

Bogotá D.C., enero 11 de 2017

Honorable
JUEZ ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CALI (VALLE DEL CAUCA)
Reparto
E.S.D.

Ref.: Medio de control- Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: **AGOFER S.A.S.**- NIT 800.216.499-1
Demandado: Municipio de Restrepo (Valle del Cauca)
Sanción por no declarar- Impuesto de Industria y Comercio
Años gravables 2010 - 2014

NATHALY ALEJANDRA HIGUERA RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.019.023.930 de Bogotá y portadora de la Tarjeta Profesional No. 207.192 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado especial de la sociedad **AGOFER S.A.S.**, identificada con NIT 800.216.499-1, en los términos del poder que adjuntamos, respetuosamente solicitamos, en ejercicio del derecho instituido en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con citación y audiencia del representante legal de la entidad demandada, se dicte sentencia de mérito en la que se reconozcan en su totalidad las siguientes

I. PRETENSIONES

PRIMERA: Que son nulas las siguientes Resoluciones proferidas por la Secretaría Financiera Municipal de la Alcaldía de Restrepo (Valle del Cauca)

- Resolución No. 2015-SH-76606-042 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2010**.
- Resolución No. 2015-SH-76606-043 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2011**.
- Resolución No. 2015-SH-76606-044 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2012**.
- Resolución No. 2015-SH-76606-045 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2013**.
- Resolución No. 2015-SH-76606-046 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2014**.



También se pretende la nulidad de las Resoluciones:

- Resolución No. SF-76606-006 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-042 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2010**.
- Resolución No. SF-76606-007 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-043 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2011**.
- Resolución No. SF-76606-008 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-044 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2012**.
- Resolución No. SF-76606-009 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-045 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2013**.
- Resolución No. SF-76606-0010 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-046 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2014**.

SEGUNDO: Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la sociedad **AGOFER S.A.S.**, identificada con NIT 800.216.499-1 no es sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio ante el municipio de Restrepo (Valle del Cauca), y por consiguiente, que no está obligada a cumplir ante este municipio con la obligación formal de declarar dicho impuesto, ni a pagar suma alguna a título de sanción derivada del deber formal de declarar el impuesto de industria y comercio por las vigencias 2010 a 2014 inclusive.

II. COMPETENCIA

El Honorable Juez del Circuito Administrativo de Cali (Reparto) es competente para conocer del presente medio de control en primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de actos administrativos sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, proferidos por el municipio de Restrepo (Valle del Cauca) perteneciente al circuito judicial administrativo de Cali, en cuantía inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.



III. PARTES

Parte demandada. La parte demandada es el municipio de Restrepo (Valle del Cauca), que debe ser oído por conducto del señor Alcalde Municipal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 numeral 3° de la Constitución Política, o de quien haga sus veces.

Parte demandante. La parte demandante es la sociedad **AGOFER S.A.S.**, identificada con NIT 800.216.499-1, representada por JUAN GUILLERMO GÓMEZ GÓMEZ, en su calidad de representante legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal que se adjunta, quien me ha conferido poder para obrar como apoderada judicial en la presente litis.

IV. CUANTÍA

La cuantía de la presente demanda es de **SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$ 6.351.898)**, estimada en función de las sumas liquidadas por el municipio de Restrepo en los actos demandados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 157 inc. 1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- CPACA.

Actos demandados	Periodo	Sanción
Resolución No. SF-76606-006 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-042 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el año gravable 2010.	2010	\$ 6.351.898,00
Resolución No. SF-76606-007 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-043 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el año gravable 2011.	2011	\$ 4.472.254,00



Resolución No. SF-76606-008 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-044 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el año gravable 2012.	2012	\$ 1.732.996,00
Resolución No. SF-76606-009 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-045 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el año gravable 2013.	2013	\$ 1.267.874,00
Resolución No. SF-76606-0010 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-046 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el año gravable 2014.	2014	\$ 1.514.786,00

V. OPORTUNIDAD

La demandante acude ante la jurisdicción contenciosa administrativa dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de los actos que dan lugar a la terminación de la actuación administrativa, efectuada el **26 de agosto de 2016**, tal como consta en las copias de dichos actos que se anexan a la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 720 E.T.

El termino para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho inicialmente vencería el día **26 de diciembre de 2016**. Sin embargo por encontrarse la jurisdicción competente en el término de vacancia judicial, la fecha para radicar la demanda vencería el primer día hábil después de la finalización de la vacancia judicial, esto es el **11 de enero de 2017**.



VI. ACUMULACIÓN

En la presente respuesta, y de conformidad con los principios procesales de economía y celeridad, se acumulan las pretensiones relacionadas con las 5 Resoluciones que resuelven el recurso de reconsideración y agotan la vía gubernativa, así como las cinco resoluciones sanción mencionadas en el acápite de pretensiones, por medio de las cuales el Municipio de Restrepo Sanciona por no declarar el impuesto de industria y comercio por los años gravables 2010 a 2014 a la Sociedad AGOFER SAS.

Es procedente la acumulación de la respuesta en relación con los actos administrativos referidos, en la medida en que (i) los actos administrativos son conexos, por cuanto tienen una misma causa y objeto, y están referidos a un mismo sujeto, (ii) dichos actos fueron expedidos por la misma autoridad (Secretaría Financiera Municipio de Restrepo) y están referidos al mismo impuesto, por cuantías similares. (iii) las pretensiones en relación con cada uno de los actos no son excluyentes, sino que por el contrario son idénticas, (iv) no ha operado la caducidad para dar respuesta en relación con ninguno de dichos actos, toda vez que los mismos fueron notificados el mismo día. (v) todas las acciones contra dichos actos deben tramitarse bajo el procedimiento contencioso administrativo previsto por el CPACA.

VII. HECHOS

1. **Actividad de AGOFER:** AGOFER S.A.S. (en adelante "AGOFER") es una sociedad comercial, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, D.C., dedicada a la comercialización de materiales para el sector de la construcción y la industria metalmecánica. La sociedad desarrolla su actividad en Armenia (Quindío), Barranquilla (Atlántico), Bogotá, D.C., Bucaramanga (Santander), Buga (Valle), Cali (Valle), Cartagena (Bolívar), Ibagué (Tolima), Medellín (Antioquia) y Pereira (Risaralda), ciudades en las que cuenta con sucursales debidamente inscritas ante la Cámara de Comercio respectiva.
2. **Desarrollo de la actividad comercial de AGOFER:** Para el desarrollo de su actividad comercial, AGOFER no utiliza agentes viajeros ni personal ubicado en otros municipios. En sus operaciones de venta, la negociación, el despacho y la entrega de mercancías vendidas a sus clientes, independientemente de su ubicación, se realiza en las bodegas ubicadas en las propias sucursales de AGOFER.
3. **Resoluciones Sanción:** El 8 de octubre de 2015, el municipio de Restrepo (Valle del Cauca) proferió las resoluciones No. 2015-SH-76606-042, 2015-SH-76606-043, 2015-SH-76606-044, 2015-SH-76606-045, 2015-SH-76606-046, por medio de las cuales impone una sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio correspondiente a los años 2010 a 2014 inclusive. Según el municipio, mi representada había desarrollado su actividad comercial en jurisdicción del municipio de Restrepo, por lo cual se encontraba obligada a declarar y pagar dicho impuesto ante la Secretaría Financiera de dicho municipio.



