servicio, leyes para la protección del espacio público, leyes para asegurar el ambiente sano, leyes en favor de los sujetos de especial protección, etcétera.

Me interesa destacar las reglas y principios establecidos para el adecuado ejercicio de la función pública administrativa, en cuanto aseguran que la conducta

de los funcionarios sea honesta y pulcra y, por ende, conforme con la moralidad administrativa. Fíjese que la administración pública debe siempre orientar la actuación al cumplimiento de los fines del Estado, fines que están relacionados con la primacía del interés general.

En ese sentido, el artículo 2 de la Constitución Política prevé que las autoridades están instituidas para proteger la vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Puntualmente, el artículo 209 *ib.* dispone que la función administrativa está al servicio del interés general y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Ahora, el ejercicio de la función administrativa también está orientado por las leyes específicas que habilitan a las autoridades para celebrar contratos y proferir actos administrativos.

La inobservancia flagrante de tales leyes podría considerarse contraria al derecho colectivo a la moralidad administrativa, como cuando el funcionario ejerce la función con un propósito diferente, generalmente, abusivo, malicioso, ladino y, por tanto, contrario al previsto en la ley que le asignó competencia.

Dicho de otra manera: desconocer injustificadamente la ley que asegura la protección del derecho colectivo podría verse como un caso de inmoralidad administrativa, en el sentido de que la conducta del agente puede revelarse ilegal, ora para favorecerse a sí mismo, ora para favorecer a un tercero, ora para desconocer el interés general.

2. Pues bien, la acción popular también es un instrumento para controlar la actividad de la administración y, desde luego, no se superpone con las demás acciones judiciales previstas por el CPACA[92]. De hecho, el artículo 144 *ib.* admite la procedencia de la acción, incluso cuando la conducta vulnerante es un acto administrativo o un contrato, sin que, en todo caso, el juez pueda anularlos.

Así, cuando se ejerce la acción popular para salvaguardar la moralidad administrativa el juez, como primera medida, ejerce un control de legalidad de la actuación para establecer si existe una acción u omisión de quien ejerce función administrativa. Enseguida, se verifica si esa acción u omisión puede reputarse no solo contraria al principio de legalidad, sino que, a la luz de los principios que gobiernan la función administrativa, la conducta del agente puede calificarse deshonesta o corrupta. Se trata, pues, de acreditar la vulneración del derecho, identificar el autor de la vulneración y de establecer el nexo entre la conducta y la vulneración.

---

[92] Como se sabe, la actividad de la administración está sujeta a los principios de legalidad y responsabilidad, conforme con los artículos 6 y 90 de la CP. Por tanto, las autoridades y los funcionarios son responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, al paso que el Estado responderá patrimonialmente por el daño antijurídico causado.

El control judicial de los actos de la administración (reglamento, acto administrativo y el contrato) se hace a través de las llamadas acciones de impugnación: acción de nulidad simple, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción de nulidad por inconstitucionalidad, la acción contractual y, en ciertos casos, la acción popular y la acción de grupo. Las acciones de reclamación, como la acción de reparación directa, sirven para pedir la indemnización de los perjuicios causados por el daño antijurídico imputable al Estado.

A mi modo de ver, en estos asuntos, el papel del juez de la acción popular trasciende de ser un simple custodio de la ley (ley en sentido lato) para convertirse en un juez constitucional, garante de la aplicación de reglas y principios que aseguren el ejercicio honesto y pulcro de la función administrativa.

3. Dada la importancia de los derechos a la moralidad administrativa y a la defensa del patrimonio público, la acción popular ha surgido como el instrumento eficaz para protegerlos y para censurar execrables actos de corrupción.

Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de la jurisprudencia, aún sigue siendo incierto el panorama a la hora de establecer cuáles son las facultades del juez de la acción popular para proteger efectivamente los derechos colectivos, en especial, cuando se trata de reivindicar el derecho a la moralidad administrativa.

La jurisprudencia de esta Corporación[93], en consonancia con la jurisprudencia constitucional[94], ha perfilado y delimitado el derecho colectivo de la moralidad administrativa, en el sentido de que, como se trata de un concepto jurídico indeterminado, en tanto no tiene una definición específica, corresponde al juez, en cada caso, llenarlo de contenido.

Empero, la dogmática del juicio de moralidad administrativa pareciera insuficiente al momento de aplicarse a un caso particular y concreto, toda vez que el juez suele confundir sus roles y no sabe hasta qué punto ejerce como juez de la legalidad (análisis del elemento objetivo) y en qué punto empieza a realizar un juicio de responsabilidad (análisis del elemento subjetivo) para determinar cómo fue que la conducta abusiva, maliciosa, del agente contribuyó en la violación de tal derecho, al punto de resultar contraria a las normas que rigen el ejercicio pulcro, honesto, diligente, de la cosa pública[95].

Es más, la dificultad persiste cuando, a pesar de superarse el estudio objetivo y subjetivo, al juez le corresponde proteger efectivamente el derecho, toda vez que tiene restringida su competencia. Verbigracia: el mencionado artículo 144 establece que, en todo caso, el juez no podrá anular el acto o contrato que afecte el derecho colectivo, sino que debe adoptar las medidas necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración.

A mi modo de ver, en ciertos casos, la nulidad del acto o contrato es la única manera de salvaguardar el derecho colectivo, sin que eso implique desplazar a las demás acciones judiciales previstas para controlar los actos jurídicos de la administración.

4. En el caso concreto, en general, compartía la ponencia que inicialmente presentó el consejero Alberto Montaña, pues es cierto que está probada la violación del derecho colectivo de la moralidad administrativa, en tanto se desconoció flagrantemente el procedimiento reglado para la conformación de la

---

[93] Sentencia de unificación del 1 de diciembre de 2015, expediente 2007-00033, reiterada el 13 de febrero de 2018, expediente 2002-02704-01.
[94] Entre otras, se puede consultar la sentencia T-443 de 2013.
[95] De todos modos, conviene precisar que no toda irregularidad o ilegalidad vulnera la moralidad administrativa, ya que es imperioso acreditar que la conducta del agente estuvo dirigida a obtener un beneficio propio o para un tercero

zona franca y la administración habilitó a un usuario operador que, al iniciar la actuación, no estaba constituido como persona jurídica.

Empiezo por destacar que la declaratoria de una zona franca permanente es una actuación compleja, en tanto interviene *(i)* la comisión intersectorial de zonas francas, cuya secretaría técnica está a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que, en un primer momento, aprueba el plan maestro y expide el concepto favorable, y *(ii)* la DIAN, que, a partir del concepto favorable, examina la actuación y profiere el acto administrativo que declara la existencia de la zona franca. Es decir, la autorización para operar una zona franca permanente requiere la intervención de varias autoridades, así la DIAN sea la que expide el acto administrativo definitivo.

Siendo así, el juicio de la moralidad administrativa de la sala plena ha debido incluir el estudio de las dos etapas de la actuación, mas no efectuar un mero control de legalidad del acto administrativo definitivo, ya que las principales irregularidades estaban en la primera parte de la actuación. Dichas irregularidades eran de tal entidad que viciaban la legalidad del acto definitivo, con innegables incidencias en el derecho a la moralidad administrativa.

4.1. En efecto, quedó probado que, en diciembre de 2007, la solicitud para que se expida el concepto favorable para la conformación de la zona franca permanente fue presentado por la sociedad Zona Franca de Bogotá, que actuaba como mandataria de la Fiduciaria Colpatria S. A., vocera del patrimonio autónomo FC-lotes de Mosquera, dueña, a su vez, de los lotes San Laureano y El Paraíso, donde se constituiría la zona franca.

