

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 133

Santiago de Cali, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciocho (2018)

EXPEDIENTE: 76001-33-33-012-2015-00478-00
DEMANDANTE: FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA.
DEMANDADO: MUNICIPIO DE EL CERRITO – VALLE DEL CAUCA
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-T (ARTÍCULO 138 CPACA)

I. ANTECEDENTES

La sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. – SIGLA: FERRETERIA SUMIVALLE LTDA con NIT No. 800.034.768-6, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, instaura demanda en contra del MUNICIPIO DE EL CERRITO – Valle a fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso sanción por no declarar en los años gravables 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

En consecuencia y a título de restablecimiento del derecho solicita que se declare que la sociedad no tenía obligación alguna de pagar el Impuesto de Industria y Comercio en el Municipio de El Cerrito por los años gravables 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.

Los **HECHOS** de la demanda se sintetizan así:

1. Que la sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA se dedica a la comercialización, importación y exportación, compra y venta, explotación comercial de todos los productos del ramo de ferretería, tornillería, recorrería y demás, actividad que realiza en distintos municipios del país, tal y como consta en su objeto social.
2. Que actualmente se su sede comercial se encuentra ubicada en el Municipio de Cali – Valle del Cauca, lugar donde se concretan las relaciones comerciales con los clientes que se encuentran

ubicados dentro y fuera de la ciudad de dicha ciudad; adicionó que no posee sucursal en otro municipio del país.

3. Resaltó que SUMIVALLE LTDA maneja toda la operación desde la ciudad de Cali, lugar donde se concretan los elementos del contrato de venta: calidad y cantidad de la cosa, precio y plazo, siendo este el municipio donde se causa la obligación tributaria.

4. Que durante el mes de enero del año 2014, el municipio de El Cerrito a través de la Secretaria de Hacienda, dio apertura a los expedientes Nos. IC201276248-978, IC201276248-979, IC201276248-980, IC201276248-981 y IC201276248-982 en contra de FERRETERÍA SUMIVALLE LTDA por no declarar el impuesto de industria y comercio por los años gravables 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012, argumentado que la sociedad utiliza la infraestructura del municipio para la comercialización de sus productos, lo que la obliga a pagar el tributo referido.

6. Que el ente territorial emitió los emplazamientos previos por no declarar Nos. 248-SH-675-142, 248-SH-676-142, 248-SH-677-142, 248-SH-678-142 y 248-SH-679-142, notificados a la sociedad el 6 de junio de 2014.

7. Que el 03 de julio de 2014, la parte acora dio respuesta a los requerimientos del Municipio de El Cerrito – Valle.

8. Que mediante las Resoluciones Nos. 248-SH-675-142, 248-SH-676-142, 248-SH-677-142, 248-SH-678-142 y 248-SH-679-142, se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio en contra de la sociedad demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se citan como normas violadas las siguientes:

Artículos 29 y 228 de la Constitución Política.

Artículo 742 del Estatuto Tributario.

Decreto 807 de 1993, artículos 27 y 113.

Decreto 352 de 2002, artículos 34 y 37.

Aduce que para determinar la territorialidad del tributo se debe tener en cuenta los elementos del contrato: precio, forma de pago y el bien que se vende, que para el caso en concreto, son perfeccionados en la ciudad de Cali, ciudad donde se encuentra concentrada la fuerza comercial y

es el centro de acopio donde se reciben los pedidos de mercancías y su despacho, siendo entonces el municipio donde se genera la actividad comercial gravable.

Señala que en la actividad comercial de venta de bienes, la acusación del ICA se da en el sitio en que concurren los elementos de la compraventa, y que por tanto, el destino de la mercancía no determina el hecho generador del gravamen, pues aducir lo contrario, desconocería el carácter territorial del mismo.

Sostiene que en el Municipio de El Cerrito se realizan operaciones de pre-venta y post – venta que no generan el gravamen, pues son solo la causa mediante de los ingresos, en consecuencia, no poder ser objeto de la obligación, pues se estaría imponiendo una doble carga tributaria.

Menciona que es insuficiente manifestar que por el simple hecho de que los visitantes de la empresa visiten los municipios para tomar pedidos y poner mercancía en los mismos, se tome como atribución para reclamar el pago del impuesto el municipio donde está el cliente o comprador y donde posteriormente se pondrá la mercancía por parte del proveedor o distribuidor.

Finalmente, indica que la sociedad FERRETERIA SUMIVALLE LTDA ha cumplido con sus obligaciones fiscales aplicando el pago del tributo municipal con fundamento en la ley, la jurisprudencia y la doctrina en la ciudad de Cali para los años gravables que aquí se discuten.

II. DEFENSA DE LA ENTIDAD DEMANDADA

El Municipio de El Cerrito contestó la demanda¹ oponiéndose a las pretensiones expuestas por FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA., pues considera que los actos administrativos demandados fueron debidamente fundamentados en la normatividad vigente y en el debido proceso. Señala que la litis del proceso se basa exclusivamente en los ingresos obtenidos por el desarrollo de una actividad comercial por parte de la sociedad demandante en el Municipio de El Cerrito, información que fue reportada por el Ingenio Providencia S.A. en la respuesta al requerimiento de información No. IC2013-76248-132, por lo que estima que la demandante utilizó la infraestructura, mercado y generó riqueza en la jurisdicción de dicho Municipio.

