

**COMENTARIOS SOBRE EL
CONCEPTO GENERAL UNIFICADO No. 0912 DEL 19 DE JULIO DE 2018
(ajustado mediante Concepto 915 de 2018)**

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS NATURALES

Por: Alejandro Delgado Perea¹

La Dian expidió el “CONCEPTO GENERAL UNIFICADO NO. 0912 DEL 19 DE JULIO DE 2018. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS NATURALES”. Dicho pronunciamiento aclara diversos tópicos que fueron modificados por la Ley 1819 de 2016 y reglamentados por el Decreto 2250 de 2017. También recoge y precisa los pronunciamientos que la Administración había emitido sobre el tema.

Luego de una revisión del texto del Concepto, hay algunos apartes que, desde nuestro punto de vista, no se ajustan al ordenamiento jurídico en vigor. En este documento se comenta sobre ellos.

Concepto de la Dian	Comentarios
<p>1.1. Entidades Controladas del Exterior.</p> <p>Las rentas pasivas de las ECE “deberán ser declaradas en la correspondiente cédula, según el origen de la renta, y que respecto de estas rentas procederán las reglas de realización de ingresos, costos y deducciones, de que tratan los artículos 886, 887 y 888 del E.T.”</p>	<p>1. No se aclara si las PN deben realizar los ingresos obtenidos por la ECE por devengo (art. 28) o caja (art. 27). Los art. 886 y siguientes no son claros en su redacción:</p> <p style="margin-left: 40px;">Art. 886. Realización de los ingresos. Los ingresos pasivos obtenidos por una ECE, se entienden realizados en cabeza de los residentes fiscales colombianos [...] que, directa o indirectamente, controlen la ECE, <u>en el año o período gravable en que la ECE las realizó</u>, en proporción a su participación en el capital de la ECE o en los resultados de ésta última, según sea el caso, <u>de acuerdo con los artículos 27, 28, 29 de este Estatuto</u>.</p>

¹ El comentarista es socio de Tax & Legal de Global Consulting SAS y catedrático e investigador del Departamento de Derecho Fiscal de la Universidad Externado de Colombia. Los comentarios incluidos en este documento no comprometen la opinión de dichas entidades.

