

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Santiago de Cali, veinticinco (25) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

SENTENCIA N° 237.

RADICACIÓN : 76001-3333-001-2018-00239-00
DEMANDANTE : NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.
DEMANDADO : MUNICIPIO DE FLORIDA
MEDIO DE CONTROL : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La sociedad **NESTLÉ DE COLOMBIA S.A.** por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró demanda en contra del **MUNICIPIO DE FLORIDA** para que se hagan las siguientes:

1. DECLARACIONES.

1.1. Que se declare la nulidad de la Resolución Sanción No. SHM-8-23-3-0012-2017 del 18 de octubre de 2017 proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de la Alcaldía de Florida (Valle del Cauca), mediante la cual se expide la Sanción por no declarar el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable 2015.

1.2. Que se declare la nulidad de la Resolución No. SHM-8-23-4-0005-2018 del 23 de abril de 2018 expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Florida (Valle del Cauca), por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto en contra de la Resolución SHM-8-23-3-0012-2017 del 18 de octubre de 2017 confirmándola en todas sus partes.

2. HECHOS.

2.1. La administración Fiscal del municipio de Florida - Valle del Cauca emplazó a NESTLE DE COLOMBIA S.A. para que presentara declaración de Impuesto de Industria y Comercio, por el año gravable 2015.

2.2. En el emplazamiento, la administración afirma que Nestlé debió presentar declaración de Impuesto de Industria y Comercio por cuanto según la contabilidad de la compañía aparecen unos ingresos por la realización de ventas en la jurisdicción de Florida - Valle del Cauca durante el periodo investigado.

2.3. El emplazamiento fue contestado por NESTLE DE COLOMBIA S.A. explicando las razones por las cuales, la empresa no está obligada a liquidar y pagar el impuesto en Florida - Valle del Cauca, pues no ejerce actividad comercial en dicho municipio.

2.4. Posteriormente la Secretaria de Hacienda expidió la Resolución Sanción por no Declarar, puesto en su criterio, el contribuyente no demostró fehacientemente los hechos y pruebas planteadas en el emplazamiento afirmando que NESTLE DE COLOMBIA S.A. ejerció actividades comerciales de venta y distribución dentro del territorio de Florida.

2.5. Adicionalmente señala el municipio, en contra de lo establecido en el Código Civil y en la jurisprudencia sobre contrato de compraventa, que el negocio solo se perfecciona cuando la mercancía es recibida por los comerciantes en sus domicilios y cuando aceptan expresamente la factura.

2.6. NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. dentro del término legal presentó Recurso de Reconsideración en contra de la mencionada Resolución Sanción, el cual fue resuelto por la administración, confirmando en todas sus partes el acto administrativo recurrido.

3. NORMAS VULNERADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

-Ley 14 de 1983.

-Estatuto Tributario municipal de Florida - Valle del Cauca.

La parte accionante afirma que sus actividades industriales y comerciales no se ejercen dentro del municipio de Florida, tal como se muestra a continuación:

Actividad Industrial: En el municipio de Bugalagrande - Valle se encuentra la sede fabril. Por tanto, en esa jurisdicción se realiza la actividad industrial, y sobre ella paga en ese mismo municipio el Impuesto de Industria y Comercio, tomando como base gravable los ingresos obtenidos por la comercialización de estos productos manufacturados en ese municipio, de acuerdo con el artículo 77 de la Ley 49 de 1990.

Actividad Comercial: Las actividades comerciales de productos no fabricados por

Rad: 76001-3333-001-2018-00239-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Tributario.

la compañía, se hacen a través del Centro Integrado de Servicios ubicado en el municipio de DOSQUEBRADAS, y paga el Impuesto de Industria y Comercio por esta actividad en dicho municipio.

En las decisiones acusadas la entidad territorial se limita a concluir, sin prueba alguna del hecho, que NESTLE DE COLOMBIA usa la infraestructura del municipio para comercializar y distribuir sus productos.

Contrario a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostiene que el municipio en el cual se debe liquidar y pagar el impuesto de industria es aquel en el cual se concreta la compraventa del producto (precio, cosa y forma de pago), siendo irrelevante que asesores comerciales visiten otros municipios, a efectos de la causación del ICA (Sentencia N° 19094 de 24 de octubre de 2013).

