

**PENSIONES LEGALES – Definición / PENSIONES EXTRALEGALES – Concepto / PENSIONES VOLUNTARIAS – Se encuentran fuera del sistema general de Pensiones / PENSIONES ANTICIPADAS – Se reconocen a los trabajadores que no cumplen con los requisitos legales para obtener una pensión legal. No son equivalentes a las extralegales / PLANES DE RETIRO – A través de ellos se pueden reconocer las pensiones anticipadas**

Pensiones legales, definidas como aquéllas que se encuentran reconocidas por el Sistema General de Pensiones, en las categorías de: pensión de vejez, pensión de invalidez por riesgo común y pensión de sobrevivientes, cuyos requisitos están previstos, para cada una de ellas, en los artículos 64 a 78. Pensiones extralegales, definidas en el artículo 11, modificado por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003, como aquéllas que son reconocidas en virtud de "... pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo", las cuales constituyen ley para las partes y se encuentran amparadas por el artículo 55 de la Carta Política. De otro lado, se encuentran las pensiones voluntarias que son las reconocidas por el empleador, en el evento en que el trabajador no cumple con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, las cuales se encuentran por fuera del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993. Ahora bien, las pensiones anticipadas, a que se refiere el caso concreto, son aquéllas que se reconocen a los trabajadores que no cumplen los requisitos para acceder a la pensión legal. Estas pensiones no son equivalentes a las extralegales, puesto que hacen parte de los "planes de retiro voluntario", y tienen el carácter de indemnizatorias, dado que se ofrecen a los trabajadores que no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión legal, y que voluntariamente se acogen a esos planes con el fin de dar por terminado el contrato laboral. Las pensiones anticipadas se otorgan de manera temporal y no vitalicia, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asume de manera definitiva la pensión legal. En consecuencia, las pensiones anticipadas que se otorgan en virtud de planes de retiro, no hacen parte del Sistema General de Pensiones. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, no se refiere a esa categoría de pensiones, sino a la posibilidad que consagra el artículo 62 de la misma Ley, el cual permite el retiro anticipado del trabajador, por incrementar voluntariamente el valor de las cotizaciones.

**PENSIONES ANTICIPADAS – Son objeto de retención en la fuente / CONCEPTO DE LA DIAN – No extiende la exenciones a las pensiones derivadas de planes de retiro voluntario**

De conformidad con lo anterior, si bien el "retiro anticipado" da la posibilidad al trabajador de obtener una pensión anticipada, su reconocimiento lo consagra directamente la ley sin necesidad de que exista de por medio un plan de retiro anticipado. En consecuencia, al no hacer parte las pensiones obtenidas a través de planes de retiro anticipado del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, son objeto de gravamen tributario, así mismo de las respectivas retenciones en la fuente en los términos legales es claro que la tesis jurídica expuesta en el Concepto No. 060634 de 2003 no contradice el texto del artículo 206 del Estatuto Tributario, en la medida que no amplía el beneficio allí establecido a pensiones derivadas de planes de retiro voluntario. Por lo tanto, con fundamento en una interpretación extensiva de la misma norma no podía el demandante solicitar el beneficio fiscal pretendido. Reitera la Sala que las exenciones son beneficios fiscales de origen legal respecto de las cuales su interpretación y aplicación es de carácter restrictiva y, en consecuencia, su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de la totalidad de los requisitos legalmente establecidos.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 / LEY 797 DE 2003 – ARTICULO 1

