

BOLETÍN TRIBUTARIO - 043/19

ACTUALIDAD NORMATIVA - DOCTRINARIA - JURISPRUDENCIAL

I. DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

1.1 NORMATIVA

- **CONTRIBUYENTE ESAL, NO OLVIDE ACTUALIZAR SU REGISTRO WEB**

La DIAN emitió Comunicado de Prensa destacando:

*“La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, recuerda a las **más de 50.000** Entidades Sin Ánimo de Lucro – ESAL calificadas o que cumplieron con el requisito de permanencia y organizaciones del sector solidario, señaladas en el artículo 19-4 del Estatuto tributario, que **pueden realizar la Actualización del Registro Web para continuar perteneciendo al Régimen Tributario Especial – RTE**, para el año 2019.*

Para efectuar el trámite de actualización, el contribuyente debe registrarse como usuario en el Portal www.dian.gov.co y seleccionar el servicio SIE Régimen Tributario Especial, dentro de los plazos establecidos de acuerdo con el último dígito del Número de Identificación Tributaria (NIT), que ocurren entre el 22 y el 29 de marzo de 2019”.

1.2 DOCTRINA

1.2.1 INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL AGENTE RETENEDOR - INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS

Manifestó la DIAN:

“En atención al escrito en referencia, por medio del cual se solicita la reconsideración del oficio No. 000713 del 22 de julio de 2016, en tanto el mismo afirma que:

"(...) cuando se trate de perjuicios a reclamar como consecuencia de una conducta punible catalogada como tal en un proceso penal que se relacionen directamente con el incumplimiento de obligaciones

tributarias, aduaneras o cambiarias lo procedente es aplicar los intereses regulados por el Estatuto Tributario (...)".

(...)

De los extractos normativos precitados se deduce lógicamente que las obligaciones de los sujetos que fungen como agentes retenedores o autorretenedores derivan de la ley tributaria, siendo en sí mismas consideradas como obligaciones legales de carácter tributario.

Estas obligaciones tributarias impuestas a los agentes retenedores y autorretenedores, han sido sintetizadas por la Corte Constitucional en sentencia C-009 de 2003, en dos funciones...

(...)

En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones del agente retenedor o autorretenedor en sí mismo constituye un incumplimiento de un deber legal especial -de carácter tributario-.

Incumplimiento que a la vez el legislador -en uso de sus facultades constitucionales- determinó como conducta configuradora de un tipo penal dentro del ordenamiento jurídico colombiano, denominado "omisión de agente retenedor o recaudador" consagrado en el artículo 402 del Código Penal.

Por lo tanto, el incumplimiento del deber legal especial a cargo de los agentes retenedores y autorretenedores, es la conducta que configura el delito, del cual se puede derivar una sentencia condenatoria que a su vez puede dar lugar al trámite del incidente de reparación integral (IRI).

En este punto, vale la pena precisar que la responsabilidad penal del agente retenedor o autorretenedor, deriva a su vez de la responsabilidad administrativa que éste ostenta en razón a sus obligaciones legales especiales, asignadas por la ley tributaria, por lo cual el régimen de responsabilidad no se limita al derecho al derecho privado debido a que su génesis deviene de obligaciones públicas.

Lo anterior debido a que el incumplimiento de las obligaciones legales de carácter tributario, es indispensable para que se configure la conducta punible y, por consiguiente, se dé inicio al proceso penal, del que a su vez puede desprenderse la sentencia condenatoria, la cual faculta a la víctima para dar inicio al Incidente de Reparación Integral (En adelante: IRI).

(...)



El IRI permite la reclamación de la retribución de los perjuicios materiales y morales sufridos por la víctima, la cual en el delito objeto de estudio es la Administración Pública, representada por esta entidad.

Los perjuicios materiales -indemnización por el daño- se definen como todo el detrimento patrimonial de la víctima, y para que proceda su reconocimiento debe acreditarse: a) su existencia y b) su cuantía.

