



www.dian.gov.co

Dirección de Gestión Jurídica

Bogotá, D.C. **05 MAYO 2015**
100202208- **0410**

Doctora
VILMA RUBIO PARRA
vrubio@procuraduria.gov.co
Asesora Secretaria General
Procuraduría General de la Nación
Carrera 5ª nro. 15 - 60
Bogotá D.C.

DIAN No. Radicado 000S2015013090
Fecha 2015-05-07 11:44:59
Remitente DIR GES JURIDICA
Destinatario PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION
Anexos 0 Folios 4



COR-000S2015013090



Al responder por favor citese este numero 20158000592502

Fecha Radicado 2015-05-12 08:37:1 Radicador: MTIRADO
Folios 4 Desc. Anexos
AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

Ref: Radicado 0452 del 15/12/2014

Tema	Retención en la fuente
Descriptores	Retención en la Fuente por Ingresos Laborales
Fuentes formales	Estatuto Tributario, artículos 395 y 401-3; Circulares Externas Nos. 10 y 12 de 2014 de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

De conformidad con el artículo 19 del Decreto 4048 de 2008, es función de ésta Dirección absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la Entidad, ámbito dentro del cual será atendida su petición.

Solicita en el escrito de la referencia, emitir concepto sobre la retención en la fuente que se debe aplicar a la indexación de valores a cancelar, ordenados por sentencia judicial por concepto de pago de salarios o sueldos retroactivos, por reintegro del trabajador o por diferencias dejadas de cancelar, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 5.1 de la Circular Externa No. 10 de 2014, emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por la cual se dan "Lineamientos sobre pago de intereses de mora de sentencias, laudos y conciliaciones".

Pregunta igualmente, si la indexación hace parte del valor de la indemnización total (salarios más la indexación) y por lo tanto se le aplica retención en la fuente del 20% a todo, incluyendo la indexación, o si por el contrario, se debe tomar al igual que los intereses moratorios ordenados por sentencia judicial, como rendimientos financieros (Concepto 046276 de junio de 2009) para lo cual se le aplicaría una retención en la fuente del 7%.

Sobre el particular se considera:

El numeral 5.1 de la Circular Externa No. 10 de 2014, emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado señala:

"5. LINEAMIENTOS SOBRE ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL PAGO

5.1 Los intereses que se causen por la mora en el cumplimiento de una sentencia judicial, están sometidos a retención en la fuente a título de renta por concepto de rendimientos financieros, tal y como lo señaló la DIAN, en el Concepto número 046276 de junio 8 de 2009. En este caso, la tarifa aplicable será del 7% sobre los intereses y también sobre la indexación de los montos adeudados."

Posteriormente, la Circular Externa 12 de 2014, dio alcance a la Circular Externa No. 10 del mismo año, señalando:

"...1.2. En la Circular se hizo referencia a los conceptos generales que la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales ha emitido sobre las retenciones aplicables a los rendimientos financieros de los créditos judiciales y que sirven de guía para la liquidación de créditos judiciales.

1.3. Para el caso de los créditos judiciales derivados de conflictos laborales es importante que las entidades conozcan y apliquen los conceptos emitidos por la DIAN para esos temas especiales, sin desconocer los lineamientos generales señalados en la Circular 10 de 2014.

2. LINEAMIENTOS SOBRE EL PAGO DE CRÉDITOS JUDICIALES

2.1. En cuanto a la liquidación de sentencias judiciales derivadas de una relación laboral.

"La norma aplicable para la retención en la fuente por liquidación de sentencias judiciales derivadas de una relación laboral como lo son, la nivelación salarial, reconocimiento y revisión de prima técnica y reintegros, es el artículo 401-3 del E.T. que dispone: "Las indemnizaciones derivadas de una relación laboral o legal y reglamentaria, estarán sometidas a retención por concepto de impuesto sobre la renta, a una tarifa del veinte por ciento (20%) para trabajadores que devenguen ingresos superiores al equivalente de doscientas cuatro (204) Unidades de Valor Tributario (UVT), sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 488 de 1998". DIAN, Concepto 002732 de 15-09-2014"

Como se advierte, el numeral 5.1. de la Circular Externa No. 10 de 2014, fija unos parámetros para el pago de intereses por mora en el cumplimiento de una sentencia judicial, determinando que la tarifa aplicable es del 7% por concepto de rendimientos financieros, como lo manifestó la Dirección de Gestión Jurídica en el Oficio 046276 de 2009 en el que sostuvo:

"...Ahora bien, el artículo 395 del Estatuto Tributario, establece retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen las personas jurídicas y sociedades de hecho, por concepto de rendimientos financieros, tales como, intereses, descuentos, beneficios, ganancias, utilidades y, en general, lo correspondiente a rendimientos de capital o a diferencias entre valor presente y valor futuro de éste, cualesquiera sean las

condiciones o nominaciones que se determinen para el efecto.