Concepto de la Dian	Comentarios
	<p>¿Se debe entender que las PN obligadas a llevar contabilidad realizan los ingresos de la ECE por devengo (art. 28), y las que no lo están deben realizar el ingreso según el art. 27?</p> <p>¿Se debe realizar el ingreso teniendo en cuenta si la ECE está sujeta a sistema de devengo o caja?</p> <p>La respuesta a estas preguntas tiene complejas implicaciones operativas y fiscales.</p> <p>2. Recordemos que sobre este tema la Dian expidió el Concepto Unificado del Régimen ECE (Conc 9193 de 2018), en el que tampoco precisó este tema.</p>
<p>1.4. ingresos por comisiones</p> <p>“Así las cosas, si los ingresos por comisiones reúnen estas condiciones [2+ personas vinculadas, 90+ días...] en el desarrollo de la actividad, labor o trabajo, <u>podrán</u> ser tratados como rentas no laborales”.</p>	<p>No es opcional. Se <u>deben</u> tratar como no laborales.</p>
<p>1.5. ¿En qué cédula se incluyen los intereses sobre cesantías y los rendimientos provenientes de aportes de Fondos de Pensión Voluntaria (FPV)?</p> <p>“De cara al sistema de determinación del impuesto sobre la renta, el artículo 338 del E.T. establece: ‘Son ingresos de esta cédula los obtenidos por concepto de intereses, rendimientos financieros, arrendamientos, regalías y explotación de la propiedad intelectual.’, sin que distinga la fuente de donde provengan estos</p>	<p>Los intereses de cesantía deben incluirse en la cédula de rentas de trabajo.</p> <p>a. Los intereses sobre cesantías, más allá de su simple denominación como “intereses”, son una prestación social creada en el art. 1 de la Ley 52 de 1975, subrogado por el art. 99 Ley 50 de 1990. Las prestaciones sociales fueron definidas por la CSJ:</p> <p>[...] las prestaciones a cargo del empleador, se dividen en comunes y especiales. Las comunes son aquellas que deben ser asumidas por todo empleador, al margen de su condición de persona natural o jurídica, o el capital que conforma la empresa, y que refieren a las prestaciones por accidente y enfermedad profe-</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
<p>valores, razón por la cual <u>es preciso concluir que a esta cédula corresponden los intereses sobre cesantías y los rendimientos provenientes de aportes de FPV</u>".</p>	<p>sional, auxilio monetario por enfermedad no profesional, calzado y vestido, protección a la maternidad, auxilio funerario y auxilio de cesantía. [...]. (CSJ, Sentencia C-892/09).</p> <p>En fallo del 18 de julio de 1985, Rad. 10515, la Sala Laboral de la CSJ expresó:</p> <p>Prestación social es lo que debe el patrono al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, <u>por ministerio de la ley</u>, o por haberse pactado en convenciones colectivas o en pactos colectivos, o en el contrato de trabajo, o establecida en el reglamento interno de trabajo, en fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Se diferencia del salario en que no es retributiva de los servicios prestados y de las indemnizaciones laborales en que no repara perjuicios causados por el patrono [...]. (Citado en la decisión de la CSJ, Sala de Casación Laboral, Rad. 41793, 11-May-2010).</p> <p>Los intereses de cesantía son una de las varias obligaciones prestacionales que, según la ley, tiene el empleador con su empleado, y que se origina en la relación laboral, es decir, en la prestación del servicio personal del empleado.</p> <p>b. Los intereses de cesantía, como prestación social, deben registrarse en la cédula de rentas de trabajo. En nuestra opinión, clasificarlos como rentas de capital por su mera denominación no es acertado, ya que desconoce su esencia -su naturaleza- legal. El legislador pudo haberlos denominado, por decir cualquier nombre alterno, "dividendos a las cesantías", y no por ello habría que clasificarlos en las rentas de dividendos.</p> <p>En efecto, según los art. 335 y 103 del Estatuto Tributario (ET), "<i>Se consideran rentas exclusivas de trabajo, las obtenidas por personas naturales por concepto de salarios, comisiones, <u>prestaciones sociales</u>, viáticos, gastos de representación, honorarios, emolumentos eclesiásticos, compensaciones recibidas por el trabajo asociado cooperativo y, en general, las compensaciones por servicios personales</i>". (Se subraya)</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
	<p>Igualmente es claro el art. 206 ET reza:</p> <p>Art. 206. <u>Rentas de trabajo</u> exentas. Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de <u>los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria</u>, con excepción de los siguientes:</p> <p>[...]</p> <p>4. El auxilio de cesantía y <u>los intereses sobre cesantías</u>, siempre y cuando sean recibidos por trabajadores cuyo ingreso mensual promedio en los seis (6) últimos meses de vinculación laboral no exceda de 350 UVT. (Se subraya)</p> <p>No queda duda, entonces, de que el ET, tanto al definir las rentas cedulares de trabajo como al precisar cuáles <u>rentas de trabajo</u> son exentas, incluye entre ellas a los intereses sobre cesantía.</p> <p>c. En el numeral 1.19 del Concepto Unificado que se comenta en este escrito la Dian afirma, en relación con las cesantías y los intereses sobre cesantías, que “<i>supone su inclusión en la cédula de rentas de trabajo, de acuerdo a lo señalado en el artículo 335 del E.T.</i>” Esto último, en nuestro sentir, es correcto, y contradice la conclusión del numeral 1.5 en relación con la clasificación celdular de los intereses de cesantía.</p>
<p>1.12. Aportes de independientes a ARL</p> <p>“[...] este despacho interpreta que el tratamiento de [los aportes a ARL realizados por independientes] debe guardar concordancia con lo dispuesto para los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones, esto es, <u>considerarlos como no constitutivo de renta ni ganancia ocasional por parte de la persona natural que los realiza.</u>”</p>	<p>La ley no prevé que la suma aportada por el contribuyente independiente a las ARL pueda ser tratada como INCRGO. Por tanto, no hay lugar a esta amonización al depurar las rentas cedulares.</p> <p>En todo caso, mientras este concepto no sea revocado, un contribuyente podrá depurar sus ingresos con aporte que haga a la ARL. La Dian no podrá cuestionar una declaración amparada en el pronunciamiento de la Administración, según lo dispone el art. 264 de la Ley 223 de 1995 y lo ha ratificado la jurisprudencia (p. e., la Sentencia del C.E. 16316 de 2009).</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