En este caso, es evidente, que los elementos del contrato de compraventa se configuran en el municipio de Dosquebradas Risaralada, teniendo en cuenta que en dicho municipio se reciben los pedidos, se analiza la disponibilidad de la mercancía, se concreta el precio, se despachan los pedidos, se administra la cartera y todas las demás actividades propias de la comercialización del producto.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El Municipio de la Florida contestó la demanda dentro de la oportunidad legal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Señaló que el proceso sancionatorio se basó exclusivamente en los ingresos obtenidos por el desarrollo de una actividad comercial que la sociedad demandante ejecuta en el Municipio de la Florida; información que fue reportada por el mismo contribuyente y certificado por su revisor fiscal y representante legal. Ello significa que el contribuyente utilizó la infraestructura y el mercado del Municipio y generó riqueza en esa jurisdicción.

El sustento normativo de la actuación administrativa deviene de los artículos 32 y siguientes de la Ley 14 de 1983 compilados en el Decreto Ley 1333 de 1986, de los que se colige que lo que pretendió el legislador fue dar un giro sustancial a la forma en que se venía ejecutando el impuesto de industria y comercio.

En razón de lo anterior, es indiferente el hecho que el sujeto pasivo tenga su asiento dentro del Municipio para que se le pueda exigir el pago correspondiente por los ingresos obtenidos en el desarrollo de sus actividades comerciales en el Municipio de la Florida pues la norma tampoco se limitó o encuadró en la forma en que se ejecuta la actividad a gravar.

Así las cosas, lo que se pretende es gravar al contribuyente para que retribuya a la Entidad territorial por los ingresos y beneficios que son consecuencia de utilizar la infraestructura de la ciudad para llevar a cabo el proceso de comercialización de sus bienes o servicios; luego, no se trata de una doble tributación sino del pago frente a los ingresos que obtuvo en el Municipio de la Florida.

Adujo que el hecho de que las directivas establezcan sus políticas comerciales en la sede social, entre ellas el precio y el plazo, éstos aspectos comerciales configuran únicamente los términos para realizar una oferta pero no determinan que allí se realice una actividad comercial en los términos previstos por el Código de Comercio. En tal sentido, salvo que la venta requiera de alguna formalidad especial para concretar la tradición como ocurre con los bienes inmuebles, vehículos y naves, generalmente, la compraventa es un contrato consensual que se perfecciona con el consentimiento de los contratantes y la entrega del bien o servicio.

Puntualizó que la administración municipal agotó las etapas del procedimiento tributario legal y mediante los actos demandados cuantificó la sanción a cargo de Copidrogas por su actividad comercial desarrollada en el Municipio de la

5. TRÁMITE DEL PROCESO.

Se surtió el trámite respectivo previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así, una vez admitida la demanda mediante auto del 26 de septiembre de 2018¹, llevadas a cabo las notificaciones del auto admisorio a los sujetos procesales en debida forma², el 10 de octubre de 2019, se cumplió con la audiencia inicial de que trata el artículo 180 ibídem, se decretaron las pruebas del proceso y se corrió traslado para alegar de conclusión.

En sus intervenciones, los apoderados de la parte demandante y de la entidad territorial accionada ratificaron los argumentos expuestos en el escrito de demanda y en su contestación respectivamente.

CONSIDERACIONES

7. PROBLEMA JURÍDICO.

En el presente caso se debe establecer si la sociedad accionante es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio para el año gravable 2015 en el municipio de Florida, por haber desarrollado alguna actividad gravable que implicara la materialización del hecho generador del tributo en dicha entidad territorial.

Con este propósito se debe establecer si con la expedición de los actos administrativos acusados el municipio de Florida vulneró el principio de territorialidad

¹ Folio 69.
² Folios 70.

del tributo en los términos previstos en el concepto de vulneración de la demanda.

8. MARCO NORMATIVO APLICABLE AL CASO CONCRETO.

8.1. Impuesto de Industria y Comercio

La Ley 14 de 1983, "*Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones*", reguló lo concerniente al Impuesto de Industria y Comercio, a partir del Capítulo II, de la siguiente forma:

(...) Artículo 32. El Impuesto de Industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales industriales u 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. (...)

(...) El impuesto de Industria y Comercio se liquidará sobre el promedio mensual de ingresos brutos del año inmediatamente anterior, expresados en moneda nacional y obtenidos por las personas y sociedades de hecho indicadas en el artículo anterior, con exclusión de: Devoluciones - ingresos provenientes de venta de activos fijos y de exportaciones -, recaudo de impuestos de aquellos productos cuyo precio esté regulado por el Estado y percepción de subsidios. (...)

