

21 FEB 2014

Bogotá, D. C.,

21 FEB 2014

MEMORANDO

PARA: JORGE ENRIQUE QUIROGA ALARCÓN
Subdirector Administrativo y Financiero

DE: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Solicitud de apoyo jurídico sobre retención en la fuente según Ley 1607 de 2012 y Decretos 099 de 2013 y 3032 de 2013

En atención a la solicitud de apoyo jurídico realizado a la Oficina Asesora Jurídica de la ANLA, sobre retención en la fuente conforme a lo dispuesto por la Ley 1607 de 2012 y los Decretos 099 de 2013 y 3032 de 2013, se responde:

1. Aplicación normativa a través de los principios tributarios

En el caso objeto de consulta, es necesario citar la aplicación de la normatividad sobre retención en la fuente a través de los principios constitucionales tributarios desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional de Colombia (CCC). En primer lugar se observa la aplicación del 'principio de legalidad' desarrollado en diferentes fallos por la CCC (por ejemplo, Sentencias C-776 de 2003 y C-594 de 2010), según el cual, se rige por la regla de "no hay tributación sin representación", es decir, que en los Estados modernos los ciudadanos y en definitiva los contribuyentes, tienen el derecho a pagar tan sólo aquellos impuestos que han sido definidos por la ley aprobada por su órgano legislativo (esto es, sólo el Congreso o el Parlamento), pero de igual manera compone un deber de pagar cargas económicas que serán destinadas al presupuesto nacional y al gasto público. Está considerado como un elemento central de los valores y principios

de democracia que exige además desde el punto de vista constitucional una racionalidad deliberativa y, por tanto, requiere de la legitimidad del Congreso^{1 2}.

Ahora bien, la CCC en Sentencia C-594 de 2010 ya referenciada, ha desarrollado el adicionalmente el principio de 'certeza tributaria' a través del cual se exige que el tributo sea fijado "directa y claramente" por la ley, las ordenanzas y los acuerdos fijen directa y claramente los elementos del gravamen. De acuerdo a esto, se ha mantenido en dicha jurisprudencia que si bien existe una reserva legal en materia tributaria, "la ley no agota toda la posibilidad jurídica sino que es el fundamento del proceso en el cual, obviamente, está la función ejecutiva, la que gira en torno a ley, ya que requiere autorización legal previa para actuar". Conforme a esto, la CCC ha indicado que, no siempre la reglamentación de los elementos del tributo cuando estos no están de manera expresa en la ley, conduce a la creación de un nuevo tributo y tampoco la ambigüedad legal, pues ante ello, pueden aplicarse las reglas generales de interpretación de la ley".

2. Aplicación expresa de las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1607 de 2012 y en los Decretos 099 y 3032 de 2013

Teniendo en cuenta que la reglamentación de la Ley 1607 de 2012 mediante la expedición de los Decretos 099 y 3032 de 2013, corresponde al desarrollo del principio de 'certeza tributaria', en primera instancia debe observarse su contenido en materia de retención en la fuente para empleados.

El artículo 14 hizo una adición al artículo 384 del Estatuto tributario de la siguiente manera:

"[...] No obstante el cálculo de retención en la fuente efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 383 de este Estatuto, los pagos mensuales o mensualizados (PM) efectuados por las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas, a las personas naturales pertenecientes a la categoría de empleados, será como mínimo la que resulte de aplicar la siguiente tabla a la base de retención en la fuente determinada al restar los aportes al sistema general de seguridad social a cargo del empleado del total del pago mensual o abono en cuenta".

Y el artículo 1º del Decreto 099 de 2013 establece lo siguiente:

¹ En materia de jurisprudencia constitucional, la CCC ha fundamentado decisiones bajo el principio de legalidad tributaria como en la declaratoria de inexistencia del gravamen sobre bienes y servicios de consumo básico. Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2003. Sentencia C-776 de 2003 [Norma acusada: Ley 788 de 2002 y contra los artículos 8, 29 (parcial), 34, 57, 69, 70, 71, 72, 73 74, 114 y 116 de la misma]. Bogotá D.C.: CCC.

² La CCC ha dicho que en materia tributaria, se aplicará el principio de legalidad "salvo los casos específicos de potestad impositiva del Gobierno en los estados de excepción, solo los organismos de representación popular podrán imponer tributos". Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2003. C-594 de 2010 [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 45 de la Ley 99 de 1993 y 54 de la Ley 143 de 1994]. Bogotá D.C.: CCC.

Conforme lo establece el artículo 383 del Estatuto Tributario, en concordancia con el artículo 384, la retención en la fuente aplicable por las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas, a las personas naturales pertenecientes a la categoría de empleados de conformidad con lo establecido en el artículo 329 del mismo Estatuto por: i) Pagos gravables, cuando provengan de una relación laboral o legal y reglamentaria o por concepto de pensiones de jubilación, invalidez, vejez, de sobrevivientes y sobre riesgos laborales de conformidad con lo establecido en el artículo 206, ii) Pagos o abonos en cuenta gravables, cuando se trate de relaciones contractuales distintas a las anteriores, corresponde a la que resulte de aplicar a dichos pagos o abonos en cuenta, según corresponda, la siguiente tabla de retención en la fuente"

A partir de la doctrina establecida en los Conceptos Jurídicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), se refieren algunas conclusiones al respecto que han sido planteadas en el Concepto No. 017857 del 26 de marzo de 2013³ (interpretación de autoridad), en los siguientes términos:

"...En materia de retención en la fuente por concepto de rentas de trabajo, con base en la interpretación armónica de los artículos 383 y 384 del Estatuto Tributario y del Decreto Reglamentario 00099 de 2013, se coligen las siguientes reglas:

1. Retención en la fuente para personas naturales pertenecientes a la categoría de empleados.

A los pagos o abonos en cuenta efectuados a las personas naturales residentes en el país, pertenecientes a la categoría de empleados les aplica a partir del 1º de enero de 2013, la tabla de retención en la fuente contenida en el artículo 383 del Estatuto Tributario reglamentado por el Decreto 00099 de 2013.

