

SJD
D.O

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá, D.C. 23 MAYO 2018

100208221-000794

Doctor
 JOSÉ MANUEL GÓMEZ SARMIENTO
 Representante Legal ASOBANCARIA
 vicepresidenciajuridica@asobancaria.com
 Bogotá

Ref: Radicado 100012068 del 18/04/2018

Cordial saludo, Dr. Gómez.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008 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 en lo de competencia de esta entidad.

En primer lugar, es necesario explicar que las facultades de esta dependencia se concretan en la interpretación de las normas atrás mencionadas, razón por la cual no corresponde en ejercicio de dichas funciones prestar asesoría específica para atender casos particulares que son tramitados ante otras dependencias o entidades ni juzgar o calificar las decisiones tomadas en las mismas.

En igual sentido, los conceptos que se emiten por este despacho tienen como fundamento las circunstancias presentadas en las consultas y buscan atender los supuestos de hecho y derecho expuestos en estas; por ello, se recomienda que la lectura del mismo se haga en forma integral para la comprensión de su alcance, el cual no debe extenderse a situaciones diferentes a las planteadas y estudiadas.

En la petición allegada se solicita "reconsiderar los apartes resaltados del Concepto 1000208221-002046 del 29 de diciembre de 2017, a la luz de los artículos 126-1 y 126-4 del Estatuto Tributario y del Decreto 2250 de 2017".

El peticionario tras citar algunos apartes del Concepto, realiza las siguientes afirmaciones:

"- Que se reconsidere la siguiente expresión contenida en la página tercera: "(...) esto es, adquisición de vivienda de interés social". Lo anterior, con el objeto de que se deje claro que las condiciones que deben verificarse al momento del retiro de los dineros para que se aplique la retención del 7% son las de Ley, y que no se circunscriba a destinar dichos recursos a la adquisición de vivienda de interés social.

- Sobre la parte final del concepto, refenda al reporte que debe darse a la Administración informando sobre la situación de que al cuentahabiente no se le ha practicado retención en la fuente, debido a que hasta la fecha del retiro no se había verificado el uso de la renta exenta en la declaración del impuesto, se solicita que expresamente se aclare si dicho reporte en efecto debe hacerse y, en su caso, quién es el encargado de remitir la información (probablemente la entidad financiera), y el medio y procedimiento para su envío.

- Finalmente, sobre el evento de la aplicación de la retención del 7% en los casos en que con posterioridad al

retiro se verifique que los recursos, que habían sido retirados antes del término legal o destinados de forma diferente a la legalmente establecida, fueron incluidos posteriormente como renta exenta en la declaración de renta y complementarios del contribuyente, se solicita aclarar de manera expresa: (i) quién debe practicar la retención, si la entidad financiera o la Administración; (ii) sobre qué sumas se hará la retención, tomando en cuenta que los recursos fueron desembolsados por la respectiva entidad financiera; (iii) cuál sería el procedimiento para darle aviso a quien tiene que hacer la retención, que ya debe proceder a realizarla."

PROBLEMA JURÍDICO

¿El no destinar los retiros parciales o totales de los aportes de que tratan los artículos 126-1 y 126-4 del Estatuto Tributario a la adquisición de vivienda de interés social, da lugar a que se practique la retención en la fuente a la tarifa del 7% establecida en el parágrafo 4 del artículo 126-1 y en el parágrafo 2 del artículo 126-4?

TESIS

La retención en la fuente establecida en el parágrafo 4 del artículo 126-1 y en el parágrafo 2 del artículo 126-4, no contempla la adquisición de vivienda de interés social como una de las condiciones a cumplirse para que dicha retención no sea practicada.

Para dilucidar el problema jurídico aquí planteado, se hace necesario citar lo establecido en los artículos 126-1 parágrafo 4 y 126-4 parágrafo 2 del E.T., así:

ARTÍCULO 126-1. DEDUCCIÓN DE CONTRIBUCIONES A FONDOS DE PENSIONES DE JUBILACIÓN E INVALIDEZ Y FONDOS DE CESANTIAS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente > Para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, son deducibles las contribuciones que efectúen las entidades patrocinadoras o empleadoras, a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez y de cesantías. Los aportes del empleador a dichos fondos serán deducibles en la misma vigencia fiscal en que se realicen. Los aportes del empleador a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias serán deducibles hasta por tres mil ochocientas (3.800) UVT por empleado

(...)

Que los aportes, rendimientos o pensiones, sean pagados con cargo a aportes que hayan permanecido por un período mínimo de diez (10) años, en los seguros privados de pensiones y los fondos de pensiones voluntarias, administrados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo en el caso del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez o jubilación y en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la seguridad social.

<Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exigible> Tampoco estarán sometidos a imposición los retiros de aportes voluntarios que se destinen a la adquisición de vivienda sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional. En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad financiera, con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

(...)

