

Bogotá, marzo de 2005

Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
La Ciudad

Referencia: Acción de Nulidad contra el Decreto 4390 del 27 de Diciembre de 2004 expedidos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

SORAYA GUTIÉRREZ ARGUELLO, mayor de edad y domiciliada en esta ciudad representante legal de la Corporación Colectivo de Abogados “José Alvear Restrepo”, Organización No Gubernamental de Derechos Humanos, presento Acción de Simple Nulidad consagrada en el Art. 84 del Código Contencioso Administrativo, contra Decreto 4390 del 27 de Diciembre de 2004 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, representados respectivamente por sus ministros ALBERTO CARRASQUILLA BARRERO, CARLOS GUSTAVO CANO SÁENZ Y JUAN RICARDO ORTEGA LÓPEZ, fundamentándome en los siguientes:

I. HECHOS

1. El 27 de diciembre de 2004 el Gobierno Nacional expide el Decreto 4390 que tiene como propósito establecer un incentivo a la cobertura cambiaria, motivado en el Art. 64 de la Carta Política, Ley 7 de 1.991, Ley 101 de 1.993 y en la Ley 812 conocida como Plan de Desarrollo, ordenando un incentivo de descuentos sobre moneda corriente por dólares de los Estados

3. Como bien se explicará más adelante dicha normatividad conlleva a una violación flagrante al derecho a la igualdad, pues no se configura la justificación del trato diferente y preferencial que el Gobierno Nacional le da a este sector, excluyendo del mismo a otros importantes sectores de la economía más susceptibles de sentir el rigor de las fluctuaciones cambiarias, sectores igualmente importantes para la comunidad.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

A continuación se presentan los cargos de nulidad en contra del Decreto 4390 de 27 de diciembre de 2004. Así, en primer lugar se alegará la falta de competencia de los Ministerios de hacienda y crédito público, Ministerio de Agricultura y desarrollo urbano y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Luego, subsidiariamente se atacará la legalidad del acto, invocando la violación de normas constitucionales y legales en que debía fundarse. Se solicita la declaratoria de nulidad del Decreto 4390 de 27 de Diciembre de 2.004 por cuanto los órganos que lo expidieron son incompetentes para hacerlo y subsidiariamente, porque con este decreto se están vulnerando las normas en las que debería fundarse su constitución.

1. Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismos no tienen competencia para expedir la resolución 0017 de 2001.

Se propone este cargo ya que se considera que el órgano que expide el acto demandado carece de competencia para hacerlo.

El título segundo de la Ley 31 de 1.992 determina las funciones del Banco de la República y de su Junta Directiva. La ley en desarrollo de la autoridad de la Junta Directiva del Banco de la República “como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria”, determino las especiales funciones que ha ella competente.

La citada ley es el desarrollo de los artículos 371 y 372 de la Carta Política (transcribir).

Actos administrativos como el demandado que fijan incentivos de cobertura cambiaria invaden la órbita del Banco de la República pues es de su competencia “regular la moneda y los cambios internacionales del crédito” así lo desarrolló la ley reglamentaria. No quiso otra cosa el constituyente que fijar en el Banco de la República lo relacionado con el manejo de los asuntos cambiarios pues era la desconfianza en el Ejecutivo lo que llevara a este importante cambio en la Constitución del 91. El ejemplo de esta demanda es demostrativo de cómo el Ejecutivo en aras de beneficiar a un grupo de exportadores fija unos incentivos que son objeto de una política cambiaria que no le compete al Gobierno y fue precisamente para evitar estos abusos que el constituyente fijó la norma constitucional ya transcrita y comentada.

Vale citar un aparte importante de la sentencia C- 529 de 11 de Noviembre de 2003 donde a su vez se cita las actas de la Asamblea Constituyente que al respecto dicen:

“...El constituyente estructuró al Banco como entidad estatal de carácter independiente y autónoma, organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica sujeta a un régimen especial (CP. Art. 371). El Banco como aparato al servicio de un imperativo funcional como lo es el de velar “por la moneda sana” ha querido ser sustraído de la influencia determinante de otros órganos, en especial de los de origen político, con lo cual se pretende relevar su cometido preponderantemente técnico y de largo plazo. El diseño de un aparato independiente es una prueba irrefutable del indicado designio del constituyente, ya que él no se justifica sino en términos teleológicos, que se desvirtuaría si se inscribiera en el campo del Gobierno, como quiera que allí quedaría sujeto a la

2. Por medio del Decreto 4390 del 27 de diciembre de 2004 se violan las normas en que debe fundarse el acto demandado.

Como cargo subsidiario se presenta el de infracción a las normas en que debió fundarse el acto demandado, por los motivos que se presentan a continuación.

ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.

El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

ARTICULO 359. No habrá rentas nacionales de destinación específica.

Se exceptúan:

- 1. Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.*
- 2. Las destinadas para inversión social.*
- 3. Las que, con base en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.*

Vulnera a su vez las prohibiciones del art. 355 y 359, por cuanto con el referido “incentivo” se están decretando auxilios o donaciones a favor de personas naturales al igual que fijan rentas con una destinación específica.

ARTÍCULO 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.

ARTICULO 372. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley.

reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación.

El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.

El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley.

Igualmente también es violatoria de los Art. 371 y 372 de la Carta Política pues no es de su competencia fijar este tipo de beneficios como consecuencia de la coyuntura cambiaria que sufrió el país en el último trimestre del 2004. Como bien se dijo desborda la competencia que el Constituyente fijó de manera clara y precisa en el banco de la República.

“ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente

Es pertinente la aplicación del test de igualdad que inextenso la Corte Constitucional ha venido fijando en diversas sentencias. Para ello la Corte ha ido definiendo cuales son los factores que obligan a recurrir a un juicio de igualdad más riguroso.

Conforme a esa evolución jurisprudencial, el escrutinio judicial debe ser más intenso al menos en los siguientes casos: (1). Cuando la ley limita el goce de un derecho constitucional a un determinado grupo de personas, puesto que la ley indica que todas las personas tiene derecho a una igual protección de sus derechos y libertades. (2). De otro lado, cuando el Congreso utiliza como elemento de diferenciación un criterio prohibido o sospechoso, como la raza, pues la Constitución y los tratados de derechos humanos excluyen el uso de esas categorías. (3). cuando la Carta señala mandatos específicos de igualdad, como sucede con la equiparación entre todas las confesiones religiosas, pues en esos eventos la libertad de configuración del legislador se ve menguada. (4). Y finalmente, cuando la regulación afecta a poblaciones que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta ya que éstas ameritan una especial protección del Estado¹.

Retomando los elementos a que hace referencia la Corte Constitucional sobre el test de razonabilidad tenemos:

a. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual. De la lectura de la motivación del acto acusado no resulta claro cual es el objetivo que persigue el ejecutivo en otorgar el estímulo a ese especial grupo de productores agrícolas nacionales exportadores, pues si en la hipótesis que el mismo fuera el impacto en la revaluación del dólar frente al peso colombiano ¿Por qué no se otorga el mismo estímulo a otros sectores aún más afectados que los referidos en el decreto? De una elemental lectura de la motivación del acto administrativo encontramos no las razones que llevan al trato diferenciado sino aun sin número de normas que de manera incoherente se quieren hacer ver como el fundamento de la medida desigual”. Más allá de citar normas no se explican las razones del trato diferenciado, prueba de ello resulta de

grupo vulnera el Preámbulo de la Constitución, y los Arts. 1º y 2º pues desconoce como fundamento del mismo que es “**promover la prosperidad general y la prevalencia del interés general**”. Los productores agrícolas nacionales exportadores, no constituyen un grupo vulnerable por su condición económica de los que trata el inciso 3 del Art. 13 de la Carta Política, razón por demás que no justifica el trato diferenciado.

c. La razonabilidad del trato desigual: El decreto aludido evidencia una relación desproporcional entre el trato diferenciado a este grupo de personas y el fin que se persigue, aspecto que se puede evidenciar en lo siguiente:

- a. ¿Por qué este tratamiento diferenciado se hace con este grupo desconociéndose a otros igualmente afectados por la revaluación del dólar, si fue éste el objetivo del trato diferente; ¿Por qué a este grupo y no a otros?
- b. El incentivo surge de rentas del Estado con destinación a un grupo plenamente identificado en los términos del artículo primero del citado decreto;
- c. No resulta justificado dentro de este especial concepto el valor mismo del incentivo (doscientos pesos moneda corriente por dólar);
- d. La estipulación del INCENTIVO ya que éste no se no es préstamo, ni condonación de intereses etc., sino un “auxilio o donación” que sale de dineros del Estado a un grupo de particulares.
- e. Aceptar este trato desigual establecido en el decreto implicaría introducir un trato desigual y desproporcionado contra todo el sector exportador al igual que de aquellos que derivan sus ingresos de ayudas internacionales.

b. Normas legales vulneradas

Ley 101 de 1993. El citado decreto viola el artículo séptimo de esta ley toda vez que:

- c. De ninguna manera el incentivo constituye la entrega de dineros como lo decreta el acto administrativo, esto se circunscribe a créditos, bajos intereses etc.

