

## RETENCIÓN EN LA FUENTE

### IMPUESTO DE RENTA PARA LA EQUIDAD - CREE

#### Decreto 862 de 2013

Bajo un esquema que en nuestra opinión le resta aplicación al principio de simplicidad del sistema tributario, se establece un sistema complejo y difícil de parametrizar sin olvidar la prontitud fijada para darle aplicación, para aplicar la esperada retención en el impuesto de renta para la equidad.

Esta retención agudiza el tema del exceso de retenciones que generan usualmente saldos a favor. Fijar esta nueva retención (que cubriría la tarifa del CREE al 9%, luego del 8%) sin disminuir la retención del impuesto de renta cuya tarifa pasó del 33% a una nueva tarifa de 25%, elevaría aún más la presencia de salvos a favor.

Recuérdese que la retención es un medio para el recaudo anticipado de un impuesto, por lo que no será procedente practicarla si no hay impuesto bien porque no hay sujeto pasivo o bien porque la base está exceptuada, criterios importantes para interpretar y aplicar esta nueva retención.

#### Exigencia:

Si bien el impuesto es aplicable a partir del 1 de enero de 2013, la retención solo procede a partir de mayo 1° de 2013.

En cuanto su registro la Supersociedades en su Oficio 115-045699 de 08/05/2013, señala que “*la codificación contenida en el Plan, no tendrá ninguna modificación con motivo de las recientes imposiciones tributarias, sin que sea permitida la creación de nuevas cuentas y subcuentas como la pretendida*” (se subraya), por lo que lo procedente es utilizar codificaciones a nivel de auxiliares, a partir del séptimo dígito. Allí se contempla la subcuenta código 236570 “Otras retenciones y patrimonio”, que podría utilizarse creando los códigos auxiliares del caso.

#### En quien recae la retención - Sujetos pasivos:

Debe recordarse que siendo un anticipo de un determinado impuesto, son retenidos quienes cumplan la condición de ser sujetos pasivos del respectivo impuesto. En este caso lo son (art. 20 Ley 1607 de 2012 y art. 1 D. 862 de 2013):

- a) Las personas jurídicas y asimiladas que sean
  - i) contribuyentes
  - ii) declarantes del impuesto de renta; y

Hay que considerar casos en donde las previsiones del impuesto de renta básico no serían aplicables como sería

los beneficios señalados por la Ley 1429/10 que si bien tiene prerrogativas en la tarifa del impuesto de renta, no serían aplicables tanto para el impuesto como para la retención del CREE. Se mantienen la exoneración de aportes y de retención en renta.

- b) Las sociedades y entidades extranjeras solo sobre ingresos de fuente nacional obtenidos mediante sucursales y establecimientos permanentes.

Importante resaltar que estas sociedades extranjeras no son sujetos pasivos si ganan ingresos en Colombia pero sin tener o intervengan establecimientos permanentes ni sucursales en Colombia. Luego los giros al exterior por este conceptos no se someten al CREE.

La retención como anticipo o recaudo anticipado de un impuesto, no puede recaer sobre quienes no son sujetos pasivos del impuesto, caso de:

- a. Las entidades sin ánimo de lucro,
- b. Las sociedades declaradas como zonas francas a 31 de Diciembre de 2012, o hayan radicado solicitud como tales, y los usuarios calificados o se califiquen a futuro en estas a la tarifa especial del impuesto sobre la renta del 15% establecida en el inciso primero del artículo 240-1 del E.T.,
- c. Quienes no hayan sido previstos en la ley expresamente como sujetos pasivos, caso de cualquier persona natural sin importar su condición o cualidad.

Así como tampoco aplicaría sobre quienes no hayan sido previstos en la ley expresamente como sujetos pasivos, caso de cualquier persona natural sin importar su condición o cualidad.

De lo contrario, al realizar dicha retención sobre quienes no son sujetos pasivos, se convertirá en un pago de lo no debido ya que dichos retenidos no deben presentar declaración alguna y no existe factor o impuesto sobre el cual imputar la retención.

