

	<b>JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI</b>
<b>Cali</b>	<b>Veintitrés (23) de abril de dos mil dieciocho (2018)</b>

**SENTENCIA No. 049**

<b>ACCIÓN</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.</b>
<b>ACCIONANTE</b>	<b>DISTRIBUIDORA LA SULTANA DEL VALLE S.A.</b>
<b>ACCIONADOS</b>	<b>MUNICIPIO DE EL CERRITO.</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-33-33-009-2014-00340-00</b>

**1. INTERVENCIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE**

**1.1 Pretensiones y fundamentos de hecho de la demanda:**

La sociedad **Distribuidora La Sultana del Valle S.A.**, identificada con el Nit. No.800007955-2, actuando a través de apoderado judicial, interpone acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el **Municipio de El Cerrito**, con la finalidad de que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013, por las cuales se impone sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio a la sociedad demandante y de las Resoluciones Nos.248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014, mediante las cuales se resolvieron de manera desfavorable los recursos de reconsideración incoados por la parte demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la firmeza de las declaraciones del impuesto de industria y comercio correspondiente a los periodos gravables 2010, 2011 y 2012, presentadas por la sociedad ante el Municipio de Candelaria; lugar donde ejerce su actividad comercial.

Como fundamentos fácticos expone que:

1.- La sociedad Distribuidora La Sultana del Valle S.A., tiene como único domicilio social, el Municipio de Candelaria (Valle), siendo en éste donde ejerce su actividad comercial, como quiera que es allí donde las directivas de la empresa determinan y concretan todos los elementos del contrato de compraventa de las mercancías que se distribuyen en ejecución del objeto social, por lo que es en el mentado municipio, en donde se determina el precio, el plazo de pago, el estudio de los créditos a los clientes, los descuentos, las estrategias promocionales y se envían las mercancías.

2.- En el municipio de El Cerrito, solamente se toma el pedido de los clientes por los representantes de ventas de la sociedad demandante, quienes se encargan de coordinar la venta más no de acordarla, pues no tienen esa facultad de negociación.

3.- Manifiesta que siempre se ha declarado el impuesto de industria y comercio en el Municipio de Candelaria, por ser el lugar donde ejerce su actividad comercial y donde realiza toda su operación logística, siendo la venta de productos, la única actividad que

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

ejecuta la sociedad demandante en el Municipio de El Cerrito, la que tiene lugar de forma telefónica o por medio de representantes de ventas, quienes en correrías semanales se limitan a tomar los pedidos que formulan los clientes domiciliados en El Cerrito.

4.- Refiere que el hecho generador del impuesto de industria y comercio está constituido por el ejercicio o realización directa de la actividad industrial, comercial o de servicios, por lo que considera que una visita de promoción, una oferta o un pedido no constituye materia imponible del impuesto.

5.- Que mediante requerimiento ordinario de información No.IC2013-76248-157 del 21 de mayo de 2013, la Secretaría de Hacienda del Municipio de El Cerrito, le solicitó le informara la relación de las personas naturales o jurídicas a las cuales se le realizaron ventas en la jurisdicción de dicha municipalidad, al igual que el valor de las ventas realizadas. Así mismo, la entidad demandada profirió emplazamientos previos por no declarar, los que fueron respondidos por la parte actora en el sentido de poner de presente que no se encontraba obligada a declarar el impuesto de industria y comercio ante el municipio de El Cerrito.

6.- Pese a lo anterior, la entidad territorial accionada profirió las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013, en los que sancionaba a la sociedad demandante por no declarar el impuesto de industria y comercio, durante los años gravables 2010, 2011 y 2012, pues en su concepto la sociedad demandante habría obtenido ingresos y utilizó la infraestructura de la Jurisdicción del mentado municipio para realizar actividades gravadas con el mencionado impuesto.

7.- Contra las anteriores decisiones, la sociedad demandante interpuso los correspondientes recursos de reconsideración, los que fueron negados por la entidad demandada con la Resoluciones Nos.248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014.

