

Dirección de Gestión Jurídica

Bogotá, D.C. **04 JUN. 2014**

100202208- **6 4 3**

Doctor

**JOSE MANUEL PAJARO MARTINEZ**

Carrera 6 C No. 132 - 78 Apartamento 101

Bogotá D.C.

Ref: Radicados 1157 del 04/03/2014 y 32962 del 22/05/2014

Tema: Gravamen a los movimientos financieros  
Descriptor: Agentes de Retención al Gravamen de los Movimientos Financieros  
Fuentes formales: Estatuto Tributario artículos 871, 879,  
Decreto 405 de 2001 artículo 22  
Concepto 104033 del 30 de noviembre de 2001  
Concepto No 00002 de 2003  
Oficio 066658 del 11 de julio de 2008  
Oficio 044861 del 16 de julio de 2012  
Oficio 012489 del 19 de febrero de 2014

De conformidad con el artículo 19 del Decreto número 4048 de 2008 y la Orden Administrativa 000006 de 2009, este despacho está facultado para absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras o de comercio exterior y control cambiario en lo de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Mediante los radicados de la referencia se solicita a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN dar instrucciones a unas entidades financieras a fin que estas reintegren valores por Gravamen a los Movimientos Financieros (en adelante GMF), que en criterio del solicitante fueron retenidos indebidamente durante los años 2001, 2002 y 2003, con ocasión de la disposición de recursos en sus cuentas corrientes para pagar operaciones de cambio internacional a los beneficiarios reales.

Igualmente solicítase que, en caso de una negativa a la anterior solicitud, se disponga a la devolución de los valores retenidos por las referidas entidades bancarias junto con los intereses correspondientes, habida cuenta que estos se encuentran en poder del Estado colombiano.

Sobre el particular se considera:

La solicitud presentada mediante el radicado de la referencia plantea tres aspectos respecto de los cuales requieren ser analizados por este despacho: el primero es el procedimiento a seguir cuando hay una retención en exceso o indebida del GMF por parte de una entidad financiera; el segundo son las facultades que tiene la Administración para exigir de los agentes de retención el reintegro de los valores que por este impuesto se

retuvieron indebidamente así como para imponer sanciones en caso de renuencia; el tercer aspecto es la posibilidad que la Administración devuelva sumas retenidas en exceso o indebidamente ante la renuencia del agente de retención del GMF.

El artículo 871 del Estatuto Tributario consagra como hechos generadores del GMF la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se dispongan recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como los débitos que se efectúen a cuentas contables y de otro género, diferentes a las corrientes, de ahorros o de depósito, para la realización de cualquier pago o transferencia a un tercero.

Sobre éste último aspecto el artículo 3º del Decreto 449 de 2003 precisa que el movimiento contable y el abono en cuenta que se realicen en las operaciones cambiarias se consideran una sola operación hasta el pago al titular de la operación de cambio, para lo cual el intermediario financiero **deberá identificar la cuenta mediante la que se disponga de los recursos.**

Con la finalidad de recaudar el GMF, se estableció el mecanismo de retención en la fuente, para lo cual el artículo 876 del Estatuto Tributario señala que el Banco de la República y las demás entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera donde se encuentre la respectiva cuenta corriente, de ahorros, de depósito, derechos sobre carteras colectivas o donde se realicen los movimientos contables que impliquen el traslado o la disposición de recursos de que trata el artículo 871 ibídem, actuarán como agentes retenedores y responsables por el recaudo y el pago.

Lo anterior implica para estos agentes de retención una atribución de facultades relacionadas con el recaudo, lo cual conlleva para estos agentes el cumplimiento de una serie de obligaciones tales como retener, declarar las retenciones que haya practicado, consignar oportunamente los valores retenidos, expedir los respectivos certificados de retención a los sujetos pasivos de la retención y demás obligaciones que se establezcan.

Igualmente, para los agentes de retención se halla explícitamente la obligación de reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente al sujeto pasivo de la retención, obligación respecto de la cual el oficio 044861 del 16 de julio de 2012 expedido por esta Dirección, ha señalado que en este caso el reintegro se hace sin perjuicio de que el agente de retención, previamente al reintegro, verifique si lo retenido por él se encuentra o no ajustado a la Ley, o si se presentan los presupuestos legales de una exención, o si se han cumplido los requisitos para que ella opere.

