



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA



CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero dos mil dieciséis (2016)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 050012331000200702973-01 (20592)

Demandante: GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A.
CARREFOUR

Demandado: MUNICIPIO DE ITAGUI



Temas: Exención Impuesto de Industria y Comercio – Avisos y Tableros.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sección a decidir el recurso de apelación interpuesto por Grandes Superficies de Colombia S.A. CARREFOUR, contra la sentencia de 28 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala de Descongestión.

En la sentencia se dispuso:

“1. NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

...”

ANTECEDENTES

1. Hechos de la demanda

1.1.- El Municipio de Itagüí – Secretaría de Hacienda, mediante la Resolución No. 3256 de 30 de noviembre de 2006, le negó a Grandes Superficies de



Colombia S.A., la solicitud de exención por concepto de impuesto de Industria y Comercio, por la actividad desarrollada en la Calle 47 No. 52-80 de esa jurisdicción.

1.2.- Contra la anterior resolución, la representante legal de la sociedad interpuso recurso de reconsideración, el cual fue decidido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Itagüí, Subsecretaría de Rentas, a través de la Resolución No. 3651 de 27 de abril de 2007, negando el recurso.

2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA. Que se declare la Nulidad de la Resolución 3256 del 30 de noviembre de 2006 por la cual se niega la exención de impuesto por concepto de industria y comercio a la Sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. "CARREFOUR" e igualmente se declare la Nulidad de la Resolución 3651 del 27 de abril de 2007, por la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 3256, proferidas ambas por la Secretaria de Hacienda del Municipio de Itagüí, Subsecretaria de rentas.



SEGUNDA. Como consecuencia de dicha nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se restablezca el derecho de Grandes Superficies de Colombia S.A. "CARREFOUR" de la siguiente forma:

- a) Otorgándole la exoneración de impuesto de industria y comercio por la actividad desarrollada en la Calle 47 No. 52-80 de la ciudad de Itagüí.*
- b) Devolviendo a mi representada el monto pagado por concepto del impuesto de industria y comercio, con los respectivos intereses por parte de la Entidad que corresponda.*

3. Normas violadas y concepto de la violación

La demandante citó como norma violada el artículo 144 del Acuerdo 13 de 2000, modificado por el Acuerdo 21 de 2004.

El concepto de la violación se resume de la siguiente forma:

3.1. Indebida interpretación del artículo 144 del Acuerdo 13 de 2000, modificado por el Acuerdo 21 de 2004, para la aplicación de la exención del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros.



De acuerdo con lo establecido en el artículo 144 del Acuerdo 13 de 2000, la condición para la aplicación de la exención del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros es que el 50% del personal sea residente permanente en el Municipio de Itagüí.

El 5 de junio de 2006, la sociedad solicitó la mencionada exención, anexando una planilla de 80 empleados de los cuales 58 residían en el municipio de Itagüí.

Aclara que en los actos acusados la Administración establece que encontró inconsistencias entre la declaración de ICA con radicado 7240 de 28 de abril de 2006, que relacionó 174 empleados y la solicitud de 5 de junio de 2006, con menos empleados, tal diferencia se debe a la rotación de personal y a las diferentes épocas comerciales. De manera que esto no debe ser argumento para no aplicar la exención.

Anota que en el listado de autoliquidación – riesgos profesionales, de 30 de junio de 2006, se relacionan y se presentan 79 trabajadores, debido a la rotación de personal, y porque en ese mes se desvinculó a un empleado y no se había reemplazado al momento de presentación del listado.



3.1.1. La norma no obliga a que el personal contratado por la empresa sea nuevo.

Indica que en los actos acusados se señala que de los 58 empleados relacionados con dirección de Itagüí, se encontró que 17 venían vinculados con la sociedad, lo cual es cierto, pero no es un argumento para no tenerlos en cuenta para el cumplimiento del 50% de que trata la norma.

El artículo 144 del Acuerdo 13 de 2000 no establece como requisito que los empleados sean contratados con nuevas vinculaciones, sino que sean residentes permanentes en Itagüí, condición que se cumplió.

Precisa que efectivamente 17 empleados estaban vinculados anteriormente, y ello responde a que en el municipio de Medellín se tienen igualmente establecimientos, los que estaban abiertos con anterioridad al de Itagüí, y por política de la empresa se decidió trasladarlos al citado municipio en el que residían, para trabajar en el nuevo establecimiento.