Aduce que el sustento normativo del proceso son los artículos 32 y subsiguientes de la Ley 14 de 1983, compilados por los artículos 195 al 205 del Decreto Ley 1333 de 1986, en los cuales lo pretendido por el legislador fue darle un giro sustancial a la forma en que se venía ejecutando el pago de Impuesto de Industria y Comercio, dado que la norma establece que se adquiere la

¹ Folios 194 a 213 del cuaderno principal

obligación de tributar el citado impuesto sobre todas las actividades comerciales en las jurisdicciones municipales independientemente de que se tenga establecimiento comercial o no, además que no solo la comercialización y distribución ejecutada, sino también la enajenación que se realiza de los productos en el territorio Municipal.

Agrega que 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 la jurisdicción de El Cerrito, como tampoco se limitó o incluyó en la norma la forma como debía ser ejecutada dicha actividad comercial, pues la Ley 14 de 1983 no hace distinción de la forma como se realiza la negociación, expendio o comercialización de los bienes o productos, lo que determina en su esencia es que se debe tributar donde se obtiene el ingreso porque se está procurando un beneficio económico en dicha jurisdicción y acaeció un aprovechamiento de su mercado.

Explica que el Impuesto de Industria y Comercio es un gravamen directo de naturaleza territorial, que recae sobre la realización directa o indirecta de actividades industriales, comerciales o de servicios de manera permanente u ocasional, con o sin establecimiento de comercio. Añade que es un impuesto administrado directamente por los municipios, quienes con fundamento en la autonomía territorial y las limitaciones a la potestad tributaria, lo desarrollan estableciendo en cada caso, las actividades sujetas al gravamen y las respectivas tarifas.

Argumenta que el sujeto activo del impuesto es el Municipio en donde se ejerza o realice la actividad gravada y ni el domicilio principal de la empresa, ni el lugar donde se realice la facturación, son factores determinantes para establecer el Municipio al que debe pagarse el Impuesto de Industria y Comercio, como tampoco es relevante si la empresa tiene o no agencias, sucursales o establecimientos de comercio en el Municipio, sino que solo es suficiente que se haga uso de las instalaciones e infraestructura del Municipio para generar el ingreso para que se deba tributar en el respectivo municipio según la Ley 14 de 1983.

Refiere que lo que llevó al ente territorial a iniciar el proceso en contra de la sociedad demandante fue la respuesta de un tercero – Ingenio Providencia S.A. – al requerimiento Nro. IC2013-76248-132 del 21 de mayo de 2013, en el cual certificó que SUMIVALLE LTDA obtuvo ingresos por ejercer actividad economía por comercialización en el Municipio de El Cerrito para los años gravables 2008 a 2012.

Así pues, considera que independientemente de que el contribuyente se encuentre domiciliado en un determinado municipio en donde tiene su establecimiento de comercio, deberá responder por las

obligaciones tributarias que adquiriera en cada jurisdicción donde realice actividades gravadas, debiendo para el efecto llevar registros contables separados por cada municipio y tributar con base en los ingresos percibidos en cada uno de ellos respecto del impuesto de industria y comercio.

Bajo los anteriores argumentos, solicita que se nieguen las pretensiones y se declare la legalidad de los actos administrativos expedidos por el Municipio de El Cerrito.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto No. 1108 del 21 de septiembre de 2017 se corrió traslado para alegar de conclusión, término dentro del cual las partes expusieron:

- La **parte demandante** reiteró que sustentado en la Ley como la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la sociedad demandante debe tributar únicamente en el Municipio de Cali, dado que las relaciones comerciales de SUMIVALLE LTDA con sus clientes así como el perfeccionamiento de los contratos de venta, se ejecutaron en su sede comercial ubicada en dicha municipalidad (fls. 439 a 350 C. Ppal).
- El **Municipio de El Cerrito** reiteró los argumentos facticos y jurídicos esgrimidos en la contestación de la demanda, así como su solicitud de negar las pretensiones de la demanda. (fls. 240 a 247 C. Ppal).

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Representante del **Ministerio Público** guardó silencio.

Cumplidas las distintas etapas procesales sin que se advierta causal de nulidad de lo actuado y de conformidad con lo establecido en el artículo 187 de la Ley 1437 del 2011, se formulan las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Debe el Despacho determinar inicialmente si se configuró el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, que establece la obligación del Juez de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que encuentre probada en el proceso.

En primer lugar, ha de decirse que en los autos se pretende la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso a la Ferretería Sumivalle Ltda sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por los años gravables 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 y los actos que desataron los recursos de reconsideración.

Pues bien, el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 dispone respecto de la oportunidad para interponer la demanda en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho lo siguiente:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales.”

Es claro entonces, que cuando se pretenda la nulidad de actos administrativos, la demanda debe instaurarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del mismo.

En el presente asunto, se allegaron las constancias de notificación de las Resoluciones Nos. 248-11-28-360, 248-11-28-361, 248-11-28-362, 248-11-28-363 y 248-11-28-364, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reconsideración contra los actos que impusieron la sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio a la sociedad demandante para los años gravables 2008 a 2012, sin embargo en ellas no se registraron la fechas en que se notificó a Sumivalle de las mismas, situación que impide establecer la fecha en que se surtió la notificación de los actos, y consecuentemente, el término que tenía la parte actora para acudir a esta jurisdicción.

Es menester precisar que esta operadora judicial agotó los requerimientos pertinentes a fin de obtener la constancia de notificación, comunicación o ejecución de los actos acusados, para esclarecer la oportunidad en la presentación de la demanda, sin embargo, no fue posible obtener tal información a lo largo del proceso.

