



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, noviembre 18 de 2020

AUTO INTERLOCUTORIO

Magistrado Ponente: Dr. RONALD OTTO CEDEÑO BLUME

MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S. coordinadorjuridico@francomugueitio.com ; impuestos@francomugueitio.com ; auxiliarjuridico@francomugueitio.com
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co
RADICACIÓN	76001-23-33-001-2016-01592-00

1.-ASUNTO

Se procede a resolver la solicitud de medida cautelar interpuesta por la parte demandante.

2.- ANTECEDENTES

2.1. SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR

La parte actora formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y en escrito separado solicitó que se decrete como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo contenido en el oficio No. 1052012380508 del 18 de marzo de 2015, a través del cual la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN** desconoció los beneficios tributarios de los que por expresa disposición normativa goza la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.**, acorde a lo ordenado por la Ley 1429 de 2010.

Señala que dicho acto tiene fundamento en el artículo 7° del Decreto Reglamentario 4910 de 2010, el cual fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado por exceder la capacidad reglamentaria de la Ley 1429 de 2010.

De igual manera, se aduce que el no proceder a la solicitud incoada en el libelo introductorio, ocasiona que la sociedad demandante no pueda acceder a los beneficios tributarios y demás contenidos en la Ley 1429 de 2010, lo cual causa un perjuicio patrimonial irremediable y afecta sustancialmente los derechos que por Ley le son exigibles; por lo que pide que provisionalmente, mientras se decide de manera definitiva sobre las pretensiones de la demanda, declare que la sociedad demandante es

MEDIO DE CONTROL:
RADICACIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
76001-23-33-001-2016-01592-00
CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DIAN

beneficiaria de la Ley 1429 de 2010, con la finalidad de lograr la efectividad de la sentencia¹.

2.2. CONTESTACIÓN MEDIDA CAUTELAR

El apoderado judicial de la **DIAN** se opone al decreto de la medida cautelar, tras indicar que no se puede inferir del escrito de la medida que la administración haya desconocido normas legales o reglamentarias, por lo que la accionada ha actuado conforme a derecho y sus pronunciamientos están tutelados por la presunción de legalidad.

De otro lado, advierte que si bien es cierto el artículo 7° del Decreto Reglamentario 4910 de 2010 se encuentra suspendido provisionalmente por parte del Consejo de Estado, dicha suspensión surte efectos jurídicos ulteriores a su declaración y no sobre situaciones precedentes, en razón a que el origen de la suspensión es un auto y no una providencia definitiva del órgano judicial.

Además, señaló que por parte de la demandante no se explicó cuáles serían los perjuicios que se le causaría, ni la relación de causalidad entre el acto administrativo demandado y los perjuicios que pueden irrogarse, ni se exponen los argumentos que permitan conocer cómo el acto acusado afecta el interés público².

3.- PROBLEMA JURIDICO

Corresponde al Despacho resolver si en el presente asunto se cumplen los presupuestos normativos para hacer procedente el decreto de la medida cautelar de suspensión del acto administrativo contenido en el oficio No. 1052012380508 del 18 de marzo de 2015 y reconocimiento económico de los beneficios de la Ley 1429 de 2010, a favor de la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.**

4.-TESIS DEL DESPACHO

El Despacho negará la medida cautelar solicitada, en atención a que luego de realizar el análisis preliminar y sumario que exige la norma que regula las medidas cautelares, esta instancia judicial no encontró que se cumplan todos los requisitos previstos en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

5.- CONSIDERACIONES

La medida cautelar objeto de estudio es de carácter material y suspende el atributo de fuerza ejecutoria del acto administrativo, con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico conculcado con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona.

Además de ello, la solicitud de medida cautelar de marras solicita a título preventivo, que se declare que la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.** es

¹ Folios 57 a 58.

² Folios 127 a 128.

MEDIO DE CONTROL:
RADICACIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
76001-23-33-001-2016-01592-00
CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DIAN

beneficiaria de la Ley 1429 de 2010, con la finalidad de lograr la efectividad de la sentencia; es decir, que se ordene a favor de la parte actora un beneficio que tiene un claro efecto económico.

Así las cosas, los requisitos de las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo están contempladas en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a partir de lo cual corresponde a quien las solicita probar los elementos para su procedencia.

Adicional a lo anterior, el Honorable Consejo de Estado³ al estudiar la procedencia de las medidas cautelares ha hecho referencia a los elementos tradicionales de la misma, esto es, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*; a su turno, la Corte Constitucional⁴ ha sostenido que “El primero, **periculum in mora**, tiene que ver con el **riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo**. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, **fumus boni iuris**, aduce a un **principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal**. Estos dos principios, asegura la doctrina, deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i. se rechace la medida cautelar ó ii. se otorgue la medida pero de manera limitada” (Negrillas del Despacho).