**DIFERENCIA DE CRITERIO – Debe versar sobre el derecho aplicable.  
Procedencia**

De la lectura de esta disposición se deduce que la diferencia de criterio debe versar sobre el derecho aplicable, con la condición de que los hechos y cifras declarados sean veraces y completos. Sobre el tema, esta Corporación ha sostenido. En el presente caso la alegada diferencia de criterio surge como consecuencia de la interpretación efectuada al parágrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario y su aplicación al caso de las pensiones anticipadas otorgadas por el Banco de la República. Como quedó anotado, conforme con el artículo 206 del Estatuto Tributario la exención del impuesto sobre las renta opera únicamente respecto de las pensiones cuando éstas se han obtenido con el lleno de los requisitos para acceder a dicho beneficio establecidos en la Ley 100 de 1993, quedando excluidas, en consecuencia, aquellas pensiones reconocidas por fuera de dicha Ley. Se reitera que las normas que consagran beneficios son de aplicación limitada e interpretación restrictiva, lo cual implica que si la norma exige unas condiciones para su aplicación, la pretermisión de éstas condiciones genera la pérdida del beneficio, razón por la cual no hay lugar a la alegada diferencia de criterios respecto al derecho aplicable por cuanto el beneficio fiscal surge del texto de la ley y, como quedó anotado, el concepto cuya aplicación se discute no contradice el artículo 206 del Estatuto Tributario al señalar que todos los pagos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria están sometidos a retención en la fuente, independientemente de que constituyan o no factor salarial o de la denominación que se les dé.

**FUENTE FORMAL:** ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 647

#### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION CUARTA**

**Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO**

Bogotá D.C., diciembre dieciséis (16) de dos mil once (2011)

**Radicación número: 25000-23-27-000-2008-00079-01(17455)**

**Actor: BANCO DE LA REPUBLICA**

**Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**

#### **FALLO**

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de 16 de octubre de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", que declaró la nulidad parcial de las

Liquidaciones de Revisión Nos. 31064200600089 del 17 de enero, 310642006000164 del 19 de febrero y 310642006000170 del 22 de marzo, así como de las resoluciones Nos. 622.900.012 y 622.900.011 del 28 de noviembre, y 622.900.010 del 23 de noviembre, todas de 2007, actos administrativos por medio de los cuales la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales modificó las declaraciones de retención en la fuente presentadas por la demandante, por los meses de abril, mayo y julio de 2004.

Dispuso la sentencia apelada: *“PRIMERO: ANÚLANSE parcialmente las liquidaciones oficiales de revisión de retenciones en la fuente Nos. 31064200600089 del 17 de enero de 2007, 310642006000164 del 19 de febrero de 2007, y 310642006000170 del 22 de marzo de 2007, así como las resoluciones Nos. 622.900.012, 622.900.011 del 28 de noviembre de 2007 y 622.900.010 del 23 de noviembre de 2007.*

*A título de restablecimiento del derecho levántese la sanción de inexactitud impuesta en los actos que se anulan”.*

## I) ANTECEDENTES

La demandante los enuncia de la siguiente forma:

1.- El Banco de la República estableció para sus empleados un plan de retiro voluntario, asumiendo los pagos mensuales correspondientes a la pensión de jubilación de quienes no habían cumplido con los requisitos para acceder a una pensión plena al momento de su retiro. Una vez se cumplían estos requisitos, la entidad de seguridad social asumía los pagos mensuales correspondientes a la pensión de jubilación.

2.- El demandante no efectuó retenciones en la fuente sobre esos pagos, bajo el entendido de que constituían pagos no sujetos a este procedimiento, de conformidad con el numeral 5º y el párrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario Nacional.

3.- El 22 de diciembre de 2004 la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales expidió el Concepto No. 089507 (publicado en el Diario Oficial No. 45.781 del 4 de enero de 2005), el cual modificó conceptos anteriores, indicando que todas las pensiones que no hicieran parte del sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 (que establece el régimen general de Seguridad Social), estaban sometidas a retención en la fuente. El Banco acogió la posición de la Administración tributaria, y comenzó a practicar la retención en la fuente sobre las pensiones otorgadas bajo el plan de retiro voluntario, a partir del mes de la publicación del concepto.

4.- La Administración profirió los Requerimientos Especiales Nos. 310632006000069 del 12 de mayo de 2006, 310632006000086 del 2 de junio de 2006 y 310632006000119 del 1º de agosto de 2006, mediante los cuales propuso modificar las declaraciones privadas de los meses de abril, mayo y julio de 2004, respectivamente, adicionando los pagos laborales correspondientes a las pensiones del plan de retiro voluntario, y la imposición de la sanción por inexactitud.

