

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil doce (2012)

Radicación numero: 11001-03-24-000-2005-00334-00(15895)

Actor: ASOCIACION NACIONAL DE IMPORTADORES DE FRUTAS FRESCAS Y OTROS

Demandados: MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL

FALLO

Decide la Sala la acción pública de nulidad simple instaurada por la Asociación Nacional de Importadores de Frutas Frescas ASIFRUT, British American Tobacco (South American) Limited y J. E. Rueda S.A., contra los Decretos 3146 y 3234, ambos de 2004, proferidos por los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, Hacienda y Crédito Público y Agricultura y Desarrollo Rural, por medio de los cuales se establece el gravamen arancelario a los productos originarios y procedentes de la República de Chile.

ANTECEDENTES

La demanda

La Asociación Nacional de Importadores de Frutas Frescas ASIFRUT, British American Tobacco (South American) Limited y J. E. Rueda S.A. solicitan la nulidad de los Decretos 3146 y 3234, ambos de 2004, que expresan:

***“DECRETO NÚMERO 3146 DE 2004
27/09/2004***

Por medio del cual se fijan gravámenes arancelarios a importaciones procedentes y originarias de Chile.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a las normas generales previstas en las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, y:

Que el Gobierno de Colombia activó el mecanismo de solución de controversias previsto en el Acuerdo de Complementación Económica número 24 suscrito con la República de Chile, a fin de determinar la legalidad de las medidas adoptadas por esa nación para restringir el ingreso a ese mercado de azúcar y mezclas de azúcar provenientes de Colombia;

Que el Grupo Arbitral al fallar sobre las pretensiones del Gobierno de Colombia, determinó el incumplimiento por parte de Chile del compromiso asumido por este en el artículo 5° del Sexto Protocolo Modificatorio del ACE 24, que consiste en no incluir nuevos productos en el Sistema de Bandas de Precios;

Que en consecuencia, el Grupo Arbitral dispuso que Chile debe restituir respecto de las preparaciones y mezclas alimenticias de origen colombiano, las condiciones de acceso vigentes a la fecha de suscripción del mencionado Protocolo, mediante el reconocimiento de la preferencia arancelaria del 100% y la exclusión de dichos productos del Sistema de Bandas de Precios;

Que a pesar de los múltiples requerimientos que el Gobierno de Colombia ha hecho a la República de Chile para conocer las medidas adoptas por este para dar cumplimiento al fallo del Grupo Arbitral, a la fecha el Gobierno de Chile no ha tomado las medidas pertinentes para acatar lo resuelto en el procedimiento de solución de controversias;

Que además de la declaración de incumplimiento, el Grupo Arbitral autorizó a Colombia a suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile;

Que el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior en su sesión número 129 del 24 de septiembre de 2004, recomendó al Gobierno Nacional suspender concesiones otorgadas a Chile en desarrollo del ACE 24,

DECRETA:

Artículo 1°. A los productos originarios y procedentes de la República de Chile, se les aplicará el gravamen arancelario señalado a continuación:

Subpartida	Descripción	Gravamen %
0808.10.00.00	Manzanas frescas.	15
0808.20.10.00	Peras frescas.	15
0806.10.00.00	Uvas frescas.	15
8704.21.00.10	Vehículos automotores para el transporte de mercancías, con motor de émbolo o pistón, de encendido por compresión (Diésel o semi-diésel), de peso total con carga máxima inferior a 10.000 libras americanas.	35
2204.21.00.00	Vinos en recipientes con capacidad inferior o igual a 2 L.	20
2402.20.20.00	Cigarrillos de tabaco rubio	20
2106.90.20.90	Las demás preparaciones compuestas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual a 0.5% Vol. para la elaboración de bebidas.	10

(...)"

**“DECRETO NUMERO 3234 DE 2004
06/10/2004**

Por medio del cual se modifica el artículo 1° del Decreto 3146 del 27 de septiembre de 2004.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a las normas generales previstas en las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Decreto 3146 del 27 de septiembre de 2004, el Gobierno Nacional ordenó suspender las concesiones otorgadas a Chile en desarrollo del ACE-24, para manzanas, peras y uvas frescas, vehículos automotores, vinos, cigarrillos y preparaciones para la elaboración de bebidas, correspondientes a las subpartidas arancelarias 08.08.10.00.00, 08.08.20.10.00, 08.06.10.00.00, 87.04.21.00.10, 22.04.21.00.00, 24.02.20.20.00 y 21.06.90.20.90;

Que en el artículo 1° del citado decreto, se transcribió incorrectamente la subpartida arancelaria 21.06.90.20.90 que corresponde a las demás preparaciones compuestas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual a 0.5% Vol. para la elaboración de bebidas, por lo cual se hace necesario aclarar que la subpartida arancelaria correcta es la 21.06.90.20.10 correspondiente al producto preparaciones compuestas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual a 0.5% Vol. para la elaboración de bebidas de consumo inmediato,

DECRETA:

Artículo 1°. Modificar el artículo 1° del Decreto 3146 del 27 de septiembre de 2004, el cual quedará así:

Artículo 1°. A los productos originarios y procedentes de la República de Chile, se les aplicará el gravamen arancelario señalado a continuación:

Subpartida	Descripción	Gravamen %
0808.10.00.00	Manzanas frescas	15
0808.20.10.00	Peras frescas	15
0806.10.00.00	Uvas frescas	15
8704.21.00.10	Vehículos automotores para el transporte de mercancías, con motor de émbolo o pistón, de encendido por compresión (Diésel o semidiésel), de peso total con carga máxima inferior a 10.000 libras americanas	35
2204.21.00.00	Vinos en recipientes con capacidad inferior o igual a 2 L.	20
2402.20.20.00	Cigarrillos de tabaco rubio	20
2106.90.20.10	Preparaciones compuestas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual a 0.5% Vol. para la elaboración de bebidas: De consumo inmediato	10

Artículo2°. Lo establecido en el artículo 1° del presente decreto, no se aplicará a las mercancías que hayan sido embarcadas con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto.

(...)"

Antecedentes históricos de los decretos demandados.

Las Repúblicas de Colombia y Chile son miembros del Tratado de Montevideo de 1980, que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), incorporado al ordenamiento interno de Colombia mediante la Ley 45 de 1982.

El objetivo del tratado es la promoción del desarrollo económico – social armónico y equilibrado de Latinoamérica, con el fin de establecer, en forma gradual y progresiva, un mercado común.

Los artículos 7° y 8° contemplan la posibilidad de que los países miembros celebren acuerdos de alcance parcial, esto es, en aquellos cuya celebración no participan la totalidad de los integrantes. De acuerdo con estas disposiciones, el 6 de diciembre de 1993, Chile y Colombia suscriben el Acuerdo de Complementación Económica No. 24, el cual para todos los efectos legales se denomina ACE 24, cuya finalidad era lograr entre sus miembros un programa de desgravación arancelaria de productos, integrado a nuestra legislación a través del Decreto 2717 de 1993.

En el ACE 24 se precisó que todas las preparaciones alimenticias clasificadas bajo la partida arancelaria 21.06.90.90 no tributaban impuesto alguno. No obstante lo anterior, de manera inconsulta y unilateral la República de Chile, en el año 1999, aplicó a todos los importadores de azúcar una salvaguardia OMC, medida que en el año 2000 fue prorrogada por un año más y se concedieron derechos que beneficiaron a Brasil, Guatemala y Argentina y se excluyó a Colombia.

El artículo 32 del ACE 24 dispuso un régimen arbitral para la solución de las controversias que pudieran presentarse en la interpretación del acuerdo, su aplicación o incumplimiento; el 28 de octubre de 2003, el Gobierno de Colombia activó el mecanismo con el fin de determinar la legalidad de las medidas adoptadas por Chile para restringir el ingreso a ese mercado de azúcar y mezclas de azúcar provenientes de Colombia.