6. CASO CONCRETO

6.1. En la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho la parte demandante solicita que se decrete la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo contenido en el oficio No. 1052012380508 del 18 de marzo de 2015, a través del cual la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN** negó a la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.** los beneficios tributarios establecidos en la Ley 1429 de 2010, por lo que pide que provisionalmente, mientras se decide de manera definitiva sobre las pretensiones de la demanda, se declare que la sociedad demandante es beneficiaria de la Ley 1429 de 2010, con la finalidad de lograr la efectividad de la sentencia.

Como sustento de su petición, señala que el acto administrativo demandado se sustentó en una norma (artículo 7° del Decreto Reglamentario 4910 de 2011), que fue suspendida de manera provisional por parte del Consejo de Estado, por exceder la capacidad reglamentaria de la Ley 1429 de 2010. Además, se aduce que la negativa para acceder a los beneficios tributarios, causa a la sociedad demandante un perjuicio patrimonial irremediable.

6.2. Por su parte, la **DIAN** se opuso al decreto de la medida cautelar tras indicar que no se evidenciaba que hubiese desconocido normas legales o

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Auto Medida Cautelar de Suspensión Provisional de 13 de mayo de 2015.

⁴ Sentencia de unificación 913 de 2009.

MEDIO DE CONTROL:
RADICACIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
76001-23-33-001-2016-01592-00
CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DIAN

reglamentarias, y que sus actuaciones se dieron conforme a derecho y que sus pronunciamientos están tutelados por la presunción de legalidad.

De otro lado, advirtió que si bien es cierto el artículo 7° del Decreto Reglamentario 4910 de 2010 se encuentra suspendido provisionalmente por parte del Consejo de Estado, dicha suspensión surte efectos jurídicos ulteriores a su declaración y no sobre situaciones precedentes, en razón a que el origen de la suspensión es un auto y no una providencia definitiva del órgano judicial.

6.3. Sea lo primero indicar que, el presente litigio se interpuso con el propósito de que la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.** fuera declarada como beneficiaria de la Ley 1429 de 2010 - Ley de Formalización y Generación de Empleo-; disposición normativa que fue expedida por el legislador con el fin de estimular la formalización empresarial, y en la que se previeron incentivos a la formalización y creación de pequeñas empresas.

6.4. Ahora bien, del contenido del acto administrativo demandado (oficio No. 1052012380508 del 18 de marzo de 2015), se extrae que la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES-DIAN** negó el reconocimiento de los beneficios tributarios contemplados en la citada Ley, con fundamento básicamente en el incumplimiento para la anualidad 2012, de las exigencias contempladas en el artículo 7° del Decreto Reglamentario 4910⁵ de 2011, el cual era del siguiente tenor literal:

“Artículo 7°. Requisitos para cada año gravable en que se solicite el beneficio de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios. Para que proceda el beneficio de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios a que se refiere el artículo 4° de la Ley 1429 de 2010, las Empresas deberán cumplir, por cada año gravable en que se solicite el beneficio, con los siguientes requisitos:

1. Presentar personalmente antes del 30 de marzo siguiente al año gravable por el cual se pretende la gradualidad, un memorial del contribuyente o representante legal de la empresa cuando se trate de persona jurídica, que se entenderá expedido bajo la gravedad del juramento, ante la División de Gestión de Fiscalización o a la dependencia que haga sus veces, de la Dirección Seccional o Local de Impuestos Nacionales o de Impuestos y Aduanas Nacionales a la que corresponda de acuerdo con el domicilio fiscal, en el cual manifieste expresamente:

a) La intención de acogerse por ese año gravable al beneficio de progresividad en el pago del impuesto de renta y complementarios otorgado por la Ley 1429 de 2010, indicando la calidad de beneficiario en su condición de Nueva Pequeña Empresa o Pequeña Empresa Preexistente, persona jurídica o persona natural, según corresponda.

b) La actividad económica a la cual se dedica.

c) El monto de los activos totales a 31 de diciembre de cada año gravable.

d) La dirección del lugar de ubicación de la planta física o inmueble donde desarrolla la actividad económica, y

e) El número de trabajadores a 31 de diciembre de cada año gravable.

⁵ Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1429 de 2010 y el artículo 616-1 del Estatuto Tributario.

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	76001-23-33-001-2016-01592-00
DEMANDANTE:	CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DEMANDADO:	DIAN

2. Cuando se trate de Pequeña Empresa persona jurídica anexar una copia del certificado actualizado de existencia y representación legal y de la renovación de la matrícula en el registro mercantil expedido por la Cámara de Comercio.

3. Cuando se trate de Pequeña Empresa persona natural, anexar una copia del certificado actualizado en el que conste la renovación de la matrícula en el registro mercantil expedido por la Cámara de Comercio y sobre el registro del establecimiento de comercio.

