



EL RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LAS PERSONAS NATURALES DESPUÉS DE LA LEY 1607 DE 2012

DAVID FELIPE DOMÍNGUEZ

Documento de reflexión no derivado de investigación

Universidad de los Andes
Facultad de Derecho
Revista de Derecho Privado N.º 51
Enero - Junio de 2014. ISSN 1909-7794

El régimen tributario de las personas naturales después de la Ley 1607 de 2012

Resumen

La Ley 1607 de 2012 (Reforma Tributaria) introdujo significativas modificaciones al sistema de tributación de las personas naturales en Colombia, las cuales requieren de reglamentación por parte del Gobierno Nacional. De hecho, buena parte de los decretos reglamentarios publicados durante el primer año de vigencia de la mencionada ley tratan específicamente este tema. A continuación se presenta un análisis general del régimen tributario colombiano aplicable a las personas naturales en Colombia, con fundamento en las modificaciones introducidas por la reforma tributaria y sus decretos reglamentarios.

Palabras clave: Reforma tributaria, Ley 1607 de 2012, ingreso laboral, renta laboral, persona natural, empleado, trabajador por cuenta propia, retención en la fuente, retención mínima, impuesto mínimo alternativo nacional (IMAN), impuesto mínimo alternativo simplificado (IMAS), cuenta y riesgo propio, renta exenta, deducción, dependientes, pensiones voluntarias, medicina prepagada, parafiscales, CREE.

Taxation of individuals after the enactment of Law 1607 of 2012

Abstract

Law 1607 of 2012 (Tax Reform) introduced some paramount changes to the income tax regime applicable to individuals in Colombia which require specific regulation from the Colombian Government. Indeed, most of the regulations issued during the first year after the tax reform addressed specific issues regarding the taxation of individuals in Colombia. The following article depicts the main characteristics of the taxation of individuals in accordance with the amendments introduced by the tax reform and its regulations.

Keywords: Tax reform, law 1607 of 2012, labor income, individual, employee, self-employee, income tax withholding, minimum income tax withholding, minimum alternative income tax (IMAN), minimum alternative and simplified income tax (IMAS), own risk, freelance, tax exempted, deduction, dependents, pension funds, health insurance, payroll fees, CREE.

O regime tributário das pessoas naturais depois da Lei 1607 de 2012

Resumo

A Lei 1607 de 2012 (Reforma Tributária) introduziu significativas modificações ao sistema de tributação das pessoas naturais na Colômbia, as quais requerem de regulamentação por parte do Governo Nacional. De fato, boa parte dos decretos regulamentários publicados durante o primeiro ano de vigência da mencionada lei tratam especificamente este tema. A seguir se apresenta uma análise geral do regime tributário colombiano aplicável para as pessoas naturais na Colômbia, com fundamento nas modificações introduzidas pela reforma tributária e seus decretos regulamentários.

Palavras-chave: Reforma tributária, Lei 1607 de 2012, ingresso laboral, renda laboral, pessoa natural, empregado, trabalhador por conta própria, retenção na fonte, retenção mínima, imposto mínimo alternativo nacional, imposto mínimo alternativo simplificado, conta e risco próprio, renda isenta, dedução, dependentes, aposentadorias voluntárias, convênio médico, parafiscais, CREE.

SUMARIO

Introducción – I. PRINCIPIO DE RESIDENCIA FISCAL Y RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN – A. *Permanencia en el territorio nacional* – B. *Servicio exterior* – C. *Condiciones especiales para nacionales* – 1. Residentes fiscales – 2. No residentes fiscales – II. CATEGORÍAS DE RESIDENTES – A. *Empleados* – B. *Trabajadores por cuenta propia* – III. RETENCIÓN EN LA FUENTE Y DEDUCIBILIDAD – A. *Retención en la fuente sobre pagos realizados a “empleados”* – B. *Deducibilidad de pagos realizados a empleados* – IV. OPTIMIZACIÓN FISCAL Y SUS LIMITACIONES – A. *Oportunidades de optimización fiscal* – 1. Aportes voluntarios a fondos de pensiones y a cuentas para el fomento de la construcción (AFC) – 2. Pagos hechos por el empleador por concepto de alimentación del empleado – 3. *Deducciones especiales* – 4. Límites objetivos a la optimización fiscal – 4.1. Primer límite objetivo: retención en la fuente mínima – 4.2. Segundo límite objetivo: impuesto mínimo alternativo nacional (IMAN) – V. CONCLUSIONES – Referencias.

El régimen tributario de las personas naturales después de la Ley 1607 de 2012*

David Felipe Domínguez**

Introducción

La Ley 1607 de 2012 introdujo significativas modificaciones al sistema de tributación de las personas naturales en Colombia. Podría afirmarse que la mayor cantidad de cambios introducidos por la reforma tributaria se relacionan con el régimen tributario aplicable a las personas naturales, y algunas modificaciones específicas encaminadas a la formalización de empleo.¹

Tal como se preveía desde inicios del 2013, esta gran cantidad de cambios en materia de tributación de personas naturales impuso al Gobierno Nacional y a la administración tributaria el reto de dar claridad y alcance a la aplicación de la nueva normativa a través de decretos reglamentarios y doctrina oficial.

Como consecuencia de lo anterior, durante el primer año de vigencia de la reforma tributaria encontramos un gran número de conceptos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) relacionados con modificaciones tales como la nueva clasificación de las personas naturales residentes, los sistemas de retención en la fuente aplicable y la aplicación del régimen mínimo de tributación.

Así mismo, durante el 2013 (especialmente el 27 de diciembre) el Gobierno Nacional expidió una serie de decretos reglamentarios estableciendo el alcance de la nueva normativa.