<p>Una conclusión diferente, esto es, no darle el tratamiento de ingreso no constitutivo de renta ni de ganancia ocasional vulneraría derechos de rango constitucional y no justifica la <u>desigualdad en el trato de aportes que persiguen la misma finalidad</u>, que es contribuir a los tres componentes del sistema de seguridad social integral (pensiones, salud y riesgos laborales) [...]”. (Se destaca)</p>	<p>Si bien el Concepto se traduce en un evidente beneficio para el contribuyente, no coincidimos con lo conceptuado:</p> <p>a. en primer lugar, los beneficios tributarios son excepcionales, taxativos y restrictivos. No se pueden extender por analogía, y no es dable asimilar un concepto a otro. Sobre este punto abunda la jurisprudencia y la doctrina.</p> <p>b. de otra parte, no hay forma de argumentar violación al principio constitucional de desigualdad (art. 13 C. P.) o de equidad (art. 363 C. P.), porque estos conceptos se predicán de los contribuyentes y no de las rentas.</p> <p>c. no vemos cuáles son los “derechos de rango constitucional” que, según el concepto, se han vulnerado desde 1993 (cuando se creó el SSS), por no haberle permitido al partícipe independiente aminorar su renta líquida con lo aportado a ARL (antes ARP). De hecho, en los últimos 25 años el legislador ha dado diversos tratamientos tributarios a los aportes al SSS. Incluso, en una misma ley se han calificado en forma distinta los aportes a salud y a pensiones (el uno como deducción y el otro como renta exenta, por ejemplo), y no ha habido un solo fallo de inconstitucionalidad de las normas aplicables.</p> <p>Ahora bien, si, como afirma la Dian, se debe permitir restar el aporte a ARL de los independientes como INCR, so pena de que se violenten principios constitucionales, los contribuyentes independientes podrían, amparados en la excepción de inconstitucionalidad (art. 4, C.P.), corregir declaraciones de la vigencia 2016 y anteriores (que legalmente estén dentro de los plazos de corrección) con el fin de disminuir la renta líquida con lo pagado por riesgos laborales.</p>
<p>1.23. Prohibición de imputar beneficios en más de una renta</p> <p>“[...] este despacho considera que esta persona natural tendría dos opciones a saber: (i) tomar esta deducción en una de las cédulas,</p>	<p>Los beneficios que corresponden a erogaciones que no están directamente relacionadas con la fuente productora de renta, sólo pueden ser imputados en una renta cedular. La imputación proporcional en dos o más cédulas no está permitida por la ley.</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
<p>para el ejemplo mencionado en la de rentas de capital, o en la cédula de rentas no laborales; (ii) tomarlo de forma proporcional en función de los ingresos percibidos en cada cédula.</p> <p>Respecto de la segunda opción, este despacho interpreta que la restricción consignada en la norma, esto es, que no se pueda imputar en más de una cédula una misma renta exenta o deducción, no significa que no sea posible imputar este valor de forma proporcional a cada cédula, pues lo que se prohíbe es reconocer el mismo <u>en más de una cédula una misma renta exenta o deducción. razón por la cual se deberá hacer el correspondiente cálculo.</u>"</p>	<p>El concepto de la Dian, si bien es benéfico para los contribuyentes, en nuestra opinión es contrario a lo dispuesto por el legislador. En efecto, el art. 330 ET dispone dos prohibiciones relacionadas con los conceptos de depuración de los ingresos, esto es, con los ingresos no constitutivos de renta, costos, gastos, deducciones, rentas exentas, beneficios tributarios y demás conceptos susceptibles de ser restados para efectos de obtener la renta líquida cedular:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. no podrán ser objeto de reconocimiento simultáneo en distintas cédulas, y b. no generarán doble beneficio. <p>La inclusión expresa de la segunda prohibición, que es un principio general de la depuración de los impuestos, es reflejo de la intención del legislador de diferenciarla de la primera, esto es, que un mismo concepto de depuración no puede ser utilizado para aminorar la base gravable en dos cédulas. La prohibición se repite en el art. 332 en relación con los beneficios: <i>"No se podrá imputar en más de una cédula una misma renta exenta o deducción"</i>.</p> <p>Ahora bien, es claro que los pagos por pensión y salud se permiten para todas las cédulas cuyos ingresos hayan generado dichos pagos obligatorios. La razón es que, aunque se denominan igual, se trata de "conceptos de depuración" distintos. Por ejemplo, un concepto es la seguridad social originada en rentas de trabajo, y otro concepto es la seguridad social que se paga por cuenta de una renta de capital. Por supuesto, los pagos por seguridad social debidos a un ingreso de, por ejemplo, la cédula de rentas de capital, sólo pueden imputarse a esta cédula.</p> <p>Algo similar se puede afirmar de conceptos tales como aportes a FPV, que tienen relación directa -y limitación específica- con el ingreso que genera el beneficio.</p> <p>Distinto es el caso de beneficios que quiso otorgar el legislador, y que no tienen relación causal con la fuente productora de ingreso, tales como los intereses de vivienda de habitación y el GMF.</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
	<p>De hecho, la lectura de la “PONENCIA PARA PRIMER DEBATE PROYECTO DE LEY No. 178/2016 (CÁMARA) y 173/2016 (SENADO)” -proyectos que darían lugar a la Ley 1819- llevaría a una interpretación aún más restrictiva. En efecto, en relación con el art. 332, afirman los ponentes:</p> <p>Artículo 332. Se modifica el artículo 332 para responder a los comentarios presentados por varios intervinientes que manifestaron su preocupación con una limitación excesiva de los beneficios. Así, si bien la redacción original pretendía evitar la evasión y el abuso de los beneficios, se modificó completamente el sentido del artículo. La redacción propuesta señala que: (i) solo podrán llevarse rentas exentas a las cédulas en las que se tengan ingresos y (ii) podrán llevarse rentas exentas en todas las cédulas, pero la misma renta exenta solo puede llevarse una vez. Así, por ejemplo, un contribuyente con ingresos mixtos podrá llevar el beneficio a AFC a una cédula y el de fondos de pensiones a otra, pero no podrá llevar el beneficio de fondos de pensiones a dos cédulas.</p>
