

Señor Juez:

MONICA PATRICIA ELLES MORA**JUZGADO DECIMO CUARTO ADMINISTRATIVO CIRCUITO JUDICIAL DE****CARTAGENA****E.S.D.**

Ref.: EXPEDIENTE : 13-001-33-33-014-2018-00005-00
DEMANDANTE : ANA CATALINA NOGUERA TORO
NIT : 52.618.654
DEMANDADO : PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y
DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS
NACIONALES (DIAN)
ACCION : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACTUACION : CONTESTACION DE DEMANDA

IRMA LUZ MARIN CABARCAS, mayor de edad, vecina y residente en esta ciudad, identificada con C.C.22.792.888 de Cartagena, con Tarjeta Profesional No.132.956 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada especial de la entidad demandada, según poder conferido por el Doctor SAMUEL MACIA CARRASQUILLA, en su condición de Jefe de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena de la UAE. DIAN, por medio del presente escrito, y dentro de la oportunidad legal, acudo ante su despacho con el fin de CONTESTAR LA DEMANDA, interpuesta por la señora ANA CATALINA NOGUERA TORO a través de apoderado judicial, por el doctor ALBERTO JAVIER RODOLFO VELEZ BAENA.

EN RELACIÓN CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

El demandante solicita que se declare: *“La nulidad del acto administrativo denominado S.G. N° 000436 del 13 de enero del 2017, notificado el 14 de febrero del 2017, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación doctora ANA MARIA SILVA ESCOBAR, en 5 folios, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación negó a mi poderdante, el reconocimiento del Derecho Tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto, a partir del 14 de mayo del 2013 hasta el 31 de agosto del 2016 que estuvo en el cargo de Procuraduría Judicial II, acorde a la Honorable Corte Constitucional, reintegrándose en todo caso lo adeudado, debidamente indexado”.*

Del mismo modo solicita: *“Que se declare la Nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio No.0100-211 229-2804 y a su vez la nulidad del oficio No. 00E2016042430, ambos del 5 de diciembre de 2016, notificados el 20 de diciembre de 2016, suscritos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales “DIAN” mediante el cual se le dio respuesta al Derecho de Petición presentado el día 1 diciembre del 2016.*

También solicita que *“Como consecuencia de lo anterior se reintegren los valores retenidos en indebida forma a mi mandante, debidamente indexados, en aplicación del beneficio de exención tributaria consagrado en el artículo 206, numeral 7 de Estatuto Tributario, en idéntica forma como se aplicó para dicho periodo (8 de julio de 2004 hasta la actualidad) a los Magistrados de Tribunales y Consejos Seccionales, es decir, le sea considerado como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento de su salario, inaplicado entonces, el Decreto 610 de 1998 y la Ley 4 de 1992, normas que contemplan la creación de la Bonificación por gestión judicial y/o por bonificación por compensación y la prima especial de servicios salarial, asignaciones que la procuraduría general de la nación no consideró par tener en cuenta el 50% como gastos de representación como lo establece el artículo 206, numeral 7 del Estatuto Tributario”.*

Es preciso manifestar a su Despacho que me **opongo** a todas y cada una de las peticiones impetradas por el demandante por cuanto a la DIAN no le cabe responsabilidad alguna en las retenciones practicadas por la Procuraduría General de la Nación al Demandante, en consecuencia, solicito al Señor Juez conductor del proceso, desestimar las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

I. SOBRE LOS HECHOS DE LA DEMANDA

En relación con los Hechos de la Demanda, procedo a oponerme a los mismos en el mismo orden en que fueron propuestos por el demandante, así:

1 y 2. En cuanto a los hechos narrados en los numerales del 1 y 2 del libelo introductorio, no nos constan por cuanto la DIAN nunca ha tenido ningún vínculo legal, civil, reglamentario o de cualquier otra índole con el demandante.

3, 4 y 5. En cuanto a estos hechos se observa que son transcripciones de normas.

6, 7 y 8.- En cuanto a estos hechos. No nos costa pues es una reclamación presentada ante otro ente diferente a la DIAN.

9.- En cuanto a estos hechos, si es cierto y a través de oficio No.000E2016042430 del 5 de diciembre del 2016 la DIAN da respuesta a escrito presentado por la actora.