Esta conclusión se apoya en lo previsto en el artículo 22 del Decreto 405 del 14 de marzo de 2001, mediante el cual se consagra el procedimiento a seguir cuando hay una retención en exceso o indebida del GMF por parte de una entidad financiera:

Artículo 22. Reintegro del gravamen. Cuando se anulen, rescindan o resuelvan operaciones que hayan sido sometidas a retención por concepto del Gravamen a los Movimientos Financieros, el responsable del recaudo podrá llevar como descontable, en el renglón respectivo del formulario de declaración, las sumas que hubiere retenido sobre tales operaciones, del monto de las retenciones por declarar y consignar correspondientes al período en el cual se hayan anulado, rescindido o resuelto las mismas. Para el efecto, se

deberán conservar por el agente retenedor, los soportes respectivos por el término señalado en el artículo 632 del Estatuto Tributario.

Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto por un valor superior al que ha debido efectuarse, el responsable del recaudo deberá reintegrar los valores retenidos en exceso o **indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención.**

**En el mismo período en el cual el responsable del recaudo efectúe el respectivo reintegro se podrá igualmente descontar este valor de las retenciones del Gravamen a los Movimientos Financieros por declarar y consignar. Si el valor a pagar de la declaración del período inmediatamente siguiente no permite descontar totalmente la suma pagada en exceso, el saldo podrá descontarse en las declaraciones de los períodos consecutivos siguientes.**

Este descuento será procedente, siempre y cuando la suma a devolver al sujeto pasivo sea entregada por la entidad responsable del recaudo, ya sea a través de una nota crédito en la misma cuenta que fue debitada o por cualquier otro medio, **siempre que dicha devolución se encuentre debidamente soportada mediante pruebas documentales y contables**, las cuales deben estar a disposición de las autoridades tributarias por el término legal.

Para todos aquellos pagos efectuados por un mayor valor al declarado, la entidad responsable del recaudo podrá imputar la suma pagada en exceso al valor a pagar de la declaración correspondiente al período semanal inmediatamente siguiente, para lo cual se deberá incluir como un descuento del impuesto por pagar, debiendo conservar todos los soportes pertinentes de dicha operación por el término legal.

Parágrafo 1°. En caso que se hayan presentado solicitudes de devolución o se hayan rescindido, anulado o resuelto operaciones relativas al Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), con anterioridad a la fecha de expedición del presente decreto, el declarante podrá aplicar el procedimiento aquí definido, conservando los soportes de dicha operación por el término legal.

Respecto a las devoluciones o reintegros pendientes de devolución de los tributos retenidos por los años 1999 y 2000, las entidades declarantes podrán aplicar el procedimiento señalado en el presente artículo. Para el efecto deberán informar anexo a la declaración respectiva los montos de impuesto descontable por cada uno de estos años.

Parágrafo 2°. Para los casos no previstos en el presente artículo los agentes responsables del recaudo podrán utilizar el procedimiento consagrado en el Decreto 1000 de 1997.

(Se resalta)

De la norma citada tenemos que en caso de un cobro indebido o en exceso por parte de una entidad financiera, el artículo 22 del decreto 405 de 2001 prevé que se puede acudir por escrito a ésta con el fin de obtener el reintegro respectivo, siempre y cuando se prueben las circunstancias que permitan establecer que se trata de una retención en exceso, indebida o que se está incurrido en una de las exenciones consagradas en el artículo 879 del Estatuto Tributario.

Igualmente esta norma consagra que en el mismo período en el cual el responsable del recaudo efectúe el respectivo reintegro se podrá igualmente descontar este valor, para lo cual si el período inmediatamente siguiente no permite descontar totalmente la suma pagada en exceso, el saldo podrá descontarse en las declaraciones de los períodos consecutivos siguientes y sobre el particular este despacho se ha pronunciado mediante los conceptos 00002 del 8 de julio de 2003, 028581 del 6 de abril de 2001.

Mediante concepto 104033 del 30 de noviembre de 2001 se ha indicado que respecto del término con el que cuenta el agente retenedor para devolver las retenciones efectuadas en exceso o indebidamente la ley no consagró en forma específica ninguna regulación, razón por la cual se considera que la actuación se concreta a los términos de prescripción ordinaria previstos por el artículo 2536 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002.