En cuanto a los 41 empleados que fueron contratados para atender en el establecimiento de comercio de Itagüí, si bien los contratos establecen que el lugar de ejecución es Medellín, la realidad es que el trabajo se realizó en



Itagüí y hacen parte de la nómina del establecimiento de ese municipio, como aparece en los comprobantes de nómina. Luego deben tenerse en cuenta dichos empleados para el cálculo del cumplimiento del requisito exigido en la norma.

3.1.2. De los cincuenta y ocho (58) empleados residentes en Itagüí, cinco (5) no tienen dirección en ese municipio.

De acuerdo a lo expresado por la Administración en los actos acusados, de los 58 empleados cuya planilla se anexó, que residían en dicho municipio, 5 de ellos no tienen dirección de Itagüí, aclara que la información reportada corresponde a la que tiene la empresa de sus empleados y son los datos que los trabajadores entregan al momento de la vinculación, además la sociedad dentro del proceso de contratación tiene una etapa de seguridad, en la cual se verifica la información reportada, la que se surtió por cada uno, y fue reportada en la planilla de la solicitud. Luego deben tenerse en cuenta para el cálculo del cumplimiento del requisito del 50%.

Y si en gracia de discusión se considera que 5 de los empleados no residen en Itagüí, igualmente se está cumpliendo con el 50%, es decir 40 empleados, que residen en el municipio.



3.1.3. Personal externo contratado

En los actos acusados se refiere a personal externo, los que efectivamente son contratados por personas diferentes a la sociedad, en ejecución de contratos comerciales que se suscriben con cada una de estas empresas.

Por lo anterior no es procedente que dicho personal se tenga en cuenta para el análisis de la aplicación del artículo 144 del Acuerdo 21 de 2004, pues la norma establece que el requisito debe cumplirse con base en el personal de la empresa y no de terceros.

4. Oposición

4.1. El Municipio de Itagüí se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y solicita se desestimen y se declare la legalidad de los actos administrativos demandados, con fundamento en lo siguiente:

4.1.1. No existe indebida interpretación del artículo 144 del Acuerdo 21 de 2004, en cuanto a la exigencia relacionada con el cumplimiento del 50% de



los empleados residentes en el municipio, toda vez que la sociedad no cumplió con los requisitos, de acuerdo al informe de revisión de solicitud de exención Carrefour, de 27 de noviembre de 2006.

4.1.2. No le asiste razón a la parte actora en cuanto afirma que el artículo 144 del Acuerdo 21 de 2004 no obliga a que el personal contratado por la empresa sea nuevo, porque de acogerse tal posición no tendría sentido la norma, y permitiría de un lado a los solicitantes de la exención no generar empleo y de otro lado cumplir el requisito con el solo y simple traslado o reacomodamiento de su planta de personal.

Indica que la exigencia de la normativa que regula la exención, exige que el personal, al iniciar las actividades en el municipio de Itagüí, sea nuevo y residente en esa jurisdicción, situación que no cumple la sociedad, ya que las personas que se relacionaron como residentes en el municipio, a partir del 6 de diciembre de 2005, fecha en que comenzó a operar la tienda Carrefour en Itagüí, ya estaban vinculadas o eran trabajadoras de la citada compañía con anterioridad a la citada fecha y prestaban sus servicios en las diferentes tiendas de otros municipios.



La anterior situación contraviene la norma, que tiene como fin u objetivo la generación de empleo en el municipio, como se corrobora con los antecedentes que dieron origen al Acuerdo.

4.1.3 No es de recibo lo que pretende la parte actora de que los 5 empleados que no tienen dirección en Itagüí, por el solo hecho de que hayan sido incluidos en la solicitud de exención, deban tenerse en cuenta para el cálculo del cumplimiento del 50% establecido en la norma, porque no existe la prueba de su residencia, lo cual corresponde acreditarlo a la sociedad y no al municipio.

4.1.4. De otro lado, advierte que se constató que del personal que presta los servicios a la actora, 32 no eran empleados directos de Grandes Superficies de Colombia S.A., pero si empleados de terceros que les prestan sus servicios como Control Total Ltda (16 empleados), Fuller Aseo y Mantenimiento (10 empleados) y Cruz Roja Colombiana (6 empleados), los cuales sin justificación alguna fueron excluidos de la declaración de ICA, año base 2005, así como de la solicitud de exención de impuestos de 5 de junio de 2006.

Finalmente, sostiene que cualquiera sea el escenario que se acoja, o sea el número de personas vinculadas y reportadas en la declaración de ICA 2005



(174), o las personas vinculadas y reportadas en la solicitud de exención del impuesto de 5 de junio de 2006 (80), o el pago de aportes al sistema de seguridad social (79), el demandante no cumple con la exigencia contenida en el artículo 144 del Acuerdo 21 de 2004, en el sentido de que se exonere del impuesto de Industria y Comercio en el municipio de Itagüí ya que como mínimo el 50% de su personal deben ser residentes permanentes en el municipio, y sólo se probó que 36 personas empleadas residen en esa localidad.

