

TARIFA DEL ICA PARA DIVIDENDOS EN EL D.C.- Perdió fuerza ejecutoria al suspenderse provisionalmente el artículo 1º del Decreto 118/05 /RETENCION EN LA FUENTE POR ICA SOBRE DIVIDENDOS - Al estar suspendida la norma tampoco es aplicable la tarifa establecida / CONTRIBUYENTES DEL REGIMEN SIMPLIFICADO DEL ICA - La no presentación de la declaración por las retenciones se analizará en el fallo / DECLARACION DEL ICA PARA REGIMEN SIMPLIFICADO - Su no obligatoriedad cuando hay retención se define en el fallo

Como consecuencia de la referida providencia, al estar suspendidos los efectos del artículo 1º del Decreto 118 de 2005, en la práctica también perdió fuerza ejecutoria la tarifa consagrada en el artículo 2º del mencionado Decreto puesto que no se puede efectuar la retención en la fuente del Impuesto de Industria y Comercio sobre los dividendos y/o participaciones, cuando estos sean pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles a sus accionistas o socios, y por tanto no se puede aplicar la tarifa señalada en la norma que se demanda. En razón al Principio de Seguridad Jurídica y teniendo en cuenta la decisión de la Sala se confirmará la suspensión provisional de los efectos del artículo 2º del Decreto 118 de 2005. En relación con el artículo 4º del Decreto 118 de 2005 “por el cual se implementa la retención en la fuente por percepción de dividendos y participaciones en el impuesto de industria y comercio y se dictan otras disposiciones” (se subraya), la Sala observa que su contenido se limita a advertir de manera general que no deben presentar declaración del Impuesto de Industria y Comercio los contribuyentes del régimen simplificado cuyo impuesto resulte igual a las retenciones en la fuente que se practiquen, precepto que no contradice Prima facie lo dispuesto en las normas invocadas, ni fijó tarifa alguna del tributo. Requiere además un análisis a la luz del Decreto 1421 de 1983, del alcance del Estatuto Tributario Nacional sobre la materia, estudio que no corresponde a esta instancia procesal.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejera ponente : LIGIA LOPEZ DIAZ

Bogotá, D.C. veintiuno (21) de junio de dos mil siete (2007)

Radicado número: 25000-23-27-000-2005-00640-01(16413)

Actor: GUSTAVO PARDO ARDILA Y RICARDO ANDRES RUIZ

Demandado: ALCALDE MAYOR DE BOGOTA

AUTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Distrito Capital de Bogotá contra el auto del 11 de mayo de 2006, proferido por el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B” que decretó la Suspensión Provisional de los artículos 2° y 4° del Decreto 118 del 15 de abril de 2005, expedido por el Alcalde Mayor, “*por el cual se implementa la retención en la fuente por percepción de dividendos y participaciones en el impuesto de industria y comercio y se dictan otras disposiciones*”.

ANTECEDENTES

Mediante escrito del 18 de marzo de 2005, los actores demandaron la nulidad de los artículos 1°, 2° y 4° del Decreto 118 del 15 de abril de 2005, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá D.C.

Posteriormente, los demandantes en memorial del 18 de mayo de 2005, solicitaron la suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas, precisando que de la simple comparación de las normas superiores con los apartes demandados (subrayados) se evidencia la violación alegada:

Acuerdo 65 de 2002	Decreto 118 de 2005
<p>“Artículo 3 (Reproducido en el Decreto Distrital 352 artículo 53). <i>Tarifas del impuesto de industria y comercio. Las tarifas del impuesto de industria y comercio según la actividad son las siguientes y serán aplicables a partir de la entrada del presente Acuerdo. (ver cuadro abajo)*</i></p> <p>“Artículo 11. <u><i>La tarifa de retención del impuesto de industria y comercio será la que corresponda a la respectiva actividad.</i></u></p>	<p>“ARTÍCULO SEGUNDO. <i>Tarifa. De conformidad con el Acuerdo 65 de 2002, <u>la tarifa de retención en la fuente aplicable a los ingresos por concepto de dividendos y/o participaciones es del 11.04 %, correspondiente a demás actividades comerciales</u></i>”.</p>

Cuadro de tarifas del artículo 3 del Acuerdo 65 de 2002	
a. Actividades Industriales	Tarifa 2003 y siguientes (Por mil)
<i>Producción de alimentos, excepto bebidas; producción de calzado y prendas de</i>	4,14