4. **Recurso de reconsideración:** AGOFER, a través de su representante legal, presentó el recurso de reconsideración procedente contra las resoluciones proferidas por el municipio, mencionadas en el numeral anterior.

En esta oportunidad, mi representada demostró ante la autoridad municipal que su actividad económica no tiene lugar en jurisdicción del municipio de Restrepo, sino que esta se desarrolla en los municipios en que tiene sucursal debidamente inscrita, conforme el criterio de territorialidad en la actividad comercial para efectos del ICA fijado por la ley y la jurisprudencia. Al recurso mencionado se anexaron documentos que demuestran que AGOFER efectuó las ventas a sus clientes en Restrepo desde otros municipios, así como el hecho de que declara y paga ICA sobre sus ingresos en los municipios en los que efectivamente lleva a cabo su actividad comercial.

- **Resoluciones que resuelven el recurso de reconsideración:** El 26 de agosto de 2016, el municipio de Restrepo notificó las Resoluciones No. SF-76606-006, SF-76606-007, SF-76606-008, SF-76606-009 y SF-76606-0010 de 1 de agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución sanción previamente citadas, por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio durante los años gravables 2010 a 2014.

VIII. NORMAS VIOLADAS

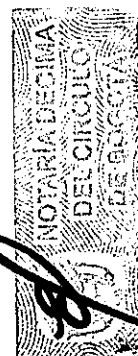
Con la expedición de los actos demandados, se han violado las siguientes disposiciones:

- Constitución Política: artículo 363.
- Ley 14 de 1983: Artículos 32 y 35. (Compilados como artículos 195 y 198, Decreto 1333 de 1986)
- Estatuto Tributario Nacional: Artículo 742.
- Estatuto de rentas del Municipio de Restrepo.

IX. CONCEPTO DE VIOLACIÓN

PRIMER CARGO. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS SON NULOS, POR IMPONER UNA SANCIÓN DESCONOCIENDO EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD EN LA LIQUIDACIÓN Y COBRO DEL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En términos generales, la presente controversia se limita a establecer si AGOFER, quien es sujeto pasivo del Impuesto de industria y comercio (ICA) en ciertos municipios por su actividad de comercialización de materiales de construcción, es o no sujeto pasivo de dicho impuesto por esa misma actividad en el municipio de Restrepo, según los criterios fijados por la ley y la jurisprudencia, y por tanto, si hay lugar a o no a sancionar la no presentación de declaraciones de ICA por los años 2010 a 2014 inclusive, como lo pretenden los actos objeto de la presente demanda.



Para establecer si hay lugar al gravamen en dichas condiciones, debemos remitirnos a las normas de carácter nacional vigentes que regulan el Impuesto de Industria y Comercio. Igualmente, un examen del marco regulatorio de la actividad de generación de energía, y de la jurisprudencia sobre el tema proferida por el Consejo de Estado, permitirá aclarar la falta de fundamento de la posición del municipio.

1. El carácter territorial del impuesto de industria y comercio sobre la actividad comercial

En el derecho colombiano, los artículos 32 y 35 de la Ley 14 de 1983 establecen la materia imponible del impuesto de industria y comercio, así como el carácter territorial del mismo, al circunscribir su alcance a la jurisdicción de cada municipio. Dice estas disposiciones:

Artículo 32º. El Impuesto de Industria y Comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos. (Subrayas fuera del texto original).

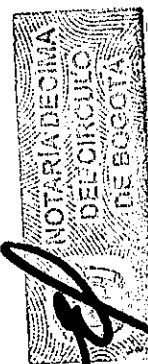
Artículo 35º. Se entienden por actividades comerciales, las destinadas al expendio, compraventa, o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor, y las demás definidas como tales por el Código de Comercio siempre y cuando no estén consideradas por el mismo Código o por esta Ley, como actividades industriales o de servicios.

De lo anterior resulta claro que los municipios solo pueden gravar con el impuesto de industria y comercio las actividades industriales, comerciales y de servicios que se desarrollen en su propia jurisdicción. Es decir, la potestad impositiva de los municipios sobre los ingresos obtenidos por esas actividades, definidas por la misma ley, solo cobija las actividades desarrolladas en su respectivo territorio.

La propia Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad del artículo 195 del Decreto 1333 de 1986, reafirmó el carácter territorial de este tributo:

"De lo dispuesto por la norma que se acaba de transcribir [art. 195, Dec. 1333 de 1986] se desprende con toda facilidad lo siguiente:

- a. Que el impuesto de industria y comercio es un impuesto municipal. Ciertamente, dicho artículo está ubicado dentro del Capítulo II del Título X del Decreto compilador, cuyo título reza: "De los Impuestos Municipales".
- b. Que el hecho gravado con el impuesto de industria y comercio consiste en "las actividades comerciales, industriales y de servicio."



- c. Que el factor territorial que determina cuál es el municipio llamado a cobrar el tributo radica en que dichas actividades comerciales, industriales o de servicio "se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales."

Así pues, la lectura de la norma permite entender claramente que, por ser un impuesto de carácter municipal, **el sujeto activo** del tributo es el municipio donde "se ejerzan o realicen las actividades comerciales o industriales.

...

"3. El sujeto pasivo del impuesto es la persona que realiza el hecho gravado y no el establecimiento de comercio que desarrolla sus actividades en un determinado municipio; en razón de ello, no puede establecerse el impuesto con respecto a un establecimiento de comercio sino con respecto a una determinada persona y al conjunto de las actividades que ella desarrolla.

4. Como consecuencia de ello, la base gravable de una determinada persona no puede ser superior al 100% de sus ingresos en el conjunto de los municipios en donde actúa y por esta razón los distintos municipios solo están autorizados para establecer impuestos sobre los ingresos que se realizan en sus respectivos territorios municipales."

De esta manera es evidente que no puede haber doble tributación, puesto que unos mismos ingresos no pueden estar gravados por distintos municipios. Como consecuencia de ello, cada municipio se debe **limitar a gravar el ingreso que se obtiene en el correspondiente territorio y cada entidad territorial tiene derecho a establecer impuestos sobre los ingresos que se producen en su territorio**".¹

De lo anterior, resulta claro que, para el caso de la actividad comercial, que es la que desarrolla mi representada, el impuesto de industria y comercio solo puede recaer sobre la actividad comercial que se lleve a cabo en jurisdicción de un determinado municipio, lo cual a su vez implica, *contrario sensu*, que ningún municipio puede exigir el impuesto de industria y comercio respecto de actividades que fueron desarrolladas en jurisdicción de otros municipios.

2. La jurisprudencia del Consejo de Estado

En relación con la actividad comercial, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aclarado en varias oportunidades que si la actividad comercial corresponde a la comercialización de bienes, entonces es en los municipios en los que se lleva a cabo la venta o comercialización de bienes donde se entiende efectuada la actividad comercial. Dijo el Consejo de Estado²:

"Ya en reiteradas oportunidades la Sala ha precisado que una de las características del impuesto de industria, comercio y avisos es su carácter local, que restringe su ámbito de

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-121 del 22 de febrero de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 7 de junio de 1996, Exp. 7670, M.P. Delio Gómez Leyva. Subrayas fuera del texto original



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".