En dicha respuesta se le aclaró al demandante que la DIAN no tiene ninguna obligación legal de hacer ninguna devolución, dado que no fue la DIAN la que actúa como agente retenedor¹ sino la Procuraduría General de la Nación.

Con respecto a los hechos 11, 12,14 y 15.- Nos atenemos a lo demostrado dentro del proceso.

Ahora bien, se insiste que la DIAN no ha realizado retención en la fuente por ningún concepto a la parte demandante.

EXCEPCIONES DE FONDO:

- EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACION DE LA CAUSA POR PASIVA:

Como ha quedado demostrado la DIAN no fue parte dentro del proceso aludido, igualmente no ha tenido ningún vínculo legal, civil, reglamentario o de cualquier otra índole con el demandante.

Al demandante se le manifestó en el Oficio lo siguiente: *“que la Procuraduría General de la Nación es el agente retenedor encargado de hacer la retención en la*

^{1 1} **Artículo 368. Quiénes son agentes de retención.** 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, *las uniones temporales* 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. **(Texto en cursiva adicionado Ley 488/98, Art. 115)**

Parágrafo 1. 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. **(Parágrafo modificado Ley 223/95, art. 122)**

Parágrafo 2. 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 adicionado Ley 223/95, art. 122)**

fuente e título del impuesto de renta, por pagos laborales que haga a sus empleados conforme con lo establecido en el artículo 378 del Estatuto Tributario.

La negativa de esa entidad a hacer reintegro de valores por retenciones presuntamente practicadas en forma indebida o en exceso, no faculta ni traslada la competencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para reintegrar dichas sumas, ni puede actuar como ordenante a la Procuraduría para que proceda a la devolución.

Para dicho el procedimiento a seguir en estos casos, está establecido en el Artículo 6 del Decreto Reglamentario 1189 del 17 de junio de 1988.

En consecuencia, la devolución de sumas de dinero por retenciones practicadas en forma indebida o en exceso debe efectuarla la Procuraduría General de la Nación como entidad que ostenta la condición de agente retenedor, previa evaluación de la improcedencia de la retención."

Ahora bien, además de lo anterior, tal como se expuso por la Entidad a través de Oficio No. 000E2016042430 del 5 de diciembre del 2016, no es posible para la DIAN proceder a la devolución de las retenciones en la fuente practicadas por La Procuraduría General de la Nación, atendiendo las razones de derecho contenidas en los Decretos 1189 de 1988 y 380 de 1996, al igual que en los conceptos DIAN 039535 de Junio 16 de 1994 y 035149 del 13 de Abril de 1999, los cuales establecen el procedimiento a seguir en casos en que se den valores retenidos en exceso o en forma indebida, colocando en cabeza del agente retenedor la posibilidad de la devolución en tales eventos.

El mencionado ordenamiento establece que cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse **el agente retenedor** podrá reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.

Luego por disposición del mismo legislador, el reintegro de los valores retenidos en exceso o indebidamente, debe realizar en el caso de ser procedente por el AGENTE RETENEDOR, quien debe observar las disposiciones en cita y no la Administración como mal argumenta la parte demandante.

Por tanto, no le es dable al actor escoger a su arbitrio, la persona que va a demandar como tampoco escoger la que debe realizar la devolución de las sumas que alega, pues el legislador estableció un procedimiento para tal efecto el cual debe surtirse ante el agente retenedor y como lo determina la lógica jurídica, es claro que la demanda no debe dirigirse contra la DIAN.

Además de lo expuesto en el sentido que no le asiste obligación legal a mi representada de efectuar la devolución pretendida por el demandante, debe señalarse, que frente a los supuestos de hecho que sirven de fundamento a las pretensiones es fácil establecer que la controversia que se plantea en la demanda con relación a la DIAN no tiene su origen directa o indirectamente en un contrato de trabajo, por lo tanto muy respetuosamente, manifestamos que carece de competencia esta jurisdicción para emitir pronunciamiento alguno.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente a su Despacho Señor Juez, declararse inhibido para pronunciarse con respecto a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

RAZONES DE LA DEFENSA

Para defender la posición de la DIAN en la presente diligencia, solicito al señor Juez que tenga en cuenta las siguientes consideraciones:

Frente a los planteamientos presentados en la demanda hacemos referencia a la normatividad en torno a la Retención en la fuente, para lo cual iniciamos señalando lo dispuesto en el artículo 367 del Estatuto Tributario:

“Artículo 367. Finalidad de la retención en la fuente. La retención en la fuente tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.”