Así lo expresa el Decreto, refiriéndose a las entidades sometidas a la retención, al señalar que opera “*siempre que unas y otras sean sujetos pasivos del impuesto sobre la renta para la equidad –CREE*”, y en general cuando señala no opera cuando sean “*pagos o abonos en cuenta realizados a las personas jurídicas o naturales no sujetas al impuesto sobre la renta para la equidad –CREE*” (art. 3°).

### **Consortios y uniones temporales:**

En el evento en el que la facturación la efectúe el consorcio o unión temporal bajo su propio NIT (opción del art. 11 del decreto 3050 de 1997), la factura, además de señalar el porcentaje o valor del ingreso que corresponda a cada uno de los miembros del consorcio o unión temporal, indicará el nombre o razón social y el NIT de cada uno de ellos ya que son los asociados los eventuales sujetos pasivos.

Quien efectúe el pago o abono en cuenta deberá practicar al consorcio o unión temporal la respectiva retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE, y a prorrata de su participación en el ingreso facturado. Por ende, el pagador y retenedor deberá tener en consideración las condiciones especiales que se puedan presentar en cada sujeto beneficiario.

### Causación:

De acuerdo al alcance del art. 2º del Decreto recae sobre cada pago o abono en cuenta **realizado** al contribuyente sujeto pasivo de este tributo; no exige que la retención se haga sobre lo que ocurra primero entre dicho abono o pago. Esto da lugar no solo a verificar el momento de efectuarla, sino a la cualidad de los ingresos que serán base, como es, que sean **realizados** y no solo simple abono o ajuste contable como sería el caso de algunos aprovechamientos, diferencia en cambio, ajustes y rubros similares.

Otro aspecto que también puede zanjar la inquietud sobre si la retención recaería sobre los pagos efectuados desde su vigencia pero que correspondan a abonos realizados antes de su expedición, dado el hecho adicional ya destacado que no exige que se haga sobre lo que ocurra primero. Bajo el principio de realización sería claro que los ingresos abonados ya fueron objeto de realización, por lo que no sería procedente efectuar la retención sobre sus pagos.

Podría analizarse si aplicaría la opción de tomar cierres calendarios propios de que trata el art. 8 del Decreto 1189/88 para poder cumplir los plazos a veces cortos de declaración de la retención del CREE, posición que se fundamentaría en que ésta norma permite a “*los agentes de retención en la fuente*”, sin calificarlos ni distinguirlos, de cerrar como máximo cinco (5) días calendario antes o después del último día de cada mes con el fin de determinar la retención, con excepción de diciembre que debe cerrar el 31.

### Base y Tarifa:

La base de retención se realizará por actividad económica **principal**, no por concepto, razón por la que exige se pida el RUT o que enuncien su actividad. Abarca ingresos no operacionales como rendimientos financieros, indemnizaciones, aprovechamientos, diferencia en cambio, ventas menores de 2 años (la ganancia ocasional no hace parte de la base del CREE), conforme al hecho generador.

Aunque hay una ayuda en el Portal de la DIAN para ubicar la actividad económica según el NIT, se ha observado que no es consistente pues incluye como sujetos de la retención a las personas naturales, extranjeros y entes sin ánimo de lucro, que no deberían serlo, razón por la que entendemos se eliminó la señalización de la tarifa.

Se considera un sistema complejo si se tienen muchos proveedores pues puede resultar inmedible, caso de abono o pago de rendimientos financieros en el sector financiero, contribuyentes en mercados masivos, sin perjuicio de diferenciar otros aspectos como verificar si los proveedores ya son o no autorretenedores del CREE.

La tarifa contemplada en función de la actividad económica **principal**, en el art. 2 del D. 862 de 2013, son básicamente del 0,3%, 0,6% y 1,5%. En ese porcentaje deberá practicar la retención quien realice el pago o abono en cuenta (agente retenedor o autorretenedor). Esta unificación en la tarifa por la actividad principal, puede agudizar el problema de los saldos a favor.