Luego de la consulta y de la intervención de la Comisión Administradora del Acuerdo, ésta declaró concluida su intervención y nombró el grupo arbitral, de conformidad con el artículo 32 del ACE 24.

El grupo arbitral profirió Resolución definitiva el 19 de mayo de 2004 en la que dispuso: i) que Chile no incumplió el artículo 5° del Sexto Protocolo del ACE 24, no violó las normas y principios generales del Tratado de Montevideo 1980 ni los artículos 1° y 2° del ACE 24, al incrementar el arancel consolidado de 31.5% a 98%, porque la inmovilidad de dicho arancel en el nivel en que se encontraba a la firma del acuerdo, no era un compromiso entre las partes; ii) que Chile ha

incumplido el compromiso asumido en el artículo 5° del Sexto Protocolo, de no incluir nuevos productos en el SBP, que en consecuencia, Chile debe restituir, respecto a las preparaciones y mezclas alimenticias de origen colombiano las condiciones de acceso vigentes a la fecha de suscripción del protocolo, esto es, cero arancel. Que Colombia podrá suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile; iii) que ha sido alterado el mecanismo de banda de precios lo que genera una presunción fundada de menoscabo.

Colombia solicitó aclaración de la resolución; al respecto, el Grupo Arbitral manifestó que la parte demandante no proporcionó información suficiente para que resulte posible cuantificar el menoscabo y especificar esas medidas de forma que las mismas sean equivalentes a dicho menoscabo, lo que hace inviable que la resolución definitiva contenga todos los aspectos indicados en el artículo 32 del ACE 24. Que por tal razón remitió a la Comisión Administradora del ACE 24 la fijación del procedimiento que permita determinar el monto del menoscabo y habilite la adopción de medidas equivalentes por la parte demandante.

Posterior a este pronunciamiento, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia expidió los Decretos 3146 y 3234 de 2004, por medio de los cuales dijo ejecutar la autorización otorgada por el Grupo Arbitral a Colombia para suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile; algunas empresas solicitaron la revocatoria directa de éstos actos, la cual fue negada mediante comunicación de fecha 8 de julio de 2005, por cuanto no se encontraban configuradas las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo y porque entre las funciones de la Comisión no se encuentra la de determinar el menoscabo causado a un país con el fin de que éste aplique medidas retaliatorias proporcionales, así mismo, Colombia y Chile no han acordado encomendar estas funciones a la Comisión.

Agregó el Ministerio que el Gobierno de Colombia no tenía la obligación de acudir a la Comisión Administradora con la finalidad de que ésta determinara el menoscabo causado, como requisito previo para sancionar los Decretos 3146 y 3234 de 2004.

Los demandantes¹ consideran que los Decreto 3146 y 3234 de 2004 violan los artículos 9°, 13, 209 y 227 de la Constitución Política; 2°, numeral 3 de la Ley 7 de 1991; 3° de la Ley 489 de 1998; 11 de la Ley 45 de 1981 (Tratado de Montevideo de 1980); 32 del Decreto 2717 de 1993, modificado por los Decretos 1741 de 1994, 2172 de 1995, 2181 de 1996 y 2178 de 1997 (Acuerdo de Complementación Económica No. 24 suscrito entre la República de Chile y la de Colombia); y 26 y 27 de la Ley 32 de 1985 (Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969).

El concepto de violación se puede resumir así:

1°. Violación del Acuerdo de Complementación Económica 24 (ACE 24).

Manifiestan que el Gobierno Colombiano expidió los Decretos 3146 y 3234 de 2004 sin fundamento jurídico por cuanto el Grupo Arbitral dispuso, mediante la Resolución del 19 de mayo de 2004, que Colombia podía tomar la medida de suspender las concesiones otorgadas a favor de Chile, siempre y cuando la suspensión fuera transitoria y proporcional al menoscabo causado por el incumplimiento de Chile.

Sin entregar toda la información requerida, Colombia suspendió las concesiones otorgadas a favor de Chile, sin que la Comisión Administradora del Acuerdo hubiera fijado el procedimiento que permitiera determinar el monto del menoscabo sufrido por Colombia y la habilitara a la adopción de medidas equivalentes a los perjuicios provocados y sin demostrar los mismos.

De esta forma, Colombia violó el artículo 32 del ACE 24, que dispone que la resolución del grupo arbitral es la que habilita al país demandante a tomar las medidas específicas frente a una situación de incumplimiento de parte del país demandado y desconoció la autoridad de la Comisión Administradora del Acuerdo, quien fija el procedimiento que permite determinar el monto del menoscabo sufrido por Colombia y la habilita a adoptar medidas equivalentes a los perjuicios provocados.

Así mismo, las medidas adoptadas carecen de la proporcionalidad y transitoriedad que exige el artículo 32 del Acuerdo, lo que atenta la estabilidad jurídica del

¹ Folios 104 a 123 del cuaderno principal

Tratado; además, Colombia se atribuyó la función de interpretación y aplicación del tratado por encima de la estructura orgánica creada por el mismo acuerdo.

Agregan que Colombia no puede restarle fuerza obligatoria a las normas del Acuerdo, como lo hizo en la respuesta a la solicitud de revocatoria directa formulada por varias empresas, en la que precisó que el grupo arbitral no podía atribuirse funciones que legalmente no tiene.

Por lo tanto, es necesario restaurar la legalidad que regula las relaciones comerciales entre Chile y Colombia originadas en el Acuerdo de Complementación Económica No. 24 pues los decretos demandados han creado una situación de incumplimiento de parte de Colombia que, a su vez, impide que las negociaciones puedan reconducirse mediante el camino de la legalidad internacional: una retaliación por fuera del acuerdo es tan reprochable como el incumplimiento del mismo.

2°. Violación del Tratado de Montevideo de 1980 (Ley 45 de 1981).

Señalan que con la expedición de los decretos demandados se infringe el artículo 11 del Tratado de Montevideo de 1980, porque se desconocen los términos del ACE 24, al crear una situación que desincentiva la competencia económica; que es inequitativa e imposibilita la concurrencia de los productos al mercado internacional; que afecta intereses de los productores colombianos y de la mano de obra que requiere de los productos cuyos beneficios arancelarios fueron suspendidos; es decir, Colombia ejerció su competencia por fuera de los fines del Tratado de Montevideo de 1980, pues no probó el menoscabo sufrido.

3°. Violación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 y del Decreto 809 de 1994.

Manifiesta que por ser el acuerdo un tratado entre Estados, las discusiones sobre su interpretación deben regirse por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, que dispone en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (*el derecho interno y la observancia de los tratados*) que todo tratado en vigencia obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe y que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del mismo.

Colombia ha tenido un comportamiento que lesiona en materia grave la forma como un país ha de observar los tratados que suscribe y no ha demostrado el menoscabo sufrido, tal como lo exige el acuerdo y la resolución definitiva proferida por el grupo arbitral el 19 de mayo de 2004.

La transgresión a la buena fe, de que trata el artículo 26 de la Convención de Viena se deduce, tanto de la contradicción a la orden impartida por el grupo arbitral, como de la deliberada omisión en demostrar el perjuicio sufrido para efectos de tomar medidas en contra de Chile; en consecuencia, los decretos violan el Decreto 809 de 1994.

4°. Violación de los artículos 9° y 227 de la Constitución Política; 2°, numeral 3 de la Ley 7 de 1991.

Los decretos también violan los artículos 9° y 227 de la Constitución Política y 2°, numeral 3 de la Ley 7 de 1991, por cuanto las normas que expide el Gobierno Nacional, en materia de comercio exterior, deben encaminarse hacia la integración latinoamericana y estimular el comercio bilateral; además, los decretos demandados son propicios para fracturar los acuerdos comerciales con Chile, por cuanto imponen una medida retaliatoria por fuera de toda legalidad internacional y nacional, contraviniendo los presupuestos normativos que la facultarían a tomar este tipo de medidas.