### **1.2-Fundamentos de derecho de las pretensiones:**

A partir de los hechos puestos de presente y con el fin de sacar adelante sus pretensiones, la parte demandante manifiesta que con el actuar de la administración se desconocieron preceptos constitucionales (artículos 13, 29, 31, 209 y 363) y legales (artículos 32 y 35 de la Ley 14 de 1983, 195 del Decreto 1333 de 1986, 10 de la Ley 1437 de 2011, 720 y 721 del Estatuto Tributario Nacional, 59 de la Ley 1788 de 2002 y 197 de la Ley 1607 de 2012), por cuanto el impuesto de industria y comercio es un tributo cuyo hecho generador, es la actividad comercial que debe tener ocurrencia dentro de la respectiva jurisdicción, de manera que no resulta posible pretender su cobro por el solo acto de venta, toma del pedido o la obtención de ingresos, pues se estaría creando un nuevo hecho imponible que no trae la ley.

### **1.2 Alegatos de conclusión:**

En el término concedido para tal efecto, allegó sus alegatos finales a folios 349 a 60 del expediente, en los que procedió a reafirmar los argumentos esgrimidos en el libelo inicial.

## **2. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y DEL MINISTERIO PÚBLICO**

### **2.1. Contestación de la demanda:**

**Municipio de El Cerrito:**

Mediante apoderado judicial procedió a oponerse a las súplicas incoadas en el líbello inicial, en el entendido de que los actos administrativos materia de demanda se encuentran debidamente fundamentados en la normativa vigente; así mismo precisó que se habría respetado el debido proceso por cuanto se siguieron los lineamientos establecidos por el Estatuto Tributario Nacional respecto al trámite que se debe brindar a los contribuyentes que no realizan sus declaraciones tributarias en debida forma.

Refiere además, que es indiferente el hecho de que el sujeto pasivo del impuesto no tenga su asiento comercial dentro del Municipio de El Cerrito para que se le pueda exigir el pago correspondiente del impuesto, pues lo verdaderamente importante es que obtuvo ingresos en el desarrollo de sus actividades comerciales en la jurisdicción del mentado ente territorial.

Por otro lado puso de presente, que en caso de que los contribuyentes que ejercieran su actividad en más de un Municipio, como es el caso de la demandante, debían acreditar los ingresos obtenidos con la misma, mediante la contabilidad llevada conforme con las normas contables legales, en aplicación de lo establecido en el artículo 1º del Decreto 3070 de 1983, el cual reglamentó la Ley 14 de 1983.

A partir de lo anterior, concluyó que las sanciones impuestas a la sociedad demandante, en los actos administrativos demandados, se encuentran sustentadas en la información aportada por el propio contribuyente y conforme a lo establecido en el Estatuto Tributario Nacional<sup>1</sup>.

**2.2. Alegatos de conclusión:**

En el término concedido para tal efecto, allegó sus alegatos finales a folios 336 a 348 del expediente, en los que procedió a reafirmar los argumentos esgrimidos en el escrito de contestación de demanda.

**2.3.- Concepto del Ministerio Público:**

En el concepto obrante a folios 361 a 368 del expediente, procedió a determinar que la sociedad demandante habría acreditado que obtuvo ingresos derivados de las ventas realizadas en el domicilio de la sociedad, esto es, en Candelaria – Valle; sin embargo no logró demostrar con certeza el lugar donde se realizó la actividad comercial de ventas de bienes, es decir, donde se concretaron los elementos esenciales del contrato, es decir, el precio y la cosa que se vende.

Refiere también, que si bien el Municipio de El Cerrito habría manifestado que el origen de la sanción era porque la demandante recibió ingresos por el ejercicio de su actividad económica dentro de su jurisdicción en los años 2010 a 2012, lo cierto es que el ingreso no es factor determinante para establecer el hecho generador del impuesto de industria y comercio por el ejercicio de una actividad comercial, pues lo contrario implicaría desconocer el principio de territorialidad del tributo.

Manifiesta, que la demandada no desvirtuó que fue en Candelaria-Valle donde se fijaron los elementos esenciales del acuerdo, pues las compras se hicieron en el domicilio de la sociedad por vía telefónica o a través de sus representantes de ventas según catálogos, de donde se había recibido previamente la cotización u oferta que contenía el precio, la forma de pago y de envío de los productos a comercializar. De

---

<sup>1</sup> Folios 232 a 268.