Por lo tanto, la territorialidad del impuesto de industria y comercio en el caso de la actividad comercial se define por el lugar de realización de la actividad comercial y el lugar de ocurrencia del hecho generador. Y si la actividad comercial se concreta en el acto de venta (esto es, en el acuerdo entre cosa y precio entre comprador y vendedor), entonces es en donde tiene lugar dicho acuerdo donde se realiza la actividad comercial. Si la comercialización de bienes se manifiesta en la delimitación de un acuerdo entre las partes sobre la calidad y cantidad de la cosa vendida, y su precio, entonces es allí donde se finiquita dicho acuerdo donde se realiza la actividad comercial, independientemente de la existencia de labores de promoción de ventas anteriores a la venta misma, o de labores posteriores a esa comercialización, como la entrega o los servicios postventa.

Sobre el particular, aclaró expresamente el Consejo de Estado³:

"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. Obran en el proceso 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.

A juicio de la Sala, no puede entenderse que la labor realizada por los visitadores 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 visitadores 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, se comprueba que la actora declaró la totalidad de los ingresos y liquidó y pagó el impuesto de industria y comercio por los años



³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 22 de enero de 1999, Exp. 9165, M.P. Julio E. Correa Restrepo. Subrayas fuera del texto original.

gravables de 1991 y 1992 en la ciudad de Cali, como efectivamente debía hacerlo. En atención a lo anterior y por cuanto se encuentra demostrado que la sociedad actora por los años gravables de 1991 y 1992 no realizó actividad comercial gravable con el impuesto de industria y comercio en la ciudad de Medellín y por lo tanto no fue sujeto pasivo del mencionado gravamen, la decisión de primera instancia en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos que liquidaron de aforo dicho impuesto por las vigencias discutidas, debe ser confirmada".

Más recientemente, el Consejo de Estado examinó con amplitud la territorialidad del impuesto de industria y comercio en la actividad comercial, para ratificar esta conclusión: el destino de las mercancías, o la existencia de labores de coordinación previas a la venta no constituyen el criterio para determinar dónde se causa el impuesto, pues este se entiende causado en jurisdicción del municipio donde se lleva a cabo la comercialización como tal; esto es, donde se efectúa el acuerdo entre las partes respecto a los bienes vendidos. Dijo el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de octubre de 2013 (Exp. 19094, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia):

"Aunque la normativa del impuesto de industria y comercio no determina expresamente dónde se entiende realizada la actividad comercial y, por ende, cuál es el municipio que tiene derecho a obtener el pago del tributo, partiendo de la definición de la actividad comercial y de los elementos de ésta, debe determinarse el lugar de causación del tributo, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, en cada caso [Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 29 de septiembre de 2011, Exp. 18413, C.P. Martha Teresa Briceño Valencia.]

En efecto, la Sección Cuarta ha precisado que el lugar donde se realiza la actividad comercial de venta de bienes es aquel donde se concretan los elementos del contrato, esto es, el precio (y dentro de éste, la forma de pago) y la cosa que se vende, independientemente del lugar donde se hagan los pedidos. Así, en sentencia de 22 de enero de 1999, la Sección afirmó:

"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". (Subraya la Sala)



A su vez, la Sección ha señalado que **labores de coordinación**, como las de los visitadores médicos, son distintas de la comercialización de los bienes y, por lo mismo, son insuficientes

para que se entienda realizado el hecho imponible en un determinado municipio. Al respecto, la Sección sostuvo:

"La comercialización de sus productos, no la realiza, a lo menos en la ciudad de Medellín, sino que para la venta de los mismos a clientes en aquélla recibe los pedidos que le envían sus visitantes médicos a la ciudad de Bogotá, en la cual realiza todas las operaciones atinentes a su venta, entendiéndose ya comercializado el producto cuando cumple con enviarlo a la ciudad de Medellín sin que por este hecho se pueda afirmar que para efectos del impuesto municipal, la venta haya sido realizada en Medellín.

Según se observa, la actividad de los visitantes médicos es de simple coordinación y no de comercialización, lo cual se refuerza por el hecho de que aparece desvirtuada en el proceso, la existencia de sucursales, agencias, almacenes y/o bodegas en Medellín, con manejo independiente de contabilidad que indicaran que efectivamente en esta ciudad se cumplen por parte de la sociedad actora actividades comerciales sujetas al gravamen en mención, cumpliéndose en Medellín, una mera labor de coordinación, insuficiente para entender realizado el hecho imponible del impuesto de industria y comercio en los términos de las normas respectivas".

También ha precisado la jurisprudencia que el destino de las mercancías o el lugar donde se suscribe el contrato de compraventa no son factores determinantes para establecer dónde se ejerce la actividad comercial. Y, que las ventas a través de "vendedores comerciales vinculados a la sociedad en Bogotá" no determinan que la actividad comercial se haya desarrollado en dicha ciudad. Sobre el particular, en sentencia de 8 de marzo de 2002, la Sala señaló:

*"Para la Sala las pruebas aducidas por la administración para acreditar que las ventas objeto de adición se realizan en Bogotá, no son demostrativas de la realización del hecho generador del impuesto de Industria y Comercio en relación con la actividad comercial, porque como lo ha reiterado en anteriores oportunidades, **el destino de las mercancías o el sitio donde se suscribe el contrato de compraventa no son determinantes del hecho generador o manifestación externa del hecho imponible**, ya que 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.**" (Destaca la Sala)*

El anterior criterio fue reiterado en sentencia de 19 de mayo de 2005, así:

"[...] Para la Sala las pruebas aducidas por la entidad fiscal, para acreditar, que por los períodos gravables aforados, la sociedad actora realizó la actividad comercial en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, no son demostrativas del hecho generador del impuesto de Industria y Comercio, en relación con la actividad comercial, porque como lo



ha reiterado en anteriores oportunidades, el destino de las mercancías o el sitio donde se suscribe el contrato de compraventa no son determinantes del hecho generador o manifestación externa del hecho imponible.

Lo anterior, porque 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 "representantes de ventas" vinculados a la sociedad en Bogotá, y que éstos tengan la facultad de asesorar a sus clientes respecto del precio y la cosa vendida, no puede aceptarse como demostrativo de la actividad comercial objeto del gravamen". (Destaca la Sala)

Así pues, el lugar donde se ejerce la actividad comercial de venta y distribución de bienes es aquel donde se fijan los elementos esenciales del acuerdo y no donde se toman los pedidos, se entregan los productos o se ejercen labores de coordinación y asesoría.

Por su parte, el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, que fijó algunas reglas especiales para el impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital, al referirse a la actividad comercial, dispuso que:

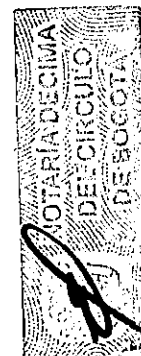
"3. Se entienden percibidos en el Distrito los ingresos originados en actividades comerciales o de servicios cuando no se realizan o prestan a través de un establecimiento de comercio registrado en otro municipio y que tributen en él."