PARÁGRAFO 3o. Los aportes voluntarios que a 31 de diciembre de 2012 haya efectuado el trabajador, el empleador, o los aportes del participe independiente a los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, a los fondos de pensiones de que trata el Decreto 2513 de 1987, a los seguros privados de pensiones y a los fondos privados de pensiones en general, no harán parte de la base para aplicar la retención en la fuente y serán considerados como un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, hasta una suma que adicionada al valor de los aportes a las Cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción (AFC) de que trata el artículo 126-4 de este Estatuto y al valor de los aportes obligatorios del trabajador, de que trata el inciso segundo del presente artículo, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o ingreso tributario del año, según el caso. El retiro de los aportes de que trata este parágrafo, antes del período mínimo de cinco (5) años de permanencia, contados a partir de su fecha de consignación en los fondos o seguros enumerados en

este párrafo, implica que el trabajador pierda el beneficio y se efectúe por parte del respectivo fondo o seguro la retención inicialmente no realizada en el año en que se percibió el ingreso y se realizó el aporte, salvo en el caso de muerte o incapacidad que dé derecho a pensión, debidamente certificada de acuerdo con el régimen legal de la seguridad social; o salvo cuando dichos recursos se destinen a la adquisición de vivienda sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional. En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad financiera, con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición.

Se causa retención en la fuente sobre los rendimientos que generen los ahorros en los fondos o seguros de que trata este párrafo, de acuerdo con las normas generales de retención en la fuente sobre rendimientos financieros, en el evento de que estos sean retirados sin el cumplimiento de los requisitos señalados en el presente párrafo.

PARÁGRAFO 4o. Los retiros parciales o totales de los aportes voluntarios que incumplan con las condiciones previstas en los incisos 4o y 5o y el párrafo 3o de este artículo, que no provinieron de recursos que se excluyeron de retención en la fuente al momento de efectuar el aporte y que se hayan utilizado para obtener beneficios o hayan sido declarados como renta exenta en la declaración del impuesto de renta y complementario del año del aporte, constituirán renta gravada en el año en que sean retirados. La respectiva sociedad administradora efectuará la retención en la fuente al momento del retiro a la tarifa del 7%. Lo previsto en este párrafo solo será aplicable respecto de los aportes efectuados a partir del 1o de enero de 2017.

ARTICULO 126-4. INCENTIVO AL AHORRO DE LARGO PLAZO PARA EL FOMENTO DE LA CONSTRUCCIÓN. <Artículo modificado por el artículo 16 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las sumas que los contribuyentes personas naturales depositen en las cuentas de ahorro denominadas Ahorro para el Fomento a la Construcción (AFC) no formarán parte de la base de retención en la fuente del contribuyente persona natural y tendrán el carácter de rentas exentas del impuesto sobre la renta y complementarios, hasta un valor que, adicionado al valor de los aportes voluntarios a los seguros privados de pensiones y a los fondos de pensiones voluntarias de que trata el artículo 126-1 de este Estatuto, no exceda del treinta por ciento (30%) del ingreso laboral o del ingreso tributario del año, según corresponda, y hasta un monto máximo de tres mil ochocientas (3.800) UVT por año.

Las cuentas de ahorro AFC deberán operar en los establecimientos de crédito vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia. Solo se podrán realizar retiros de los recursos de las cuentas de ahorros AFC para la adquisición de vivienda del trabajador, sea o no financiada por entidades sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, a través de créditos hipotecarios o leasing habitacional. En el evento en que la adquisición de vivienda se realice sin financiación, previamente al retiro, deberá acreditarse ante la entidad financiera, con copia de la escritura de compraventa, que los recursos se destinaron a dicha adquisición. El retiro de los recursos para cualquier otro propósito, antes de un periodo mínimo de permanencia de diez (10) años contados a partir de la fecha de su consignación, implica que el trabajador pierda el beneficio y que se efectúen, por parte de la respectiva entidad financiera, las retenciones inicialmente no realizadas en el año en que se percibió el ingreso y se realizó el aporte.

...

PARÁGRAFO 2o. Los retiros parciales o totales de los aportes que no cumplan con el periodo de permanencia mínimo exigido o que no se destinen para los fines autorizados en el presente artículo, que no provinieron de recursos que se excluyeron de retención en la fuente al momento de efectuar el aporte y que se hayan utilizado para obtener beneficios tributarios o hayan sido declarados como renta exenta en la declaración del impuesto de renta y complementarios del año del aporte, constituirán renta gravada en el año en que sean retirados. La entidad financiera efectuará la retención en la fuente al momento del retiro a la tarifa del 7%. Lo previsto en este párrafo solo será aplicable respecto de los aportes efectuados a partir del 1o de enero de 2017." (negrilla fuera de texto).

Como se observa de los apartes resaltados en las normas antes citadas, cuando se hace referencia a vivienda en los artículos 126-1 y 126-4 manera expresa se refiere "la adquisición de vivienda", sin referirse o condicionar la misma a la "adquisición de vivienda de interés social".

