



JUAN CARLOS BECERRA HERMIDA

Abogado - Derecho Tributario

NIT 14.882.256-3

Santiago de Cali, febrero 23 de 2017

Honorable

JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE GUADALAJARA DE BUGA
REPARTO

I. REFERENCIA.

MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
DEMANDANTE : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S.,
NIT 900.328.191
DEMANDADO : MUNICIPIO DE GUACARÍ, VALLE DEL CAUCA
ASUNTO : TRIBUTARIO – IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO –
LIQUIDACIÓN OFICIAL DE AFORO POR LOS PERIODOS
GRAVABLES 2010 y 2011.

El suscrito, JUAN CARLOS BECERRA HERMIDA, mayor de edad y vecino de Santiago de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.882.256 expedida en Buga, Valle del Cauca, abogado titulado y en ejercicio, con tarjeta profesional No. 70816 D1 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en mi carácter de apoderado especial de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191, sociedad comercial inscrita en la Cámara de Comercio de Cali en el Libro IX, con domicilio social en Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, por el presente memorial instauró ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO contra el MUNICIPIO DE GUACARÍ, VALLE DEL CAUCA, representado por el Sr. Alcalde Municipal o su delegado, por la expedición de los siguientes Actos Administrativos proferidos por el funcionario OSCAR HERNAN LENIS, Secretario de Hacienda del Municipio de Guacarí, Valle del Cauca:

Por el periodo gravable 2010:

- Liquidación de Aforo No. 1100-50.06.184 del 26 de febrero 2016 por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2010.
- Resolución 1100-50.06.707 del 30 de septiembre de 2016 que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación de Aforo por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2010 No. 1100-50.06.184 del 26 de febrero 2016.

Por el periodo gravable 2011:

- Liquidación de Aforo No. 1100-50.06.185 del 26 de febrero 2016 por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2011.
- Resolución 1100-50.06.708 del 30 de septiembre de 2016 que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación de Aforo por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2011 No. 1100-50.06.185 del 26 de febrero 2016.

II. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

2.1. CONCILIACIÓN. -

Calle 39 Norte No. 2 AN - 24
Santiago de Cali - Barrio Vipasa
Tel. 315-5072664

juancarlosbecerrahermida@hotmail.co

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

2

Por tratarse de un conflicto tributario, no procede la conciliación conforme lo dispone el artículo 59, parágrafo 2º de la Ley 446 de 1998, por tanto y para este caso, la exigencia del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, en adelante CPACA, no es aplicable.

2.2. INTERPOSICIÓN Y RESOLUCIÓN DE RECURSOS. AGOTAMIENTO DE LA VIA GUBERNATIVA. -

Para efecto de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 161 del CPACA, el recurso de reconsideración que era el procedente en este caso, se interpuso el treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016), dentro de la oportunidad legal, en un solo memorial cuestionando las dos liquidaciones de aforo y solicitando acumulación. El recurso fue resuelto por el Municipio de Guacará, Secretaría de Hacienda, el treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) mediante Resoluciones Nos. 1100-50.06.708 y 1100-50.06.707.

III. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA:

Las Resoluciones Nos. 1100-50.06.708 y 1100-50.06.707 del treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) a través de las cuales se resolvió el recurso presentado contra las dos Resoluciones que aforaron el impuesto de industria y comercio por los años 2010 y 2011 fueron notificadas por correo el veinticinco (25) de octubre de dos mil dieciséis (2016) tal como se aprecia en la impresión del pantallazo de la página www.redetrans.net/index.php/red-virtual/consulte-su-envio empresa utilizada por el Municipio de Guacará para notificar por correo las mencionadas resoluciones; en consecuencia, el término de cuatro (4) meses para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho vence el veintiséis (26) de febrero de dos mil diecisiete (2017) que, como no es día hábil, extiende hasta el veintisiete de febrero de dos mil diecisiete (2017), primer día hábil. Estoy actuando dentro de dicho término conforme lo dispone el literal c) del ordinal 2º del artículo 164 del CPACA.

En este punto, expreso mi inconformidad por la forma irregular como el Municipio de Guacará procedió a hacer la notificación de las resoluciones que resolvieron la pues no se aatemperó a notificar adecuadamente los actos administrativos que pusieron fin a la vía gubernativa. Según el inciso 2º del artículo 565 del Estatuto Tributario para impuestos nacionales, de obligatorio cumplimiento por las autoridades municipales conforme al artículo 59 de la Ley 788 de 2012, , las resoluciones que resuelven recursos deben notificarse **personalmente o por edicto** si transcurridos diez (10) días después de citado el contribuyente, este no comparece a notificarse. Para el caso, el veinticinco (25) de octubre de 2016 fue entregado por correo copia de las resoluciones que resolvían los recursos (Guía 911937690 de la empresa Redetrans) los cuales fueron enviados **desde el Municipio de Tuluá**, tal como puede apreciarse en la copia de la guía de transporte que adjunto, lo cual es sumamente irregular si se tiene en cuenta que el Municipio que está aforando es Guacará.

A pesar del comentario anterior sobre la inadecuada notificación de las Resoluciones que resuelven los recursos de reconsideración, atendiendo sentencias del Consejo de Estado que instruyen que los errores en la notificación no pueden invocarse como causal de nulidad, la empresa se entiende notificada el día en que recibió el correo.

IV. PARTES:

Son partes en el presente proceso:

4.1. DEMANDANTE: GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S.,

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

3

NIT 900.328.191,

REPRESENTANTE LEGAL: ADRIANA GONZALEZ DE VELAZQUEZ, IDENTIFICADA CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA No. 31.868.285.

APODERADO ESPECIAL: JUAN CARLOS BECERRA HERMIDA, C.C. 14.882.256 Y TP. 70.816 D1 DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

- 4.2. **DEMANDADO:** MUNICIPIO DE GUACARÍ, VALLE DEL CAUCA, REPRESENTADO POR EL SR. ALCALDE GERARDO SALCEDO CALERO O POR SU DELEGADO.

V. DEMANDA:

Respetuosamente, solicito al Despacho hacer las siguientes o similares declaraciones:

- 5.1. **DECLARAR LA NULIDAD** de los siguientes Actos Administrativos con base en las causales de nulidad invocadas en ésta demanda:

Por el periodo gravable 2010:

- Liquidación de Aforo No. 1100-50.06.184 del 26 de febrero 2016 por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2010.
- Resolución 1100-50.06.707 del 30 de septiembre de 2016 que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación de Aforo por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2010 No. 1100-50.06.184 del 26 de febrero 2016.

Por el periodo gravable 2011:

- Liquidación de Aforo No. 1100-50.06.185 del 26 de febrero 2016 por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2011.
- Resolución 1100-50.06.708 del 30 de septiembre de 2016 que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación de Aforo por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2011 No. 1100-50.06.185 del 26 de febrero 2016.

- 5.2. **RESTABLECER EN SU DERECHO** a GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191, como consecuencia de la anterior declaratoria, disponiendo, que:

- Por los periodos gravables 2010 y 2011 no está obligada a declarar y pagar el impuesto de industria y comercio en ese Municipio por su condición de fabricante con sede en Santiago de Cali.

- 5.3. Por último, **CONDENAR** al Municipio de GUACARÍ, al pago de las costas y gastos procesales, incluidas las agencias en derecho, considerando la flagrante violación a la ley al establecer que un fabricante debe pagar el impuesto en el Municipio donde están radicados sus clientes a quienes venden su producción y no donde la elabora o donde tiene su sede fabril. Las costas se demostraran en el momento procesal oportuno, si se tiene en cuenta que apenas comienza el proceso y aún no se conocen los gastos en que se incurrirá.

VI. ACUMULACIÓN DE PROCESOS. PREJUDICIALIDAD

Conforme a lo establecido en el artículo 148 del Código General del Proceso y teniendo en cuenta que se cumplen los presupuestos establecidos en esa norma para que opere la

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

4

acumulación de procesos, respetuosamente solicito la acumulación de este proceso con el proceso que actualmente cursa ante el **Juez Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, radicado 76-111-33-33-001-2016-00046-00** el cual se encuentra pendiente de fijar fecha para primera audiencia.

Los presupuestos de la acumulación, son los siguientes:

- Los procesos están en la misma instancia y se tramitan por el mismo procedimiento (ordinario),
- Las pretensiones podrían acumularse en la misma demanda. Los actos administrativos demandados en este memorial y los que cursan ante el Juez Primero Administrativo de Guadalajara de Buga, corresponden a un mismo procedimiento tributario, el de aforo, y son continuos. Los hechos son los mismos (no declarar el impuesto de industria y comercio) y corresponden a la misma vigencia (2010 y 2011).
- Las partes son las mismas, Municipio de Guacará, demandado, y Grasas del Pacífico Lubricantes Especiales S.A.S.

En el evento de no ser posible la acumulación, respetuosamente solicito la prejudicialidad de tal manera que el fallo de este proceso espera el resultado del proceso referenciado que cursa ante el Juez Primero Administrativo de Guadalajara de Buga.

VII. HECHOS:

Sirven de fundamento a la anterior demanda los siguientes hechos relatados en el recurso de reconsideración:

- 7.1. Grasas del Pacífico Lubricantes Especiales S.A.S. es una empresa comercial constituida en el año 2009 por documento privado registrado en la Cámara de Comercio de Cali el 7 de diciembre de 2009 bajo el folio 13993 del Libro IX.
- 7.2. La actividad de la compañía es la de *“ejecutar dentro del territorio colombiano o fuera de él toda clase de actividades mercantiles relacionadas con la **fabricación**, compra, enajenación a cualquier título, importar, exportar, fabricar, distribuir y en general realizar toda clase de actividades de comercialización de productos de toda naturaleza, en especial de aceites y grasas independientemente de su origen mineral, vegetal o animal y cualquier otro derivado del petróleo e hidrocarburos”*, conforme se lee en el Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali.