Propuso como excepciones las siguientes:

Buena Fe, por cuanto los actos acusados fueron proferidos con fundamento en ese principio constitucional, máxime cuando el Secretario de Hacienda del Municipio de Itagüí obró con pleno conocimiento y cumplimiento del artículo 144 del Acuerdo 13 de 2000.

Caducidad de la acción, artículo 136-2 del Código Contencioso Administrativo. El demandante no sustenta las razones por las que debe declararse esta excepción.

SENTENCIA APELADA



El Tribunal Administrativo de Antioquia Sala de Descongestión, mediante sentencia proferida el 28 de junio de 2012, denegó las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión, concluyó lo siguiente:

En cuanto al porcentaje del personal vinculado radicado en el municipio de Itagüí, requisito que debe cumplir la sociedad para hacerse acreedora a la exención contenida en el artículo 144 del Acuerdo 21 de 2004, no se cumple, por cuanto no lo puede acreditar con personal contratado por la empresa con anterioridad al establecimiento en jurisdicción del municipio de Itagüí.

Lo anterior debido a que lo que se pretende con la exención a las empresas es que se establezcan en el municipio de Itagüí, se fomente la inyección de capital en el ente territorial y que se genere empleo con la radicación de tales empresas, y no puede tergiversarse la exención, pues el municipio incentiva la llegada a su jurisdicción de empresas, dejando de recibir unos recursos y para ello sacrifica el ingreso impositivo con el fin de verlos revertidos en otros beneficios de interés general.



En segundo lugar aclara que no puede la Administración para determinar el 50% del personal vinculado, contabilizar el personal contratado por las cooperativas o empresas subcontratadas para realizar la labor empresarial, por cuanto la norma habla del personal vinculado a la empresa a exonerar, se refiere a la sociedad beneficiaria de la exención y no al personal que otra empresa contrate con evidente intermediación laboral. De manera que no se debía incluir el personal contratado por aquellos contratistas.

Respecto a las inconsistencias alegadas por el municipio de Itagüí, en cuanto a la relación de las personas vinculadas, tanto en la declaración del impuesto de industria y comercio del año base 2005 período gravable 2006 (174), y la solicitud de exoneración (80), son sólo diferencias en las personas vinculadas laboralmente, como sus fechas de vinculación, situación normal que en una empresa con ese número de empleados tenga fluctuaciones debido a las temporadas de altas ventas.

De acuerdo al informe de revisión de solicitud de exención, en el que consta que de las 80 personas vinculadas, 36 de ellas residían en Itagüí, incumpliendo con el 50% requerido para la exención, debido a que no puede tenerse en cuenta las 17 personas que ya estaban trabajando para la sociedad en la fecha de establecerse en el municipio, y en relación con las 5 que no tienen dirección en ese municipio, la parte demandante no logró



demostrar su domicilio, por lo que se presume la legalidad del acto administrativo.

Finalmente, el *a quo* advierte que no se cumplió con la totalidad de los requisitos formales, aspecto que no fue discutido en vía gubernativa. Sin embargo, dijo que le compete al juez natural resolver cualquier medio exceptivo que pueda enervar las pretensiones de la demanda, cuanto más si en el caso concreto, el asunto tiene que ver con las finanzas públicas.

Por esto, señaló que la falta de constancia de afiliación al sistema de seguridad social en salud, pensión y aportes parafiscales, las autoliquidaciones de aportes correspondientes, las declaraciones extra juicio de los trabajadores vinculados, donde conste la residencia permanente de éstos en el municipio, ratifican que no se cumplió con los requisitos exigidos para gozar de la exención.



RECURSO DE APELACIÓN

La sociedad demandante apeló la sentencia de primera instancia con el fin de que se revoque en lo desfavorable a Carrefour, como fundamentos del recurso sostiene:

1. Que el Tribunal desbordó sus facultades constitucionales consagradas en el artículo 230, al fallar sobrepasando la norma local, toda vez que consideró que el porcentaje de empleados a ser tenidos en cuenta para la aplicación de la exención, solamente comprendía las nuevas contrataciones, condición que no se encuentra en la disposición normativa.
2. Omitió pronunciarse sobre la residencia de 5 empleados vinculados a Carrefour, sobre quienes se ha demostrado que efectivamente residían de forma permanente en Itagüí, prueba que las autoridades tributarias nunca desvirtuaron, estando obligados a ello, sino que se limitaron a mencionar sin sustento probatorio alguno que dichos empleados no residían en Itagüí.
3. Transgredió el artículo 230 de la Constitución Política al inaplicar conscientemente el principio de congruencia contemplado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, al resolver sobre un hecho y la



consecuencia jurídica del mismo, que nunca fue discutido por las partes en vía gubernativa o en la jurisdiccional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

La parte demandante presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del trámite de primera instancia y en el recurso de apelación.

