



Radicado: 11001-03-27-000-2024-00004-00 (28403)
Demandante: Robinson Yojan Rincón Velandia
Auto

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: MILTON CHAVES GARCÍA

Bogotá, D. C., veinte (20) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: NULIDAD – UNICA INSTANCIA
Radicación: 11001-03-27-000-2024-00004-00 (28403)
Demandante: ROBINSON YOJAN RINCÓN VELANDIA
Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTRO

Tema: Suspensión provisional. Numeral 3 del artículo 1.2.1.23.2.3 del Decreto 1625 de 2016 y numeral 6 del Concepto 100202208-1362 del 5 de diciembre de 2019.

AUTO RESUELVE MEDIDAS CAUTELARES

El Despacho resuelve la medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la parte demandante, una vez surtido el traslado ordenado por el inciso segundo del artículo 233 de la Ley 1437 de 2011.

ANTECEDENTES

La demanda

ROBINSON YOJAN RINCON VELANDIA, actuando en nombre propio, promovió el medio de control de nulidad simple en contra el numeral 3 del artículo 1.2.1.23.2.3 del Decreto 1625 de 2016 y del Concepto 100202208-1362 del 5 de diciembre de 2019 expedidos por la DIAN.

SOLICITUD

La demandante solicitó como medida cautelar la suspensión provisional del numeral 3 del artículo 1.2.1.23.2.3 del Decreto 1625 de 2016 y el numeral 6 del Concepto 100202208-1362 del 5 de diciembre de 2019 expedidos por la DIAN, por considerar que contradice lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley 1955 de 2019.

Como único argumento de la solicitud de suspensión provisional precisó lo siguiente:

“Solicito esta suspensión provisional, debido a que como se mostró anteriormente, las normas acusadas violan la Constitución Política y la Ley 1955 de 2019. Permitiendo que el Gobierno y la DIAN impidan que los contribuyentes señalados en el artículo 268 de la Ley 1955 accedan al régimen especial que consiste un beneficio tributario al tener una tarifa del impuesto de renta reducida, ocasionando a estos unas consecuencias económicas significativas, pues al ser retirados de este régimen, se ven obligados a



Radicado: 11001-03-27-000-2024-00004-00 (28403)

Demandante: Robinson Yojan Rincón Velandia

Auto

corregir su declaración de renta por consiguiente a pagar sanciones de corrección e intereses de mora sobre un impuesto que realmente no se debe pagar.”

OPOSICIÓN

Mediante auto del 20 de marzo de 2024, se ordenó surtir el traslado de la solicitud de la medida cautelar previsto en el inciso segundo del artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

Dentro del término señalado, **la DIAN**, solicitó negar la medida cautelar, con los siguientes argumentos²:

Advirtió que la suspensión provisional solo procede si los actos demandados violan de forma evidente normas superiores, pero en el presente caso el artículo 268 de la Ley 1955 de 2019 se complementa con los actos demandados, ya que exige demostrar el aumento del 15% del empleo directo.

Manifestó que los actos demandados no aumentan los requisitos establecidos por el legislador para acceder a beneficios tributarios, por lo que no existe violación de normas superiores. Adicionalmente, no se argumenta el perjuicio irremediable, para que proceda la medida cautelar.

Dentro del término señalado, **el Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, solicitó negar la medida cautelar, con los siguientes argumentos³:

Advirtió que la solicitud de suspensión provisional sustenta argumentos en contra del numeral 7 del artículo 1.2.1.23.2.1 del Decreto 1625 de 2016 y no del artículo 6 de la misma norma. Además, no se aprecia diferencias o contradicciones entre normas superiores y los actos demandados, y no se demuestra la necesidad de la medida cautelar.

CONSIDERACIONES

El artículo 238 de la Constitución Política dispone que la jurisdicción de lo contencioso administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley.