¿Cómo se efectúa la retención? Cuando es a título de impuesto sobre la renta y complementarios. *“El agente retenedor aplicará el valor de la base de retención señalada en la Ley, el porcentaje previamente establecido de acuerdo con la naturaleza del ingreso y lo restará del valor total del pago o abono en cuenta.”*

Ahora bien, el mismo ordenamiento jurídico dispone la facultad para establecerlas y quien puede cobrarlas así:

“Artículo 365. Facultad para establecerlas. El Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del impuesto sobre la renta y sus complementarios, y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y las tarifas del impuesto vigentes, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dichas tarifas, las cuales serán tenidas como buena cuenta o anticipo.”

“Artículo 368. Quiénes son agentes de retención. 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, las uniones temporales 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. **(Texto en cursiva adicionado Ley 488/98, Art. 115)**

Parágrafo 1. 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. **(Parágrafo modificado Ley 223/95, art. 122)**

Parágrafo 2. 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 adicionado Ley 223/95, art. 122)** “.

“Artículo 375. Efectuar la retención. 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. “.

Por su parte el artículo 370 del Estatuto Tributario señala las consecuencias que se derivan de la no realización de la retención en la fuente, así:

“Artículo 370. 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 aquél satisfaga la obligación. Las sanciones o multas impuestas al agente por el incumplimiento de sus deberes serán de su exclusiva responsabilidad.”.

Del mismo modo consideramos preciso señalar que el artículo 6 del E.T., nos enseña que el impuesto de los no declarantes es igual a las retenciones:

“Artículo 6. El impuesto de los no declarantes es igual a las retenciones. El impuesto de renta, patrimonio y ganancia ocasional, a cargo de los asalariados no obligados a presentar declaración de renta y complementarios, y el de los demás

contribuyentes no obligados a declarar, es el que resulte de sumar las retenciones en la fuente por todo concepto que deban aplicarse a los pagos o abonos en cuenta realizados al contribuyente durante el respectivo año gravable. (El texto resaltado en cursiva perdió vigencia a partir del año gravable de 1992, de conformidad con lo dispuesto por el D.E. 1321 de 1989)”

Acorde con las normas antes señaladas el Estado ha colocado en cabeza de los agentes de retención la responsabilidad de liquidar, descontar y consignar a favor del mismo la Retención en la Fuente, motivo por el cual es a ellos a quien se le debe endilgar la responsabilidad por la indebida retención realizada.

Ahora bien, el legislador previendo la posibilidad de la existencia de retenciones practicadas e indebidamente previó un procedimiento para su reintegro, y es así como consagró en el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988 siguiente:

“ARTICULO 6o. Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectiva reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y conservarlo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicita en el año fiscal siguiente a aquel en el cual se efectuó la retención, el solicitante deberá, además, manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente. “

Sobre este tema la DIAN como máxima autoridad en materia de interpretación y aplicación de las normas tributarias, ha establecido, a través de conceptos su posición en torno al tema, entre otros en el Concepto 039535 del 16 de junio de 1994, así:

“CONCEPTO 039535 DE 1994 JUNIO 16 

[Consultar Documento](#)

Jurídico

Problema
Jurídico

1. CUAL ES EL PROCEDIMIENTO CUANDO SE HAN EFECTUADO RETENCIONES EN EXCESO?

CUANDO SE HAN EFECTUADO RETENCIONES EN EXCESO, LAS NORMAS TRIBUTARIAS ESTABLECEN LA POSIBILIDAD DE QUE EL AGENTE RETENEDOR REINTEGRE EL VALOR RETENIDO EN EXCESO, DESCONTANDO DICHO VALOR DE LAS RETENCIONES POR DECLARAR Y CONSIGNAR, PREVIA SOLICITUD DEL AFECTADO.

Descriptor

DERECHO A REEMBOLSO DEL AGENTE RETENEDOR

Fuentes Formales

LEY 100 DE 1993 ART. 135 PAR.3

DECRETO 1189 DE 1988 ART. 6

Extracto

*En el evento que se hubieren efectuado retenciones en exceso de los legalmente establecidos, el artículo 6o. del Decreto 1189 de 1988 establece la posibilidad para que el agente retenedor reintegre el valor retenido en exceso, descontando dicho valor de las retenciones por declarar y consignar, previa solicitud del afectado. En efecto dice la citada norma: "Cuando se efectúen retenciones por **concepto** del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.*

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y consérvalo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquel en el cual se efectuó la retención, el solicitante deberá, manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente".