* Cómo citar este artículo: Domínguez, D. F. (Junio, 2014). El régimen tributario de las personas naturales después de la Ley 1607 de 2012. *Revista de Derecho Privado*, 51.

** Asociado de Brigard & Urrutia Abogados, con cinco años de experiencia en asesoría tributaria nacional e internacional (específicamente en el área de tributación de personas naturales y empleados bajo programas de movilidad internacional – expatriados/impatriados). Graduado con honores por excelencia académica y humana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialización en Tributación en la Universidad de los Andes.

1 Al menos 21 artículos de la reforma tributaria (Ley 1607 de 2012) se dedicaron exclusivamente al régimen tributario de las personas naturales, de los cuales dos (específicamente el artículo 10 y el artículo 11) introducen varios artículos al Estatuto Tributario con el régimen de tributación mínima de empleados y trabajadores por cuenta propia. Por su parte, los artículos 20 a 37 de la Ley 1607 del 2012 se dedicaron al establecimiento del nuevo impuesto sobre la renta para la equidad (CREE) y las exenciones de parafiscales al Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), el Instituto Colombiano de Bienestar familiar (ICBF) y la contribución al sistema de seguridad social en salud a cargo del

empleador, con el fin de reducir la carga parafiscal y de seguridad derivada de la contratación de personal mediante contrato laboral.

A continuación se presentan algunas notas generales en relación con el régimen aplicable a las personas naturales en Colombia, con fundamento en las modificaciones introducidas por la Ley 1607 de 2013 y los decretos reglamentarios expedidos durante el primer año de vigencia de la mencionada ley.

Lo anterior, no sin antes recalcar que el sistema colombiano de tributación de ejecutivos (esto es, el sistema de tributación de personas naturales nacionales y extranjeras) se encuentra gobernado, principalmente, por el concepto de residencia fiscal y el concepto de la fuente de los ingresos. Estos dos elementos resultan indispensables al momento de determinar las cargas tributarias que debe asumir un ejecutivo desde el punto de vista formal (presentación de declaraciones) y desde el punto de vista sustancial (régimen del impuesto sobre la renta, tributación mínima, entre otros).

I. PRINCIPIO DE RESIDENCIA FISCAL Y RÉGIMEN DE TRIBUTACIÓN

La residencia fiscal es el factor fundamental para determinar el régimen tributario aplicable a las personas naturales en Colombia. Antes de entrar en el detalle del régimen tributario aplicable a los residentes fiscales y el régimen aplicable a los no residentes fiscales, es importante definir los casos en los cuales se considera que una persona es residente fiscal para efectos colombianos.

Se consideran residentes fiscales las personas naturales que cumplan con alguna de las siguientes condiciones o criterios.

A. Permanencia en el territorio nacional

Esta condición se cumple con el hecho de permanecer continua o discontinuamente en el país por más de 183 días calendario, durante un periodo cualquiera de 365 días (calendario) consecutivos. Para efectos de lo anterior, el conteo del tiempo de permanencia debe realizarse teniendo en cuenta los días de entrada y salida del país (tal como se encuentran registrados dentro del sistema de Migración Colombia).²

Ahora bien, cabe anotar que cuando la permanencia continua o discontinua en Colombia recaiga sobre más de un año gravable, se considera que la persona es residente fiscal en Colombia a partir del segundo año o periodo gravable.

Para efectos de entender esta última norma veamos el siguiente ejemplo: un empleado de una compañía multinacional es enviado a prestar servicios a la filial colombiana de dicha multinacional el 1 de noviembre de 2013, y permanece en Colombia hasta el 1 de junio de 2014. De acuerdo con esta información, el empleado sería considerado residente fiscal en Colombia a partir del 2014 (siendo el 2014 su primer año gravable como residente fiscal). Lo anterior, sin perjuicio de que el empleado se encuentre sometido al impuesto sobre la renta en Colombia

2 Unidad Administrativa encargada de los procesos migratorios en Colombia.

desde el primer día de la prestación de servicios a la filial colombiana (en este caso, sobre sus rentas de fuente colombiana únicamente) tal como se explica más adelante.

B. Servicio exterior

Esta condición se cumple para aquellas personas que hacen parte de las misiones diplomáticas y consulares de Colombia en el exterior y que, por su relación con el servicio exterior del Estado colombiano y en virtud de las convenciones de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares, están exentos de tributación en el país en el que se encuentran en misión (respecto de toda o parte de sus rentas y ganancias ocasionales durante el respectivo año o periodo gravable).

C. Condiciones especiales para nacionales

Sin perjuicio de los criterios anteriores, se consideran igualmente residentes fiscales en Colombia los colombianos que durante el respectivo año o periodo gravable cumplan cualquiera de las siguientes condiciones especiales, aunque no se encuentren físicamente en el país:

- Cuando su cónyuge o compañero permanente no separado legalmente o los hijos dependientes menores de edad tengan residencia fiscal en el país.
- Cuandoquiera que el cincuenta por ciento (50%) o más de sus ingresos sean de fuente nacional.³

3 Para efectos de evaluar este criterio se debe dividir la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios de fuente nacional que sean o

- Cuando el cincuenta por ciento (50%) o más de sus bienes sean administrados en el país.⁴

- Cuando el cincuenta por ciento (50%) o más de sus activos se entiendan poseídos en el país.⁵

- Cuando no acrediten su condición de residentes en el exterior para efectos tributarios (en los casos en que la autoridad tributaria colombiana así lo requiera).⁶

- Cuando tengan residencia fiscal en una jurisdicción calificada por el Gobierno Nacional como paraíso fiscal.

