



La equidad  
es de todos

Prosperidad  
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-025099

Fecha: 26/09/2019

## MEMORANDO

Bogotá D.C., 26 de septiembre de 2019

Para:

**John Freddy Cangrejo Bermudez**

Subdirector Técnico

Subdirección Financiera

De: **Oficina Asesora Jurídica**

Asunto: Concepto jurídico M-2019-2300-022563 tratamiento tributario sumas retenidas impuesto de industria y comercio.

En atención a la solicitud realizada mediante memorando M-2019-2300-022563 de fecha 05 de septiembre de 2019 por medio de la cual la Subdirección Financiera solicita a esta oficina emitir concepto jurídico respecto del tratamiento tributario de las sumas retenidas por concepto del impuesto de industria y comercio, dado que no ha sido posible para el área financiera efectuar la declaración y pago, a pesar de los varios requerimientos de información sin que estos obtengan una efectiva respuesta, de manera atenta se emite el respectivo concepto en los siguientes términos:

### I. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Cuáles alternativas jurídicas tiene Prosperidad Social que, en su calidad de agente de retención del impuesto de industria y comercio, no ha podido efectuar la correspondiente declaración y pago debido a la falta de respuesta a los requerimientos de información efectuados a las alcaldías municipales a cargo del tributo?

### II. ANTECEDENTES.

La Subdirección Financiera con ocasión a los valores retenidos por concepto del impuesto de industria y comercio, manifiesta que no ha sido posible efectuar la correspondiente declaración y pago a dos municipios del departamento de Nariño (Gualmatán y Córdoba), a pesar de las solicitudes realizadas a las alcaldías municipales efectuadas por correo electrónico, telefónicamente y, en última instancia, derechos de petición que no obtuvieron respuesta de la información solicitada.

### III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA.

#### 1. Del impuesto de industria y comercio.

En términos generales existen en el país tres clases de impuestos, los del orden nacional que son recaudados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN y los del orden departamental y municipal que se recaudan a través de las gobernaciones y alcaldías por intermedio de sus Secretarías de Hacienda.

El poder tributario territorial tiene una doble titularidad: una en cabeza de la Nación, que es ejercida por medio del Congreso de la República, amparada por el principio de "Reserva de la Ley" y la otra en cabeza de las entidades territoriales la cual es ejercida por medio de las Asambleas Departamentales y Concejos Municipales, con fundamento en el principio de "Autonomía Territorial" precisando que el artículo 287 superior, confiere potestades a los entes territoriales, siempre y cuando estén subordinados a la ley.

El Impuesto de Industria y Comercio es entendido como el gravamen a la realización directa e indirecta de actividades industriales, comerciales o de servicios; pertenece a la jurisdicción municipal y se encuentra regulado por la Ley 14



La equidad  
es de todos

Prosperidad  
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-025099

Fecha: 26/09/2019

de 1983, norma que fue compilada en el Decreto Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal) y, este último, modificado por la Ley 1819 de 2016, que consagra el aspecto material y cuantitativo del tributo.

En este punto se citan las bases generales de regulación del gravamen municipal de industria y comercio, referidos en el capítulo II, artículos 32 a 40 de la Ley 14 del 6 de julio de 1983 que son los siguientes<sup>1</sup>:

- a. El **hecho generador** en el aspecto material consiste en la materialización o ejecución de las actividades industriales, comerciales y servicios por parte de los contribuyentes.
- b. La **base gravable** constituida por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios percibidos en el respectivo año gravable, en términos contables, la base gravable está integrada por los ingresos brutos recibidos en el periodo gravable inmediatamente anterior.
- c. La **tarifa aplicable** a los ingresos brutos es determinada por los municipios, para lo cual deberá tener en cuenta los parámetros establecidos en el reglamento.
- d. Frente al **aspecto temporal** cabe anotar que es un impuesto de periodo, a pesar de que se entiende causado en el momento en el que se ejecuta alguna de las actividades gravadas, solo se consolida la obligación tributaria al final de respectivo periodo. La exigibilidad de la obligación tributaria, generalmente para todos los municipios, es anual; no obstante, en algunos casos como Bogotá es bimensual, por lo tanto, se trata de un impuesto cuya obligación corresponde a los ingresos netos obtenidos por el contribuyente durante la vigencia inmediatamente anterior y lo determinado por el ente territorial.
- e. Por último, la existencia de **los sujetos partícipes de la relación jurídica** tributaria propia o elemento subjetivo del impuesto, corresponde a los municipios la posición activa del gravamen, es decir, los entes territoriales tienen la facultad de exigir a los contribuyentes el cumplimiento de la obligación tributaria, como consecuencia del desarrollo de las actividades gravadas dentro de su jurisdicción municipal.