A efectos de definir lo que debe entenderse como actividades industriales, comerciales y de servicios, la norma en comento dispuso:

(...) Artículo 34. 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.

Artículo 35. 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.

Artículo 36. Son actividades de servicios 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, peluquería, portería, servicios funerarios, talleres de reparaciones eléctricas, mecánicas, automoviliarias y afines, 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. (...)

Sobre la naturaleza del impuesto de industria y comercio el H. Consejo de Estado³ se ha pronunciado en los siguientes términos:

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

De lo anterior es dable colegir que la imposición del impuesto de industria y comercio deviene del desarrollo de actividades catalogadas como industriales, comerciales o de servicios, de suerte que, sin importar la naturaleza del sujeto pasivo -que bien puede ser una persona natural, una persona jurídica de derecho público o privado o una sociedad de hecho-, estará en obligación de declararlo y pagarlo, siempre que desarrolle actividades que se enmarquen dentro del hecho generador. En tal sentido, la norma que regula el impuesto no sólo define qué actividades son pasibles del tributo, sino que precisa quiénes pueden ser sujetos pasivos del gravamen.

En suma, son elementos del impuesto de industria y comercio los siguientes: 1) hecho generador: la actividad comercial, industrial o de servicios, 2) sujeto pasivo: personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, 3) sujeto activo: jurisdicción dentro de la cual se desarrolle la actividad gravada, sobre el cual tendrá las potestades tributarias de administración, determinación, control, fiscalización, investigación, discusión, liquidación, cobro, recaudo, devolución e imposición de sanciones, 4) periodo de causación: El Impuesto de industria y comercio avisos, y tableros, se causará con una periodicidad anual, comprendida entre el primero de enero y treinta y uno de diciembre de cada año, 5) periodo gravable: corresponde al número de meses del año en los cuales se desarrolla la actividad gravada 6) base gravable: el Impuesto de industria y comercio se liquida con base en los ingresos brutos del contribuyente obtenidos durante el período gravable inmediatamente anterior, 7) tarifa: la establecen las entidades territoriales de acuerdo al tipo de actividad.

8.2. El principio de territorialidad del tributo.

Frente al hecho gravable del impuesto, la normatividad aludida establece que recae sobre las actividades comerciales que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 23 de septiembre de 2013, Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Barcenas, Radicación No. (18608)

Rad: 76001-3333-001-2018-00239-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Tributario.

naturales, jurídicas o sociedades de hecho, en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Por su lado, la Corte Constitucional⁴ consideró que el hecho gravable:

(...) es uno de los elementos esenciales de todo impuesto y ha sido definido por la doctrina y por la jurisprudencia como aquella situación de hecho, que es indicadora de una capacidad contributiva, u que la ley establece de manera abstracta como situación susceptible de generar la obligación tributaria, de suerte que si se realiza concretamente ese presupuesto fáctico entonces nace al mundo jurídico la correspondiente obligación fiscal (...)

Así mismo el Consejo de Estado⁵, definió el hecho generador y las características que lo comprenden, así:

(...) El hecho generador tiene unos elementos que identifican el objeto del tributo, esto es, las cosas, los bienes, las acciones, las actividades o los derechos a los que se les impone el gravamen. Tiene elementos subjetivos, que se refieren al vínculo que une a una persona o entidad con el elemento objetivo, V.gr. ser propietario de un bien, realizar determinada actividad, recibir un ingreso, intervenir en la transmisión de derechos. Así mismo existen elementos temporales y espaciales que se refieren al momento en el que debe producirse el hecho -en un periodo o instantáneamente- u al lugar donde debe realizarse (...)

De lo anterior se puede extraer que dentro de los elementos del hecho generador se encuentra: i) el hecho económico objeto de gravamen, ii) el componente espacial que involucra al territorio municipal donde se lleve a cabo y iii) el elemento temporal que fija un periodo o lapso en el cual se origina la obligación tributaria.

En cuanto al elemento espacial, recae sobre la jurisdicción donde se lleve a cabo la actividad gravada y sobre inmuebles determinados, en uso de un establecimiento de comercio o sin él, es decir, hace hincapié en el factor territorial como un determinante del tributo al fijar el municipio llamado a percibirlo, en razón a la realización de tales actividades en la jurisdicción respectiva.