5°. Falsa motivación y falta de motivación

Advierte que en la motivación de los decretos acusados, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo expresó que, además de la declaración de incumplimiento, el Grupo Arbitral autorizó a Colombia a suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile; por lo tanto, la motivación es falsa pues de la simple lectura de la resolución definitiva proferida por el Grupo Arbitral se entiende que la autorización estaba condicionada a pronunciamiento de la Comisión Administradora de la ACE 24, a quien le correspondía fijar el procedimiento para determinar el menoscabo y habilitar a Colombia a la adopción de medidas equivalentes.

Así mismo, indican que los decretos carecen de motivación toda vez que en ellos no se indica la proporcionalidad y transitoriedad de las medidas retaliatorias; que este vicio demuestra arbitrariedad de las medidas y la manifiesta violación de las normas que les sirven de fundamento.

Que, en consecuencia, los actos carecen de uno de sus elementos esenciales.

6°. Violación al derecho fundamental a la igualdad.

Advierten que en los decretos se eligieron sólo algunos productos importados de Chile, dejando a salvo los beneficios para otros. Este tratamiento discriminatorio viola el derecho fundamental a la igualdad y los artículos 209 de Carta Política y 3° de la Ley 489 de 1998.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1°. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El Ministerio² expresa que la actuación del Gobierno Nacional al proferir las normas demandadas, encuentra su soporte en el laudo arbitral que autoriza a Colombia a suspender transitoriamente concesiones otorgadas a favor de Chile, en proporción al menoscabo sufrido, entendida tal medida como una consecuencia del incumplimiento del Acuerdo ACE 24 por parte de la República de Chile, como país signatario del mismo.

Precisa que en la lectura de las funciones de la Comisión Administradora, dispuestas en el artículo 33 del ACE 24, no se encuentra de manera taxativa la función de determinar el menoscabo causado a un país signatario o miembro del Acuerdo, que implique para éste la facultad de aplicar o proferir medidas retaliatorias que guarden proporción con el menoscabo sufrido, ni se observa que los países signatarios del acuerdo hubiesen pactado encomendar a la mencionada Comisión la función de poder determinar el menoscabo causado por la adopción de alguna medida, que pudiera ser considerada como requisito *sine quanon* y previo para la imposición de las medidas de retaliación.

² Folios 155 a 168 del cuaderno principal

Por lo tanto, el Gobierno Colombiano no estaba en la obligación de acudir a la Comisión Administradora para que fuera ésta quien determinara el menoscabo causado.

Aceptar que Colombia debía gestionar ese mecanismo, sería aceptar que el Gobierno infringió principios de derecho internacional público como el del *pacta sunt servanda* (*los pactos gozan de vigencia, han de cumplirse por las partes signatarias y ese cumplimiento debe darse de buena fe*), primacía del texto (*los tratados habrán de ser interpretados conforme al sentido corriente que haya de atribuírsele a los términos contenidos en su texto*) y del efecto útil (*la interpretación de una cláusula debe hacerse posible, buscando que ella cumpla con la función práctica o realice la misión para la cual fue concebida alcanzando su objetivo y su fin*).

Sostiene que, de acuerdo con lo expuesto, no le corresponde a terceros adicionar cláusulas, disposiciones o interpretar las mismas de una manera que modifiquen, amplíen o restrinjan lo inicialmente pactado por las partes signatarias del acuerdo.

Agrega que del examen del acervo probatorio no se observa que exista una manifestación de voluntad clara, expresa y espontánea de las partes signatarias del Acuerdo en la que se encomiende o se faculte a la Comisión Administradora, para ejercer nuevas funciones, derivadas del propio texto del acuerdo. En el literal d) del artículo 32 del Acuerdo, se observa el mandato general de que *la Resolución de los árbitros, contendrá las medidas específicas que podrá aplicar el país perjudicado, ya sea por el incumplimiento, la interpretación errada o por cualesquiera acción u omisión, que menoscabe los derechos derivados de la ejecución del Acuerdo. Las medidas específicas señaladas en el inciso anterior, podrán referirse a una suspensión de concesiones equivalentes a los perjuicios provocados, a un retiro parcial o total de concesiones, o cualesquiera otra medida enmarcada en la aplicación de las disposiciones del acuerdo.*

De conformidad con lo anterior, por tratarse de un mandato conferido al Grupo Arbitral, concluye que la actuación del Gobierno Nacional al proferir los decretos demandados, se ajustó a la decisión contenida en el laudo proferido por el órgano de arbitraje. Además, el Grupo Arbitral, como órgano de solución de controversias,

no podía subrogarse funciones que legalmente y conforme con el Acuerdo no poseía.

Transitoriedad de la retaliación.

Afirma que esta medida de represalia es propia del derecho internacional; que persigue persuadir a la parte renuente o incumplida para que se allane a cumplir con las obligaciones derivadas de los tratados suscritos; su vigencia en el tiempo se encuentra circunscrita o condicionada al saneamiento del incumplimiento del Acuerdo y hasta cuando se adopten los correctivos o se sometan a las medidas tendientes a cumplir con la decisión arbitral, es decir, estas medidas se levantarían una vez la República de Chile se allane a cumplir con el contenido del laudo proferido por el Grupo Arbitral.

El Gobierno Colombiano persigue, con la adopción de las medidas contenidas en los decretos, que el Gobierno Chileno atienda el fallo proferido por el Grupo Arbitral y restituya las condiciones de acceso de nuestros productos, en concreto, el azúcar y las preparaciones alimenticias, a los mercados del mencionado país; no se persigue cerrar el comercio ni impedir las importaciones de los productos originarios de Chile.

Asevera que es tan cierta la apreciación anterior, que una vez proferidos los decretos demandados, los gobiernos de ambos países intentaron acercamientos en aras de lograr restablecer el flujo comercial entre ellos.

Del derecho a la igualdad y del principio de la distribución justa de las cargas públicas.

Precisa que el libelista olvida que el principio de la igualdad es predicable de las personas o de los ciudadanos y no de los sectores de la producción. Por lo tanto, los decretos demandados no prescriben un tratamiento desigual para algunos sujetos de derecho, sino que con ellos sólo se persigue el aseguramiento del principio de la seguridad jurídica, la obtención de la igualdad sustancial y el logro del ideal de la justicia, contenido tanto en el preámbulo como en todo el contexto de la Constitución Política.

Que la medida adoptada por Colombia solo buscaba restablecer el orden quebrantado o sanear el incumplimiento en que incurrió Chile. Por eso, en desarrollo de los procedimientos establecidos en el Acuerdo, cuando un país al que le han incumplido lo pactado decide adoptar las medidas de retaliación, debe tener en cuenta a qué sectores de la economía o renglones de la producción se deben dirigir las mismas, para que ésta cumpla con la finalidad para la cual fueron creadas, esto es, presionar a la parte incumplida a sanear su incumplimiento y de no cumplirse la finalidad, será necesario que el estado cumplido aplique dicha medida a otros sectores de la economía o de la producción del país incumplido.

De la motivación de las normas demandadas.

Afirma que previamente a la adopción de las medidas establecidas en los decretos que se demandan, se promovieron algunas actuaciones tendientes a evitar que Chile incumpliera con el Acuerdo, las cuales concluyeron con la decisión arbitral.

Que es tan evidente la motivación de las normas, que ellas son el resultado del incumplimiento del Acuerdo y la decisión se sustenta en el laudo proferido por el Grupo Arbitral, en el que se faculta a Colombia para adoptar las medidas contenidas en las normas que se demandan.