En línea con lo anterior, las personas naturales que presten servicios en el territorio colombiano podrían calificar como residentes o no resi-

no constitutivos de renta o ganancia ocasional realizados durante el año o periodo gravable, por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios de fuente nacional y extranjera que sean o no constitutivos de renta o ganancia ocasional realizados durante ese mismo año gravable (artículo 1 del Decreto 3028 de 2013). Se tendrá como prueba idónea una certificación de contador o revisor fiscal presentada de acuerdo con la normativa vigente.

- 4 Por administración de bienes se entiende la gestión o conservación, en cualquier forma, de dichos bienes, bien sea que se lleve a cabo directamente o indirectamente. Particularmente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 3028 de 2013, se entiende que los bienes son administrados en Colombia cuando las actividades diarias que implican su conservación o gestión se llevan a cabo en el territorio nacional. Se tendrá como prueba idónea una certificación de contador o revisor fiscal presentada de acuerdo con la normativa vigente.
- 5 Para la determinación de este criterio deberán seguirse las reglas sobre patrimonio establecidas en el Estatuto Tributario (artículos 261 y siguientes). Se tendrá como prueba idónea del cumplimiento o no de este criterio una certificación de contador o revisor fiscal presentada de acuerdo con la normativa vigente.
- 6 Para efectos de acreditar la residencia en otra jurisdicción, el ejecutivo deberá presentar ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales el certificado de residencia fiscal, expedido por el país o jurisdicción del cual se haya convertido en residente (o el documento que equivalga a un certificado de residencia fiscal de acuerdo con las normas de dicho país o jurisdicción).

dentos. El siguiente es un resumen general del régimen de impuesto sobre la renta aplicable a cada uno de estos grupos.

1. Residentes fiscales

Las personas naturales que sean residentes fiscales en Colombia de acuerdo con los requisitos anteriormente analizados, están sometidas al impuesto sobre la renta sobre sus rentas tanto de fuente nacional como de fuente extranjera (tributación sobre sus rentas de fuente mundial).

Este primer grupo de personas (residentes) debe determinar su impuesto sobre la renta a cargo, de acuerdo con el sistema ordinario (impuesto sobre la renta sobre la base que resulte mayor entre la renta líquida y la renta presuntiva)⁷, a

una tarifa progresiva que va desde el 0% hasta el 33%, sin que el impuesto a cargo sea inferior al impuesto mínimo alternativo nacional (IMAN).⁸

Sin perjuicio de lo anterior, las personas naturales que sean residentes fiscales pueden optar por determinar su impuesto sobre la renta de acuerdo con el sistema del impuesto mínimo alternativo simplificado (IMAS).⁹ Los contribuyentes que apliquen voluntariamente el IMAS no están obligados a presentar la declaración de impuesto sobre la renta establecida en el régimen ordinario y su declaración quedará en firme después de seis meses contados a partir del momento de la presentación.¹⁰

7 De conformidad con el régimen ordinario del impuesto sobre la renta en Colombia, los contribuyentes de dicho impuesto están obligados a liquidarlo sobre la base gravable que resulte mayor entre (i) la base gravable determinada bajo el sistema de la renta líquida, dentro del cual la base gravable se determina a partir de los ingresos brutos, menos sus costos y deducciones, o (ii) la base gravable mínima determinada bajo el sistema de la renta presuntiva, según el cual la base mínima está constituida por el 3% del patrimonio líquido del contribuyente, en el último día del año gravable inmediatamente anterior.

Es importante tener en cuenta que el artículo 7 del Decreto 3032 de 2013 expresamente establece que el sistema ordinario del impuesto sobre la renta comprende tanto la determinación de la renta líquida determinada de acuerdo con el artículo 26 del Estatuto Tributario, como la determinación de la renta presuntiva, las rentas líquidas especiales, las rentas de trabajo, las rentas gravables especiales y todas las demás normas concernientes a la determinación del impuesto sobre la renta.

Cabe recordar que durante el año 2013 podían sostenerse dos interpretaciones en relación con la expresión "sistema ordinario". De acuerdo con la primera, la expresión "sistema ordinario" no incluía el cálculo de la renta presuntiva y existía la posibilidad de entender que la reforma tributaria había eliminado la aplicación de dicha renta a las personas naturales clasificadas en la categoría de empleados. De acuerdo con la segunda interpretación, la expresión sistema ordinario comprendía todos los elementos (ingresos, costos, deducciones y rentas líquidas especiales) establecidos para el impuesto sobre la renta, incluyendo la renta presuntiva. Como puede constatar en el artículo 7 del Decreto 3032 de 2013, finalmente el gobierno optó por la segunda interpretación.

8 Artículo 330 del Estatuto Tributario y artículo 7 del Decreto 3032 de 2013. Para efectos de estas normas, por impuesto sobre la renta a cargo debe entenderse el impuesto sobre la renta líquida gravable y no el impuesto liquidado sobre las ganancias ocasionales. Nótese que el artículo 7 del Decreto 3032 de 2013 establece expresamente que "para efectos de la comparación de que trata el artículo 330 del estatuto tributario, no se tendrá en cuenta en la determinación del impuesto sobre la renta por el sistema ordinario el impuesto complementario de ganancias ocasionales contemplado en el título III del libro primero, ni la ganancia ocasional generada por los activos omitidos o los pasivos inexistentes establecida en el parágrafo transitorio del artículo 239-1 del estatuto tributario". El IMAN es un sistema de determinación de la base gravable (renta gravable alternativa) y tarifa mínima del impuesto, que no admite las depuraciones, deducciones y aminoraciones típicas del régimen ordinario del impuesto sobre la renta.

9 El IMAS es un sistema voluntario y alternativo de determinación de la base gravable y tarifa mínima del impuesto sobre la renta, que se liquida sobre la misma renta gravable alternativa del IMAN, con unos rangos tarifarios un poco más elevados que los establecidos para este último. Tal como se explica en detalle más adelante, el IMAN y el IMAS limitan las diferentes alternativas de optimización fiscal para personas naturales en Colombia.

