

[<< Volver](#)

Unidad Informática de Doctrina

Area del Derecho

Tributario

Banco de Datos

Impuesto sobre la Renta y Complementarios

Problema Jurídico

Tesis Jurídica

CONCEPTO 005285 int 1358 DE 2024 AGOSTO 1

[Consultar Documento Jurídico](#)

▼ Descriptores

Retención en la fuente.  
Agentes de retención.  
Depósitos judiciales.

▼ Fuentes Formales

ESTATUTO TRIBUTARIO DECRETO 0624 DE 1989 ART. 368   
ESTATUTO TRIBUTARIO DECRETO 0624 DE 1989 ART. 365   
ESTATUTO TRIBUTARIO DECRETO 0624 DE 1989 ART. 375

▼ Extracto

Este Despacho es competente para resolver las peticiones de reconsideración de conceptos expedidos por la Subdirección de Normativa y Doctrina<sup>1</sup>.

A través del radicado de la referencia, se ha solicitado la reconsideración del Oficio 032914 del 1 de diciembre de 2016 mediante el cual se dio alcance al Oficio 016152 del 22 de junio de 2016, y del Oficio 906772 del 8 de septiembre de 2022.

En primer lugar, en el Oficio 016152 del 22 de junio de 2016 objeto de alcance mediante Oficio 032914 del 1 de diciembre de la misma anualidad se indicó lo siguiente:

«En primera instancia debe señalarse que la retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta, procede en los casos de pagos o abonos en cuenta que constituyan ingreso tributario para su beneficiario, tal como lo dispone el artículo 365 del Estatuto Tributario, en ese sentido en el momento en que un demandante deba constituir un depósito judicial como garantía del resultado de un proceso judicial, no se está en presencia de un pago a favor de un beneficiario y por lo mismo no procede la práctica de retención en la fuente.

(...)

Así las cosas la retención en la fuente debe hacerla el agente retenedor, que en el caso en comento no es otro que la entidad a la cual el fallo judicial le haya ordenado hacer el pago y no quien prestó los recursos para el cumplimiento de la obligación, para tal efecto descontará del valor total a pagar la suma correspondiente a la retención y la consignará en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto descontará señale el gobierno nacional, obligaciones que deben ser cumplidas independientemente de las situaciones de carácter presupuestal, económica financiera que tenga el agente retenedor, los cuales escapan a la órbita de competencia de este despacho, pues las normas que regulan los tributos nacionales son de carácter general y no particular, en estas condiciones y de acuerdo con las normas vigentes al respecto basta que se de el hecho generador de la obligación tributaria para que nazca el deber del agente retenedor de cumplir con las obligaciones que el Estado le impone, como son entre otros la de retener y consignar las sumas retenidas, so pena de que si no las cumple se haga acreedor a las sanciones previamente establecidas, las cuales son de su exclusiva responsabilidad.

(...)

No obstante lo anterior, cuando el acuerdo, la conciliación o fallo judicial contemple la cancelación del daño emergente, esta parte del pago no está sujeta a retención en la fuente por constituir un reembolso. No sucede lo mismo con el pago correspondiente al lucro cesante, el cual es un ingreso gravable para su beneficiario, por cuanto es el pago de las ganancias ciertas dejadas de percibir, susceptibles de incrementar el patrimonio y por consiguiente sometidos a retención en la fuente al porcentaje que corresponda a la naturaleza del acto o contrato que lo generó.

El efecto el artículo 1614 del código civil dice al respecto: "entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento, y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente o retardado su cumplimiento.».

Ahora bien, en los Oficios 032914 **del 1 de diciembre de 2016** y 906772 **del 8 de septiembre de 2022**<sup>2</sup>, se concluyó:

«Sin perjuicio **del** problema jurídico que motivó la tesis anteriormente expuesta, este **Despacho destaca** dos conclusiones a saber, la primera es que cuando se constituye un **depósito judicial** como garantía **del resultado de** un proceso judicial, no se está en presencia **de** un pago a favor **de** un beneficiario y por lo mismo no procede la práctica **de** retención en la fuente.