A partir del 1 de abril de 2013, **la retención en la fuente mensual sobre los pagos o abonos en cuenta efectuados a las personas naturales residentes en el país pertenecientes a la categoría de empleados**, cuyos ingresos totales en el año gravable inmediatamente anterior, sean iguales o superiores a cuatro mil setenta y tres (4.073) UVT, en ningún caso puede ser inferior a la que resulte mayor al aplicar la tabla del artículo 383 y la tabla del artículo 384 del Estatuto Tributario. ..." (resalto y subrayo)

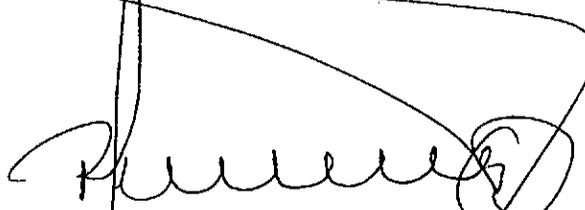
3. Conclusión sobre la aplicación de la normatividad sobre retención en la fuente de la Ley 1607 de 2012

Conforme a lo anterior es posible concluir que la reforma tributaria contenida en la Ley 1607 de 2012, hace referencia textual y expresa a la retención en la fuente para empleados del "**total del pago mensual o abono en cuenta**". Y conforme a esto, los Decretos reglamentarios 099 de 2013 y 3032 de 2013 deben ceñirse a esta disposición de carácter

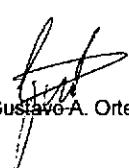
³ Interpretación doctrinal de la DIAN que ha sido reiterada en los Conceptos Nos. y 023299 del 22 de abril de 2013 y 025322 del 30 de abril de 2013.

legal, que además está citada dentro de sus consideraciones. Además, en el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina de la DIAN que sobre la vigencia de la Ley 1607 de 2012 establece a partir del "1 de abril de 2013, la retención en la **fuente mensual** sobre los pagos o abonos en cuenta efectuados a las personas naturales residentes en el país pertenecientes a la categoría de empleados", por lo cual, la retención en la fuente referida debe realizarse sobre la totalidad del ingreso mensual. Esto quiere decir que si en un solo mes se acumulan dos o más pagos, la retención aplica sobre la totalidad del ingreso de esa mensualidad, sin que le sea dable al agente retenedor efectuar distinciones o divisiones en el ingreso a pagar por corresponder a uno o varios períodos acumulados que estaban individualizados, pues la ley no lo dice y lo que ésta expresamente no lo señale no le es posible al operador efectuar distinciones.

Cordialmente,



ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA



Elaboró: Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA

20 FEB 2014

MEMORANDO

4120-3-7959-1

Bogotá, D.C.,

PARA: ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

DE: JORGE ENRIQUE QUIROGA ALARCÓN
Subdirector Administrativo y Financiero

ASUNTO: SOLICITUD CONCEPTO JURÍDICO

Cordial saludo,

En atención a las modificaciones introducidas por la Ley 1607 de 2012 – Reforma Tributaria, y sus decretos reglamentarios Nos. 099 de 2013, 1070 de 2013 y 3032 de 2013, en lo relativo a la aplicación de la Retención en la Fuente, se han generado varias interpretaciones sobre el método correcto para el cálculo de tal retención.

Una de las posiciones establece que, para determinar la base gravable sobre la cual debe aplicarse la tabla de retención en la fuente para ingresos laborales gravados de que trata el artículo 1 del decreto 099 de 2013, deben sumarse la totalidad de pagos o abonos en cuenta que se hacen a una determinada persona en un mismo periodo mensual, lo que genera una mayor cantidad de dinero retenida por concepto de retención en la fuente.

Ahora bien, la interpretación que da la Subdirección Administrativa y Financiera sobre el particular, y apoyándose en que no encontramos disposición alguna que establezca la acumulación mencionada anteriormente, es que cada pago debe ser liquidado de manera individual sin consideración alguna al periodo dentro del cual es obligado. Esto deriva en que, sin importar que a una determinada persona se le realice más de un pago en un determinado periodo mensual, los valores de los pagos a realizar no son acumulados resultando así en una menor base gravable y en un menor valor retenido.

Por lo anterior, me permito solicitarle se sirva emitir concepto sobre si al tramitar dos o más pagos o abonos en cuenta en favor de una misma persona, debe procederse a la acumulación o sumatoria de los pagos previo a la aplicación de la tabla de retención en la fuente para ingresos laborales gravados, o si cada pago o abono en cuenta debe tomarse de manera independiente, aplicando para cada uno de ellos la mencionada tabla.

Igualmente aprovechamos la ocasión para solicitar que la respuesta al presente sea dada en el menor tiempo posible toda vez que la misma es requerida para dar trámite a un número de cuentas que presentan esta particularidad.

Agradeciendo su acostumbrada colaboración,



JORGE ENRIQUE QUIROGA ALARCÓN
Subdirector Administrativo y Financiero

Elaboró: David Tinoco Rosales
Fecha: 20 de Febrero de 2014