



6.2. Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial

Señores
OFICINA DE IMPUESTOS
Secretaría de Hacienda
Alcaldía del Municipio de La Ceja del Tambo – Antioquia
impuestos@laceja-antioquia.gov.co



Radicado: 2-2021-004232

Bogotá D.C., 1 de febrero de 2021 09:29

Radicado entrada 1-2020-117280
No. Expediente 35642/2020/RPQRSD

Tema: Procedimiento tributario
Subtema: Devolución impuesto retenido

Respetados señores:

Recibimos su comunicación radicada en el buzón de atención al cliente de este Ministerio con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre la procedencia de devolución de valores retenidos a título del impuesto de Industria y Comercio a empresa que manifiesta no ejercer actividades gravadas en el municipio.

En atención a lo anterior, de acuerdo a las competencias de la Dirección General de Apoyo Fiscal, nos abstenemos de dar una respuesta en concreto toda vez que corresponde a la administración municipal, en desarrollo de su autonomía la verificación de la ocurrencia de hechos generadores y el análisis de los casos particulares a la luz de su normativa. No obstante, ofrecemos elementos de análisis en el ámbito de nuestra competencia y en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir de manera general y abstracta, por lo que no tiene carácter obligatorio ni vinculante, y no compromete la responsabilidad del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En virtud del artículo 287 de la Constitución Política, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y, dentro de los límites de la Constitución y la ley, tienen los derechos a ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; en consecuencia, como sujetos activos adoptan el impuesto y establecen una variedad de deberes formales, a contribuyentes y no contribuyentes, con el propósito de facilitar el control del tributo, determinar la obligación tributaria y hacer más efectivo el recaudo de los mismos, como es el caso de la retención en la fuente.

Debe tenerse en cuenta que la retención no es un impuesto, sino un mecanismo de recaudo anticipado del tributo y consiste en restarle al valor del pago o abono en cuenta, el porcentaje o tarifa establecida en el ordenamiento. En ese orden de ideas, habrá lugar a practicar retenciones cuando la entidad territorial adopta y reglamenta el sistema y en los casos en que los pagos se originen en operaciones constitutivas de hechos generadores de la obligación tributaria por parte de un sujeto pasivo, pues en nada modifica o altera los elementos sustantivos del tributo. Adicionalmente, por tratarse de un sistema de recaudo, su reglamentación está a cargo del gobierno municipal quien deberá definir claramente como mínimo los siguientes aspectos:

1. quiénes son agentes retenedores
2. operaciones sujetas a retención en la fuente
3. operaciones no sujetas a retención en la fuente
4. causación de las retenciones
5. tarifa de retención
6. Montos mínimos para aplicar o no la retención
7. formularios y plazos para declarar y pagar

En este orden de ideas, las reglas que rigen el sistema de retención en la fuente de un tributo municipal como es el impuesto de Industria y Comercio, se encuentran establecidas en los acuerdos municipales que implementaron el sistema, razón por la cual los municipios titulares del recaudo del impuesto retenido son los encargados de informar los procedimientos que se deriven de las retenciones.

Ahora bien, en materia de devoluciones tributarias, las entidades territoriales deben aplicar el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario Nacional, en virtud del artículo 59 de la Ley 788 de 2002. El procedimiento de devoluciones se encuentra regulado en el Estatuto Tributario Nacional en el Título X del Libro Quinto, en los artículos 850 y siguientes, de cuya lectura se desprende que es viable efectuar devolución de i) saldos a favor y ii) pagos en exceso o de lo no debido, previa solicitud del contribuyente.

En relación con la devolución de valores retenidos en exceso o indebidamente, consideramos que puede acudir, a modo de orientación, a las normas generales que regulan el sistema en los impuestos nacionales y a la jurisprudencia sobre el tema.

La retención en la fuente, como mecanismo de recaudo anticipado del tributo, impone al agente retenedor designado en la norma municipal, la obligación de retener de los pagos o abonos en cuenta el porcentaje correspondiente al impuesto de industria y comercio que se genera en una operación gravada, cuyo beneficiario del pago es sujeto pasivo del tributo. Ahora bien, los agentes retenedores designados por la norma tributaria territorial deben cumplir con las obligaciones que allí se establecen, como por ejemplo, la presentación de declaración de retención en la fuente y el pago y consignación de dichos dineros a favor de la entidad titular del impuesto.

Si bien corresponde al agente retenedor verificar la información de la operación y la norma local para establecer si opera o no la retención, el sujeto de la retención está en la obligación de

informar sobre su calidad de no contribuyente u obligado para que no se practique, pues el pagador no tiene facultades de fiscalización y control. Una vez retenido, bajo el principio de que la operación es gravada y opera la retención, el agente debe declararla y consignarla conforme la regla establecida por la entidad territorial y habrá lugar a la devolución siempre que se siga el procedimiento reglado, esto es, previa solicitud del contribuyente dentro del término previsto en el artículo 2536 del Código Civil¹.