Esta medida cautelar procede cuando la transgresión de las normas invocadas como violadas surja: i) del análisis del acto demandado y de su confrontación con las normas superiores que se alegan como violadas; o ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De modo que la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo está atada a un examen de legalidad o de constitucionalidad que el juez debe hacer para anticipar de alguna manera un caso de violación de norma superior por parte del acto acusado. La conclusión acerca de la violación de la norma será el resultado del análisis del juez, llevado a cabo sin que la actividad valorativa adelantada implique un prejuizamiento.

¹ Índice 11. Plataforma SAMAI

² Índice 23. Plataforma SAMAI

³ Índice 21. Plataforma SAMAI



Con base en lo anterior, es necesario verificar la presunta vulneración del artículo 268 de la Ley 1955 de 2019, para lo cual deben confrontarse estas disposiciones con el oficio demandado, como se efectúa a continuación:

NORMAS INFRINGIDA	ACTOS DEMANDADOS																																	
<p>“Ley 1955 de 2019 ARTÍCULO 268. ZONA ECONÓMICA Y SOCIAL ESPECIAL (ZESE) PARA LA GUAJIRA, NORTE DE SANTANDER Y ARAUCA. Créese un régimen especial en materia tributaria para los departamentos de La Guajira, Norte de Santander y Arauca, para atraer inversión nacional y extranjera y así contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de su población y la generación de empleo.</p> <p>Este régimen aplica a las sociedades comerciales que se constituyan en la ZESE, dentro de los tres (3) años siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, bajo cualquiera de las modalidades definidas en la legislación vigente o las sociedades comerciales existentes que durante ese mismo término se acojan a este régimen especial y demuestren un aumento del 15% del empleo directo generado, tomando como base el promedio de los trabajadores vinculados durante los dos últimos años, el cual se debe mantener durante el periodo de vigencia del beneficio, y cuya actividad económica principal consista en el desarrollo de actividades industriales, agropecuarias, comerciales, turísticas o de salud.</p> <p>El beneficiario deberá desarrollar toda su actividad económica en la ZESE y los productos que prepare o provea podrán ser vendidos y despachados en la misma o ser destinados a lugares del territorio nacional o al exterior.</p> <p>La tarifa del impuesto sobre la renta aplicable a los beneficiarios de la ZESE será del 0% durante los primeros cinco (5) años contados a partir de la constitución de la sociedad, y del 50% de la tarifa general para los siguientes cinco (5) años.</p> <p>Cuando se efectúen pagos o abonos en cuenta a un beneficiario de la ZESE, la tarifa de retención en la fuente se calculará en forma proporcional al porcentaje de la tarifa del impuesto sobre la renta y complementarios del beneficiario.</p> <p>PARÁGRAFO 1o. Durante los diez (10) años siguientes los beneficiarios de la ZESE enviarán antes del 30 de marzo del año siguiente gravable a la Dirección Seccional respectiva o la que haga sus veces de la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), los siguientes documentos, los cuales esta entidad verificará con la declaración de impuesto sobre la renta correspondiente.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Declaración juramentada del beneficiario ante notario público, en la cual conste que se encuentra instalado físicamente en la jurisdicción de cualquiera de los departamentos a los que se refiere el presente artículo y que se acoge al régimen de la ZESE. 2. Certificado de Existencia y Representación Legal. 3. Las sociedades constituidas a la entrada en vigencia de la presente ley, además deben acreditar el incremento del 	<p>“Decreto 1625 de 2016. ARTÍCULO 1.2.1.23.2.3. Nuevas sociedades que inicien actividades en la Zona Económica y Social Especial -ZESE. Las nuevas sociedades que se constituyan e inicien su actividad económica principal a partir del veinticinco (25) de mayo de 2019 hasta el veinticuatro (24) de mayo de 2022, podrán aplicar el régimen especial en materia tributaria -ZESE, a partir del año gravable que comienza después de la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, esto es 2020, siempre y cuando se cumplan las previsiones del artículo 268 de la Ley 1955 de 2019, de esta Sección, y: [...]