**OFICIO Nº 1921 [019363]**

**05-08-2019**

**DIAN**

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

100208221 001921

Bogotá, D.C.

**Ref:** Radicado 100040308 del 18/06/2019

**Tema** Régimen Unificado de Tributación SIMPLE

**Descriptores** Sujetos que no pueden optar por el Impuesto

**Fuentes formales** Artículos 903 inciso 2, 906 numeral 4 y 911 del Estatuto Tributario

Cordial saludo, señora Rojas:

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, *por el cual se modifica la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales* es función de esta Subdirección absolver de modo general las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias.

No es de nuestra competencia emitir conceptos sobre procedimientos específicos o actuaciones particulares concretas que deban adelantar los contribuyentes frente a obligaciones previstas en el Estatuto Tributario.

A continuación, se da respuesta a los interrogantes formulados sobre la interpretación de los artículos 903 inciso 2, 906 numeral 4 y 911 del estatuto tributario referentes al Régimen de Tributación Simple creado por la Ley 1943 de 2018, *por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones.*

*I. El contratante entendido como un tercer sujeto, al momento de la prestación de un servicio de subordinación, manteniendo una relación laboral por parte de este socio y/o Administrador ¿se remite directamente a una vinculación a través de un contrato de trabajo o trae consigo la remisión a aquellos contratos por prestación de servicios?*

Se precisa que la restricción prevista en el numeral 4 del artículo 906 del Estatuto Tributario opera para las sociedades cuyos socios o administradores tengan relación laboral con otra sociedad. (Ver Oficio 8756 de 2019); no para los socios.

A continuación, se transcribe el numeral:

***“ARTÍCULO 906. SUJETOS QUE NO PUEDEN OPTAR POR EL IMPUESTO UNIFICADO BAJO EL RÉGIMEN SIMPLE DE TRIBUTACIÓN (SIMPLE).*** *<Artículo adicionado por el artículo 66 de la Ley 1943 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> No podrán optar por el impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación (Simple): (...) 4. Las sociedades cuyos socios o administradores tengan en sustancia una relación laboral con el contratante, por tratarse de servicios personales, prestados con habitualidad y subordinación.”*

La disposición se refiere tanto a contratos de trabajo formalmente constituidos como a *contratos que no se encuentren formalizados como tal* (Oficio 8756 de 2019) pero que con base en la primacía de la realidad sobre las formalidades y por contener los elementos constitutivos de la relación laboral: *prestación personal del servicio, remuneración y subordinación* son *contrato de trabajo realidad.*

Lo anterior se concluye con fundamento en el objetivo de la Ley 1943 de 2018 de combatir los índices de informalidad laboral y en que las características de *habitualidad y subordinación* son propias del contrato de trabajo.

*II. En caso de que no se remita a los contratos por prestación de servicios, ¿pueden subsistir simultáneamente varios contratos por prestación de servicios de estos socios y/o Administradores y aun así la sociedad podrá acogerse al Régimen Simple de Tributación?*

Teniendo en cuenta que, como se dijo anteriormente, el numeral 4º no se refiere a los contratos de prestación de servicios debe concluirse que pueden concurrir varios de esta modalidad porque la ley tampoco creó prohibición alguna al respecto; lo importante es que en ninguno de esos contratos se cumpla con los requisitos de la relación laboral. Es necesario que la relación no solo esté formalmente constituida como prestación de servicios, sino que sus elementos esenciales como la autonomía e independencia, el margen de discrecionalidad y la asunción de riesgos no puedan ser desvirtuados para convertirse en contrato realidad.

*III. ¿Si un socio y/o accionista es pensionado y tiene vínculo con otra sociedad que ya se encuentra acogida al Régimen Simple de Tributación, este socio puede acogerse al régimen SIMPLE con normalidad?*

Para ser sujeto pasivo del Régimen Simple se tienen que cumplir todas las condiciones establecidas en el artículo 905 del estatuto tributario y no puede tratarse de ningún sujeto de los descritos en el artículo 906 *ibídem.* Si suponemos que el pensionado cumple unas y otras condiciones, la circunstancia de ser socio y/o accionista no constituye impedimento de acuerdo con los artículos citados.

Con respecto al vínculo con otra sociedad del Régimen Simple, el contribuyente deberá determinar si efectivamente cumple con los requisitos o si, por el contrario, se encuentra frente a una relación laboral, legal o reglamentaria.

*IV. ¿Teniendo en cuenta que no son agentes de retención quienes se acogen, cómo se depura la base para la determinación de los dividendos gravados y no gravados de conformidad con el artículo 49 del Estatuto Tributario de aquellos socios y/o administradores que se van a acoger al Régimen Simple de Tributación?*

Deberá utilizarse el procedimiento previsto en el artículo 49 del Estatuto Tributario; así está previsto en el artículo 1.5.7.5.1. del proyecto de Decreto *por el cual se reglamentan los artículos 555-2 y 903 al 914 del Estatuto Tributario, se modifica y adiciona el Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, y se adiciona el Decreto 1068 de 2015 Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público,* el cual se encuentra publicado en el home de la página web del Ministerio de Hacienda. Aclaramos que esto solo es un proyecto de Decreto y deberá esperarse a la versión final del mismo.

*V. ¿Cómo se debe realizar la retención en la fuente de aquellos contribuyentes que se acogen al Régimen Simple de Tributación si no están obligados sino solo por pagos laborales?*

De acuerdo con el artículo 911 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 66 de la Ley 1943 de 2018, los contribuyentes del impuesto unificado bajo el Régimen Simple de Tributación no están sujetos a retención en la fuente.

También puede consultarse el artículo 1.5.7.3.8. del proyecto de Decreto *por el cual se reglamentan los artículos 555-2 y 903 al 914 del Estatuto Tributario, se modifica y adiciona el Decreto 1625 de 2016 Único Reglamentario en Materia Tributaria, y se adiciona el Decreto 1068 de 2015 Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público,* el cual se encuentra publicado en el home de la página web del Ministerio de Hacienda, sobre Retenciones en la fuente a título de cualquier impuesto a contribuyentes del SIMPLE.

*VI. Si bien el artículo 1.5.7.5.1 contempla que para el cálculo de utilidades susceptibles de ser distribuidas como no constitutivas de renta ni ganancia ocasional a contribuyentes del impuesto sobre la renta, deberán utilizar el procedimiento del artículo 49 ET para lo cual establecerán en forma teórica aquellos elementos requeridos en la determinación susceptibles de ser gravados con el impuesto sobre la renta. ¿Se puede elaborar la declaración de renta por régimen ordinario a fin de establecer lo dispuesto en el art. 49 ET?*

Lo que pretende el artículo 1.5.7.5.1 del proyecto de Decreto es que la sociedad recurra a la metodología señalada en el artículo 49 del Estatuto Tributario para determinar los dividendos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional; como se trata de sociedades que pertenezcan al SIMPLE la declaración no podría ser efectuada por el régimen ordinario.

Atentamente,