Así las cosas, concluye el Despacho que de la prueba aportada al plenario no existe certeza respecto de la fecha de notificación de los actos por medio de los cuales fueron resueltos los recursos de reconsideración contra los actos sancionatorios expedidos por los años gravables 2008 a 2012, ya que no fue posible obtener la fecha cierta en que se surtió la notificación personal de los

452

misimos a la sociedad demandante, siendo necesario precisar que la notificación personal es uno de los medios legales de publicidad de los actos administrativos de contenido particular, a través del cual la administración pone en conocimiento de los administrados la existencia de sus decisiones, al tenor de lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del C.P.A.C.A.²

En ese orden, y ante la falta de certeza respecto a la fecha de notificación de los actos administrativos demandados, no es posible determinar si la demanda se interpuso dentro de la oportunidad legal o si se hizo extemporáneamente, por lo que en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia del demandante, el Despacho procederá a estudiar de fondo el asunto sometido a su consideración.

Problema jurídico

Corresponde al despacho determinar inicialmente cuál es el hecho generador del impuesto de industria y comercio en el Municipio de El Cerrito –Valle, si la sociedad **FERRETERIA SUMIVALLE LTDA** ejerció actividad comercial en la jurisdicción del Municipio de El Cerrito y por lo tanto puede ser sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio por los años gravables 2008 al 2012 y, finalmente si los actos administrativos expedidos por el Municipio de El Cerrito Valle se ajustan a la legalidad.

En aras de resolver el anterior problema jurídico se analizará la normatividad aplicable al impuesto de industria y comercio, e igualmente se entrará a determinar si la sociedad demandante es sujeto pasivo de dicho impuesto, y conforme a ello establecer si los actos demandados se ajustan o no a la legalidad.

Para entrar en contexto, se partirá del estudio de los antecedentes administrativos que dieron origen a los actos administrativos enjuiciados, estos son, las resoluciones Nos. 248-SH-675-142, 248-SH-676-142, 248-SH-677-142, 248-SH-678-142 y 248-SH-679-142, por las cuales se impuso sanción a FERRETERÍA SUMIVALLE LTDA por no declarar el impuesto de industria y comercio para los años

² "ARTÍCULO 66. **DEBER DE NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER PARTICULAR Y CONCRETO.** Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes".

"ARTÍCULO 67. **NOTIFICACIÓN PERSONAL.** Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, **con anotación de la fecha y la hora**, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera" (Negrilla fuera del texto original).

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

gravables 2008 a 2012, y las Resoluciones Nos. 248-11-28-360, 248-11-28-361, 248-11-28-362, 248-11-28-363 y 248-11-28-364, por las cuales se resolvió el recurso de reconsideración contra las primeras.

Al expediente se allegaron las siguientes pruebas:

El Secretario de Hacienda del Municipio de El Cerrito profirió la Resolución No. 248-SH-675-142 del 15 de diciembre de 2014, por la cual se impuso a la sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. – FERRETERIA SUMIVALLE LTDA sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio para el año gravable 2008 (fls. 123 a 132), con base en los siguientes argumentos:

“...la SECRETARÍA DE HACIENDA, del Municipio de EL CERRITO, previa revisión de sus archivos de información, solicitudes de información al contribuyente y de cruces con terceros, estableció que el contribuyente FERRETERIA SUMIVALLE LTDA. con Nit. 800.034.768, no presentó la declaración del Impuesto de Industria y Comercio por el año gravable 2008.

Por lo que en investigación y fiscalización llevada a cabo, y una vez verificada la información que reposa en el expediente abierto con el numero IC200876248-978 de fecha Diciembre 18 de 2013, determinó que el contribuyente FERRETERIA SUMIVALLE LTDA. con Nit. 800.034.768, recibió ingresos por el ejercicio de su actividad económica, como es la comercialización de productos y/o prestación de servicios, dentro de la jurisdicción de EL CERRITO, por el año gravable 2008 por un valor de \$96.564.231, de acuerdo con la relación de comerciantes que se encuentran ubicados en este municipio, los cuales adquirieron bienes por los valores que se indican en el año 2008, cuyos soportes reposan en los folios 1 al 04 del expediente.

El valor de los ingresos que obtuvo y la lista de las personas con las cuales la empresa FERRETERIA SUMIVALLE LTDA, con nit. 800.034.768, ejerció su actividad económica en la jurisdicción del municipio de EL Cerrito, fue obtenida en respuesta al requerimiento de información enviado al contribuyente INGENIO PROVIDENCIA S.A.

(...)

La empresa FERRETERIA SUMIVALLE LTDA. con Nit. 800.034.768, ejerce actividad económica que es gravada en la jurisdicción del Municipio de El Cerrito, directamente o a través de un representante de ventas o cualquier otra forma legal de negociación, para lograr la venta comercialización y expendio de sus productos en el municipio de El cerrito (V)

(...)

FERRETERÍA SUMIVALLE LTDA con Nit. 800.034.768, hizo uso de la infraestructura, mercado, y servicios del municipio, para poder desarrollar su actividad económica y obtuvo ingresos, relacionados por la venta y distribución de sus productos, en la jurisdicción del Municipio de El Cerrito.

En este punto es adecuado también resaltar que la Ley 14 de 1983 en ningún momento estableció algún tipo de limitantes en la forma comercial de los productos, la misma se puede desarrollar por intermedio de representantes comerciales o algún otra forma legal de negociación como puede ser telefónicamente, por internet, etc., lo importante es determinar el lugar donde se ejecuta efectivamente la actividad gravada y se generan los ingresos (...)