Esta norma se fija como vulnerada toda vez que la misma constituye el fundamento legal para expedir el acto. En síntesis, la ley exige una justificación expresa para el trato diferenciado en el sector agrario y pesquero. Ninguna de las dos son atendidas por el decreto acusado.

Por lo anterior, debe ser declarada la nulidad del decreto 4390 de 2004, por cuanto constituye una infracción a las normas en las cuales debió fundarse, por los argumentos esgrimidos con anterioridad.

III. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

Hacemos expresamente esta solicitud, en los términos del artículo 238 de la Constitución Política de 1991:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

Al respecto el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 dispone que el Consejo de Estado o los tribunales administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

- "1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.
2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la

En este caso en particular, la contravención de las normas se puede realizar de manera directa, comparando sus textos.

En este caso en particular, se solicita la suspensión provisional principalmente por la incompetencia del órgano que expidió el Decreto 4390 de 27 de diciembre de 2004.

Veamos el cotejo del acto acusado con las normas invocadas como fundamento de la nulidad.

Normas Constitucionales infringidas.	Decreto 4390 de 2004
<p>ARTICULO 189. “Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa (...) Ninguna de las funciones de que habla este artículo posibilita la expedición del decreto demandado.</p> <p>ARTICULO 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.</p> <p>El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan</p>	<p>ARTÍCULO PRIMERO: De la creación del Programa de Incentivo de Cobertura Cambiaria. Se crea el programa de Incentivo a la Cobertura cambiaria, ICC, para promover la utilización de los instrumentos financieros de cobertura de riesgo cambiario por parte de los productores agrícolas nacionales exportadores.</p> <p>Serán beneficiarios del programa, los productores agrícolas exportadores que además de cumplir con los criterios establecidos por el documento CONPES No. 33332 de 22 de diciembre de 2004, adopten mecanismos de cobertura cambiaria en el sistema financiero.</p> <p>El incentivo será de DOSCIENTOS PESOS moneda corriente (\$200.00) por dólar de años Estados Unidos de</p>

<p>nacionales de destinación específica.</p> <p>Se exceptúan:</p> <ol style="list-style-type: none">4. Las participaciones previstas en la Constitución en favor de los departamentos, distritos y municipios.5. Las destinadas para inversión social. <p>Las que, con base en leyes anteriores, la Nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.</p> <p>ARTÍCULO 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.</p> <p>Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.</p>	<p>por doscientos pesos moneda corriente (200.00)</p> <p>Se el valor de la cobertura es inferior al valor del FOB de sus exportaciones durante el 2004 el incentivo aplicara al valor cubierto ante el sistema financiero por DOSCIENTOS PESOS moneda corriente.</p>
--	--

ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación.

El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.

El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley.

<p>discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.</p> <p>El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.</p> <p>El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan</p>	
--	--

Normas Legales vulneradas.	DECRETO 4390 DE 2004.
A continuación se hace una argumentación detallada de cada uno de los literales del artículo 1 de la Ley	
<p>Ley 101 de 1993</p> <p>Ley general de Desarrollo Agrario y Pesquero, en su artículo séptimo señala que cuando las circunstancias ligadas ala protección del ingreso rural y al mantenimiento de la paz social en el agro así lo ameriten, el Gobierno podrá otorgar, en forma selectiva y temporal incentivos y apoyos directos a los productores agropecuarios y pesqueros, en relación directa al área productiva o a sus volúmenes de</p>	

A fin de que sean tenidos como pruebas apporto los siguientes documentos:

1. Texto del decreto 4390 de 27 de Diciembre de 2004.

2. OFICIOS.

Solicito se oficie a las siguientes autoridades:

- a. Al CONPES, para que envíe el documento 3332 del 22 de diciembre de 2004.
- b. Al Banco de la República, para que envíe al proceso la fluctuación de la tasa de cambio del dólar con respecto al peso en el año 2004 y lo corrido del año 2005.

V. ANEXOS.

Certificado de existencia y representación.

Lo anunciado en las pruebas documentales.

VI. COMPETENCIA.

Por la naturaleza del acto demandado es decreto expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. entidad nacional, es competente el Consejo de Estado para conocer de la presente acción.

VII. NOTIFICACIONES

Al actor en la Calle 16 # 6-66, oficina 2506 de Bogotá, Edificio Avianca.

Atentamente