10 Artículo 335 del Estatuto Tributario. Este término de seis meses es significativamente inferior al término de dos años establecido comúnmente para las declaraciones presentadas de acuerdo con el sistema ordinario (artículo 714 del Estatuto Tributario).

2. No residentes fiscales

Por su parte, las personas naturales que no cumplen los requisitos para ser consideradas como residentes fiscales se encuentran sometidas al impuesto sobre la renta únicamente sobre sus rentas de fuente nacional, a una tarifa del 33% (esto es, no les aplica la progresividad en la tarifa establecida para los residentes fiscales). A este último grupo pertenecen generalmente las personas naturales que hacen parte de planes de movilidad en grupos multinacionales (por ejemplo, impatriados o expatriados), hasta el momento en que cumplen los requisitos para ser considerados residentes fiscales en Colombia.

Sin perjuicio de lo anterior, nótese que los no residentes cuyas rentas en Colombia provengan exclusivamente de la prestación de servicios personales (salarios u honorarios), no están obligados a presentar declaración anual del impuesto sobre la renta, siempre que sus ingresos de fuente colombiana hayan estado sometidos a retención en la fuente.¹¹

En este caso, las retenciones en la fuente aplicadas durante el año gravable por los beneficiarios de los servicios en Colombia serán el impuesto definitivo para aquellas personas naturales que

no adquieran la residencia fiscal durante el respectivo año gravable.¹²

II. CATEGORÍAS DE RESIDENTES: EMPLEADOS Y TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA

La legislación tributaria colombiana clasifica a las personas naturales residentes en tres grandes grupos: (i) empleados, (ii) trabajadores por cuenta propia y (iii) otros. Esta clasificación es importante para determinar la aplicación del régimen colombiano de tributación mínima (y alternativo) para personas naturales (IMAN, IMAS y retención en la fuente mínima) y la retención en la fuente aplicable (esto es, retención en la fuente por pagos laborales u otras retenciones).

Es importante tener en cuenta que el factor fundamental para clasificar un residente en una u otra categoría es la dependencia técnica y económica en la prestación de sus servicios o en el desarrollo de su actividad. Con fundamento en lo anterior, a continuación se explica cada uno de estos grupos y su régimen tributario.

A. Empleados

Se consideran empleados los residentes fiscales cuyos ingresos provengan en un 80% o más

11 De acuerdo con lo establecido en la normativa tributaria vigente, no están obligados a presentar declaración del impuesto sobre la renta anual las personas sin residencia en el país, cuando la totalidad de sus ingresos de fuente colombiana hubieren estado sometidos a la retención en la fuente de que tratan los artículos 407 a 411 del Estatuto colombiano (dentro de los cuales se encuentra la retención en la fuente por concepto de honorarios, salarios, entre otros).

12 Siempre que no reciban ingresos de otras fuentes, que no estén sometidos a retención en la fuente por servicios, honorarios, dividendos, intereses, entre otros (por ejemplo, las retenciones en la fuente establecidas en los artículos 407 a 411 del Estatuto Tributario, tal como se comentó anteriormente).

de la prestación de servicios en cualquiera de los siguientes escenarios:¹³

(I) Bajo un contrato laboral o de cualquier otra denominación, siempre que el servicio se preste por cuenta y riesgo del contratante.

(II) Mediante el ejercicio de una profesión liberal (sin que medie relación laboral) por cuenta y riesgo del contratante¹⁴, o

(III) Cuando se trate de servicios técnicos que no requieran la utilización de materiales o insumos especializados, por cuenta y riesgo del contratante.

Las personas naturales que se encuentren dentro de esta categoría deben determinar su impuesto sobre la renta por el sistema ordinario (explicado anteriormente) y, en ningún caso, dicho impuesto podrá ser inferior al *IMAN* (ya explicado).

Ahora bien, las personas naturales que pertenezcan a esta categoría podrán optar por determinar el impuesto sobre la renta por el *IMAS*, si su renta gravable alternativa durante el año gravable es inferior a 4.700 UVT (COP\$ 126.152.700 para el 2013; COP\$129.180.000 para el 2014). De ser este el caso, la declaración de impuesto sobre la renta del empleado, por el correspon-

diente año gravable, gozará del beneficio del término de firmeza reducido analizado anteriormente (esto es, seis (6) meses a partir de la fecha de presentación de la declaración).

Finalmente, los pagos que realicen las compañías empleadoras colombianas a las personas naturales que se encuentren en esta categoría estarán sometidos a retención en la fuente especial sobre ingresos laborales.¹⁵

Este sistema de retención en la fuente especial permite determinar la base y la tarifa de retención en la fuente de acuerdo con un procedimiento especial de depuración, que permite restar de los ingresos brutos las deducciones y rentas exentas especiales que se explican en detalle más adelante (por ejemplo, deducción de pagos por planes de salud obligatorios y voluntarios, rentas exentas por aportes voluntarios y obligatorios a pensiones, deducción por pagos de intereses sobre créditos para la adquisición de vivienda y por dependientes).¹⁶ Nótese que esta forma de determinar la retención en la fuente sobre una base depurada es diferente a la forma usual de aplicar retenciones en la fuente (usualmente, la retención en la fuente debe practicarse sobre el monto bruto de cada pago o abono en cuenta).

13 Artículo 329 del Estatuto Tributario y artículo 2 del Decreto 3032 de 2013.

14 De acuerdo con el Decreto 3032 de 2013, se entiende que una persona presta servicios personales por cuenta y riesgo propio cuando se cumplen la totalidad de las siguientes condiciones: (i) el prestador asume pérdidas monetarias, (ii) el prestador asume responsabilidad frente a terceros, (iii) sus ingresos provienen de más de un contratante y (iv) tiene gastos fijos que equivalen al 25% o más de sus ingresos por servicios.