La entidad demandada allegó escrito de conclusión, reiterando los planteamientos hechos al contestar la demanda, y anotó que otro de los requisitos exigidos son el del literal e) del artículo 144 del Acuerdo 021 de 2004, declaración extrajuicio de los trabajadores vinculados, donde conste la residencia permanente de estos en el municipio de Itagüí, las cuales nunca se aportaron en la solicitud.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el trámite de segunda instancia.



CONSIDERACIONES

En los términos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala determinar si la sociedad demandante es beneficiaria de la exención por concepto del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros prevista en el artículo 144 del Acuerdo 013 de 2000, modificado por el artículo 1 del Acuerdo 021 de 2004 del Concejo Municipal de Itagüí.

Para el efecto, se debe analizar si la sociedad acreditó los requisitos necesarios para que proceda la exención del impuesto de industria y Comercio y su complementario de avisos y tableros, en el Municipio de Itagüí.

En relación con las excepciones propuestas por la parte demandada:

De Buena Fe, por cuanto los actos demandados fueron expedidos con pleno conocimiento y cumplimiento del artículo 144 del Acuerdo 13 de 2000, para la Sala estos argumentos constituyen verdaderos motivos de defensa de la parte demandada, que deberán ser resueltos en el fondo del asunto.



De caducidad de la acción, al respecto la Sala precisa que el término de caducidad de la acción se cuenta a partir del día siguiente en que se notificó el acto administrativo con el cual quedó agotada la vía gubernativa, para el presente caso, la Resolución No. 3651 de 27 de abril de 2007, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración fue notificada personalmente el 14 de mayo de 2007¹, y la demanda fue interpuesta dentro de los 4 meses siguientes, esto es el 14 de septiembre de 2007², lo que significa que lo fue dentro del término consagrado en el numeral 2 del artículo 136 ib, de manera que no operó la caducidad de la acción.

En consecuencia, no prosperan las excepciones propuestas.

Previó a entrar al fondo del asunto, la Sala se pronunciará respecto del argumento, según el cual, el *a quo* desconoció el principio de congruencia al resolver sobre un hecho y la consecuencia jurídica del mismo, que nunca fue discutido por las partes en vía gubernativa o en la jurisdiccional.

El principio de congruencia consagrado en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil establece que la sentencia sea consonante con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda, así como con las

¹ Folio 27 anverso.

² Folio 83



excepciones que aparezcan probadas y que se hubieren alegado, cuando la ley lo exige.

En el presente caso, la Sala observa que el *a quo* en la sentencia objeto de apelación, advirtió que si bien el aspecto de los requisitos formales no fue discutido en la vía gubernativa, podía resolverlo en esa oportunidad, y precisó que no todos los requisitos formales exigidos por el artículo 144 del Código de Rentas del Municipio de Itagüí fueron acreditados por la sociedad demandante.

Para la Sala, le asiste razón a la demandante respecto de la violación del principio de congruencia, por cuanto los actos administrativos demandados no cuestionaron el hecho de que la parte actora no allegó la constancia de afiliación al sistema de seguridad social en salud, pensión y aportes parafiscales, ni las autoliquidaciones de aportes correspondientes, y tampoco las declaraciones extra juicio de los trabajadores vinculados, por esto, no era procedente que el *a quo* se pronunciará sobre esos aspectos.

Además, ese pronunciamiento quebranta el derecho al debido proceso y de defensa de la parte demandante, por cuanto no tuvo la oportunidad de referirse a esos cuestionamientos.



Por lo anterior, la Sala circunscribirá el análisis a los requisitos que el Municipio en vía gubernativa echó de menos para obtener la exención, que fueron objeto de la demanda y respecto de los cuales el *a quo* se pronunció.

1. Marco normativo. Exención de tributos y requisitos

1.1. Los artículos 287 y 294 de la Constitución Política disponen que *las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud, tendrán, entre otros derechos, establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Además, son los competentes para crear exenciones y tratamientos preferenciales sobre los tributos locales.*

El artículo 38 de la Ley 14 de 1983 establece que *“los municipios sólo podrán otorgar exenciones de impuestos municipales por plazo limitado. ...”*.