</p> <p>3. Las sociedades acrediten el empleo directo generado de conformidad con lo previsto en el numeral 5, 6 y 7 del artículo 1.2.1.23.2.1. de este Decreto, y lo mantengan durante los periodos gravables de aplicación del régimen especial en materia tributaria -ZESE.”</p> <p>“Concepto 100202208-1362 del 5 de diciembre de 2019 [...]De este modo, con el fin de explicar a los contribuyentes la aplicación del artículo 268 de la Ley 1955 de 2019, en el cual dispuso: “Créese un régimen especial en materia tributaria para los departamentos de La Guajira, Norte de Santander y Arauca, para atraer inversión nacional y extranjera y así contribuir al mejoramiento de las condiciones de vida de su población y la generación de empleo”, norma reglamentada por el Decreto 2112 de 2019, se precisa frente a los requisitos de aumento del empleo directo generado y el mantenimiento del mismo, lo siguiente. [...]</p> <p>6. No obstante, cuando las sociedades no pueden efectuar este cálculo, bien sea porque son nuevas o porque no alcanzan a cumplir dos años desde su constitución, corresponderá al aumento del 15% del empleo directo generado tomando como base el promedio de los trabajadores vinculados desde su constitución, empleos que en ningún caso podrán ser inferior a dos (2) años. Por ejemplo:</p> <table border="1" data-bbox="829 1647 1455 1846"> <thead> <tr> <th></th> <th>Ejemplo 1</th> <th>Ejemplo 2</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>AÑO</td> <td></td> <td>No. Empleos a 31/12</td> </tr> <tr> <td></td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>oct-19</td> <td>0</td> <td>0</td> </tr> <tr> <td>nov-19</td> <td>18</td> <td>8</td> </tr> <tr> <td>dic-19</td> <td>24</td> <td>15</td> </tr> <tr> <td>promedio</td> <td>17</td> <td>8.333333333</td> </tr> <tr> <td>incremento porcentual</td> <td>15%</td> <td>15%</td> </tr> <tr> <td>Resultado de Empleos a Incrementar</td> <td>2.55</td> <td>1.4</td> </tr> <tr> <td>Empleos mínimo que debe contratar para el 2020</td> <td>3</td> <td>2</td> </tr> <tr> <td>Total empleos año de aplicación 2020</td> <td>27</td> <td>37</td> </tr> </tbody> </table>		Ejemplo 1	Ejemplo 2	AÑO		No. Empleos a 31/12				oct-19	0	0	nov-19	18	8	dic-19	24	15	promedio	17	8.333333333	incremento porcentual	15%	15%	Resultado de Empleos a Incrementar	2.55	1.4	Empleos mínimo que debe contratar para el 2020	3	2	Total empleos año de aplicación 2020	27	37
	Ejemplo 1	Ejemplo 2																																
AÑO		No. Empleos a 31/12																																
oct-19	0	0																																
nov-19	18	8																																
dic-19	24	15																																
promedio	17	8.333333333																																
incremento porcentual	15%	15%																																
Resultado de Empleos a Incrementar	2.55	1.4																																
Empleos mínimo que debe contratar para el 2020	3	2																																
Total empleos año de aplicación 2020	27	37																																





15% en el empleo directo generado, mediante certificación de revisor fiscal o contador público, según corresponda en la cual conste el promedio de empleos generados durante los dos últimos años y las planillas de pago de seguridad social respectivas.

PARÁGRAFO 2o. El Gobierno nacional reglamentará cualquiera de los asuntos y materias objeto de la ZESE para facilitar su aplicación y eventualmente su entendimiento, y podrá imponer las sanciones administrativas, penales, disciplinarias, comerciales y civiles aplicables y vigentes tanto a las sociedades como a sus representantes en caso de que se compruebe que incumplen las disposiciones aquí previstas.