5.- El Banco de la República dio respuesta oportuna a los requerimientos especiales mencionados, manifestó que no era procedente practicar retención en

la fuente sobre dichos pagos, en tanto que así se ajustaba a la interpretación establecida por la propia Administración en sus conceptos entonces vigentes sobre el tema.

6.- La Administración profirió las Liquidaciones Oficiales de Retención Nos. 31064200600089 del 17 de enero de 2007, 310642006000164 del 19 de febrero de 2007, y 310642006000170 del 22 de marzo de 2007, correspondientes a los meses de abril, mayo y julio de 2004 respectivamente, rechazando los argumentos expuestos por el Banco, e imponiendo la sanción por inexactitud.

7. Dentro de la oportunidad legal el Banco presentó el recurso de reconsideración en contra de las liquidaciones oficiales de retención. Por medio de las Resoluciones Nos. 622.900.012 del 28 de noviembre de 2007, 622.900.011 del 28 de noviembre de 2007 y 622.900.010 del 23 de noviembre de 2007, la Administración resolvió los mencionados recursos de reconsideración, en el sentido de confirmar las liquidaciones oficiales de revisión recurridas.

## II) LA DEMANDA

La demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó:

*“PRIMERA Que son nulos los siguientes actos administrativos, por haber sido expedidos con violación a las normas nacionales a las que hubieren tenido que sujetarse:*

- 1. Liquidación Oficial de Revisión No. 31064200600089 del 17 de enero de 2007, por medio de la cual se modificó la declaración de retención en la fuente presentada por el BANCO DE LA REPÚBLICA, correspondiente al mes de abril del año gravable 2004.*
- 2. Liquidación Oficial de Revisión No. 310642006000164 del 19 de febrero de 2007, por medio de la cual se modificó la declaración de retención en la fuente presentada por el BANCO DE LA REPÚBLICA, correspondiente al mes de mayo del año gravable 2004.*
- 3. Liquidación Oficial de Revisión No. 310642006000170 del 22 de marzo de 2007, por medio de la cual se modificó la declaración de retención en la fuente presentada por el BANCO DE LA REPÚBLICA, correspondiente al mes de julio del año gravable 2004.*
- 4. Resolución No. 622.900.012 del 28 de noviembre de 2007, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado por el BANCO DE LA REPÚBLICA contra la Liquidación Oficial de Revisión No. 31064200600089 del 17 de enero de 2007.*
- 5. Resolución No. 622.900.011 del 28 de noviembre de 2007, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado por el BANCO DE LA REPÚBLICA contra la Liquidación Oficial de Revisión No. 310642006000164 del 19 de febrero de 2007.*
- 6. Resolución No. 622.900.010 del 23 de noviembre de 2007, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración presentado por el BANCO DE LA REPÚBLICA contra la*

*Liquidación Oficial de Revisión No. 31064200600170 del 22 de marzo de 2007.*

*SEGUNDA Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca en su derecho al BANCO DE LA REPÚBLICA, declarando la firmeza de las declaraciones de retención en la fuente presentadas por el BANCO DE LA REPÚBLICA correspondientes a los meses de abril, mayo y julio del año gravable 2004, se declare a la entidad demandante a paz y salvo por todo concepto en sus obligaciones de retención en la fuente correspondientes a los periodos señalados, y se declare la improcedencia de las sanciones impuestas en los actos objeto de la presente demanda”.*

Invocó como normas violadas las siguientes:

- **Por el primer cargo:** El párrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario Nacional, en concordancia con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, los artículos 38 y 44 de la Ley 31 de 1992, el artículo 58 del Decreto 2520 de 1993, y el artículo 36 de la Resolución Interna No. 1 de 2004, por falta de aplicación.
- **Por el segundo cargo:** El artículo 83 de la Constitución Política, y el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, por falta de aplicación; y el artículo 206 del Estatuto Tributario Nacional, por aplicación indebida.
- **Por el tercer cargo:** El artículo 647 del Estatuto Tributario, por aplicación indebida. El concepto de violación se resume así:

**Primer Cargo. Los actos administrativos violan el párrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario Nacional, en concordancia con el artículo 135 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 38 de la Ley 31 de 1992, al desconocer el régimen especial que rige las pensiones otorgadas por el Banco de la República.**

El artículo 206 del Estatuto Tributario incorporó originalmente la exención adoptada por la Ley 75 de 1986 (artículo 35), que señalaba como exentos “*los primeros ciento setenta mil pesos (valor año 1986) recibidos mensualmente por concepto de pensiones de jubilación, vejez e invalidez*”.

La Ley 100 de 1993 amplió esta exención, pues estableció transitoriamente, hasta 1997, un período de exención plena, sin límite mensual, y adoptó, a partir de 1998, un límite superior, al señalar en el artículo 135:

*“5. Las pensiones estarán exentas del impuesto sobre la renta. A partir del 1 de enero de 1998 estarán gravadas sólo en la parte que exceda de veinticinco (25) salarios mínimos”.*

Esta norma, por ser posterior, prevaleció sobre la del Estatuto Tributario e implicó que todas las pensiones, sin distinción, estuvieran exentas del impuesto de renta hasta el 31 de diciembre de 1997. A partir de enero de 1998 estaba previsto en la norma que la exención se limitaría a los primeros 25 salarios mínimos.

La Ley 223 de 1995 modificó el artículo 206 del Estatuto Tributario en el sentido de respetar la exención plena hasta el año gravable 1997 y aumentar el límite, pues señaló que a partir del 1º de enero de 1998 estarían gravadas sólo en la parte del pago mensual que exceda de 50 salarios mínimos.

Los actos que se recurren se equivocan, al confundir la autonomía de la que goza el Banco de la República para el manejo de sus asuntos con la discrecionalidad o libertad de los particulares, pues si bien el Banco cuenta con independencia dentro de la estructura del Estado, ello obedece a la necesidad de evitar la injerencia de los poderes legislativo y ejecutivo en el delicado manejo de la moneda y en el ejercicio de funciones como emisor. Sin embargo, esa autonomía e independencia no lo excluyen del engranaje estatal, ni tampoco se le puede comparar con una "sociedad", como de manera inapropiada lo denominan los actos demandados en varias oportunidades, menos aun es posible considerar que las pensiones de sus ex funcionarios riñen con la normatividad contemplada en la Ley 100 de 1993, "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral", de modo que sus actos no se pueden asimilar a los actos "voluntarios" que los particulares adoptan por mera liberalidad.

A diferencia de una entidad particular, creada simplemente por estatutos emanados de la autonomía de la voluntad, el Banco de la República tiene consagración desde la propia Constitución Política (artículos 371 a 373); el legislador le señala su estructura y funciones (Ley 31 de 1992); el Gobierno expide sus estatutos (Decreto 2520 de 1993); y el Consejo de Administración, por delegación de su Junta Directiva, adopta las políticas generales de administración y operación (Resolución Interna de la Junta Directiva No. 1 de 1994).

Precisamente, en el Certificado de Existencia y Representación Legal, la Superintendencia Financiera de Colombia, quien ejerce la vigilancia sobre el Banco, hace constar que éste es una "*persona jurídica de derecho público, que funciona como organismo estatal de rango constitucional, con régimen legal propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica*".

Según la Ley 31 de 1992 (artículo 38), la generalidad de los trabajadores del Banco de la República se someten a un régimen laboral propio, consagrado en la ley, los estatutos, el reglamento interno de trabajo, la convención colectiva, los contratos de trabajo y, en general, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo. Su actividad se califica como "servicio público estatal", y algunos de sus empleados son de confianza.

La totalidad de las pensiones que el Banco de la República otorga a sus trabajadores se encuentran reguladas mediante alguno de los siguientes regímenes especiales, cuyos vacíos se suplen con las normas laborales del Código Sustantivo del Trabajo.