1.2. El Código de Rentas del Municipio de Itagüí (*Acuerdo 013 de 11 de diciembre de 2000*), prevé en los artículos 8 y 9, que únicamente el municipio como entidad territorial puede conceder exenciones y/o tratamientos preferenciales, y el concejo municipal solo podrá otorgar exenciones por plazo limitado, de conformidad con los planes de desarrollo del municipio.



1.3. Con fundamento en las anteriores disposiciones, el Concejo Municipal de Itagüí, a través del artículo 1 del Acuerdo 021 de 30 de diciembre de 2004, modificó el artículo 4 del Acuerdo No. 009 de 2003, que, a su vez, modificó el artículo 144 del Acuerdo 013 de 2000, estableció una exención del impuesto de industria y comercio y su complementarios de avisos y tableros así:

ARTÍCULO 144. – EXENCIONES

Se exonera del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros, a las empresas que se establezcan en el Municipio de Itagüí a partir de la vigencia del presente acuerdo, es decir, aquellas que realicen por primera vez actividades industriales, comerciales o de servicios que den origen a la obligación tributaria

La exención operará según la proporción establecida en el inciso siguiente, por el término de cinco (5) años, contados a partir del periodo gravable siguiente a la fecha de establecimiento o constitución de la empresa en el Municipio, o a la fecha de presentación de la solicitud de exención.

Las empresas que en virtud del presente acuerdo se establezcan o constituyan en el Municipio de Itagüí, tendrán seis (6) meses contados a partir del período gravable siguiente a la fecha de establecimiento o constitución de la empresa en el Municipio, o a la fecha de presentación de la solicitud de la exención.



Las empresa que en virtud del presente acuerdo se establezcan o constituyan en el Municipio de Itagüí, tendrán seis (6) meses contados a partir del momento en que sean sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio, para solicitar la exención y acreditar los requisitos.

Exención del 100% durante los primeros dos (2) años

Exención del 50% durante los tres (3) años siguientes

Para gozar de la exención, se debe acreditar ante la Secretaría de Hacienda, el cumplimiento de la totalidad de los siguientes requisitos:

- a. Solicitud escrita
- b. Certificado expedido por la Cámara de Comercio, donde conste la constitución de la empresa en el Municipio de Itagüí
- c. Fotocopia del formulario de matrícula, como sujeto pasivo del Impuesto de Industria y Comercio en el Municipio de Itagüí.
- d. demostrar que como mínimo el cincuenta por ciento (50%) del personal vinculado a la empresa sean residentes permanentes en el Municipio de Itagüí, lo cual se acreditará con la constancia de afiliación al sistema de seguridad social en salud, pensión y aportes parafiscales, y con las autoliquidaciones de aportes correspondientes, o a las que la administración tributaria municipal considere necesarias.
- e. Declaraciones extrajuicio de los trabajadores vinculados, donde conste la residencia permanente de éstos en el Municipio de Itagüí.

PARAGRAFO PRIMERO: No gozaran del beneficio de la exención, por no considerarse empresas nuevas, las ya radicadas en el Municipio de Itagüí que a partir de la promulgación del presente acuerdo, se disuelva o liquiden, y se constituyan nuevamente con un objeto igual o similar, donde los socios de la nueva empresa, sean en su mayoría los mismos



de la empresa disuelta o liquidada, y donde como mínimo el cincuenta por ciento (50%) de los trabajadores vinculados sean los mismos de la empresa disuelta o liquidada.

...”Subraya fuera de texto.

1.4. Con base en la citada disposición, la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A. Carrefour, presentó el 5 de junio de 2006, solicitud de exoneración del pago del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros³, adjuntando:

1. Certificado de existencia y representación legal de la sociedad.
2. Certificado de Cámara de Comercio de Aburra Sur del establecimiento de comercio Carrefour Itagüí original.
3. Fotocopia de la matrícula de actividades económicas No. 002439 en el municipio de Itagüí.
4. Relación del personal vinculado laboralmente con indicación de nombre, apellido, documento de identidad, dirección de residencia y municipio.
5. Fotocopia de los contratos de trabajo de los residentes en el municipio.
6. Fotocopia del último comprobante de liquidación nómina.
7. Fotocopia de la cédula de extranjería del representante legal.

³ Fls. 124-125 c.p.