Lo anterior no quiere decir que las retenciones para pagos posteriores a la fecha en que se detectó el error se deban suspender, pues estos continuarán

aplicándose, pero en debida forma, de acuerdo a las normas vigentes al momento del pago, en razón a que este procedimiento es independiente al de las devoluciones.”

“CONCEPTO 035149 DE 1999 ABRIL 13 

Problema Jurídico	¿ COMO SE DEBE PROCEDER PARA EFECTUAR EL REINTEGRO DE LOS VALORES RETENIDOS INDEBIDAMENTE?
Tesis Jurídica	EL INTERESADO DEBE SOLICITAR AL AGENTE RETENEDOR EL REINTEGRO DE LAS SUMAS INDEBIDAMENTE RETENIDAS CUANDO NO HA HECHO USO DE ELLAS EN SU DECLARACION TRIBUTARIA, ACREDITANDO LAS PRUEBAS QUE SEAN DEL CASO, Y LOS VALORES ASÍ DEVUELTOS PODRAN DESCANTARSE DE LAS RETENCIONES A CARGO DEL AGENTE RETENEDOR EN EL PERIODO EN EL CUAL SE EFECTUE EL REINTEGRO.

Descriptor

DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR POR RETENCIONES PRACTICADAS EN EXCESO

Fuentes Formales

**DECRETO 1189 DE 1988 ART 6
ESTATUTO TRIBUTARIO ART 589**

Extracto

El Decreto 1189 de 1988 establece en el artículo 6º el procedimiento a seguir cuando se hubieren practicado retenciones en exceso o indebidamente, señalando que le corresponderá al agente retenedor hacer el reintegro de dichas sumas previa solicitud del interesado.

El agente retenedor descontará los valores reintegrados de la declaración de retención del periodo en el cual efectúe el reintegro y anulará los certificados de retención que sobre ellos hubiere expedido, conservando los documentos y pruebas que para el efecto haya presentado el interesado.

Si el reintegro se solicita en el año fiscal siguiente a aquél en el cual se practicó la retención, el solicitante deberá manifestar expresamente no haber hecho uso de la retención y comprometerse a no hacerlo en la declaración de renta correspondiente.

Es de precisarse que para que proceda el reembolso de los dineros indebidamente retenidos, o retenidos en exceso, es indispensable que el retenido no haya hecho uso de esos valores en su declaración.

Ahora bien, si el retenedor devolvió la retención efectuada en exceso o indebidamente, pero no descontó el valor reintegrado en la declaración de retención en la fuente correspondiente, podrá corregir la declaración del periodo en el cual efectuó el reintegro, con el fin de descontar dichos valores, aplicando el procedimiento señalado en el artículo 589 del Estatuto Tributario, es decir solicitando a la administración que expida la correspondiente liquidación oficial de corrección con base en el proyecto de corrección y las pruebas que soporten la disminución de las retenciones.”

“CONCEPTO 077324 DE 1998 OCTUBRE 1 

Tributario

Banco de Datos

[Consultar Documento Jurídico](#)

Retención en la fuente

<i>Problema Jurídico</i>	CUAL ES EL PROCEDIMIENTO PARA COMPENSAR O REINTEGRAR EL MAYOR VALOR DESCONTADO POR EL MECANISMO DE RETENCION EN LA FUENTE A UN ASALARIADO.
<i>Tesis Jurídica</i>	EL AGENTE RETENEDOR DEBERA REINTEGRAR LOS VALORES RETENIDOS EN EXCESO O INDEBIDAMENTE, PREVIA SOLICITUD ESCRITA DEL INTERESADO.

▼ **Descriptor**

DERECHO A REEMBOLSO DEL AGENTE RETENEDOR

▼ **Fuentes Formales**

DECRETO 1189 DE 1988 ART 6

▼ **Extracto**

En materia de retención en la fuente practicada en exceso o indebidamente, el artículo 6° del decreto 1189 de 1.988 dispone:

*" Cuando se efectúen retenciones por **concepto** del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.*

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y conservarlo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquél en el cual se efectúe la retención, el solicitante deberá, además, manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente".