Como se observa, la norma tributaria no señala expresamente los intereses moratorios pagados por el retardo en el cumplimiento de una sentencia judicial, pero si establece la retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen los agentes retenedores por concepto de intereses, sin hacer distinción alguna al tipo, origen ni naturaleza del interés.

...En consecuencia, al no estar expresamente señalados como ingresos exentos o no constitutivos de renta ni ganancia ocasional, los intereses de mora generados por el retardo en el pago de sentencias judiciales, cuyos pagos son efectuados por las personas jurídicas o naturales que actúan como agentes de retención en la fuente, están sujetos a retención en la fuente a título de impuesto a la renta y complementario, por concepto de rendimientos financieros, siéndoles aplicables la tarifa del 7%. (Art 3o Dcto 3715/86). No obstante, cuando los intereses por el no pago oportuno de sentencias judiciales, corresponda como en el caso inicialmente referido en la sentencia 11891 de 2001, a ingresos laborales exentos así como sus intereses, la sanción moratoria también se encuentra exenta...".

Los intereses moratorios a los que hace referencia el Oficio previamente transcrito, son los pagados como consecuencia del retardo en el cumplimiento de una sentencia judicial, sentencia que puede ordenar entre otros aspectos, la indexación de los valores en ella reconocidos, indexación que de no ser pagada de manera oportuna, dará lugar al pago de intereses moratorios, sometidos a retención en la fuente a título de impuesto sobre la renta y complementarios, por concepto de rendimientos financieros a la tarifa vigente.

Es de anotar en este punto, que la mora y la indexación son conceptos diferentes, tienen su origen en causas diferentes, la mora es el interés que se debe pagar por el no pago oportuno de una obligación, en tanto que la indexación es la actualización de la deuda a valores reales – actuales, considerando que el valor inicial de la misma se ve afectado por la pérdida del valor de la moneda con el transcurso del tiempo.

En torno a las diferencias existentes entre la mora y la indexación, se pronunció la Honorable Corte suprema de Justicia (Sala civil), en Sentencia 00161 de mayo 13 de 2010, MP Edgardo Villamil Portilla, en la que sostuvo:

(...)

2. En verdad, uno y otro concepto —indexación y mora— obedecen a causas jurídicas diferentes, que hacen que su naturaleza no resulte asimilable.

2.1. En efecto, la mora es la situación en que se coloca el deudor tras su incumplimiento y siempre que, además, se dé alguno de los supuestos del artículo 1608 del Código Civil, evento a partir del cual se autoriza al acreedor para reclamar el pago de los perjuicios que haya podido sufrir (arts. 1610 y 1615 ibídem). Desde luego que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por el deudor, o dicho de otro modo, "la mora del deudor... consiste en "el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel" (Casación, jul. 19/36, G.J. T. XLIV, pág. 65)... y "... supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, ...

... 2.2. Mientras tanto, la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998...

La H. Corte Constitucional a su vez, en Sentencia C-892 de dos (2) de diciembre de dos mil nueve (2009), expediente D-7742, Magistrado Ponente: Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, al decidir la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 29 (parcial) de la Ley 789 de 2002 "por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo del Trabajo, refiriéndose a los conceptos de indemnización moratoria e indexación manifestó:

"...19.2. En segundo término, la afectación desproporcionada de los derechos del trabajador por la exclusión de indemnización moratoria o los intereses supletorios para determinadas acreencias laborales es apenas aparente, puesto que esas modalidades de indemnización no son la única vía para garantizar la actualización de las sumas debidas. En efecto, en los casos que no proceda la indemnización moratoria o los citados intereses, bien porque la acreencia debida no se circunscriba al concepto "salarios o prestaciones en dinero" o porque en el caso concreto se haya demostrado que el patrono incumplió de buena fe, esto es, sin tener conciencia de adeudar la suma correspondiente, en cualquier caso procede la indexación o corrección monetaria respecto de los montos adeudados, ello con el fin de evitar que la desactualización de la moneda constituyan una carga irrazonable contra el trabajador demandante. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, ha indicado que en cada evento concreto deberá evaluarse cuál es el mecanismo más adecuado para garantizar el poder adquisitivo del trabajador...