1.5. La Secretaría de Hacienda Subsecretaria de Rentas del Municipio de Itagüí, a través de las Resoluciones Nos. 3256 de 30 de noviembre de 2006, y 3651 de 27 de abril de 2007, negó la exención tributaria solicitada por la sociedad⁴, por considerar que la actora no cumplía con los requisitos contemplados para la exención del impuesto de industria y comercio.

1.6. Con el fin de verificar si la demandante cumplió los requisitos establecidos en el artículo 144 del Acuerdo 013 de 2000, para gozar de la exención del impuesto de industria y comercio, del examen del expediente la Sala observa que el fundamento de la negativa, contenida en los actos es la siguiente:

“ ...

INFORME DE REVISIÓN DE SOLICITUD DE EXENCIÓN
CARREFOUR

... ”

Del total de 131 trabajadores relacionados en el formulario de matrícula de actividades comerciales (folio 4), para el contribuyente a relacionar en la Declaración de Industria y Comercio y Avisos año base 2005 – periodo gravable 2006: 174 trabajadores (folio 43) y en el informe de autoliquidación – riesgos profesionales de fecha 30 de Junio de 2006 presenta 79 trabajadores, por su parte y a posteriori, informa el

⁴ Fls. 208-212 y 170-176, c.p.



contribuyente, 80 empleados del Establecimiento Grandes Superficies S.A. Carrefour Itagüí (folio 44-50), de los cuales relaciona direcciones de 58 como residentes permanentes en Itagüí, de los cuales se encontró que 5 no tienen dirección de Itagüí, 17 presentan fotocopia de Contrato Inicial, verificándose que venían vinculados con GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. antes de iniciar actividades en Itagüí, y solo 36 son personas que viven en Itagüí.

Analizada en su conjunto la información precedente, así como la aportada por el contribuyente en el recurso presentado, se concluye, que 58 trabajadores venían vinculados con Grandes Superficies S.A – Carrefour antes del inicio de actividades reportado en Itagüí, (Diciembre 06 de 2005) y en ciudad diferente a Itagüí, lo que va en contravía del Acuerdo 013 de 2000, modificado por el Acuerdo 021 de 2004 y del espíritu de la norma de generación de empleo en el Municipio de Itagüí para la fecha de inicio de actividades y que le confiera el beneficio solicitado.

...

Además se verificó la existencia de personal vinculado por terceros al servicio de dicho Almacén, tales como, Control Total Ltda.: 16; Fuller Aseo y Mantenimiento: 10; Cruz Roja Colombiana: 06, aumentando el número de trabajadores vinculados en 32, al relacionado en la Declaración de Industria y Comercio y Avisos año base 2005- periodo gravable 2006 de 174 trabajadores, para un total de 206 trabajadores.

De conformidad con el estudio de conveniencia realizado por el Honorable Concejo Municipal y la exposición de motivos del señor Alcalde de Itagüí el contenido de la norma (Acuerdo 021 de 2004) es

claro en su espíritu, encontrando que el beneficio de exoneración de impuesto se concede una vez demostrado (por parte del contribuyente), que como mínimo el cincuenta por ciento (50%) del personal vinculado a la empresa a partir del inicio de actividades de Itagüí, sean residentes permanentes en este Municipio, lo que no se demostró en el caso propuesto, por lo que se ha de denegar el beneficio solicitado, toda vez que otra interpretación contraria el espíritu de generación de empleo.

...”⁵

1.7. La Sala advierte que el fin del beneficio de exoneración del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros en el municipio de Itagüí, por el término de cinco (5) años, es: 1). El **establecimiento o constitución de empresa en el municipio** (empresa nueva), que realice por primera vez actividades industriales, comerciales o de servicios, que den origen a la obligación tributaria, con el fin de fomentar la inversión en actividades empresariales y crezca la economía local; 2) Incentivar la generación de empleo, al solicitar que el 50% del personal vinculado a la empresa sean **residentes permanentes** en el municipio de Itagüí, lo cual se debe acreditar con constancias de afiliación al sistema de seguridad social en salud, pensión, y aportes parafiscales, y con las autoliquidaciones de aportes correspondientes, o las que el ente territorial considere necesario.

En el caso que nos ocupa según el formulario de matrícula de actividades económicas No. 002439, el establecimiento Carrefour Itagüí inició actividades

⁵ Fls. 24-26 c.p.



el 6 de diciembre de 2005⁶. De manera que se cumple con el presupuesto de constituirse una empresa en el municipio a partir de la vigencia del acuerdo, que lo fue el 30 de diciembre de 2004.