En la práctica, el giro ordinario de los negocios de la compañía se circunscribe exclusivamente a la fabricación de aceites y grasas tomando como materia prima el petróleo y sus derivados.

Por las especiales características del producto que elabora, la ubicación de las materias primas, las necesidades tecnológicas para el procesamiento y la optimización de los recursos, el proceso de transformación se ha tercerizado con la compañía C.I. PROQUIMSA LTDA., NIT 890.204.118-6. Copia del contrato de maquila suscrito con PROQUIMSA fue aportado al expediente administrativo y hay copia de él ante el **Juez Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, radicado 76-111-33-33-001-2016-00046-00** en el cual puede apreciarse que la actividad de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S. califica como industrial para efecto del impuesto de industria y comercio, tal como lo define el artículo 34 de la Ley 14 de 1986 recopilado en el artículo 197 del Decreto 1333 de 1986.

Para efecto de aclarar este punto, transcribo la parte pertinente del contrato:

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

5

“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO DE MAQUILA. CI PROQUIMSA LTDA. se compromete a fabricar aceites y grasas lubricantes para uso industrial cuya identificación y descripción química básica es de propiedad del FABRICANTE y cuyo listado junto con las especificaciones técnicas será relacionado en el documento que se adjunta al presente como ANEXO A, para que haga parte integrante del mismo y plena prueba de la conformación de los productos y reconocimiento de los derechos sobre la fórmula al FABRICANTE”

- 7.3. Desde su creación, el domicilio de la sociedad ha sido el Municipio de Santiago de Cali, lugar donde tiene inscrito el único establecimiento de comercio con el que cuenta. En Santiago de Cali realiza todas sus operaciones y concentra toda su actividad administrativa, jurídica, industrial y de mercadeo de los productos que elabora.

En cuanto al mercadeo de los productos que procesa y a pesar de tener claramente definido que la actividad de mi representada para efectos del impuesto de industria y comercio es INDUSTRIAL, resulta indispensable comentar que las ventas se realizan DESDE su sede en Santiago de Cali y no EN ningún otro Municipio. Bajo esta manera de comercializar sus productos, las mercancías vendidas se despachan DESDE la Bodega ubicada en la sede social o DESDE el domicilio del maquilador PROQUIMSA LTDA. ubicado en Barrancabermeja, normalmente en vehículos de compañías especializadas en transporte.

DESDE la sede social se realizan TODAS LAS OPERACIONES de la empresa, incluidas las relacionadas con la venta de los productos, como: definir las políticas de selección de clientes, de venta, autorización de los pedidos lo cual hace la representante legal de la compañía quien es la única persona que puede autorizar las operaciones y comprometer a la sociedad en los contratos con los clientes, se selecciona y despachan los pedidos a los clientes a través de empresas transportadoras, donde se hace todo el proceso contable, se atienden las ordenes de pedido, se emiten las remisiones de mercancía y la factura, etc.

Obviamente y por cuestiones de atención al cliente, es posible que en ocasiones y por circunstancias especiales, DESDE la sede social algunos funcionarios de la empresa se desplacen a los Municipios donde tienen clientes con el único propósito de mantener las relaciones comerciales, atender las quejas y reclamos de los clientes y tomar los pedidos de productos en aquellos casos en que el cliente no lo hace por otro medio (telefónico, por fax o por correo electrónico).

- 7.4. Bajo la forma jurídica de S.A.S., el objeto social de la compañía le permite desarrollar cualquier actividad lícita; sin embargo, en él se detallan las actividades que siempre ha realizado y que realiza la empresa, las que, como se comentó, se concretan al procesamiento de aceites y grasas, actividad que para efecto del impuesto califica como industrial, tal como lo define el artículo 34 de la Ley 14 de 1983 compilado en el artículo 197 del Decreto 1333 de 1986 y que al tenor literal, reza:

Artículo 34º. - Para los fines de esta Ley, se consideran actividades industriales las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes.

Resulta relevante mencionar que la compañía que represento sólo comercializa los productos que procesa a consumidores finales y no tiene representación comercial de productos elaborados por terceros.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

6

7.5. Congruente con todo lo anterior, el impuesto de industria y comercio se declara y paga en el municipio de Santiago de Cali tomando como base gravable la totalidad de los ingresos de la compañía, teniendo en cuenta que ese es el único Municipio en el cual desarrolla actividades gravadas con el mencionado impuesto. Esta circunstancia fue probada en el expediente administrativo adjuntando las declaraciones del impuesto de industria y comercio por las vigencias que discute Guacará, donde puede apreciarse que la totalidad de los ingresos de la compañía se sometieron a impuesto en Santiago de Cali.

7.6. El Municipio de Guacará, notificó los emplazamientos para declarar No. SMH-500-2648 y SMH-500-2649 del 2 de septiembre de 2013 los cuales fueron objetados oportunamente por mi representada aduciendo que los ingresos por ventas de productos a clientes ubicados en el Municipio de Guacará, corresponden a la comercialización de un producto fabricado por la empresa y que el impuesto de industria y comercio por esas ventas fue declarado y pagado a Santiago de Cali.

7.7. Los argumentos de mi representada fueron desestimados por el Municipio de Guacará, quien actuó con una única prueba obtenida de un tercero a través de la petición de información. En el acto administrativo de trámite se hacen afirmaciones falsas y sin fundamento fáctico alguno, al decir que mi representada realizó actividades de comercialización de productos en jurisdicción de Guacará.

Así las cosas, el 25 de febrero de 2015 notificaron a mi representada las resoluciones que imponen una sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio en ese Municipio por los años gravables 2010 y 2011 numeradas SMH-500-2506 y SMH-500-2507 del 26 de enero de 2015.

7.8. Oportunamente y a través de apoderado especial, mi representada radicó recurso de reconsideración aportando pruebas suficientes para demostrar que su actividad es la de industrial, por lo que el impuesto se paga en la sede fabril, tal como lo dispone el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, para el caso, Santiago de Cali.

7.9. Nuevamente y sin fundamento alguno, con una tesis contraria a derecho y a los hechos, mediante las resoluciones No. SHM-500-911 y SHM-500-912 del 3 de julio de 2015 resolvieron el recurso de reconsideración presentado contra las resoluciones que impusieron la sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio de los años 2010 y 2011, confirmándolas.

Las tesis expuestas por el Municipio para confirmar las sanciones impuestas surgen de una indebida apreciación sobre los hechos al considerar que cuando un industrial terceriza la producción se transforma en comerciante y de la exótica tesis que pregona que el impuesto se causa en el domicilio del cliente y no en el municipio donde se desarrolla la actividad.

7.10. Contra las resoluciones que impusieron la sanción por no declarar los años 2010 y 2011 y contra las resoluciones que resolvieron los recursos de reconsideración propuestos contra tales sanciones, mi representada a través de apoderado especial presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante los jueces administrativos de Guadalajara de Buga, proceso que se adelanta ante el **Juez Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, radicado 76-111-33-33-001-2016-00046-00.**

7.11. Dando continuidad al proceso de aforo, el 31 de marzo de 2016 notificaron a mi representada las resoluciones a través de las cuales el Municipio profirió las liquidaciones de aforo del impuesto de industria y comercio por los años gravables 2010 y 2011 numeradas 1100-50.06.184 y 1100-50.06.185 del 26 de febrero de 2016.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

7

7.12. Oportunamente, mi representada radicó recurso de reconsideración aportando pruebas suficientes para demostrar que su actividad es la de industrial, por lo que el impuesto se paga en la sede fabril, tal como lo dispone el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, para el caso, Santiago de Cali.

En el recurso se anunció que los actos administrativos previos -las resoluciones a través de las cuales se impuso la sanción por no declarar y las resoluciones que resolvieron el recurso de reconsideración-, cursaba demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Juez Primero Administrativo de Guadalajara de Buga y en consecuencia, se solicitó la prejudicialidad; es decir, que no se profirieran las liquidaciones de aforo hasta tanto los jueces resolvieran sobre el procedimiento previo.

7.13. El recurso fue resuelto con los mismos argumentos expidiéndose las resoluciones que se demandan en este escrito numeradas 1100-50.06.707 y 1100-50.06.708 del treinta (30) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

VIII. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LAS PRETENSIONES. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN:

8.1. UBICACIÓN EN EL TEMA

Antes de presentar los Fundamentos de Derecho de las Pretensiones, presento una síntesis del asunto que se discute:

Se trata en este caso de dirimir la controversia generada por el Municipio de Guacará, al adelantar en contra de mi representada GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191, un proceso de aforo del impuesto de industria y comercio de los años 2010 y 2011. Al final del proceso debe establecerse: 1) Si mi representada es contribuyente del impuesto de industria y comercio en el Municipio de Guacará, por el hecho de tener un cliente en jurisdicción de ese Municipio; y, 2) Si el Municipio actuó correctamente respetando el debido proceso, aplicando e interpretando adecuadamente las normas procedentes y si sus decisiones se basan en pruebas allegadas oportunamente al expediente o apreciadas y valoradas correctamente.