Se critica la complejidad para implementar este sistema en el tiempo record fijado ya que se exige verificar la actividad económica principal de cada proveedor, complejo de acuerdo con la extensión de la base de proveedores, y que en algunos sistemas contables dependerá de instrucciones, autorizaciones o implementación desde exterior no siempre ágiles, ni fija una cuantía mínima, exigiendo que cada proveedor por pequeño que sea, exhiba el Registro Único Tributario - RUT (hasta ahora solo obligatorio para el régimen simplificado del IVA), y en caso de no estar

actualizado, expresar bajo la gravedad del juramento, la actividad económica principal.

Temas a considerar:

- a) Sin fijar cuantías mínimas que faciliten su administración, se requeriría realizar la retención sobre gastos de caja menor, gastos de viaje como peajes, consumos de supermercado y restaurantes, además de la dificultad en la obtención del RUT y la actividad económica en estos eventos. Se tiene noticia que la DIAN implementaría algunas cuantías mínimas.
- b) Siendo la retención un anticipo impositivo, debe tomarse en cuenta el hecho generador del CREE por lo que así no lo diga el Decreto, se requiere la realización de un ingreso “gravado”. Por ello tampoco aplicaría sobre préstamos, ganancias ocasionales, rentas exentas del CREE, etc., como sería el caso de las rentas exentas provenientes de países cobijados por la Decisión 578 de la Comunidad Andina (art. 22 de la Ley).
- c) Esta retención deberá hacerse sobre el precio facturado, antes de propinas, del IVA y del Impuesto al Consumo (que puede ser incluso un costo, art. 512-1 ET.).
- d) En el caso de los servicios integrales de aseo y cafetería, de vigilancia, autorizados por la Superintendencia de Vigilancia Privada, de servicios temporales de empresas autorizadas por el Ministerio del Trabajo y los prestados por las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado en cuanto a mano de obra se refiere, vigiladas por la Superintendencia de Economía Solidaria, la misma Ley 1607/12 señala que la base gravable especial del IVA allí descrita (AIU) aplicará para efectos de la retención en la fuente del impuesto sobre la renta, al igual que para los impuestos territoriales. Dada estas expresas referencias, no consideramos que esta base especial aplique para la retención del CREE.
- e) En el caso de Distribuidores de combustibles, deberá tenerse en cuenta lo señalado por la Ley 26/89 que afirma que “*Para todos los efectos fiscales*” el ingreso bruto es el margen de comercialización menos los factores allí citados.
- f) En algunos eventos como en el caso de pagos o abonos de ingresos en el servicio transporte carga (art. 102-2 ET.), podría afirmarse que la regulación actual se extiende al CREE dado que la misma norma al señalar una escisión del ingreso con sus afiliados (ingreso para terceros), establece que aplica “*para propósitos de los impuestos nacionales y territoriales*”.
- g) En la causación especial diferente a la “realización” de cierto tipo de ingresos como los obtenidos por sistemas especiales de valoración de inversiones a precios de mercado, queda la duda sobre si genera o no ingreso en el CREE ya que existe previsión en la renta, pero no en el CREE, que se entiende “realizado” en cabeza de la sociedad solo de acuerdo con las reglas del artículo 27 ET. (principio de realización). Caso de la cartera colectiva ya que sus previsiones solo operan en el impuesto de renta.

Similar análisis recaerá para determinar si la generación de ciertos ingresos son base de la retención como algunos aprovechamientos, la diferencia en cambio, ajustes contables, rentas liquidadas especiales y otros rubros similares, o temas como el ajuste de precio o ingreso en el sistema de Precios de Transferencia en el caso de autorretenedores.

### Agentes de retención y autorretenedores:

Serán **agentes de retención** los señalados en:

- a) El art. 368 del E.T.: entidades de derecho público, hoy carteras colectivas, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez, los consorcios y uniones temporales, las comunidades organizadas, y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente.

Con excepción de las personas naturales no comerciantes, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas.

- b) El artículo 368-1: fondos de inversión, los fondos de valores y los fondos comunes, o las sociedades que los administren sobre los ingresos que distribuyan entre los suscriptores o partícipes.
- c) El artículo 368-2: personas naturales que tengan la calidad de comerciantes y que en el año inmediatamente anterior tuvieron un patrimonio bruto o unos ingresos brutos superiores al allí fijado.