1.8. Para gozar del mencionado beneficio, la sociedad debe, entre otros requisitos, demostrar que como mínimo el 50% del personal vinculado a la empresa sean residentes permanentes en el Municipio de Itagüí, la Secretaría de Hacienda considera que no se cumple dicho requisito, en síntesis por:

1.8.1 Inconsistencias en el reporte de número de personas vinculadas

En el formulario de matrícula de actividades económicas (131); en la declaración del impuesto de industria y comercio del año base 2005 – período gravable 2006 (174); informe de autoliquidación – riesgos profesionales de 30 de junio de 2006 (79); y en la solicitud del beneficio (80).

Al respecto, la Sala advierte que de acuerdo a la modalidad contractual empleada por los almacenes de cadena, para vincular a sus trabajadores estos varían según la temporada, si es alta o baja, de manera que no puede exigirse un número constante de vinculados, por lo que le asiste razón al *a quo* cuando precisa que si lo que pretendía el ente territorial era realizar un

⁶ Fl. 122 c.p.



cotejo para determinar el cumplimiento de la exigencia normativa, debió contrastar la información con un corte de fecha común.

Para efectos de establecer cuál relación de personal vinculado a la empresa se debe acreditar, la norma consagra que “... *la exención operará según la proporción establecida en el inciso siguiente por el término de cinco (5) años, contados a partir del periodo gravable⁷ siguiente a la fecha de establecimiento o constitución de la empresa en el Municipio, o la fecha de **presentación de la solicitud de exención***” más adelante indica que “... *Las empresas, que en virtud del presente acuerdo se establezcan o constituyan en el Municipio de Itagüí, tendrán seis (6) meses contados a partir del momento en que sean sujetos pasivos del impuesto de industria y comercio para solicitar la exención y acreditar los requisitos ...*”. De manera que la exención opera para el periodo gravable siguiente a la fecha de constitución de la sociedad, o la fecha de presentación de la solicitud, y tienen 6 meses para solicitar la exención y acreditar los requisitos.

Como quiera que la sociedad se constituyó el 6 de diciembre de 2005, y presentó la solicitud el 5 de junio de 2006, debe acreditarse el personal vinculado a la empresa en la fecha de presentación de la solicitud de la exención, es decir, la relación visible a folios 163 a 164, del expediente, de

⁷ El artículo 125 del Código de Rentas Municipales de Itagüí establece: PERIODO GRAVABLE: Se entiende por periodo gravable el mismo año calendario que comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre.



80 personas, de manera que le correspondía demostrar que de éstos el 50% tenían residencia permanente en el municipio de Itagüí.

1.8.2. Personal laborando en la empresa pero se encuentran vinculados a otra sociedad.

La Administración municipal sostiene que una vez verificada la existencia del personal que presta los servicios en la tienda Carrefour Itagüí, pudo constatar que 32 personas no eran empleados directos de la sociedad actora, sino vinculados por terceros como, Control Total Ltda.: (16); Fuller Aseo y Mantenimiento: (10); Cruz Roja Colombiana: (06), por eso fueron excluidos de la relación presentada con la solicitud de exención del impuesto.

La norma exige que el personal sea vinculado a la empresa, condición que no se puede predicar de esas 32 personas, porque si bien trabajaban en el establecimiento de comercio están contratadas por un tercero, quien asume las obligaciones de orden laboral.

El hecho que la empresa para ciertas actividades decida contratar a un tercero o la llamada “tercerización”, mediante la cual se recurre a una sociedad para operar una función, en la que ésta asume los servicios



prestados, por su cuenta y riesgo y adelanta las actividades en las instalaciones de la sociedad contratante, con sus propios empleados, no implica que deban relacionarse como vinculados de la empresa demandante, por cuanto de ahí no surge una relación laboral.

1.8.3. Personal vinculado con Grandes Superficies de Colombia S.A., antes de iniciar actividades en Itagüí

El Informe de revisión de la solicitud de exención a Carrefour, fundamento de los actos acusados indicó que:

“De los 58 empleados relacionados con dirección de Itagüí, se encontró que

5 no tienen dirección de Itagüí

17 presentan fotocopia de Contrato Inicial verificándose que venían vinculados con GRANDES SUPERFICIES DE COLOMBIA S.A. antes de iniciar actividades en Itagüí.

36 Es personal que viven en Itagüí

...” Subraya fuera de texto



La demandada alega, que la norma exige que el personal al iniciar las actividades en el Municipio de Itagüí sea nuevo y resida en esa jurisdicción, requisitos que no cumplió la sociedad, ya que las personas que se relacionaron por la parte actora como residentes en el Municipio de Itagüí, a partir del 6 de diciembre de 2005, fecha en que comenzó a operar la tienda Carrefour Itagüí, ya estaban vinculadas o eran trabajadores de la compañía con anterioridad a la citada fecha y prestaban sus servicios en las diferentes tiendas que la empresa tenía en otros municipios.