Agrega que ellas descansan en la normativa de comercio exterior que le permiten a Colombia imponer gravámenes arancelarios a productos importados sin mirar su origen, con cuyo recaudo el Estado Colombiano puede dar cumplimiento a los fines que la propia Constitución le ha señalado; que todas las actuaciones surtidas encuadran en el marco legal del Acuerdo de Complementación Económica ACE 24; los principios del derecho internacional público; los principios de los tratados internacionales y, en especial, el Tratado de Montevideo, la Convención de Viena y la Constitución Política.

2°. Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el de Agricultura y Desarrollo Rural.

Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público³ y el de Agricultura y Desarrollo Rural⁴ se oponen a las pretensiones de la demanda.

³ Folios 182 a 195 del cuaderno principal

⁴ Folios 200 a 213 del cuaderno principal

Excepción: Falta de jurisdicción del Consejo de Estado para pronunciarse respecto de la legalidad de los actos acusados, con fundamento en el supuesto acatamiento o desobedecimiento de una decisión arbitral internacional.

La solicitud de nulidad de un acto administrativo implica para el juez administrativo un análisis respecto de la concordancia de ese acto con la Constitución y la ley. Sin embargo, el hilo argumentativo del actor para fundamentar la nulidad de los decretos, se funda en determinar si Colombia dio o no cumplimiento a la resolución proferida por el Grupo Arbitral Internacional el 19 de mayo de 2004, con ocasión del mecanismo de solución de controversias, para dirimir el conflicto presentado por unas restricciones impuestas por Chile sobre el azúcar y unas mezclas de azúcar provenientes de Colombia.

El actor manifiesta que Colombia no acató la mencionada resolución arbitral, en el sentido de que ella le indicó a ese país que debía acudir a la Comisión Administradora del Acuerdo para determinar con precisión los perjuicios ocasionados por Chile, para efectos de establecer la suspensión de la concesión de beneficios a este último país; es a partir de esa consideración que el actor plantea todos los supuestos, juicios y reproches de nulidad, de los actos acusados.

En ese contexto, el Consejo de Estado carece de jurisdicción para pronunciarse respecto de la legalidad de los actos acusados, con fundamento en el supuesto acatamiento o desconocimiento por parte de Colombia de la resolución arbitral internacional del 19 de mayo de 2004, ya que ello implicaría para esa Corporación emitir un pronunciamiento previo respecto de la actitud asumida por Colombia en relación con una decisión de naturaleza internacional, frente a la cual no tiene jurisdicción ni competencia, pues son las instancias internacionales respectivas, dentro del marco de los tratados y acuerdos internacionales suscritos entre los dos países, las que deberían pronunciarse sobre esa situación.

No desconoce que los decretos acusados fueron expedidos por una autoridad colombiana y que, por lo tanto, son susceptibles de ser revisados por parte de esa Corporación. Sin embargo, el fundamento solicitar la nulidad de los decretos, no es otro distinto a la interpretación que el actor tiene de las supuestas actuaciones de Colombia frente a una decisión arbitral de naturaleza internacional.

Las normas y tratados internacionales han previsto los mecanismos de solución de controversias a los cuales pueden acudir las partes signatarias para dirimir sus conflictos. En tal sentido, son ellas las que deben definir los procedimientos que permitan determinar si un país dio o no cabal cumplimiento a las decisiones proferidas por los organismos internacionales.

De acuerdo con lo anterior, solicitan realizar el juicio de legalidad de los actos acusados, despojado de toda consideración respecto de las actuaciones asumidas por las partes frente a la decisión arbitral.

Los decretos acusados no vulneran el artículo 32 del Acuerdo de Complementación Económica No. 24.

De conformidad con el artículo 32 del Acuerdo de Complementación Económica No. 24 suscrito entre Chile y Colombia, el país perjudicado estaba facultado para acoger o no las medidas definidas por la resolución arbitral, sin que en ningún momento dicha norma imponga o exija requisito adicional.

En ese contexto la resolución proferida por el Grupo Arbitral, el 19 de mayo de 2004, facultó a Colombia para suspender de manera transitoria las concesiones otorgadas a Chile. En ella se determinó una medida específica respecto de la cual Colombia tenía la potestad de hacerla o no efectiva, en los términos señalados en el artículo 32. En aras de la protección de principios de derecho internacional como el de la buena fe y la igualdad entre los Estados, nuestro país decidió expedir unos decretos para los cuales tenía todas las facultades y autorizaciones constitucionales (numeral 25 del artículo 189) y legales para hacerlo.

Por lo tanto, mal puede predicarse una vulneración de los decretos acusados del artículo 32 del Acuerdo de Complementación Económica, cuando es la misma disposición la que consagra la facultad sin condicionamiento alguno.

Los decretos acusados no vulneran el artículo 11 del Tratado de Montevideo de 1980.

Señalan que no hubo violación y que, por el contrario, las medidas adoptadas responden al hecho de preservar condiciones equitativas de competencia para los productores colombianos, puesto que buscaban obligar al Gobierno de Chile a cumplir con las disposiciones internacionales que vulneró por la imposición unilateral de unas restricciones al azúcar y a unas mezclas de azúcar colombianas, lo que afectó gravemente una rama de la producción nacional.

Afirman que la naturaleza de una medida de retaliación, como la impuesta a través de los decretos acusados, no busca restringir el comercio o desfavorecer las condiciones de competencia de los productos del país afectado con aquella, sino que busca que el país infractor cumpla con las normas de los instrumentos o acuerdos internacionales que ha incumplido; tales herramientas buscan restablecer las condiciones y el equilibrio del comercio internacional entre las partes, mediante la imposición de sanciones transitorias, con el fin de que el país infractor de cumplimiento a los compromisos internacionales que ha asumido.

En consecuencia, la naturaleza de la medida de retaliación no se opone a los principios de integración económica entre las naciones sino que busca su protección y preservación mediante el mantenimiento de las condiciones asumidas por las partes.

Los decretos acusados no vulneran los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 ni el Decreto 809 de 1994.

Respecto a la vulneración de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y del Decreto 809 de 1994, no es clara la razón por la cual el demandante manifiesta la violación de la Convención ya que Colombia al adoptar las medidas a través de los decretos acusado, dió cabal cumplimiento al principio de *"pacta sunt servanda"*.

Indican que el Gobierno Colombiano jamás atentó contra la paz y la seguridad internacional. Hizo uso de las herramientas de solución de controversias hasta obtener la decisión del Grupo Arbitral y obró de conformidad con tal decisión al adoptar las medidas pertinentes que buscaron el cumplimiento de los compromisos asumidos por Chile, de conformidad con el Acuerdo de Complementación Económica.

Colombia no ha invocado disposiciones de derecho interno para justificar e incumplimiento del Acuerdo; simplemente se ha limitado a cumplir con los procedimientos contenidos en el Tratado y en el Acuerdo, con el fin de preservar los objetivos del mismo.

La medida adoptada a través de los decretos demandados no es otra cosa que la concreción de la decisión proferida por el Grupo Arbitral en el sentido de suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile, lo que se desprende del artículo 32 del Acuerdo, en el que se especifica que dichas medidas podrán referirse a la suspensión de concesiones equivalentes a los perjuicios provocados; habría obrado mal el país si hubiera aplicado algo distinto a lo contenido en el Acuerdo como la figura de la salvaguardia a la que se refiere el Decreto 809 de 1994, por cuanto dicha figura se desprende del Sistema Multilateral de Comercio y no del Acuerdo .

Agregan que el Decreto 809 se encarga de diferenciar el ámbito de aplicación de su fuerza jurídica vinculante, al señalar que las medidas de salvaguardia contenidas en la misma norma se aplicarán sin perjuicio de las normas especiales contenidas en acuerdos o convenios internacionales celebrados con otros países, como efectivamente sucede en el caso, en razón a que es el mismo ACE 24 y el órgano de solución de diferencias contenido en el mismo Acuerdo, el que contiene las medidas autorizadas para efectos de la oportuna retaliación.

