



Documento **TRIBUTAR-io**

Agosto 11 de 2011

Número 410

Redacción: J. Orlando Corredor Alejo

DE LO OBVIO A LO DIFÍCIL

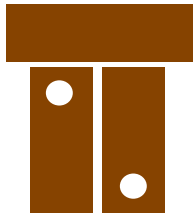
Hay temas que parecieran ser pacíficos y obvios pero que suelen convertirse en difíciles por la expresión doctrinal de los órganos con competencia. En este caso, queremos referirnos a dos muestras recientes:

NECESIDAD DE REGLAMENTO PARA APLICAR LA RETENCIÓN DE TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Según informamos en nuestro DOCUMENTO TRIBUTAR-io 405 de julio 11 del presente año, el concepto DIAN 050051 de julio 8 de 2011 expresó que la aplicación de esta retención estaba supeditada a la expedición del reglamento por parte del Gobierno Nacional. El pasado 2 de agosto, el mismo ente emite el oficio 057364 por medio del cual reitera dicha postura, basándose en que hay más de 300 consultantes que han solicitado concepto a la DIAN sobre la manera de aplicar el tema, lo que sugiere que se requiere de una reglamentación para darle certeza aplicativa al asunto. De otro lado, insiste en que la potestad reglamentaria del Gobierno es una facultad constitucional que no requiere de autorización especial dentro de la ley a reglamentar.

Pues bien, resulta verdaderamente interesante saber los motivos que originaron el primer concepto emitido por la DIAN. Sin embargo, ese motivo no es argumento suficiente para concluir que no se puede aplicar la ley. La ley está vigente y tiene que ser aplicada... que el entendimiento no sea uniforme, no puede derivar en la inaplicación del Derecho. Cosa distinta viene a ocurrir, como lo señalamos en nuestro DOCUMENTO TRIBUTAR-io arriba citado, cuando el mismo contenido de la ley señala que la aplicación se debe hacer en los términos que determine el reglamento, porque en tal caso, la aplicación queda en suspenso hasta cuando el gobierno decida emitir el reglamento respectivo. Según señalamos allá, un ejemplo vivo de esta situación es el rechazo de la deducción con trabajadores independientes, a quienes se les debe verificar la afiliación y pago de los aportes de acuerdo con lo que señale el reglamento. En este caso es la ley la que ha dispuesto que se tenga que actuar conforme al reglamento y por ello, mientras el reglamento no se emita, no se podrá dar aplicación a la norma (es decir, no se podrán desconocer los pagos a esos trabajadores independientes por no acreditar la verificación y pago de los aportes a la seguridad social).

Por tanto, por muchas consultas que existan, o por muchos entendimientos que puedan darse al tema, ello no es razón para entender anulado el derecho que



TRIBUTAR ASESORES S.A.S.

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

les asiste a los trabajadores independientes de buscar un aligeramiento en su carga tributaria mediante una retención basada en la tabla de retención de salarios.

En resumen: si bien es deseable el reglamento para que aclare y unifique la aplicación de la norma, la ley está vigente y debe ser aplicada.

PAGO CONCOMITANTE DE LA DECLARACIÓN DE RETENCIÓN

Como se sabe, la declaración de retención en la fuente tiene que presentarse con pago para que produzca efecto legal. Así lo determinó el artículo 15 de la ley 1430 de 2010 al disponer que las declaraciones de retenciones presentadas sin pago total, no producen efecto legal alguno (ineficacia). Mediante consulta tramitada ante la DIAN se indagó sobre el momento de hacer el pago, como mecanismo habilitante para que la declaración produzca efectos legales, frente a lo cual dicho ente ha señalado en el oficio 059943 de agosto 10 de 2011 que el pago de las declaraciones presentadas en papel tiene que ser **concomitante** so pena de que se tengan por ineficaces. Si la declaración es electrónica, el pago, dice el concepto oficial, debe hacerse en el mismo día de su presentación.

Ciertamente, en el proyecto de ley presentado por el Gobierno al Congreso (proyecto 124 C de 2010) se dijo que con esta norma se buscaba *“sancionar efectivamente el incumplimiento en la obligación de trasladar las sumas retenidas...y obligar a los agentes de retención al pago total de las retenciones, (...) en forma concomitante con la presentación de la respectiva declaración...”* (Subraya no original)

Basada en ese pasaje, el concepto DIAN fundamenta una distinción según el medio de presentación, para concluir que si la declaración es en papel, la presentación debe ir acompañada, en ese mismo instante, del pago; al paso que si es electrónica, el pago se puede realizar en el mismo día de presentación.

En realidad, aquí lo obvio se volvió difícil. La lectura del pasaje que hemos transcrito, no deja duda en la filosofía que envuelve la disposición: *sancionar el “incumplimiento” de la obligación de trasladar las sumas retenidas*. El incumplimiento solamente puede ser sancionado cuando el sujeto paga por fuera de los plazos que se le otorgan para ello. Si un sujeto, cuya declaración se le vence el 16 de agosto quiere presentarla en agosto 11, la ley le permite pagar oportunamente y no caer en incumplimiento hasta el día del vencimiento del plazo. Por ello, suponer que es ineficaz la declaración que se presenta antes del vencimiento y cuyo pago se hace posteriormente pero dentro del término legal, resulta no solo difícil de comprender sino completamente desconcertante. Se desconoce, además, la práctica usual del pago; pensamos en el pago con TIDIS, que para hacerlo, hay que primero presentar la declaración para luego, pagar. En ese escenario no hay concomitancia y por



TRIBUTAR ASESORES S.A.S.

EMPRESA COLOMBIANA LIDER EN SOLUCIONES Y SERVICIOS TRIBUTARIOS

ello, tendría que concluirse, al amparo de la doctrina oficial, que la declaración no tiene eficacia y el pago tomaría el tinte de pago de lo no debido.

De acuerdo con el sentido filosófico de la norma, y buscando una integración de su contenido, el “deber ser” es que la declaración de retención tiene que pagarse dentro del término de ley sin que a ese fin resulte relevante que el pago se haga en ese mismo instante, como lo sugiere la doctrina de la DIAN. Juzgamos que el pago tiene que hacerse dentro del plazo otorgado para el efecto, sin que resulte relevante que el pago se realice el mismo día o en el mismo instante en que se presente la declaración.

Confiamos, al final, que lo difícil vuelva a ser obvio.

TRIBUTAR ASESORES SAS, Empresa Colombiana líder en soluciones y servicios tributarios, autoriza reproducir, circular y/o publicar este documento excepto con fines comerciales. La autorización que se otorga, exige que se haga completa publicación tanto del contenido del documento como del logotipo, nombre y eslogan de la empresa que lo emite.

Lo que se escribe en este documento es de carácter eminentemente analítico e informativo. Por tanto, de manera alguna comporta un asesoramiento en casos particulares y concretos ni tampoco garantiza que las autoridades correspondientes compartan nuestros puntos de vista.