<i>vestir.</i>	
<i>Fabricación de productos primarios de hierro y acero; fabricación de material de transporte</i>	6,9
<i>Edición de libros</i>	8
<i>Demás actividades industriales</i>	11,04
b. Actividades Comerciales	
<i>Venta de alimentos y productos agrícolas en bruto; venta de textos escolares y libros(incluye cuadernos escolares); venta de drogas y medicamentos</i>	4,14
<i>Venta de madera y materiales para la construcción; venta de automotores (incluidas motocicletas)</i>	6,9
<i>Venta de cigarrillos y licores; venta de combustibles derivados del petróleo y venta de joyas.</i>	13,8
<i>Demás actividades comerciales</i>	11,04
c. Actividades de servicios	
<i>Transporte; publicación de revistas, libros y periódicos; radiodifusión y programación de televisión.</i>	4,14
<i>Consultoría profesional; servicios prestados por contratistas de construcción, constructores y urbanizadores; y presentación de películas de sala de cine.</i>	6,9
<i>Servicios de restaurante, cafetería, bar, grill, discoteca y similares; servicios de hotel, motel, hospedaje, amoblado y similares; servicio de casas de empeño y servicios de vigilancia.</i>	13,8
<i>Servicios de educación prestados por establecimientos privados en los niveles de educación inicial, preescolar, básica primaria, básica secundaria y media.</i>	7
<i>Demás actividades de servicios.</i>	9,66
d. Actividades financieras	
<i>Actividades financieras</i>	11,04

Constitución Política	Decreto 118 de 2005
Artículo 338. <i>En tiempo de paz, solamente <u>el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales</u> podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.</i>	Artículo 2. Tarifa. <i>De conformidad con el Acuerdo 65 de 2002, <u>la tarifa de retención en la fuente aplicable a los ingresos por concepto de dividendos y/o participaciones es del 11.04%,</u> correspondiente a demás actividades comerciales.</i>

Decreto 352 de 2002 (Compilación de las normas tributarias sustantivas de Bogotá D.C.).	Decreto 118 de 2005
--	----------------------------

<p>Artículo 4. <i>En tiempos de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos municipales podrán imponer contribuciones fiscales y parafiscales. La Ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.</i></p> <p><i>Corresponde al concejo distrital, de conformidad con la Constitución y la ley, establecer, reformar o eliminar tributos, impuestos y sobretasas; ordenar exenciones tributarias y establecer sistemas de retención y anticipos con el fin de garantizar el efectivo recaudo de aquellos.</i></p>	<p>Artículo 4. Obligación de registro y declaración para quienes solo obtienen ingresos gravados objeto de retención en la fuente. <i>Los contribuyentes del impuesto de industria y comercio pertenecientes al régimen simplificado no están obligados a declarar, cuando en el respectivo período su impuesto sea igual a las retenciones en la fuente que le hubiesen efectuado.</i></p> <p><i>Los contribuyentes que no están obligados a presentar declaración en los términos de este artículo, cumplirán con la obligación de registro como contribuyentes del impuesto de industria y comercio, mediante el reporte que realicen los agentes retenedores a la administración tributaria distrital, en los términos y condiciones que esta señale.</i></p>
---	--

EL AUTO APELADO

Por medio de auto del 11 de mayo de 2006, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B”, decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 2° y 4° del Decreto acusado.

Precisó: “ *De la confrontación directa entre las normas superiores y las disposiciones acusadas, es claro para la Sala que dentro del listado de tarifas y actividades gravadas con el impuesto de Industria y Comercio, contenido en el artículo 3° del Acuerdo 65 de 2002, no se estableció como actividad gravada los ingresos por dividendos y/o participaciones, y mucho menos se fijó una tarifa para éstas, al paso que el artículo 2° del Decreto 118 de 2005 fijó una tarifa de retención en la fuente del 11.04% para esas actividades que enmarcó dentro del supuesto previsto en el literal b del aludido artículo 3° y que se enuncia como: “demás actividades comerciales”, estableciendo con ello una tarifa de retención en la fuente para una actividad que no está regulada expresamente en las normas de rango superior”.*

En consecuencia, es claro para el Tribunal que el referido Decreto 118 de 2005 fue expedido bajo un supuesto de extralimitación de funciones por parte del Alcalde Mayor de Bogotá D.C., y que además el mismo vulnera normas

superiores como la Carta Política, el Acuerdo 65 de 2002 y el Decreto 352 de 2002.

De la anterior decisión se apartó el Magistrado Dr. Fabio O. Castiblanco Calixto puesto que no consideró pertinente la medida provisional ya que primero se debe estudiar el régimen tributario distrital para determinar la existencia o no de algún Acuerdo municipal que establezca tarifa alguna para los ingresos provenientes de dividendos y/o participaciones.