Esto también quiere decir que en forma similar a lo que ocurre en la retención por renta, al ser un recaudo anticipado de un impuesto a nombre terceros, todos los pagadores incluidos los que no sean sujetos pasivos del CREE estarán obligados a la retención, incluido el Estado y su dependencias, los entes no contribuyentes, entes sin ánimo de lucro, etc.

Serán **autorretenedores**:

1. Aquellos que tengan esa calidad a la entrada en vigencia del Decreto y a quienes el gobierno nacional les fije tal calidad en adelante. No señala que ocurre si algunos de estos sujetos solicitan o son excluidos de dicha calificación, pero lo pertinente es que sean igualmente excluidos de efectuar esta retención.

Tampoco aclara si la calidad de autorretenedor es para aquellos que lo son por resolución individual o si cobija también aquellos que solo lo son por disposición especial para conceptos de pago específicos en renta, p.e. sociedades de corredores de seguros por comisiones, aerolíneas, bancos.

Igualmente no sería aplicable sobre los ingresos que no sean gravados en el CREE. Pero a diferencia de la autorretención en renta (art. 11, decreto 836 de 1991), en este caso exige que deba practicarse la autorretención aun cuando el pago provenga de una persona natural no agente de retención (art. 3º).

Esta autorretención solo aplicaría cuando el agente sea a su vez sujeto pasivo del CREE. Podrá haber casos en que aún siendo autorretenedor a título de renta, no lo sea a título del CREE.

2. Quienes reciban ingresos en divisas del exterior por cualquier concepto, también al momento del pago o abono en cuenta. La norma habla específicamente del concepto de exportaciones y de cualquier otro concepto, pero atendiendo al principio de causación y realización, no aplicaría la autorretención sobre conceptos no gravados con el CREE, como creemos sería el de las rentas exentas provenientes de países cobijados por la Decisión 578 de la Comunidad Andina (art. 22 de la Ley).

Tampoco se especifica si la calidad de autorretenedor en divisas del exterior solo aplica por dichos ingresos percibidos del exterior, o si se convierten en autorretenedores para todo concepto de ingreso. Parece sería solo para el primer evento.

Los agentes de retención deberán cumplir las obligaciones de los agentes de retención establecidas en el E.T., incluido el deber de expedir los certificados de retención (por reglamentar; es previsible sean complejos y exijan contener la actividad económica principal de cada proveedor y la tarifa que corresponde), y estarán sometidos al régimen sancionatorio allí establecido.

Temas a considerar:

1. No se ha creado una nueva responsabilidad tributaria en el RUT por lo que se asume se absorbe por la actual como agente de retención en renta para permitir el diligenciamiento y firma de las declaraciones.
2. El decreto no previó la retención a través de agentes sustitutos, caso de:
  - a. Los pagos realizados a través de tarjetas débito y crédito a cargo de entidades emisoras, entidades adquirentes o pagadoras (art.437-1 ET., Decreto 406/01 art. 16 y 17). En principio la retención del CREE corresponderá a usuario comprador.
  - b. Ni lo previsto en el Decreto 1159 de 2012 para aquellos que sean señalados por la DIAN que dejarán de practicar la retención normal de renta y la del IVA por causación, para realizarse al momento del pago, a través las entidades financieras. Se mantendría la retención del CREE en el comprador.
  - c. Otros agentes sustitutos como el caso de las fiducias donde actúan como retenedor (art. 102 ET.). Por la referencia general al art. 368 ET. puede concluirse que igual lo serán en este impuesto.
3. No se hace mención de casos como el Mandato. Por ejemplo, la regulación en el impuesto de renta indica que la retención es a cargo del mandatario (situación que puede ser igual en el CREE dada la referencia al art. 368 como agentes de retención) pero dice debe tomar en consideración la calidad del mandante, que aquí el Decreto no prevé, por lo que en principio sería el pagador mandatario pero según su propia calidad.
4. Si eventualmente se produce saldos a favor, solo pueden solicitarse con la presentación de la declaración. No se han previsto casos especiales como para las entidades en estados de restructuración (Ley 550/99) e insolvencia (Ley 1116/06) que permite devoluciones trimestrales anticipadas, que solo se prevé para el impuesto sobre la renta.
5. Si bien no lo menciona el Decreto, estas retenciones serían objeto de la información en medio magnético que se solicita anualmente. La Ley 1607/12 art.139, exige que su contenido y características técnicas sean fijadas por lo menos con dos meses de anterioridad al último día del año gravable “anterior” al cual se solicita la información.