- La convención colectiva de trabajo, aprobada en 1997;
- Las decisiones adoptadas por el Consejo de Administración, por autorización legal, dentro de las cuales se puede citar como ejemplo el Régimen de los trabajadores excluidos de la Convención Colectiva, el Reglamento Interno de Trabajo y las decisiones relativas a planes de retiro, las cuales constan en los extractos de las actas de dicha corporación.

Ambos sistemas regulatorios de pensiones dan lugar a pensiones exentas, pues todas ellas obedecen a un régimen legal especial. La asignación concreta de la

pensión puede instrumentarse a través de un acto de reconocimiento, de una conciliación judicial, o estar contenida en una decisión judicial o arbitral.

En todo caso, las pensiones reconocidas mediante conciliación judicial tienen exactamente la misma validez que las reconocidas por convención laboral o por laudo arbitral, admitidas como exentas por la Corte Constitucional, porque permiten precaver o terminar un litigio; producen efectos vinculantes para las partes; son actos bilaterales (no unilaterales); se reconocen dentro del marco de la ley; tienen fundamento legal en el artículo 40 de la Ley 31 de 1992, y se encontraban respaldadas por el pronunciamiento que imparte un juez o inspector del trabajo como autoridad legítimamente autorizada para el efecto, conforme con la Constitución y la Ley.

La Caja de Previsión Social del Banco de la República atendía las obligaciones de previsión social del Banco de la República y, posteriormente, lo hizo el propio Banco en forma directa, sin que las pensiones que se pagan a través suyo riñan con la Ley 100 de 1993.

A raíz de las reformas introducidas por la Constitución Política de 1991, una gran parte de las entidades del Estado debieron adecuar su estructura, lo que se llevó a cabo a través de las facultades consagradas por el artículo 20 transitorio ibídem, con base en el que se estructuraron programas o planes de retiro. Paralelamente, en el mismo contexto y con idéntica finalidad, el Banco de la República se vio en la necesidad de reducir su planta de personal debido a la supresión constitucional de algunas de sus funciones.

Es así como, no por mera liberalidad, sino debido a evidentes necesidades del servicio originadas en la reforma constitucional, el Banco de la República, a través de su Junta Directiva y el Consejo de Administración, se vio precisado a buscar mecanismos de reducción de su planta, y para ello emprendió un plan de retiro de empleados. Para tal efecto, debió reconocer a algunos de ellos una pensión anticipada, pues, de lo contrario, en virtud de la Convención Colectiva o de su extensión a los restantes empleados, podría haber tenido que reconocer una pensión sanción que implicaba una carga laboral más onerosa. La pensión fue, dentro de ese marco, un reconocimiento originado en la reestructuración derivada de la reforma constitucional, impuesta por el propio Constituyente, y no por la simple voluntad de esta entidad.

Así las cosas, la adecuación de la estructura del Banco de la República que se llevó a cabo a partir de 1993, no fue producto de un proceso aislado y ajeno a la reestructuración del Estado que tuvo lugar con ocasión de la Constitución Política de 1991; y la adopción del plan o programa de retiro para facilitar la desvinculación de algunos de sus empleados, los cuales tienen la calidad de servidores públicos y, como parte del mismo, las bonificaciones y pensiones reconocidas obedecieron a razones de interés público y general. Esta situación no se puede confundir con la de un particular que puede definir su nómina de empleados a su arbitrio o pensionarlos por mera liberalidad, como parece asumirlo la Administración en los actos impugnados.

Por lo tanto es claro que las pensiones anticipadas reconocidas por el Banco, se ajustan en todo al régimen jurídico especial que lo cobija, por lo que corresponde al pago de pensiones realizado por una autoridad autorizada para el efecto, de conformidad con un régimen especial acorde con la Ley 100 de 1993, lo que encaja en el supuesto de hecho contemplado en el parágrafo 3º del artículo 206

del Estatuto Tributario. Al desconocer esta conclusión, es evidente que los actos demandados incurren en manifiesta causal de nulidad.