RECURSO DE APELACION

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la referida providencia, señalando que: no existe contradicción entre el Decreto 118 de 2005 y las normas superiores pues éstas se complementan, las normas invocadas como vulneradas indican el marco sobre el cual se debe practicar la retención, mientras que el Decreto demandado ordena a los agentes de retención efectuarla para los ingresos por dividendos y/o participaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como reiteradamente lo ha sostenido esta Corporación, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos es una medida de carácter excepcional, y como tal, para su viabilidad se requiere el cumplimiento estricto y riguroso de todos y cada uno de los requisitos expresamente previstos en la ley, esto es, en el artículo 152 del C.C.A.

En efecto, la manifiesta infracción de las normas invocadas como fundamento de la solicitud, debe ser de tal entidad que el juez, sin necesidad de efectuar estudios profundos o análisis que desborden el texto de las normas que se estiman vulneradas, observe dicha violación, por ser evidente o palmaria, conforme la exigencia de la manifiesta infracción, que prevé el numeral 2 del artículo 152 del C.C.A.

Una vez realizada la anterior aclaración, se debe resaltar que el Decreto 118

de 2005 proferido por el Alcalde mayor de Bogotá D.C., en sus artículos 1° y 2°, ya había sido objeto de solicitud de suspensión provisional. En esa oportunidad, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de Auto del 8 de septiembre de 2005 decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 1° del mencionado Decreto toda vez que encontró una manifiesta violación del mismo con las normas superiores. Esta decisión fue apelada por el Distrito Capital.

Mediante auto del 6 de abril de 2006, el Consejo de Estado, Sección Cuarta, M.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, confirmó la providencia del Tribunal que decretó la suspensión provisional del artículo primero del Decreto 118 de 2005, precisando en la parte motiva:

“Resulta suficiente como sustento de la medida provisional tomada considerar que mientras el artículo 8 del Acuerdo 65 de 2002, al tratar sobre las circunstancias bajo las cuales se efectúa la retención en la fuente, prevé perentoriamente que las retenciones se aplicarán al momento del pago o abono en cuenta por parte del agente de retención, lo que ocurra primero, siempre y cuando en la operación económica se cause el impuesto de industria y comercio en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, la norma demandada expedida por el Alcalde no trae tal limitación, lo que implicaría que no importa el lugar de causación del impuesto, siempre se haría la retención, teniendo en cuenta, tan sólo el domicilio de la empresa receptora de la inversión”.

Como consecuencia de la referida providencia, al estar suspendidos los efectos del artículo 1° del Decreto 118 de 2005, en la práctica también perdió fuerza ejecutoria la tarifa consagrada en el artículo 2°¹ del mencionado Decreto puesto que no se puede efectuar la retención en la fuente del Impuesto de Industria y Comercio sobre los dividendos y/o participaciones, cuando estos sean pagados o abonados en cuenta en calidad de exigibles a sus accionistas o socios, y por tanto no se puede aplicar la tarifa señalada en

¹ El artículo 2° del Decreto 118 de 2005 estableció una tarifa de 11.04% para la retención de los ingresos por dividendos y/o participaciones.

la norma que se demanda.

En razón al Principio de Seguridad Jurídica y teniendo en cuenta la decisión de la Sala se confirmará la suspensión provisional de los efectos del artículo 2° del Decreto 118 de 2005.

En relación con el artículo 4° del Decreto 118 de 2005 “*por el cual se implementa la retención en la fuente por percepción de dividendos y participaciones en el impuesto de industria y comercio y se dictan otras disposiciones*” (se subraya), la Sala observa que su contenido se limita a advertir de manera general que no deben presentar declaración del Impuesto de Industria y Comercio los contribuyentes del régimen simplificado cuyo impuesto resulte igual a las retenciones en la fuente que se practiquen, precepto que no contradice *Prima facie* lo dispuesto en las normas invocadas, ni fijó tarifa alguna del tributo. Requiere además un análisis a la luz del Decreto 1421 de 1983, del alcance del Estatuto Tributario Nacional sobre la materia, estudio que no corresponde a esta instancia procesal.

En consecuencia se revocará parcialmente el auto del 11 de mayo de 2006 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar se negará la suspensión provisional de los efectos del artículo 4° del Decreto 118 de 2005.

En mérito de lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Cuarta,

RESUELVE,

- 1. REVÓCASE** parcialmente el numeral 2° del auto del 11 de mayo de 2006, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “B” y en su lugar se dispone:
- 2. DECRÉTASE** la suspensión provisional de los efectos del artículo 2°

del Decreto 118 de 2005.

3. NIÉGASE la solicitud de suspensión provisional de los efectos del artículo 4° del Decreto 118 de 2005.

4. En lo demás **CONFÍRMASE** el auto del 11 de mayo de 2006.

En firme esta providencia, regrese el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la sesión de la fecha.

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE
Presidente de Sección

LIGIA LOPEZ DIAZ

HECTOR J. ROMERO DIAZ

MARIA INES ORTIZ BARBOSA

RAÚL GIRALDO LONDOÑO
Secretario