

## MEMORANDO

MEM2021-28326-OAJ-1400

Bogotá D.C. martes, 21 de diciembre de 2021

**PARA:** Helmut Hernández Gómez, Coordinador Grupo Gestión Financiera y Contable.

**DE:** Jefe Oficina Asesora Jurídica

**Asunto:** Respuesta consulta relacionada a la retención de la contribución de contratos de obra pública.

Respetado señor Coordinador,

Esta Oficina recibió su escrito **MEM2021-11501-SAF-4040** del viernes 4 de junio de 2021, mediante el cual traslada la consulta radicada con la **PQRS-025619** del 29 de marzo del mismo año, promovida por el presidente de la empresa Gestión Energética S.A E.S. P -GENSA S.A, señor Tomy Jozame Amar, a través de la cual consulta lo relacionado con la contribución del 5% en los subcontratos de obra que se celebren para la ejecución del contrato principal, y así mismo, indaga si

1. *“¿La contribución de los contratos de obra pública se genera nuevamente al celebrarse el contrato de obra entre GENSA S.A. E.S.P. y el tercero con el que subcontrata la obra de qué trata el contrato GGC No. 651 de 2020 y, en consecuencia, GENSA S.A. E.S.P. está obligada a retener al contratista el monto de dicha contribución?”*

Sobre el particular, comedidamente me permito remitir para su conocimiento y respuesta al peticionario, copia del MEM2021-15820-OAJ-1400 del 11 de agosto de 2021 y el OFI2021-32733-OAJ-1400 de 17 de noviembre del mismo año, a través de los cuales esta Oficina se pronunció sobre una situación similar, los cuales le ayudarán dilucidar su inquietud, y en caso de persistir dudas, se le puede sugerir que se dirija a la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, como entidad especializada y rectora del tema tributario en Colombia.

Ahora bien, en cuanto a la inquietud relacionada con la:

2. "(...) "Responsabilidad fiscal y penal que eventualmente pueda recaer sobre el agente retenedor que habiendo recaudado la contribución a un tercero no la traslade a quien corresponde", me permito emitir respuesta, previas las siguientes consideraciones:

1. **Fundamentos legales, doctrinarios y jurisprudenciales:**

Teniendo en cuenta el segundo tema de consulta, relacionado con la responsabilidad fiscal y penal que pueda recaer sobre el agente retenedor que habiendo recaudado la contribución a un tercero no la traslade a quien corresponda, resulta relevante mencionar lo establecido en el artículo 402 de la Ley 599 del 2000, modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016, que reza:

**Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador:** *El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.*  
(Negrillas fuera del texto)

*En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguiente a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.*

*El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal prevista en este artículo.*

*Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.*

*PARÁGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar (...)*”.

## **2. conclusiones**

***(...) “Responsabilidad fiscal y penal que eventualmente pueda recaer sobre el agente retenedor que habiendo recaudado la contribución a un tercero no la traslade a quien corresponde” (...)***

El no pago de los dineros recaudados por concepto de contribuciones de los contratos de obra pública de que trata la Ley 1106 de 2006, puede dar lugar al adelantamiento de un proceso penal contra los administradores de la entidad retenedora por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, tal como lo establece el artículo 402 de la Ley 599 del 2000, modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 del 29 de diciembre de 2016 que tipifica dicha conducta.

## **3. Naturaleza del concepto.**

El presente concepto se emite en los términos del artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015, y por lo tanto, no compromete la responsabilidad del Ministerio, ni es de obligatorio cumplimiento o ejecución, es solo un criterio orientador.

Cordialmente,

**LUCÍA MARGARITA SORIANO ESPINEL**

Jefe Oficina Asesora Jurídica



Documento emitido por el Ministerio del Interior. Verifique su autenticidad en:  
<https://compromisos.mininterior.gov.co/consulta/?ID=3dzGcahjjZn7O971Q9a88Q==>

Elaboró: Yelena Cotes Martínez, Abogada Contratista OAJ - GAA  
Revisó: Life Armando Delgado, Coordinador Grupo Actuaciones Administrativas  
Aprobó: Lucía Margarita Soriano Espinel, Jefe Oficina Asesora Jurídica.

EXTMS21-00025691 PQRSD-025619 del 29 de marzo de 2021  
TRD 1400 1402 16 74