...
Bajo estos mismos supuestos, la Sala de Casación Laboral ha considerado que la indexación es un instrumento objetivo, aplicable para toda modalidad de ingreso laboral, cuya aplicación resulta obligatoria en los casos en que la ocurrencia simultánea del paso del tiempo y los efectos de una economía inflacionaria, desmejoren el valor presente de la acreencia debida al trabajador. Así, se ha dicho que "... es claro que para esta Sala las normas que la recurrente cita como indebidamente aplicadas sirven de fundamento jurídico a los jueces para disponer la actualización de condenas de sumas debidas y no canceladas oportunamente. || En efecto, se ha dicho: "Evidentemente uno de los objetivos perseguidos por la indexación es el que las acreencias laborales susceptibles de tan equitativa figura se solucionen actualizadas, para que no se presente ninguna mengua en su poder adquisitivo. Por ello se ha aceptado jurisprudencialmente que en tales casos la corrección monetaria es procedente, según algunos, como factor de daño emergente por el perjuicio que sufre el titular del derecho por el no cumplimiento oportuno del deudor de la obligación a su cargo, y según otros como actualización dineraria." (Sentencia de 21 de noviembre de 2001, radicación 16476).||

... Es por ello que ese reajuste no implica variación de la moneda con que debe ser cubierta la respectiva obligación, sino la actualización de su valor, en forma tal que con la cantidad de signos monetarios colombianos de hoy se satisfagan las acreencias del acreedor en los mismos términos que cuando debieron pagársele. || De modo que en lo resuelto hasta el presente por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral el reconocimiento de la indexación ha supuesto la existencia de la deuda, ya exigible e impagada, a la cual, con los

elementos de prueba que se alleguen durante la actuación, por iniciativa de las partes o de oficio por el juzgador, pueda concretarse el monto de la corrección monetaria en proporción a la pérdida del poder adquisitivo del dinero.|| Es decir, que la evolución del mecanismo de la indexación laboral ha permitido aplicarlo cuando se trata de acreencias laborales insatisfechas exigibles con anterioridad a la fecha de su solución, por ser indiscutible que si la justicia no acude a restablecer ese derecho, las consecuencias de la depreciación monetaria actúan de forma demoledora sobre la obligación social, permitiendo un enriquecimiento sin causa en el deudor..."

La misma Corporación en Sentencia T-007 de dieciocho (18) de enero de dos mil trece (2013), expedientes T- 3.496.735 y T-3.578.059, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en relación con la indexación como un factor o modalidad del daño emergente, expresó:

"...La indexación ha sido definida como un "sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc."

... Cabe señalar que la Sección Segunda de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sostenía la tesis contraria y consideraba que no era posible la aplicación de la teoría de la indexación a las deudas laborales, a menos que estuviese expresamente consagrado por el legislador (Sentencia de 11 de abril de 1987). Sin embargo, en la Sentencia del 8 de abril de 1991 (proferida con anterioridad a la expedición de la Constitución el 7 de julio de 1991) se unifica la postura de la Sala Laboral y se dijo que la indexación era un factor o modalidad del daño emergente y que, por tanto, al disponer pago de los perjuicios compensatorios que se encontraban tasados expresamente en el artículo 8º del Decreto 2351 de 1965, debía ser incluida para que la satisfacción de la obligación fuera completa..." (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con lo anterior, al constituir la indexación un factor del daño emergente, le es aplicable la retención en la fuente en indemnizaciones derivadas de una relación laboral o legal y reglamentaria, prevista en el artículo 401-3 del Estatuto Tributario en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 401-3. RETENCIÓN EN LA FUENTE EN INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE UNA RELACIÓN LABORAL O LEGAL Y REGLAMENTARIA. <Artículo adicionado por el artículo 92 de la Ley 788 de 2002. Valores en UVT que regirán a partir del 2007 establecidos por el artículo 2 del Decreto 379 de 2007. El nuevo texto es el siguiente:> Las indemnizaciones derivadas de una relación laboral o legal y reglamentaria, estarán sometidas a retención por concepto de impuesto sobre la renta, a una tarifa del veinte por ciento (20%) para trabajadores que devenguen ingresos superiores al equivalente de doscientas cuatro (204) Unidades de Valor Tributario (UVT), sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley 488 de 1998."