Las singularidades del Impuesto de Industria y Comercio son dadas por el concejo municipal y es adoptado mediante un acuerdo municipal, este documento contiene los parámetros del tributo, (tarifas, hecho generador, base gravable, formas de presentación y canales de acceso para el cumplimiento de las obligaciones fiscales), en él radica el carácter autónomo de su gestión y administración. Cada municipio ha generado sistemas de recaudo diferentes y la operatividad del tributo ha presentado dificultades en su proceso de recaudo y fiscalización, posiblemente por la carencia de herramientas tecnológicas que optimicen el proceso y, como consecuencia, tienen bajos niveles de recaudo. Como una solución a esta situación, el Gobierno Nacional expidió la Ley 1819 de 2016, en concreto el artículo 344 que establece que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ordenará la implementación del formulario único para la declaración del Impuesto de Industria y Comercio, el cual inicia su aplicación a partir del año 2020, con el fin de superar las limitaciones presentadas.

Es así que, el Decreto Único Reglamentario 1625 del 2016, del Sector de Hacienda y Crédito Público, señala lo siguiente, en relación con el impuesto de industria y comercio:

*ART. 2.1.1.8.—Derechos de los contribuyentes del impuesto de industria y comercio. Los sujetos del impuesto de industria y comercio tendrán los siguientes derechos:*

**1. Obtener de la administración todas las informaciones y aclaraciones relativas al cumplimiento de su obligación de pagar el impuesto de industria y comercio.**

*2. Impugnar por la vía gubernativa los actos de la administración, conforme a los procedimientos establecidos en las disposiciones legales vigentes.*

*3. Obtener los certificados de paz y salvo que requieran, previo al pago de los derechos correspondientes. (D. 3070/83, art. 8º)*

*ART. 2.1.1.9.—Intercambio de información. De conformidad con la Ley 1º de 1983, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de sus oficinas regionales, suministrará la información que sobre las declaraciones del contribuyente en materia de impuestos de venta y de renta soliciten los municipios a través de sus secretarios de hacienda o de quienes hagan sus veces. De igual manera los municipios suministrarán la información que requiera la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales sobre las declaraciones de industria y comercio. (D. 3070/83, art. 9º). (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

<sup>1</sup> Piza Rodríguez et al. (2015). La obligación tributaria y sus fundamentos constitucionales / editor Julio Roberto Piza Rodríguez; Gabriel Muñoz Martínez y otros. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia



La equidad  
es de todos

Prosperidad  
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-025099

Fecha: 26/09/2019

## 2. De la calidad de agente retenedor.

El artículo 368 del Estatuto Tributario señala quiénes actúan como agentes de retención, así:

*“Son agentes de retención o de percepción, las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.*

*PARAGRAFO 1. Parágrafo modificado por el artículo 122 de la Ley 223 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: Radica en el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, la competencia para autorizar o designar a las personas o entidades que deberán actuar como autorretenedores y suspender la autorización cuando a su juicio no se garantice el pago de los valores autorretenidos.*

*PARAGRAFO 2. Parágrafo adicionado por el artículo 122 de la Ley 223 de 1995: Además de los agentes de retención enumerados en este artículo, el Gobierno podrá designar como tales a quienes efectúen el pago o abono en cuenta a nombre o por cuenta de un tercero o en su calidad de financiadores de la respectiva operación, aunque no intervengan directamente en la transacción que da lugar al impuesto objeto de la retención.*