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

allí que la actividad comercial no se realizó en El Cerrito, independientemente de que se hayan enviado los productos al domicilio de los clientes de dicha municipalidad.

Finalmente refiere, que si bien la Ley 1819 de 2016 realizó una modificación en materia de territorialidad del impuesto de industria y comercio, lo cierto es que dicha norma no resulta aplicable al presente caso, pues la misma se promulgó el 29 de diciembre de 2016.

En virtud de lo expuesto, afirma que en su concepto se debe acceder a las súplicas de la demanda.

### **3. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

#### **3.1. De los presupuestos procesales:**

El Despacho no observa irregularidades procedimentales que conlleven a declarar la nulidad total o parcial de lo actuado pues, una vez admitida la demanda, notificada la misma y surtido el traslado para su contestación, se llevó a cabo la audiencia inicial en la forma señalada en el artículo 180 de la ley 1437 de 2011<sup>2</sup> y, seguidamente se realizó la audiencia de pruebas, incorporando todos los documentos allegados por los con el libelo introductorio y el escrito de contestación, conforme lo dispone el artículo 181 de la misma norma<sup>3</sup>.

En virtud de lo anterior, se declaró cerrada la etapa probatoria y de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 181 de la Ley 1437 de 2001, se prescindió de la audiencia de Alegaciones y Juzgamiento y se dispuso correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión por el término común de diez (10) días. El audio y video de las audiencias realizadas por el Despacho, se encuentran grabados conforme el artículo 183 ibídem.

#### **3.2. Problema jurídico planteado:**

El litigio se contrae a determinar la legalidad o no de las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013, por las cuales se le impuso una sanción a la sociedad demandante por no declarar el impuesto de industria y comercio de los años gravables 2010, 2011 y 2012 y las Resoluciones Nos.248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014, por las cuales se resolvieron de manera negativa los recursos de reconsideración interpuestos contra dicha decisión.

Para tal fin, se deberá establecer si la **Distribuidora La Sultana del Valle S.A.**, es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en el **Municipio de El Cerrito** para los años gravables 2010, 2011 y 2012.

#### **3.3. Marco normativo y jurisprudencial aplicable al caso:**

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, "*Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*", el Impuesto de Industria y Comercio recae sobre actividades comerciales, industriales y de servicio; dichas actividades deben haberse ejercido o realizado en la jurisdicción de un Municipio; la manera como deben realizarse, puede ser directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, sin importar que sea de

---

<sup>2</sup> Folios 318 y 319.

<sup>3</sup> Folios 325 y 326.

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

forma permanente u ocasional y las mismas se desarrollan en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Acto seguido, el artículo 35 del mismo Estatuto define las actividades comerciales, como aquellas *"...destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta Ley, como actividades industriales o de servicios"*.

Ahora bien, a nivel Municipal se tiene que el Acuerdo No. 028 de 2008, *"por medio del cual se expide el Estatuto Tributario del Municipio de El Cerrito, Valle del Cauca"* reafirmó los postulados establecidos en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, estudiados en párrafos precedentes (artículo 21) y en su artículo 23 definió la actividad comercial como aquella *"destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor y las definidas como tales en el Código de Comercio, siempre que no estén consideradas por la Ley como actividades industriales, de servicios o financiera."*

A su vez, el artículo 175 del Estatuto Tributario Municipal (Acuerdo Municipal No.028 del 2008), establece la obligatoriedad de declarar el impuesto de industria y comercio para aquellas personas naturales o jurídicas, sociedades, entidades oficiales y/o públicas que hayan realizado dentro de la Jurisdicción del Municipio de El Cerrito, las actividades que de conformidad con las normas sustanciales, están gravadas o exentas del tributo.