Con base en los mismos argumentos, el Municipio de El Cerrito expidió las Resoluciones Nos. 248-SH-676-142 (fls. 133 a 141), 248-SH-677-142 (fls. 142 a 151), 248-SH-678-142 (fls. 152 a 161) y

55

248-SH-679-142 (fls. 162 a 171), todas del 15 de diciembre de 2014, a través de las cuales impuso a la sociedad demandante, sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio para los años gravables 2009, 2010, 2011 y 2012, respectivamente.

Contra las anteriores Resoluciones, FERRETERIA SUMIVALLE LTDA interpuso los correspondientes Recursos de Reconsideración, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones Nos. 248-11-28-360 (fls. 81 a 89), 248-11-28-361 (fls. 90 a 97), 248-11-28-362 (fls. 98 a 104), 248-11-28-363 (fls. 107 a 114) y 248-11-28-364 (fls. 115 a 122), todas del 12 de junio de 2015, por medio de las cuales se confirmó las resoluciones sanción, respectivamente en su orden cronológico.

Dichas resoluciones que resolvieron los recursos de reconsideración se fundamentaron en las siguientes consideraciones:

“...Atendiendo lo expuesto en el punto 1 y 2 de las inconformidades, plantea la sociedad FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., que no tienen ningún establecimiento de comercio, ni sucursal, ni agencia en el municipio de El Cerrito, y por lo tanto no son sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, donde ejercen su actividad comercial es en su sede principal en la ciudad de Cali. Al respecto, es menester precisar que ante la expedición de la Ley 14 de 1983, se pretendió dar un giro sustancial a la forma en que se venía ejecutando el pago del Impuesto de Industria y Comercio, ya que dicha norma estableció que se adquiriría la obligación de tributar el citado Impuesto sobre todas las actividades comerciales en las jurisdicciones municipales independientemente de que se tenga establecimiento comercial o no.

(...)

De donde se puede determinar de manera fehaciente, que no solo la comercialización y distribución que ejecuta la Compañía FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., sino además la enajenación que esta realiza de sus productos en nuestro territorio son actividades que según la Ley se encuentran sujetas al impuesto de Industria y Comercio.

Se puede observar que el presente proceso de cobro a la Sociedad FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., se estructura con base a los ingresos que tiene registrados el Ingenio Providencia dentro de su contabilidad, donde certifican por medio de su revisor fiscal, que realizaron unas compras de bienes y productos a la recurrente, tal como se encuentra ratificado en la respuesta al Requerimiento de información N. IC2013-76248-132 de fecha 21 de Mayo de 2013. Como se puede apreciar, el Municipio de El Cerrito cuenta con pruebas documentales incontrovertibles, sobre los ingresos que obtuvo la Sociedad FERRETERIA SUMIVALLE LTDA. por las actividades de venta y distribución de su mercancía dentro de nuestro territorio.

Además y contrariamente a lo que sostiene FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., el hecho que dicha Compañía incorpore la presentación de la declaración y pago del Impuesto de Industria y Comercio efectuado para el año en discusión en las ciudades de su domicilio en ningún momento puede ser aceptado como evidencia de que no obtuvieron ingresos en nuestro Municipio, esto lo único aquí demuestra es que la mencionada Empresa cumplió de manera indebida con sus obligaciones tributarias ya que en ningún momento se anexa la declaración correspondiente al pago del Impuesto de Industria y Comercio correspondiente para nuestro Municipio.

... se puede verificar que en ningún momento los comerciantes establecidos en el municipio de El Cerrito se desplazan hasta los centros de Distribución de FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., en Cali, para finiquitar la operación comercial, sino que es esta Compañía la que se desplaza hasta nuestro municipio para ejecutar la distribución de sus productos ya sea en carros propios o vehículos o empresas contratadas por la Sancionada para tal fin, concluyendo con la suscripción de la factura por parte del

comprador, con lo cual acepta las condiciones que fueron ofertadas por la empresa FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., por medio de su Representante de ventas, y las establecidas por el cliente de dicha Compañía cuando determina las cantidades y los productos que desean comprar; situaciones estas que se suceden en la jurisdicción territorial del municipio de El Cerrito.

Sobre el tema de la territorialidad del impuesto corresponde mencionar que, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 14 de 1983 señala que el impuesto de industria y Comercio recae, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o sociedades de hecho, en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Por todo lo anterior, el contribuyente FERRETERIA SUMIVALLE LTDA., identificada con el NIT: 890.300.466 - 5, no desvirtuó los fundamentos de hecho y de derecho, que dieron lugar a la imposición de la sanción, por lo que este despacho mediante la presente respuesta al recurso de reconsideración confirma, el acto administrativo recurrido..."

Ahora bien, como se indicó en precedencia, la parte actora pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos antes relacionados, señalando como principal alegación sobre la cual se soporta su solicitud de nulidad, que FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. no ejerció actividad mercantil en la jurisdicción del Municipio de El Cerrito, pues no se configura ningún hecho generador ni actividad gravada con el impuesto de industria y comercio, y por lo tanto no puede ser sujeto pasivo de dicho impuesto para los años gravables 2008 a 2012.

Bajo esta apreciación, corresponde al Despacho adentrarse en el análisis de la normativa que regula la temática de debate ante esta Instancia, iniciando con lo establecido en los Artículos 32 y 35 de la Ley 14 de 1983 "Por la cual se fortalecen los fiscos de las entidades territoriales y se dictan otras disposiciones", cuyo tenor literal reza:

"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." (Subrayado y Negrilla del Despacho)

"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." (Negrilla y Subrayado del Despacho).

