

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

RAD: 901221

100208221-464

Bogotá, D.C. 22/04/2020

Tema	Impuesto sobre la Renta y Complementarios
Descriptores	Indemnización por daño emergente Indemnización por Lucro Cesante
Fuentes formales	Artículo 26, 45 y 401-2 del Estatuto Tributario. Artículo 1.2.1.2.1 del Decreto 1625 de 2016. Leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008, este Despacho está facultado para absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias, aduaneras y cambiarias, en el marco de las competencias de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. 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.

Mediante el radicado de la referencia, la peticionaria consulta:

*¿Las indemnizaciones reconocidas, según lo establecido en las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011, constituyen ingreso gravado para las víctimas y están sujetas a retención en la fuente?*

Sobre el particular, las consideraciones de este Despacho son las siguientes:

De manera preliminar, es necesario precisar que bajo el principio constitucional de la legalidad en materia tributaria, consagrado en el artículo 338 de la Constitución Política, la creación, modificación y supresión de tributos, así como la concesión de exoneraciones, y otros beneficios tributarios, la determinación del hecho imponible, de los sujetos pasivos, de los preceptores y retenedores, de las alícuotas correspondientes y de la base imponible, deben ser efectuadas por la ley.

Para el caso, en el texto de las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011 no se encuentra alusión alguna al tratamiento tributario que en el impuesto sobre la renta se debe dar a las indemnizaciones judiciales y administrativas otorgadas a las víctimas del conflicto armado interno. Adicionalmente, es pertinente resaltar que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de los artículos 23 y 24 de la Ley 975 de 2005, modificados por la Ley 1592 de 2012.

Así las cosas, para responder a la consulta, se procede a indicar las normas que contienen de manera general el tratamiento tributario de los ingresos recibidos por indemnizaciones que se otorgan a las víctimas, para luego determinar si estas indemnizaciones se encuentran o no amparadas bajo algún precepto legal que le otorgue algún tratamiento diferencial.

Conforme lo dispone el artículo 26 del Estatuto Tributario, en el impuesto sobre la renta y complementarios son ingresos gravables, ***“todos los ingresos ordinarios y extraordinarios que obtenga un contribuyente en el año, que sea susceptibles de producir incremento neto del patrimonio en el momento de su percepción, siempre que no hayan sido expresamente exceptuados, y considerando los costos y gastos en que se incurre para producirlos”*** (Negritas fuera de texto).

De acuerdo al artículo 1.2.1.2.1 del Decreto 1625 de 2016, se entiende que un ingreso puede producir un incremento en el patrimonio cuando es susceptible de capitalización. Acorde con este principio, el reglamento precisa que: ***“No son susceptibles de producir incremento neto del patrimonio los ingresos por reembolso de capital o indemnizaciones por daño emergente”*** (Negritas fuera de texto).

Por su parte el artículo 45 del Estatuto Tributario, dispone que las indemnizaciones por seguro de daño que sean dadas en dinero, en la parte correspondiente al daño emergente son un ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional, mientras que la parte por concepto de lucro cesante constituye renta gravable.

Ahora bien, según el Código Civil en los artículos 1613 y 1614 la *indemnización de perjuicios* comprende el *daño emergente* y el *lucro cesante*, dispone la norma que el *daño emergente* es el perjuicio o la pérdida de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento.

De otro lado, el *lucro cesante*, corresponde a la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Por su parte, el artículo 401-2 del Estatuto Tributario, señala que 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 treinta y dos (32%) para el año 2020, 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%).

Ahora bien, respecto al tratamiento tributario de las indemnizaciones esta Entidad mediante el oficio No. 025723 de 2019, precisó:

*“(…) los ingresos por concepto de indemnizaciones se encuentran gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios, excepto en lo que corresponda a indemnizaciones por daño emergente de acuerdo con su definición legal; por tanto, la parte de las indemnizaciones que corresponda a lucro cesante y otras categorías de perjuicios indemnizables se encuentran gravadas, por no estar expresamente excluidos en la ley dichos conceptos de la retención por impuesto de renta y complementarios”.*

Así mismo, el Oficio 021652 de agosto 16 de 2018 dispuso:

*“(…) Esta disposición [Artículo 401-2 del E.T.] pretende determinar la retención en la fuente en indemnizaciones diferentes a las salariales que perciban los nacionales, como resultado de demandas contra el Estado y las establecidas en los artículos 45 y 223 del Estatuto Tributario. En consecuencia, la*

*retención en la fuente en indemnizaciones solamente puede aplicarse a pagos o abonos en cuenta que correspondan al lucro cesante y su tarifa dependerá de la naturaleza de dichos pagos o abonos en cuenta y de las calidades de quien recibe el pago.*

*Lo anterior es confirmado por la sentencia C-913 de 2003 la cual precisa una distinción entre el lucro cesante y el daño emergente, señalando lo siguiente:*

*“Es lógico que el lucro cesante esté sometido a retención en la fuente, porque corresponde a un ingreso constitutivo de la ganancia o provecho que debió recibirse en su oportunidad y, por tanto, sujeto al impuesto sobre la renta. (...) En cambio, el daño emergente, por no constituir una ganancia o provecho, nunca ha estado gravado, pues según se señaló, no es susceptible de producir un incremento en el patrimonio ya que corresponde a la reparación de un daño o a la sustitución de lo perdido.*

*La norma acusada somete a retención en la fuente los pagos o abonos en cuenta por indemnizaciones, sin importar si éstas provienen del Estado o de particulares, para lo cual fija una tarifa diferencial que será del 20% si los beneficiarios son residentes en el país y del 35% si se trata de extranjeros no residentes...”.*

Conforme a lo anotado y en respuesta a la pregunta formulada se puede concluir, que no está gravada con el impuesto sobre la renta y complementarios la indemnización recibida por las víctimas, en lo concerniente al daño emergente, toda vez que no se otorga para producir incremento neto de su patrimonio, sino que esta indemnización tiene como finalidad la de resarcir el daño que ha sido reconocido para cada caso. No obstante, respecto a la parte que corresponde al lucro cesante, este Despacho encuentra que conforme a la normatividad vigente este ingreso está gravado con el impuesto sobre la renta y complementarios.

Acerca de la retención en la fuente, a título del impuesto sobre la renta y complementarios se precisa que es el agente retenedor quien deberá analizar la naturaleza de cada factor de compensación de manera particular e individual y las calidades de quien la recibe en aras de establecer la tarifa de retención aplicable a cada caso concreto, el cual dependerá del concepto de la indemnización.

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](http://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” – “técnica”–, dando click en el link “Doctrina Dirección de Gestión Jurídica”.

Atentamente,

**PABLO EMILIO MENDOZA VELILLA**

Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina

Dirección de Gestión Jurídica

UAE-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Cra. 8 N° 6C-38 Piso 4, Edificio San Agustín

Tel: 607 99 99 Ext: 904101

Bogotá D.C.

Proyectó: Enrique Guerrero Ramírez