Los decretos acusados no vulneran los artículos 9 y 227 de la Constitución Política, ni el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 7 de 1991.

Los decretos cuestionados no vulneran los artículos 9 y 227 de la Constitución Política, ni el numeral 3° del artículo 2° de la Ley 7 de 1991, por cuanto no constituyen una afrenta a los procesos de integración a que aluden las normas constitucionales.

La medida impuesta por Colombia no afecta las relaciones internacionales con Chile ni desmejora los procesos de integración con ese país, lo conmina para que cumpla las obligaciones internacionales asumidas con Colombia. En ese sentido, no se pueden pasar por alto los graves incumplimientos en que ha incurrido el Gobierno Chileno en detrimento de un sector de la producción colombiana.

Las medidas de retaliación están reconocidas por el derecho internacional, al punto que en los acuerdos internacionales suscritos por los estados se permite el ejercicio de esos instrumentos con el fin de restablecer las condiciones que los mismos han asumido; además, el propósito de la medida de retaliación no es generar trabas o restricciones a los procesos de integración.

Los decretos acusados no incurrieron en falsa motivación.

El motivo de la expedición del decreto no ha sido apreciado de manera indebida ni tampoco constituye una mera especulación; la resolución del Grupo Arbitral facultó a Colombia para suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile, y fue en cumplimiento de esa decisión que se expidieron los actos demandados.

Los decretos acusados no incurrieron en falta de motivación.

Si se tiene en cuenta que el azúcar y las mezclas de azúcar son productos esenciales de la agricultura de Colombia, generadores de empleo y de estabilidad social en el campo, una medida que restrinja las importaciones de éstos en Chile, es claramente perjudicial para los intereses económicos y sociales del país, por lo que la aplicación de la medida retaliatoria debía ser dirigida a productos sensibles de la economía chilena, como los contenidos en las normas demandadas.

Además, las medidas adoptadas por Colombia son de carácter transitorio toda vez que su vigencia se agotará en el momento en que Chile cumpla con lo dispuesto en el laudo arbitral; no buscan cerrar el comercio de manera definitiva y permanente a las exportaciones chilenas, sino que ese país acate el fallo del grupo arbitral y restituya las condiciones de acceso al mercado, pactadas en el Acuerdo.

Los decretos acusados no vulneran el derecho a la igualdad.

El derecho a la igualdad no se puede referir a los sectores generales de la economía, sino a los ciudadanos.

Por tal motivo, las medidas adoptadas por Colombia en cumplimiento de lo dispuesto en el laudo arbitral tienen carácter general y gravan por igual a todos aquellos importadores que ingresen al país los productos en cuestión por lo que no puede entenderse que establecen un trato discriminatorio de unos ciudadanos específicos respecto de los otros.

El Estado, dentro de sus atribuciones de intervención en la economía conferidas por la Constitución Política, deberá determinar y adoptar las medidas que considere convenientes para preservar sus derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por Chile en virtud del ACE No. 24.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La demandante insistió en los argumentos expuestos en la demanda y, además, precisó⁵ que no obstante la derogatoria expresa de los actos administrativos demandados, informada por el apoderado del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en escrito visible en los folios 243 y 244 del cuaderno principal, lo que genera el decaimiento de los mismos con efectos hacia el futuro, es necesario conocer la eficacia que tuvieron dichos actos durante el tiempo en que estuvieron vigentes, por lo que se debe estudiar la legalidad con base en las circunstancias que estuvieron vigentes al momento de la expedición.

Los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, Hacienda y Crédito Público y Agricultura y Desarrollo Rural, no intervinieron en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado considera que los Decretos 3146 y 3234 de 2004, no violan los preceptos constitucionales y legales invocados por el actor por las siguientes razones:

1°. En relación con la excepción de falta de jurisdicción del Consejo de Estado para pronunciarse, manifestó que la fundamentación de la acusación de nulidad de los actos demandados, en lo que respecta a la violación del Acuerdo de

⁵ Folios 285 a 301 del cuaderno principal

Complementación Económica No. 24 (ACE No. 24), al Tratado de Montevideo de 1980, a la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 1969 y a la falsa motivación, se soporta en la indebida interpretación de la autorización impartida en la resolución definitiva emitida por el Grupo Arbitral el 19 de mayo de 2004, acto en el cual se declaró el incumplimiento por parte de Chile del compromiso asumido en el artículo 5° del Sexto Protocolo.

Que, en ese sentido, la jurisdicción contencioso administrativa debe inhibirse de pronunciamiento sobre la legalidad de los decretos acusados, pues juzgar el cumplimiento o no de la autorización impartida en la Resolución del Grupo Arbitral, es competencia de los órganos convenidos en el Acuerdo firmado entre Colombia y Chile.

Advierte que la Comisión Administradora del Acuerdo de Complementación Económica No. 24, mediante la Resolución 5 del 27 de julio de 2006, resolvió poner fin a la controversia suscrita por la restricción interpuesta por Chile al azúcar y mezclas de azúcar provenientes de Colombia. En la resolución, nuestro país se comprometió a levantar las medidas que suspendían transitoriamente las concesiones otorgadas a Chile, objeto de los decretos acusados.

Que en cumplimiento de lo anterior, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2777 de 2006, por medio del cual derogó los Decretos 3146 y 3234 de 2004.

2°. En cuanto a la falta de motivación, considera que del texto de las consideraciones del Decreto 3146 de 2004 se desprende que la decisión fue adoptada ante el incumplimiento de Chile, por autorización del Grupo Arbitral y atendiendo la recomendación que el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior hizo al Gobierno Nacional, en la sesión 129 del 24 de septiembre de 2004.

Que, además, el artículo 2°(sic) del mismo decreto establece que éste estará vigente hasta tanto se verifique el cumplimiento de lo ordenado por el Grupo Arbitral mediante el fallo señalado.

Concluye que los decretos no adolecen de falta de motivación y que su vigencia va hasta tanto Chile cumpla la decisión arbitral.

3°. Respecto a la violación del derecho a la igualdad, afirma que la demandante no expone exactamente en que consiste el trato discriminatorio; solo fundamenta la violación en el hecho de que se escogieron unos productos y otros no, de lo cual no se puede establecer si se incurre en un desconocimiento del derecho a la igualdad, por cuanto respecto de los productos consignados en los decretos demandados, están obligados a pagar el tributo todos los importadores que los compren a Chile sin hacer discriminación de algunos de ellos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad de los Decretos 3146 y 3234 de 2004, expedidos por el Gobierno Nacional, por medio de los cuales se fijan gravámenes arancelarios a importaciones procedentes y originarias de Chile.

Las razones de la ilegalidad, manifestadas en la demanda, se concretan en afirmar que los actos vulneran el Tratado de Montevideo de 1980, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969, el Acuerdo de Complementación Económica No. 24 (ACE No. 24) y los artículos 9°, 13, 209 y 227 de la Constitución Política; 2° de la Ley 7ª de 1991 y 3° de la Ley 489 de 1998.

Antes de iniciar el correspondiente análisis, la Sala estudiará la excepción propuesta por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Agricultura y Desarrollo Rural, relacionada con la falta de jurisdicción del Consejo de Estado para pronunciarse respecto de la legalidad de los actos acusados.

La jurisdicción es la forma general como el Estado ejerce la función de administrar justicia en todo el territorio nacional; la concepción latina *jurisdiction*, que traduce declarar el derecho, significa que la misma puede ser definida como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley, mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva⁶.