En consecuencia, si el contribuyente demuestra que ejerció la actividad comercial en otro municipio, a través de un establecimiento de comercio registrado en ese municipio y no en el Distrito Capital, y por cuyo ejercicio tributó en esa jurisdicción, el Distrito Capital no puede gravarlo por los ingresos que obtuvo fuera de su territorio.

...

"De los testimonios que recibió la Administración de algunos de los clientes de la demandante, se corrobora que los representantes o ejecutivos de venta tienen como función principal visitar a los clientes en la ciudad de Bogotá y asesorarlos. Sin embargo, no tienen capacidad para fijar autónomamente las condiciones de venta con el almacén de cadena (cliente). Los precios, descuentos y estrategias promocionales no son fijados por tales ejecutivos, sino por la Vicepresidencia Comercial. Su función, entonces, es la de coordinar la venta, no acordarla, pues los aspectos determinantes del contrato, como son el precio y la entrega del bien se realizan desde Cota, aunque el cliente mayorista se encuentre en Bogotá.

Así mismo, se advierte que la negociación entre el ejecutivo de cuentas y el almacén de cadena se realiza con base en el portafolio y los precios fijados por la Vicepresidencia Comercial de LG, que es la única que tiene la facultad para establecer las ofertas mercantiles que aceptan los clientes, al igual que los porcentajes de descuento para la venta, la reducción de precios, los reembolsos, los privilegios de devoluciones, los fondos



de soporte de mercadeo, todo de conformidad con las políticas de precios de LG, documento que no fue controvertido por la entidad demandada.

De acuerdo con las pruebas que existen en este caso y la jurisprudencia de la Sala, la negociación de los productos de LG 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”.

Aprovecho la oportunidad para resumir algunas sentencias que AVALAN la posición de mi representada y que son oponibles al Municipio por ser sentencias ejecutoriadas en segunda instancia, y proferidas por el Consejo de Estado, máximo órgano judicial en materia contenciosa administrativa.

Sentencias proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado	Ratio Decidendi común en las sentencias referidas
<ul style="list-style-type: none"> • SENTENCIA 19094 de 2013 (24-Oct-2013) • SENTENCIA 123-01 de 2011 (4-Oct-2011) • SENTENCIA 19256 de 2014 (28-Ago-2014) • SENTENCIA 19435 de 2015 (28-May-2015) 	<p>“De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 14 de 1983, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 352 de 2002, el hecho generador del impuesto de industria y comercio es el ejercicio de cualquier actividad industrial, comercial o de servicios en el Distrito Capital.</p> <p>Conforme con el artículo 35 de la Ley 14 de 1983, en concordancia con el artículo 34 del Decreto Distrital 352 de 2002, son 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 la ley, como actividades industriales o de servicios.</p> <p>Aunque la normativa del impuesto de industria y comercio no determina expresamente dónde se entiende realizada la actividad comercial y, por ende, cuál es el municipio que tiene derecho a obtener el pago del tributo, partiendo de la definición de la actividad comercial y de los elementos de ésta, debe determinarse el lugar de causación del tributo, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, en cada caso.</p> <p><u>En efecto, la Sección Cuarta ha precisado que el lugar donde se realiza la actividad comercial de venta de bienes es aquel donde se concretan los elementos del</u></p>



contrato, esto es, el precio (y dentro de éste, la forma de pago) y la cosa que se vende, independientemente del lugar donde se hagan los pedidos. Así, en sentencia de 22 de enero de 1999, la Sección afirmó:

"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 Paul 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". (Subraya la Sala)

A su vez, la Sección ha señalado que labores de coordinación, como las de los visitadores médicos, son distintas de la comercialización de los bienes y, por lo mismo, son insuficientes para que se entienda realizado el hecho imponible en un determinado municipio. Al respecto, la Sección sostuvo:

"La comercialización de sus productos, no la realiza, a lo menos en la ciudad de Medellín, sino que para la venta de los mismos a clientes en aquélla recibe los pedidos que le envían sus visitadores médicos a la ciudad de Bogotá, en la cual realiza todas las operaciones atinentes a su venta, entendiéndose ya comercializado el producto cuando cumple con enviarlo a la ciudad de Medellín sin que por este hecho se pueda afirmar que para efectos del impuesto municipal, la venta haya sido realizada en Medellín.

Según se observa, la actividad de los visitadores médicos es de simple coordinación y no de comercialización, lo cual se refuerza por el hecho de que aparece desvirtuada en el proceso, la existencia de sucursales, agencias, almacenes y/o bodegas en Medellín, con manejo



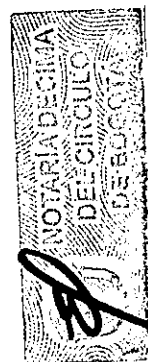
independiente de contabilidad que indicaran que efectivamente en esta ciudad se cumplen por parte de la sociedad actora actividades comerciales sujetas al gravamen en mención, cumpliéndose en Medellín, una mera labor de coordinación, insuficiente para entender realizado el hecho imponible del impuesto de industria y comercio en los términos de las normas respectivas”.

También ha precisado la jurisprudencia que el destino de las mercancías o el lugar donde se suscribe el contrato de compraventa no son factores determinantes para establecer dónde se ejerce la actividad comercial. Y, que las ventas a través de “vendedores comerciales vinculados a la sociedad en Bogotá” no determinan que la actividad comercial se haya desarrollado en dicha ciudad. Sobre el particular, en sentencia de 8 de marzo de 2002, la Sala señaló:

“Para la Sala las pruebas aducidas por la administración para acreditar que las ventas objeto de adición se realizan en Bogotá, no son demostrativas de la realización del hecho generador del impuesto de Industria y Comercio en relación con la actividad comercial, porque como lo ha reiterado en anteriores oportunidades, el destino de las mercancías o el sitio donde se suscribe el contrato de compraventa no son determinantes del hecho generador o manifestación externa del hecho imponible, ya que 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.” (Destaca la Sala)

El anterior criterio fue reiterado en sentencia de 19 de mayo de 2005, así:

[...] Para la Sala las pruebas aducidas por la entidad fiscal, para acreditar, que por los periodos gravables aforados, la sociedad actora realizó la actividad comercial en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, no son demostrativas del hecho generador del impuesto de



Industria y Comercio, en relación con la actividad comercial, porque como lo ha reiterado en anteriores oportunidades, el destino de las mercancías o el sitio donde se suscribe el contrato de compraventa no son determinantes del hecho generador o manifestación externa del hecho imponible.

Lo anterior, porque 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 "representantes de ventas" vinculados a la sociedad en Bogotá, y que éstos tengan la facultad de asesorar a sus clientes respecto del precio y la cosa vendida, no puede aceptarse como demostrativo de la actividad comercial objeto del gravamen". (Destaca la Sala)

Así pues, el lugar donde se ejerce la actividad comercial de venta y distribución de bienes es aquel donde se fijan los elementos esenciales del acuerdo y no donde se toman los pedidos, se entregan los productos o se ejercen labores de coordinación y asesoría.

