**OFICIO Nº 067077**

**19-12-2014**

**DIAN**

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá, D.C.

100208221- 001469

 Ref: Radicado 6814 del 07/02/2014

Tema: Retención en la fuente

Descriptores: Tarifa por concepto de otros ingresos

Fuentes Formales: Estatuto Tributario art 401, Decreto 260/01, D. 2418/13

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, 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.

En el escrito de la referencia, remitido a esta dependencia por el Director Seccional de Popayán, solicita pronunciamiento de esta dependencia, en razón a que –según manifiesta- existe una contradicción entre el artículo 1 del decreto 2418 de 2013, que modificó la tarifa de retención por concepto de otros ingresos fijándola en 2.5% y el inciso 3 del artículo 408 del Estatuto Tributario que consagra la tarifa de 3.5% de retención por este mismo concepto, para los no contribuyentes.

Sobre el tema, el artículo 401 del Estatuto Tributario, señala:

“ARTÍCULO 401. RETENCIÓN SOBRE OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS. Sin perjuicio de las retenciones contempladas en las disposiciones vigentes a la fecha de expedición de la Ley 50 de 1.984, a saber: Ingresos laborales, dividendos y participaciones; honorarios, comisiones, servicios, arrendamientos, rendimientos financieros, enajenación de activos fijos, loterías, rifas, apuestas y similares; patrimonio, pagos al exterior y remesas, el Gobierno podrá establecer retenciones en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingreso tributario para el contribuyente del impuesto sobre la renta, que hagan las personas jurídicas y las sociedades de hecho.

<Inciso modificado por el artículo 18 de la Ley 633 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Los porcentajes de retención no podrán exceder del tres punto cinco por ciento (3.5%) del respectivo pago o abono en cuenta. En los demás conceptos, enumerados en el inciso anterior, se aplicarán las disposiciones que los regulaban a la fecha de expedición de la Ley 50 de 1984.

<Inciso modificado por el artículo 18 de la Ley 633 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 398 del Estatuto Tributario, la tarifa de retención en la fuente para los pagos o abonos en cuenta a que se refiere el presente artículo, percibidos por contribuyentes no obligados a presentar declaración de renta será el 3.5%. En los demás conceptos enumerados en el inciso 1o. de este artículo, y en los casos de adquisición de bienes o productos agrícolas o pecuarios sin procesamiento industrial, compras de café pergamino tipo Federación, pagos a distribuidores mayoristas o minoristas de combustibles derivados del petróleo, y en la adquisición de bienes raíces o vehículos o en los contratos de construcción, urbanización y, en general, de confección de obra material inmueble, se aplicarán las disposiciones que regulan las correspondientes retenciones.”

Esta disposición, fue reglamentada mediante el Decreto 260 de 2001, en el artículo 4 se reglamentó lo relativo a la retención en la fuente por concepto de otros ingresos, estableciendo la tarifa en el 3.5% del valor del pago o abono en cuenta:

“ARTÍCULO 4. La tarifa de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta por los pagos o abonos en cuenta que por los conceptos señalados en el inciso primero del artículo 51 del Decreto 1512 de 1985 efectúen las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las demás entidades y personas naturales que tengan la calidad de agentes retenedores, es el tres punto cinco por ciento (3.5%).

Los pagos o abonos en cuenta que correspondan a estos, conceptos, para los cuales existan tarifas de retención en la fuente señaladas en disposiciones especiales, seguirán rigiéndose por dichas tarifas.

(…)”

En cuanto a los contribuyentes no declarantes no era posible su reglamentación toda vez que la misma fue establecida legalmente mediante el artículo 18 de la ley 633 de 2000, que modificó el inciso 3 del artículo 401 del E.T. por ello el decreto solamente reguló la aplicable a los contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta.

Así lo señaló esta dependencia mediante el concepto especial de retención en la fuente No. 23562 de 2001 “… Mediante la Ley 633 de 2000, artículo 18 se incrementó el porcentaje de retención en la fuente por concepto de Otros Ingresos, contenida en el artículo 401 del Estatuto Tributario a la tarifa del 3,5% sobre el valor total del pago o abono en cuenta.

Esta tarifa es aplicable a todos los pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir un ingreso tributario para el beneficio, que a la fecha de expedición de la Ley 50 de 1984 no tenían una tarifa específica. (..)