También quedó acreditado que la comisión intersectorial de zonas francas, el 25 de febrero de 2008, decidió no aprobar el plan maestro de desarrollo y, por ende, no expidió el concepto favorable, por cuanto la solicitud no la hizo una persona jurídica constituida, circunstancia que, entre otras cosas, impedía que se conocieran a los socios y sus aportes respectivos.

Después de que la sociedad Zona Franca de Bogotá aportó la escritura pública 1685 del 16 de junio de 2008, por la cual se había constituido la sociedad Zona Franca de Occidente S. A., el 8 de julio de 2008, la comisión intersectorial aprobó el plan maestro de desarrollo y emitió el concepto favorable.

En vista de lo anterior, se inició la segunda parte de la actuación y la DIAN, por Resolución 1825 del 18 de diciembre de 2008, autorizó a la sociedad Zona Franca de Occidente S. A. como usuario operador de la zona franca permanente.

4.2. Fíjese que la solicitud inicial fue presentada por una persona jurídica inexistente, al punto que tal situación pretendió subsanarse con la conformación de la sociedad Zona Franca de Occidente S. A., que, en todo caso, era un sujeto diferente. Es más, tal como se destacaba en la ponencia inicialmente presentada por el consejero Alberto Montaña, en la Resolución 1825, la DIAN se equivocó al explicar que la Zona Franca de Occidente fue quien presentó la solicitud inicial ante la comisión intersectorial.

Ahora bien, esa falencia no se subsanó por el hecho de que la segunda parte de la actuación ante la DIAN se surtiera a instancias de la solicitud presentada, el 9 de

septiembre de 2008, por la Zona Franca de Occidente. A mi juicio, la actuación iniciada por una persona jurídica inexistente viciaba todo el proceso y, desde luego, afectaba la legalidad del acto definitivo. Si la solicitud ante la DIAN fue presentada por la nueva sociedad constituida (Zona Franca de Occidente), la actuación debió iniciarse de nuevo para que la comisión intersectorial examinara la posibilidad de aprobar el plan maestro y otorgarle el concepto favorable.

La posición mayoritaria le restó importancia a dichas irregularidades e interpretó que no era necesario acreditar la conformación y la existencia de la persona jurídica que actuaría como usuario operador, pues, en últimas, lo relevante era que ante la DIAN la solicitud la presentara la sociedad que finalmente fue reconocida como usuario operador y que, además, bastaba que los socios demostraran la capacidad y experiencia necesaria para asumir tal condición.

Mi opinión sobre el punto es diferente: en el régimen jurídico de las zonas francas permanentes[96], es requisito *sine qua non* la existencia de un usuario operador, esto es, la persona jurídica que expresa su intención de administrar, supervisar, promocionar y desarrollar una zona franca.

El usuario operador es el que se beneficia de las medidas especiales en materia tributaria, aduanera y de comercio exterior. Se trata, a mi modo de ver, de beneficios personalísimos que la administración concede a la persona jurídica que acredita el cumplimiento de ciertos requisitos y, por ende, es imperioso que el sujeto esté debidamente constituido al momento en que se inicia la actuación administrativa ante la comisión intersectorial, exigencia que, a su vez, permite evaluar las calidades de quien aspira a acceder a la autorización y definir si se aprueba el plan maestro y se otorga concepto favorable.

Al hilo de lo anterior, la inexistencia de la persona jurídica que presentó la solicitud inicial (Zona Franca de Bogotá) impedía que la administración evaluara adecuadamente la experiencia e idoneidad. No bastaba, como lo concluyó la sentencia que justifica este salvamento, evaluar la experiencia individual de los socios que integrarían la Zona Franca de Occidente. En este tipo de actuaciones, no hay norma especial que permita que la experiencia de los socios se transmita a la sociedad conformada.

Sin duda, las irregularidades advertidas desconocen las normas vigentes al momento de los hechos, al paso que van en detrimento del interés general, ya que se reconocieron beneficios tributarios, aduaneros y de comercio exterior en una actuación administrativa iniciada por una persona jurídica que no existía. De hecho, el artículo 488 del estatuto aduanero vigente al momento de la actuación establecía que era falta gravísima obtener por medios irregulares la autorización como usuario operador de la zona franca y esa infracción se sancionaba con la cancelación de la autorización[97].

Ese tratamiento benévolo e injustificado, además, vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que no existe ninguna razón jurídica que valide el trato diferencial en favor de la persona jurídica que finalmente se benefició con el reconocimiento

[96] Artículos 392 y siguientes del Decreto 2685 de 1999, modificado por el Decreto 383 de 2007 y el Decreto 4051 de 2007.
[97] Las modificaciones normativas posteriores hicieron desaparecer la falta y la sanción

como usuario operador, que, insisto, no es la misma persona que promovió la actuación.

Estamos en presencia de una importante autorización que la administración concede a un particular, en detrimento de las potestades tributaria, aduanera y de comercio exterior, con la finalidad de *(i)* fomentar la creación de empleo y atraer inversiones de capital; *(ii)* promover la competitividad; *(iii)* desarrollar procesos industriales altamente productivos y competitivos; *(iv)* promover las economías de escala, y *(v)* simplificar los procedimientos del comercio de bienes y servicios.

Si eso es así, la administración debió examinar con sumo cuidado el cumplimiento de los requisitos para autorizar al usuario operador de la zona franca permanente.

4.3. En definitiva, examinado en conjunto el material probatorio, concluyo que la actuación de la administración fue irregular, ya que objetivamente se advierte un caso de desconocimiento manifiesto del régimen jurídico vigente al momento en que se solicitó autorización para conformar la zona franca permanente. Desde el punto de vista subjetivo, evidentemente la solicitud inicial no fue evaluada con todo el rigor necesario pues, de hecho, la secretaria técnica de la comisión intersectorial, en la audiencia de pacto de cumplimiento, aceptó que no existían antecedentes en los cuales personas jurídicas no constituidas se hubieran presentado como solicitantes. La decisión irregular de la administración terminó por conceder beneficios a una persona jurídica que no cumplía los requisitos para actuar como usuarios operador, con lo cual se desconoce la deontología administrativa.

Quedó probado el daño, que se traduce en la violación de la moralidad administrativa, en punto del desconocimiento manifiesto del régimen previsto para la conformación de la zona franca permanente. Además, se identificó al autor de la violación, esto es, las autoridades concernidas en la actuación a quienes se logró atribuir el daño. Y, por último, existe un nexo entre la conducta y la vulneración, que se traduce fundamentalmente en el rompimiento de la igualdad de cargas, ya que se concedió un beneficio especial a un sujeto jurídico que no existía al momento de iniciar la actuación.

5. Finalmente, considero que correspondía a la sala plena, como juez constitucional que es, evaluar en contexto la situación para fijar un precedente importante, en orden a no solo examinar la legalidad del acto definitivo, sino de actuar como garante de la moralidad administrativa para asegurar que el ejercicio de la función administrativa sea siempre honesto, diligente, pulcro, transparente y conforme con el interés general.

Atentamente,

(Firmado electrónicamente)
Julio Roberto Piza Rodríguez

Fecha *ut supra*.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en virtud del artículo 129 de la Ley 1437 de 2011, me permito aclarar la decisión adoptada en la sentencia de dieciséis (16) de marzo de dos mil veintiuno (2021), como a continuación lo expongo:

Comparto la decisión de confirmar la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por la Sala Veinticuatro (24) Especial de Decisión que negó la pérdida de investidura del entonces Representante a la Cámara por el departamento de Santander, señor Miguel Ángel Pinto Hernández, elegido para el período constitucional 2014-2018, por cuanto no se configuró la causal prevista en el numeral 2º del artículo 183 de la Constitución Política.