Por su parte, el artículo 154 del Decreto 1421 de 1993, que fijó algunas reglas especiales para el impuesto de industria y comercio en el Distrito Capital, al referirse a la actividad comercial, dispuso que:

"3. Se entienden percibidos en el Distrito los ingresos originados en actividades comerciales o de servicios cuando no se realizan o prestan a través de un establecimiento de comercio registrado en otro municipio y que tributen en él."

En consecuencia, si el contribuyente demuestra que ejerció la actividad comercial en otro municipio, a través de un establecimiento de comercio registrado en ese municipio y no en el Distrito Capital, y por cuyo ejercicio tributó en esa jurisdicción, el Distrito Capital no puede gravarlo por los ingresos que obtuvo fuera de su territorio.

Así mismo, se advierte que la negociación entre el ejecutivo de cuentas y el almacén de cadena se realiza con base en el portafolio y los precios fijados por la Vicepresidencia Comercial de LG, que es la única que tiene la facultad para



	<p>establecer las ofertas mercantiles que aceptan los clientes, al igual que los porcentajes de descuento para la venta, la reducción de precios, los reembolsos, los privilegios de devoluciones, los fondos de soporte de mercadeo, todo de conformidad con las políticas de precios de LG, documento que no fue controvertido por la entidad demanda.</p> <p><u>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.</u> 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."</p> <p>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 el año gravable 2006, en la cual incluyó como gravados los ingresos que el Distrito Capital le adicionó por el bimestre 4° de 2006, aspecto que no se controvierte por el demandado, no puede éste gravar en su jurisdicción tales ingresos, como lo prevé el artículo 154 numeral 3 del Decreto 1421 de 1993.</p> <p>Las razones que anteceden son suficientes para confirmar la sentencia apelada, que anuló íntegramente los actos acusados, y relevar a la Sala del análisis de los demás cargos de la demanda".</p>
--	--

3. La actividad de AGOFER para efectos del Impuesto de Industria, Comercio según las normas tributarias vigentes y la jurisprudencia aplicable.

De lo anterior resulta claro que la actividad comercial se encuentra gravada con ICA en aquellos municipios en los cuales se realiza la actividad comercial misma. Y de conformidad con lo reiterado por el Consejo de Estado en varias oportunidades, esta actividad se entiende realizada en el municipio en el cual las partes contratantes determinan las condiciones de la venta; esto es, la cantidad y calidad de la cosa vendida, y su precio.



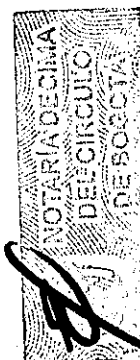
En el caso concreto de AGOFER, dicho acuerdo tiene lugar en las sucursales de la empresa, que son los establecimientos dispuestos por la misma para fijar el precio y las condiciones de la venta de los materiales que comercializa, así como para la entrega de los mismos. Para el caso de sus clientes ubicados en Restrepo, AGOFER fija los términos de la venta, despacha y entrega los materiales vendidos desde su sede en la ciudad de Yumbo (Valle del Cauca), por lo que es en esta ciudad donde desarrolla su actividad comercial en relación con los clientes ubicados en municipios cercanos, incluyendo los ubicados en el municipio de Restrepo.

En el caso que nos ocupa, AGOFER no ha negado que se realicen actividades pre-venta y post-venta frente a clientes ubicados en el Municipio de Restrepo (como visitas a clientes para informar de la llegada de nuevos productos). Sin embargo, estas actividades no conllevan ningún acuerdo de voluntades entre las partes sobre la cosa y el precio de las mercancías promocionadas, pues hasta entonces no hay venta alguna. Y si no existe venta o comercialización con las actividades de promoción, no puede afirmarse, como equivocadamente lo afirma el municipio en los actos demandados, que se configura el hecho generador del ICA sobre la actividad comercial. Tampoco se configura base gravable alguna, por cuanto la promoción o información de nuevos productos no genera ingresos propios, de donde es necesario concluir que tales hechos no generan una obligación tributaria sustancial para AGOFER en jurisdicción de Restrepo, ni por lo tanto ninguna obligación de declarar, cuya ausencia pueda ser sancionada por la administración de dicho municipio.

El hecho de contar con clientes domiciliados en Restrepo no traslada el hecho generador o el domicilio del cliente, como lo entiende el municipio. Lo importante es la ocurrencia de los elementos del contrato de venta, entre el comprador y el vendedor, lo cual no ocurre en jurisdicción de Restrepo, sino en Yumbo, donde AGOFER cuenta con sucursales encargadas de atender a los compradores ubicados en el occidente colombiano.

Afirma el municipio que la Ley 14 de 1983 no hace distinción en cuanto al lugar en que se realiza la comercialización o el expendio de las mercancías vendidas, pues *"... lo que determina en su esencia es que se debe tributar donde se obtiene el ingreso..."* (Resolución Sanción 1060.18.03-11-2015, pág. 4). Es evidente que se equivoca la Administración municipal, pues si lo que grava el ICA es la realización de la actividad, el impuesto se paga donde se realiza la actividad misma, como ya lo ha sostenido el Consejo de Estado, y no donde se efectúa el pago. Es más: si el pago puede realizarse en cualquier lugar, incluso por medios electrónicos, es claro que el lugar del pago no puede tomarse como el lugar de causación del impuesto, puesto que el pago no es la venta misma, ni la realización del ingreso para el vendedor equivale al desarrollo de la actividad de venta de mercancías. Además, debe recordarse aquí que el ICA grava la realización de una actividad industrial, comercial o de servicios, y no la realización de un ingreso.

Contrariamente a lo afirmado por el municipio, AGOFER no realiza una mala interpretación de la ley 14 de 1983, que define la territorialidad del impuesto. Es el mismo municipio el que le da un alcance erróneo a dicha norma, al asumir equivocadamente que la actividad gravada se lleva a cabo donde se efectúa el pago, y no donde efectivamente se realizan las actividades propias de la comercialización, como es la identificación de las mercancías vendidas, y la fijación del precio de venta de las mismas. En la medida en que ninguna de estas actividades tiene lugar en



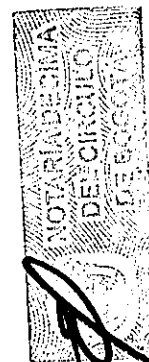
jurisdicción del municipio de Restrepo, no puede afirmarse que allí deba declararse y pagarse dicho impuesto, y mucho menos sancionar su no declaración, como lo pretenden sin fundamento alguno los actos demandados.

Cabe añadir que AGOFER no utiliza ni se beneficia en grado alguno de la infraestructura del municipio de Restrepo para la realización de su actividad, pues no realiza su actividad comercial en su jurisdicción. Mi representada no utiliza los servicios del municipio ni sus espacios públicos para efectuar sus ventas, por lo que mal puede decirse que hay una utilización de infraestructura en Restrepo que dé lugar a la causación del impuesto en dicho municipio. AGOFER se limita a comercializar productos en sus sucursales, ninguna de las cuales se encuentra en Restrepo, por lo que no cabe afirmar que hay una "utilización de infraestructura municipal" que justifique gravar con ICA sus ingresos en Restrepo, o sancionar la no presentación de una declaración de ICA ante sus autoridades.