15 Artículos 383 a 387-1 del Estatuto Tributario y sus correspondientes decretos reglamentarios.

16 Esta retención nunca podrá ser inferior a la retención en la fuente mínima establecida en la ley. De acuerdo con las normas vigentes, la retención en la fuente mínima se determina de acuerdo con el nivel de ingresos del empleado para el correspondiente período gravable, sin tomar en cuenta las deducciones usuales de la base de retención utilizadas bajo el sistema ordinario.

B. Trabajadores por cuenta propia

A esta categoría pertenecen las personas naturales residentes cuyos ingresos provengan en una proporción igual o superior al 80% de la realización de alguna¹⁷ de las siguientes actividades:¹⁸

- (I) Actividades deportivas y otras actividades de esparcimiento.
- (II) Agropecuario, silvicultura y pesca.
- (III) Comercio al por mayor o al por menor.

17 El artículo 329 del Estatuto Tributario establece que "Se entiende como trabajador por cuenta propia, toda persona natural residente en el país cuyos ingresos provengan en una proporción igual o superior a un ochenta por ciento de la realización de una de las actividades económicas señaladas en el capítulo II del Titulo V del libro I del estatuto tributario" (subrayas fuera del texto original). Por su parte, el artículo 3 del Decreto 3032 de 2013 establece que "Para los efectos del cálculo del impuesto mínimo alternativo simplificado (IMAS), de conformidad con lo establecido en los artículos 336 a 341 del estatuto tributario, una persona natural residente en el país se clasifica como trabajador por cuenta propia si en el respectivo año gravable cumple la totalidad de las siguientes condiciones: 1) Sus ingresos provienen en una proporción igual o superior a un ochenta por ciento (80%), de la realización de solo una de las actividades económicas señaladas en el artículo 340 del Estatuto tributario (...)" (subrayas fuera del texto original). En opinión del autor, de acuerdo con el artículo 329 del Estatuto Tributario podría clasificarse a una persona como trabajador por cuenta propia aún si dicha persona realiza dos o más de las actividades señaladas en el artículo 340 del Estatuto Tributario. Sin embargo, de una interpretación literal del artículo 3 del Decreto 3032 de 2013 se puede concluir que el IMAS para trabajadores por cuenta propia solo puede ser aplicado por aquellos trabajadores por cuenta propia que obtengan el 80% o más de sus ingresos de la realización de solo una de las actividades del mencionado artículo 340 del Estatuto Tributario.

Esta aparente contradicción podría derivarse de la intención del Gobierno Nacional de reducir el grupo de personas naturales que puedan optar por el IMAS a través de un decreto reglamentario, imponiendo una condición que no había sido establecida expresamente en la ley. Debe recordarse que uno de los efectos prácticos de pertenecer a la categoría de trabajador por cuenta propia es la posibilidad de aplicar el IMAS.

Sin embargo, mientras este decreto no sea declarado nulo gozará de presunción de legalidad.

18 De acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 3032 de 2013 estas actividades deberán homologarse con los códigos establecidos en la Resolución 139 de 2012.

(IV) Comercio de vehículos automotores, accesorios y productos conexos.

(V) Construcción.

(VI) Electricidad, gas y vapor.

(VII) Fabricación de productos minerales y otros.

(VIII) Fabricación de sustancias químicas.

(IX) Industria de la madera, corcho y papel.

(X) Manufactura de alimentos.

(XI) Manufactura textiles, prendas de vestir y cuero.

(XII) Minería.

(XIII) Servicio de transporte, almacenamiento y comunicaciones.

(XIV) Servicios de hoteles, restaurantes y similares.

(XV) Servicios financieros.

Sin perjuicio de lo anterior, no pertenecen a esta categoría las personas cuya renta gravable alternativa sea superior a 27.000 UVT durante el correspondiente año gravable (COP\$724.707.000 para el 2013; COP\$742.095.000 para el 2014).

Las personas naturales que pertenecen a la categoría de trabajadores por cuenta propia deben determinar su impuesto sobre la renta por el sistema ordinario (explicado anteriormente). Sin embargo, también podrán determinar el im-

puesto sobre la renta por el sistema simplificado del IMAS, que en el caso de los trabajadores por cuenta propia tiene un rango tarifario especial. En efecto, una de las consecuencias de pertenecer a la categoría de trabajador por cuenta propia es la posibilidad de aplicar voluntariamente el sistema simplificado del IMAS (el cual no puede ser aplicado por quienes pertenezcan a la categoría de “otros”).

Es importante tener en cuenta que los pagos realizados por los beneficiarios de los servicios o los pagos que realice cualquier agente rector en Colombia a los residentes calificados como trabajadores por cuenta propia deberán estar sometidos a retención en la fuente de acuerdo con las tarifas ordinarias establecidas en la ley, es decir, no aplica el régimen especial de retención sobre pagos laborales a menos que el pago correspondiente se derive efectivamente de una relación laboral.¹⁹ En términos generales, la retención en la fuente aplicable en este caso dependerá del tipo de transacción o servicio prestado. Existen diferentes tarifas dependiendo de cada transacción (4%, 6%, 11%), así como una tarifa genérica del 2.5%²⁰ para los pagos sin tarifa de retención especial.