El motivo de la aclaración radica en que, a mi juicio, y de manera muy respetuosa, considero que en el caso, era necesario analizar la competencia de la primera vicepresidenta de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes para autorizar el retiro del congresista de las sesiones plenarias de 16 y 30 de agosto de 2017, 1, 20, 21 y 23 de noviembre de 2017, y establecer si, de acuerdo con lo probado, dichos permisos se otorgaron ante la *"ausencia o imposibilidad"* del presidente de acuerdo con lo previsto en los artículos 90, 40 y 45 de la Ley 5ª de 1992, pues fue un aspecto al que se refirió expresamente el recurrente como se indica en la sentencia al señalar que frente a dichas sesiones, *"el recurrente cuestionó lo concluido en la sentencia de primera instancia porque, en su criterio, se validaron erróneamente los permisos de retiro concedidos por un miembro de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes que no presidía la sesión, la congresista Lina María Barrera Rueda, ni cumple con los requisitos establecidos en el artículo 90 de la Ley 5ª de 1992".*

.

Lo anterior era importante, en la medida en que permitía a la Sala reafirmar, a partir del análisis correspondiente, la tesis expuesta por el *a quo* en el sentido que la inasistencia del congresista a las sesiones plenarias *"contó con la autorización expresa de uno de los integrantes de la mesa directiva de la Corporación que le dio el visto bueno a su retiro del recinto"*, como efectivamente se concluyó en la sentencia.

En estos términos dejo consignada mi aclaración frente a lo decidido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia de 16 de marzo de 2021.

Fecha *ut supra.*

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

Se suscribe con firma escaneada, por salubridad pública (Art. 11, Decreto 491 de 2020)

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN POPULAR-Improcedencia para anular actos administrativos. ACCIÓN POPULAR-A pesar de su carácter principal no es sucedáneo de otras acciones. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN ACCIÓN POPULAR-Necesidad de su vinculación al proceso, si el fallo los afecta, reiteración salvamento de voto del 26 de junio de 2019. RECURSOS PROCEDENTES EN ACCIÓN POPULAR-Los autos son susceptibles de apelación y súplica, por aplicación de las reglas supletivas del CCA y el CPACA, reiteración salvamento de voto del 26 de junio de 2019.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión que se adoptó en la providencia del 24 de marzo de 2021, que negó las pretensiones de la acción popular, disiento de algunas consideraciones allí consignadas.

1. El demandante solicitó la anulación de los actos administrativos que autorizaron la creación y el funcionamiento de la Zona Franca de Occidente, pues, en su entender, con ellos se vulneró el derecho colectivo a la moralidad administrativa. La sentencia, al estudiar ese reproche, analizó la legalidad de las decisiones

administrativas y las confrontó con las normas superiores que les sirvieron de fundamento. En otras palabras, asumió el rol de juez de los actos y, al hacerlo, terminó resolviendo -en la práctica- su legalidad.

Si bien de ese estudio no se derivó una nulidad de las resoluciones impugnadas, a mi juicio, el fallo desbordó el ámbito de competencia del juez de la acción popular -que tiene prohibido decidir sobre la nulidad de los actos administrativos-, conforme al criterio unificado de la Sala, por sentencia del 13 de febrero de 2018, rad. 25000-23-15-000-2002-02704-01, para los procesos en vigencia del CCA, y lo ordenado en el artículo 144 CPACA, para los procesos iniciados después del 2 de julio de 2012.

2. Este recurso judicial no tiene un carácter supletivo o residual frente a otras acciones judiciales, sino que se caracteriza por ser autónomo y principal dado que su objeto es la protección de derechos colectivos. No obstante, ello no implica que los "poderes" del juez de la acción popular sean ilimitados. Es claro que este medio de control no procede para controvertir las leyes de la República ni discutir decisiones judiciales de constitucionalidad, tampoco para cuestionar la constitucionalidad del proceso de concertación y entrada en vigor de Tratados Internacionales; tampoco para discutir decisiones judiciales; ni es el medio idóneo de verificación y cumplimiento de lo decidido por otras autoridades judiciales. Por supuesto, tampoco procede para controvertir la legalidad de actos administrativos o contratos estatales[98].

3. El proceso finalmente se decidió sin la vinculación de terceros que, a mi juicio, tenían que intervenir, pues la sentencia pudo afectarlos. Como dichos terceros, en su momento, intentaron esa intervención y la Sala estimó que -"por celeridad"- la decisión y los recursos de las providencias relacionadas con esa cuestión estaban reservados al consejero sustanciador, debo insistir en los argumentos expuestos en el salvamento de voto al auto del 26 de junio de 2019, a los que me remito en su integridad.

Resulta paradójico que, conforme al criterio de la Sala, mientras los autos dictados en un proceso derivado de una acción popular -donde se discuten derechos

[98] Cfr. Consejo de Estado-Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 31 de enero de 2020 rad. AP 25000-23-41-000-2014-00874-01 [fundamento jurídico 7] y Sala Especial de Decisión n°. 26, sentencia del 3 de diciembre de 2019, rad. REV AP-73001-23-31-000-2007-00127-01 [fundamento jurídico 8].

colectivos- solo son susceptibles del recurso de reposición, las normas procesales que regulan los procesos en los que se discuten derechos de naturaleza subjetiva establezcan la procedencia de los recursos de apelación y súplica en contra de determinados autos interlocutorios, según lo disponen los artículos 181 y 183 del CCA, 243 y 246 del CPACA y el artículo 351 del CPC, retomado por el 321 del CGP.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Firmado electrónicamente a través de SAMAI

MAR/1F

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

Tema: Derecho colectivo a la moralidad administrativa. Importancia jurídica; trascendencia social y económica. Usuario operador de Zonas Francas Permanentes.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el debido respeto, aclaro el voto respecto de la sentencia del 24 de marzo de 2021, que se dictó en el proceso de la referencia. Las razones son las siguientes:

Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha considerado a la moralidad administrativa dentro de una doble dimensión: i) como principio de la función administrativa (artículo 209 CP) y ii) como derecho colectivo (artículo 88 *ibidem*), «[…] como principio, la moralidad administrativa orienta la producción normativa infraconstitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea

expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular […]»[99].

Respecto de la moralidad administrativa se ha señalado que, si bien es un concepto jurídico indeterminado, en todo caso, la actuación de la administración debe estar direccionada a la satisfacción del interés general, y realizarse dentro del marco de los fines establecidos por la Constitución y la ley[100]. En ese sentido la Sección Tercera de esta Corporación señaló que: «[…] en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley»[101].

Desde la unificación de jurisprudencia sobre este tema del año 2015[102], la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha considerado que existen dos elementos esenciales para la configuración de la moralidad administrativa, esto es el objetivo y el subjetivo.

En cuanto al elemento objetivo, en la aludida sentencia se indicó que este puede darse en dos manifestaciones: (i) conexidad con el principio de legalidad, el cual corresponde a la vulneración o desconocimiento de una norma por la acción u omisión de una entidad estatal o de un particular en ejercicio de una función pública y (ii) violación de los principios generales del derecho consagrados en la Constitución y la ley.

En lo que respecta a la relación moralidad-legalidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado que no toda ilegalidad constituye una vulneración a la moralidad administrativa, ello por cuanto, el incumplimiento de una norma no conlleva por sí misma la vulneración al derecho colectivo. Por lo anterior, ha concluido que si bien el principio de legalidad es un elemento fundante de la moralidad administrativa debe concurrir el elemento subjetivo para que se configure la vulneración del derecho colectivo.