De la normativa bajo estudio resulta claro concluir que el Impuesto de Industria y Comercio es aquel que se causa sobre todas aquellas actividades comerciales, industriales y de servicios que se ejecuten en la Jurisdicción de un Municipio, las que pueden ser ejercidas directa o indirectamente, por personas naturales o jurídicas, de manera permanente u ocasional, con establecimientos de comercio o sin ellos.

Ahora bien, a nivel Municipal encontramos que dicha temática fue desarrollada en el Artículo 175 del Estatuto Tributario Municipal -Acuerdo Municipal No. 028 del 2008- en los siguientes términos:

"ARTICULO 175.- QUIENES DEBEN DE PRESENTAR LA DECLARACION DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Están obligados a presentar una declaración del Impuesto de Industria y Comercio y su Complementario de Avisos y Tableros por cada período fiscal, las personas naturales, jurídicas, sociedades, entidades oficiales y/o públicas, que realicen dentro del territorio de la jurisdicción del Municipio, las actividades que de conformidad con las normas sustanciales están gravadas o exentas del tributo.

..."

Quiere decir lo anterior, que solamente deberán declarar la causación del impuesto de industria y comercio ante el Municipio de El Cerrito por cada periodo fiscal, aquellas personas naturales, jurídicas, sociedades, entidades oficiales y/o públicas, que realicen dentro del territorio de la jurisdicción del Municipio, actividades comerciales, industriales, financieras y de servicio.

Por su parte, el artículo 21 ibídem estableció respecto al hecho generador de este impuesto, que éste *"recae en cuanto a materia imponible sobre todas las actividades industriales, comerciales y de servicio que se realicen o que se ejerzan en la respectiva jurisdicción del Municipio de El Cerrito, Valle del Cauca, en forma directa o indirecta por personas naturales, jurídicas y sociedades de hecho, por entidades oficiales o públicas, ya sea que se cumplan en forma permanente o transitoria, en inmueble determinado, con establecimiento de comercio o sin ellos"*.

En efecto, el artículo 23 ibídem define la actividad comercial como *"la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes o mercancías, tanto al por mayor como al por menor y las definidas como tales en el Código de Comercio, siempre que no estén consideradas por la Ley como actividades industriales, de servicios o financieras"*.

De las disposiciones mencionadas, se observa que no se establece con claridad donde se entiende realizada la actividad comercial y cuál es el municipio que tiene derecho al pago del tributo; sin embargo, el H. Consejo de Estado en casos similares, ha manifestado que tratándose de venta y distribución de bienes, el lugar donde se realiza la actividad comercial es aquel en el que se concretan los elementos del contrato (la cosa que se vende y el precio), así en providencia del ocho (8) de junio del dos mil dieciséis (2016), en el proceso radicado al número 250002337000201300041-01 (21681), manifestó:

"...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. Así, en sentencia de 22 de enero de 1999, la Sección afirmó lo siguiente³:

³ Expediente 9165, C.P. Julio Enrique Correa Restrepo

“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 lo siguiente⁴:

“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 aquella 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 que⁵:

*“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, así⁶:

*“[...] 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***

⁴ Sentencia de 3 de mayo de 1991, expediente 3180 C.P. Guillermo Chahín Lizcano

⁵ Expediente 12300, C.P. Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁶ Exp. 14852, C.P. María Inés Ortiz Barbosa

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)

...

Conforme al anterior pronunciamiento, se concluye entonces que el lugar donde se realiza la actividad comercial de venta es donde se concretan los elementos del contrato, es decir, el precio, la forma de pago y la cosa que se vende, independientemente del lugar donde se realicen los pedidos, se entreguen los productos o se ejerzan labores de coordinación y asesoría.

En el caso a estudio, se demostró lo siguiente:

Conforme al Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio de Cali (fls. 2 a 3), FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. es una sociedad con domicilio en Cali (Valle), cuyo objeto principal es el siguiente:

“la exportación, importación, compra y venta y distribución, comercialización, industrialización de toda clase de mercancías y productos en general, y de bienes muebles e inmuebles. La explotación comercial de todos los productos, del ramo de ferretería, tornillería, recorrería, cerrajería, cuchillería artículos de hierro, hojalatería, herramientas de toda clase de corte, eléctrica, manual, de precisión, etc., máquinas y herramientas de toda clase, neumática, hidráulica, compra y distribución de tubería y accesorios P.V.C., compra y distribución de ventanas, puertas, rejas, mallas de hierro, alambres de toda clase y calibres, la compra y venta y comercialización línea industrial de abrasivos en general y de artículos y accesorios eléctricos, representación de casas nacionales y extranjeras. La sociedad podrá igualmente prestar y contratar toda clase de servicios de asistencia técnica de asesoría, de distribución, de transporte, de depósito, bodegajes y almacenamiento, de construcción, de arrendamiento, de préstamo y de administración y representación de bienes y personas”

Que entre el demandante y el Ingenio Providencia S.A. se ejecutaron negocios comerciales por valor de \$ 186.416.363; al efecto se allegó una relación de facturas de venta a nombre de Ingenio Providencia S.A. cuya dirección de entrega registra en el Municipio de El Cerrito para los años gravables 2008 a 2012, las cuales obran a folios 18 a 32 del cuaderno principal, en donde figura el No. de factura; fecha; identificación, nombre y dirección del destinatario; y valor.

