

**Concepto Jurídico 22569 del 2015 Agosto 3**  
**Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina**

**Tema:** Aduanas.

**Descriptor**

Zona franca.

**Fuentes formales**

Decreto 2685 de 1999 artículos 393-22, 393-24.

Ley 222 de 1995 artículo 28.

Ley 1004 del 2005 artículo 3º.

Plantea varios interrogantes relacionados con las inhabilidades que se pueden generar por las actividades que se desarrollan en una zona franca, las cuales se atenderán de la siguiente manera:

1. Un usuario industrial de bienes y servicios, puede pertenecer a un grupo empresarial.

Al respecto se precisa:

El artículo 3º de la Ley 1004 del 2005 señaló de manera expresa quienes son las personas jurídicas que pueden ser consideradas como usuarios industriales de bienes y/o usuarios industriales de servicios:

“(…) El usuario industrial de bienes **es la persona jurídica instalada exclusivamente en una o varias zonas francas**, autorizada para producir, transformar o ensamblar bienes mediante el procesamiento de materias primas o de productos semielaborados.

El usuario industrial de servicios **es la persona jurídica autorizada para desarrollar, exclusivamente, en una o varias zonas francas**, entre otras, las siguientes actividades: (…)” (negrilla fuera de texto).

De igual forma, el artículo 393-22 del Decreto 2685 de 1999 prescribe que:

“ART. 393-22.—Exclusividad.

“Artículo modificado por el artículo 17 del Decreto 4051 del 2007. El nuevo texto es el siguiente:” Las personas jurídicas que soliciten la calificación como usuario industrial de bienes y usuario industrial de servicios, **deberán estar instalados exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca y podrán ostentar simultáneamente las dos calidades.**

El servicio ofrecido por el usuario industrial de servicios **deberá ser prestado exclusivamente dentro o desde el área declarada como zona franca siempre y cuando no exista desplazamiento físico fuera de la zona franca permanente** de quien presta el servicio. (…)” (negrilla fuera de texto).

Por su parte el artículo 28 de la Ley 222 de 1995 define lo que se entiende por grupo empresarial de la siguiente manera:

“ART. 28.—Grupo empresarial. Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ellas.

Corresponderá a la Superintendencia de Sociedades, o en su caso a la de Valores o Bancaria, determinar la existencia del grupo empresarial cuando exista discrepancia sobre los supuestos que lo originan.

En relación con esta disposición la Superintendencia de Sociedades en Concepto 220-042549 febrero 20 del 2009 ha señalado sobre las características del grupo empresarial:

“De los anteriores preceptos se puede colegir que la conformación de un grupo empresarial, obedece a la estructuración de un conjunto de entidades en el que además de existir una relación de control o subordinación entre una o varias matrices o controlantes de naturaleza societaria o no societaria, y una o varias sociedades subordinadas que someten su poder de decisión a la voluntad de aquella o aquellas, concurre una unidad de propósito y dirección.

En dicha estructura empresarial, **cada una de las entidades que la conforman conserva su individualidad y como tal su personalidad jurídica, lo que significa que la configuración de un grupo empresarial no da lugar al nacimiento de un nuevo ente autónomo e independiente.**

Respecto de la noción y características de los grupos empresariales, esta superintendencia mediante oficio 125-2831 del 22 de enero de 1999 expresó:

"Por otra parte, la Ley 222 de 1995 consagra un nuevo régimen de matrices y subordinadas, dentro del cual aparece el concepto de grupo empresarial (art. 28), el cual se configura cuando además de la subordinación existe entre los vinculados unidad de propósito y dirección.

**De conformidad con los artículos 260 y 261 del estatuto mercantil, los sujetos vinculados en situación de control grupo empresarial conservan su individualidad, es decir, mantienen sus atributos y obligaciones propias. Los supuestos de control establecidos en estas normas, suponen una o varias personas controlantes y una o varias sociedades comerciales controladas, de tal manera que en los dos extremos de la relación de control se ubican sujetos con posibilidad de adquirir derechos y de contraer obligaciones en forma independiente.**

El artículo 28 de la Ley 222 de 1995, determina que “se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social o actividad de cada una de ella”.

Del concepto de unidad de propósito y dirección, no puede concluirse que el objeto de cada una de las sociedades vinculadas se amplía, a la búsqueda de los propósitos del grupo, pues lo que ocurre según la ley, es que dicho objeto se orienta de acuerdo con las directrices trazadas por la matriz o controlante, quien debe considerar en sus decisiones las limitaciones propias de la capacidad de las sociedades subordinadas.

**Cada sociedad colabora con los propósitos del grupo en la medida de sus posibilidades, lo que no desnaturaliza el régimen de grupos empresariales, puesto que el mismo se fundamenta en la conservación de la personalidad jurídica de los vinculados y se da sin perjuicio del objeto social de cada empresa, expresión que no significa ampliación del objeto, sino la posibilidad de que en un mismo grupo se encuentren vinculadas sociedades con objetos**

**sociales diferentes, los cuales, en virtud de la ley, siguen determinando la capacidad de cada una de ellas. (...)** (negrilla fuera de texto).