19 Parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 99 de 2013.

20 Artículo 4 del Decreto 260 de 2001, modificado por el artículo 1 del Decreto 2418 de 2013. De acuerdo con el artículo 401 del Estatuto Tributario, cuando el correspondiente trabajador por cuenta propia no se encuentre obligado a declarar el impuesto sobre la renta, la tarifa de retención en la fuente será del 3.5%. Particularmente, el artículo mencionado establece que “Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 398 del estatuto tributario, la tarifa de retención en la fuente para los pagos o abonos en cuenta a que se refiere el presente artículo, percibidos por contribuyentes no obligados a presentar declaración de renta, será del 3.5%”.

II. RETENCIÓN EN LA FUENTE Y DEDUCIBILIDAD

A. Retención en la fuente sobre pagos realizados a empleados

De conformidad con lo establecido en la normativa tributaria vigente todos los pagos realizados a personas catalogadas como “empleados”, bien sea que se realicen en dinero o en especie, directa o indirectamente (independientemente de su denominación como honorario, salario, bonificación, remuneración especial, entre otros) deberán estar sometidos a retención en la fuente, de conformidad con las tarifas establecidas en la ley (las cuales van de 0% al 33%).

Para efectos de lo anterior, se entienden como pagos indirectos los realizados por el empleador a terceras personas, que beneficien al empleado o su núcleo familiar.²¹

Tal como se mencionó anteriormente, en el caso de los pagos realizados a residentes catalogados como empleados, la base y la tarifa de retención en la fuente debe determinarse de acuerdo con el sistema especial de depuración de rentas laborales establecido en la norma actual. Este sistema permite, en gran variedad de casos, restar de los ingresos brutos algunas deducciones y rentas exentas especiales establecidas en la ley (por ejemplo, pagos para planes de salud obligatorios y voluntarios, rentas exentas por aportes a planes de pensiones obligatorios y voluntarios, pagos de intereses sobre créditos

21 *Ibidem*.

para la adquisición de vivienda y deducción por dependientes).²²

B. Deducibilidad de pagos realizados a empleados

En términos generales, son deducibles los gastos que sean necesarios, proporcionales y que guarden relación de causalidad con la actividad generadora de renta.²³

Ahora bien, nótese que los empleadores solo podrán tomar como deducción los pagos laborales que cumplan las siguientes condiciones especiales:²⁴

I. Que hayan hecho parte de la base para practicar la retención en la fuente mencionada anteriormente.

II. Que hayan hecho parte de la base para liquidar los aportes obligatorios al sistema de seguridad social colombiano y los aportes parafiscales (considerados como un aporte especial sobre los pagos salariales, en beneficio del sistema de salud, las cajas de compensación familiar y el SENA).²⁵

22 La retención determinada por este sistema deberá compararse con la retención en la fuente mínima establecida en el artículo 384 del Estatuto Tributario. El empleador deberá practicar siempre la retención en la fuente que resulte mayor entre la retención en la fuente sobre ingresos laborales por el sistema ordinario (artículos 383 y el 385 o 386) y la retención en la fuente mínima del artículo 384 del Estatuto Tributario. Ahora bien, nótese que esta comparación solo es procedente en relación con personas que se consideren empleados y sean declarantes del impuesto sobre la renta.

23 Artículo 107 del Estatuto Tributario.

24 Artículos 87-1, 108 y 664 del Estatuto Tributario

25 Cabe anotar que los empleadores que sean contribuyentes del impuesto sobre la renta para la equidad (CREE) se encuentran exonerados del pago de aportes parafiscales al SENA y al ICBF, así como también

Por otra parte, es importante tener en cuenta que en virtud de lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1070 de 2013, quienes contraen la prestación de servicios de trabajadores independientes (pertenezcan o no a la clasificación de empleados) deberán verificar el cumplimiento en la liquidación y pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social por parte del contratista, para poder tomar la correspondiente deducción. Ahora bien, es importante anotar que este requisito solamente deberá ser cumplido en relación con contratistas que perciban más de 1 salario mínimo mensual legal vigente.²⁶

IV. OPTIMIZACIÓN FISCAL Y SUS LIMITACIONES

A. Oportunidades de optimización fiscal

La legislación tributaria colombiana establece una serie de beneficios (oportunidades de optimización fiscal) para empleados. Estos beneficios tributarios tienen como intención estimular el ahorro, la salud y la adquisición de vivienda.

A continuación se presenta una breve descripción de cada uno de estos beneficios.

del pago de contribuciones al sistema de seguridad social en salud, en relación con aquellos empleados que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales vigentes, en cuyo caso el pago de dichos parafiscales y contribuciones no será requisito para la deducibilidad del pago laboral (artículo 5 del Decreto 2701 de 2013).

26 Artículo 3 del Decreto 1070 de 2013.

1. Aportes voluntarios a fondos de pensiones y a cuentas para el fomento de la construcción (AFC)

De acuerdo con la normativa tributaria vigente, los aportes voluntarios realizados por los trabajadores y los empleadores a fondos voluntarios de pensiones no hacen parte de la base para calcular la retención en la fuente y son considerados como renta exenta, hasta una suma que, adicionada a los aportes obligatorios a pensiones y los aportes a cuentas AFC (para el fomento de la construcción) no exceda del 30% del ingreso del trabajador y no exceda de la suma de 3.800 UVT anuales (COP\$104.443.000 anuales para el 2014; aprox. COP\$8.700.000 mensuales para el 2014).

En todo caso, para la procedencia de este beneficio los aportes realizados a estas cuentas y sus rendimientos deben permanecer en la respectiva cuenta por el tiempo de permanencia mínimo establecido en la ley (10 años), a menos que los aportes y sus rendimientos se retiren bajo alguna de las excepciones antes mencionadas (adquisición de vivienda, cumplimiento de requisitos de pensión). En caso contrario (esto es, no permanencia de los aportes durante el tiempo arriba mencionado), el correspondiente fondo de pensiones o administrador de la cuenta AFC deberá practicar la retención en la fuente dejada de aplicar inicialmente (retención en la fuente contingente).