La retención en la fuente de los asalariados, deberá practicarse siguiendo uno de los dos procedimientos señalados en los artículos 385 y 386 del Estatuto Tributario y los decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se indica la forma de determinar la base sujeta a retención; (sobre el tema le estamos remitiendo el concepto N° 23852 de marzo 14 de 1.996 aclarándole que los certificados sobre intereses y corrección monetaria y sobre pagos por salud y educación que sirven para disminuir la base de retención, deberán presentarse al agente retenedor a más tardar el 15 de abril de cada año).

No realizada la retención en forma correcta, la ley autoriza al agente retenedor para que efectúe el reintegro de las sumas retenidas en exceso o indebidamente, lo cual podrá hacer tomando de los valores retenidos por todo concepto que debe declarar y consignar, o de las retenciones a practicar en futuros períodos.

Las compensaciones con las retenciones a efectuar en el futuro al contribuyente afectado con la retención indebida, hasta agotar el valor a reintegrar, que propone en su consulta, no están previstas en la ley por lo cual creemos no puede aplicarlas el agente retenedor."

"CONCEPTO 076209 DE 1998 SEPTIEMBRE 28 📄

Tributario

Banco de Datos

[Consultar Documento](#)

[Jurídico](#)

Retención en la fuente

Problema

CUAL ES EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA OBTENER EL

<i>Jurídico</i>	REEMBOLSO DE LAS SUMAS RETENIDAS EN EXCESO?
<i>Tesis Jurídica</i>	EL REEMBOLSO DE SUMAS RETENIDAS EN EXCESO O EN FORMA INDEBIDA DEBE SOLICITARSE POR ESCRITO ANTE EL AGENTE RETENEDOR, ACOMPAÑADA DE LAS PRUEBAS QUE SEAN DEL CASO.

▼ *Descriptor*

**DERECHO A REEMBOLSO DEL AGENTE RETENEDOR
AGENTES DE RETENCION - OBLIGACIONES**

▼ *Fuentes Formales*

DECRETO 1189 DE 1988 ART 6

▼ *Extracto*

El artículo 6 del decreto 1189 de 1988 autoriza al agente retenedor para que reintegre los valores retenidos en exceso o en forma indebida cuando así lo solicite el afectado, quien deberá entregar el certificado que le hubiere sido expedido si es el caso.

Si la solicitud es presentada en el año gravable siguiente al cual se efectuó la retención, el retenido deberá abstenerse de hacer uso de esos valores retenidos en exceso o en forma indebida en su declaración o comprometerse a no hacerlo.

Por su parte el agente retenedor podrá descontar en su declaración de retención en la fuente los valores reintegrados en el período conservando las pruebas de ello, entre otros la solicitud escrita, las pruebas aportadas así como el certificado devuelto y anulado cuando fuere del caso."

**CONCEPTO 068073 DE 1998
AGOSTO 31**

Consultar Documento Jurídico

**Procedimiento
Tributario**

<i>Problema</i>	ES PROCEDENTE EL REINTEGRO DE SUMAS RETENIDAS A
-----------------	--

<i>Jurídico</i>	TÍTULO DE IMPUESTOS SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS A UN NO CONTRIBUYENTE DE ESTOS IMPUESTOS, DOS AÑOS DESPUÉS DE EFECTUADAS ?
<i>Tesis Jurídica</i>	LAS SUMAS RETENIDAS A TÍTULO DE IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y COMPLEMENTARIOS A UN NO CONTRIBUYENTE DEL IMPUESTOS SOBRE LA RENTA, ES SUSCEPTIBLE DE DEVOLUCIÓN AÚN PASADOS LOS DOS AÑOS DE EFECTUADA.

▼ **Descriptores**

DEVOLUCION DE SALDOS A FAVOR POR RETENCIONES PRACTICADAS EN EXCESO

▼ **Fuentes Formales**

- ESTATUTO TRIBUTARIO ART. 369
- DECRETO 1189 DE 1988 ART. 6
- DECRETO 1000 DE 1997 ART. 11
- CODIGO CIVIL ART. 2536

▼ **Extracto**

Dice el artículo 369 el Estatuto que no están sujetos a retención en la fuente los pagos que se efectúen a las entidades no contribuyentes.

El artículo 6 del decreto 1189 de 1988 señala el procedimiento para reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente.

En efecto dice la citada norma: "Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y conservarlo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquel en el cual

se efectuó la retención, el solicitante deberá, además, manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente."