(…) El porcentaje del 3,5% será aplicable a partir del primero de Enero del año 2001 para los beneficiarios del pago o abono en cuenta que tengan la calidad de contribuyentes No declarantes del impuesto sobre la renta y para los que ostenten la calidad de contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta esta tarifa será aplicable a partir del 20 de Febrero de 2001, fecha en que entró a regir el Decreto 260 de 2001

La tarifa de retención en la fuente de los pagos o abonos en cuenta efectuados a contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta entre el 1º. de Enero y el 19 de Febrero de 2001, se rige por lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 408 de 1995, es decir al 3%, toda vez que la tarifa para declarantes estaba sujeta a la expedición del decreto reglamentario …”

Posteriormente y teniendo en cuenta que la Ley 1607 de 2012, en su artículo 94, modificó el artículo 240 del Estatuto Tributario disminuyendo de 33% a 25%, la tarifa del impuesto sobre la renta, se expidió el decreto 2418 de 2013 y en el artículo 1 modificó el artículo 4 del decreto 260 de 2001, en cuanto a la tarifa de retención para los declarantes:

“ARTÍCULO 1o. Modifíquese el artículo 4o del decreto 260 de 2001, el cual quedará así:

“Artículo 4o. Retención en la fuente sobre otros ingresos. La tarifa de retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta por los pagos o abonos en cuenta que por los conceptos señalados en el inciso primero del artículo 5o del Decreto número 1512 de 1985 efectúen las personas jurídicas, las sociedades de hecho y las demás entidades y personas naturales que tengan la calidad de agentes retenedores, es el dos punto cinco por ciento (2.5%).

Los pagos o abonos en cuenta que correspondan a estos conceptos, para los cuales existan tarifas de retención en la fuente, señaladas en disposiciones especiales, seguirán rigiéndose por dichas tarifas.

PARÁGRAFO 1o. Cuando los pagos o abonos en cuenta incorporen el valor de impuestos, tasas y contribuciones, para calcular la base de retención en la fuente se descontará el valor de los impuestos, tasas y contribuciones incorporados, siempre que los beneficios de dichos pagos o abonos tengan la calidad de responsables o recaudadores de los mismos. También se descontará de la base el valor de las propinas incluidas en las sumas a pagar.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas para otros impuestos, los ingresos provenientes de las operaciones realizadas a través de instrumentos financieros derivados, estarán sometidos a una tarifa de retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta del dos punto cinco por ciento (2.5%).

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La tarifa a que se refiere el presente artículo será del uno punto cinco por ciento (1.5%) para los meses de noviembre y diciembre de 2013 …”.

**Sobre este particular manifiesta el consultante que el decreto 2418 de 2013 modificó la tarifa de retención en la fuente para los no declarantes del impuesto y que por ello existe contradicción entre esta norma reglamentaria y el artículo 401 del E.T. No obstante, este despacho no advierte la mencionada contradicción, por que tanto el decreto 260 de 2001, como el citado 2418 de 2013, solamente han regulado la tarifa de retención para los declarantes, en tanto que como ya se expresó, para los contribuyentes del impuesto sobre la renta NO declarantes, la tarifa se encuentra establecida en el inciso 3 del citado artículo 401 del ET y por ende no puede ser objeto de reglamentación.**

**Aclarado lo anterior, en cuanto a su inquietud respecto del procedimiento que debe adelantar el agente retenedor, para determinar si el beneficiario del pago es o no declarante del impuesto sobre la renta, hay que precisar que antes de la expedición del decreto 2418 de 2013, dado que la tarifa para unos y otros era el 3.5% no era necesaria comprobación alguna. A partir de la vigencia del decreto 2418 de 2013, dada la diferencia de tarifas, en efecto se requerirá definir cómo se adelantará esta comprobación; sin perjuicio de la misma, al agente retenedor podrá realizar esta comprobación mediante los diferentes medios de prueba consagrados los artículos 175 y ss del Código General del Proceso, que le anexa el beneficiario del pago, tales como certificado de ingresos del año anterior, o declaración de renta, o manifestación sobre la condición de no declarante y demás, que puedan dar certeza de la condición de declarante o no del impuesto.**

Atentamente,

YUMER YOEL AGUILAR VARGAS

Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_