**Segundo cargo. Los actos administrativos demandados violan el artículo 83 de la Constitución Política, y el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, al desconocer los principios constitucionales de la buena fe y confianza legítima.**

El Banco de la República, con fundamento entre otros, en el Concepto No. 060364 del 22 de septiembre de 2003, concluyó que no obstante no encontrarse sus pensionados sujetos al Régimen General de Seguridad Social (contenido en la Ley 100 de 1993), las pensiones anticipadas pagadas por esa entidad no estaban sujetas a retención en la fuente, toda vez que la propia Ley 100 de 1993 no afecta regímenes pensionales especiales, como el del Banco de la República.

Con fundamento en las opiniones de la DIAN sobre la improcedencia de la retención, el Banco se acogió a dicha tesis y decidió no practicar las retenciones sobre pagos correspondientes a las pensiones anticipadas. Se trataba entonces de una práctica tan generalizada, que fueron necesarios nuevos pronunciamientos de la DIAN modificando su doctrina, para hacer claridad en cuanto que el pago de pensiones anticipadas sí se encontraba sujeto a retención, lo cual únicamente vino a aclararse mediante el Concepto No. 089507 de diciembre de 2004, después de lo cual el Banco empezó a practicar las retenciones según la interpretación de la Administración.

Al exponer una nueva interpretación del artículo 206 del Estatuto Tributario, la DIAN señaló, específicamente, los eventos que se encontraban cubiertos por la exención y aquellos que no lo estaban, como nunca antes lo había hecho, cambiando por primera vez su interpretación oficial, ya que si bien existen conceptos anteriores a éste, que empezaron a trazar los lineamientos de la tesis finalmente aceptada por la DIAN, lo cierto es que nunca fueron publicados, requisito necesario para que una interpretación oficial de la Administración pueda modificar una anterior.

Una vez publicada la nueva interpretación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales contenida en el Concepto No. 089507 de diciembre de 2004, el Banco de la República procedió a aplicarla, y desde ese momento practicó la retención en la fuente sobre los pagos de pensiones anticipadas, pues antes de ello no había un pronunciamiento que le fuera aplicable, diferente a aquel en el que se basó toda su actuación, de manera que las declaraciones presentadas hasta entonces estaban cobijadas por una interpretación oficial que continuaba siendo plenamente válida.

Resulta jurídicamente viable que el Banco de la República, para el periodo objeto del requerimiento, considerara que los requisitos de esas pensiones voluntarias especiales estaban de acuerdo con la Ley 31 de 1992, que es su régimen legal propio, las leyes laborales y de seguridad social, y la Ley 100 de 1993, en la medida que esta última no trata únicamente de los requisitos de las pensiones que expresamente crea a partir de su vigencia, sino que también se refiere a todas aquellas pensiones, reguladas o previstas en la misma, directa o indirectamente, y sin distinción alguna, dentro de las cuales estarían las otorgadas conforme a regímenes especiales amparados por una ley anterior.

De esta manera, el determinar qué tipo de requisitos para acceder a una determinada pensión están de acuerdo con la Ley 100 de 1993, al tenor del



parágrafo 3º antes mencionado, estaba en ese momento reducido a un asunto puramente interpretativo para los agentes de retención, a la luz de las normas vigentes para la época.

**Tercer cargo. La sanción por inexactitud impuesta por los actos administrativos demandados es improcedente, por cuanto existe una diferencia de criterio.**

La Administración tributaria pretende la imposición de la sanción por inexactitud en este caso, a pesar de la evidente existencia de una diferencia de criterio con el contribuyente, en cuanto al derecho aplicable al presente caso.

La divergencia surge como consecuencia de una apreciación jurídica diferente frente a la interpretación de lo dispuesto por el parágrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario y su aplicación al caso de las pensiones anticipadas otorgadas por el Banco a algunos de sus funcionarios que se encuentran sujetas a un régimen especial. Mientras que el Banco de la República, basado en la doctrina oficial de la DIAN, entonces vigente, no aplicó la retención en la fuente a los pagos de las pensiones otorgadas por esa entidad a sus funcionarios, doctrina que se modificó oficialmente en el mes de diciembre de 2004, esto es, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos que generaron la presente controversia.