Como se puede apreciar en el diagrama del proceso comercial de AGOFER que SE ANEXÓ AL REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN Y QUE NO FUE OBSERVADO POR LA ADMINISTRACIÓN, el pronóstico de venta, la aprobación del pedido, los precios, la negociación, la aprobación de la negociación y el cierre de la misma se desarrollan en los Municipios mencionados antes donde tenemos sucursales registradas ante las Cámara de Comercio. La única actividad que se hace en Restrepo (Caldas) es la de acercamiento al cliente para entregar (por orden del cliente) el producto (el despacho del material se realiza en la bodega de Agofer, y en caso de que el cliente requiera una entrega a domicilio, AGOFER se compromete a facilitar el contacto con un transportador, para que ejecute EL SERVICIO DE TRANSPORTE DE MERCANCIA, por la que en algunas oportunidades el cliente paga), pero toda la negociación, disponibilidad de la mercancía, fijación de precio y envío de los productos se realiza desde su centro de ventas en la sucursales registradas ante las Cámara de Comercio.

También es necesario aclarar que:

- (i) No se refuta que para que se configure un contrato de compraventa, se requiera de un comprador y un vendedor, es apenas lógico dentro de la bilateralidad de los contratos. Sin embargo, es importante aclararle a la Administración que en el marco comercial actual, NO ES NECESARIO QUE EL COMPRADOR DE UN BIEN O SERVICIO se desplace hasta el LUGAR DE DESPACHO del vendedor, para que la compra se refute perfecta. Por el contrario la MANIFESTACIÓN de la voluntad contractual por parte del comprador, se puede realizar a través de diferentes medios de comunicación, ya sea e-mail, vía telefónica, etc.
- (ii) En consecuencia con lo anterior, la manifestación de la voluntad contractual por parte del comprador NO OCURRE, como lo supone el Municipio, cuando el cliente de AGOFER recibe la mercancía y aprueba la factura. Estos últimos actos, no son una manifestación de la voluntad contractual, sino una materialización del cumplimiento del contrato.



(iii) Basta con revisar las políticas comerciales de Agofer, disponibles en la página web: <http://agofer.com.co/politicas/> en el enlace "promesa comercial", para entender que Agofer SAS no realiza actividades comerciales gravables en el Municipio de Restrepo. En la promesa comercial, de amplio conocimiento por los clientes de Agofer y disponible al público en cualquier momento, se pueden observar las siguientes consideraciones:

- a. Agofer siempre hace entrega de su mercancía en las bodegas de sus sucursales, nunca traslada su mercancía al domicilio de los clientes, salvo que ellos mismos contraten el servicio de transporte. Así se deja ver en el texto de la política comercial cuando advierte:

"La entrega de los productos es inmediata si el transporte es realizado por el cliente, el vehículo es adecuado para el tipo de material y peso a retirar, y el personal de conductores y ayudantes del cliente cumplen con sus respectivas afiliaciones a la seguridad social. Salvo que la cantidad a entregar sea superior a 3 toneladas y el vehículo del cliente llegue a nuestras instalaciones después de las 4:30 PM".

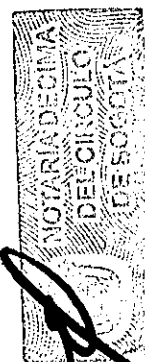
- b. Cuando Agofer, de manera eventual y específica realiza el transporte de mercancías a petición del cliente, siempre efectúa el transporte dentro del área Urbana de cada sucursal. Y claramente RESTREPO no se encuentra dentro del área urbana aledaña a ninguna sucursal de la compañía. Basta con revisar el aparte de la promesa comercial, referente al transporte a domicilio para encontrar que:

"Agofer solo transportará mercancías a clientes dentro del área urbana de cada sucursal".

(iv) Efectivamente, el Asesor Comercial de AGOFER puede mostrar y dar información de los productos por diferentes medios a clientes ubicados en el Municipio de Restrepo, pero no puede concretar el negocio allí, pues no está facultado para ello, como se demuestra con el contrato laboral que se anexó como ejemplo al requerimiento de información, pues quien debe finalizar la negociación deberá ser funcionario con competencia para ello, como es, el jefe de cartera, para el caso de compras a crédito, el gerente de la compañía, o el jefe de ventas.

(v) No es suficiente entonces que se acepte el precio de lista y el producto para finalizar la negociación, sino que por el contrario debe existir una aprobación a esa negociación que se lleva a cabo en diferentes instancias de la compañía donde se evalúan criterios de: disponibilidad, descuentos por volumen, fechas de entrega etc. ubicadas exclusivamente en las sucursales de la compañía.

(vi) Finalmente, y desarrolladas todas las etapas anteriores se cierra la negociación consistente en una confirmación del pedido y el registro de los mismos en el



Software de ventas de la compañía. Así mismo puede suceder que no se confirme el pedido con el cliente o que no se aprueben los precios, créditos o descuentos solicitados.

Ahora bien: si como afirma el propio municipio, citando los artículos 773 y 845 del Código de Comercio en las resoluciones sancionatorias, la oferta no constituye una venta como tal, la conclusión es aún más clara: las ofertas remitidas por AGOFER a sus clientes ubicados en Restrepo no constituyen venta como tal, y por lo tanto, aún si se entendieran realizadas en jurisdicción de Restrepo, no constituyen una actividad comercial de venta como tal, por lo que mal podría estar sujeta al ICA por el solo hecho de remitir ofertas a sus clientes ubicados en territorio de Restrepo.

Por todo lo anterior, es claro que AGOFER S.A. no desarrolla actividad gravada de comercialización en jurisdicción del municipio de Restrepo, por lo que debe concluirse que no hay lugar al cobro del impuesto de industria y comercio por parte de este municipio, así como tampoco hay lugar a declarar dicho impuesto ante la Tesorería de Restrepo.

SEGUNDO CARGO. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS VIOLAN EL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA PRUEBA EN LAS DECISIONES ADMINISTRATIVAS.

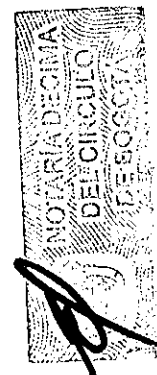
El artículo 742 del Estatuto Tributario nacional, aplicable al procedimiento tributario municipal en virtud de lo dispuesto en los artículos 66 de la Ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002, dispone:

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 aquéllos.

En el mismo sentido, dice el artículo 348 del Estatuto de Rentas Municipales de Restrepo:

"ARTICULO 348. LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA DEBEN FUNDARSE EN 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 el presente código o en el código de procedimiento civil, en cuanto estos sean compatibles con aquellos.

Con ocasión de la discusión en sede administrativa, AGOFER remitió al municipio pruebas que soportan suficientemente el hecho de que su actividad comercial se desarrolla en otras ciudades, y no en el municipio de Restrepo. No obstante, la Administración municipal hizo caso omiso de dichas pruebas, al proferir los actos demandados, sosteniendo equivocadamente que había una actividad comercial gravada en su jurisdicción, que justificaba a su vez imponer una sanción por no declarar ICA.