Respecto al término para solicitar la devolución el artículo 11 del decreto 1000 de 1997 dispone: " Las solicitudes devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil."

A su vez el artículo 2536 del Código Civil establece: " La acción ejecutiva prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez. "

De tal manera que el afectado podrá solicitar al agente retenedor la devolución o reintegro de las retenciones efectuadas indebidamente o en exceso dentro de los diez años siguientes en que estas se efectuaron aplicando para tal efecto el procedimiento señalado en el artículo 6 del decreto 1189 de 1988 transcrito anteriormente."

"OFICIO 087923 DE 2005 NOVIEMBRE 25 

Tributario

Banco de Datos

[Consultar Documento Jurídico](#)

Retención en la fuente

Problema Jurídico	
Tesis Jurídica	

Descriptores

RETENCION EN LA FUENTE POR INGRESOS LABORALES

Fuentes Formales

ESTATUTO TRIBUTARIO DECRETO 624 DE 1989 ART. 854 

Extracto

Solicita en su escrito se le oriente sobre el procedimiento a seguir y la viabilidad legal si existe para devolver las retenciones por pagos en exceso de varios ex contratistas que demandaron al Seguro Social y en sentencia judicial cada juzgado les reconoció condición de trabajadores oficiales y no de contratistas de prestación de servicios, más no ordenó devolución de retención en la fuente.

Sea lo primero reiterar, que el Despacho es competente para absolver de manera general las consultas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional.

De manera general, el Despacho se pronunció sobre el tema en acatamiento de sentencias de la Honorable corte Constitucional, específicamente en el caso de contratos administrativos de prestación de servicios de docentes, pero en realidad bajo los elementos del contrato de trabajo, para cual señaló en el Concepto 045961 de 1998, en algunos de sus apartes:

"/ . . . La retención en la fuente aplicable a los pagos gravables, efectuados por las personas naturales o jurídicas, las entidades de derecho público, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas, entre otros, originados en la relación laboral o legal y reglamentaria será la que resulte de aplicar a dichos pagos la tabla de retención en la fuente vigente para cada año. . . ./"

De tal manera que, cuando los ingresos se perciben en desarrollo de la figura de un contrato administrativo de servicios, pero estos son prestados en realidad, bajo los elementos del contrato de trabajo, nos encontramos frente a ingresos percibidos a título de pagos laborales de conformidad con la ley.

Por las anteriores razones el Despacho estima que los pagos efectuados, en las circunstancias señaladas por ustedes, están gravados con el Impuesto de renta y Complementarios, sometidos a la retención en la fuente, cuando superen los topes establecidos, por concepto de ingresos laborales, cualquiera que sea la denominación que se le dé al contrato por medio del cual se vincula el personal docente, pues en esta materia prevalece la relación laboral.

En esta forma se acatan los pronunciamientos que al respecto ha hecho la Corte Constitucional.../"

Mediante concepto 049294 de 1999, con sustento en el anterior, el Despacho precisó:

"/ . . . Es decir que si no obstante la relación laboral, la retención se practicó a título de honorarios y con la tarifa correspondiente a tal concepto se está en presencia de una retención indebida o en exceso, por cuanto el concepto por el cual ha debido practicarse es el de salarios siguiendo uno de los procedimientos previstos en los artículos 385 y 386 del Estatuto Tributario y decretos reglamentarios, aplicando los porcentajes indicados para el efecto.

Realizada la retención en forma incorrecta, la ley autoriza al agente retenedor para que efectúe el reintegro en las sumas retenidas en exceso o en forma indebida, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 6o del decreto 1189 de 1988..../"

De esta manera, la devolución por retenciones indebidas o en exceso, acorde con lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988, corresponde efectuarla por parte del agente retenedor, previa solicitud escrita del retenido presentada oportunamente en los términos del artículo 2536 del Código Civil. Una vez recibida la solicitud, el agente retenedor debe verificar si en efecto procede la devolución, para lo cual debe corroborar si efectivamente la retención practicada, frente a la que debió practicarse, en realidad arroja saldo a devolver al solicitante. Es pertinente tener en cuenta que el procedimiento para cálculo de la retención en la fuente, por ingresos laborales debe ser uniforme para todos los trabajadores, y es el adoptado por la entidad pagadora.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquél en el que se efectuó la retención, el solicitante deberá además, manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente.