4. Cuando se realicen reformas estatutarias, deberá informarse a la Dirección Seccional o Local de Impuestos y Aduanas Nacionales correspondiente, dentro del mes inmediatamente siguiente a la reforma estatutaria.

Parágrafo. A partir del año gravable en que no se presenten o no se cumplan oportunamente los requisitos exigidos, no procederá el beneficio de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios, caso en el cual, la Dirección Seccional o Local de Impuestos o de Impuestos y Aduanas correspondiente, una vez establezca la omisión o incumplimiento, deberá verificar y revisar la situación integral de la empresa que pretendía el beneficio".

6.5. La norma en cita, tal como lo señala el líbello introductorio y el acto acusado en nulidad, fue suspendida de manera provisional por el Honorable Consejo de Estado en providencia del 28 de agosto de 2014⁶, al determinarse que el ejecutivo había excedido su facultad reglamentaria. Así se pronunció la alta corporación:

"Una lectura de las normas demandadas, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 1429 de 2010, permite concluir que el Gobierno Nacional se excedió en la potestad reglamentaria al expedir el artículo 7º del Decreto 4910 de 2011, ya que el legislador no previó el beneficio de progresividad de forma independiente para cada año gravable, como en efecto lo trata y desarrolla la norma reglamentaria cuestionada, sino que lo consideró como un todo, como una unidad.

4.2.- Como se expuso en el aparte precedente, la Ley 1429 de 2010 contempla un beneficio temporal para las pequeñas empresas, por el término de cinco años. En ese sentido, acreditados los requisitos y condiciones por los contribuyentes, éstos adquieren el derecho a disfrutar del beneficio por esos cinco años, salvo que se incumpla con las obligaciones legales en materia mercantil, laboral y tributaria, se pierda la calidad de pequeña empresa, o se trate de una pequeña empresa en la que el objeto social, la nómina, el establecimiento de comercio, el domicilio, los intangibles o los activos que conforman su unidad de explotación económica, sean los mismos de una empresa disuelta, liquidada escindida o inactiva con posterioridad a la vigencia de la Ley 1429, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 2, 4, 8 y 48 ibídem, antes analizados.

Luego, sólo si se deja de ser pequeña empresa, se incumplen las obligaciones legales dichas, o se está en el supuesto del artículo 48 de la Ley 1429, se pierde el beneficio de progresividad. Así las cosas, no es posible que en uso de las facultades reglamentarias se exija a los contribuyentes el cumplimiento de una obligación formal adicional como lo es el hecho de que cada año deba acreditarse el derecho a obtener el beneficio, cuando la ley así no lo dispone.

4.3.- Una cosa es que la ley establezca los eventos en los que se pierda o no se pueda acceder al beneficio de progresividad y otra, muy diferente, es que cada año gravable deba acreditarse el cumplimiento de los requisitos que dan lugar al beneficio, pues, se reitera, una vez adquirido, éste se configura por cinco años.

La obligación que impone el acto demandado, esto es, que cada año gravable los contribuyentes acrediten formalmente los requisitos para efectos de acceder, año tras año, al beneficio de progresividad en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios,

⁶ SECCION CUARTA Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 11001-03-27-000-2014-00003-00(20731)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	76001-23-33-001-2016-01592-00
DEMANDANTE:	CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DEMANDADO:	DIAN

implica entender que el beneficio se causa únicamente por un año gravable, interpretación que desfigura el propósito del legislador de otorgarle continuidad y unidad al beneficio.

(...)

4.5.- En ese orden de ideas, se procederá a suspender los efectos del artículo 7º del Decreto 4910 de 2011 por vulnerar o modificar lo dispuesto por el legislador en los artículos 2, 4, 8 y 48 de la Ley 1429 de 2010.

Por las mismas razones se suspenderán los efectos del aparte del artículo 9º ibídem que dispone “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 7º del presente decreto”, ya dicha disposición implica la previsión de causales de improcedencia del beneficio de progresividad, adicionales a las contempladas en la Ley 1429 de 2010, lo que excede la facultad reglamentaria del ejecutivo”.

Con posterioridad, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia del 06 de diciembre de 2017⁷, resolvió declarar la nulidad del artículo 7º del Decreto 4910 de 2011 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al concluirse que el Gobierno Nacional excedió su facultad reglamentaria al crear una nueva obligación formal para los contribuyentes beneficiarios del pago progresivo del impuesto de renta con efecto sancionatorio, que no tiene el fin de la correcta ejecución, cumplimiento y efectividad de la ley y no lo contempló el legislador.