En relación con el elemento subjetivo, esta Corporación consideró que es necesario evidenciar que la acción u omisión del funcionario o del particular que ejerce funciones públicas fue inmoral, esto es, que se apartó del cumplimiento del interés general, en aras de su propio interés o del de un tercero. Con respecto a este punto, la sentencia indicó que se requiere la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública y, en cumplimiento del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 167 del Código General del Proceso,

---

[99] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 21 de febrero de 2007. Exp. 76001-23-31-000-2005-00549-01.

[100]EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ. Curso de Derecho Administrativo I. Editorial Civitas S.A. Madrid. 1974. Pág. 471. «La Administración está vinculada a la ley y al derecho y ello tanto cuando emana normas jurídicas (reglamentarias), como cuando dicta resoluciones concretas, por más que estas puedan tener su origen en potestades discrecionales. La administración - hay que repetirlo una vez más – no es un poder soberano, sino una organización subalterna al servicio de la comunidad […]»

[101] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de marzo de 2006. Radicación: AP- 13001233100020030023 9-01.

[102] [102] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativa, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, expediente 2007-00033-01(AP).

debe existir respecto de tal derecho colectivo una imputación y carga probatoria por parte del actor popular.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la moralidad administrativa es un concepto jurídico indeterminado, siempre se requerirá que este concepto sea analizado en cada caso concreto por el juez a fin de determinar si se configura o no la vulneración o amenaza del derecho colectivo, por cuanto no toda ilegalidad supone una inmoralidad. En efecto, no toda conducta que trasgreda el ordenamiento jurídico debe considerarse *per se*, como una vulneración del aludido derecho.

Igualmente, en atención a la textura abierta del concepto de moralidad administrativa, no puede considerarse que toda legalidad descarte por sí misma la vulneración de los derechos colectivos. Ello, por cuanto la aplicación concreta de una norma puede vulnerar un principio, constituyéndose en lo que se ha determinado, un ilícito atípico[103] y, por ende, considero que en el análisis relativo a la configuración del elemento objetivo en materia de moralidad administrativa, estos eventos no pueden ser dejados de lado y deben ser analizados a fin de determinar si pese a la aparente legalidad de una acción u omisión en relación con una norma, se genera una vulneración de un principio, que genere un cambio deóntico de permitido a prohibitivo.

Para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero los ilícitos son acciones opuestas a normas regulativas de mandato, las cuales pueden ser reglas o principios. Ahora bien, como existen dos tipos de normas de mandato, ello se deriva en dos tipos de ilícitos: Los ilícitos típicos que, son acciones opuestas a reglas de mandato; y los ilícitos atípicos, que son acciones opuestas a principios de mandato.

En efecto, los ilícitos atípicos son «las conductas que resultan ilícitas por oponerse no a una regla (de acuerdo con la cual aparecen como prima facie permitidas), sino a algún principio que determina que estén finalmente prohibidas)». Se trata de una situación distinta a los conflictos entre reglas o a los conflictos entre principios, dado que lo que suponen es un conflicto entre reglas y principios como en el caso del abuso del derecho, fraude de ley o desviación de poder, o un conflicto entre falta de reglas y principios (analogía y lagunas axiológicas), que terminan en una regla prohibitiva.

Tal como lo han planteado los autores, la existencia de ilícitos atípicos obedece a una necesidad de coherencia del sistema jurídico entre las reglas y los principios, que tiene por finalidad evitar el formalismo extremo en la aplicación del derecho, que conduciría a una incoherencia valorativa en las decisiones jurídicas. Así, en virtud de esta valoración una regla originariamente permisiva se convierte en prohibitiva.

Profundizando un poco más en esta materia, como quiera que se considera de gran importancia para el estudio de los casos en los cuales se alega la vulneración o amenaza del derecho colectivo a la moralidad administrativa, es importante anotar que el cambio de estatus deóntico de permitido a prohibido tiene lugar a través de la analogía y la existencia de una laguna axiológica.

En lo que respecta a la analogía, puede ocurrir bien sea por analogía *iuris* o por analogía *legis*, cuando nos encontramos ante la existencia de una laguna normativa en el campo de las reglas (*prima facie* la acción está permitida, en el sentido de que no resulta subsumible en ninguna regla prohibitiva).

---

[103] MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ en «Ilícitos atípicos». Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta, Madrid. 2000.

El cambio deóntico en los casos de la analogía *legis*, se produce «por la semejanza que el caso no regulado tiene con otro u otros casos en los que opera una regla prohibitiva; y la justificación es que las razones (el balance entre principios) que justifican la prohibición en estos últimos casos se dan también en relación con el caso que aparecía como no regulado: o sea, dicho balance entre principios exige la generación de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso en cuestión».
Por su parte, en la analogía iuris, «la nueva regla prohibitiva viene exigida directamente por el balance entre los principios del sistema aplicables al caso, aun cuando no hay una regla prohibitiva aplicable a casos semejantes»[104].

Ahora bien, en lo que respecta a la existencia de una laguna axiológica, en la cual la acción está teóricamente permitida, en el sentido de que hay una regla regulativa que la admite», el cambio deóntico ocurre «como consecuencia de que la subsunción del caso en dicha regla resulta incoherente con el balance entre los principios del sistema aplicables al caso y ese balance exige el surgimiento de una nueva regla prohibitiva en la que subsumir el caso»[105].

Igualmente, los ilícitos atípicos incluyen las figuras de abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder que presentan estos elementos comunes: «i) la existencia, *prima facie* de una acción permitida por una regla, que se puede denominar «norma de amparo»; ii) la producción de un daño como consecuencia, intencional o no, de esa acción; iii) el carácter injustificado de ese daño a la luz del balance entre los principios relevantes del sistema; iv) la generación, a partir, de ese balance, de una nueva regla que limita el alcance de la primera, al calificar como prohibidos comportamientos que, de acuerdo con aquella, aparecían como permitidos»[106].

Con base en lo anterior, los ilícitos atípicos cobran especial importancia a fin de determinar si se configura el elemento objetivo en casos donde se predica como amenazado o vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa y, por ende, en mi sentir deben ser incluidos de manera expresa en su análisis, y de allí considero que en las acciones populares el análisis no puede ceñirse únicamente al estudio de la mera legalidad o a una mera confrontación con la norma.

Respetuosamente,

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Magistrado

Esta providencia fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando con su celular el código QR que aparece a la derecha, o ingresando a la dirección http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080, en donde debe colocarse el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

[104] MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ en «Ilícitos atípicos». Editorial Trotta. Segunda edición. Página 125.
[105] *Ibidem.*
[106] Ib. Página 126.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones la Corporación, me aparto de la sentencia del 24 de marzo del año en curso, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en la cual se confirmó la decisión apelada que negó las pretensiones de la demanda, encaminadas a la protección de la moralidad administrativa por la constitución de la denominada Zona Franca de Occidente.

En primer lugar, debo precisar que acompañé la ponencia inicial que fue sometida a consideración de la Corporación, pero que no fue acogida por el criterio mayoritario.

Como lo sostenía el proyecto derrotado, en el caso concreto se vulneró el principio-derecho a la moralidad administrativa, dado que la Administración permitió un trato desigual y, además, privilegió el interés particular, puesto que la propia Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial de Zonas Francas reconoció expresamente que no existían antecedentes en los cuales personas jurídicas no constituidas se hubieran presentado como solicitantes de conceptos de viabilidad y de aprobación de planes maestros.