#### **Plazos:**

Los agentes retenedores deberán presentar declaraciones de retención en la fuente correspondientes a los meses del año 2013 y cancelar el valor respectivo, en las fechas que se indica el decreto, bajo vencimientos que corresponden al último dígito del NIT del agente retenedor, sin tener en cuenta el dígito de verificación, lo cuales se ha considerado



por cortos al inicio de cada mes. Estos son:

<b>Si el último dígito es:</b>	<b>Mes de mayo año 2013 hasta el día</b>	<b>Mes de junio año 2013 hasta el día</b>
1-2-3-4	5 de junio de 2013	4 de julio de 2013
5-6	6 de junio de 2013	5 de julio de 2013
7-8	7 de junio de 2013	8 de julio de 2013
9-0	11 de junio de 2013	9 de julio de 2013

<b>Si el último dígito es</b>	<b>Mes de julio año 2013 hasta el día</b>	<b>Mes de agosto año 2013 hasta el día</b>	<b>Mes de septiembre año 2013 hasta el día</b>
1-2-3-4	5 de agosto de 2013	4 de septiembre de 2013	4 de octubre de 2013
5-6	6 de agosto de 2013	5 de septiembre de 2013	7 de octubre de 2013
7-8	8 de agosto de 2013	6 de septiembre de 2013	8 de octubre de 2013
9-0	9 de agosto de 2013	9 de septiembre de 2013	9 de octubre de 2013

<b>Si el último dígito es</b>	<b>Mes de octubre año 2013 hasta el día</b>	<b>Mes de noviembre año 2013 hasta el día</b>	<b>Mes de diciembre año 2013 hasta el día</b>
1-2-3-4	5 de noviembre de 2013	4 de diciembre de 2013	7 de enero de 2014
5-6	6 de noviembre de 2013	5 de diciembre de 2013	8 de enero de 2014
7-8	7 de noviembre de 2013	6 de diciembre de 2013	9 de enero de 2014
9-0	8 de noviembre de 2013	9 de diciembre de 2013	10 de enero de 2014

**Declaración:**

Ya se expidió el formulario para su presentación. Quien esté obligado a tener firma digital deberá presentar la declaración por medios electrónicos. En el caso en que no se haga de esta manera, la declaración se tendrá por no presentada. Esta consecuencia requiere de auto administrativo que así lo declare y puede ser subsanada ya que es diferente a la ineficacia.

Situaciones particulares:

- Fallas técnicas y fuerza mayor: Si por éstas no se puede presentar el impuesto a tiempo, no se aplicarán las sanciones de extemporaneidad bajo la condición que la declaración se presente virtualmente al día siguiente a aquel en que se hayan restablecido los servicios electrónicos. En caso de fuerza mayor, deberá remitirse prueba de la misma.
- Pluralidad de sucursales: Como ocurre en renta, cuando el agente retenedor tenga más de 100 sucursales o agencias, los plazos para la declaración y pago, vencerán un mes después del señalado para la presentación y pago de la declaración del respectivo período. Requiere previa solicitud que se decide bajo acto administrativo que autorice a los contribuyentes solicitantes. Exige que dicha solicitud sea radicada hasta el último día hábil del mes de mayo de 2013, pero no señala que ocurre con agentes retenedores que cumplan esta condición en periodos posteriores.



### **Pago:**

Respecto al pago tanto por concepto del impuesto CREE, como por retenciones del mismo impuesto, a partir del 1° de agosto de 2013, será obligatorio realizarlos a través de medios electrónicos.