Finalmente, es menester resaltar que sobre la naturaleza del impuesto de industria y comercio, el Tribunal de Cierre de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha precisado:

*"El hecho generador del impuesto de industria y comercio y, por ende, de la obligación de declarar y pagar el gravamen, lo constituyen las actividades que ejecuta el sujeto pasivo en el Distrito Capital, y no la naturaleza jurídica de la entidad que realiza las actividades gravadas. Por lo tanto, independientemente de que se trate de una persona natural o jurídica, de una sociedad de hecho o de una entidad sin ánimo de lucro, el hecho que determina la sujeción al gravamen es que se realice cualquier actividad que pueda ser calificada como industrial, comercial o de servicios"*<sup>4</sup> (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, teniendo en cuenta que dentro de los elementos del hecho generador se encuentra el componente territorial del impuesto de industria y comercio<sup>5</sup>, es importante precisar que frente a este aspecto el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en providencia del 22 de septiembre de 2016<sup>6</sup>, estableció la obligatoriedad de declarar el mentado impuesto, en el Municipio *"...donde se hubieren utilizado sus recursos físicos"* para el ejercicio de actividades comerciales generadoras de ingresos gravables.

Por otro lado se tiene, que en recientes pronunciamientos, el Consejo de Estado<sup>7</sup>, precisó que: *"El impuesto de industria y comercio se causa por la actividad comercial"*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de septiembre de 2013, Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, Radicación No. (18608)

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 4 de junio de 2009, numero interno 16086. C.P. Dr. William Giraldo Giraldo.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Radicación No. 05001-23-33-000-2013-00059-01(20648), Sentencia del 22 de septiembre de 2016.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Radicación No. 250002337000201300041 -01 [21681], Sentencia del 08 de junio de 2016. Consejo de

*en la jurisdicción del municipio donde se perfecciona o consolida la venta. La venta se entiende perfeccionada o consolidada cuando se concretan los elementos esenciales del contrato de venta, esto es, el precio y la cosa vendida. En consecuencia, el impuesto se causa en la jurisdicción del municipio donde se convienen el precio y la cosa vendida”*(Negrillas fuera de texto).

A partir de lo anterior, dicha Colegiatura precisó que: i) las labores de coordinación, como las de los visitadores médicos, son distintas de la comercialización de los bienes y, por lo mismo, son insuficientes para que se entienda realizado el hecho imponible en un determinado Municipio, ii) el destino de las mercancías o el lugar donde se suscribe el contrato de compraventa no son factores determinantes para establecer dónde se ejerce la actividad comercial, iii) **Las ventas a través de "vendedores comerciales vinculados a la sociedad" no determinan que la actividad comercial se haya desarrollado en dicha ciudad y iv) el lugar donde se ejerce la actividad comercial de venta y distribución de bienes es aquel donde se fijan los elementos esenciales del acuerdo y no donde se toman los pedidos, se entregan los productos o se ejercen labores de coordinación y asesoría.**

Finalmente cabe resaltar, que al analizar una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 195 y 198 del Decreto 1333 de 1986, que recopila los artículos 32 y 35 de la Ley 14 de 1983, la Corte Constitucional indicó que si bien era necesaria *"la expedición de normas legales que con carácter general señalen pautas, orientaciones, regulaciones o limitaciones relativas al factor territorial como determinante del sujeto activo del impuesto de industria y comercio, para evitar situaciones de doble tributación por el mismo hecho económico, o conflictos entre las administraciones municipales y los contribuyentes, suscitados por la actuación administrativa a la hora de liquidar el tributo de industria y comercio, en aquellos casos en los cuales las actividades gravadas presentan elementos que se vinculan a más de un municipio"*, lo cierto es que la interpretación de las disposición acusada lleva a concluir lo siguiente: *"(i) que lo gravado son la actividades comerciales y no los actos de comercio o las personas que llevan a cabo unas u otros; (ii) que las actividades comerciales gravadas son las que se benefician de la infraestructura y el mercado local municipal; (iii) que por actividades comerciales ha de entenderse "las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor" y "las demás definidas como tales por el Código de Comercio"; y (iv), que no pueden ser consideradas como actividades comerciales las que puedan ser calificadas como industriales o de servicio, según los artículos 197 y199 del Decreto 1333 de 1986"*<sup>8</sup>.