De otro lado, en audiencia de pruebas celebrada el 21 de septiembre de 2017, se recepcionó el testimonio de los señores JAIME BARBOSA TRIANA en calidad de Representante Legal de la sociedad FERRETERIA SUMIVALLE S.A. y FREDDY VELASCO - Revisor Fiscal, quienes coincidieron en indicar que en el caso específico de su cliente Providencia S.A., la cotización de los productos que éste requiere se realiza a través del portal web que tiene dispuesto para tal efecto el ingenio, al cual se accede bajo un usuario y contraseña asignado y en el evento de serles adjudicado, la orden de compra es remitida al correo electrónico de la empresa Ferreteria Sumivalle Ltda., siendo despachada la mercancía al lugar que se convenga con el cliente.

Como se puede observar del contenido de los actos administrativos acusados, la Sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA., en atención al requerimiento de información efectuado por el Municipio de El Cerrito, informó que por la comercialización de sus productos o expendio de bienes, en ejercicio de su actividad económica, en la jurisdicción del Municipio de El Cerrito, obtuvo los siguientes valores: para el año 2008 la suma de \$96.564.231, para el año 2009 la suma de \$139.732.074, para el año 2010 la suma de \$163.336.421, para el año 2011 la suma de \$85.519.965, y para el año 2012 la suma de \$103.600.365.

De lo anterior se concluye, que la sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. tiene su domicilio principal en la ciudad de Cali (Valle) y que en los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012 percibió ingresos en el Municipio de El Cerrito, sin embargo, de las pruebas recaudadas, se demostró que el lugar donde se realizó la actividad comercial de venta de bienes, es decir donde se concretaron los elementos esenciales del *contrato*, esto es, el precio y la cosa que se vende, fue en el Municipio de Santiago de Cali, tal y como lo corroboran las facturas de venta relacionadas a folios 18 a 32 y como lo precisaron los testigos.

Si bien el Municipio de El Cerrito manifestó en los actos administrativos que impusieron las sanciones, que el origen de aquellas era que la sociedad demandante recibió ingresos por el ejercicio de su actividad económica dentro de la jurisdicción de El Cerrito, por los valores de \$96.564.231 (año 2008), \$139.732.074 (año 2009), \$163.336.421 (año 2010), \$85.519.965 (año 2011), y \$103.600.365 (año 2012), de acuerdo con la relación de comerciantes que se encuentran ubicados en dicho municipio, debe resaltarse que el ingreso no es factor determinante para establecer el hecho generador del impuesto de industria y comercio por el ejercicio de una actividad comercial, pues ello desconocería su característica primordial que es la territorialidad del tributo local.

Así mismo indicó el ente territorial en los actos enjuiciados, que la empresa FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. ejerce su actividad económica en la jurisdicción del Municipio de El Cerrito, de acuerdo con la relación de comerciantes que se encuentran ubicados en dicho municipio – ingenio Providencia S.A.-, por lo que hizo uso de la infraestructura, mercado, o servicios del municipio, obteniendo ingresos relacionados con la venta de sus productos en la jurisdicción de dicho Municipio. Añadió que la Ley 14 de 1983 no hace distinción de la forma como se realiza la negociación, expendio o comercialización de los bienes o productos, lo que determina es su esencia es que se debe tributar donde se obtiene el ingreso.

Al respecto, la sociedad demandante indicó -en sede administrativa y judicial-, que vende los productos que importa y comercializa al Ingenio Providencia S.A. vía telefónica y electrónica y que, en aras de asesorar a los clientes, cuentan con visitadores comerciales, que las condiciones de venta

852

como precios, descuentos y promociones son fijadas por la gerencia de la compañía, lo que significa que los aspectos determinantes del contrato, tales como precio y entrega del bien se realizan desde la ciudad de Cali, pese a que el cliente se encuentre ubicado en el Municipio de El Cerrito.

Para el Despacho, el procedimiento llevado a cabo por la sociedad demandante a través de los denominados "visitadores comerciales" en el municipio de el Cerrito, resulta insuficiente para que se entienda realizado el hecho imponible en dicho municipio, pues tal y como lo ha manifestado el H. Consejo de Estado en sus múltiples pronunciamientos *"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"*⁷.

Lo anterior permite concluir, que el ente territorial demandado solo se limitó a indicar que previa revisión de sus archivos, información del contribuyente y cruce de terceros determinó que la sociedad demandante recibió ingresos por el ejercicio de su actividad económica dentro de la jurisdicción de El Cerrito por los años gravables 2008 a 2012, por los valores de \$96.564.231 (año 2008), \$139.732.074 (año 2009), \$163.336.421 (año 2010), \$85.519.965 (año 2011), y \$103.600.365 (año 2012), actividad económica que aduce, se efectuó con el Ingenio Providencia, sin evidenciarse la más mínima verificación o comprobación del lugar donde se realizó la actividad comercial de venta, es decir, donde se concretaron los elementos esenciales del contrato, esto es, que el precio y la cosa que se vende fueran en el Municipio de El Cerrito.