Al respecto, la Sala precisa que la exención busca que se establezcan nuevas empresas en el Municipio de Itagüí que realicen actividades industriales, comerciales o de servicios, a fin de estimular la creación de nuevos empleos.

La empresa como actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios, a través de uno o más establecimientos de comercio⁸, implica la intervención de capital y trabajo, lo que conduce a la formalización y generación de empleo.

⁸ Artículo 25 del Código de Comercio



Por esto, el correcto entendimiento del artículo 144 del Código de Rentas del Municipio de Itagüí, es que el personal vinculado a la empresa debe ser “nuevo”, porque sería inane que se establezca la empresa y no se estimulen nuevas fuentes de trabajo, que permitan dinamizar el desarrollo económico de un sector o región.

Se debe precisar que en los actos acusados se citaron los motivos que tuvo el Concejo para decretar la excepción “... *la iniciativa busca mantener el estímulo tributario para que los empresarios inicien sus negocios en esta ciudad y además brinden oportunidades de empleo a los habitantes de Itagüí. Por consiguiente es una medida para crecer nuestra economía local y atacar el desempleo acorde con los postulados de la administración consignados en el Plan de Desarrollo*”, razones que no controvertió el demandante.

En el presente caso se observa que 17 personas ya estaban contratadas con Grandes Superficies de Colombia S.A., y según la demandante *si estaban vinculados anteriormente y por política de la empresa se decidió trasladarlos a los empleados que residían en Itagüí para trabajar en el nuevo establecimiento*⁹.

⁹ Fl. 77. c.p.



Lo anterior denota que las mencionadas personas (17) no fueron contratadas directamente en el nuevo establecimiento que inició actividades el 6 de diciembre de 2005, sino que se produjo un traslado, lo cual no repercute en el propósito de la exención, no contribuiría a la generación de nuevas fuentes de trabajo en el municipio. En consecuencia, no debe tenerse en cuenta ese personal para efectos del cumplimiento de los requisitos que exigen la norma local.

1.8.4. Cinco (5) empleados no tienen dirección en Itagüí

Los actos demandados relacionan el informe de revisión de solicitud de exención de la empresa Carrefour de 27 de noviembre de 2006, en el que encontró que de los 58 empleados relacionados con dirección de residencia en Itagüí, 5 no tienen dirección en esa jurisdicción.

La sociedad demandante alega que la información reportada en la solicitud corresponde a la que tiene la empresa de sus empleados y que corresponde a los datos que los trabajadores entregan al momento de la vinculación, además, dentro del proceso de contratación se adelanta una etapa de seguridad, en la que verifican que efectivamente la información reportada por los empleados corresponda a la realidad, la que se surtió con los empleados, y fue reportada en la planilla de solicitud.



El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que *“incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*, en este caso la sociedad demandante era quien tenía la carga de probar si las cinco (5) personas residían en el municipio de Itagüí, allegando las pruebas que acreditan su domicilio, o los informes de seguridad que adelantó en el proceso de contratación.

La sola solicitud de exención junto con la relación de personal vinculado a la empresa, no releva a la sociedad de demostrar los requisitos exigidos en los actos acusados, cuando la Administración los verifica y encuentra inconsistencias.

Dado que no obra prueba aportada en vía gubernativa ni judicial en relación con la residencia permanente en el municipio de Itagüí, de las cinco (5) personas, no pueden tenerse en cuenta.

Por lo expuesto, la Sala concluye que solo se logró probar que 36 personas residen en Itagüí, incumpliendo con el 50% requerido por el artículo 144 del Código de Rentas del Municipio de Itagüí, para hacerse beneficiaria de la exención del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros. En consecuencia, se confirmara la sentencia apelada, en cuanto negó las súplicas de la demanda.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1.- Se CONFIRMA la sentencia apelada.

2.- No prospera la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada.

3.- RECONÓCESE personería para actuar a los abogados LORENA MEJIA HENAO, como apoderada judicial del Municipio de Itagüí y MARGARITA DIANA SALAS SANCHEZ, como apoderada de la sociedad CENCOSUD COLOMBIA S.A. (antes Grandes Superficies de Colombia S.A.), en los términos de los poderes conferidos, que obran a folios 348 y 364-366 del expediente.



4.- DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente de la Sección

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS



CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