Es la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, para la realización o garantía del derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a

⁶ Guiseppe Chioyenda, *La jurisdicción y la competencia*, Editorial Leyer.

los derechos subjetivos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos, y en forma obligatoria y definitiva⁷.

Lo anterior significa que la jurisdicción emana de la ley y nadie puede ejercerla si ésta no le ha sido conferida; la finalidad es decidir, con fuerza vinculante para las partes, una determinada situación jurídica controvertida.

En particular, el artículo 104 del Código Contencioso Administrativo precisa que la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa; esta jurisdicción la integra el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos.

En ese contexto, el Consejo de Estado puede juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. En procura de hacer expedito el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el ordenamiento jurídico ha consagrado unas acciones, entre las que se destaca la de simple nulidad cuyo propósito es buscar la declaratoria de invalidez de los actos administrativos que se estimen contrarios a las normas superiores que le sirven de sustento.

Ha dicho la Corte Constitucional⁸ *que mediante el contencioso de anulación se busca garantizar el principio de legalidad que resulta ser consustancial al Estado Social de Derecho que nos rige, al tiempo que se asegura la vigencia de la jerarquía normativa y la integridad del orden jurídico a partir de la supremacía de la Constitución Política (...).*

La acción de nulidad se ejerce exclusivamente en interés general con el fin de salvaguardar el orden jurídico abstracto; puede ser promovida por cualquier persona; no tiene término de caducidad y procede contra todos los actos administrativos siempre que persiga la defensa de la Constitución y la ley.

⁷ Hernando Devís Echandía, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá 1961

⁸ Sentencia C-513 de 1994

Bajo este entendido, se tiene que la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico.

Así las cosas, el Consejo de Estado posee jurisdicción para pronunciarse respecto de la legalidad de los Decretos 3146 y 3234 de 2004, a pesar de que entre las normas citadas como violadas por el actor se encuentren el Tratado de Montevideo de 1980 y la Convención de Viena que regulan el régimen jurídico internacional de los tratados, al establecer las reglas para la formación de los mismos, su aplicación e interpretación, su enmienda y modificación así como las formas de nulidad, terminación y suspensión de los tratados, y en los principios de flexibilidad (*en virtud el cual se prevé la concertación de acuerdos de alcance parcial regulados en forma compatible con la consecución progresiva de la convergencia y fortalecimiento de los vínculos de integración*) y el de multiplicidad, (*que posibilita distintas formas de concertación entre los países miembros utilizando todos los instrumentos que sean capaces de dinamizar y ampliar los mercados en el ámbito regional*), el segundo en estos términos, y teniendo en cuenta que la acción de nulidad es objetiva y a través de su ejercicio se pretende la preservación del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, la Sala considera que el actor con la presente acción busca que esta Corporación examine si los Decretos demandados transgreden las normas señaladas (Ley 45 de 1981, Acuerdo de Complementación Económica No. 24 ACE No. 24, artículos 9° y 27 de la Constitución Política; 2° numeral 3 de la Ley 7 de 1992) y no, dirimir una controversia internacional.

En ese contexto, no procede la excepción de falta de jurisdicción, por lo tanto, la Sala hace el estudio de los cargos:

1°. Falsa y falta de motivación.

Sostiene la demandante que las normas acusadas carecen de explicación en cuanto a la proporcionalidad y transitoriedad de las medidas.

Al respecto la Sala precisa:

La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable; los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos.

Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario, las razones de hecho y de derecho que inspiraron la producción de los mismos.

En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forma del acto administrativo, el modo de expedirse. Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en el vicio de expedición irregular y, por ende, se configura la nulidad del acto administrativo⁹.

En el caso que nos ocupa, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, en las consideraciones del Decreto 3146 del 27 de septiembre de 2004, precisó:

“CONSIDERANDO

Que el Gobierno de Colombia activó el mecanismo de solución de controversias previsto en el Acuerdo de Complementación Económica número 24 suscrito con la República de Chile, a fin de determinar la legalidad de las medidas adoptadas por esa nación para restringir el ingreso a ese mercado de azúcar y mezclas de azúcar provenientes de Colombia;

Que el Grupo Arbitral al fallar sobre las pretensiones del Gobierno de Colombia, determinó el incumplimiento por parte de Chile del compromiso asumido por este en el artículo 5° del Sexto Protocolo Modificador del ACE 24, que consiste en no incluir nuevos productos en el Sistema de Bandas de Precios;

Que en consecuencia, el Grupo Arbitral dispuso que Chile debe restituir respecto de las preparaciones y mezclas alimenticias de origen colombiano, las condiciones de acceso vigentes a la fecha de suscripción del mencionado Protocolo, mediante el reconocimiento de la preferencia arancelaria del 100% y la exclusión de dichos productos del Sistema de Bandas de Precios;

Que a pesar de los múltiples requerimientos que el Gobierno de Colombia ha hecho a la República de Chile para conocer las medidas adoptas por este para dar cumplimiento al fallo del Grupo Arbitral, a la fecha el Gobierno de Chile no

⁹ Sentencia 16090 del 23 de junio de 2011, C.P. Doctor Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

ha tomado las medidas pertinentes para acatar lo resuelto en el procedimiento de solución de controversias;

Que además de la declaración de incumplimiento, el Grupo Arbitral autorizó a Colombia a suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile;

Que el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior en su sesión número 129 del 24 de septiembre de 2004, recomendó al Gobierno Nacional suspender concesiones otorgadas a Chile en desarrollo del ACE 24,

(...)"

Por su parte, en el Decreto 3234 del 6 de octubre de 2004, señaló:

"CONSIDERANDO

Que mediante Decreto 3146 del 27 de septiembre de 2004, el Gobierno Nacional ordenó suspender las concesiones otorgadas a Chile en desarrollo del ACE-24, para manzanas, peras y uvas frescas, vehículos automotores, vinos, cigarrillos y preparaciones para la elaboración de bebidas, correspondientes a las subpartidas arancelarias 08.08.10.00.00, 08.08.20.10.00, 08.06.10.00.00, 87.04.21.00.10, 22.04.21.00.00, 24.02.20.20.00 y 21.06.90.20.90;

Que en el artículo 1° del citado decreto, se transcribió incorrectamente la subpartida arancelaria 21.06.90.20.90 que corresponde a las demás preparaciones compuestas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual a 0.5% Vol. para la elaboración de bebidas, por lo cual se hace necesario aclarar que la subpartida arancelaria correcta es la 21.06.90.20.10 correspondiente al producto preparaciones compuestas cuyo grado alcohólico volumétrico sea inferior o igual a 0.5% Vol. para la elaboración de bebidas de consumo inmediato,

(...)"

Según lo anterior, advierte la Sala que el Gobierno Nacional en los decretos demandados señaló las razones o fundamentos de hecho y de derecho que lo llevaron a expedirlos; lo anterior se evidencia en las explicaciones contenidas en los considerandos de los actos acusados.

En efecto, en los considerando del Decreto 3146 se relacionan los antecedentes ya conocidos, que llevaron al Gobierno Nacional a adoptar las medidas en contra de los productos allí señalados, mientras que en el Decreto 3234, se hace referencia a la transcripción incorrecta de la partida arancelaria que en el se enmienda.

En consecuencia, los actos demandados no adolecen ni es falsa su motivación.

2°. Violación del derecho fundamental a la igualdad.

Expone la demandante que los decretos demandados violan el derecho fundamental a la igualdad, pues Colombia escogió sólo unos productos importados desde Chile y deja a salvo otros bienes.

En efecto, el artículo 13 de la Constitución Política establece un principio general de igualdad: todas las personas nacen iguales, merecen la misma protección y trato de las autoridades y tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que el juicio de igualdad estricto procede i) cuando está de por medio una clasificación sospechosa; ii) cuando la medida adoptada afecta fundamentalmente a personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, a grupos marginados o discriminados, a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; iii) cuando aparece a primera vista que la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y iv) cuando la medida que es examinada es creadora de un privilegio.¹⁰

Al analizar el presente cargo encuentra la Sala que el actor no precisa los sujetos frente a quienes se predicen las condiciones de desigualdad o discriminación alegadas.