<p>1.25. Rentas hoteleras y de ecoturismo exentas</p> <p>“[...] para el caso de las personas naturales el texto de los numerales 3, 4 y 5 del artículo 207-2 del E.T., se mantiene incólume, en consideración a que se mantiene en el ordenamiento jurídico tributario y sobre los mismos no operó la derogatoria expresa del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, lo que de suyo permite concluir que está dentro de las rentas exentas aplicables a las personas naturales”.</p>	<p>Las personas conservan el beneficio de tratar como exentas las rentas previstas en los num. 3, 4 u 5 del art. 207-1 ET.</p> <p>El concepto es acertado y se orienta a respetar principios como la seguridad jurídica y la confianza legítima. Si bien, como se afirma en la jurisprudencia constitucional transcrita, no se puede afirmar que haya “derechos adquiridos” en materia tributaria, la derogatoria de beneficios con base en los cuales se realizaron inversiones de largo plazo sí viola el precepto constitucional de confianza legítima (en nuestra Carta, el principio de buena fe -art. 83).</p> <p>El concepto, en buena hora, rectifica doctrina en sentido contrario emitida por la Dian (Conc. 06401 del 22-mar-2017).</p> <p>Aunque la Dian destaca la importancia de respetar el principio de confianza legítima, el concepto precisa que la exención, aunque vigente, está limitada al 10% de los ingresos no laborales o a 1.000 UVT (art. 341 ET). Es decir, por lo menos el 90% de la renta hotelera estará gravada, lo cual desconoce los</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
	<p>principios constitucionales que se citan en el Concepto. Se entiende, en todo caso, que no le corresponde a la Dian ocuparse de este tema, y sería la Corte Constitucional la que tendría que estudiar el tema, si algún ciudadano interpone demanda.</p>
<p>1.28 Renta presuntiva</p> <p>Se transcribe el Concepto 05721 del 15 de marzo de 2018.</p>	<p>La renta presuntiva se debe liquidar en la forma como lo prevé el reglamento, y no como lo propone la Dian en el Concepto y en las instrucciones del Formulario 210.</p> <p>La renta presuntiva es un concepto que, aunque ha estado vigente por muchos años en nuestro ordenamiento tributario, no deja de ser contradictorio con los principios del impuesto sobre la renta. Esta condición se exagera cuando se liquida el impuesto por el sistema de renta cedular (incluso el tema está abierto a discusión en el caso de personas jurídicas que tienen rentas con diversas tarifas -la general y el 9%, por ejemplo-, lo cual es una forma de cedulación de rentas).</p> <p>Recordemos que la Ley 1819 no previó tarifa para la renta presuntiva de las personas naturales. El Decreto 2250 de 2017 resuelve el tema determinando que la renta presuntiva debe registrarse en la cédula de rentas no laborales.</p> <p>Ahora bien, la renta presuntiva siempre ha sido un valor que “reemplaza” la renta líquida obtenida por la depuración ordinaria, cuando la primera es mayor que la segunda. En armonía con este principio, pero adaptado al sistema cedular, el art. 1.2.1.19.15 del DUR 1625 de 2016 determina que <u>el exceso de renta presuntiva sobre la suma de las rentas cedulares</u> deberá tratarse como renta no laboral y, en consecuencia, adicionarse (el exceso) a dicha renta cedular. El efecto es que la base gravable no laboral es, por ficción legal, incrementada en función del patrimonio líquido del contribuyente. Nótese que el texto del decreto deja incólume la renta líquida gravable (y por tanto el impuesto) que el contribuyente debe pagar las cédulas distinta de la no laboral. En ésta, en cambio, debe adicionar el “exceso” de renta presuntiva.</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
	<p>La Dian hace una lectura distinta de lo que -en mala redacción, sin duda- dice el artículo citado. Pero para ello tiene que diseñar complejos procedimientos de aplicación de la renta exenta, que no tienen soporte alguno en la ley o en el reglamento. La Administración mantiene como válido el procedimiento de aplicación y cálculo de la renta líquida gravable por el sistema presuntivo que imaginó e incluyó en el formulario 210 aplicable a la fracción de año gravable 2017, e ignora que el 29 de diciembre de ese año se expidió el Decreto 2250 que fijó reglas distintas.</p> <p>La lectura (o, mejor, redacción más precisa) del inciso 2 del art. 1.2.1.19.15 es, en nuestra opinión:</p> <p><i>“La renta presuntiva obtenida se comparará contra la sumatoria de todas las rentas líquidas cedulares. En caso de que la renta presuntiva sea mayor, el exceso (o diferencia, si se quiere) se adicionará a la renta líquida gravable que haya obtenido el contribuyente en la cédula de rentas no laborales”.</i></p> <p>Así las cosas, las rentas exentas que el contribuyente haya obtenido en otras cédulas se deducirán en la correspondiente cédula. Y la renta líquida no laboral será la suma de las rentas reales obtenidas en la vigencia más el exceso teórico originado en el cálculo de la renta presuntiva, suma de la cual se podrán deducir las rentas exentas aplicables a la cédula no laboral (con las limitaciones previstas en el art. 341 ET).</p> <p>Con esta lectura del reglamento -que, como dijimos, desde nuestra óptica es la correcta-, la forma de liquidar el impuesto por renta presuntiva no sólo cobra la sencillez que debe tener, sino que se conservan los principios del sistema cedular, bajo los cuales no resulta lógico anular -o, mejor, desconocer al momento de calcular el impuesto a cargo- las rentas obtenidas en las cédulas de trabajo, pensiones, capital y dividendos por el hecho de que la renta presuntiva exceda la suma de las rentas cedulares.</p>