*PARÁGRAFO 3. Parágrafo adicionado por el artículo 65 de la Ley 1943 de 2018: Entiéndase también como agentes de retención las personas jurídicas y naturales exportadoras de servicios de entretenimiento para adulto a través del sistema webcam, que mediante contrato de mandato como hecho generador practiquen la retención en la fuente por servicios al mandante en el respectivo pago o abono en cuenta, de conformidad con el artículo 392. Estas empresas estarán organizadas en una Federación de Comercio Electrónico para Adultos para su control y el sector será reglamentado mediante ley.”*

Dado que el impuesto de industria y comercio es reglamentado por las entidades municipales, estos lineamientos se encuentran definidos en el Estatuto Tributario Municipal; en los casos en los que no se tiene regulación especial al respecto, éstos se rigen por las disposiciones generales del Estatuto Tributario.

Una prestación de servicios gravada con el impuesto de industria y comercio en el municipio constituye un presupuesto de hecho y da origen al aspecto material de la retención; el agente retenedor está obligado por ley a practicar dicha retención, teniendo en cuenta que las entidades territoriales adoptaron este mecanismo de recaudo a partir de lo establecido en la Ley 223 de 1995 artículo 179 con el propósito de conseguir anticipos en este impuesto.

Aun cuando el ámbito de la retención no distorsiona los elementos del tributo, sí constituye una obligación sustancial, en consecuencia, sin importar si se realizó o no, se ha perfeccionado el presupuesto de hecho de la retención y, por ende, el agente retenedor debe asumir el pago de manera solidaria con sus respectivas sanciones, tal como lo expone el artículo 370 del Estatuto Tributario, que dice:

*“Los agentes que no efectúen la retención son responsables con el contribuyente. No realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquel satisfaga la obligación. Las sanciones o multas impuestas al agente por el incumplimiento de sus deberes serán de su exclusiva responsabilidad.”*

En este orden de ideas hay que considerar que, para cumplir con el deber formal, es importante que se presente la declaración y pago; se resalta que el deber formal en algunos casos va acompañado de manera simultánea con el sustancial señalado en el artículo 580-1 del Estatuto Tributario que dispone: *“Ineficacia de las declaraciones de retención en la fuente sin pago total no producirán efecto legal alguno”*.

En sentido general, es de observar que los elementos sustanciales de la retención son: • El hecho generador: se debe verificar que realmente exista un presupuesto de hecho que dé nacimiento a la retención. • La existencia de un agente de retención del tributo. • La existencia de un retenido. • Que el concepto de la operación comercial esté sometido expresamente a retención, es decir, que dentro del sistema normativo territorial esté señalado como actividad gravada con el impuesto, es decir, que exista la sujeción. • Por último, la existencia de un pago o abono en cuenta sometido a retención.



### 3. De los estatutos tributarios municipales relacionados con la consulta.

El Municipio de Córdoba Nariño reguló lo relacionado con el impuesto de industria y comercio en el Acuerdo No. 22 del 09 de diciembre de 2008, contenido en el capítulo II (artículo 37 al 56). Esta norma cita las facultades para expedir la reglamentación, los sujetos pasivos, descripción del hecho generador y causación, identificación tributaria, actividades no sujetas, la actividad industrial, comercial y de servicios, periodo gravable, base gravable de las entidades industriales, causación del impuesto en las empresas de servicios públicos domiciliarios, base gravable, requisitos de exclusión de la base gravable, bases gravables especiales y tarifas del impuesto.

El Municipio de Gualmatán Nariño reguló lo relacionado con el impuesto de industria y comercio en el Acuerdo No.06 del 31 de agosto de 2018, en el título II (artículo 25 al 62). En esta disposición desarrolló el sujeto activo, el sujeto pasivo, hecho generador, base gravable, tarifa, las actividades industriales, comerciales y servicios, concurrencia de actividades, normas de especialidad de la territorialidad del ingreso, impuesto de industria y comercio, base gravable, ingresos operacionales del sector financiero, valores excluidos, actividades no sujetas, y bases gravables a ciertas actividades, entre otros.