Para los declarantes que hacen valer en el denunciario rentístico las retenciones que les fueron practicadas, el saldo a favor resultante debe ser solicitado ante la administración tributaria a más tardar dos (2) años después de la fecha de vencimiento para declarar (Artículo 854 E.T).

De las normas en cita en concordancia con los conceptos citados, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1.- Cuando existan retenciones practicadas en exceso o indebidamente, la solicitud de su reintegro debe realizarse ante el agente retenedor y no ante la DIAN,

2.- Otro requisito importante es que las retenciones efectuadas no hayan sido imputadas en la declaración correspondiente para lo cual el contribuyente en su solicitud de devolución debe manifestar expresamente que no imputo en su declaración de renta las retenciones efectuadas incorrectamente ni las va a ser valer, manifestación que debe conservar el agente retenedor junto con la anulación del certificado de retención cuando esta ya haya sido expedido.

3.- En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Ahora bien, debe señalarse que en atención a la petición radicada con No.000E2016042430 del 05 de diciembre del 2016, la DIAN le indicó a través de Oficio No.100211229-2804 del 5 de diciembre del 2016, cuál era el procedimiento

aplicable para efectos de obtener la devolución de Retención en la Fuente, en los *“casos en que se den valores retenidos en exceso o en forma indebida, colocando en cabeza del agente retenedor la posibilidad de la devolución en tales eventos”*², indicando como razones de derecho las contenidas en los Decretos 1189 de 1988.

Igualmente se recalca que no es posible para la DIAN proceder a la devolución de las retenciones en la fuente practicadas por La Procuraduría General de la Nación, atendiendo las razones de derecho contenidas en los Decretos 1189 de 1988 y 380 de 1996, al igual que en los conceptos DIAN 039535 de Junio 16 de 1994 y 035149 del 13 de Abril de 1999, los cuales establecen el procedimiento a seguir en casos en que se den valores retenidos en exceso o en forma indebida, colocando en cabeza del agente retenedor la posibilidad de la devolución en tales eventos..

Acorde con lo expuesto es clara la inexistencia de la obligación que le imputa el demandante a mi representada teniendo en cuenta que tal como se ha reiterado la normatividad que establece el procedimiento para los eventos en que se dé la retención en exceso o en forma indebida, la posibilidad de la devolución de los mismos radica en cabeza del agente retenedor.

Por último, consideramos preciso traer como precedente judicial pronunciamiento realizado por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, proferido en un caso similar al que nos ocupa en donde Sentenció el 21 de octubre de 2010, lo siguiente, a continuación, transcribimos los apartes pertinentes:

“2.3. DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN”:

La DIAN, es una Unidad Administrativa Especial del orden nacional adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y sus funciones están relacionadas con la administración y control al debido cumplimiento de las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias, y la facilitación de las operaciones de comercio exterior en condiciones de equidad, transparencia y legalidad.

Ahora bien, el Art.2 del CPT y SS, modificado por el Art.2 de la Ley 712 de 2001, establece que la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laborales y de seguridad social conoce de:

² Apartes tomados del Oficio No.8006062I 803 del 17/09/2007

- “1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.
- 2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.
- 3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.
- 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica de los actos jurídicos que se controviertan.
- 5. La ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad.
- 6. Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive.
- 7. La ejecución de las multas impuestas a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje, por incumplimiento de las cuotas establecidas sobre el número de aprendices, dictadas conforme al numeral 13 del artículo 13 de la Ley 119 de 1994.
- 8. El recurso de anulación de laudos arbitrales.
- 9. El recurso de revisión.”

Ahora bien, armonizando la norma transcrita, frente a las pretensiones, supuestos de hecho que sirven de fundamento a las mismas y en atención a lo plasmado en los preliminares de esta providencia, se colige que, el conflicto jurídico que plantea el actor con relación a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES no tiene su origen directa o indirectamente en la existencia de un contrato de trabajo entre las citadas partes, como tampoco la naturaleza de dicha entidad la hace parte del SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, por tanto, carece este despacho de competencia para emitir un pronunciamiento con respecto a la DIAN, pues la eventual relación jurídica que existe entre el actor y la DIAN no se enmarca en una de naturaleza laboral y los posibles conflictos que se llegaren a derivar de la misma, no pueden enmarcarse dentro de los numerales antes transcritos. En consecuencia, deberá, este despacho, declararse inhibido para pronunciarse con respecto a la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES. (Énfasis fuera de texto)

2.4 DE LOS DESCUENTOS POR CONCEPTO DE RETENCIÓN EN LA FUENTE:

La retención en la fuente no es un impuesto, sino que es el simple cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el impuesto de renta, a las ventas o de industria y comercio.