6.6. Ahora bien, del escrito de medida cautelar se extrae que lo pretendido no sólo es la suspensión provisional del oficio No. 1052012380508 del 18 de marzo de 2015; sino que adicionalmente se pide que a título preventivo, se declare que la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.** es beneficiaria de la Ley 1429 de 2010, con la finalidad de lograr la efectividad de la sentencia; es decir, que se ordene a favor de la parte actora un beneficio que tiene un claro efecto económico.

De conformidad con lo establecido en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se soliciten medidas cautelares adicionales a la simple suspensión del acto administrativo y a la indemnización de perjuicios, deben acreditarse los requisitos previsto en el inciso segundo de la norma referida. Textualmente la citada norma señala:

“Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN CUARTA Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA Bogotá, seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-27-000-2012-00024-00(19359)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN:	76001-23-33-001-2016-01592-00
DEMANDANTE:	CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DEMANDADO:	DIAN

2. *Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
3. *Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
4. *Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) *Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) *Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios".*

6.7. Ahora, a efectos de verificar el cumplimiento de las exigencias en mención, encuentra el Despacho con respecto al primer requisito, que en el líbello introductorio se señalan las disposiciones jurídicas y la jurisprudencia que fundamenta las súplicas de la demanda, por lo que ha de entenderse satisfecho el citado condicionamiento.

6.8. En segundo lugar, se observa que conforme al certificado de existencia y representación legal allegado en la demanda, la sociedad **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.** es una pequeña empresa que inició su actividad económica principal con posterioridad a la promulgación de la Ley 1429 de 2010; condición que en principio la haría titular de los incentivos tributarios creados por dicha norma.

6.9. En relación con el tercer y cuarto condicionamiento, encuentra el Despacho que se aportaron como pruebas el certificado existencia y representación legal de la sociedad demandante, las peticiones formuladas ante la **DIAN** en la que se solicitó la inclusión de **CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.** como beneficiaria de la Ley 1429 de 2010, la respuesta negativa dada por la entidad accionada, las copias de los contratos de trabajo suscritos por la accionante con empleados, las planillas de pago de las cotizaciones en salud y pensión y los aportes parafiscales correspondiente a la anualidad 2012, respecto de cada uno de ellos.

No obstante, de las mismas no se puede extraer que el negar la medida cautelar resulte más gravoso que concederla.

Además, la sociedad demandante aduce que el acto administrativo acusado le generó un perjuicio patrimonial, sin que se haya especificado o demostrado en el escrito de la medida en que consiste la afectación que presuntamente se le ha irrogado con la decisión de la administración.

Es decir, no está suficientemente probado el *periculum in mora*, que como ya se dijo, equivale a demostrar el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevendrá un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda.

6.10. Al respecto debe decirse que la principal característica de los beneficios tributarios es que inciden en la determinación de la obligación tributaria antes de que esta se configure, condicionados bajo presupuestos determinados por el Legislador; de manera que, se constituyen en incentivos

MEDIO DE CONTROL:
RADICACIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
76001-23-33-001-2016-01592-00
CONCEPTOS EXITOSOS S.A.S.
DIAN

a los cuales se puede acceder, claro ésta, si se cumplen los requisitos que por disposición legal se hayan previsto. Lo anterior, denota entonces, que no está suficientemente acreditado en este estado procesal una afectación económica.

Por manera que, los elementos de juicio en referencia no logran probar el supuesto perjuicio y no son suficientes con miras a acreditar tal circunstancia y tendrá que ser al momento del pronunciamiento de fondo que se defina la situación planteada, teniendo en cuenta que el juez de lo contencioso administrativo, al tenor del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, puede en la sentencia restablecer el derecho particular, pudiendo incluso estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Finalmente, vale la pena aclarar que acorde a lo estipulado en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, *"la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento"*.

Merced de lo anterior, al no cumplirse con los requisitos indicados en el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, deberá negarse la solicitud de medida cautelar.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

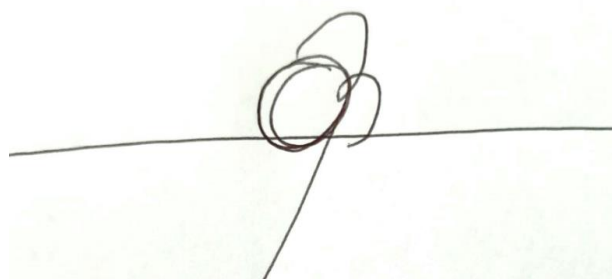
RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de medida cautelar solicitada por la parte demandante, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriado el presente auto, continúese corriendo el término concedido para contestar la demanda.

TERCERO: COMUNICAR el presente auto a los apoderados de las partes, al correo electrónico suministrado por éstos.

Notifíquese y Cúmplase

A handwritten signature in dark ink, consisting of a series of loops and a long horizontal stroke, is positioned above a horizontal line.

RONALD OTTO CEDEÑO BLUME
Magistrado