En el caso de la condena por la configuración del tipo penal abierto, denominado "omisión de agente retenedor o recaudador" el mismo artículo 402 que lo tipifica determina como reparación: el pago de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario y las normas legales respectivas. Esto es claro, al expresar el legislador que dentro del proceso es este pago el que logra extinguir la acción penal.

(...)

Resulta entonces necesario aclarar que, la cuantificación del daño determinada por el legislador penal, conformada por las "sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses" previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas", debe ser el valor reconocido por el juez dentro de la sentencia condenatoria, y sólo hasta que esta decisión sea proferida operan los intereses del Estatuto Tributario como parte de la indemnización por el daño causado. No obstante, luego de proferida la condena, dentro de la etapa de trámite del IRI aplicaran los intereses civiles de acuerdo a las normas que rigen esta etapa procesal.

Lo anterior se deduce en uso los criterios de interpretación gramatical, sistemático y contextual de la normatividad vigente basados en las funciones para las que fue creada la UAE-DIAN.

En consecuencia, se aclara el oficio no. 000713 del 22 de julio de 2016, en el sentido de determinar que las sumas adeudadas junto con los intereses estipulados en el Estatuto Tributario hacen parte de la afectación al bien jurídico tutelado como indemnización del daño causado hasta proferida la sentencia condenatoria y con ella finalizada la etapa de juzgamiento de conformidad con los artículos 96 y 402 del cp., luego de ello, dentro del trámite del Incidente de Reparación Integral (IRI) operan los intereses civiles sobre la totalidad del valor de daño, de conformidad con la naturaleza civil de esta etapa procesal". (Subrayado fuera de texto -Concepto 0060 del 25 de enero de 2019).

1.2.2 RECALCA QUE EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA APROBÓ POR MEDIO DE LA LEY 1939 DE 2018, EL CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN (CDI) SUSCRITO ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE. SIN EMBARGO, LA ENTRADA EN VIGOR DEL CDI ESTÁ SUPEDITADA A LA REVISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LOS TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 241-10 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y, ADEMÁS, EL CUMPLIMIENTO DEL INTERCAMBIO DE NOTAS ENTRE LOS PAÍSES CONTRATANTES

Recalcó la DIAN:

“Por lo anterior, el CDI solo entrará en vigencia cuando sea revisado por la Corte Constitucional y se realice la notificación de que trata el artículo 28 del CDI.

Sin perjuicio de lo anterior, el numeral 2 del artículo 28 del CDI establece que este surtirá efectos en Colombia, respecto a impuestos percibidos por vía de retención en la fuente sobre cantidades, pagadas o abonadas en cuenta, a partir del 1 de enero del año calendario siguiente a aquel en el cual el CDI entre en vigor. En esta medida, consideramos necesario resaltar que, al momento de la elaboración de esta respuesta, el CDI no ha entrado en vigor ni sus efectos son aplicables”. (Concepto 001168 del 16 de enero de 2019).

II. CONSEJO DE ESTADO

2.1 DECLARA LA NULIDAD PARCIAL DEL ARTÍCULO 16 DEL ACUERDO 015 DE 2009, EXPEDIDO POR EL CONCEJO DISTRITAL DE BARRANQUILLA, EN LOS APARTES DENOMINADOS “BASE GRAVABLE” Y TARIFA” - ESTAMPILLA PRO - HOSPITALES DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN

Enfatizó la Sala:

“Ahora bien, el Concejo del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en uso de sus facultades constitucionales y legales, adoptó en el Distrito de Barranquilla la Estampilla Pro-Hospitales de Primer y Segundo Nivel de Atención, autorizada por la Ordenanza No. 070 de 2009 de la Asamblea Departamental del Atlántico, a través del Acuerdo No. 015 de 2009.