Lo anteriormente expuesto permite establecer a este despacho que si bien le corresponde a la DIAN la administración del GMF, para lo cual tiene, entre otras facultades, su devolución, también es cierto que esta facultad vía reglamentación se asigna a los agentes de retención, quienes deben gozar de una convicción a fin de proceder a la devolución de aquellas sumas calificadas como retenidas en exceso o indebidamente.

Lo anterior en el caso materia de análisis no ha ocurrido e incluso ya se han presentado por parte del sujeto pasivo de la retención las correspondientes demandas ante la jurisdicción civil de acuerdo a lo manifestado en la consulta, lo que impide a los agentes de retención (entidades financieras) involucrados actuar en los términos señalados artículo 22 del decreto 405 de 2001.

En cuanto a las facultades que tiene la Administración para exigir de los agentes de retención el reintegro de los valores que por este impuesto se retuvieron indebidamente así como para imponer sanciones en caso de renuencia, este aspecto fue analizado por este despacho a través del oficio 012489 del 19 de febrero de 2014 y constituye doctrina vigente.

En la citada doctrina se concluyó que no existe en el Estatuto Tributario y demás normas tributarias que regulan impuestos de orden nacional, disposición de carácter legal que nos indique ante cuál autoridad y con qué procedimiento se debe acudir para resolver las diferencias que se presentan entre un agente retenedor del Estado y un retenido para obtener la devolución de las sumas indebidamente retenidas, que ya fueron solicitadas al retenedor.

Igualmente se expuso en este concepto que la DIAN ejerce entre otras, a través de sus facultades de fiscalización e investigación previstas en el artículo 684 del Estatuto Tributario, funciones de control, para asegurar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales, garantizando el derecho de defensa y el debido proceso en la expedición y notificación de actos administrativos; y agotamiento de la vía gubernativa.

Asimismo la Administración sólo tiene el deber de poner en conocimiento las conductas relacionadas con la omisión en que pueda incurrir un agente de retención, respecto de la consignación de las sumas retenidas.

Así las cosas con fundamento en la doctrina citada se concluye que las discrepancias se resuelven por las autoridades judiciales investidas de jurisdicción y competencia, conforme con las disposiciones previstas en los códigos (ejemplo: General del Proceso, Penal, Administrativo) y en cada caso concreto las autoridades judiciales podrán admitir o no las demandas que se les presenten.

En consecuencia, en el caso materia de análisis habrá de estar a las resultas de los procesos que se mencionan en la consulta.

Por último, en cuanto a la posibilidad que la Administración devuelva sumas retenidas en exceso o indebidamente ante la renuencia del agente de retención del GMF, es preciso reiterar lo señalado en el artículo 22 del decreto 405 de 2001, el cual establece el siguiente procedimiento en el evento que el agente de retención procede a devolver las sumas retenidas:

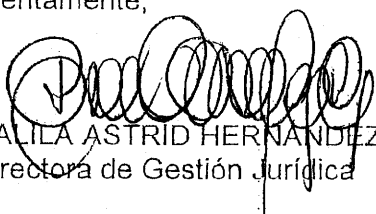
- En el mismo período en el cual se efectúe el respectivo reintegro se podrá igualmente descontar este valor
- En el caso que en el período inmediatamente siguiente no se pueda descontar totalmente la suma pagada en exceso, el saldo podrá descontarse en las declaraciones de los períodos consecutivos siguientes

Como se observa, ante la existencia de este marco jurídico y la mención en la consulta de la existencia de diversos procesos judiciales entre el sujeto pasivo y los distintos agentes de retención, los cuales dirimen las diferencias respecto de la devolución de las sumas indebidamente retenidas, la DIAN estará atenta al resultado de estos procesos.

En los anteriores términos se resuelve su consulta.

Finalmente le manifestamos que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos doctrinarios, ha publicado en su página de internet [www.dian.gov.co](http://www.dian.gov.co), la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, a la cual se puede ingresar por el ícono de "Normatividad" –"técnica"–, dando click en el link "Doctrina Dirección de Gestión Jurídica".

Atentamente,



DALILA ASTRID HERNÁNDEZ CORZO  
Directora de Gestión Jurídica

P.lcc/R.Cnyd

**SIN ANEXOS**