El Consejo de Estado⁶ también se ha ocupado del tema objeto de análisis y en diversos pronunciamientos ha señalado que cuando se trata de establecer la actividad comercial gravada relativa a compra venta de productos, se deben tener en cuenta los siguientes parámetros:

⁴ Sentencia C-992 de 2004.

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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 08 de junio de 2016, Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación No. 21681

(...) no es acertado ligar la consecución del cliente y posterior cierre del negocio a la asesoría comercial que se pueda prestar (...) por tanto, se debe puntualizar el lugar donde se perfeccionó la negociación, aun cuando el destino final de los bienes o servicios sea distinto, a fin de establecer el territorio donde habrá de pagarse el gravamen, en tanto que "el destino de las mercancías no es factor determinante para establecer el hecho generador del impuesto por el ejercicio de la actividad comercial, pues con tal criterio se estaría trasladando el lugar de causación del gravamen, desconociendo el carácter territorial del impuesto (....)

De esta forma, en el precedente bajo análisis se concluyó que en la actividad comercial de compraventa de mercancías, el lugar donde se causa el tributo es aquel donde se perfeccionan los elementos esenciales del contrato (el precio y la cosa que se vende), independientemente de la forma de pago o del sitio donde se tome el pedido:

(...) 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.

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.

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 esta, debe determinarse el lugar de causación del tributo, teniendo en cuenta las pruebas allegadas al proceso, en cada caso.

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 esenciales del contrato, esto es, el precio (y dentro de este la forma de pago) y la cosa que se vende, independientemente del lugar donde se hagan los pedidos. (...)

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, es claro que la sujeción territorial al impuesto de industria y comercio por la actividad comercial de compra y venta de mercancías está dada por el lugar en el que se perfecciona el contrato, que se traduce en el sitio donde se pacta la cosa vendida y el precio, sin que tenga incidencia la modalidad y lugar de pago ni el destino final de la mercancía, mucho menos los mecanismos para que se surta el pedido correspondiente.

9. CASO CONCRETO.

Rad: 76001-3333-001-2018-00239-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Tributario.

En el caso concreto NESTLÉ DE COLOMBIA demandó la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales el Municipio de Florida la sancionó por no declarar Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable 2015, pese a haber declarado por dicho concepto en el municipio de Dosquebradas Risaralda desde donde realiza la actividad comercial.

De la actuación administrativa sancionatoria desplegada por el Municipio de Florida que dio lugar a la expedición de los actos administrativos aquí enjuiciados conforme al expediente administrativo allegado oportunamente al plenario encontramos relevante:

9.1. Emplazamiento por no declarar N° SHM -8-27-1-13 (CD fl. 117).

El 22 de agosto de 2017, la Secretaría de Hacienda del Municipio de Florida emplazó a la entidad accionante para que en el término perentorio de (1) mes presentara declaración de impuesto de industria y comercio, correspondiente al periodo gravable 2015, toda vez que verificados los archivos de la entidad no aparecía reportada su declaración privada del tributo. El 20 de septiembre de 2017, el contribuyente respondió el emplazamiento y señaló que el Municipio de Florida no podía cobrar ICA, pues la sociedad no realiza ningún tipo de actividad industrial, comercial o de servicios en esa jurisdicción; el desarrollo de su objeto social lo realiza exclusivamente en el Municipio de Dosquebradas. (CD. FL. 117).

9.2. Resolución N° TF-SHM 8-23-3-0012-2017 de 18 de octubre de 2017 por medio de la cual se impuso sanción por no declarar (CD. FL. 117).

Mediante pronunciamiento proferido el 18 de octubre⁷ de 2017 y remitido por correo certificado el 30 de octubre de la misma anualidad, el Secretario de Hacienda del Municipio de Florida sancionó a la sociedad accionante por no haber declarado impuesto de industria y comercio por el periodo gravable 2015 en dicha jurisdicción, fundamentado en:

(...)El contribuyente NESTLE DE COLOMBIA S.A. con Nit. 860.002.130 está sometido al impuesto de industria y comercio tal y como lo señala el Artículo 41, del Acuerdo 516 de 2015, Estatuto Tributario del municipio de Florida. Está probado que el contribuyente NESTLE DE COLOMBIA S.A. con Nit. 860.002.130 ejerció su actividad económica, obteniendo ingresos provenientes de nuestra jurisdicción (...)

(...) El contribuyente, hizo uso de la infraestructura, mercado y servicios del municipio, para poder desarrollar su actividad.