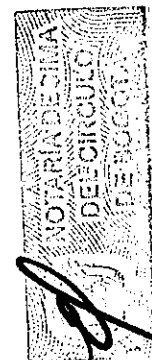
No existe prueba alguna de que AGOFER haya utilizado la infraestructura de Restrepo en el desarrollo de su actividad. Se insiste en que el hecho de que uno de sus compradores se encuentre domiciliado en dicho municipio no implica que la actividad gravada se haya efectuado en Restrepo, ni que se haya utilizado la infraestructura del mismo para la adelantar la comercialización de sus productos. El municipio simplemente asume que, por el hecho de que algunos de sus clientes se encuentre ubicado en Restrepo, y le haya comprado determinada mercancía, hay una actividad comercial gravada en su jurisdicción, cuando lo cierto es que la actividad comercial de AGOFER se realiza en otros municipios. La actividad comercial relativa a los clientes ubicados en Restrepo se realiza en la ciudad de Yumbo, donde AGOFER cuenta con una de sus sucursales desde la cual fija las condiciones de la venta, recibe el precio y entrega la mercancía.

Si bien AGOFER tiene clientes domiciliados en Restrepo, los contratos de venta que constituyen la ejecución de su actividad la comercial fueron celebrados en otras jurisdicciones, principalmente en Armenia (Quindío), Bogotá (Cundinamarca), Buga (Valle del Valle del Cauca), Yumbo (Valle del Valle del Cauca), Cartagena (Bolívar), Ibagué (Tolima) y Pereira (Risaralda). Como es en estos lugares donde se concretó la voluntad de las partes en la operación de venta, es allí donde se entiende realizada la actividad, y por lo tanto, donde deben declararse los ingresos obtenidos por dichas ventas y no en el municipio de Restrepo, en estricta aplicación de las reglas de territorialidad en el impuesto de industria y comercio establecidas por la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado arriba estudiadas.

En el caso concreto de la actividad desplegada por AGOFER, todas las etapas del proceso de negociación de las mercancías a la venta entre mi representada y sus clientes, desde la fijación de precios hasta la entrega del producto, se desarrollan y ejecutan donde AGOFER tiene representación comercial a través de sucursales legalmente establecidas. Por tanto, es allí donde se entiende realizada su actividad comercial.

AGOFER cuenta con procedimientos comerciales establecidos en el desarrollo de su operación, que le permiten asegurar la seriedad de sus operaciones, así como el mantenimiento de relaciones comerciales fluidas con sus clientes. Para que una venta se entienda perfecta, por parte de AGOFER, es necesario agotar algunos procedimientos de control, de aval de cartera, de aprobación de inventario, e incluso procedimientos de aprobación de las condiciones e historia comercial del cliente. No se trata entonces de un negocio simple, donde cualquiera que quiere comprar puede acceder a las mercancías que comercializa mi representada. De acuerdo con sus políticas comerciales, AGOFER tiene la potestad comercial de aceptar o no al comprador. Por tanto, quien tiene la última palabra para que se configure el contrato de compraventa entre AGOFER y sus clientes es la propia AGOFER, y no el cliente.

Conforme con lo anterior, el proceso de ventas realizado por AGOFER es completamente diferente al intuido por la Administración municipal, pues si bien es cierto que existe un acercamiento promocional de AGOFER a sus clientes ubicados en Restrepo, no es allí donde se ejecuta el hecho generador del tributo, pues la actividad comercial como tal (la definición de los productos pedidos, el precio y el plazo) solo pueden ser aprobados y definidos en las jurisdicciones donde mi representada tiene representación comercial a través de una sucursal.



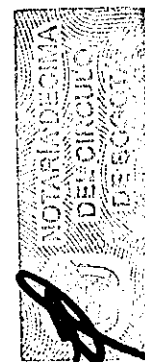
Como se puede apreciar en el flujograma explicativo del proceso comercial de AGOFER que se anexa como prueba, el pronóstico de venta, la aprobación del pedido, los precios, la negociación, la aprobación de la negociación y el cierre de la misma se desarrollan en los municipios mencionados antes donde la sociedad cuenta con sucursales registradas ante las Cámara de Comercio. La única actividad que se hace en Restrepo es la de acercamiento al cliente para entregarle el producto, por orden suya. Se aclara que el despacho del material se realiza en la bodega de AGOFER ubicada en Yumbo o en Cali, y en caso de que el cliente requiera una entrega a domicilio, AGOFER se compromete a facilitar el contacto con un tercero transportador, para que ejecute el servicio de transporte de mercancía, que el cliente mismo paga. Pero en todo caso, así se facilite el transporte a la sede del cliente, toda la negociación, disponibilidad de la mercancía, fijación de precio y envío de los productos se realiza por AGOFER desde su centro de ventas en la sucursales registradas ante las Cámara de Comercio.

Entonces, es claro que la entrega de la mercancía corresponde obedece a una actividad de transporte que no es realizada por AGOFER, sino por un tercero, por cuenta y riesgo del cliente, tal como se ilustra del texto de las facturas que se anexan, y donde se lee: "*Las mercancías viajan por cuenta y riesgo del comprador.*" Esto permite aclarar con toda certeza que la venta se entiende efectivamente realizada una vez AGOFER despacha la mercancía en su bodega, punto a partir del cual transmite el riesgo de la mercancía vendida al comprador, siendo este el único responsable del transporte de las mismas. Y si la entrega misma de la mercancía se entiende perfeccionada donde se encuentra la bodega de mi representada, no cabe afirmar, como equivocadamente lo pretende el municipio, que hay una actividad comercial realizada en Restrepo, por el hecho de que el cliente de AGOFER transporte hasta allí (por su cuenta y riesgo) la mercancía adquirida.

En cuanto a las gestiones previas a la venta misma, el asesor comercial de AGOFER puede mostrar y dar información de los productos por diferentes medios a clientes ubicados en el municipio de Restrepo, pero no puede concretar el negocio allí, pues no está facultado para ello, como se demuestra con el contrato laboral que se anexa, pues quien debe finalizar la negociación deberá ser funcionario con competencia para ello, como es el jefe de cartera (para el caso de compras a crédito), el gerente de la compañía, o el jefe de ventas. Ninguno de éstos funcionarios se encuentra ubicado en el municipio de Restrepo, por lo que mal puede afirmarse que es allí donde tiene lugar la comercialización de los productos de AGOFER.

No es suficiente entonces que el cliente acepte el precio de lista y el producto para finalizar la negociación; sino que por el contrario, debe existir una aprobación a esa negociación que se lleva a cabo en diferentes instancias de la compañía donde se evalúan criterios de disponibilidad, descuentos por volumen, fechas de entrega, etc. Estas decisiones se toman única y exclusivamente por funcionarios de AGOFER, que desarrollan sus funciones en las sucursales de la compañía.

Finalmente, y desarrolladas todas las etapas anteriores, se cierra la negociación, consistente en una confirmación del pedido y el registro de los mismos en el programa (*software*) de ventas de la



compañía. Puede suceder que no se confirme el pedido con el cliente o que no se aprueben los precios, créditos o descuentos solicitados.

Por otra parte, es claro que los agentes comerciales de AGOFER que se desplazan hasta el domicilio de los clientes para ofrecer sus productos no tienen la facultad de celebrar contratos de venta que obliguen a la compañía. Como se muestra con la copia del contrato de una de las agentes comerciales de mi representada, estos agentes se encargan de mostrar los productos a los clientes, y de explicar las condiciones de venta, mas no están autorizados para celebrar contratos de venta definitivos en nombre de mi representada.