La retención en la fuente por ser un pago anticipado de un impuesto, ésta se puede descontar en la respectiva declaración, ya sea de IVA, de Renta o de ICA.

La retención en la fuente comprende elementos como el sujeto pasivo, que es la persona a la que se le debe retener, el agente de retención que es la persona obligada a practicar la retención, el concepto de retención que es el hecho económico que se realiza y está sometido a retención, la tarifa que es el porcentaje que se aplica a la base de retención, y la base de retención es el valor o monto sujeto a retención.

Tenemos que el actor solicita la restitución de las sumas de dinero que le fueron descontadas por retención en la fuente por parte del ISS, valores éstos que ascienden a la suma de \$8.024.387, tal como lo acredita la certificación de folios 102 a 105.

*De conformidad con lo previsto en el Estatuto Tributario, el Instituto de Seguros Sociales actúa como un agente de retención o percepción (artículo 368 *Ibidem*, modificado por el artículo 115 de la Ley 488 de 1998), y por tanto, es el encargado de efectuar la retención cuando intervenga en actos u operaciones que por expresa disposición legal, deba realizar la percepción del tributo correspondiente (artículo 375 *Ibidem*), so pena de ser solidariamente responsable con el contribuyente por la suma a la que estaba obligado a percibir (artículo 370 *Ibidem*), además de ello puede ser sujeto de sanciones o multas por el incumplimiento de sus deberes, las cuales son de una exclusiva responsabilidad.*

*Una vez efectuada la retención, el ISS en su calidad de agente, debe consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señala el Gobierno Nacional (artículo 376 *Ibidem*).*

Ahora bien, cuando se ha practicado una retención en forma indebida (sin que hubiere lugar a retención) o en exceso (habiendo lugar a la retención se retuvo por un monto superior), el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988 señala el procedimiento para reintegrar dichos valores. En efecto dice la citada norma: "Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos

exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y conservarlo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquel en el cual se efectuó la retención, el solicitante deberá, además manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente”.

Respecto al término para solicitar la devolución, el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997 dispone: “Las solicitudes devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil”.

A su vez el artículo 2536 del Código Civil establece: “La acción ejecutiva prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez”.

De lo anotado se infiere, en el presente caso, es el ISS, el llamado a efectuar al actor el reintegro de las retenciones efectuadas indebidamente o en exceso, pues tal como lo prevé el procedimiento señalado en el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988, en tales eventos se radica en cabeza del agente retenedor la posibilidad de obtener la devolución de tales descuentos.” (...) “RESUELVE:” (...) “3º DECLARARSE INHIBIDO para pronunciar la decisión de fondo, por carecer de competencia para decidir la controversia planteada respecto de la demandada DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, tal como se dejó esbozado en la parte motiva de esta providencia.”

Por todo lo anterior, se reitera tal y como ha quedado demostrado la DIAN no ha tenido ningún vínculo legal, civil, reglamentario o de cualquier otra índole con el demandante; en consecuencia, solicitamos respetuosamente a su Despacho Señor Juez, declararse inhibido para pronunciarse con respecto a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por lo ya expuesto.

PERSONERIA

Solicito sea reconocida.

PRUEBAS

-Se aporta como prueba fotocopia del oficio No.100 211 229 2804 del 5 de diciembre de 2016.

NOTIFICACIONES

Las recibiré en la secretaria de su despacho y en la Administración de Impuestos de Cartagena, ubicada en manga 3 avenida, Calle 28 No. 25-04.

ANEXOS

Lo relacionado en el acápite de las pruebas, Poder para actuar, Resolución No. 0090 del 27 de septiembre de 2012, Resolución No.102 del 19 de octubre de 2012, Actas de posesión de ubicación del Jefe de la División y Acta de posesión de la suscrita.

Atentamente,

Irma Luz Marin C.
IRMA LUZ MARIN CABARCAS
C.C. 22.792.888 de Cartagena.
T.P. 132.956 del C.S. de la J.