⁷ Aunque en el encabezado de la resolución se señala como fecha de elaboración "19 de mayo de 2017", del contenido del anexo explicativo y de las actuaciones posteriormente surtidas se puede establecer que la fecha de expedición del acto administrativo es 18 de octubre de 2017.

Además de ello están presentes todos los elementos necesarios que originan el impuesto tales como: base legal, hecho generador, base gravable, periodo gravable, sujeto activo, sujeto pasivo y tarifa. (...)

9.3. Recurso de reconsideración de 18 de diciembre de 2017 (CD. FL. 117).

El 18 de diciembre de 2017, la entidad accionante presentó recurso de reconsideración contra el acto sancionatorio y reiteró que no realiza ningún tipo de actividad industrial, comercial o de servicios en el municipio de la Florida ya que la comercialización de sus productos es llevado a cabo -exclusivamente- en el "centro integrado de servicios" ubicado en el Municipio de Dosquebradas donde se realiza el hecho generador pasible del tributo.

Planteó que el ICA grava actividades comerciales, sin embargo, la Administración Municipal de Florida no demostró cuáles fueron las actividades que desplegó en su jurisdicción para sustentar el cobro del impuesto.

Expuso que el procedimiento utilizado para realizar la venta, despacho, entrega y cobro a clientes cuya factura tenga registrada la dirección en la jurisdicción del Municipio de Florida se surte a través de pedidos procesados en el "*Centro Integrado de Servicios*" donde "*se tiene la bodega para el almacenamiento, se reciben las ordenes de pedido y se concretan los elementos del negocio, se despachan los productos a los clientes, a través de un operador logístico que los entrega al domicilio del cliente, se expide facturación, se concretan el precio y el producto, se realizan las labores de cobranza de cartera, a través de un analista de cartera y se adelantan todas las actividades relacionadas con la administración de todas sus ventas*".

9.4. Resolución N° TFSHM- 8-23-4-005-2018 de 23 de abril de 2018 -que resolvió el recurso de reconsideración- (Fls. 25-32).

El 23 de abril de 2018, el Secretario de Hacienda del Municipio de Florida resolvió el recurso de reconsideración propuesto por NESTLE y confirmó el acto sancionatorio en los siguientes términos:

(...)1. En primera instancia, alega el contribuyente que es en Dosquebradas donde se realizan una serie de actos pre-venta, tales como almacenaje, recepción de órdenes de pedido, despacho, facturación e incluso, cobranza y labores administrativas, que no tienen ningún tipo de incidencia en el impuesto de industria y comercio, asumiendo de manera errada que estas actividades son las que determinan el hecho generador en el municipio de Dosquebradas.

En ningún caso la Ley 14 de 1983 ha supeditado el hecho generador a estas actividades, tampoco al hecho de haberse llevado a cabo en la sede social del contribuyente, sino en el lugar donde se comercializa, distribuye y se realiza el

acuerdo entre las partes sobre la cosa y el precio lo cual sucede íntegramente en nuestro municipio.

Tal como lo estipula el Artículo 1857 del Código Civil Colombiano, para que la venta se reputa perfecta se hace necesario no solo una de las partes, en este caso el vendedor, sino que de igual manera es indispensable que el comprador apruebe a través de su consentimiento la operación comercial que se transa, aprobación que se da solo en el momento en que la mercancía es recibida por nuestros comerciantes en sus domicilios y cuando suscriben la factura realizando la aceptación de las condiciones negociadas, porque mientras esto no suceda no se concretará la actividad comercial ni se generará un ingreso que sea susceptible de ser gravado; donde así mismo se puede verificar que en ningún momento los comerciantes establecidos en el Municipio de Florida se desplazan hasta la sede social de Dosquebradas para finalizar la operación comercial, sino que es esta compañía la que se desplaza hasta nuestro municipio para concretar la venta, comercialización y distribución de sus productos.

Adicionalmente, es pertinente aclarar que el presente proceso de cobro no se adelanta por el solo hecho de que tomen pedidos en nuestra jurisdicción municipal o por el solo uso de la infraestructura del municipio - argumento que está plenamente validado en la exposición de motivos de la Ley 14 de 1983 - sino porque ejercen actividades comerciales de venta y distribución dentro del ámbito espacial de Florida, generando riqueza para su compañía sin pagar los tributos que por ley le corresponden a este municipio.

2. Es en Florida donde realmente se concreta el negocio de acuerdo a los argumentos expuestos de manera amplia en el punto anterior.