*El artículo 16 de dicho acuerdo, reguló la base gravable y la tarifa del tributo adoptado, en los **mismos** términos dispuestos por los artículos 5 y 6 de la citada ordenanza, **anulados** por la sentencia del 6 de agosto de 2014, exp. 20678¹, de modo que entre unas y otras normas existe identidad de materia correspondiente con el alcance del acuerdo demandado, como acto distrital que se limitó a ejercer la autorización otorgada por las normas departamentales, para “incorporar” el tributo de estampilla pro-hospitales de primer y segundo nivel de atención, en el orden distrital, y en ese sentido puede entenderse la reproducción normativa a la que alude el Ministerio Público.*

En ese contexto, se concluye la nulidad de los apartes base gravable y tarifa del artículo 16 del Acuerdo No. 015 de 2009, con fundamento en la sentencia anulatoria proferida por esta Sección el 6 de agosto de 2014, sin que tenga vocación de prosperidad la argumentación de la entidad apelante que, por lo demás, se contrajo a cuestionar la citada providencia de la Corporación, decisión que, se reitera, está ejecutoriada y es obligatoria, con fuerza juzgada erga omnes.

Así pues asistió razón al a quo para anular los apartes “base gravable” y “tarifa” del artículo 16 del Acuerdo No. 015 de 2009, por cuenta de la anulación de los artículos 5 y 6 de la Ordenanza No. 070 de 2009, conforme con las razones expuestas en la sentencia proferida por la Sección el 6 de agosto de 2014.

(...)

Por las razones expuestas, se confirmará la sentencia apelada”. (Sentencia del 21 de febrero de 2019, expediente 23332).

2.2 DECLARA LA LEGALIDAD CONDICIONADA DEL LITERAL B.5) DEL ARTÍCULO 184 DEL ACUERDO 041 DEL 21 DE DICIEMBRE DE 2006, EXPEDIDO POR EL CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, EN EL ENTENDIDO QUE GRAVA CON EL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO A LAS EMPRESAS DEDICADAS A LA REFINACIÓN DE HIDROCARBUROS Y/U OTROS COMBUSTIBLES, SIEMPRE Y CUANDO TENGAN ESTABLECIMIENTO EN LA JURISDICCIÓN DEL MENCIONADO DISTRITO

Agregó la Sala:

“Debe tenerse en cuenta que, desde la sentencia del 11 de marzo de 2010², a la cual se ha hecho referencia en este fallo y que ha sido reiterada en varias

¹ Informada en nuestro Boletín Tributario No. 148/14

² C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas, expediente No. 16667.



providencias³, la Sala ha condicionado la legalidad de las normas que imponen la calidad de sujeto pasivo a las empresas dedicadas a la exploración, explotación y transporte de recursos no renovables, a las siguientes premisas:

- i) Que sean usuarios potenciales del servicio en tanto hagan parte de la colectividad que reside en el municipio que administra el tributo. **Es decir, que tengan establecimiento en esa jurisdicción municipal;***
- ii) Que por tal motivo, **resulten beneficiadas directa o indirectamente,** de forma transitoria o permanente con el servicio de alumbrado público.*

*Entonces, en el presente asunto, la calidad de sujeto pasivo del tributo de las empresas a las que se refiere el literal b.5) del artículo 184 del Acuerdo 041 de 2006, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, está supeditado a que sean usuarios potenciales del servicio de alumbrado público lo cual solo se verifica en la medida en que tengan establecimiento en la jurisdicción municipal y, por ende, sean beneficiarias del servicio". **(Sentencia del 8 de marzo de 2019, expediente 22963).***

SÍGUENOS EN [TWITTER](#)

FAO

21 de marzo de 2019

³ Sentencias del 5 de mayo del 2011, Exp. 17822, M.P. Dr. William Giraldo Giraldo, 15 de noviembre de 2012, Exp. 18107, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, del 20 de marzo de 2013, Exp. 18579, M.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, 6 de febrero del 2014, Exp. 18632, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, 26 de febrero de 2015, Exp. 18632, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas y del 25 de septiembre de 2017, Exp. 22088, M.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, entre otras.