No obstante lo anterior, observa la Sala que en los decretos demandados se determina que todos los importadores colombianos que compren productos a Chile deben pagar los tributos, sin hacer discriminación de personas; no se evidencia, entonces, un trato discriminatorio y desigual frente a las demás organizaciones o asociaciones que al igual que la demandante, importan productos de Chile.

En consecuencia, no prospera el cargo de nulidad por violación del derecho a la igualdad.

3°. Violación del ACE 24, Tratado de Montevideo y de la Convención de Viena.

¹⁰ Sentencia C-227 de 2004.

Los Gobiernos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, animados por el propósito de fortalecer los lazos de amistad y solidaridad entre sus pueblos, firman el Tratado de Montevideo de 1980, aprobado por la Ley 45 de 1981, por medio del cual se creó la Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, siendo su objetivo fundamental avanzar en el proceso de integración latinoamericana promoviendo el *“desarrollo económico-social, armónico y equilibrado de la región”*, con el fin de llegar *“en forma gradual y progresiva al establecimiento de un mercado común latinoamericano”*.

Para la consecución de estos propósitos el tratado constituyó como mecanismos de integración: la preferencia arancelaria (artículo 5°), los acuerdos de alcance regional (artículo 6°) y los acuerdos de alcance parcial (artículo 7°). En los dos primeros concurren todos los países miembros; en los acuerdos de alcance parcial participan algunos de ellos; los acuerdos son comerciales, de complementación económica, agropecuarios, de promoción del comercio o de desarrollo de tareas específicas como la promoción del turismo y la conservación del medio ambiente, entre otras.

Los Gobiernos de Colombia y de Chile convienen celebrar un acuerdo de complementación económica para el establecimiento de un espacio económico ampliado, de conformidad con lo establecido en el Tratado de Montevideo, ACE No. 24 del 6 de diciembre de 1993 incorporado a la legislación colombiana con el Decreto 2717 de 1993, modificado posteriormente en varias ocasiones, con el cual se pretendió establecer un espacio económico entre los dos países, que permitiera la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos e intensificara las relaciones económicas y comerciales, por medio de una liberación total de gravámenes y restricciones a las importaciones originarias de ambos países, entre otras¹¹.

El acuerdo ha sido objeto de modificación a través del Segundo y Sexto Protocolo¹² suscrito por los dos países en los años 1994 y 1997, y dentro de este

¹¹ Artículo 1°

¹² El programa de desgravación del Sexto Protocolo del ACE No. 24 se divide en dos fases:

En la primera parte cubre 134 subpartidas arancelarias que fueron desgravadas entre el año 2002 y el 2006, cubre productos como pastas alimenticias, salvados y demás residuos del cernido, jugos de cítricos, petróleo y sus derivados, objetos de vidrio y cerámicos, tableros de madera y algunas manufacturas de cobre.

En la segunda parte se encuentran 166 subpartidas, que son desgravadas desde el 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2011, las cuales corresponden a productos sensibles para los dos países, como lácteos, cereales, semillas

último se incluye el tema del azúcar, en el que se precisó que todas las preparaciones alimenticias clasificadas bajo la partida arancelaria 21.06.90.90 obtendría una desgravación del 100%, es decir, sin gravamen arancelario; en el año 2002 Chile gravó con un arancel del 98% estas preparaciones.

Frente a lo anterior, Colombia manifestó su inconformidad a la Comisión Administradora del Acuerdo, tal como lo establece el artículo 32 del ACE No. 24, ya que esa medida afectaría el acceso del azúcar de Colombia al mercado de Chile; luego del mecanismo de consulta la comisión declaró concluida su intervención y procedió a nombrar el Grupo Arbitral, quien profirió la Resolución definitiva del 19 de mayo de 2004¹³.

En esa resolución se precisó que Chile incumplió el compromiso asumido en el artículo 5° del Sexto Protocolo, de no incluir nuevos productos en el Sistema de Bandas de Precios, por lo que éste debía restituir, respecto de las preparaciones y mezclas alimenticias de origen colombiano, las condiciones de acceso vigentes a la fecha de suscripción del mismo, esto es, arancel cero y exclusión del sistema de banda de precios; que en caso de que Chile incumpliera lo dispuesto, Colombia podría suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile, “en proporción al menoscabo que cause el incumplimiento y en cuanto a la determinación cuantitativa del menoscabo que carece de información suficiente para expedirse y remite dichas determinaciones a la Comisión Administradora del Acuerdo”.

La Sala considera que en los términos de la resolución aludida autorizaba a Colombia para suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile, lo que implica el reconocimiento para establecer los gravámenes a los productos procedentes y originarios de Chile, contenidas en los decretos demandados.

En cuanto a la afirmación del actor, en el sentido de que Colombia debía obtener el pronunciamiento relacionado con el monto del *menoscabo* por el incumplimiento de Chile, precisa la Sala que en el texto del ACE No. 24 no se observa que los países signatarios del acuerdo hubieran pactado que en caso de controversias y para la

oleaginosas y aceites, azúcar, tortas y demás residuos de aceites y grasas, adhesivos a base de caucho, aceite estearico y oleico y demás ácidos grasos. (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo)

¹³ Anexo No. 1

adopción de la medida señalada por el Grupo Arbitral, fuese necesario esperar que la Comisión Administradora del Acuerdo cuantificara el daño causado al país. Lo anterior, en concordancia con la Convención de Viena, que precisa que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Por esta razón, Colombia no estaba obligada a acudir a la comisión para que determinara el daño causado, puesto que así no fue considerado en el ACE No. 24, como requisito previo para la suspensión transitoria de las concesiones.

En ese contexto, aprecia la Sala que los Decretos 3146 y 3234 de 2004, dieron cumplimiento a la Resolución del 19 de mayo de 2004, del Grupo Arbitral designado por la Comisión Administradora del Acuerdo, es decir, desarrollaron lo ordenado por el organismo internacional encargado de solucionar las controversias, así como su vigencia temporal.

Advierte la Sala que la Comisión Administradora del Acuerdo de Complementación Económica No. 2, mediante la Resolución 5 del 27 de julio de 2006, puso fin a la controversia originada por las restricciones impuestas por Chile al azúcar y a las mezclas de azúcar; en ella Colombia se comprometió a levantar las medidas adoptadas en los decretos acusados y en consecuencia expidió el Decreto 2777 del 17 de agosto de 2006, por medio del cual se derogaron los Decretos 3146 del 27 de septiembre de 2004 y 3234 del 6 de octubre de 2004, los cuales fijaron gravámenes arancelarios a importaciones procedentes y originarias de Chile.

No obstante lo anterior y por las razones expuestas, considera la Sala que al expedir los Decretos 3146 y 3234 de 2004, el Gobierno Nacional no vulneró las normas mencionadas por el actor.