El artículo 51 contiene el sistema de retención del impuesto de industria y comercio, señalando que debe practicarse sobre todos los pagos o abonos en cuenta, o lo que ocurra primero, para quien perciba los ingresos por actividades industriales, comerciales y/o de servicios sometidos al impuesto de industria y comercio; en el artículo 52 se encuentran las tarifas de la retención y el artículo 53 los agentes de retención: "Las entidades de derecho público, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios y uniones temporales, las comunidades organizadas, los patrimonios autónomos, las entidades sin ánimo de lucro, incluidas las sometidas a régimen de propiedad horizontal, los notarios, los curadores y las demás..."

De los dos estatutos se evidencia que no contemplan disposición alguna referida al reporte de información por parte de las Alcaldías a los sujetos pasivos del tributo para proceder con el pago.

### 4. Del pago por consignación.

Es una clase de pago en donde el deudor, debido a la negativa del acreedor para recibir lo debido, o su ausencia, inicia un proceso judicial para hacer entrega de la cosa debida. Esta se deposita en manos de un tercero designado por el juez y el pago vale como hecho directamente al acreedor.<sup>2</sup>

Se encuentra reglamentado debidamente en el Código Civil Colombiano en el Título XIV- Capítulo VII (artículos del 1656 hasta el 1665) y en el artículo 381 del Código General del Proceso, que la define:

*"...Artículo 1657. Definición de Pago por Consignación. La consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.*

*"...Artículo 1658. Requisitos del pago por consignación: la consignación debe ser precedida de oferta; y para que ésta sea válida, reunirá las circunstancias que requiere el artículo 1658 del Código Civil:*

- 1a.) *Que sea hecha por una persona capaz de pagar.*
- 2a.) *Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante.*
- 3a.) *Que si la obligación es a plazo, o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición.*
- 4a.) *Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido.*
- 5a.) *Que el deudor dirija al juez competente un memorial manifestando la oferta que ha hecho al acreedor, y expresando, además, lo que el mismo deudor debe, con inclusión de los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos; y si la oferta de consignación fuere de cosa, una descripción individual de la cosa ofrecida.*
- 6a.) *Que del memorial de oferta se confiera traslado al acreedor o a su representante".*

El Código General del Proceso en el artículo 381 del proceso de pago por consignación consagra lo siguiente:

*"En el proceso de pago por consignación se observarán las siguientes reglas:*

1. *La demanda de oferta de pago deberá cumplir tanto los requisitos exigidos por este código como los establecidos en el Código Civil.*

<sup>2</sup> Fuente pagina web: [http://hipertextoobligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=pago\\_por\\_consignacion](http://hipertextoobligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=pago_por_consignacion)



La equidad  
es de todos

Prosperidad  
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-025099

Fecha: 26/09/2019

2. Si el demandado no se opone, el demandante deberá depositar a órdenes del juzgado lo ofrecido, si fuere dinero, dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término del traslado. En los demás casos, se decretará el secuestro del bien ofrecido. Hecha la consignación o secuestrado el bien, se dictará sentencia que declare válido el pago.

Si vencido el plazo no se efectúa la consignación o en la diligencia de secuestro no se presentan los bienes, el juez negará las pretensiones de la demanda mediante sentencia que no admite apelación.

3. Si al contestar la demanda el demandado se opone a recibir el pago, el juez ordenará, por auto que no admite recurso, que el demandante haga la consignación en el término de cinco (5) días o decretará el secuestro del bien. Practicado este o efectuada aquella, el proceso seguirá su curso.

Si el demandante no hace la consignación, se procederá como dispone el inciso 2o del numeral anterior.

4. En la sentencia que declare válido el pago se ordenará: la cancelación de los gravámenes constituidos en garantía de la obligación, la restitución de los bienes dados en garantía, la entrega del depósito judicial al demandado y la entrega de los bienes a este por el secuestro.

PARÁGRAFO. El demandante podrá hacer uso de las facultades previstas en el artículo 1664 del Código Civil".