La sanción por inexactitud parte del presupuesto de la utilización por parte del contribuyente de maniobras fraudulentas que tengan como resultado la liquidación de un menor impuesto y no de *“errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos”*.

Por ello, la demandante no comparte los actos acusados, ya que la Administración insiste equivocadamente en aplicar una sanción por inexactitud, no encontrándose configurado el supuesto de hecho que permitiría aplicarla, con lo cual se viola el artículo 647 del Estatuto Tributario.

La diferencia de criterios es clara, por cuanto el Banco, al momento de presentar las declaraciones privadas de retención, en ningún momento desconoció las normas aplicables para determinar los conceptos sometidos a retención. Antes bien, se respetó la doctrina entonces vigente de la administración, que consideraba cobijadas por la exención tipos de pensión diferentes a las establecidas por la Ley 100 de 1993, incluyendo pensiones pagadas de conformidad con regímenes especiales, como es el caso del Banco de la República.

### **III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

El artículo 206 del Estatuto Tributario exonera del pago de una obligación tributaria sustancial, razón por la cual es de carácter restrictivo y, por tanto, sólo abarca las operaciones expresamente establecidas por la ley, sin que pueda efectuarse una interpretación por analogía, con el fin de extender o trasladar el beneficio.

La Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, emitió el Concepto No. 03310 del 13 de marzo de 2005, que señaló que las categorías existentes en materia pensional pueden agruparse en legales, extralegales y pensiones voluntarias.

Las legales son aquellas reconocidas por el sistema general de pensiones, de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993; y las extralegales son aquellas reconocidas en pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo, que constituyen ley para las partes, y su convenio se encuentra amparado en la Constitución, la ley laboral y el artículo 11 de la misma Ley 100 de 1993.

Este último precepto normativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003 y el artículo 283 de la misma Ley 100, señala que siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en la ley de seguridad social, hacen parte del sistema general de pensiones aquellas que nacen con ocasión de pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo válidamente celebrados.

Según la Ley 100 de 1993, las pensiones anticipadas o de retiro anticipado, corresponden a aquellas a que tienen derecho los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad si han cotizado valores superiores a los límites establecidos para ello, con el fin de incrementar los saldos de sus cuentas de ahorro individual para optar por una pensión más alta o por un retiro anticipado.

Las pensiones voluntarias son aquellas que se encuentran por fuera del sistema general de pensiones y son reconocidas por la mera liberalidad del empleador, en el evento en que el trabajador no cumpla con los requisitos para acceder a la pensión legal.

De acuerdo con lo anterior, se encuentran exentos del impuesto sobre la renta y complementarios, y, por lo tanto, no están sometidos a retención, conforme con lo establecido en el artículo 206 numeral 5º del Estatuto Tributario, todos aquellos pagos que constituyan pensión de jubilación, invalidez, vejez, de sobrevivientes y sobre riesgos profesionales, de naturaleza legal o extralegal que cumplan los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993 para acceder a ellos.

No es cierto que la doctrina oficial de la DIAN haya reconocido en alguna oportunidad que procede la exención respecto de pensiones anticipadas, como las reconocidas y pagadas por el banco demandante, por lo que no puede aducir el actor que obró de conformidad con concepto alguno que respalde su tesis, según la cual, la Administración desconoce el artículo 264 de la Ley 223 de 1995.

Tampoco es de recibo la afirmación, según la cual, se efectuó una aplicación retroactiva de un concepto, pues el concepto aducido no afirmaba que las pensiones objeto de cuestionamiento gozaban de la exención pretendida. Lo que siempre se ha sostenido es que son beneficiarias de la exención las pensiones que cumplan con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993.

Toda vez que el numeral 5º del artículo 206 del Estatuto Tributario fue modificado desde el año 1995 por el artículo 96 de la Ley 223 de 1995, norma que a su vez subrogó el numeral 5º del artículo 135 de la Ley 100 de 1993, queda claro que antes del transcurso del período investigado, existía normativa expresa sobre el asunto debatido.