En igual sentido señaló, que *"las demás"* actividades a las que hace alusión el Código de Comercio no constituyen una lista taxativa o cerrada, como quiera que *"dicha remisión constituye tan solo una pauta adicional a otras que, como se vio, emanan de la norma bajo examen interpretada literal, histórica, teleológica y sistemáticamente"*<sup>9</sup>.

En este orden de ideas y atendiendo la jurisprudencia expuesta, es del caso concluir que:

- El impuesto de industria y comercio se causa por la actividad comercial en la jurisdicción del Municipio donde se perfecciona o consolida la venta.

---

Estado, Sección Cuarta, Consejero ponente (E): Stella Jeannette Carvajal Basto, Sentencia del 20 de septiembre de 2017, Radicación número: 25000-23-27-000-2011-00309-01(20797), Actor: Artimfer S.A.S., Demandado: Distrito Capital.

<sup>8</sup> Sentencia C-121 de 2006.

<sup>9</sup> Ibidem.

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

- La venta se entiende perfeccionada o consolidada cuando se concretan los elementos esenciales del contrato de venta, esto es, el precio y la cosa vendida.
- En consecuencia, el impuesto se causa en la jurisdicción del Municipio donde se convienen el precio y la cosa vendida.

### **3.4. Análisis del caso en concreto:**

El apoderado judicial de la parte actora pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013, por las cuales se le impuso sanción a la sociedad demandante por no declarar el impuesto de industria y comercio de los años gravables 2010 a 2012 y las Nos.248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014, por las cuales se resolvieron de manera negativa los recursos de reconsideración interpuestos por la sociedad demandante.

Dentro del líbello inicial, la parte actora señala que no es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio en el Municipio de El Cerrito, pues si bien es cierto, ha realizado la venta de productos de forma telefónica o por medio de representantes de ventas a favor de personas domiciliadas en dicho municipio, no resulta posible pretender el cobro del impuesto de industria y comercio por el solo acto de venta, toma del pedido o la obtención de ingresos, pues se estaría creando un nuevo hecho imponible que no trae la ley.

A fin de determinar, si en el presente caso se reunían o no los requisitos establecidos en la Ley 14 de 1983, para gravar con el impuesto de industria y comercio los ingresos percibidos por la sociedad demandante en los años gravables 2010 a 2012, se procederá a analizar las pruebas allegadas al plenario, de la siguiente manera:

1.- La **Distribuidora La Sultana del Valle S.A.**, conforme con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali<sup>10</sup>, es una sociedad con domicilio en el Municipio de Candelaria, Valle, que tiene dentro de su objeto social varias actividades, siendo las más trascendentes las correspondientes a: comercialización y distribución de licores y todo lo relacionado con el ramo a nivel Local, Departamental y Nacional; venta al por mayor y al detal, importación y exportación de los mismos; así como el transporte no regular de pasajeros por vía terrestre y otros tipos de transporte no regular de pasajeros; la comercialización y mercadeo de toda clase de productos como alimentos, bebidas, muebles y en general la actividad comercial en todas sus manifestaciones, etc.

2.- Una vez revisado el Registro Único Empresarial y Social de Cámaras de Comercio "RUES", se pudo observar que la sociedad demandante tiene inscrita como actividad económica, la denominada *"G522100 - COMERCIO AL POR MENOR DE FRUTAS Y VERDURAS, EN ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS"*.<sup>11</sup>

3.- Por su parte, el Revisor Fiscal de la sociedad demandante, Armando Martínez Sierra, en certificación expedida el 12 de mayo de 2014<sup>12</sup>, declaró lo siguiente:

*"Las cifras de ventas totales efectuadas detalladas a continuación, fueron fielmente tomadas de los registros oficiales de la compañía:*

---

<sup>10</sup> Folios 29 a 32.

<sup>11</sup>

[http://www.rues.org.co/RUES\\_Web/consultas/DetalleRM?codigo\\_camara=08&matricula=0000740426](http://www.rues.org.co/RUES_Web/consultas/DetalleRM?codigo_camara=08&matricula=0000740426)

<sup>12</sup> Folio 150.