A contrario sensu, en la providencia del 24 de marzo de 2020 se privilegió el elemento subjetivo de la moralidad administrativa, pues se indicó que no se acreditó que las autoridades públicas hubieran actuado de forma deshonesta o ilegal. En efecto, para el criterio mayoritario "*en la conducta del servidor público*

deberán concurrir criterios de naturaleza subjetiva que demuestren el desconocimiento del interés general y los propósitos del servicio público, con fines de favorecer intereses privados durante el desarrollo de actuaciones administrativas. Por lo general, los elementos de carácter subjetivo coinciden con conductas deshonestas o corruptas dentro de las que se incluyen actos amañados o irregulares".

Considero respetuosamente que en la providencia del 24 de marzo de 2021 se dejó de lado un análisis pormenorizado de las pruebas que obran en el expediente, porque estas dan cuenta de que en la constitución de la Zona Franca de Occidente existió una clara intención de favorecer a quienes para ese momento eran los hijos del presidente de la República, pues se permitió que la solicitud de declaratoria la presentara un patrimonio autónomo recientemente constituido, sin ningún tipo de experiencia, con una promesa de constitución de sociedad futura.

En efecto, de los elementos de convicción que obran en el expediente se desprenden los siguientes hechos probados:

i) Celebración de un contrato de fiducia mercantil con la Fiduciaria Colpatria S.A., en el año 2006, con la finalidad de adquirir unos predios y tramitar –a través de otro con quien la fiduciaria celebró un mandato comercial: la Zona Franca de Bogotá S.A.-, la creación de la Zona Franca de Occidente, para luego adelantar la comercialización de los lotes y/o edificaciones resultantes de la urbanización de aquellos, sin que conste plenamente quién fue en ese momento el fideicomitente, puesto que no se halló el documento privado de constitución de dicho fideicomiso, en virtud del cual surgió el patrimonio autónomo FC-Tierras Mosquera, que fue quien adquirió, a través de la fiduciaria, los predios en los que se autorizó finalmente la creación de la zona franca de occidente, aunque, de acuerdo con las pruebas, aparentemente fueron la sociedad Residuos Ecoeficiencia S.A. y el señor Tomás Uribe Moreno, quienes suscribieron dicho contrato.

ii) La modificación, mediante el otrosí 2 del 12 de junio de 2008, del contrato de fiducia mercantil –este sí obrante-, para hacer figurar como fideicomitentes a una serie de sociedades, la mayoría de ellas de reciente creación, algunas de las cuales, a su vez, se asociaron para crear una nueva sociedad: Tierras Mosquera S.A., a favor de la cual cederían sus derechos fiduciarios sobre el patrimonio FC-Tierras Mosquera, para que dicha sociedad, a su vez, los transfiriera a la futura

sociedad Zona Franca de Occidente S.A. -Usuario Operador, de la cual son socios Tierras Mosquera S.A., Zona Franca de Bogotá S.A. y otras tres sociedades de las recientemente creadas –y que también fueron registradas como fiduciantes en el referido otrosí 2 respecto del patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera-, estas últimas con una participación accionaria mínima.

iii) Tierras Mosquera S.A., uno de los socios mayoritarios de la Zona Franca de Occidente S.A.-Usuario Operador, le cedió a esta última, no sólo los derechos fiduciarios aportados a la primera por sus propios socios, sino también los derechos fiduciarios de otras personas que no eran socias suyas –Área Inversiones S.A., Carlos Enrique Moreno Mejía y Residuos Ecoeficiencia S.A.-, de quienes los recibió a título de "préstamo", resultando que del aporte que Tierras Mosquera S.A. debía efectuar como accionista de la Zona Franca de Occidente S.A.-Usuario Operador, que era de $5.498.350.000,oo, la suma de $2.882.447.515,88 provino de los recursos de sus propios accionistas y el resto correspondió a lo "prestado" por terceros.

iv) La sociedad Residuos Ecoeficiencia S.A. -de la que no se halló la escritura de constitución, pero que según el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, son miembros principales de su junta directiva Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, siendo el primero el representante legal de la sociedad-, que obró como fideicomitente respecto del patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera y fue una de las personas que "prestó" sus derechos fiduciarios a la sociedad Lotes Mosquera S.A. para aportarlos a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.-Usuario Operador, cedió parcialmente su posición contractual de fideicomitente en un porcentaje del 26,324% a favor de varias sociedades –algunas de las cuales se asociaron en la sociedad Tierras de Mosquera S.A.-, conservando un porcentaje del 23,676%, el cual, posteriormente, el 4 de diciembre de 2008, transfirió a favor de una nueva sociedad: Yogur S.A., cuyos socios fueron Tomás y Jerónimo Uribe Moreno, en un 32,503% cada uno –es decir más del 50% entre los dos-, la sociedad C.I. Salvarte Ltda. -de la que éstos son los únicos socios- con un porcentaje del 0,023 %, Udo Johann Scheutten con el 33,333% y Andrea Vivian Scheuten con el 0,001%, derechos fiduciarios que figuraban en los pasivos de Residuos Ecoeficiencia S.A. por valor de $33´926.553,11 y cuando se inscribieron como activos de la nueva sociedad, lo fueron por valor de $3´092.998.621.

v) Cuando el patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera presentó ante la comisión intersectorial de zonas francas la solicitud de concepto favorable para la declaración de existencia de la zona franca de occidente y la aprobación del plan maestro de inversión, lo cual sucedió el 5 de diciembre de 2007, los fideicomitentes del fideicomiso por el cual se creó el referido patrimonio autónomo eran Tomás Uribe Moreno y Residuos Ecoeficiencia S.A., pues como ya se vio, fue a través del Otrosí 2 del 12 de junio de 2008, que el señor Uribe Moreno cedió el 100% de su participación y Ecoeficiencia, el 26,324% de la suya, a las sociedades ya referenciadas.

vi) A los 4 días de esta cesión de derechos, el 16 de junio de 2008, se suscribió la escritura pública 1685, por medio de la cual se constituyó la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.-Usuario Operador, siendo sus socios Zona Franca de Bogotá S.A.; Tierras Mosquera S.A. –estas dos, las principales accionistas, con el 50% y el 49,985% respectivamente-; Prodigium S.A. (cesionario de derechos fiduciarios del patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera que le pertenecían a Tomás Uribe Moreno, quien los cedió a Inversiones A.L.C. S.A., sociedad que a su vez, los cedió a Prodigium); Promoinvertir S.A. (cesionario de derechos fiduciarios del patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera que le pertenecían a Tomás Uribe Moreno, quien los cedió a Inversiones A.L.C. S.A., sociedad que a su vez, los cedió a Promoinvertir) y Dusti S.A. (cesionario de derechos fiduciarios del patrimonio autónomo FC-Lotes Mosquera, que le pertenecían a Residuos Ecoeficiencia S.A. y a Tomás Uribe Moreno, que le cedió a Inversiones A.L.C. S.A., sociedad que a su vez los cedió a Dusti).

Lo anterior denota el esfuerzo que se hizo para que los señores Tomás y Jerónimo Uribe Moreno no figuraran como socios de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A.-Usuario Operador o como propietarios de los predios sobre los cuales se constituyó dicha zona franca, a pesar de ser promotores y accionistas del negocio planteado.

En tal virtud, esas actuaciones carecen de la transparencia que es deseable encontrar en las negociaciones y transacciones de cualquier persona, pero más aún, de quienes por su parentesco con el primer mandatario pueden suscitar suspicacias, como las que dieron lugar al presente proceso. Ahora bien, la

Administración tuvo conocimiento de estas circunstancias y, por tal motivo, debió obrar con la ética y la transparencia requeridas para el ejercicio de cualquier función pública, más aún la función administrativa que propende por la satisfacción del interés general.

Ese conjunto de actos jurídicos, dirigidos a evitar que los nombres de los hijos del presidente de la República salieran a la luz pública durante el procedimiento administrativo de constitución de zona franca, es indicativo de que la verdadera intención de los particulares intervinientes y de la propia Administración era desconocer el ejercicio pulcro y honesto de la función administrativa.