La segunda es que si hay lugar a la retención cuando posteriormente se efectúa un pago por orden judicial, siempre y cuando, el beneficiario **del** ingreso no se encuentre expresamente exceptuado por disposición especial, así el ingreso lo reciba en cumplimiento **de** esta orden.

También este oficio interpreta que si quien legalmente realiza el pago a los apoderados es agente **de** retención, **debe** efectuar la retención en la fuente, para lo cual es necesario acudir a lo establecido en el artículo 368 **del** Estatuto Tributario.

La anterior conclusión es importante en la medida que el peticionario solicita se precise si es el juzgado **de** conocimiento **del** asunto quien **debe** hacerlo, frente a lo cual se responde que si este efectúa el pago (si este constituye ingreso tributario para su beneficiario y no se encuentra exceptuado) y tiene la calidad **de** agente **de** retención tendrá que realizarlo.

(...)

En este punto es importante precisar que, si bien en este proceso interviene el Banco, este se limita a ejecutar una orden dada por el juzgado y en consideración a las disposiciones en materia **de** retención en la fuente, se puede establecer que este último es quien efectúa el pago sujeto a retención y el que **debe** cumplir con el **deber legal de** practicar la retención en la fuente.»

Nótese que, mediante el Oficio 032914 **del 1 de diciembre de 2016** se dio alcance al Oficio 016152 **del 22 de junio de** la misma anualidad, en el único sentido **de** señalar que los **Despachos Judiciales** son los encargados **de** aplicar la retención en la fuente a título **del** impuesto sobre la renta y no la entidad encargada **de** efectuar los pagos o abonos en cuenta a consecuencia **de** un fallo u orden judicial, siempre y cuando se trate **del** lucro cesante y el beneficiario no se encuentre exceptuado por disposición legal.

En ese orden **de** ideas, el peticionario sustenta la solicitud **de** reconsideración señalando:

- (i) Que los oficios objeto **de** reconsideración incurren en un error **de** derecho al no observar los principios **de** legalidad y certeza tributaria, al incluir como agentes **de** retención a los **despachos judiciales de** acuerdo con lo establecido en el artículos 365 y 368 **del** Estatuto Tributario.
- (ii) Que los oficios objeto **de** reconsideración incurren en un error **de** hecho a consecuencia **de** la indebida interpretación **de** la naturaleza y alcance **de** las **decisiones** judiciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, este **Despacho** considera lo siguiente:

**De** acuerdo con el Oficio 016152 **del 22 de junio de 2016** esta Subdirección estableció **desde** un principio que, en el caso **de** efectuarse pagos o abonos en cuenta a consecuencia **de** un fallo u orden judicial es procedente la aplicación **de** la retención en la fuente a título **de** impuesto sobre la renta, siendo el responsable **de** esta la entidad a quien se le ordenó realizar dicho pago correspondiente exclusivamente al lucro cesante y que el beneficiario no se encuentre exceptuado por la Ley.

Por su parte, **de** acuerdo con lo establecido en los artículos 1<sup>3</sup>, 5<sup>4</sup> y 11<sup>5</sup> **de** la Ley 270 **de** 1996, los **Despachos Judiciales** no tienen personería jurídica, sino que solo son órganos encargados **de** administrar justicia siendo esta su única y exclusiva función.

**De** igual forma, artículo 368<sup>6</sup> **del** Estatuto Tributario señala quienes son considerados como agentes **de** retención los cuales son: (i) las entidades **de** derecho público; (ii) los fondos **de** inversión, (iii) los fondos **de** valores, (iv) los fondos **de** pensiones **de** jubilación e invalidez; (v) los consorcios, (vi) las comunidades organizadas, (vii) las uniones temporales, (viii) las **demás** personas naturales o jurídicas, (ix) 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.

Adicionalmente, la jurisprudencia<sup>7</sup> proferida por la Sección Cuarta **del** Consejo **de** Estado ha señalado lo siguiente:

«(...) Observa la Sala que el artículo 368 aludido, dispuso en forma general que son agentes **de** retención las personas naturales o jurídicas, que en razón **de** las funciones que **desarrollan** **deban** practicar retención en la fuente. (...)»