De las normas y la doctrina que se cita de manera precedente, puede inferirse que no se genera inhabilidad para un usuario industrial de bienes y/o servicios el hecho de pertenecer a un grupo empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995 en la medida que la persona jurídica calificada como usuario industrial de bienes y/o servicios conserva su individualidad y su capacidad para adquirir los derechos y obligaciones que le impone la legislación aduanera de manera independiente, dentro de los cuales vale la pena destacar la obligación de ejercer su actividad exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca tal como lo prevé el artículo 393-20 del Decreto 2685 de 1999, así como realizar solamente las actividades para los cuales se encuentra autorizado por la ley y el acto de calificación.

En segundo lugar consulta si existe algún impedimento para que el representante legal de un usuario industrial de bienes y/o servicios ostente esta misma calidad en una sociedad ubicada en el resto del territorio aduanero nacional o en el resto del mundo.

El artículo 393-24 del Decreto 2685 de 1999 establece los requisitos que deben cumplir las personas jurídicas que pretendan ser calificadas como usuarios industriales de bienes y usuarios industriales de servicios o usuarios comerciales de zona franca, dentro de los cuales no se encuentra señalada una inhabilidad, impedimento o condicionamiento como el que se plantea en la consulta, razón por la cual podemos reiterar lo manifestado por la doctrina:

“(...) las inhabilidades e incompatibilidades deben estar expresamente establecidas en la ley, las normas referidas a ellas son de interpretación restrictiva y no admiten analogía alguna, por lo que al no estar la situación planteada por el consultante enunciada dentro de las causales de inhabilidad o incompatibilidad para obtener autorización como agencia de aduanas ni ejercer la actividad de agenciamiento aduanero, no se puede predicar de ella tal efecto.

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación 11001-03-06-000-2011-00001-00(2045), de veintitrés (23) de marzo de dos mil once (2011), al referirse al tema de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades manifestó:

“... En la práctica las situaciones de conflicto suelen expresarse en prohibiciones, al igual que ocurre con las inhabilidades y las incompatibilidades y, por ende, la jurisprudencia tiene dicho que “su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica...” (Ofi. 53624/2012).

En tercer lugar consulta si un usuario industrial de bienes y/o servicios puede contratar con un tercero ubicado dentro del territorio aduanero nacional, la realización de actividades administrativas como el manejo del talento humano o la contabilidad de la empresa, que no se encuentran relacionadas con su objeto social y que no impliquen el movimiento de mercancías.

Al respecto se precisa que el empleo es considerado un requisito de la esencia de la existencia de las zonas francas y de la calificación de los usuarios. Es así como

el artículo 2º de la Ley 1004 del 2005 establece que una de las finalidades de la zona franca es la de servir de instrumento para la generación de empleo. Por su parte el artículo 393-3 del Decreto 2685 de 1999 señala cuáles son los requisitos de generación de empleo que se deben cumplir para la declaratoria de una zona franca permanente especial, y el artículo 393-24 del mismo decreto prevé los requisitos en materia de empleo que deben acreditar quienes pretendan calificarse como usuarios industriales de bienes y/o servicios dentro de una zona franca permanente. El artículo 392 del Decreto 2685 de 1999 define lo que debe entenderse como generación de empleo, de la siguiente manera:

“Generación de empleo directo y formal. Se considera que los proyectos generan empleo directo y formal cuando en los mismos se contratan puestos de trabajo que exigen la vinculación de personal permanente y por tiempo completo, a través de contratos laborales celebrados conforme con las normas legales vigentes que rigen la materia y respecto de los cuales el empleador cumpla con los aportes para fiscales y con las obligaciones del sistema integral de seguridad social.

La generación de empleo directo y formal debe estar directamente relacionada con el proceso productivo o de prestación de servicios”.

Sobre lo que debe entenderse por generación de empleo directo y vinculado, esta oficina se pronunció con oficio 215 del 2008 de la siguiente manera:

“En el oficio de la referencia pregunta usted qué debe entenderse por “generación de empleo vinculado” como requisito para la declaratoria de una zona franca permanente especial y cuál es la diferencia con respecto a la generación de empleo directo y formal.

Al respecto me permito informarle que en los artículos 59-5, 59-7 de la Resolución 5532 de 24 de junio del 2008, se definió este concepto en los siguientes términos:

“PAR.—Dentro del compromiso de generación de empleo exigido para esta clase de proyectos se deberá precisar el porcentaje de conformación tanto de los empleos directos y formales como de los vinculados, entendiéndose por vinculados aquellos puestos de trabajo generados por terceros que presten sus servicios en las zonas francas en los términos establecidos en el artículo 392 del Decreto 2685 de 1999”.