Considero que la violación al principio-derecho a la moralidad administrativa no puede ser asimilado a la ilegalidad. Una equiparación en tal sentido desconoce el brocardo del efecto útil de las normas[107], pues no tendría sentido que el Constituyente hubiera elevado a rango constitucional la noción de moralidad administrativa, para simplemente darle una equiparación con un supuesto de ilegalidad manifiesta, como lo plantea el criterio mayoritario en la sentencia del 24 de marzo de 2021.

El papel del juez contencioso administrativo, al controlar la moralidad administrativa, consiste en ejercer la nomofilaxis, en el sentido de reconocer que en el ejercicio de las funciones públicas no siempre los comportamientos censurables caen en la ilegalidad, sino que, en ocasiones, transgreden principios y valores constitucionales que hacen que la actuación de los funcionarios pueda ser catalogada como deshonesta, desleal o corrupta.

En ese orden de ideas, no comparto el contenido y alcance que le ha dado la Corporación al principio-derecho a la moralidad administrativa, por cuanto ha hecho depender la efectividad de la misma de un elemento subjetivo asociado a la intencionalidad de los funcionarios públicos.

En efecto, en la sentencia del 1º de diciembre de 2015, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo unificó su jurisprudencia en relación con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. En esa oportunidad, la Corporación señaló

---

[107] "*Según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias*" Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004.

que este derecho estaba compuesto por dos elementos: i) el objetivo, consistente en la violación o desconocimiento de una norma o de un principio del derecho por acción u omisión y ii) el subjetivo, relativo a la verificación del propósito particular o individual del servidor público. En otras palabras, un comportamiento ilegal, deshonesto o corrupto.

Estoy convencida de que la finalidad y el propósito del Constituyente al elevar a rango constitucional el principio-derecho a la moralidad administrativa fue el de establecer una especie de exigencia ética objetiva o eticidad (Hegel) basada en los principios y valores constitucionales. En otras palabras, la Constitución Política reconoce con la noción de moralidad administrativa que en ocasiones, los servidores públicos y los particulares pueden actuar amparados bajo un halo de legalidad, sin embargo, su comportamiento puede ser contrario a los parámetros éticos que comparte la colectividad y la sociedad.

La ética, como lo ha precisado la profesora Adela Cortina Ors, consiste en el estudio y análisis de los comportamientos morales, motivo por el cual es posible sostener que "*ninguna sociedad puede funcionar si sus miembros no mantienen una actitud ética. Ningún país puede salir de la crisis si las conductas inmorales de sus ciudadanos y políticos siguen proliferando con toda impunidad*"[108], es por ello que nos invita a reflexionar sobre la importancia de la ética como criterio de utilidad para los siguientes aspectos: i) reforzar la confianza pública y, por consiguiente, abaratar costes y crear riqueza, ii) labrarse un buen y sólido carácter, iii) transitar hacia la cooperación inteligente, iv) fortalecer la libertad del ciudadano, v) reconocer y estimar lo que vale por sí mismo, lo que tiene dignidad, vi) construir una democracia auténtica y vii) perseguir la felicidad y la justicia.

Una de las críticas que se hace al concepto de moralidad administrativa es que su equiparación con la ética pública puede llevar a un escenario censurable, en el cual se desdibujen los límites entre el derecho y la moral. No obstante, hoy en día resulta indiscutible que uno de los papeles del juez constitucional y contencioso administrativo es ejercer controles éticos. ¿Acaso el medio de control de pérdida de investidura de servidores públicos de elección popular no es un juicio ético político?

---

[108] Cf. CORTINA Ors, Adela "Para qué sirve la ética", Ed. Paidós, Madrid.

Así las cosas, propugno por un entendimiento práctico de la moralidad administrativa, con miras a evitar una visión reduccionista que equipare inmoralidad con ilegalidad. De allí que la moralidad administrativa permita aplicar imperativos categóricos y criterios de control ética basados en la razón práctica, siempre a la luz de los principios y valores constitucionales contenidos en el preámbulo, y los artículos 1 y 2 superiores.

El derecho privado, desde hace varias décadas, ha reconocido la importancia de incorporar estándares de comportamiento ético para evitar riesgos, sanciones o incumplimientos regulatorios. Las sociedades modernas establecen prácticas de buen gobierno corporativo y, actualmente, han incorporado el denominado *compliance* como práctica para implementar sistemas de gestión.

De modo que resulta paradójico, por decir lo menos, que en el ámbito del derecho privado y corporativo se censuren las prácticas encaminadas a la trasgresión de las normas de buenas prácticas comerciales, mientras que en el derecho público se continúe con la asimilación irrestricta entre ilegalidad e inmoralidad administrativa, como si no se pudiera transgredir principios y valores constitucionales a través de comportamientos amparados en las lagunas o vacíos normativos.

En suma, considero que el criterio mayoritario al equiparar la moralidad administrativa con legalidad hace nugatoria la efectividad de este principio y derecho colectivo y, más grave aún, transgrede los postulados de la lógica formal, específicamente el principio de no contradicción, puesto que si la Constitución distinguió entre ilegalidad e inmoralidad, no resulta lógico y admisible que sea el juez el que los equipare como si fueran lo mismo, dándoles igual contenido y alcance.

Por consiguiente, estoy convencida de que en el caso concreto se debió amparar el derecho colectivo a la moralidad administrativa y, por tanto, acceder a las súplicas de la demanda.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones de mi salvamento de voto.

Respetuosamente,

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Fecha ut supra.

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

ACLARACIÓN DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto manifiesto las razones por las que aclaro mi voto en la sentencia de segunda instancia de la referencia, en la que se resolvió confirmar la providencia de 26 de julio de 2011, por medio de la cual la Subsección "B" de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la acción popular propuesta por el demandante contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –en adelante DIAN– y otras autoridades[109], por las presuntas transgresiones al derecho colectivo a la moralidad administrativa en el marco del procedimiento en el que se declaró la existencia de la Zona Franca de Occidente, mediante la Resolución N°. 1825 de 18 de diciembre de 2008 de la DIAN.

En efecto, considero que, a la manera como lo estimó la sentencia, no existían en el expediente elementos normativos ni probatorios que lleven a concluir que los órganos estatales demandados vulneraron la moralidad pública, como consecuencia de que la solicitud del Plan Maestro de la Zona Franca de Occidente hubiere sido presentada por la sociedad Zona Franca de Bogotá S.A. –y no por su futura usuaria operadora, a saber, Zona Franca de Occidente S.A.– o porque la DIAN tuvo en cuenta la experiencia de los socios de esta última empresa –y no la

[109] Comisión Intersectorial de Zonas Francas.

de la persona jurídica misma[110]– para declarar la creación de esa área geográfica[111] con diversos beneficios tributarios, aduaneros y cambiarios.

No obstante, creo conveniente acotar que, contrario a lo que sostuvo la mayoría, **la preexistencia jurídica de la sociedad que se convertiría en la usuaria operadora de la Zona no se presenta como un requisito que hubiere debido ser exigido por la referida comisión[112],** si se atienden a las previsiones del artículo 392-1[113] del Estatuto Aduanero, adicionado por el artículo 1° del Decreto 383 de 2007, que supeditaba la aprobación del Plan Maestro y el concepto de viabilidad de la Zona Franca a los fines establecidos en el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005, relacionados con la creación de empleo y captación de nuevos capitales, el desarrollo de la competitividad y productividad en el área de influencia, y la generación de las economías de escalas, entre otros.