Se recuerda que la declaración del impuesto CREE si se presenta sin pago se tiene por no presentada, en principio subsanable si puedo pagar después, o por el paso del tiempo o cuando se compensa en cuyo caso se entendería no tiene el requisito del mínimo del saldo a favor para que proceda (art. 580-1 ET.). Pero frente a la declaración de retenciones del CREE se discute la aplicación del art. 580-1 que establece una figura más rígida y fuerte como es la ineficacia de las declaraciones cuando dice sin distinguir que *“Las declaraciones de retención en la fuente presentadas sin pago total no producirán efecto legal alguno, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare”*.

### **No presentación de la declaración:**

Cuando no haya valor a pagar, no se deberá presentar declaración. Aun cuando solo hace referencia a los casos de operaciones anuladas, rescindidas o pagos en exceso, consideramos que es de aplicación general.

### **Operaciones anuladas, rescindidas o resueltas:**

Cuando se anulen, rescindan o resuelvan operaciones que hayan sido sometidas a retención en la fuente por el CREE, el agente retenedor podrá descontar las sumas que hubiere retenido por tales operaciones del monto de las retenciones por declarar y consignar en el período en el cual se hayan anulado, rescindido o resuelto las mismas. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente, podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Se deberán anular los certificados de retenciones emitidos y/o obtener manifestación del retenido de que no la ha imputado en la respectiva declaración del impuesto CREE (art. 5).

### **Retenciones en exceso:**

Las retenciones en exceso podrán devolverse previa solicitud escrita del interesado con la presentación de las pruebas que demuestren que se trato de una retención en exceso (art. 6). En el mismo periodo en que se haga la devolución, se podrá descontar ésta del valor a declarar y pagar. Para esto se deberá anular el certificado de retención en la fuente, el cual se deberá conservar. Cuando el reintegro se solicite en el año siguiente, el solicitante deberá manifestar que no imputó dicha retención en su declaración de renta.

### **Exoneración de los parafiscales y aportes a sistema de salud:**

Consecuencia de la implementación de la retención es que estarán exonerados del pago de parafiscales tanto los contribuyentes del CREE como las personas naturales empleadoras mediante contrato de trabajo, a partir del 1 de mayo de 2013 con respecto a los trabajadores que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10)



salarios mínimos mensuales legales vigentes (\$5.895.000 año 2013). No aplica para las personas naturales que empleen menos de dos trabajadores.

Igualmente, a partir del 1 de enero de 2014, estos sujetos estarán exonerados de aportes al sistema de salud que devenguen, individualmente considerados, menos de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes. Aplicarán los mismos condicionamientos de la exoneración de parafiscales.

La porción de aportes a cargo del trabajador no se eliminan y deben mantenerse.

No son beneficiarios de la exoneración, las entidades no sujetas al CREE señaladas en la ley (v.g. sin ánimo de lucro, zonas francas, y los usuarios), así como quienes no hayan sido previstos en la ley de manera expresa como sujetos pasivos del impuesto sobre la renta para la equidad – CREE.

#### **Control de aportes:**

Aunque no lo indica expresamente, se busca cuantificar el “devengo” para establecer sobre que trabajadores habrá exoneración de aportes.

Se tendrán en cuenta la totalidad de los pagos efectuados al trabajador, directamente o, en su nombre, realizados a terceros (pagos indirectos), que de conformidad con el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo incluyen no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie **como contraprestación directa del servicio** (concepto salarial), sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Este valor que debe establecer el empleador por cada trabajador **en el respectivo mes**, para determinar si procede la exoneración prevista en el artículo 25 de la Ley 1607 de 2012. Es decir, este cálculo se debe realizar mensualmente por cada trabajador.

Cordial saludo,

**Jose Hernan Florez | Legal and Tax**  
Grant Thornton Fast & Abs Asesores Legales y Tributarios S.A.  
Calle 102 A No. 47 A-09 | Bogotá, D.C. | Colombia  
T (office) +57-1-7059000 ext 1201  
E [jose.florez@co.gt.com](mailto:jose.florez@co.gt.com) | W [www.gtcolombia.com](http://www.gtcolombia.com)