Si con posterioridad a la consignación de las retenciones, el sujeto de retención solicita la devolución, tal trámite deberá efectuarlo ante el municipio sujeto activo del impuesto. Al respecto el Consejo de Estado² ha señalado lo siguiente:

“En consecuencia, la actora tiene derecho a la devolución del ICA pagado y las retenciones que le practicaron los agentes retenedores por las actividades a que se refiere la sentencia de 6 de diciembre de 2006³, pues ambos resultan indebidos.

Es de anotar que tanto el impuesto como las retenciones deben ser devueltos por el demandado. En relación con las retenciones, la Sala precisó que la devolución corresponde al demandado, pues para la fecha de la solicitud de devolución de estas ya deben estar en poder del sujeto activo del impuesto.

Al respecto, en sentencia de 25 de febrero de 2016, la Sala sostuvo lo siguiente:⁴

“La retención en la fuente se practica por los “agentes de retención” quienes al detraer una suma determinada en la ley o en el reglamento, actúan a nombre del Estado como recaudadores iniciales respecto a los ingresos sometidos al impuesto. El artículo 375 del Estatuto Tributario señala que “Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción”.

La obligación de retener implica una delegación o autorización de atribuciones públicas relacionadas con el recaudo del tributo y, por ende, trae aparejadas una serie de cargas y

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, en Sentencia del 31 de julio de 2009, Expediente 16577:

“(…). En consecuencia, la Sala rectifica su posición, plasmada en varias sentencias proferidas en asuntos similares al que ahora se discute, y precisa que al igual que en los demás tributos en los que deban aplicarse las normas del Estatuto Tributario sobre devoluciones y compensaciones, el término para pedir la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido por concepto del impuesto de registro, es el fijado en los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997 <El Decreto 1000 de 1997 fue derogado por el Decreto 2277 de 2012 del orden nacional>, reglamentario del trámite de devoluciones y compensaciones del Estatuto Tributario, esto es, el de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil.(…)”

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, fallo del 3 de agosto de 2016, radicación 20662. C. P. Martha Teresa Briceño de Valencia

³ Exp 15291, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

⁴ Sentencia de 25 de febrero de 2016, exp. 21115, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

facultades previstas en la ley, como retener, **consignar**, contabilizar, declarar, informar y certificar⁵.

De acuerdo con el artículo 376 del Estatuto Tributario, la obligación de consignar significa que el agente retenedor debe entregar al Estado los dineros retenidos dentro de los plazos y lugares que fije el Gobierno Nacional⁶. De acuerdo con el artículo 382 del Estatuto Tributario Nacional, los agentes de retención deben presentar mensualmente las declaraciones de retenciones y para los periodos gravables en discusión, debían presentarse con pago, pues, de lo contrario, se tendrían por no presentadas (artículo 580 del E.T.N)⁷.

Lo anterior significa que para la fecha de las solicitudes de devolución (13 de mayo de 2009 por los periodos 2006 a 2008-parcial y 18 de septiembre de 2009 por los años 2008 y 2009 –julio), ya EMCALI, como agente de retención, debió consignar al municipio de Santiago de Cali el valor de las retenciones que le practicó a la actora por los periodos 2006 a 2009. Por lo mismo, era este municipio el obligado a devolver a la demandante los valores retenidos, pues los tenía en su poder.

[...]

Como se precisó, las retenciones practicadas a la actora por la estampilla pro cultura y la tasa pro deporte eran indebidas y debían ser devueltas a esta por el Municipio, pues las solicitudes de devolución fueron oportunas y las sumas retenidas ya debían estar consignadas al demandado, por lo cual ya estaban en su poder”.

Por lo anterior, el procedimiento para la devolución de pagos de lo no debido es aplicable una vez la administración tributaria territorial verifique la existencia del mismo, quien deberá evidenciar y motivar las circunstancias que originaron dicho pago, el concepto, el titular del mismo, entre otras condiciones que se estimen pertinentes para analizar su procedencia según el caso particular y concreto, lo cual deberá estar debidamente documentado, y solicitado dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva.

Cordialmente,

LUIS FERNANDO VILLOTA QUIÑONES

Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial
Dirección General de Apoyo Fiscal

ELABORÓ: Claudia H Ojalora C

⁵ Artículos 375 y ss. del Estatuto Tributario

⁶ Estatuto Tributario Nacional. Artículo 376. Consignar lo retenido. Las personas o entidades obligadas a hacer la retención, deberán consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional.

⁷ El artículo 15 de la Ley 1430 de 2010 adicionó al E.T el artículo 580-1 del E.T, conforme con el cual las declaraciones de retenciones sin pago total no producen efectos, sin necesidad de acto que así lo declare.