<b>AÑO</b>	<b>BASE GRAVABLE VENTAS TOTALES</b>
2008	25,457,597,838
2009	30,024,557,141
2010	34,580,973,821
2011	42,092,076,123

*Que las ventas anteriormente discriminadas se incluyeron como base gravable para liquidación y pago del impuesto anual de industria y comercio de los municipios de Yumbo y Candelaria, respectivamente”.*

4.- Conforme con las declaraciones privadas del impuesto de industria y comercio aportadas por la sociedad demandante, para los años gravables 2010<sup>13</sup>, 2011<sup>14</sup> y 2012<sup>15</sup>, se logró acreditar que dicha sociedad habría declarado los ingresos obtenidos en esos años por el ejercicio de la actividad identificada como *"distribución ron viejo de caldas"*, ante el Municipio de Candelaria, Valle, lugar que como quedó demostrado en párrafos anteriores, corresponde a su domicilio social.

5.- De acuerdo con la Resolución No. 1299 del 05 de octubre de 2010<sup>16</sup>, el Municipio de Candelaria, Valle, procedió a exonerar del pago del impuesto de industria y comercio a la sociedad demandante, entre otras, por detentar la calidad de *nuevo establecimiento* y porque tenía un 43% de personas residentes de dicho municipio, vinculados a su planta de personal de forma permanente; disponiéndose además, que dicha exención duraría, desde el tercer trimestre del año 2010 hasta el segundo trimestre del año 2018.

5.- Acto seguido, se tiene que la Sociedad Distribuidora La Sultana del Valle S.A., atendiendo los emplazamientos previos por no declarar Nos.248-SH-192-140-02<sup>17</sup>, 248-SH-193-140-02<sup>18</sup> y 248-SH-194-140-02<sup>19</sup>, informó a la entidad demandada que *"La totalidad de las ventas registradas contablemente en los libros de la sociedad distribuidora la sultana del Valle S.A., por el periodo fiscal correspondiente... (Incluidas las ventas de otros municipios como el de El Cerrito) aparecen totalmente declarados por la sociedad en la respectiva liquidación privada de industria y comercio..."*.

6.- En vista de que las respuestas a los emplazamientos previos para declarar, no fueron satisfactorias, la entidad demandada, profirió las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013<sup>20</sup>, por las cuales se le impuso sanción a la sociedad demandante por no declarar el impuesto de industria y comercio de los años gravables 2010, 2011 y 2012 y en ellas se dejó clara la justificación para la imposición de la sanción, en los siguientes términos:

*"...está probado...que el contribuyente Distribuidora La Sultana del Valle S.A...obtuvo ingresos y utilizó la infraestructura de la jurisdicción del Municipio de El Cerrito, lo cual le da al municipio una razón de derecho...para exigirle tributar en El Cerrito, por dichos ingresos."*

7.- Contra las anteriores resoluciones la sociedad demandante interpuso los correspondientes recursos de reconsideración, los que fueron denegados con las

<sup>13</sup> Folio 330.

<sup>14</sup> Folio 331.

<sup>15</sup> Folio 332.

<sup>16</sup> Folios 170 a 172.

<sup>17</sup> Folios 33 a 39.

<sup>18</sup> Folios 72 a 78.

<sup>19</sup> Folios 111 a 117.

<sup>20</sup> Folios 47 a 60, 86 a 99 y 126 a 139.

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

Resoluciones Nos. 248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014<sup>21</sup>.

A partir del recuento probatorio citado en precedencia, es del caso concluir que:

a).- Se encuentra acreditado que la actividad realizada por la sociedad demandante, era la de *"comercialización y mercadeo de toda clase de productos como alimentos, bebidas, muebles y en general la actividad comercial en todas sus manifestaciones"*, la cual fue por ésta registrada bajo tal denominación, ante la Cámara de Comercio, así como inscrita en el Registro Único Empresarial y Social de Cámaras de Comercio "RUES" y declarada en este mismo sentido, ante la Secretaría de Hacienda del Municipio de Candelaria, Valle, para los años gravables 2010, 2011 y 2012.

b).- Así mismo se demostró con las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013<sup>22</sup>, que para la entidad demandada procedía la imposición de la sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio, a cargo de la sociedad demandante, pues ésta había obtenido *"...ingresos y utilizó la infraestructura de la jurisdicción del Municipio de El Cerrito"*, por el ejercicio de su actividad comercial, durante los años gravables 2010, 2011 y 2012; frente a esto último, refiere que dicho ejercicio, tuvo lugar mediante el desarrollo de las actividades de: toma de pedidos, la sugerencia de los mismos, la verificación del inventario, el seguimiento y el acompañamiento, realizadas por vía telefónica o mediante correrías efectuadas por los representantes de ventas de la sociedad demandante.