En otros términos, lejos de encargarse de aspectos jurídicos, como el relativo al análisis de la existencia y representación de la compañía usuaria operadora de la Zona Franca, la Comisión Intersectorial estaba encargada, bajo el cuerpo normativo aplicable para el momento de la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, de temáticas de índole técnico que, por un lado, medían el impacto económico de la propuesta; por otro, mesuraban sus efectos productivos; dejando a la DIAN la evaluación de los presupuestos normativos del proyecto, tal y como se desprendía del ordinal 1° del artículo 393.2 del Decreto 2685 de 1999:

> "Artículo 393-2.*Requisitos para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente.* Para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente, quien pretenda ser Usuario Operador de la misma, deberá acreditar los siguientes requisitos:
>
> **1. Constituir una nueva persona jurídica domiciliada en el país y acreditar su representación legal, o establecer una sucursal de una sociedad extranjera legalizada de conformidad con el Código de Comercio. En el certificado de existencia y representación legal debe constar que su objeto social le permite desarrollar las funciones de que trata el artículo 393-16 del presente decreto.**"

En ese sentido, me aparto de las aseveraciones del fallo que indican que la preexistencia era uno de los presupuestos requeridos por la Comisión Intersectorial para la aprobación del Plan Maestro, en los términos que se reproducen enseguida:

---

[110] Zona Franca de Occidente S.A.
[111] De acuerdo con la Ley 1004 de 2005.
[112] Incluso esta verdad se acepta a folio 27 del proyecto: "En la segunda fase del procedimiento, una vez se ha obtenido el concepto favorable por la Comisión Intersectorial, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 4051 de 2007 (que adicionó el artículo 392-5 del Decreto 2685 de 1999), la persona jurídica que pretenda ser usuaria operadora de una zona franca debe presentar la solicitud ante la DIAN, acompañada del concepto de viabilidad y las aprobaciones previamente emitidas por la Comisión Intersectorial."
[113] "Artículo 392-1. Concepto sobre la viabilidad de declarar la existencia de Zonas Francas Permanentes y criterios para aprobar el Plan Maestro de Desarrollo General. Para emitir concepto favorable sobre la viabilidad de declarar la existencia de una Zona Franca Permanente y para aprobar el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas tendrá en cuenta al momento de evaluar el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca, que el proyecto cumpla a cabalidad con los fines establecidos en el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005, así como su impacto Regional."

> “Asimismo, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas se abstuvo de analizar la solicitud presentada inicialmente por Zona Franca de Bogotá -en su calidad de mandataria- hasta tanto se aportara el documento que acreditara la constitución de la persona jurídica que pretendía la aprobación del Plan Maestro de Desarrollo de la Zona Franca Permanente de Occidente. Puntualmente, el viceministro de Desarrollo Empresarial en nombre de la referida Comisión requirió el 18 de diciembre de 2007 al solicitante para completar su petición y acreditar “*la constitución de la nueva persona jurídica para la cual se solicita la aprobación del plan maestro y los conceptos de viabilidad de la declaratoria y continuidad del área*”.
>
> Todo lo anterior conforme a las normas que reglamentaban para ese momento la materia que señalaban que, quien pretendiera obtener la declaratoria de existencia de una zona franca permanente y ser usuario operador de esta, debía acreditar la constitución de una nueva persona jurídica domiciliada en el país y acreditar su representación legal (artículo 393-2 Decreto 4051 de 2007 que entró a regir a partir del 23 de octubre de 2007).”

Por otro lado, estimo que se hacía necesario ahondar las razones por las cuales –a pesar de no compartir la idea de que la transgresión a la moralidad administrativa pueda ocurrir aún ante la inexistencia de ilegalidad en la actuación escrutada–, se debía desarrollar una dogmática que ahondara en la teoría de los ilícitos legales o ilícitos atípicos, en el universo más amplio de las nociones de “inmoralidad legal” que invitan a escudriñar, si la expresión me es permitida, en nuevos terrenos que alimenten las acciones populares, hoy conocidas como medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos.

Lo anterior bajo la idea que el fraude o el abuso del derecho en todo caso deben ser mirados o examinados, para lo que convoca al examen sobre la violación del consabido derecho colectivo, dentro de los linderos que demarcan el cumplimiento de los fines del Estado y la protección de la ética pública definida a partir de la identidad que se moldea desde la comprensión holística de los principios constitucionales y legales que lo irradian.

En los anteriores términos dejó presentada mi aclaración de voto.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081”

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 25000-23-27-000-2010-02540-01(AP) (IJ)

Actor: FELIPE ZULETA LLERAS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES (DIAN) Y OTROS

En atención a lo resuelto en la sentencia de 24 de marzo de 2021[114] proferida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado en el expediente de la referencia, debo señalar que compartí la decisión mayoritaria, pero con el respeto acostumbrado debo aclarar mi voto, con base en lo siguiente:

I. LA DEMANDA

El señor Felipe Zuleta Lleras, en ejercicio de la acción popular, presentó demanda en contra de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo – Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), para que se restableciera el derecho colectivo a la moralidad administrativa presuntamente trasgredido al haber declarado un área geográfica como zona franca permanente y autorizado como usuario operador de aquella a la sociedad Zona Franca de Occidente S.A

Se acusó la vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa, por la presunta trasgresión: a) del trámite administrativo para la obtención de concepto por la Comisión Intersectorial, dado que se permitió que la sociedad beneficiaria de la zona franca -*sociedad ZONA FRANCA DE OCCIDENTE*- se constituyera o naciera a la vida jurídica legalmente luego de que un tercero presentara en su nombre la solicitud –*sociedad Zona Franca de Bogotá*; y b) de los requisitos de capacidad y experiencia para el otorgamiento de la autorización como usuario Operador, dado que la sociedad ZONA FRANCA DE OCCIDENTE no cumplía con estos, y para subsanar este defecto se aceptó los de la sociedad Zona Franca de Bogotá

[114] Sentencia remitida a este despacho para aclaración de voto, el 7 abril de 2021.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE 26 DE JULIO DE 2011, PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN CUARTA, SUBSECCIÓN B.

El conocimiento de la acción popular en primera instancia correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, que mediante sentencia de 26 de julio de 2011 negó las pretensiones de la demanda *-en lo que interesa al caso-,* al considerar que: i) está permitido por el ordenamiento jurídico que una persona jurídica diferente a quien pretendía postularse como Usuario Operador, presentara la solicitud para que la Comisión Intersectorial emitiera el concepto respectivo, ii) haber constituido la Zona Franca de Occidente S.A. con posterioridad a la fecha en que se presentó la solicitud de concepto de viabilidad no soslayó la moralidad administrativa, en la medida en que la Comisión aprobó el plan maestro e impartió concepto favorable y también se había solicitado a la DIAN declarar su existencia, y iii) se acreditó que la Zona Franca de Bogotá, era accionista de la Zona Franca de Occidente S.A., y contaba con experiencia certificada en la operación, de manera que ésta podía serle trasladada a la posteriormente constituida, sociedad Zona Franca de Occidente S.A. en su calidad de socia.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El demandante en el recurso de apelación, señaló que la sentencia recurrida dejó de afrontar el interrogante planteado, esto es, si podía una sociedad inexistente solicitar que se le aprobara un Plan Maestro e indicó que la vulneración de la moralidad administrativa se materializó porque el Comité Intersectorial y la Dian no rechazaron la petición presentada por una sociedad inexistente la cual no tenía experiencia ni posibilidades de ejercer tan complejas labores de comercio internacional, en consecuencia estas entidades otorgaron un claro y notorio beneficio a los hijos del Presidente de la República de la época.