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

F A L L A:

1. DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

ACCION DE SIMPLE NULIDAD Y NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Objeto / ACTO ADMINISTRATIVO – Su naturaleza es el que define el tipo de acción / ACTO ADMINISTRATIVO PARTICULAR – es posible demandarlo mediante acción de simple nulidad cuando representen un interés superior y significativo para la comunidad en general. Aplicación de la teoría de los motivos y finalidades. No hay restablecimiento del derecho

Las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo. Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiera causado. *A contrario sensu*, si el acto es de carácter general, la acción de simple nulidad sería adecuada para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en el último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto. Se permite demandar en acción de simple nulidad los actos administrativos de contenido particular cuando representen un interés superior y significativo para la comunidad en general, porque amenacen el orden público, social o económico del país. Es decir, en esos casos, la acción de nulidad contra actos administrativos particulares se mira apropiada para preservar exclusivamente la legalidad y la integridad del orden jurídico. Desde luego, que, en ese caso, la sentencia

solamente producirá el efecto buscado por el actor y querido por la acción, esto es, la restauración del orden jurídico en abstracto y nunca podrá producir el restablecimiento del derecho subjetivo que se hubiera afectado. La restauración del orden jurídico en abstracto puede implicar el restablecimiento de derechos vinculados directamente al interés público y no de derechos vinculados a la esfera patrimonial de quien no demandó en la acción pertinente y de manera oportuna. Si el restablecimiento de derechos subjetivos fuere automático, por el solo efecto de la nulidad, la acción de simple nulidad no procede, a menos que se hubiere interpuesto a tiempo para tramitarse como acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Radicación numero: 11001-03-24-000-2005-00334-00(15895)

Actor: ASOCIACIÓN NACIONAL DE IMPORTADORES DE FRUTAS FRESCAS Y OTRAS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO Y OTROS.

Comparto la sentencia del 31 de mayo de 2012, dictada en el expediente de la referencia, que denegó las pretensiones de nulidad de los Decretos 3145 y 3234 de 2004, que fijaron gravámenes arancelarios a importaciones procedentes y originarias de Chile, en virtud de la autorización que el grupo arbitral, que se constituyó en el seno del convenio de la Aladi —ACE 24—, le concedió a Colombia de suspender transitoriamente las concesiones otorgadas a favor de Chile.

Aclaro el voto, simplemente, para dejar sentada mi posición sobre la procedencia de la acción de nulidad contra actos administrativos particulares y concretos, dado que en la sentencia objeto de aclaración de voto, se dijo que “(...) la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos generales y particulares, *“cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico”*¹⁴

¹⁴ Folio 23 de la sentencia

De la teoría de los motivos y de las finalidades

Lo primero que conviene decir es que, en general, las acciones de simple nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho tienen por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior. No obstante, mientras que con la acción de simple nulidad se persigue la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto, con la de restablecimiento del derecho se busca no sólo la defensa del ordenamiento jurídico, sino el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado por un acto administrativo.

A diferencia de la acción de simple nulidad, que puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier tiempo y sin necesidad de agotar vía gubernativa, la de nulidad y restablecimiento del derecho sólo puede ejercerla la persona que crea que se le ha causado un perjuicio, esto es, aquélla que es la titular del derecho supuestamente desconocido por el acto administrativo y, por ende, para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acreditar capacidad jurídica y procesal para actuar. El interesado, asimismo, debe probar que agotó la vía gubernativa y ejercer la acción oportunamente, esto es, dentro del plazo previsto en la ley.

Ahora bien, en principio, la naturaleza del acto administrativo es lo que define el tipo de acción que debe ejercerse. Por ejemplo, si se trata de un acto administrativo de contenido particular y concreto, la acción apropiada sería la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso, el juez administrativo no sólo examinará la legalidad de tal acto, sino que determinará el perjuicio que se hubiera causado. *A contrario sensu*, si el acto es de carácter general, la acción de simple nulidad sería adecuada para cuestionar la legalidad del acto administrativo. El juez administrativo, en el último caso, únicamente examinará la legalidad de tal acto.

Sin embargo, esta Corporación, en aplicación de la denominada teoría de los motivos y las finalidades, ha considerado que la acción de simple nulidad también procede excepcionalmente contra los actos particulares y concretos en los casos en que *“la situación de carácter individual a que se refiere el acto, comporte un especial interés, un interés para la comunidad de tal naturaleza e importancia, que vaya aparejado con el afán de legalidad, en especial cuando se encuentre de por medio un interés colectivo o comunitario, de alcance y contenido nacional, con incidencia trascendental en la economía nacional y de innegable e incuestionable proyección sobre el desarrollo y bienestar social y económico de gran número de colombianos. De otra parte, el criterio*

jurisprudencial así aplicado, habrá de servir como de control jurisdiccional frente a aquellos actos administrativos que no obstante afectar intereses de particulares, por su contenido y trascendencia impliquen, a su vez, el resquebrajamiento del orden jurídico y el desmejoramiento del patrimonio económico, social y cultural de la Nación¹⁵.

Se permite demandar en acción de simple nulidad los actos administrativos de contenido particular cuando representen un interés superior y significativo para la comunidad en general, porque amenacen el orden público, social o económico del país. Es decir, en esos casos, la acción de nulidad contra actos administrativos particulares se mira apropiada para preservar exclusivamente la legalidad y la integridad del orden jurídico.

Desde luego, que, en ese caso, la sentencia solamente producirá el efecto buscado por el actor y querido por la acción, esto es, la restauración del orden jurídico en abstracto y nunca podrá producir el restablecimiento del derecho subjetivo que se hubiera afectado. La restauración del orden jurídico en abstracto puede implicar el restablecimiento de derechos vinculados directamente al interés público y no de derechos vinculados a la esfera patrimonial de quien no demandó en la acción pertinente y de manera oportuna. Si el restablecimiento de derechos subjetivos fuere automático, por el solo efecto de la nulidad, la acción de simple nulidad no procede, a menos que se hubiere interpuesto a tiempo para tramitarse como acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

La propia Corte Constitucional, en la sentencia C-426 de 2002¹⁶, aceptó que la acción de simple nulidad procede contra actos administrativos de contenido particular, pero aclaró que la competencia del juez administrativo se limitaba a examinar la legalidad en abstracto y que, de ningún modo, puede adoptar medidas para el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado. Dijo la Corte Constitucional: **“En estos casos, la competencia del juez contencioso administrativo se encuentra limitada por la pretensión de nulidad del actor, de manera que, en aplicación del principio dispositivo, aquél no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada por el acto.”** (Se destaca).

¹⁵ Sala Plena, sentencia de 29 de octubre de 1996, M.P. Dr. Daniel Suárez Hernández, reiterada en sentencia de Sala Plena de 4 de marzo de 2003, M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

¹⁶ En la que se declaró la exequibilidad del artículo 84 C.C.A., en el entendido de que “la acción de nulidad también procede contra los actos de contenido particular y concreto, cuando la pretensión es exclusivamente el control de la legalidad en abstracto del acto” administrativo.

De ordinario, los actos administrativos perjudiciales, o en perjuicio de alguien, que se retiran del ordenamiento jurídico producen un efecto automático de restablecimiento del derecho lesionado, así el juez no lo disponga expresamente.

Así, por ejemplo, declarada la ilegalidad de un acto en el que la administración impone una sanción pecuniaria, surge un restablecimiento del derecho inmediato, que se traduce en que no habría obligación de pagar la sanción anulada.

En ese orden, de advertirse que con la declaración de nulidad del acto administrativo surgirá automáticamente el restablecimiento del derecho subjetivo afectado, la acción de simple nulidad resulta improcedente, a menos que haya sido interpuesta oportunamente¹⁷.

Efectivamente, si el interés perseguido con la acción de simple nulidad es el de obtener el restablecimiento de un derecho subjetivo, la demanda sólo podrá ser admitida siempre y cuando cumpla con los presupuestos procesales de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, capacidad jurídica y procesal de las partes, agotamiento de la vía gubernativa y ejercicio oportuno de la acción. Y, además, cuando la demanda cumpla con los requisitos formales previstos en los artículos 137 a 139 C.C.A.

En esta forma dejo expresadas las razones de mi aclaración de voto.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Fecha ut supra

¹⁷ En el mismo sentido la Ley 1437 de 2011, que entrará a regir el 2 de julio de 2012, en el artículo 137 establece: “Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

(...)

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.

(...)

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente.”