2. Pagos hechos por el empleador por concepto de alimentación del empleado

Los pagos realizados por el empleador a terceras personas por concepto de alimentación de sus empleados no se consideran un ingreso para el empleado y no hacen parte de la base de retención en la fuente por pagos laborales, hasta una suma máxima de 41 UVT mensuales (COP\$1.126.885 para el 2014), y solo para aquellos empleados que devenguen salarios inferiores a 310 UVT (COP\$ 8.520.000).

3. Deducciones especiales²⁷

- Pagos por salud

Los empleados pueden tomar como deducción de la base de retención en la fuente los pagos realizados por salud. Se entiende por pagos por salud los efectuados por contratos de prestación de servicios a empresas de medicina prepagada y por seguros de salud/pólizas de salud que impliquen protección al trabajador, su cónyuge, sus hijos o dependientes. Esta deducción corresponde a la información contenida en los certificados entregados por el trabajador, a más tardar el 15 de abril de cada año gravable.

- Intereses por créditos para la adquisición de vivienda

Los empleados pueden tomar como deducción de la base de retención en la fuente y de

²⁷ De conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Decreto 99 de 2013, estas deducciones podrán ser tomadas como deducción en la declaración de impuesto sobre la renta de aquellas personas que liquiden su impuesto a cargo bajo el sistema ordinario del impuesto sobre la renta.

la determinación definitiva del impuesto sobre la renta, los intereses pagados en relación con créditos de vivienda, hasta una suma de 100 UVT mensuales (COP\$ 2.748.500 para el 2014) y hasta 1.200 UVT anuales (COP\$32.982.000 para el 2014).

- Deducción por dependientes

Los empleados pueden tomar como deducción de la base de retención en la fuente una deducción genérica por dependientes (esto es, hijos menores de 18 años, hijos menores de 23 años que se encuentren adelantando estudios, y el cónyuge, padre o hermano que se encuentre en situación de dependencia económica o física/psicológica debidamente certificada).

Esta deducción podrá ser hasta del 10% del ingreso bruto del empleado y hasta una suma máxima de 32 UVT mensuales por empleado (COP\$ 880.000 para el 2014), de acuerdo con la certificación entregada por el empleado a su compañía (la cual se entiende presentada bajo la gravedad de juramento).

Para efectos de utilizar esta deducción el empleado deberá entregar a la empresa contratante un certificado, soportado con la correspondiente certificación médica (en el caso de dependencia física) o certificación de contador (en el caso de dependencia económica).²⁸

Estas deducciones especiales pueden tomarse también para efectos de la declaración anual del impuesto sobre la renta, en el caso de aque-

llos empleados que lo determinen por el sistema ordinario, es decir, cuyo impuesto sobre la renta no se liquida sobre el IMAN o el IMAS.

4. Límites objetivos a la optimización fiscal

Es importante tener en cuenta que las oportunidades de optimización fiscal arriba descritas tienen ciertos límites objetivos establecidos en la ley. A continuación se presentan los límites objetivos más importantes a la optimización fiscal para ejecutivos.

4.1. Primer límite objetivo: retención en la fuente mínima

De conformidad con el artículo 384 del Estatuto Tributario, la retención en la fuente aplicable a los pagos realizados a los empleados declarantes no podrá ser inferior a la establecida en dicho artículo (de acuerdo con una tabla progresiva de tarifas en UVT). Así las cosas, al momento de calcular la retención en la fuente, el empleador deberá aplicar la que resulte mayor entre (i) la retención en la fuente determinada por el sistema ordinario (es decir, de acuerdo con lo establecido en el artículo 383 del Estatuto Tributario) y (ii) la retención en la fuente determinada de acuerdo con los rangos establecidos en el artículo 384 del Estatuto Tributario.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que la retención en la fuente mínima (la determinada de acuerdo con el artículo 384 del Estatuto Tributario), se calcula sobre una base de retención en la fuente especial. Esta base de retención en

28 Decreto 99 de 2013.

la fuente especial está constituida por el resultado de restar los aportes al sistema general de seguridad social a cargo del empleado (esto es, los que son efectivamente descontados por nómina) del total del pago mensual (pago laboral) realizado al empleado.

La retención en la fuente mínima (liquidada sobre esta base de retención especial) puede resultar mayor a la retención en la fuente determinada de acuerdo con el sistema ordinario, en los casos en que exista un esquema de planeación tributaria agresivo por parte del empleado, en el cual este tome los diferentes beneficios tributarios determinados en la ley, en montos cercanos a los límites establecidos para su procedencia.

En línea con lo anterior, se considera que la retención en la fuente mínima es un límite objetivo a la planeación tributaria para los empleados, toda vez que se garantiza un margen mínimo de retención en la fuente, independientemente de los beneficios tributarios que se tomen.

4.2. Segundo límite objetivo: impuesto mínimo alternativo nacional (IMAN)

De acuerdo con lo establecido en los artículos 331 y siguientes del Estatuto Tributario, las personas que se encuentren clasificadas dentro de la categoría de empleados deberán comparar su liquidación del impuesto sobre la renta por el sistema ordinario (impuesto sobre la renta sobre la base mayor entre la renta líquida y la renta presuntiva) con la liquidación del impuesto sobre la renta por el sistema del IMAN. Como resultado de esta comparación, el empleado debe

determinar su impuesto sobre la renta a pagar de acuerdo con el impuesto que resulte mayor entre aquel liquidado por el sistema ordinario y aquel liquidado por el sistema del IMAN.