Al respecto, el H. consejo de Estado⁸ ha indicado que para que tenga lugar la expedición del emplazamiento previo por no declarar resulta necesario que la Administración hubiere realizado una labor investigativa y de verificación que le permitiera tener certeza que la persona que se considera sujeto pasivo de un tributo, en efecto tenía la obligación de declarar, pues no resulta legalmente posible expedir el correspondiente emplazamiento basado en meras expectativas o suposiciones, sin asidero alguno, en efecto indicó:

*"Por su parte el artículo 715 y siguientes del Estatuto Tributario prevé las consecuencias jurídicas para quienes no cumplan con su obligación de declarar una vez la administración tributaria los haya detectado como omisos. De los artículos 715, 716 y 717 del Estatuto Tributario, se tiene que a los contribuyentes, responsables, agentes retenedores o simplemente declarantes que no cumplan con su deber formal de presentar la declaración respectiva, la administración de impuestos les otorgará un término perentorio de un (1) mes para que cumplan con su obligación, mediante un emplazamiento que según el artículo 565 del mismo Estatuto Tributario deberá ser notificado por correo o personalmente. **También se desprende que este emplazamiento para declarar debe estar precedido de una labor de investigación y verificación que le permita a la administración tener certeza que el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante por el respectivo año excedía los toques establecidos para cada grupo de declarantes, de manera que el despliegue***

⁷ Providencia del ocho (8) de junio del dos mil dieciséis (2016), en el proceso radicado al número 250002337000201300041-01 [21681]

⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 31 de Marzo de 2005, en el proceso radicado al número Radicación No. 76001-23-31-000-1999-01666-02(13904).

fiscalizador tenga el suficiente soporte probatorio para expedirlo, descartando entonces la posibilidad de expedir un emplazamiento basado en meras expectativas o suposiciones sin fundamento fáctico alguno.

(...)

Cuando el artículo 715 del Estatuto Tributario señala como requisito para expedir el emplazamiento para declarar “la previa comprobación de su obligación” debe entenderse que su labor investigativa y fiscalizadora ha permitido establecer para el caso de las personas naturales, las dos condiciones para ser procedente su expedición, esto es que efectivamente no ha presentado su declaración de renta y que el monto de sus ingresos brutos y patrimonio bruto excedieron para el año cuestionado, los topes señalados legalmente. Ahora, si bien los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad y tal como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sección “Expedido un acto administrativo, éste por disposición del Código Contencioso Administrativo goza de presunción de legalidad y corresponde a quien pretenda desvirtuarlo la carga probatoria, sin que resulte válido alegar el principio de la buena fé, para eludirla, porque este principio también se predica de la actividad de la administración también es cierto que para lograr la validez y obligatoriedad de aquellos, **los motivos por los cuales se expide deben ser ciertos, completos, pertinentes y que tengan el mérito suficiente para justificar la decisión que en ellos se ha tomado, de manera que la causa o motivo de ese acto administrativo esté conforme a la realidad jurídica y/o fáctica del caso. La inobservancia a este elemento del acto administrativo conlleva la causal de nulidad del mismo conocida como “expedición irregular” según el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.**

(...)”. (Negrilla y Subrayado del Despacho).

En consecuencia, y como quiera que en el sub judice no se acreditó la realización de actividades comerciales gravadas dentro del Municipio de El Cerrito por parte de la sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA., es del caso acceder a las pretensiones de la demanda para declarar la nulidad de los actos administrativos demandados.

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

Costas.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone “Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

En concordancia con la norma anterior, el artículo 365 del Código General del Proceso, dispone:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

652

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. (Resaltado del Despacho).

Sobre la condena en costas, el H. Consejo de Estado en reciente providencia⁹, expresó:

“Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide.

En ese orden de ideas, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, por ser la norma adjetiva actualmente vigente en materia de costas. Aunque en el numeral 1° de dicho precepto se establece en forma perentoria que “se condenará en costas [...] a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación [...]” y en el numeral 3° de la misma norma se dispone que “En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”, observa la Sala que en el asunto sub examine no haya lugar a imponer una condena en costas en contra de la empresa CITITEX UAP S.A., por el hecho de no haber prosperado los argumentos de la apelación, pues lo real y cierto es que en el cuaderno de segunda instancia no aparece acreditada probatoriamente su causación.

Al respecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo consagrado en el numeral 8° del artículo 365 del Código General del Proceso, “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”, condición que como ya se dijo no se cumple en este caso.”

Acogiendo el anterior pronunciamiento, el Despacho modifica el criterio que venía aplicando en los procesos en los que se ventila un interés individual, conforme al cual se condenaba en costas de manera objetiva a la parte cuyas pretensiones resultaron adversas, para en su lugar optar, como apunta el fallo citado, por analizar en cada caso concreto sobre la procedencia o no de una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.

Acorde con lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida en el proceso al no estar causadas en el proceso, de conformidad con lo previsto en el numeral octavo del

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2015, Expediente 2012-00446-01, Consejero Ponente Guillermo Vargas Ayala.

citado artículo que establece claramente que sólo habrá condena en costas cuando en el proceso se encuentre acreditado que se causaron.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

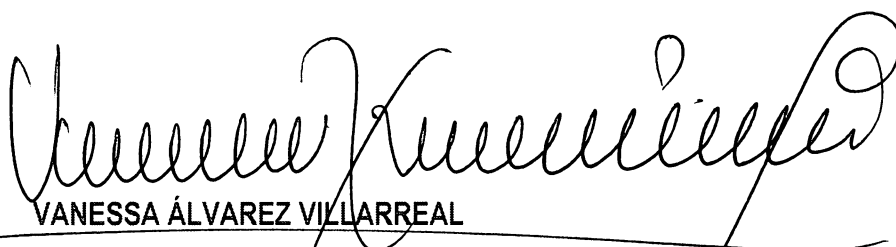
1. DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos, todos expedidos por el Secretario (a) de Hacienda del municipio de El Cerrito:

- Resolución No. 248-SH-675-142 del 15 de diciembre de 2014, por la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por el año gravable 2008, y la Resolución No. 248-11-28-360 del 12 de junio de 2015, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado contra la primera.
- Resolución No. 248-SH-676-142 del 15 de diciembre de 2014, por la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por el año gravable 2009, y la Resolución No. 248-11-28-361 del 12 de junio de 2015, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado contra la primera.
- Resolución No. 248-SH-677-142 del 15 de diciembre de 2014, por la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por el año gravable 2010, y la Resolución No. 248-11-28-362 del 12 de junio de 2015, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado contra la primera.
- Resolución No. 248-SH-678-142 del 15 de diciembre de 2014, por la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por el año gravable 2011, y la Resolución No. 248-11-28-363 del 12 de junio de 2015, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado contra la primera.
- Resolución No. 248-SH-679-142 del 15 diciembre de 2014, por la cual se impuso sanción por no declarar el impuesto de industria y comercio por el año gravable 2012, y la Resolución No. 248-11-28-364 del 12 de junio de 2015, por la cual se resolvió el recurso de reconsideración presentado contra la primera.

Como consecuencia de lo anterior,

2. **DECLARAR** que la sociedad FERRETERIA SUMINISTROS INDUSTRIALES DEL VALLE LTDA. - SIGLA: FERRERTERÍA SUMIVALLE LTDA con Nit No. 800.034.768-6, no se encuentra obligada a realizar el pago de la sanción impuesta en los actos administrativos acá declarados nulos.
3. Sin **costas** en esta instancia, por las razones expuestas.
4. Una vez ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría se realizará la devolución de los remanentes a la parte actora y se procederá al archivo definitivo del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL

La Juez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI

Auto Sustanciación No. 932

Santiago de Cali, trece (13) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

ACCIÓN: INCIDENTE DE DESACATO - TUTELA
ACTOR: DIEGO FERNANDO ROZO GIRALDO
DEMANDADO: NACIÓN – MINDEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL
RADICACIÓN: 76001-33-33-012-2018-00136-00

El señor DIEGO FERNANDO ROZO GIRALDO, actuando a nombre propio, interpuso incidente de desacato por incumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela No. 108 del 18 de junio de 2018, por medio del cual se tuteló su derecho fundamental de petición y se ordenó a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, que en el término 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, procediera a darle una respuesta de fondo, clara, completa y congruente respecto de la petición radicada el 2 de marzo de 2018, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de los tres meses de alta a los que considera tener derecho.

Previo a iniciar el incidente de desacato y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, el Despacho, mediante Auto del 6 de agosto de 2018, requirió al MAYOR GENERAL RICARDO GÓMEZ NIETO, Comandante del EJÉRCITO NACIONAL, para que dentro del término improrrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación de la providencia, informara sobre el cumplimiento estricto a lo ordenado en el fallo de tutela de la referencia. (fl. 11).

La decisión anterior fue debidamente notificada a la entidad demandada, y en respuesta a la misma, el funcionario requerido manifestó que mediante escritos de fecha 13 de agosto de 2018, ordenó a la Dirección de Personal del Ejército Nacional que dentro de los términos y de manera coordinada se pronunciara frente al peticionario presentado por el accionante, evitando con ello decisiones adversas a la institución. Ello teniendo en cuenta que la Dirección de Personal a través de la Sección de Ascensos y Retiros tiene como misión asesorar al Comando de Personal en la planeación, dirección y control de ascensos, retiros, cambios de arma y reintegros de personal de oficiales y suboficiales de la fuerza, así como la función de recepcionar y tramitar los retiros, a fin de que sea esa dirección la que brinde respuesta al accionante. Que en consecuencia, se han realizado las gestiones de manera acuciosa con el fin de obtener por parte de la dependencia competente, el cumplimiento estricto del fallo. Igualmente, solicitó no tener como sujeto activo de la posible vulneración de los derechos invocados por el actor al Comandante del Ejército Nacional, pues, de acuerdo con la estructura organizacional y

funcional corresponde a la referida dependencia atender lo concerniente a esta acción constitucional, por lo que solicitó su desvinculación. (fl. 14).

Con el escrito se acompañó los referidos escritos de fecha 13 de agosto de 2018. (fls. 16 y 17).

Acorde con lo anterior, se observa que la accionada no ha dado cumplimiento estricto a la orden de tutela, pues tan sólo se acreditó la gestión tendiente a remitir la solicitud del accionante al área competente, sin que hasta la fecha se haya obtenido una respuesta de fondo y definitiva a la petición, razón por la cual se debe continuar el trámite del incidente de desacato.

En ese orden y como quiera que el funcionario requerido remitió la petición objeto de amparo a la Dirección de Personal del Ejército Nacional, aduciendo que dicha dependencia es la encargada de dar trámite a la petición del accionante, se requerirá también a esa dirección el cumplimiento efectivo del fallo de tutela. Por consiguiente se,

DISPONE:

PRIMERO: REQUERIR al MAYOR GENERAL RICARDO GÓMEZ NIETO, Comandante del EJÉRCITO NACIONAL y al CORONEL JHONY HERNANDO BAUTISTA BELTRAN Director de Personal del Ejército Nacional, para que dentro del término improrrogable de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, informen al Despacho sobre el cumplimiento estricto a lo ordenado en el fallo de tutela No. 108 del 18 de junio de 2018.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al MAYOR GENERAL RICARDO GÓMEZ NIETO, Comandante del EJÉRCITO NACIONAL y al CORONEL JHONY HERNANDO BAUTISTA BELTRAN en calidad de Director de Personal de dicha entidad, del presente trámite.

CÚMPLASE



VANESSA ÁLVAREZ VILLARREAL

Juiza