- Pretensión y posición del Municipio:

El Municipio de Guacará, pretende que GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191, declare y pague el impuesto de industria y comercio por los periodos gravables 2010 y 2011 con base en los ingresos por venta de los productos que mi representada elabora (aceites y grasas) al Ingenio Pichichí S.A., empresa radicada en jurisdicción de Guacará.

La base de esa pretensión es la interpretación que tiene el Municipio sobre el lugar de causación del impuesto de industria y comercio. Para esa entidad, el impuesto se debe declarar y pagar en el Municipio de residencia del cliente no en el Municipio donde se desarrolla la actividad.

La prueba que sirve de fundamento a la decisión del Municipio es el reporte de información entregado por el Ingenio Pichichí S.A., a instancia del Municipio mediante requerimiento ordinario de información, en el cual se expresa los pagos efectuados en cada vigencia a mi representada por la adquisición de productos (aceites y grasas).

- Pretensión y posición de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

8

La empresa que represento pretende que se respete la ley (artículo 77 de la Ley 49 de 1990) y se reconozca que, por su carácter de industrial, el impuesto se debe declarar y pagar en la sede fabril.

Subsidiariamente, que de toda forma se reconozca que el impuesto no se causa en el lugar de residencia del cliente sino en el lugar donde se realiza la actividad, que es el hecho generador del impuesto de industria y comercio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 compilado en el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986.

Por lo anterior, que se anulen los actos administrativos por los cuales se liquidó el impuesto de industria y comercio a mi representada como conclusión del proceso de aforo.

8.2. CAUSALES DE NULIDAD INVOCADAS.

8.2.1. Infracción a las normas en que debía fundarse por falta de aplicación

Se presenta esta causal por que el Municipio desconoce que el impuesto de industria y comercio para los industriales se debe declarar y pagar en el Municipio de la sede fabril, tal como lo señala el artículo 77 de la Ley 49 de 1990.

De otra parte, también se presenta esta causal porque, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, para los comerciantes y prestadores de servicio, el impuesto se causa en el Municipio donde se realiza la actividad, no en el domicilio del cliente como equivocadamente lo interpreta el Municipio.

8.2.2. Infracción a las normas en que debía fundarse por errónea interpretación.

Las mismas normas citadas con anterioridad, artículo 77 de la ley 49 de 1990 y 32 de la Ley 14 de 1983, son interpretados equivocadamente por el Municipio, por lo siguiente:

- Respecto del artículo 77 de la ley 49 de 1990 al concluir sin sustento normativo alguno, que el industrial que terceriza su producción pierde su condición de industrial y se convierte en comerciante; y
- Respecto del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 al considerar que la venta de un producto a una persona ubicada en el Municipio de Guacará, se considera realización de la actividad en ese Municipio.

8.2.3. Falsa motivación.

Por último, los actos administrativos demandados adolecen de falsa motivación, pues está sustentado en hechos irreales o en apreciaciones equivocadas sobre los hechos que aparecen demostrados en el expediente: 1) porque se desconoce la condición de industrial que tiene mi representada bajo la extraña tesis que pregonan que, al tercerizar la fabricación de sus productos, pierde la condición de industrial para convertirse en comerciante; y, 2) Que por el solo hecho de tener un cliente en Guacará, se está realizando la actividad en ese Municipio.

8.3. DETALLE DE LAS NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

8.3.1. INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE POR FALTA DE APLICACIÓN Y POR ERRONEA INTERPRETACIÓN.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

9

NORMAS VIOLADAS:

- Artículos 4 y 95, numeral 9º de la Constitución Política
- Artículo 77 de la Ley 49 de 1990
- Artículos 32 y 34 de la Ley 14 de 1983

CONCEPTO DE SU VIOLACIÓN

- EL INDUSTRIAL NO PIERDE SU CONDICIÓN DE INDUSTRIAL POR TERCERIZAR SU PRODUCCIÓN. LOS INDUSTRIALES DECLARAN Y PAGAN EL IMPUESTO EN LA SEDE FABRIL, NO EN EL DOMICILIO DE SUS CLIENTES.
- TENER UN CLIENTE EN UN MUNICIPIO NO DEBE ENTENDERSE COMO EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN ESE MUNICIPIO. EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL CONLLEVA LA REALIZACIÓN DE UN CONJUNTO DE HECHOS. LA VENTA DE PRODUCTOS CUANDO NO SE REALIZA EN ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES ES UNA ETAPA MAS DE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN. INEXISTENCIA DE REGLA QUE PREDIQUE PARA LOS COMERCIANTES, QUE EL IMPUESTO SE CAUSA EN EL DOMICILIO DEL CLIENTE.

INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE POR FALTA DE APLICACIÓN

Dice el artículo 77 de la Ley 49 de 1990:

*ARTÍCULO 77. Impuesto Industria y Comercio. Para el pago del Impuesto de Industria y Comercio sobre las actividades industriales, el gravamen sobre la actividad industrial **se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial**, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción. Subraya propia*

Conforme a esta norma, queda claro y sin duda alguna, como lo reconoce el Municipio en las resoluciones que resuelven el recurso contra las resoluciones que imponen la sanción por no declarar, que los industriales pagan el impuesto en la sede fabril, no en otro Municipio.

Al respecto, hay sentencia del Consejo de Estado del veintitrés (23) de junio de dos mil cinco (2005), Sección Cuarta, que unifica los criterios sobre el lugar de la causación del impuesto de industria y comercio por actividad industrial, Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00160-01(13844). Consejera Ponente, Ligia López Díaz que, en la parte pertinente, establece:

*“La Magistrada Ponente aclara que acogerá en adelante frente a la tesis reiterada de la Sección Cuarta sobre la tributación de la actividad industrial en el municipio donde está ubicada la sede fabril, “teniendo como base gravable los ingresos provenientes de la comercialización de la producción” (art. 77 Ley 49 de 1990) EN TODO EL PAIS y no solo en el respectivo municipio (a pesar de ser un impuesto municipal). **Lo anterior con la finalidad de contribuir a la seguridad jurídica y a la unificación de criterios tanto para los entes territoriales como para los contribuyentes en sus actividades de planeación empresarial** y toda vez que normas de diferentes municipios han optado directamente por establecer la tributación sobre la totalidad de la producción nacional, independientemente del municipio donde se comercialice, lo cual en equidad implica también se aplique recíprocamente por parte de las entidades que no lo consagran expresamente en relación con las industrias establecidas en su jurisdicción. Además, para evitar la utilización de figuras jurídicas acomodaticias o de intermediación, tendientes a reflejar una situación fiscal diferente.” Subrayado por fuera del texto original*

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

10

Como puede apreciarse, la sentencia aludida es de UNIFICACIÓN. Me permito recordar que, al tenor de lo expuesto en el artículo 10 del CPACA, las sentencias de unificación deben ser aplicadas de manera preferente por las autoridades. Transcribo la norma:

Artículo 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Para reforzar esta tesis, en la misma sentencia que unifica criterios se puede leer la nota de relatoría, que expresa:

“ACTIVIDAD INDUSTRIAL - El impuesto se liquida sobre la totalidad de los ingresos provenientes de la comercialización de la producción / SEDE FABRIL - Ante este municipio ya no es admisible la prueba de la comercialización de la producción en otros municipios / ACTIVIDAD COMERCIAL - Ante los municipios donde se realiza debe probarse que sobre los bienes vendidos se ha pagado impuesto por actividad industrial / MUNICIPIOS DONDE SE REALIZAN ACTIVIDADES COMERCIALES - Ante ellos debe probarse que sobre los bienes vendidos se pagó el impuesto en la sede fabril

De acuerdo con el artículo 77 de la Ley 49 de 1990, el impuesto por la actividad industrial se causa sobre la totalidad de los ingresos provenientes de la comercialización de la producción, cualquiera que sea el municipio donde ésta se realice y debe pagarse en el municipio de la sede fabril o planta industrial. Sobre el contenido y alcance de esta norma en la sentencia de 26 de noviembre de 2003 Exp. 13349 C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié expresó la Sala: “Ha señalado igualmente la Sala que la modificación fundamental introducida por el artículo 77, consistió precisamente en que, ante el municipio de la sede fabril, ya no es admisible la prueba de la comercialización de la producción en municipios diferentes, sino que es a estos a los que se les debe probar que los bienes o productos vendidos en sus territorios, son fabricados o manufacturados por el vendedor y sobre los mismos se ha pagado el gravamen sobre la actividad industrial, esto, obviamente con el propósito de que como dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de octubre 17 de 1991 que decidió sobre su exequibilidad, no se liquide otro impuesto sobre la misma base gravable”. Esta posición jurisprudencial se reitera en el sub examine porque está demostrado que los bienes objeto de comercialización en la jurisdicción de Medellín son producidos en el municipio de Puerto Nare, lugar donde ha pagado el impuesto de industria y comercio por la actividad industrial.”

Con base en las normas y jurisprudencia citadas, de las cuales se transcribió la parte pertinente, la pretensión del Municipio de Guacará, para que mi representada declare y pague el impuesto en ese Municipio, carece de fundamento legal y, en consecuencia, se presenta la causal de nulidad consistente en la infracción de la norma en que debía fundarse (artículo 77 de la Ley 44 de 1990) por falta de aplicación.

De otra parte, el artículo 34 de la Ley 14 de 1983, dice:

*Artículo 34º.- Para los fines de esta Ley, se consideran actividades industriales las dedicadas a la **producción**, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes. Subraya propia*

Como puede leerse de la norma, en ninguna parte se hace mención a que la producción se

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

11

haga directamente o a través de terceros y que, en el evento que se contrate terceros para esos propósitos, pierda su condición de industrial para convertirse en comerciante.