Tomando como marco de reflexión las conclusiones que anteceden, es del caso señalar que para esta Operadora Judicial, el procedimiento realizado por la sociedad demandante a través de sus representantes de ventas en el municipio de El Cerrito, resulta insuficiente para que se entienda configurado el hecho imponible en dicho municipio, pues conforme ha sido reiterado por el Honorable Consejo de Estado, en varios de sus pronunciamientos, *"el hecho de que las ventas se hayan realizado a través de los vendedores comerciales vinculados a la sociedad...y que estos tengan que asesorar a sus clientes respecto de precios, forma de pago, descuentos o devoluciones de mercancías, no puede aceptarse como demostrativo de la actividad comercial objeto del gravamen."*<sup>23</sup>

Ello es así, en tanto que las labores realizadas por los representantes de ventas de la sociedad demandante, relacionadas con la toma o entrega de pedidos, corresponden a labores de coordinación y asesoría, y en manera alguna implican negociación o comercialización; circunstancia que de entrada lleva a descartarlas como causantes del impuesto de industria y comercio.

Con las pruebas antes analizadas y de la mano con el marco normativo y jurisprudencial estudiado, queda claro que para determinar el lugar (territorialidad) donde debía declararse el impuesto de industria y comercio por la sociedad demandante, correspondía a aquel en donde se concretaren los elementos del contrato de venta, a saber: precio, forma de pago y cosa que se vende; circunstancia que de entrada lleva a descartar el *ingreso* como un factor determinante para establecer el hecho generador del tributo de la referencia.

Es bajo este supuesto que en el caso de marras debe entrar a descartarse el argumento de la entidad demandada, relacionado con tomar como factor esencial para determinar el lugar donde debía pagarse el impuesto de industria y comercio, a aquel donde la sociedad demandante hubiera percibido ingresos, producto de la

<sup>21</sup> Folios 180 a 197.

<sup>22</sup> Folios 47 a 60, 86 a 99 y 126 a 139.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, Radicación No. 250002337000201300041 -01 [21681], Sentencia del 08 de junio de 2016.

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

actividad comercial por esta desarrollada, pues se reitera, éste no se constituye en uno de los factores determinantes de causación del tributo en mención.

A partir de todo lo anterior resulta posible concluir, que en el presente caso la entidad demandada, al momento de iniciar el trámite sancionatorio por no declarar en contra de la sociedad demandante, habría tomado en consideración una información reportada por terceras personas, en las que se le informaba que la sociedad demandante percibió ingresos en el municipio de El Cerrito por el ejercicio de actividades comerciales, para los años gravables 2010, 2011 y 2012 y de forma ligera toma como respaldo de su decisión sancionatoria, el hecho de que los representantes de ventas de la sociedad demandante desarrollaban correrías en su jurisdicción, lo que evidencia una tergiversación de la naturaleza de las actividades realizadas por éstos, al considerarlos como actividades comerciales o de negociación, cuando en realidad y conforme fue explicado jurisprudencialmente, desarrollan meramente labores de coordinación y asesoría, las que en manera alguna pueden entenderse como de carácter comercial, y en consecuencia, no serían susceptibles de ser gravadas con el impuesto de industria y comercio.

Aunado a lo anterior, también se evidencia una ausencia total de verificación por parte de la demandada, en cuanto a establecer si en la jurisdicción del municipio de El Cerrito, habrían sido acordados por la sociedad demandante y sus compradores, el precio, la forma de pago y la entrega de la cosa negociada (elementos del contrato de venta), situación que a todas luces impedía la iniciación de un trámite sancionatorio en su contra, representada en la expedición del emplazamiento por no declarar, pues no se tenía plena certeza de si en efecto, quien se considera sujeto pasivo de un tributo, tuviera la obligación de declarar.