La retención en la fuente aplicable a los pagos derivados de bonificaciones o indemnizaciones por retiro del trabajador por despido injustificado, ha sido objeto de

pronunciamiento por parte de esta Dirección, entre otros a través de los Oficios 054164 de 10 de septiembre de 2014 y 062586 de 12 de noviembre del mismo año, los que por constituir doctrina vigente en la materia, adjuntamos en copia para su información.

Ahora bien, en cuanto a aquellos pagos que no tienen carácter indemnizatorio, como es el caso de los pagos por concepto de reconocimiento de prima técnica, cuya naturaleza es eminentemente salarial, que se causa con ocasión del servicio personal y es retributivo del servicio prestado, a estos les será aplicable la retención en la fuente sobre salarios y demás ingresos originados en la relación laboral o legal y reglamentaria. (Oficios 049832 de 2013 y 062586 de 2014).

Sobre la naturaleza salarial de la prima técnica, se pronunció el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", en sentencia con número de radicación: 73001-23-31-000-2000-03740-01(0021-05) de veintiocho (28) de septiembre de dos mil seis (2006), consejero ponente: Jaime Moreno García, en la que manifestó:

"...La prima técnica fue creada como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieren para el desempeño de cargos, cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o para la realización de labores de dirección de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo. Asimismo es un reconocimiento al desempeño en el cargo (D. L 1661 de 1991, art. 1°).

Desde su origen se definió la prima técnica como un porcentaje del salario que la entidad debe asignar según criterios propios y atendiendo las condiciones personales del funcionario. Por ello el artículo 4° del Decreto 1661 de 1991 y 10° del decreto reglamentario 2164 de 1991 establecen que será "...un porcentaje de la asignación básica mensual ...".

A juicio de esta Sala, el derecho de Prima Técnica tiene naturaleza salarial.

Conviene precisar, que el concepto de salario ha sido definido en la ley laboral colombiana tradicionalmente, como la retribución por el servicio prestado. Por ello, todo pago recibido del empleador que además de tener un propósito retributivo constituya un ingreso personal del funcionario y sea habitual, tiene NATURALEZA salarial.

Esta precisión es particularmente trascendente tratándose de relaciones laborales de tipo legal y reglamentaria, pues para el empleado público, todo pago de NATURALEZA salarial, es decir, retributivo, habitual y que constituye parte del ingreso personal, debe considerarse salario para todos los efectos laborales y solo puede ser excluido válidamente como factor salarial -para la liquidación de ciertos derechos laborales- por una norma legal que expresamente así lo establezca.

...En este orden de ideas, el valor recibido como prima técnica es evidentemente retributivo del servicio prestado, en cuanto se causa con ocasión del servicio personal que cumple el empleado, pues remunera con un porcentaje adicional el mejor servicio representado en su competencia, por mejores títulos académicos o por una alta evaluación de su desempeño; constituye un evidente ingreso personal en cuanto se recibe para su beneficio y no como un

medio para el adecuado cumplimiento de las labores encomendadas; y es evidentemente habitual. En consecuencia, tiene carácter salarial por su propia naturaleza, sin importar que una norma expresa así lo establezca...".

Empero, el anterior pronunciamiento judicial debe interpretarse de manera conjunta con los Decretos Nacionales que determinan el Régimen salarial de los servidores públicos en lo que respecta a la naturaleza salarial o no de la prima técnica para estos funcionarios.

La retención en la fuente aplicable en los casos de nivelación salarial, también ha sido objeto de pronunciamiento de la Subdirección de Gestión de Normativa y Doctrina entre otros, a través del Oficio 049832 de 2013, Pregunta No. 1, del cual nos permitimos adjuntar copia para su inmediata referencia.

Finalmente, vale la pena recordar que de conformidad con lo establecido en el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, *"Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo."*

En este sentido, se aclara el oficio 002732 emitido por esta Dirección el 15 de septiembre de 2014.

En los anteriores términos se resuelve su solicitud y cordialmente le informamos que tanto la normatividad en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias, pueden consultarse en la página electrónica de la DIAN: <http://www.dian.gov.co> siguiendo los iconos: "Normatividad" - "técnica" y seleccionando los vínculos "Doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica".

Atentamente,



DALILA ASTRID HERNANDEZ CORZO
Directora de Gestión Jurídica

cc Dra. Adriana Guillen
Directora de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
Cra. 7 N° 75 -66 Piso 2.
BOGOTÁ
Mrc. R:Cnyd