Como resalté en el recurso, en el contrato de maquila que aporté como prueba, se lee:

*“CLAUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO DE MAQUILA. CI PROQUIMSA LTDA. se compromete a **fabricar aceites y grasas lubricantes** para uso industrial cuya identificación y descripción química básica es de propiedad del **FABRICANTE** y cuyo listado junto con las especificaciones técnicas será relacionado en el documento que se adjunta al presente como ANEXO A, para que haga parte integrante del mismo y plena prueba de la conformación de los productos y reconocimiento de los derechos sobre la fórmula al FABRICANTE”*
Subraya propia

Para los efectos del impuesto de industria y comercio se aclara que el artículo 35 de la Ley 14 de 1983 establece que la actividad comercial, es: la compraventa y distribución de bienes y todo lo que el Código de Comercio señale como tal si no está señalado por la misma ley como actividad industrial o de servicios.

Desde la definición de la actividad comercial que trae la Ley 14 de 1983, se descarta de plano la posibilidad de que mi representado se considere comerciante. Al respecto, son reveladoras las conclusiones del Ministerio de Hacienda en el documento denominado “LOS SERVICIOS INTERMEDIOS DE LA PRODUCCIÓN Y LA MAQUILA FRENTE AL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO” publicado en el Boletín No. 5º del mes de agosto de 2007 de la Dirección de Apoyo a la Gestión Tributaria de las entidades territoriales, página 5:

*“Quien realiza la actividad industrial **es el que encarga al tercero** la transformación de bienes que posteriormente serán vendidos por él como propietario de los mismos, mientras que aquel que ejecuta tareas por encargo será un prestador de servicios, siendo gravados con el impuesto, el primero sobre los ingresos provenientes de la comercialización de la producción y el segundo sobre los ingresos que reciba como remuneración de dicho encargo.”* Subrayado por fuera del texto original

Dirección donde puede consultarse el documento:
<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/asistenciaentidadesterritoriales/Publicaciones/Boletines/Boletin%20No.%2005.pdf>

En este otro evento, con base en las normas y doctrina citadas, de las cuales transcribí la parte pertinente, la pretensión del Municipio de Guacará, para que mi representada declare y pague el impuesto en ese Municipio bajo la exótica tesis de la conversión de un industrial en comerciante, carece de fundamento fáctico y legal, en consecuencia, se presenta la causal de nulidad consistente en la infracción de la norma en que debía fundarse (artículo 77 de la Ley 49 de 1990 y 34 de la Ley 14 de 1983) por falta de aplicación.

INFRACCIÓN A LAS NORMAS EN QUE DEBÍA FUNDARSE POR ERRÓNEA INTERPRETACIÓN.

Además de la infracción del artículo 77 de la ley 49 de 1990 y al artículo 34 de la Ley 14 de 1983 por falta de aplicación, la tesis de la conversión del industrial en comercializador al contratar la maquila del producto adolece de errónea interpretación, al igual que considerar que por el hecho de hacer una venta en un Municipio o a un cliente ubicado en ese Municipio se es contribuyente en ese Municipio.

Aun, en el hipotético evento que mi representada fuera comerciante, tampoco sería contribuyente del impuesto de industria y comercio en Guacará, porque toda su actividad la realiza en el Municipio de Santiago de Cali, incluyendo la comercialización de su producción, pues, en Guacará no tiene establecimientos de comercio ni funcionarios de manera

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

12

permanente con capacidad para obligar a la sociedad.

Repito, una de las premisas fundamentales del impuesto de industria y comercio es su carácter local, es decir, el impuesto sólo se causa en el municipio donde se realizan las actividades que la ley considera gravadas. En el caso particular de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., como se explicó en los hechos relacionados en este escrito y se demuestra con las pruebas allegadas al expediente, la totalidad de sus ingresos fueron percibidos en Santiago de Cali por ser ese el único municipio en el cual se desarrollan actividades gravadas con ese impuesto, que se explicó, es industrial. Esa posición no es arbitraria ni derivada de conveniencia alguna, es la manifestación de los hechos reales, de la aplicación de la ley y de la interpretación judicial al respecto.

Una cosa es que en un municipio se vendan productos o se tengan clientes y otra muy distinta es que en ese municipio se desarrolle **actividad de servicios, comercial o industrial**. Todas las actividades, industrial, comercial o de servicios, implican la realización de una serie de actividades, infraestructura, organización, ánimo, disposición de bienes, recursos, personal y presencia permanente en determinada municipalidad. La actividad de producir o distribuir bienes no puede mirarse únicamente desde una de sus manifestaciones sino en conjunto y si bien es cierto que algunos elementos o acciones de una persona pueden realizarse en diferentes municipalidades, no puede decirse que en todas ellas debe pagarse el impuesto. El Municipio de Guacará, debe comprender que existen actividades conexas, complementarias o accesorias a la actividad que desarrolla un empresario y tan sólo en una de las municipalidades se paga el impuesto: **en la que se realiza la actividad, no donde se realizan esas actividades conexas, complementarias o accesorias**. Para colocar un ejemplo, en muchas ocasiones el Consejo de Estado ha interpretado que la comercialización es una etapa más de la actividad primaria o de la actividad industrial, pero no es la actividad en sí misma.

Congruente con lo expuesto en el párrafo anterior y acudiendo a la interpretación literal para expresar que la tesis del Municipio de Guacará, introduce un nuevo hecho generador del impuesto: **la venta de bienes o tener una clientela**, vale la pena recordar que el hecho generador por actividades industriales lo define el artículo 34 de la Ley 14 de 1983 y por actividad comercial lo define el artículo 35 de la ley 14 de 1983, en este último caso, como **“las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor,…”**. Como he subrayado la ley define, con precisión como tales las destinadas, no la venta ni el hecho de tener una clientela. Insisto en que una cosa es realizar actividades DESDE un municipio y otra muy diferente realizarlas EN un municipio. Toda la operación de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., como lo he manifestado muchas veces, se realiza en Santiago de Cali, municipio en el cual se ha declarado y pagado el impuesto sobre la totalidad de los ingresos.

Para reafirmar lo expuesto, acudo a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, que transcribo:

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos. Subrayado propio

Bajo esta disposición, a continuación acudo a la jurisprudencia para profundizar en los argumentos.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

13

Respecto a la referencia que hace el Municipio a la Sentencia de la Corte Constitucional C 121 de 2006, vale la pena hacer algunos comentarios para demostrar la equivocada interpretación que hace el Municipio sobre el hecho generador del impuesto de industria y comercio y el lugar de causación del tributo. Para mayor claridad, transcribo apartes de la sentencia sobre los cuales el Municipio apoya su tesis:

*“6.2 La interpretación de las disposición acusada a partir de los tres métodos expuestos, lleva a la Corte 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 y 199 del Decreto 1333 de 1986.” Subrayado y resaltado por mi persona*

Si bien es cierto una lectura parcializada de la sentencia puede conducir a las conclusiones del Municipio de Guacará, es preciso acudir a todo el análisis que hace la Corte para llegar a esa conclusión y debe entenderse en el contexto de la demanda, en lo dispuesto en la Ley y en el método de interpretación utilizado. En lo que refiere a la conclusión que predica que **(ii) que las actividades comerciales gravadas son las que se benefician de la infraestructura y el mercado local municipal;** resulta de la aplicación del método histórico utilizado por la Corte Constitucional para lo cual se basó en la Exposición de Motivos de la Ley 14 de 1983 elaborada por el Gobierno.

Emplea mal el Municipio de Guacará las conclusiones de la Corte Constitucional y no consulta el entorno de la demanda ni de esas conclusiones, lo que exige hacer los siguientes comentarios:

- 1º Existe la regla de interpretación que pregonan que al momento de interpretar la ley debe acudirse a su texto legal y no a su espíritu, posibilidad permitida solamente en aquellos casos en los cuales la ley no es clara, tal como lo refiere el inciso primero del artículo 27 del Código Civil:

*“ARTICULO 27. INTERPRETACION GRAMATICAL. Cuando el sentido de la ley sea claro, **no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.**”*

- 2º Que la conclusión de la Corte Constitucional al aplicar el método interpretativo histórico o teleológico no estaba dirigida a establecer regla alguna de territorialidad del impuesto para quienes realizan la actividad comercial, sino a establecer la exequibilidad o no del artículo 35 de la Ley 14 de 1983 que se había demandado bajo el cargo que buscaba demostrar que la remisión al Código de Comercio que hace el citado artículo para definir la actividad comercial vulnera el principio de certeza consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política. Para mayor claridad, transcribo apartes de la sentencia:

“6. Examen de constitucionalidad del artículo 35 de la Ley 14 de 1983, compilado por el 198 del Decreto 1333 de 1986.

*6.1 La demanda que recae sobre el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, compilado por el 198 del Decreto 1333 de 1986, **tiene que ver también con la indeterminación del hecho gravado con el impuesto de industria y comercio.** En efecto, al respecto la demanda reprocha que el legislador haya hecho una remisión a la ley comercial para definir en qué consisten las actividades comerciales gravadas, pues como el Código de Comercio enumera*

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

14

una serie de actos, operaciones y empresas que considera mercantiles, pero esta enumeración es declarativa y no limitativa, la remisión a dicho estatuto no resulta clara en cuanto a lo que ha de entenderse por hecho gravado. Subrayado propio.