Ello ha sido explicado por el Honorable Consejo de Estado<sup>24</sup>, al disponer que “...el *emplazamiento para declarar debe estar precedido de una labor de investigación y verificación que le permita a la administración tener certeza que el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante por el respectivo año excedía los topes establecidos para cada grupo de declarantes, de manera que el despliegue fiscalizador tenga el suficiente soporte probatorio para expedirlo, descartando entonces la posibilidad de expedir un emplazamiento basado en meras expectativas o suposiciones sin fundamento táctico alguno...”.*

(Negrilla y Subrayado del Despacho).

En tal virtud, se declarará la nulidad de las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013, por las cuales se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio a la sociedad demandante y de las Resoluciones Nos.248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014, mediante la cual se resolvieron de manera desfavorable los recursos de reconsideración incoados por la demandante, todas ellas expedidas por la Secretaría de Hacienda del municipio de El Cerrito.

Como restablecimiento del derecho se declarará que la sociedad demandante no se encuentra obligada a pagar la sanción impuesta en los actos administrativos declarados nulos.

### **3.5. De las costas y agencias en derecho:**

El Despacho advierte que si bien la Ley 1437 de 2011, en el artículo 188, consagra un criterio objetivo respecto de la condena en costas, lo cierto es que este criterio no puede considerarse como absoluto, en razón a que el precitado artículo dispone que

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 31 de Marzo de 2005, Radicación No. 76001 -23-31-000-1999-01666- 02(13904).

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

para su liquidación y ejecución se deben observar las reglas previstas en el estatuto procesal civil y, en este sentido el artículo 365 del Código General del Proceso, prevé en su numeral 8º que: *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Criterio que viene siendo el acogido por la Sección Segunda del Honorable Consejo de Estado, pues en providencia fechada el 09 de agosto de 2016<sup>25</sup>, precisó que el estudio íntegro de las normas contenidas en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, descartaban una apreciación objetiva respecto de la condena en costas, por el simple hecho de resultar vencido en el proceso.

Lo anterior fue secundado y además complementado por dicha Corporación en providencia del 17 de octubre de 2017<sup>26</sup>, al disponerse que la imposición de la condena en costas por parte del Juez Contencioso Administrativo, *"...debe resultar de analizar diversos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas, siendo consonantes con el contenido del artículo 365 del CGP; descartándose así una apreciación objetiva que simplemente consulte quien resulte vencido para que le sean impuestas."* (Negrilla y subrayado del Despacho).

En virtud de lo anterior y a partir de la revisión de la totalidad del expediente de la referencia, se pudo determinar que la conducta desplegada por la parte vencida en el presente caso, no adoleció de temeridad o actuación alguna que obrara en desmedro del trámite normal de la presente Litis, motivo por el cual el Despacho deberá abstenerse de emitir una condena en este sentido.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** de las Resoluciones Nos. 248-SH-380-140-02, 248-SH-381-140-02 y 248-SH-382-140-02 del 15 de noviembre de 2013, por las cuales se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio a la sociedad demandante y de las Resoluciones Nos.248-SH-516-142, 248-SH-517-142 y 248-SH-518-142 del 11 de marzo de 2014, mediante las cuales se resolvieron de manera desfavorable los recursos de reconsideración incoados por la demandante **DISTRIBUIDORA LA SULTANA DEL VALLE S.A.**, todas ellas expedidas por la Secretaría de Hacienda del municipio de **EL CERRITO**.

**SEGUNDO:** A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que la sociedad demandante **DISTRIBUIDORA LA SULTANA DEL VALLE S.A.**, identificada con el Nit. No.800007955-2, no se encuentra obligada a pagar la sanción impuesta en los actos administrativos declarados nulos.

**TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01488-00(AC), Actor: Andrea Yolima Torres Lizarazo, Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación No. 73001-23-33-000-2015-00229-01(0913-17).

Radicado No.76-001-33-33-009-2014-00340-00

**CUARTO: EJECUTORIADA** esta providencia, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso previo a las anotaciones en el sistema siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**MIRFELLY ROCIO VELANDÍA BERMEO**  
Juez