

CONCEPTO N° 1023 [005492]
27-09-2023
DIAN

100208192-1023
Bogotá, D.C.

Tema: Retención en la fuente
Descriptores: Retención sobre otros ingresos tributarios
Retención en la fuente en indemnizaciones
Fuentes formales: Artículos 401 y 401-2 del Estatuto Tributario
Artículos 1.2.4.9.1. y 1.2.4.9.2. del Decreto 1625 de 2016
Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de octubre 7 de 1976 y de julio 31 de 2018, Radicación N° 25899-31-03-002-2013-00162-01.

Cordial saludo,

De conformidad con los artículos 56 del Decreto 1742 de 2020 y 7-1 de la Resolución DIAN No. 91 de 2021, este Despacho está facultado para absolver las consultas escritas generales que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y de fiscalización cambiaria, en el marco de las competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN. Por consiguiente, no corresponde a este Despacho, en ejercicio de las funciones descritas anteriormente, prestar asesoría específica para atender casos particulares, ni juzgar o calificar las decisiones tomadas por otras dependencias o entidades.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es la tarifa de retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta aplicable sobre los pagos realizados como consecuencia de la ejecución de una cláusula penal cuando ésta tiene una función compensatoria, sancionatoria o de simple apremio?

TESIS JURÍDICA

La tarifa de retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta aplicable sobre los pagos realizados como consecuencia de la ejecución de una cláusula penal cuando ésta tiene una función compensatoria, sancionatoria o de simple apremio será: (i) la establecida en los artículos 401 del Estatuto Tributario y 1.2.4.9.1. y 1.2.4.9.2. del Decreto 1625 de 2016 si el pago tiene una naturaleza diferente a la indemnizatoria, o (ii) la establecida en el artículo 401-2 del Estatuto Tributario si el pago tiene una naturaleza indemnizatoria.

FUNDAMENTACIÓN

De acuerdo con el artículo 1592 del Código Civil “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”.

Al respecto, en Sentencia de octubre 7 de 1976 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia explicó que “la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios” (subrayado fuera de texto).

La misma Corporación en Sentencia de julio 31 de 2018, Radicación N° 25899-31-03-002-2013-00162-01 señaló:

(...) en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «*cláusula penal*» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «*cláusula penal compensatoria*» y en el segundo, «*cláusula penal moratoria*»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación. (subrayado fuera de texto)

De la jurisprudencia reseñada se desprende, entonces, que la cláusula penal puede tener o no un carácter indemnizatorio.

Considerando lo anterior y para efectos de la retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta, aplicable sobre los pagos realizados como consecuencia de la ejecución de una cláusula penal, esta Subdirección considera necesario atender lo previsto en las siguientes disposiciones:

- i) Los artículos 401 del Estatuto Tributario¹ y 1.2.4.9.1. y 1.2.4.9.2. del Decreto 1625 de 2016², que establecen una tarifa del 2,5% si el beneficiario del pago o abono en cuenta es un contribuyente obligado a presentar declaración de renta y del 3,5% en el caso contrario. Esto, si resultare que el pago tiene una naturaleza diferente a la indemnizatoria.
- ii) El artículo 401-2 del Estatuto Tributario³, que establece una tarifa del 20% si el beneficiario del pago o abono en cuenta es residente fiscal en el país y del 35% en el caso contrario. Esto, si resultare que el pago tiene una naturaleza indemnizatoria.

En los anteriores términos se resuelve su solicitud y finalmente le manifestamos que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, con el fin de facilitar a los contribuyentes, usuarios y público en general el acceso directo a sus pronunciamientos doctrinarios, ha publicado en su página de internet www.dian.gov.co, la base de conceptos en materia tributaria, aduanera y cambiaria expedidos desde el año 2001, la cual se puede ingresar por el ícono de “Normatividad” –“Doctrina”, dando click en el link “Doctrina Dirección de Gestión Jurídica”.

Atentamente,

ALFREDO RAMÍREZ CASTAÑEDA

Subdirector de Normativa y Doctrina

Dirección de Gestión Jurídica

UAE-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Notas al pie

1. ↑ ARTÍCULO 401. RETENCIÓN SOBRE OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS. (...) el Gobierno podrá establecer retenciones en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta susceptibles de constituir ingreso tributario para el contribuyente del impuesto sobre la renta, que hagan las personas jurídicas y las sociedades de hecho.
2. ↑ ARTÍCULO 1.2.4.9.1. RETENCIÓN EN LA FUENTE POR OTROS INGRESOS. A partir del 27 de junio de 1985 (Fecha de publicación del Decreto 1512 de 1985, D. O. 37030), todos los pagos o abonos en cuenta, susceptibles de constituir ingreso para quien los recibe, que efectúen las personas jurídicas, sociedades de hecho, las demás entidades y personas naturales que tengan la calidad de agentes retenedores por conceptos que al 27 de junio de 1985 (D. O. 37030) no estuvieren sometidos a retención en la fuente, deberán someterse a una retención del dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre el valor total del pago o abono en cuenta. (subrayado fuera de texto)
3. ↑ ARTÍCULO 401-2. RETENCIÓN EN LA FUENTE EN INDEMNIZACIONES. <Artículo adicionado por el artículo 91 de la Ley 788 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> Los pagos o abonos en cuenta por concepto de indemnizaciones diferentes a las indemnizaciones salariales y a las percibidas por los nacionales como resultado de demandas contra el Estado y contempladas en los artículos 45 y 223 del Estatuto Tributario, estará sometida a retención por concepto de renta a la tarifa del (...) <35% a partir del año 2022>, si los beneficiarios de la misma son extranjeros sin residencia en el país (...). Si los beneficiarios del pago son residentes en el país, la tarifa de retención por este concepto será del veinte por ciento (20%). (subrayado fuera de texto)