Concepto de la Dian	Comentarios
	<p>Esta interpretación resulta coherente con el sistema cédular, respeta el impuesto a pagar por rentas reales obtenidas en todas las cédulas. Y, por demás, no requiere de recursos no previstos en la ley ni en el reglamento en relación con el tratamiento de las rentas exentas que se prevén en el concepto, y, también, infortunadamente, en el instructivo del Formulario 210.</p>
<p>2.8. Exigencia de ejercer la opción de compra para conservar el beneficio de retiro exento de aportes en FPV para pago de cánones en leasing habitacional</p> <p>“Por lo anteriormente expuesto este despacho considera necesario interpretar el artículo 1.2.4.1.33. del Decreto 1625 de 2016 en armonía con el artículo 1.2.4.1.36. ibídem, para concluir que no estarán sujetos a retención en la fuente los retiros de aportes o sus rendimientos provenientes de ingresos (inicialmente excluidos de esta retención), cuando se cumplan con los requisitos de los numerales 1 a 3.6. y 1 a 2.6. respectivamente de estas normas reglamentarias, sin que sea dado exigir el ejercicio de la opción de compra para los contratos de leasing habitacional”.</p>	<p>Si un contribuyente no ejerce la opción de compra en el contrato de leasing habitacional, los montos retirados del FVP para el pago de cánones pierden el beneficio tributario. Por tanto, <i>“deberá declararlos como ingreso gravable en el año en que debiendo ejercer la opción de compra, esta no se hace efectiva”</i>.</p> <p>Es cierto que el requisito previsto en el párrafo del art. 1.2.4.1.33 (introducido en el Dec. 2250 de 2017) no está previsto en la ley, y por ello se entiende la posición que expresa la Dian en el Concepto.</p> <p>Ahora bien, bajo la presunción de legalidad de los actos administrativos -tal como lo dispone el art. 88 del CPACA- no le corresponde a la Dian ignorar lo que expresa y claramente dispone un decreto expedido por el Gobierno Nacional, alegando la finalidad (interpretada) de la ley o supuestas asimetrías o posible arbitraje.</p> <p>Si la Dian considera que una norma reglamentaria es contraria a la ley, bien puede proponer al Gobierno su derogatoria o modificación o, si se quiere llegar a un extremo (que no creemos sea necesario), proceder a demandarla ante el Consejo de Estado. O, si se trata de una norma abiertamente contraria a la Constitución, sustentar la violación para aplicar la excepción de inconstitucionalidad (lo que no hizo en este caso).</p> <p>Una ilegalidad no se resuelve con otra.</p>