Siendo así, es claro que no puede considerarse que su gestión involucra una actividad comercial sujeta al ICA, precisamente porque su gestión no abarca la determinación de las condiciones de venta que constituyen la actividad de venta como tal, conforme es señalada por la ley y ha sido aclarada por el Consejo de Estado. No obstante, y sin justificación alguna, la Administración ignoró esta circunstancia, y expidió los actos sancionatorios demandados, como si efectivamente AGOFER hubiese desarrollado una actividad comercial en jurisdicción de Restrepo, supuesto claramente desvirtuado por las pruebas allegadas desde la discusión en sede administrativa.

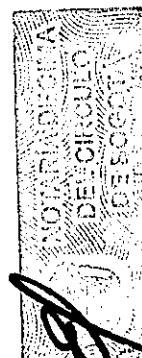
De todo lo anteriormente mencionado se puede deducir claramente que AGOFER no realiza actividad gravable alguna en el municipio de Restrepo (Valle del Cauca), sino que la actividad comercial es desarrollada y ejecutada en su totalidad en los lugares donde AGOFER tiene una sucursal, en donde las ventas se reputan firmes y perfectas, por la aprobación del contrato de compraventa por parte del jefe de ventas o administrador de la sucursal de AGOFER. El desarrollo de las actividades comerciales en las sucursales de AGOFER inscritas en la respectiva Cámara de Comercio se prueba con las declaraciones del impuesto de Industria y Comercio, correspondientes a los años gravables 2009-2013 anexas a esta demanda.

Es claro entonces, que el municipio de Restrepo expidió los actos demandados sin fundamento legal, desconociendo las pruebas que demuestran que su actividad económica es desarrollada en municipios distintos a Restrepo, por lo que no cabe exigir la presentación de declaraciones de ICA ante ese municipio. El desconocimiento de las pruebas debidamente aportadas por mi representada, en sentido contrario al contenido de tales actos vicia de ilegalidad los actos sancionatorios expedidos por el municipio objeto de la presente demanda, por lo que solicito al H. Juez Administrativo que así lo declare.

TERCER CARGO. IMPROCEDENCIA DE LA SANCIÓN POR NO DECLARAR EL IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO, POR NO EXISTIR SUPUESTO SANCIONABLE ALGUNO

El artículo 277 del Estatuto de Rentas Municipales de Restrepo, establece la obligación a cargo de los responsables del impuesto de industria y comercio de presentar la declaración anual correspondiente. Dice la norma local:

"ARTICULO 277. DECLARACIONES DE IMPUESTOS.



Los responsables de impuestos municipales estarán obligados a presentar las siguientes declaraciones:

a) Declaración y Liquidación privada del impuesto de Industria y Comercio y su complementario de Avisos y Tableros.

..." (Negrillas fuera del texto original)

De la simple lectura de esta norma, se puede concluir que solo están obligados a declarar el impuesto de industria y comercio ante el municipio de Restrepo, los sujetos responsables del mismo impuesto. Por lo tanto, por simple lógica, quien no es responsable de dicho impuesto ante el municipio de Restrepo, no se encuentra obligado a declarar el ICA.

Conforme quedó demostrado en los acápites anteriores, AGOFER no desarrolla ninguna actividad gravada en jurisdicción del municipio de Restrepo, en tanto su actividad comercial se entiende realizada en los municipios en los cuales cuenta con una sucursal, ya que es en estos municipios en donde lleva a cabo la determinación de los elementos de las ventas de materiales que constituyen su actividad comercial, conforme lo dispuesto por la ley y la jurisprudencia administrativa aplicable a su actividad. Por lo tanto, no puede considerarse a AGOFER como sujeto responsable del ICA en el municipio de Restrepo, ni por tanto, como sujeto obligado a presentar la declaración y pago del mismo impuesto ante las autoridades de este municipio.

El principio de legalidad en materia sancionatoria tributaria, contemplado en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, junto con el principio al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Carta, exige que solo puedan sancionarse las conductas que efectivamente comportan una conducta sancionable, previamente definida por la ley como tal.

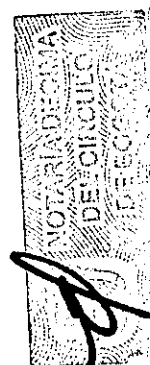
En el caso de la sanción por no declarar, es claro que tal sanción solo puede imponerse al sujeto que, estando obligado a presentar una declaración de impuestos ante la Administración, se niega a hacerlo. Si no hay obligación de declarar, por no estar sujeto al impuesto, mal puede sancionarse al contribuyente por no declarar, pues ello equivaldría a imponer una sanción sin que exista conducta sancionable. En otras palabras, no puede sancionarse el incumplimiento de un deber inexistente, como equivocadamente lo pretende la Administración, al imponer sanción por no declarar, mediante los actos impugnados, a quien no debe declarar el impuesto, por no desarrollar en su jurisdicción el hecho generador del ICA, como ya se explicó.

Por lo tanto, es necesario concluir que la imposición de las sanciones por no declarar contenidas en los actos demandados carecen de fundamento legal, y se solicita al H. Juez Administrativo que así lo declare.

X. PRUEBAS

Solicito sean tenidas como pruebas:

- DE OFICIO: Los antecedentes administrativos de los Actos demandados.



- DOCUMENTALES: los documentos que se anexan a la presente demanda, y se enumeran a continuación:

1. Poder para actuar otorgado en forma.
2. Certificado de existencia y representación legal de AGOFER S.A.S., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, D.C.
3. Copia de las resoluciones
 - Resolución No. 2015-SH-76606-042 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2010**.
 - Resolución No. 2015-SH-76606-043 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2011**.
 - Resolución No. 2015-SH-76606-044 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2012**.
 - Resolución No. 2015-SH-76606-045 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2013**.
 - Resolución No. 2015-SH-76606-046 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2014**.
 - Resolución No. SF-76606-006 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-042 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2010**.
 - Resolución No. SF-76606-007 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-043 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2011**.
 - Resolución No. SF-76606-008 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-044 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2012**.
 - Resolución No. SF-76606-009 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-045 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el **año gravable 2013**.



- Resolución No. SF-76606-0010 de 1 de agosto de 2016, notificada el 26 de Agosto de 2016, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2015-SH-76606-046 de Agosto 26 de 2015 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de Industria y Comercio en el año gravable 2014.

XI. NOTIFICACIONES

La parte demandante recibe notificaciones en la CALLE 136 No. 59 A 43 apto 803 torre 1 de la Ciudad de Bogotá. O al correo electrónico nhrlegal@gmail.com

La parte demandada recibe notificaciones en la Carrera 11 No. 9 – 47, Restrepo - Valle del Cauca Colombia, o al correo electrónico: juridica@restrepovalle.gov.co

Del señor Juez,

Respetuosamente,



NATHALY ALEJANDRA HIGUERA RODRÍGUEZ
C.C. No. 1.019.023.930 de Bogotá
T.P. No. 207.192 del C.S.J.