Por lo tanto, este despacho no puede aceptar como prueba de la no sujeción pasiva al impuesto las declaraciones realizadas a otro municipio, pues el incumplimiento de la normativa, ya sea por omisión o por desconocimiento de la misma por parte de los contribuyentes no puede privar a nuestro municipio de los ingresos que la ley le ha otorgado para su funcionamiento.

Ahora bien, en caso de que el contribuyente haya liquidado erradamente su impuesto en una jurisdicción en la que no estaba obligado, la ley le otorga las garantías para solicitar esos dineros en devolución, tal como el Decreto 2277 de 2012.

No resulta válido por parte del contribuyente afirmar que con esta actuación se está violando el principio de territorialidad; pues es precisamente este principio el que este despacho pretende hacer valer; de no ser así, la Ley 14 de 1983 no tendría razón de ser, en la medida que es ésta la que brinda los lineamientos de territorialidad del impuesto y determina que es la actividad comercial propiamente dicha la que genera el tributo, EN NINGUN CASO actividades como accesorias, almacenaje, despacho, facturación, cobranza etc, en un establecimiento de comercio. (...)

En el contexto probatorio descrito, se advierte que de acuerdo a los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado, la determinación del impuesto de industria y comercio exige un análisis interpretativo a la luz de las pruebas aportadas al proceso.

Sobre el particular, la Sección cuarta del Consejo de Estado⁸ ha señalado:

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejero ponente: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, Bogotá D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil

(...) para determinar la jurisdicción en que se configura la obligación tributaria, no resulta relevante establecer el lugar desde el cuál se realizan los pedidos. Además, a diferencia de lo que sucede con las actividades industriales, en el caso de las actividades comerciales no existe un precepto legal que fije un criterio único que permita circunscribirlas a determinado territorio, luego resulta necesario, que éste se determine mediante el análisis de las piezas probatorias allegadas al proceso, partiendo de la definición de lo que se entiende por Actividad Comercial (...)

Conforme al Certificado de Existencia y Representación Legal allegado al proceso (Fl. 4) se tiene que NESTLÉ de Columbia se dedica o tiene por objeto principal:

(...) A. FABRICAR DESHIDRATAR, PULVERIZAR, ENVASAR, PREPARAR, COMPRAR, VENDER, DISTRIBUIR, IMPORTAR Y EXPORTAR Y EN GENERAL COMERCIAR CON TODA CLASE DE PRODUCTOS; ALIMENTICIOS, ARTÍCULOS PATENTADOS, BEBIDAS Y ARTÍCULOS DE CONSUMO HUMANO O QUE DEBAN USARSE JUNTO CON CUALQUIER ARTICULO ALIMENTICIO. B. SERVIR DE AGENTE VENDEDOR, COMPRADOR O COMERCIAL DE CUALQUIER PERSONA NATURAL O JURÍDICA NACIONAL O EXTRANJERA. C. SUSCRIBIR, COMPRAR O VENDER ACCIONES DERECHOS O PARTICIPACIONES DE OTRAS PERSONAS NATURALES O JURIDICAS DE OBJETO SIMILAR AL SUYO. D. REALIZAR ENSAYOS FISICOQUIMICOS Y MICROBIOLÓGICOS PARA EL ANÁLISIS DE ALIMENTOS Y MATERIAS PRIMAS ALIMENTICIAS EN LOS LABORATORIOS QUE LA COMPAÑÍA TENGA DISPUESTOS PARA TAL EFECTO. E. EJECUTAR TODA CLASE DE ACTOS O CONTRATOS CIVILES O COMERCIALES QUE SE RELACIONEN DIRECTAMENTE CON EL DESARROLLO DE LOS OBJETIVOS ANTERIORES. PROHIBESE A LA COMPAÑÍA: A. CONSTITUIRSE GARANTE DE OBLIGACIONES PERSONALES DE LOS ACCIONISTAS. B. CAUCIONAR SON (SIC) SUS BIENES OBLIGACIONES DE TERCEROS; C. SER SOCIO COLECTIVO. (...)

En sede administrativa, la discusión se centró en señalar que la sociedad accionante realizó actividades comerciales en el municipio de Florida sujetas al impuesto de industria y comercio, a través de ventas telefónicas y mediante la utilización de aplicativos de internet de los que derivó ingresos que debían ser gravados.