IV. LA SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 2021 PROFERIDA POR LA SALA PLENA CONTENCIOSA DEL CONSEJO DE ESTADO, CON PONENCIA DEL

DR. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO -*OBJETO DE LA PRESENTE ACLARACIÓN DE VOTO*-.

La Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, confirmó la decisión de primera instancia que negó la pretensión de declarar vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa, con los siguientes argumentos:

Indicó que la solicitud efectuada ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas no fue efectuada por una persona diferente a la que obtuvo la declaratoria de la Zona Franca de Occidente, pues está siempre fue mandataria de la Fiduciaria Colpatria como vocera del Patrimonio Autónomo Lotes de Mosquera y que la Comisión Intersectorial de Zonas Francas se abstuvo de analizar la solicitud presentada inicialmente por Zona Franca de Bogotá -*en su calidad de mandataria*- hasta tanto se aportara el documento que acreditaba la constitución de la persona jurídica que pretendía la aprobación del Plan Maestro de Desarrollo de la Zona Franca Permanente de Occidente.

Afirmó que en el trámite de la acción popular no hay prueba que permita establecer que las autoridades demandadas hayan procedido con el ánimo de satisfacer intereses particulares y patrimoniales de la sociedad Zona Franca de Occidente S.A. o de sus beneficiarios reales, como lo sugiere el demandante y que de las actuaciones adelantadas por la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la DIAN, que a la fecha se reputan legales, es posible evidenciar que la declaratoria de existencia de la Zona Franca de Occidente S.A. no fue una creación "*exótica, aislada o especial"*.

Señaló que la regulación cuestionada por el actor popular permaneció vigente hasta la expedición de los Decretos 1289 de 2015 y 2147 de 2016, es decir, alrededor de 10 años; para el año 2007 se tramitó y declaró la existencia de aproximadamente 22 zonas francas permanentes en Colombia y para el 2008 alrededor de 70[115] en atención al régimen jurídico aplicado a la solicitud de la Zona Franca Permanente de Occidente S.A. (hoy S.A.S). En consecuencia, no resultan admisibles las aseveraciones planteadas en la demanda y en el recurso de apelación respecto a la elaboración y aplicación de un régimen jurídico que se concibió únicamente para beneficiar intereses subjetivos.

[115] Folio 2328 del cuaderno principal.

V. ARGUMENTOS DE LA PRESENTE ACLARACIÓN DE VOTO.

En relación con la sentencia de 24 de marzo de 2021 de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, debo señalar que comparto la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que declaró no vulnerada la moralidad administrativa, pero consideró necesario realizar las siguientes aclaraciones:

La verificación de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, tiene como presupuesto la aplicación de un test compuesto de dos tipos de juicios: **i)** un juicio de naturaleza objetiva, que guarda relación con la legalidad y los principios del derecho administrativo, en el cual se corrobora si la actuación estatal enjuiciada desconoció las normas superiores en las que debía fundarse, y **ii)** un juicio de naturaleza subjetiva, que consiste en determinar si la conducta del servidor público puede ser catalogada como arbitraria, caprichosa o en general desconocedora de los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico -*se trata de un juicio para establecer si el servidor desconoció el interés general y por el contrario pretendió satisfacer el interés particular*-.

- En la sentencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa del Consejo de Estado, se señaló –*en relación con el primero de los mencionados juicios*- que respecto del trámite ante la Comisión intersectorial no hubo vulneración del requisito de preexistencia jurídica de la sociedad que se convertiría en la usuaria operadora, puesto que tal irregularidad fue corregida con la posterior constitución formal de la sociedad Zona Franca de Occidente.

Sin bien coincido en que no hubo vulneración alguna en la referida etapa del trámite de autorización de usuario operador de zona franca, entiendo que esto es así *"no por la subsanación de una irregularidad"*, sino por la inexistencia de la misma, toda vez que de conformidad con el artículo 392-1[116] del Estatuto

[116] "Artículo 392-1. Concepto sobre la viabilidad de declarar la existencia de Zonas Francas Permanentes y criterios para aprobar el Plan Maestro de Desarrollo General. Para emitir concepto favorable sobre la viabilidad de declarar la existencia de una Zona Franca Permanente y para aprobar el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca, la Comisión Intersectorial de Zonas Francas tendrá en cuenta al momento de evaluar el Plan Maestro de Desarrollo General de Zona Franca, que el proyecto cumpla a cabalidad con los fines establecidos en el artículo 2° de la Ley 1004 de 2005, así como su impacto Regional."

Aduanero *-adicionado por el artículo 1° del Decreto 383 de 2007-*, y el ordinal 1°[117] del artículo 393.2 del Decreto 2685 de 1999, la preexistencia de la sociedad no es un requisito deba ser exigido por la mencionada comisión, dado que está solo se encargaba de la revisión de asuntos técnicos referidos al impacto económico de la propuesta del Plan Maestro; siendo competencia entonces de la DIAN *–en la etapa correspondiente-* la verificación de los aspectos jurídicos *–entre ellos la existencia jurídica de sociedad solicitante-*, momento para el cual, en el caso analizado por la Sala aquella ya había sido constituida.

- Por otra parte, y teniendo en cuenta lo anterior, considero que era necesario que la sentencia de la Sala Plena Contenciosa dejara plasmados los dos juicios antes mencionados *-objetivo y subjetivo-,* e indicara con claridad que estos deben ser concurrentes al momento de analizar la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, esto es que, en materia de acciones populares en relación con el mencionado derecho, solo puede haber una condena tras verificar la existencia de una *"inmoralidad jurídica"*.

En otras palabras, para efectos de las acciones populares la moralidad administrativa constituye un concepto jurídico *–y no simplemente un concepto ético-* de manera que, la verificación de su vulneración siempre debe estar ligada en primer orden a la trasgresión del ordenamiento jurídico *-bien sea por la vulneración de una norma, de un principio o de una regla jurídica-,* por lo cual, no debe tener cabida la teoría de los "ilícitos legales" *-esto es la vulneración de la moralidad administrativa sin trasgresión del ordenamiento jurídico-*, toda vez que, ello comportaría una visión peligrosista de las actuaciones de la administración que por demás afectaría la seguridad jurídica, esto en la medida en que, aquellas aun cumpliendo con las disposiciones del ordenamiento jurídico podrían resultar afectadas, por la sola visión "meramente subjetiva" de lo que el juez administrativo pueda considerar como moral o inmoral.

---

[117] Decreto 2685 de 1999. Artículo 393-2.*Requisitos para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente.* Para obtener la declaratoria de existencia de una Zona Franca Permanente, quien pretenda ser Usuario Operador de la misma, deberá acreditar los siguientes requisitos:

1. Constituir una nueva persona jurídica domiciliada en el país y acreditar su representación legal, o establecer una sucursal de una sociedad extranjera legalizada de conformidad con el Código de Comercio. En el certificado de existencia y representación legal debe constar que su objeto social le permite desarrollar las funciones de que trata el artículo 393-16 del presente decreto.

Así las cosas en el asunto conocido en segunda instancia por la Sala Plena Contenciosa Administrativa, la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia que negó la declaración de la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa, debe derivar de la inexistencia de irregularidad legal alguna en el procedimiento administrativo surtido ante la Comisión Intersectorial de Zonas Francas y la Dian *–juicio objetivo-,* independientemente de los cuestionamientos morales subjetivos y suspicacias que puedan existir por parte del demandante, derivados de que quienes adelantaron el procedimiento y obtuvieron el permiso de usuario operador de zona franca fueran los hijos del Presidente de la República de aquella época.

Así las cosas, con el respeto acostumbrado, dejo planteados los argumentos que sustentan mi aclaración de voto.

Con toda consideración,

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera de Estado