Para efectos de lo anterior, es importante tener en cuenta que el IMAN es calculado de acuerdo con una tabla progresiva de tarifas en UVT, sobre una base gravable especial denominada renta gravable alternativa. En términos generales, la renta gravable alternativa está constituida por los ingresos brutos percibidos por el empleado menos unas deducciones especiales. Estas deducciones especiales no corresponden a las deducciones establecidas dentro del sistema ordinario, en las cuales se encuentran las deducciones y beneficios utilizados usualmente en los planes de flexibilización salarial.

Así las cosas, al igual que en el caso de la retención en la fuente mínima, el impuesto liquidado por el sistema del IMAN puede resultar mayor al impuesto determinado de acuerdo con el sistema ordinario, en los casos en que exista un esquema de planeación tributaria agresivo por parte del empleado, conforme con el cual el empleado tome los diferentes beneficios tributarios establecidos en la ley, en montos cercanos a los límites establecidos para su procedencia.

Con fundamento en lo anterior, puede concluirse que el IMAN constituye (a la par de la retención en la fuente mínima) un límite objetivo a la planeación tributaria sobre los pagos laborales y a la flexibilización salarial.

V. CONCLUSIONES

Tal como se expuso al inicio de este documento, la Ley 1607 de 2012 introdujo cambios significativos al régimen tributario aplicable a las personas naturales en Colombia.

La reforma tributaria modificó el régimen de residencia fiscal y el régimen de tributación sobre las rentas de fuente mundial y de fuente nacional. Este cambio acercó a Colombia a los principios generales de tributación bajo los cuales se firman los convenios de doble imposición con fundamento en el modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y a la legislación aplicable en otros países de la región, sin dejar de lado la mezcla propia del sistema de residencia con el sistema de la fuente que ha sido la base del régimen colombiano de tributación de las personas naturales.

Por otro lado, la nueva categorización de las personas naturales para efectos tributarios está fundada en dos factores fundamentales: (i) el origen de los ingresos de acuerdo a la actividad económica desarrollada por el contribuyente y (ii) la dependencia técnica y económica del contribuyente en relación con la persona o personas de las cuales recibe sus ingresos.

Pese a la regulación específica emitida en relación con la categorización de las personas naturales durante el 2013 y parte del 2014, el campo de interpretación para la DIAN y el contribuyente sigue siendo amplio en relación con algunos conceptos, tales como, “cuenta y riesgo propio”, “pérdidas monetarias”, “responsabili-

dad frente a terceros”, los cuales son conceptos fundamentales para determinar la pertenencia de una persona a alguna de las categorías establecidas en el artículo 329 del Estatuto Tributario. Estas zonas grises abiertas a la interpretación pueden generar controversias entre los contribuyentes y la DIAN que serán reveladas a medida que pasa el tiempo.

Aunque el gobierno anunció una simplificación del ordenamiento tributario nacional como consecuencia de la reforma tributaria del 2012, la Ley 1607 de este año hizo más compleja la gestión tributaria de la nómina, particularmente, en relación con la aplicación de retenciones en la fuente realizadas a empleados y trabajadores independientes. Estas complejidades del sistema tributario actual pueden interpretarse en una doble vía.

En primer lugar, estas complejidades pueden interpretarse como un mayor interés del Estado colombiano en la formalización del empleo y la generación de equidad entre los contribuyentes personas naturales (que fue aparentemente el objetivo del Gobierno Nacional al proponer el primer proyecto de la reforma tributaria). De ser acertada esta interpretación, la reforma tributaria tiene algunos puntos contraproducentes, tales como la obligación de certificar contribuciones a seguridad social en relación con trabajadores independientes que podrían estar cubiertos por el régimen subsidiado de seguridad social, la necesidad de mayores controles a la hora de aplicar retenciones en la fuente sobre los pagos realizados a las personas categorizadas como “empleados” y la ampliación de la

base de declarantes a aquellos que obtienen ingresos por más de 1.400 UVT anuales.

En segundo lugar, las modificaciones introducidas por la reforma tributaria podrían interpretarse como un mayor interés del Estado colombiano en ampliar sus mecanismos de control a las personas naturales, incrementar la base de contribuyentes del impuesto sobre la renta, disminuir los beneficios tributarios aplicables a los empleados e incrementar la base de declarantes del impuesto sobre la renta.

Referencias

- Crowe Horwath CO S. A. (2014). *Ley 1607. Reglamentos*.
- Crowe Horwath CO S. A. (2014). *Foro Estudio teórico y práctico de la Reforma Tributaria*.
- Crowe Horwath CO S. A. (2014). *Ley 1607 de 2012 y sus decretos reglamentarios*.
- Decreto Reglamentario 260 del 19 de febrero de 2001 *“Por medio del cual se reglamentan los artículos 392 y 401 del Estatuto Tributario”*.
- Decreto Reglamentario 99 del 25 de enero de 2013 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario”*.
- Decreto Reglamentario 1070 del 28 de mayo de 2013 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el estatuto tributario”*.
- Decreto Reglamentario 2418 del 31 de octubre de 2013 *“Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1607 de 2012”*.
- Decreto Reglamentario 2701 del 22 de noviembre de 2013 *“Por el cual se reglamenta la Ley 1607 de 2012”*.
- Decreto Reglamentario 3032 del 27 de diciembre de 2013 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario”*.
- Decreto Reglamentario 3028 del 27 de diciembre de 2013 *“Por el cual se reglamenta parcialmente el Estatuto Tributario”*.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. *Resolución n.º 139 del 12 de noviembre del 2012*.
- Estatuto Tributario. *Decreto extraordinario 624 de 1989 modificado por la Ley 1607 de 2013*.
- Zarama, C. y Zarama, F. (2013). *Reforma tributaria comentada. Ley 1607 de 2012*. Bogotá DC: Legis Editores.