PARÁGRAFO 3o. *El presente artículo no es aplicable a las empresas dedicadas a la actividad portuaria o a las actividades de exploración y explotación de minerales e hidrocarburos.*

PARÁGRAFO 4o. *El presente artículo no es aplicable a las sociedades comerciales existentes que trasladen su domicilio fiscal a cualquiera de los Municipios pertenecientes a los Departamentos de que trata este artículo.*

PARÁGRAFO 5o. *Extiéndanse los efectos del presente artículo a aquellas ciudades capitales cuyos índices de desempleo durante los cinco (5) últimos años anteriores a la expedición de la presente ley hayan sido superiores al 14%.*

PARÁGRAFO 6o. *Exceptúese a las sociedades comerciales que durante el año 2020 se acogieron en el régimen especial en materia tributaria ZESE, de cumplir el requisito de generación empleo durante dicha vigencia. Este requisito, deberá tener cumplimiento a partir del año 2021.” (Subrayado fuera del texto)*

Advierte el Despacho, que después de realizar el análisis de los actos demandados y su confrontación con la norma superior, se observa que no procede la suspensión provisional solicitada por las siguientes razones:

Los actos demandados regulan lo establecido en el artículo 268 de la Ley 1955 de 2019 en el que se determinó de forma expresa que para acceder a los beneficios de las ZESE se requiere “acreditar el incremento del 15% en el empleo directo generado”. Adicionalmente, en el parágrafo 2 ordena al Gobierno Nacional reglamentar lo relacionado con las ZESE.

El numeral 3 del artículo 1.2.1.23.2.3 del Decreto 1625 de 2016 solo establece que se deben cumplir en relación con los empleos directos generados lo establecido en los numerales 5, 6 y 7 de la misma norma.

Por su parte, el Concepto 100202208-1362 del 5 de diciembre de 2019 establece un método aritmético, para establecer el porcentaje de aumento de empleo directo generado, para nuevas empresas.

Se advierte que de la sola lectura de las disposiciones transcritas no se evidencia contradicción entre los actos demandados y el artículo 268 de la Ley 1955 de 2019, ya que ejecutan la capacidad reglamentaria determinada por la mencionada ley. Además, no es claro que exista una limitación de los contribuyentes que deseen acceder a los beneficios de las ZESE por el hecho de establecer la forma de determinar el porcentaje



Radicado: 11001-03-27-000-2024-00004-00 (28403)

Demandante: Robinson Yojan Rincón Velandia

Auto

del aumento del empleo directo, lo cual será la discusión de fondo en el momento de ser expedido el fallo definitivo.

En el mismo sentido, se advierte que no se encuentra prueba en el expediente de los posibles daños económicos que advierte la demandante, por lo que no se puede precisar el daño irremediable que causan los actos demandados.

En consecuencia, no es procedente la suspensión provisional, ya que no se advierte vulneración de la norma superior que se alegan como violada.

De esta forma, se constata que no se cumplen los presupuestos para decretar la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

1. NEGAR la suspensión provisional del Numeral 3 del artículo 1.2.1.23.2.3 del Decreto 1625 de 2016 y del numeral 6 del Concepto 100202208-1362 del 5 de diciembre de 2019. expedidos por la DIAN.

2. RECONÓCER personería a Pablo Nelson Rodríguez Silva, como apoderado de la DIAN, en los términos del poder conferido, aportado en el Índice 23 de la plataforma SAMAI.

3. RECONÓCER personería a Freddy Leonardo González Araque, como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos de la resolución aportada en el Índice 21 de la plataforma SAMAI.

Notifíquese y cúmplase.

(Firmado electrónicamente)

MILTON CHAVES GARCÍA

Señor ciudadano este documento fue firmado electrónicamente. Para comprobar su validez e integridad lo puede hacer a través de la siguiente dirección electrónica: <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8086/Vistas/documentos/validador>