- 3º Desde otra óptica, la alusión que hizo la Corte Constitucional a la exposición de motivos de la Ley 14 de 1983 sobre el hecho que resultaban gravadas las actividades que se beneficiaban de los recursos, la infraestructura y el mercado del municipio, fue para concluir que el impuesto no grava a las personas, ni a los actos de las mismas, sino a las **actividades comerciales** que se benefician de la infraestructura y el mercado municipal.

*“Así pues, la interpretación histórica indica que se trata de un impuesto que no grava a las personas, ni a los actos de las mismas, sino a las **“actividades comerciales”** que “se benefician de la infraestructura y el mercado municipal.”*

Como puede apreciarse, en ningún momento la Corte Constitucional concluyó como regla de territorialidad que para los comerciantes el impuesto debía pagarse en uno o en otro Municipio, lo que concluyó era que el impuesto **gravaba las actividades comerciales** que se beneficiaban de la infraestructura y el mercado. Esto implica que el Municipio receptor del tributo es el municipio **donde se realizan las actividades por beneficiarse de la infraestructura y mercado de ese Municipio**, lo cual es muy diferente de lo que interpreta Guacará.

Lo expuesto hasta ahora cobra mayor relevancia y congruencia si se incluye en el análisis las otras conclusiones de la Corte Constitucional, especialmente al aplicar los métodos interpretativos sistemático y literal. Estas pueden apreciarse en los literales a y b del punto 6.1 de los Considerandos de la sentencia que, transcribo:

“Al parecer de la Corte, el correcto entendimiento de la disposición transcrita se obtiene a partir de su interpretación literal, teleológica e histórica, aunada a la lectura sistemática de la misma, junto con las demás normas de la Ley 14 de 1983 y del Decreto compilador 1333 de 1986, y de aquellas otras del Código de Comercio a las cuales remite. Pasa a hacerse el ejercicio respectivo:

a. Interpretación literal

*Inicialmente repara la Corte en que el artículo demandado se encarga de definir lo que ha de entenderse por actividades comerciales, como hecho gravado con el impuesto de industria y comercio. No lo que ha de entenderse por actos de comercio gravados con dicho impuesto. **La anotación es importante, pues, desde un punto de vista estrictamente gramatical, las expresiones actividad y acto no son equivalentes.** En efecto, **el vocablo “actividad”, de conformidad con la definición que suministra el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa “(c)onjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”.** En cambio, la palabra “acto” es definida por el mismo Diccionario como el “ejercicio de la posibilidad de hacer”, es decir como una operación única llevada a cabo por aquel que actúa. Así pues, de esta primera observación se deduce **que lo gravado con el impuesto de industria y comercio son las actividades comerciales de las personas o entidades, y no los actos de comercio de las mismas.***

Ahora bien, para entender qué tipo de actividades son las que pueden ser calificadas como comerciales, el estudio literal de la norma parcialmente acusada indica lo siguiente: el legislador señaló que se entendían por actividades comerciales, (i) “las destinadas al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor”; y (ii) las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por este Decreto, como actividades industriales o de servicios.” Es

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

15

decir, el legislador primero presentó una definición de lo que entendía por actividades comerciales, que luego complementó con la remisión al Código de Comercio. Además, dejó en claro que aquellas actividades que puedan ser calificadas como industriales o de servicio, no son actividades comerciales.

En este punto, la Corte observa con particular atención que la remisión que el legislador hace al Código de Comercio para complementar la definición que formula sobre lo que ha de entenderse por actividad comercial, dirige al intérprete a todas las normas de dicho estatuto que definen qué cosa ha de entenderse por actividades comerciales, y no exclusivamente a aquellas que el actor menciona en el libelo de la demanda, es decir los artículos 20 y 24 del referido Código.

b. Interpretación sistemática.

La lectura literal de la norma acusada lleva necesariamente a su interpretación sistemática, es decir a su lectura armónica con lo que disponen las normas del Código de Comercio sobre actividades mercantiles, y también con aquellas otras del mismo Decreto 1333 de 1986 -que compiló las normas de la Ley 14 de 1983 acusadas- mediante las cuales se define qué cosa son las actividades industriales y de servicio, pues aquellas operaciones que caigan bajo estas dos categorías, por exclusión, no serán actividades comerciales.

El Título II del Código de Comercio se encabeza: “De los actos, operaciones y empresas mercantiles”. Bajo este epígrafe, el artículo 20 menciona en forma no taxativa los dieciocho actos más comúnmente ejecutados por los comerciantes, y en el numeral 19 incluye “(l)os demás actos y contratos regulados por la ley mercantil”. El artículo 21 siguiente afirma que “(s)e tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.” El artículo 23 señala qué actos no son de naturaleza mercantil y el 24 indica que las enumeraciones contenidas en los artículos 20 y 23 son declarativas y no limitativas. Por su parte, bajo el mismo Título, el artículo 25, define que se entiende por empresa “toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

Dado que la norma tributaria bajo examen remite a todo el Código de Comercio, dentro del cual las normas que por su especial pertinencia deben ser tenidas en cuenta para la definición de lo que ha de entenderse por actividades comerciales son las que se acaba de comentar, la Corte entiende que todas ellas, y no sólo los artículos 20 y 24, contribuyen a definir lo que ha de entenderse por actividades comerciales para efectos tributarios.

Por otra parte, la interpretación sistemática de la disposición acusada lleva a concluir que no son actividades comerciales las industriales, definidas en el artículo 197 del Decreto 1333 de 1986 como “las dedicadas a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, transformación, reparación, manufactura y ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes”; y tampoco son comerciales las actividades de servicios que, según el artículo 199 ibidem, son “las dedicadas a satisfacer necesidades de la comunidad mediante la realización de una o varias de las siguientes o análogas actividades: expendio de bebidas y comidas, servicio de restaurante, cafés, hoteles, casas de huéspedes, moteles, amoblados, transporte y aparcaderos, formas de intermediación comercial, tales como el corretaje, la comisión, los mandatos y la compraventa y administración de inmuebles, servicios de publicidad, interventoría, construcción y urbanización, radio y televisión, clubes sociales, sitios de recreación, salones de belleza, peluquerías, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánicas, automoviliarias y afines,

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

16

lavado, limpieza y teñido, salas de cine y arrendamiento de películas y de todo tipo de reproducciones que contenga audio y video, negocios de montepíos y los servicios de consultoría profesional prestados a través de sociedades regulares o de hecho.”

De manera conveniente, el Municipio, para reclamar como suyo el impuesto que corresponde a otro Municipio acoge solamente algunos comentarios de la sentencia desconociendo lo expuesto en otros argumentos que si son concluyentes para definir que el impuesto se causa en el Municipio donde se realiza la actividad no donde está residenciado el cliente o la persona que hace el pago. Tratándose de los comerciantes, bajo la consideración de la Corte Constitucional sobre la aplicación plena del Código de Comercio en cuanto al gravamen por esta actividad, las actividades de los comerciantes se desarrollan fundamentalmente en los establecimientos de comercio.

De toda forma, atendiendo la regla establecida en el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 sobre la causación del impuesto en aquellos eventos en que la actividad se realice sin establecimiento de comercio, debemos concluir que solamente sería beneficiado con el tributo el Municipio donde un contribuyente, sin tener establecimiento de comercio, realice **totalmente** la actividad mercantil, como sería el caso de un comerciante que lleve mercancía a un Municipio y la venda en ese Municipio de manera ambulante o en establecimientos de otros comerciantes.

Aquí debo resaltar que la Corte Constitucional estableció la diferencia entre acto mercantil y actividad mercantil. Sobre la actividad mercantil, es preciso señalar ésta implica la realización de un “(c)onjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad”.

Así las cosas, establecer que la realización de la actividad de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S. se hace de manera plena en Guacará porque en ese Municipio tiene domicilio el Ingenio Pichichí S.A., es desconocer lo dispuesto en la Ley, especialmente porque mi representada tiene concentrada su actividad en Santiago de Cali, Municipio donde tiene su administración, resaltando que es en este Municipio donde se materializan las ventas lo que hace la representante legal de la compañía, establecimiento de comercio, sede social, bodega, departamento de ventas, etc. y por supuesto, su establecimiento de comercio.

Además de lo expresado en este punto sobre el verdadero entendimiento que debe darse a la sentencia de la Corte Constitucional C 121 de 2006, respetuosamente solicito acojan la interpretación de la Sección Cuarta del Consejo de Estado sobre el tema, para lo cual relaciono algunas de las muchas sentencias que se ocupan de la territorialidad del impuesto de industria y comercio por la actividad industrial y comercial, de las que transcribo apartes pertinentes de las mismas, y llamo la atención sobre la más reciente que resolvió un caso que se asemeja al que aquí se analiza, si se llegara a la conclusión que la actividad de mi representada no es industrial:

1º Sentencia del ocho (08) de junio de dos mil dieciséis (2016), Radicación: 250002337000201300041-01 [21681], Demandante: LG ELECTRONICS COLOMBIA LIMITADA (NIT. 830065063-4), Demandado: DISTRITO CAPITAL, Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, expresó:

“Conforme con las pruebas que existen en este caso y la jurisprudencia de la Sala, la negociación de los productos de la actora en Bogotá D.C no implica el ejercicio de actividad comercial en esta ciudad, pues, se insiste, las labores que se desarrollan allí son de coordinación y promoción de productos, al igual que asesorías y toma de pedidos de los clientes, para ser solicitados por vía electrónica y despachados desde el municipio de Cota.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

17

De otra parte, **se reitera que el destino de las mercancías no es factor determinante para establecer el hecho generador del impuesto por el ejercicio de actividad comercial**, pues con tal criterio “se estaría trasladando el lugar de la causación del gravamen, desconociendo el carácter territorial del impuesto. Así que, el hecho de que las ventas se hayan realizado a través de los vendedores comerciales vinculados a la sociedad en Bogotá 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.”¹

Además, como la actora tiene registrado en Cota un establecimiento de comercio y presentó en ese municipio la declaración del impuesto de industria y comercio por los años gravables 2007 a 2009, aspecto que no se controvierte por el demandado, no puede este gravar en su jurisdicción tales ingresos, como lo prevé el artículo 154 numeral 3 del Decreto 1421 de 1993. De ahí, que tampoco le asiste razón a la apelante cuando sostiene que la actora reúne todos los presupuestos establecidos en la ley para que se presuma que durante los años 2007 a 2009, ejerció actividades comerciales en el Distrito Capital, de conformidad con el artículo 13 del Código de Comercio. Subraya propia

Hago notar en este caso, que la magistrada REITERA la posición del Consejo de Estado y que la empresa comercializadora ubicada en el Municipio de Cota (actora en el proceso) desplazaba al Distrito Capital (demandada) algunos de sus trabajadores encargados de la comercialización, mucho más dramático que lo que la empresa que represento utiliza como mecanismo de comercialización, donde ni siquiera desplaza personal al Municipio de El Cerrito para hacer labores de atención al cliente.