El Concepto 002046 del 29 de diciembre de 2017, materia de la presente solicitud de reconsideración,

indicó:

"... Según se indicó, la Ley 1819 de 2016, en los artículos 15 y 16 modificó los artículos 126-1 y 126-4 del E.T. y en los párrafos en cita, se indica de manera expresa la aplicación de la retención del 7% que procede cuando se verifiquen las condiciones allí señaladas, disposiciones que aplican, según disposición explícita, respecto de los aportes efectuados a partir del 1 de enero de 2017.

¿Qué condiciones son éstas?

(...)

- O que se destinen para los fines señalados en dichas normas, esto es, adquisición de vivienda de interés social..." (negrilla y subraya fuera de texto).

El consultante sostiene que se debe reconsiderar la expresión "... esto es, adquisición de vivienda de interés social", frente a lo cual, y teniendo en cuenta lo consagrado en las normas en cuestión, para este despacho es de recibo la manifestación realizada por el solicitante, en la medida en que el aparte "... esto es, adquisición de vivienda de interés social", del Concepto 002046 es contrario al contenido de la regulación señalada en los párrafos 4 del artículo 126-1 y 2 del artículo 126-4, en tanto, como se explicó los artículos atrás citados en todo momento hacen referencia a "la adquisición de vivienda".

En suma, la retención en la fuente al momento del retiro a la tarifa del 7%, de que trata el párrafo 4 del artículo 126-1 se aplica a:

- i) Los retiros parciales o totales de los aportes voluntarios que incumplan con las condiciones previstas en los incisos 4º y 5º y el párrafo 3 del artículo 126-1.
- ii) Los retiros parciales o totales de los aportes voluntarios que no provinieron de los recursos que se excluyeron de la retención en la fuente al momento de efectuar el aporte y que se hayan utilizado para obtener beneficios.
- iii) Los retiros parciales o totales de los aportes voluntarios que hayan sido declarados como renta exenta en la declaración del impuesto de renta y complementario del año del aporte.

Igualmente, la retención en la fuente al momento del retiro a la tarifa del 7% de que trata el párrafo 2 del artículo 126-4, se aplica a:

- i) Los retiros parciales o totales de los aportes que no cumplan con el periodo de permanencia mínimo exigido o que no se destinen para los fines autorizados en el artículo 126-4.
- ii) Los retiros parciales o totales de los aportes que no provinieron de recursos que se excluyeron de retención en la fuente al momento de efectuar el aporte y que han sido utilizados para obtener beneficios tributarios.
- iii) Los retiros parciales o totales de los aportes que hayan sido declarados como renta exenta en la declaración del impuesto de renta y complementarios del año del aporte.

En este orden de ideas, este Despacho encuentra procedente revocar la expresión "... esto es, adquisición de vivienda de interés social" del Concepto 002046 de 29 de diciembre de 2017, y precisar que las condiciones para la aplicación de la retención en la fuente al momento del retiro a la tarifa del 7% establecida en el párrafo 4 del artículo 126-1 y el párrafo 2 del artículo 126-4 son las enunciadas anteriormente.

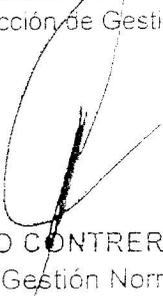
De otra parte, el peticionario solicita se le indique de manera puntal quién debe practicar la retención y remitir la información de la retención practicada; al respecto debe indicarse que para los efectos del párrafo 4 del artículo 126-1 lo será la respectiva sociedad administradora al momento del retiro y para los efectos del párrafo 2 del artículo 126-4 lo será la entidad financiera al momento del retiro.

Finalmente, el consultante requiere se le informe sobre que sumas se debe hacer la retención y cuál sería el procedimiento para darle aviso a quien tiene que practicar la retención, frente a lo cual este despacho se permite recordar que los artículos 126-1 y 126-4 del Estatuto Tributario referidos a la deducción de contribuciones a fondos de pensiones de jubilación e invalidez y fondos de cesantías y al incentivo al ahorro de largo plazo para el fomento a la construcción, respectivamente, fueron modificados por los artículos 15 y 16 de la Ley 1819 de 2016, reglamentada por el Decreto 2250 del 29 de diciembre de 2017, (artículo 8 y siguientes) normativa que se ocupa de desarrollar los artículos 126-1 y 126-4 y a la cual debe remitirse para analizar en cada caso particular y concreto la disposición que le es aplicable (base para la retención, etc).

En los anteriores términos se revoca el Concepto 002045 del 29 de diciembre de 2017, y se resuelve en esta consulta

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 directamente en nuestras bases de datos jurídicas ingresando a la página electrónica de la DIAN: <http://www.dian.gov.co> siguiendo el ícono de "Normatividad" – "técnica", y seleccionando los vínculos "doctrina" y "Dirección de Gestión Jurídica".

Atentamente,



PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO
Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina
Dirección de Gestión Jurídica
UAE-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales
Car. 8 N° 6C-38 Piso 4, Edificio San Agustín
Tel: 607 99 99 Ext: 904101
Bogotá D.C.

Proyecto: Carolina Reina Martínez
Revisó: Comité de Normativa y Doctrina 22/05/2018