Con el propósito de acreditar que la actividad comercial referenciada se llevó a cabo en el municipio de Dosquebradas Risaralda, la entidad accionante allegó Certificación de Revisor Fiscal (fls. 53 al 55) en el que se consignó que de acuerdo con los registros contables la sociedad no registra ventas en la jurisdicción del municipio de Florida -Valle del Cauca:

(...) El suscrito contador público de la empresa NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., Alejandro López Torres, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.527.513 expedida en Bogotá, me permito certificar:

Rad: 76001-3333-001-2018-00239-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Tributario.

I. Que NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., tiene un Centro Integrado de Servicios ubicado en el municipio de Dosquebradas (Risaralda), sitio en el que centraliza el manejo de inventarios de mercancía para la venta, revisa los pedidos, acepta los pedidos de los compradores, se concretan las ventas, se hace la planificación de la logística de despachos, se despacha la mercancía, se hace la facturación y el manejo de cartera.
(...)

(...) II. Que teniendo en cuenta lo anterior, NESTLÉ DE COLOMBIA S.A. ejerce todas sus actividades comerciales, en el MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS - RISARALDA. En ese municipio realiza todas las actividades y procesos de carácter comercial y en ese municipio se concretan todos los acuerdos sobre ventas de mercancía.

III. Que NESTLÉ DE COLOMBIA S.A., durante el año 2015 liquidó y pagó el IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO en las siguientes jurisdicciones:

A. BUGALAGRANDE: Es el sitio en el cual se encuentra la sede fabril y allí se liquida y paga el impuesto relacionado con los bienes que allí se producen.

B. DOSQUEBRADAS - RISARALDA: Es el lugar en el cual se encuentra el CENTRO INTEGRADO DE SERVICIOS, que es en dónde, como ya se explicó, se concretan todos los negocios sobre la mercancía importada.

C. BOGOTÁ D.C.: Es el lugar en el cual se encuentra la sede administrativa (oficina central) en la Diagonal 91 17A 42

D. FLORENCIA CAQUETÁ: Es el lugar en el cual se encuentra planta de recepción de leche líquida y se realiza el proceso de pre condensado de la leche en el Kilómetro 3 Vía Morelia Quebrada la yuca Florencia Caqueta.(...)

Por su parte, la Secretaría de Hacienda del municipio de Florida en los actos acusados se limitó a plantear que NESTLÉ realizó actividades comerciales en su jurisdicción, con fundamento en los ingresos que recibió en el año 2015 por la comercialización de productos en su territorio utilizando *“nuestras vías para transportar sus agentes de venta y transportar el producto hasta el destino acordado con sus clientes”* y adicionalmente *“los pagos son realizados desde el municipio de florida”* (fl. 14 vto).

Sin embargo, se considera que al tratarse de un procedimiento administrativo sancionatorio y al haber aportado la parte sancionada elementos de juicio suficientes -como lo es la certificación del revisor fiscal-, el municipio de Florida en ejercicio de la potestad fiscalizadora que le asiste, debía desplegar una valoración exhaustiva de los medios de prueba aportados por el contribuyente, a fin de determinar si los elementos esenciales del contrato de compraventa se perfeccionaron en su territorio para arribar a la realidad material de la causación del tributo, incluso indagando aquello que le fuera favorable al contribuyente, pues se trataba de un proceso punitivo.

Así entonces, la resolución sanción incurre en una indeterminación del hecho gravable, elemento esencial en materia del tributo, que para el caso corresponde a la actividad comercial de compra y venta de mercancías, pues no logró establecer que la negociación (relativa al acuerdo de la cosa vendida y el precio) de la cual se

derivaron los ingresos percibidos por la parte accionante la se perfeccionó en el municipio de Florida.

Es importante recordar que no bastaba -como lo pretendió la accionada- con señalar que la actividad comercial de compra venta de mercancías deviene de las labores desplegadas a través de agentes comerciales, pues como quedó ampliamente explicado en precedencia, la toma de pedidos o la asesoría comercial no es un factor determinante para establecer el hecho generador del impuesto, pues -por regla general- este tipo de labores son complementarias, anteriores o posteriores, a la negociación, esto es, al perfeccionamiento del contrato.

Finalmente, al margen de la discusión sobre la territorialidad del tributo en el presente caso a partir del material probatorio aportado al plenario se puede corroborar que la sociedad accionante efectuó el pago del ICA del año gravable 2015 en el municipio de Dosquebradas, tal como se desprende de la declaración privada obrante a folios 48 al 50 de la cual se desprende el pago de una suma equivalente a \$ 531.309.000.