- 2º Consejera ponente: LIGIA LÓPEZ DÍAZ, dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno (2001), Radicación número: 05001-23-25-000-1995-0231-01(12440)

“(…) Para establecer la territorialidad del tributo, debe determinarse el sitio donde se realiza la actividad gravada, en este caso la comercial, sin importar dónde se realiza la venta, así lo manifestó esta Corporación en Sentencia del 22 de junio de 1990, expediente 2180.

Si bien no hay norma que precise el lugar donde se realiza la actividad gravada, existen criterios que en cada caso deben ser examinados para establecer la territorialidad del tributo. (…)”

- 3º Consejero ponente: JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ, abril doce (12) de dos mil dos (2002), Radicación número: 05001-23-25-000-1997-1939-01(12565)

“(…) Ahora bien, como lo ha precisado la Sala en abundante jurisprudencia, conforme a la Ley 14 de 1983, el impuesto de industria y comercio es un tributo de carácter municipal cuyo hecho generador es la actividad comercial, industrial o de servicios que debe tener ocurrencia dentro de la respectiva jurisdicción municipal, siendo su base gravable, los ingresos generados por tal actividad, también dentro del municipio respectivo.

El carácter territorial de este gravamen, impide al municipio que pueda aplicar su facultad impositiva a cualquier actividad que ha sido realizada por fuera de su jurisdicción, pues ello corresponde a un territorio dentro del cual el municipio carece de competencia.

¹ Sentencias de 8 de marzo de 2002, exp 12300 y de 19 de mayo de 2005, exp 14582.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

18

En efecto, definido por la Ley el elemento territorial tanto del hecho generador como de la base gravable del impuesto de industria y comercio, no puede ser modificado por las normas locales que regulen el impuesto en cada jurisdicción y menos pueden los funcionarios administrativos encargados de aplicarlas, proceder en contra de esta característica esencial del tributo, por ello, un municipio no puede gravar las actividades realizadas en otra jurisdicción territorial, porque es en esta localidad donde se hallan sujetas a gravamen.

Si bien no hay normas que puntualicen o precisen el lugar donde debe entenderse realizada la actividad gravada u obtenido el ingreso gravable, máxime tratándose de contribuyentes que desarrollan actividades en varios municipios, se debe acudir al análisis de ciertos criterios para establecer la territorialidad del tributo, pero sin modificar el hecho generador del mismo.

En efecto, a juicio de la Sala, no puede el municipio determinar la base gravable del impuesto, teniendo como fundamento que es en su jurisdicción donde se encuentra domiciliada la contribuyente, o que es en ésta a donde se destina la carga transportada, o donde se acordó y se lleva el control del servicio prestado por la actora, pues ello implicaría crear un hecho generador no previsto en la ley y desconocer que el hecho generador del impuesto de industria y comercio no es ni el consumo de bienes ni el domicilio del sujeto pasivo, es la realización de actividades industriales, comerciales o de servicios y el gravamen surge en el lugar de la prestación de tales actividades.(...)"

- 4º Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO, noviembre veintidós (22) de mil novecientos noventa y seis (1996), Radicación número: 8005

(...) De manera que, no existe justificación alguna para que, mediante las normas acusadas, se pretenda ampliar el marco de la jurisdicción municipal a efecto de extenderlo a otros municipios. De esta forma, resulta claro para la Sección, como también lo fue para el Tribunal y la señora Procuradora, determinar que las disposiciones demandadas vulneran abiertamente los preceptos que enmarcan el Impuesto de Industria y Comercio, particularmente aquéllos que regulan las reglas de territorialidad del tributo.

Como bien lo señala la señora Procuradora, la Sala mediante el fallo del 30 de abril de 1992, anuló disposiciones inspiradas en el criterio de recaudar localmente impuestos generados por actividades realizadas en otras jurisdicciones, con el pretexto de evitar la evasión. También ha precisado la Sección, en diversas oportunidades que lo relevante es determinar en dónde realizan los sujetos pasivos la actividad que genera el impuesto, porque ésta es la materia imponible y no en donde se realiza la venta porque ésta es una manifestación externa del hecho imponible y simultáneamente elemento de la base gravable. (...)"

- 5º Consejero ponente: JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO, enero veintidós (22) de mil novecientos noventa y nueve (1999), Radicación número: 50422-23-24-000-950021-01-9165 (9165)

En cuanto a la actividad comercial se refiere, fue definida por el artículo 35 ibídem y posteriormente por el artículo 198 del Decreto 1333 de 1986, así: "Se entienden por actividades comerciales, 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 siempre y cuando no estén consideradas por el mismo código o por este decreto, como actividades industriales o de servicios".

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

19

Ahora bien, la Administración municipal consideró en la Resolución que falló el recurso de apelación interpuesto contra las liquidaciones de aforo que:

“No queda duda entonces, que la empresa comercializa sus productos, pero ¿cómo y dónde?

Para la sociedad, la oficina que posee en la ciudad de Medellín, está manejada por un gerente (municipio Medellín), secretarías y personal de vendedores - visitantes, quienes se encargan de promover y tomar los pedidos a cada uno de los clientes ubicados en la ciudad de Medellín.

Es esta la razón que nos asiste para considerar que la agencia que tiene la sociedad PARKE DAVIS AND COMPANY, en Medellín es toda una agencia en ejercicio de actividades propias del objeto social de la compañía, pues está utilizando los servicios que esta ciudad le ofrece, como son, el de un mercado en el cual coloca sus productos, cierra ventas y toma pedidos que reporta a la sede principal, en forma tal que resulta claro que el proceso de venta se realiza en Medellín y no en Cali,

De ese municipio se despacha el pedido; es posible que allí mismo se facture, pero el proceso de la venta en sí se realizó en esta ciudad a través de una infraestructura social y económica debidamente organizada. Por ello encontramos que la negociación que se da en la ciudad de Medellín entre el gerente regional de ventas y los clientes con asiento en esta ciudad, es toda una actividad mercantil que se traduce en el mercado del producto y que es objeto del pago del impuesto, a la luz del artículo 32 de la Ley 14 de 1983 y de los artículos 1° del Acuerdo 61 de 1989 y 1° numeral 2 del Acuerdo 44 de 1991”. (fl.53 cuaderno principal).

A juicio de la Sala, los elementos probatorios recaudados por la Administración y que fueron los determinantes en el establecimiento del tributo, demuestran que, contrariamente a las conclusiones a las que arribó el Municipio demandado, la sociedad actora no realiza la actividad comercial en la ciudad de Medellín, como acertadamente lo concluyó el a quo.

Pues bien, entre las pruebas obrantes en el proceso se encuentra el Acta de la Visita realizada a la sociedad actora de fecha 24 de febrero de 1994 y en la que se dejaron sentadas las siguientes observaciones:

“Oficina donde se reúnen los visitantes médicos. La contabilidad se encuentra contabilizada en la ciudad de Cali. No existe bodega. La mercancía llega directamente de Cali al cliente”.

De otra parte se encuentran a folios 85 a 133 del cuaderno principal los testimonios recibidos de representantes de algunas droguerías de la ciudad de Medellín, de un visitador médico de la sociedad, del Coordinador de la actora en dicha ciudad, del Jefe de la División Financiera del Hospital San Vicente de Paúl y de la contadora que fue asignada por la Administración municipal para realizar la visita a la oficina de Parke Davis en Medellín y de los cuales se puede concluir que si bien es cierto que los pedidos de compra de los productos elaborados por la sociedad se toman en la ciudad de Medellín, es en la ciudad de Cali donde se efectúa la actividad comercial gravable, pues es allí donde se concretan todos los elementos de la venta, como es el precio, el plazo de pago y el envío de los productos a los clientes en Medellín.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

20

A juicio de la Sala, no puede entenderse que la labor realizada por los visitantes médicos pueda ser considerada como hecho generador del tributo por la actividad comercial, ni que la oficina que posee la actora en la ciudad de Medellín, que es para cumplir con la función de coordinación de los visitantes médicos, sea una infraestructura suficiente como para considerarla como una sucursal de la fábrica de Cali, pues está demostrado que mediante ella tampoco se ejerce la actividad de la comercialización de los productos.