Así mismo, el artículo 203 **de** la Ley 270 **de** 1996 señala:

«Artículo 203. Los dineros que **deban** consignarse a órdenes **de** los **despachos de** la Rama Judicial **de** conformidad con lo previsto en la presente ley y en las disposiciones legales vigentes se **depositarán** en el Banco Agrario **de** Colombia. (...) (énfasis propio).»

En la misma línea, el artículo 4 del Acuerdo PCSJA21-11731 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, expresa:

«Artículo 4. Cuenta Judicial. Para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 203 de la Ley 270 de 1996, todo despacho judicial deberá tener una única cuenta en el Banco Agrario de Colombia para el manejo de los depósitos judiciales constituidos a sus órdenes, la cual se denominará Cuenta Judicial. (énfasis propio).

De igual manera, mediante Oficio 039540 del 1 de junio de 1998, se indicó:

«(...) La retención en la fuente debe hacerla quien efectúa el pago o abono en cuenta y tenga la calidad de agente retenedor sobre el valor total del pago o abono en cuenta al porcentaje que corresponda a la naturaleza jurídica del acto o contrato que lo generó, teniendo en cuenta que la parte correspondiente al daño emergente no está sometida a retención en la fuente.» (énfasis propio).

Teniendo en cuenta lo anterior, la entidad bancaria satisface los requisitos para actuar como agente de retención cuando se efectúen este tipo de pagos ya que: i) cuentan con personería jurídica, ii) efectúan el pago o abono en cuenta ordenado por parte del Despacho judicial en virtud de un fallo u orden judicial, cumpliendo así con lo señalado en los artículos 368 y 375<sup>8</sup> del Estatuto Tributario.

Por ende, la entidad bancaria, en este caso el Banco Agrario de Colombia es la persona jurídica encargada de aplicar la retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta como consecuencia de un fallo u orden judicial y no los despachos judiciales, siempre y cuando se trate del lucro cesante y el beneficiario no se encuentre exceptuado según lo establecido en el Oficio 016152 del 22 de junio de 2022.

Así, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, para esta Dirección, los Despachos Judiciales no pueden ser considerados como agentes de retención y por ende se reconsideran los oficios 032914 del 1º de diciembre de 2016 y 906772 del 8 de septiembre de 2016, y se concluye que:

1. La entidad bancaria debe actuar como agente de retención cuando se efectúen pagos ordenados mediante fallos u órdenes judiciales a través de depósitos judiciales.
2. Es necesario que las órdenes judiciales que se impartan den claridad a la entidad bancaria respecto de los conceptos por los cuales se ordenan los pagos pues, de otra manera, la entidad bancaria no podría practicar la retención correctamente.
3. Por último, no debe practicarse la retención en la fuente cuando el pago corresponda al daño emergente y/o se presente alguna de las circunstancias previstas en el artículo 369 del Estatuto Tributario.

En los anteriores términos se absuelve su petición y se recuerda que la normativa, jurisprudencia y doctrina en materia tributaria, aduanera y de fiscalización cambiaria, en lo de competencia de esta Entidad, puede consultarse en el normograma DIAN: <https://normograma.dian.gov.co/dian/>.

<sup>1</sup> Cfr. numeral 20 del artículo 55 del Decreto 1742 de 2020.

<sup>2</sup> Doctrina enviada por la Coordinación de Relatoría mediante oficio No. 100192467-2450 del 7 de julio de 2023

<sup>3</sup> Artículo 1. Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.

<sup>4</sup> Artículo 5. Autonomía e independencia de la rama judicial. La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias

<sup>5</sup> Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por:

I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones:

a) De la Jurisdicción Ordinaria:

1. Corte Suprema de Justicia.

2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

3. Juzgados civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley;

b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

1. Consejo de Estado

2. Tribunales Administrativos

3. Juzgados Administrativos

(...)

<sup>6</sup> Artículo 368. Quienes 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.

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 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.

<sup>7</sup> Consejo **de** Estado. Sala **de** lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00005-00 (18638) **del** 31 **de** julio **de** 2014.

<sup>8</sup> 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.