Estos requisitos se acreditan conforme lo establece el artículo 59-26 de la resolución citada, en los siguientes términos:

“ART. 59-26.—Acreditación del requisito de generación de empleos por parte del usuario industrial o comercial calificado. Una vez generados los nuevos empleos exigidos como compromiso para obtener la calificación como usuario industrial o comercial de una zona franca permanente, o a más tardar dentro del mes siguiente al vencimiento del término legalmente establecido para generarlos, se deberá acreditar por parte del usuario calificado, ante el usuario operador de la zona franca, el cumplimiento de este requisito.

Los empleos directos y formales se acreditarán con los contratos laborales celebrados conforme con las normas legales vigentes que rigen la materia y las planillas y demás soportes de los aportes a la seguridad social y parafiscales, y los empleos vinculados con los contratos laborales celebrados entre las empresas vinculadas a la zona franca y sus empleados o los soportes contables que acrediten el trabajo realizado.

En este caso, adicionalmente se deberán remitir los contratos laborales celebrados conforme con las normas legales vigentes o soportes que acrediten la relación

laboral existente entre las empresas o personas naturales vinculadas a la zona franca como proveedores y los usuarios de la respectiva zona franca y con las planillas y demás soportes de los aportes a la seguridad social y parafiscales.

Copia del documento de acreditación deberá ser remitido por parte del usuario operador a la subdirección de comercio exterior o a la dependencia que haga sus veces, dentro de los cinco (5) días siguientes a su recibo.

PAR.—Lo señalado en este artículo aplica para verificar el requisito de nuevos empleos adquirido con ocasión del ajuste de los activos totales a que se refiere el párrafo 3º del artículo 393-24 del Decreto 2685 de 1999”.

La diferencia entre los conceptos de empleo directo y formal y empleo vinculado se encuentra determinada en la misma legislación toda vez que en el primer caso, el empleo directo y formal se encuentra definido por el artículo 392 del Decreto 2685 de 1999, modificado por el artículo 1º del Decreto 4051 del 2007 que exige vinculación laboral permanente y de tiempo completo a través de contrato laboral celebrado conforme a las normas que rigen la materia y respecto de los cuales el empleador cumpla con los aportes para fiscales y con las obligaciones del sistema integral de seguridad social.

Por su parte, el empleo vinculado se refiere a aquellos puestos de trabajo generados por terceros que presten sus servicios en las zonas francas en los términos establecidos en el artículo 392 del Decreto 2685 de 1999”.

Por su parte el artículo 393-22 del Decreto 2685 de 1999 ya citado establece que las personas jurídicas que soliciten la calificación como usuario industrial de bienes y usuario industrial de servicios, deberán estar instalados exclusivamente en las áreas declaradas como zona franca y podrán ostentar simultáneamente las dos calidades.

Así mismo es de resaltar que la legislación aduanera contempla como requisito para acceder al régimen franco, en atención a los incentivos tributarios que se reciben el calidad de usuarios industriales, que las personas jurídicas que pretendan obtener la autorización o ser calificadas como usuarios industriales, se encuentran instaladas exclusivamente en el área declarada como zona franca, lo cual implica la inescindibilidad de la persona jurídica y la obligación de mantener la unidad de empresa dentro del área declarada como zona franca.

Dentro de este contexto puede manifestarse que un usuario industrial de bienes y/o servicios puede contratar con personas ubicadas dentro del territorio aduanero nacional, la realización de actividades administrativas como el manejo del talento humano o la contabilidad de la empresa, siempre y cuando estas actividades no correspondan a aquellas para las cuales fue autorizado o calificado, no conlleven el movimiento de mercancías, no impliquen el desarrollo de cualquier actividad del usuario industrial de bienes y/o servicios fuera de la zona franca y la prestación de los servicios no correspondan a empleos relacionados con el proceso productivo o de prestación de servicios del usuario industrial.

Finalmente consulta si el personal directivo de una sociedad calificado como usuario industrial de bienes y servicios debe tener vínculos laborales así esta no esté obligada a demostrar compromisos de inversión y empleo.

Cuando las personas jurídicas que pretendan calificarse dentro de una zona franca permanente no adquieren compromisos de inversión y empleo, no es requisito que los empleados de la misma cuenten con una vinculación permanente y por tiempo

completo, a través de contratos laborales celebrados conforme con las normas legales vigentes que rigen la materia y respecto de los cuales el empleador cumpla con los aportes parafiscales y con las obligaciones del sistema integral de seguridad social, en los términos establecidos en el artículo 392 del mismo decreto.

Finalmente, no debe olvidarse que corresponde a la Comisión Intersectorial de Zonas Francas al aprobar el plan maestro de desarrollo general o al usuario operador en el acto de calificación, determinar si los empleos que se compromete a generar el usuario, cumplen con las previsiones establecidas en la legislación aduanera.