El anterior procedimiento judicial es viable para el pago de obligaciones tributarias de conformidad con el pronunciamiento del Consejo Superior de la Judicatura de fecha veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016), radicación No. 11001 01 02 000 2015 03977 00, aprobado según Acta N.º 71 de la fecha, Magistrada Ponente: Dra. Magda Victoria Acosta Walteros, que dirime un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria civil y la jurisdicción contencioso-administrativa, en el marco de un proceso de pago por consignación de unos impuestos de un vehículo, no prescritos.

##### 5. Del caso concreto.

En el caso sometido a consideración se tiene que Prosperidad Social, en su calidad de agente retenedor, no ha podido realizar la declaración y pago del impuesto de industria y comercio toda vez que los municipios a cargo del tributo no han dado respuesta a los requerimientos realizados.

Teniendo en cuenta lo anterior y lo referido a lo largo de este concepto, la alternativa jurídica que tiene Prosperidad Social para poder cumplir con el deber de declarar y pagar el impuesto de industria y comercio es adelantar el proceso judicial de pago por consignación, en el sentido que no se está determinando ni modificando el impuesto, ni discutiendo actos, omisiones y/u operaciones fiscales, sino llanamente se limita a efectuar el pago como una forma de extinguir la obligación tributaria, así como la suspensión de los intereses moratorios e impedir las posibles sanciones que puedan ocasionarse.

De conformidad con lo anterior, se procede a dar respuesta a las preguntas formuladas por la Subdirección Financiera, de la siguiente forma:

- a. *¿Procede hacer la devolución de los valores retenidos al contratista, teniendo en cuenta que los municipios no dieron respuesta a los derechos de petición?*

No es procedente que la Entidad realice la devolución de los valores retenidos al contratista teniendo en cuenta que al ser Prosperidad Social un agente retenedor está obligado por ley a practicar dicha retención y, en efecto, a realizar la correspondiente declaración y pago. (artículo 179 de Ley 223 de 1995 y artículo 370 del Estatuto Tributario)

- b. *¿Los valores se podrían consignar directamente en una cuenta del municipio, aunque no tengamos los formularios de la declaración de retenciones del Impuesto de Industria y Comercio?*

Para efectuar el correspondiente pago se requiere acotar el procedimiento reglado, específicamente, el diligenciamiento de la declaración y pago, de modo que el municipio tenga la forma de determinar a que corresponden los valores consignados. Por lo anterior, se recomienda adelantar el proceso de pago por consignación de conformidad con lo señalado en este concepto.



La equidad  
es de todos

Prosperidad  
Social



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado M-2019-1400-025099

Fecha: 26/09/2019

- c. *¿Los valores retenidos se pueden consignar en una cuenta diferente a las dispuestas para tal fin en los municipios?*

Al igual que en la respuesta dada en la pregunta anterior, al ser un procedimiento reglado, éste se encuentra sometido al cumplimiento de determinadas etapas y de efectuarse la consignación en otra cuenta se está sustrayendo del medio dispuesto para este trámite y, en efecto, podría configurarse una sanción, siendo únicamente viable acreditar válidamente el pago a través del procedimiento de pago por consignación ya referido anteriormente.

- d. *¿En estos casos se configura el silencio administrativo, como debe proceder la Entidad?*

Puesto que el objeto de la petición es de información, se configura lo señalado en el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011, sobre el silencio administrativo positivo por lo que, en caso de vencerse el plazo, la autoridad deberá entregar la información y copias que se soliciten dentro de los tres (3) días siguientes a la ocurrencia del silencio positivo.

#### IV. CONCLUSIONES

De conformidad con lo desarrollado a lo largo de este concepto, la respuesta al problema jurídico planteado referido a cuáles alternativas jurídicas tiene Prosperidad Social que, en su calidad de agente de retención del impuesto de industria y comercio, no ha podido efectuar la correspondiente declaración y pago debido a la falta de respuesta a los requerimientos efectuados a las alcaldías municipales a cargo del tributo, es acudir al procedimiento del pago por consignación de conformidad con el Código Civil y el Código General del Proceso.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace Conceptos Jurídica en la intranet.

Atentamente,

**LUCY EDREY ACEVEDO MENESES**  
Jefe de Oficina  
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: María Ximena Cubides Amaya  
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño  
Folios: 8  
Anexo: 0