Ahora bien, con las declaraciones de renta y de industria y comercio presentadas en la ciudad de Cali y con los certificados del Revisor Fiscal de la sociedad, visibles a folios 28 a 33 del cuaderno principal, se comprueba que la actora declaró la totalidad de los ingresos y liquidó y pagó el impuesto de industria y comercio por los años gravables de 1991 y 1992 en la ciudad de Cali, como efectivamente debía hacerlo. (...)"

6º Consejero ponente: DELIO GÓMEZ LEYVA, siete (7) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996), Radicación número: 7670

La Sala comparte los argumentos del Tribunal a quo, y habrá de confirmar la providencia apelada, porque conforme a la Ley 14 de 1983, Artículo 31, el impuesto de industria y comercio es un tributo de carácter municipal cuyo hecho generador es la actividad comercial, industrial o de servicios que debe tener ocurrencia dentro de la respectiva jurisdicción municipal y cuya base gravable, consecuentemente está constituida por los ingresos generados por tal actividad, también dentro del municipio respectivo.

Estos elementos del tributo, hecho generador y base gravable tienen, a su vez, el elemento territorial que contrae la ocurrencia de aquellos al ámbito de cada municipio, todo lo cual ha sido fijado por la ley y no puede ser modificado por los acuerdos o normas locales que lo regulan en cada jurisdicción, y menos por los funcionarios administrativos encargados de aplicarlas.

Ya en reiteradas oportunidades la Sala ha precisado que una de las características del impuesto de industria, comercio y avisos en su carácter local, que restringe su ámbito de aplicación y sus alcances a los límites territoriales del respectivo municipio. No se pueden gravar así las actividades realizadas en un determinado municipio, sujetas allí a gravamen, en cualquiera otra localidad aduciendo que es en esta última a donde se destina, o consume el producto, pues por una parte el hecho generador no es el consumo de bienes y servicios sino la prestación de actividades industriales, comerciales y de servicios y por la otra, el sujeto pasivo del gravamen no se sitúa en el lugar de consumo sino en el lugar en donde se realice la actividad gravada.

De aceptar la tesis de la apoderada de Medellín implicaría gravar absolutamente en este Municipio la totalidad de las empresas cuyos productos se consumen en este Municipio incluidas las ventas efectuadas por sociedad en el extranjero, que escapan obviamente a la actividad impositiva del Estado Colombiano.

Todas las subrayas son del accionante, no de los textos originales.

8.3.2. FALSA MOTIVACIÓN.

En este punto, por haberse desarrollado suficientemente en el recurso de reconsideración y teniendo en cuenta lo alegado por el Municipio en las resoluciones que lo resolvieron,

transcribo lo expresado al respecto:

“Dice el Consejo de Estado en Sentencia 16660 del 15 de marzo de 2012 respecto de la falsa motivación que para alegar esta causal de nulidad deben demostrarse las siguientes circunstancias:

- a) Que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o
- b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente.

Dice además que los hechos que tuvo en cuenta la Administración deben ser reales, por tanto, se presenta la falsa motivación, cuando:

- a) los hechos no existieron
- b) o fueron apreciados en una dimensión equivocada,

Por último, enseñan que, al alegar la falsa motivación como causal para buscar la nulidad de los actos administrativos, debe:

- a) Señalar cuál es el hecho o hechos que el funcionario tuvo en cuenta para tomar la decisión, y
- b) que en realidad no existieron, o,
- c) en qué consiste la errada interpretación de esos hechos

Así las cosas y para el caso concreto, la falsa motivación se presenta en este caso, por lo siguiente:

- 1o Por un lado, el Municipio de Guacará, deriva que mi representada es contribuyente del impuesto de industria y comercio en ese municipio sin tener prueba alguna de la cual pueda llegarse a esa conclusión; es decir, los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión (decir que es contribuyente) no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa. Es más, llegó a la conclusión que mi representada realiza la actividad de comercialización cuando en la realidad vende los productos que elabora.

El Municipio Guacará, no probó que mi representada realizara actividad gravada dentro de su jurisdicción. Consultar a un contribuyente sobre quién le vende productos no es prueba suficiente para determinar si el vendedor de tales productos es contribuyente o no en el Municipio de Guacará porque realizó la actividad gravada en ese municipio. En el caso que se analiza, la actividad de mi representada es industrial y se realiza en Santiago de Cali, hechos que no demostró el Municipio ni le interesó probar, seguramente para trasladar de manera indebida la carga de la prueba, y, por lo tanto, llegó a conclusiones equivocadas.

En este punto, debo recordar lo dispuesto en los artículos 742 y 743 del Estatuto Tributario para impuestos nacionales de obligatoria aplicación en por Guacará por expresa disposición del artículo 59 de la Ley 788 de 2002, normas que claramente disponen que las decisiones de la administración deben fundarse en los hechos que aparezcan probados en el expediente, por los medios probatorios

establecidos en las normas tributarias o en las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, por cualquier medio probatorio.

*“Artículo 742. Las decisiones de la Administración deben fundarse en los hechos probados. La determinación de tributos y la imposición de sanciones **deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente**, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos. Subraya propia*

Artículo 743. Idoneidad de los medios de prueba. La idoneidad de los medios de prueba depende, en primer término, de las exigencias que para establecer determinados hechos preceptúen las leyes tributarias o las leyes que regulan el hecho por demostrarse y a falta de unas y otras, de su mayor o menor conexión con el hecho que trata de probarse y del valor de convencimiento que pueda atribuírseles de acuerdo con las reglas de la sana crítica.”

Así las cosas, la Administración Tributaria del Municipio de Guacará liquida el impuesto a través del procedimiento de aforo sin tener prueba alguna que conduzca a establecer que mi representada realizó actividades comerciales dentro de la jurisdicción del Municipio de Guacará.

- 2º En materia del impuesto de industria y comercio, la prueba idónea de los ingresos obtenidos por actividades ejecutadas o realizadas en determinado municipio, es la contabilidad. Dice el artículo 1º del Decreto 3017 de 1983, lo siguiente:

*“Los contribuyentes que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios en más de un municipio, a través de sucursales o agencias, constituidas de acuerdo con lo definido en los artículos 263 y 264 del Código de Comercio o de establecimientos de comercio debidamente inscritos, deberán registrar su actividad en cada municipio y **llevar registros contables que permitan la determinación del volumen de ingresos obtenidos por las operaciones realizadas en dichos municipios. Tales ingresos constituirán la base gravable.***

El gravamen sobre la actividad industrial se pagará en el municipio donde se encuentre ubicada la fábrica o planta industrial, teniendo como base gravable los ingresos brutos provenientes de la comercialización de la producción.”

Como puede apreciarse, es la contabilidad el medio idóneo para demostrar el ejercicio de actividades en determinados municipios. El Municipio no apeló a este medio probatorio para demostrar que GRASAS DEL PACIFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S. realizó actividades en Guacará y se concretó a la información reportada por el Ingenio Pichichí sin hacer comprobación posterior alguna.

- 3º Por otro lado, el Municipio de Guacará considera que toda persona que venda productos a personas ubicadas en jurisdicción del Municipio es contribuyente del impuesto de industria y comercio por actividad comercial, en su jurisdicción. Esta tesis desconoce amplia jurisprudencia del Consejo de Estado que enseña que aun en la actividad comercial, si esta se concentra en un determinado Municipio, será en ese Municipio donde deba pagar el impuesto y no en el lugar donde está ubicado el cliente.
- 4º El documento que sirve de prueba a la Administración en ninguna instancia del proceso **le fue trasladado o compartido a la empresa que represento para efecto de controvertirlo**, especialmente porque contiene una afirmación falsa. Dice el acto administrativo:

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

23

*“Una vez verificada la información que reposa en el expediente abierto con el No. IC201176318-307, determinó que el contribuyente GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S. con Nit 900.328.191-2, recibió ingresos por comercialización de productos dentro de la jurisdicción del municipio de Guacará, pro el año gravable 2011 por un valor de \$98.494.635.00, de acuerdo con la respuesta al requerimiento ordinario de información enviada por el contribuyente INGENIO PICHICHÍ S.A. con NIT. 891.300.513-7, quien en respuesta al mismo, envía información contenida en los folios 1-5 del expediente, indicando los valores que le canceló al contribuyente GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S. con Nit 900.328.191-2, producto de la comercialización de productos que esta empresa desarrolló **en la jurisdicción del Municipio de Guacará** en el año gravable 2011. (El mismo texto aparece en todos los actos administrativos de la otra vigencia)*

Ante la temeridad y falsedad de la supuesta afirmación hecha por el Ingenio Pichichí S.A., resulta necesario establecer si esa afirmación es de esa empresa o es el resultado de una errónea apreciación del Municipio. Importa mucho conocer el contenido del documento para efecto de establecer responsabilidades por el contenido falso de esa afirmación, pero sobre todo y para los efectos del procedimiento administrativo tributario que suscita esta objeción, **para controvertirla.**

Siendo esto así y bajo el entendimiento que la información reportada por el Ingenio Pichichí S.A. en respuesta al requerimiento ordinario de información se considera testimonio, al tenor de lo dispuesto en el artículo 750 del Estatuto Tributario para impuestos nacionales, de una vez la OBJETO POR CONTENER UNA AFIRMACIÓN FALSA.

Como se comentó, toda la actuación y la decisión de Municipio de Guacará se fundamenta en la respuesta que el Ingenio Pichichí S.A. le dio a instancia del requerimiento ordinario de información, información que en ningún momento prueba que mi representada realizó actividad gravada en Guacará.