De igual forma de los documentos obrantes a folios 33 al 47 y 51 al 52, se advierte que la accionante efectuó pagos por este concepto en Bogotá D.C., Manizales – Caldas y Florencia – Caquetá.

En consecuencia, se tiene que los actos demandados se encuentran afectados de nulidad al haberse demostrado que, conforme al ejercicio comercial de la sociedad demandante, ésta no causó el hecho generador del impuesto de Industria y Comercio en la jurisdicción del Municipio de Florida en el periodo gravable 2015 y por ello no se encuentra obligada al pago de ICA, por lo que la sanción impuesta pierde fundamento.

Aunado a lo anterior, se encuentra probado que el contribuyente cumplió con su obligación tributaria por el año gravable discutido.

Por todo lo anterior, habrá de declararse la nulidad de la Resolución Sanción No. TF SHM-8-23-3-0012-2017 del 18 de octubre de 2017 proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de la Alcaldía de Florida, mediante la cual se expide la Sanción por no declarar el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable 2015.

De igual forma se declarará la nulidad de la Resolución No. SHM-8-23-4-0005-2018 del 23 de abril de 2018. expedida por la Secretaría de Hacienda del municipio de Florida, por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto en contra de la Resolución SHM-8-23-3-0012-2017 del 18 de octubre de 2017 confirmándola en todas sus partes.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se habrá de declarar que NESTLÉ de Colombia S.A. no está obligada a pagar impuesto de industria y comercio en el Municipio de Florida en el periodo gravable 2015 y ordenar a dicha

Rad: 76001-3333-001-2018-00239-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Tributario.

entidad territorial cesar cualquier proceso de cobro de la suma discutida y a archivar el expediente de manera definitiva.

10. Costas.

En cuanto a la condena en costas, se advierte que si bien el artículo 188 del CPACA señala que en la sentencia el juez “dispondrá” sobre este asunto, no puede interpretarse que la imposición opera de forma automática.

En efecto, conforme a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del 27 de enero de 2017 Expediente No. interno (2400-14) Consejero Ponente CARMELO PERDOMO CUETER⁹ la norma bajo análisis impone al operador judicial determinar si en cada caso particular resulta procedente la condena conforme se acredite probatoriamente su causación.

En el caso de autos no se encuentra debidamente probado en el expediente la causación de las costas que se solicitan, así como tampoco está probada alguna conducta temeraria o dilatoria de la parte vencida, por lo tanto, las mismas deberán negarse.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Resolución Sanción No. TF SHM-8-23-3-0012-2017 del 18 de octubre de 2017 proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de la Alcaldía de Florida, mediante la cual se expide la Sanción por no declarar el Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable 2015.

Resolución No. SHM-8-23-4-0005-2018 del 23 de abril de 2018 expedida por la Secretaría de Hacienda del municipio de Florida, por la cual se resuelve el Recurso de Reconsideración interpuesto en contra de la Resolución SHM-8-23-3-0012-2017 del 18 de octubre de 2017 confirmándola en todas sus partes.

2. Como consecuencia de lo anterior, declarar que NESTLÉ de Colombia S.A. no está obligada a pagar impuesto de industria y comercio en el municipio de Florida en

⁹ Dijo la citada sentencia: “Ese juicio de ponderación supone que el reproche hacia la parte vencida esté revestido de acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento; cuando por ejemplo: i) sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; ii) se aduzcan calidades inexistentes; iii) se utilice el proceso, incidente o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; iv) se obstruya, por acción u omisión, la práctica de pruebas; se entorpezca el desarrollo normal y expedito del proceso; o v) se hagan transcripciones o citas deliberadamente inexactas (artículo 79 CGP)”

Rad: 76001-3333-001-2018-00239-00
Nulidad y Restablecimiento del Derecho / Tributario.

el periodo gravable 2015 y ordenar a dicha entidad territorial cesar cualquier proceso de cobro de la suma discutida y a archivar el expediente de manera definitiva.

3. ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el artículo 195 ibídem.

4. NEGAR la condena en costas conforme lo dicho en la parte considerativa de esta providencia.

5. COMUNICAR a la entidad demandada, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

6. LIQUIDAR los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere y archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI una vez ejecutoriada la presente providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be 'PAOLA ANDREA GARTNER HENAO', written over a horizontal line. The signature is highly cursive and loops around itself.

PAOLA ANDREA GARTNER HENAO
Juez

MAT