Como lo preciso la Corte Constitucional en sentencia C 121 de 2006, una cosa es realizar la actividad comercial en un Municipio, lo que implica la realización de un conjunto de actuaciones dentro de ese Municipio tendientes a lograr un propósito, y otra es realizar un acto comercial en ese Municipio o actividades complementarias, conexas o accesorias a la actividad, como sería la atención al cliente.

La motivación de los actos administrativos sancionatorios que hace el Municipio a través de los funcionarios que adelantan el proceso con fundamento en pruebas recaudadas que no conducen a la verificación de lo que se pretende demostrar, necesariamente conduce a la nulidad del acto administrativo, por falsa motivación.

La documentación y pruebas recaudadas por el Municipio, demuestran:

- 1) Que GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S. tiene un cliente con residencia o domicilio en Guacará: el Ingenio Pichichí S.A.;
- 2) Que ese cliente, durante los periodos gravables 2010 y 2011, compró productos, a GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S.
- 3) Que, por esas compras, le pagaron.

Nada más. En ningún momento se está demostrando que mi representada REALIZO LA ACTIVIDAD comercial, industrial o de servicios dentro de la jurisdicción del Municipio de Guacará.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

24

En este punto, resulta indispensable comentar que a la luz de lo dispuesto en el artículo 715 del Estatuto Tributario para impuestos nacionales, la expedición del emplazamiento para declarar requiere de la entidad tributaria la PREVIA COMPROBACIÓN de la obligación de declarar y pagar el impuesto.

Artículo 715. Emplazamiento previo por no declarar. Quienes incumplan con la obligación de presentar las declaraciones tributarias, estando obligados a ello, serán emplazados por la Administración de Impuestos, previa comprobación de su obligación, para que lo hagan en el término perentorio de un (1) mes, advirtiéndoseles de las consecuencias legales en caso de persistir su omisión.

El contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, que presente la declaración con posterioridad al emplazamiento, deberá liquidar y pagar la sanción por extemporaneidad, en los términos previstos en el artículo 642.

Como mencioné, la información recibida del Ingenio Pichichí no es concluyente para demostrar el carácter de contribuyente del impuesto en Guacará.

Adicional a lo anterior, la conclusión del Municipio sobre el hecho de derivar que mi representada pierde su condición de industrial por el hecho de tercerizar la producción o hacer contratos de maquila no esta soportado en hecho, prueba o norma alguna.

IX. MEDIOS PROBATORIOS

Solicito a Ustedes decretar y tener como tales los documentos aportados en las respuestas a los emplazamientos para declarar y en los recursos de reconsideración contra las resoluciones sanciones y contra las liquidaciones de aforo que obran en el expediente llevado por la Administración Tributaria del Municipio de Guacará, y en las siguientes:

9.1. NORMAS JURÍDICAS DE ALCANCE MUNICIPAL.

Conforme a lo establecido en el inciso 2º del artículo 167 de la Ley 1437 de 2011, manifiesto que los siguientes actos administrativos de carácter general expedidos por el Concejo de Guacará, que regulan la materia objeto de la presente demanda, están publicados en el sitio web del Municipio: <http://www.guacari-valle.gov.co>

- Acuerdo 03 del 28 de agosto de 2014, actual Estatuto Tributario de Guacará.

De no estar publicados o de estar publicados de manera incompleta en la página web del Municipio de Guacará, o del Concejo Municipal de Guacará, respetuosamente solicito al Despacho que sean solicitadas copias auténticas de tales actos administrativos a la Administración Tributaria del Municipio.

9.2. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS:

Previo a la admisión de la demanda y por no tener copia de la guía de correo que permita demostrar la notificación de las liquidaciones de aforo 1100-50.06.184 y 1100-50.06.185 del 26 de febrero de 2016, respetuosamente solicito que se oficie a la Secretaría de Hacienda Municipal de Guacará, ubicada en el Centro Administrativo Municipal (CAM), Calle 4 No. 8-16 Barrio Central - San Juan Bautista de Guacará - Valle del Cauca Teléfono: 57-2-2538547/ 2538044. Correo electrónico: notificacionjudicial@guacari-valle.gov.co. para que envíe los antecedentes administrativos y en forma especial, para que certifique o de fe sobre la forma como fueron notificados los actos administrativos que se demandan y la fecha en que se notificaron.

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

25

9.3. PRUEBA TRASLADADA:

Por tratarse sobre el mismo asunto, considerando que los actos que se demandan a través de este escrito son los que dan continuidad al proceso de aforo, y, a que en la actualidad cursa una demanda contra los actos previos a los que aquí se demandan, - resoluciones que impusieron la sanción por no declarar y las resoluciones que resolvieron los recursos contra ellas, en el cual se aportaron las pruebas que se relacionan seguidamente, por efectos de economía procesal, solicito respetuosamente sean tenidas en cuenta en este expediente las siguientes pruebas aportadas en el expediente entre las mismas partes y por el mismo asunto que cursa ante el Juez Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, radicado 76-111-33-33-001-2016-00046-00:

- Copia de las declaraciones del impuesto de industria y comercio de los periodos 2010 y 2011 presentadas en Santiago de Cali.
- Copia del contrato de maquila.
- Copia de las facturas del maquilador.
- Certificado expedido por el contador de la empresa en el cual manifiesta que los valores declarados en Santiago de Cali por los años 2010 y 2011 corresponden al 100% de la comercialización de la producción nacional por cada periodo.

X. ANEXOS:

10.1. Copia de los actos administrativos demandados con la constancia de notificación:

Por el periodo gravable 2010:

- Liquidación de Aforo No. 1100-50.06.184 del 26 de febrero 2016 por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2010.
- Resolución 1100-50.06.707 del 30 de septiembre de 2016 que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación de Aforo por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2010 No. 1100-50.06.184 del 26 de febrero 2016.

Por el periodo gravable 2011:

- Liquidación de Aforo No. 1100-50.06.185 del 26 de febrero 2016 por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2011.
- Resolución 1100-50.06.708 del 30 de septiembre de 2016 que resuelve el recurso de reconsideración presentado contra la Liquidación de Aforo por no declarar el impuesto de industria y comercio del año 2011 No. 1100-50.06.185 del 26 de febrero 2016.

Como ya se expresó, la constancia de notificación no es posible aportarla adecuadamente por las irregularidades en la notificación, razón por la cual he solicitado que, previo a la admisión de la demanda se oficie al Municipio de Guacará para que certifique la fecha de la notificación de los actos administrativo demandados y entregue la totalidad de los antecedentes administrativos.

10.2. Poder debidamente presentado.

10.3. Certificado de existencia y representación de GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191, expedido por la Cámara de

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacará, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

26

Comercio de Cali.

10.4. Original de la Demanda con los anexos originales para el expediente.

10.5. Tres copias de la demanda para el traslado al Ministerio Público, a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación y al Municipio de Guacará, con anexos.

10.6. Copia de la demanda para el archivo del Juzgado.

Los demás documentos de trámite o respuestas a los mismos como son las actas de visita, requerimiento de información al Ingenio Pichichí S.A., la respuesta de esa empresa al Municipio de Guacará, reposan en la Administración Tributaria del Municipio de Guacará, y se solicita presentación al Despacho con la solicitud de antecedentes administrativos.

XI. CUANTÍA:

La estimo en un millón quinientos cincuenta y unos mil setecientos cincuenta pesos (\$1.551.750), valor del impuesto liquidado.

XII. PROCEDIMIENTO:

El procedimiento ordinario contemplado en el Título V del Libro Segundo, artículos 159 y siguientes del CPACA, Ley 1437 de 2011.

XIII. COMPETENCIA:

La tiene el Juzgado Administrativo de Guadalajara de Buga en primera instancia por la cuantía, por la naturaleza del pleito y por el lugar donde se proferieron los actos administrativos cuya declaratoria de nulidad se solicita.

XIV. DERECHO:

Ley 14 de 1983, Ley 49 de 1990, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.

XV. NOTIFICACIONES:

- DE LA DEMANDADA: EI MUNICIPIO DE GUACARÍ, VALLE DEL CAUCA, en el Centro Administrativo Municipal (CAM), Calle 4 No. 8-16 Barrio Central - San Juan Bautista de Guacará - Valle del Cauca Teléfono: 57-2-2538547/ 2538044. Correo electrónico: notificacionjudicial@guacari-valle.gov.co.
- DEL DEMANDANTE: GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191, en la Calle 38 N No. 3 - 36, Santiago de Cali, Valle del Cauca, Tel 2703093, correo electrónico grasasdelpacifico@hotmail.com y adrigonzalez16@hotmail.com
- DEL APODERADO: JUAN CARLOS BECERRA HERMIDA, las personales las recibiré en la Secretaría del Tribunal, las demás en la Calle 39 Norte No. 2 AN – 24, Barrio Vipasa, Santiago de Cali, Tel. 315-5072664. Correo electrónico juancarlosbecerrahermida@hotmail.com

Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante : GRASAS DEL PACÍFICO LUBRICANTES ESPECIALES S.A.S., NIT 900.328.191

Demandado : Municipio de San Juan de Guacaré, Departamento del Valle del Cauca

Materia : Aforo Impuesto de industria y comercio periodos gravables 2010 y 2011.

27

- LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DE LA NACIÓN, a las siguientes direcciones electrónicas: buzonjudicial@agenciajuridica.gov.co y proceso@agenciajuridica.gov.co

Atentamente,

JUAN CARLOS BECERRA HERMIDA

C.C. 14.882.256 de Buga

T.P. 70.816 D1 del C. S. de la J.