Lo mismo puede concluirse respecto de la doctrina oficial, sin que se pueda sostener que se ha inducido a error al contribuyente ni que se han violado los principios de la buena fe y de la confianza legítima.

Sobre aquellas pensiones contempladas dentro de los regímenes especiales, señaló la demandada que, sin desconocer la naturaleza especial con la que cuenta la entidad bancaria ni sus características como persona jurídica de derecho público, con régimen legal propio, autonomía administrativa y demás particularidades que le son atribuibles, conforme lo señala la Ley 31 de 1992, no puede considerarse que el tipo de pensión otorgado por el banco en las circunstancias descritas anteriormente es de los establecidos como de régimen especial contemplados en la Ley 100 de 1993.

Respecto a las pruebas aportadas, tales como la copia de la Resolución Interna No. 0001 de 1994, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, allegada con el fin de demostrar la calidad de entidad especial del orden nacional que ostenta la entidad bancaria; los extractos de las Actas 1400 del 21 de julio de 1993 y 001 del 3 de febrero de 1994 del Consejo de Administración del Banco de la República, relativos a los planes de retiro, en las que se precisa las características de este tipo de pensión; la fotocopia simple de las páginas de la revista No. 461 del ICDT, que contiene el proyecto 026 de 1995, por el cual se expiden normas sobre racionalización tributaria y se dictan otras disposiciones, que culminó con la Ley 223 de 1995; la copia simple del acta de la Audiencia Pública Especial de Conciliación elevada ante la Inspección Quinta de Trabajo, en la cual se reconoce el derecho a pensión de jubilación especial a un trabajador del banco, entre otras, no resultan pertinentes, ni conducentes ni útiles para acreditar la procedencia de la exención sobre las pensiones originadas en planes de retiro voluntario, pues no demuestran el cumplimiento de los requisitos contemplados en la Ley 100 de 1993.

En relación con la sanción por inexactitud precisó que hay lugar a su imposición, toda vez que el banco, como agente retenedor, omitió incluir en la declaración las retenciones a que había lugar, afectando el valor a pagar.

No se presenta diferencia en la interpretación del derecho aplicable, puesto que las normas en este caso son suficientemente claras en cuanto a los requisitos que deben cumplir las pensiones para que puedan gozar del beneficio de la exención.

#### **IV) LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A", mediante sentencia del 16 de octubre de 2008 anuló parcialmente los actos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, levantó la sanción por inexactitud impuesta. Los fundamentos de la decisión se resumen así:

##### **Retención en la fuente por pago de pensiones.**

Las pensiones voluntarias o anticipadas son aquellas que son reconocidas por mera liberalidad del empleador o que hacen parte de planes de retiro voluntario, en el evento de que el trabajador no cumpla los requisitos previstos para acceder a la pensión legal; estas pensiones están por fuera del sistema a que se refiere la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se encontrarían gravadas con el impuesto sobre la renta y, por consiguiente, sujetas a retención en la fuente.

No obstante, como quiera que el actor manifiesta que su proceder se fundamentó en los conceptos proferidos por la DIAN, y considera que su actuación debe ser respetada de conformidad con lo ordenado en el artículo 264 de la Ley 223 de 1995, que establece que en el evento de que los contribuyentes actúen con fundamento en conceptos proferidos por la DIAN, dichas actuaciones no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias, el *a quo* precisó:

En el concepto DIAN No. 060364 del 22 de septiembre de 2003 el problema jurídico se contrae a establecer si los pagos realizados por el empleador a una persona, por concepto de jubilación anticipada, se encuentran sometidos a retención en la fuente, por dicha entidad, hasta que el ISS deba asumir la pensión, concluyendo la Administración que todos los pagos que se deriven de una relación laboral, legal y reglamentaria se encuentran sometidos a retención en la fuente, independientemente de la denominación que se les otorgue.

Dicha premisa, a juicio del *a quo*, es suficiente para desvirtuar el aserto del actor, al señalar que con fundamento en dicho concepto omitió el deber de practicar la retención en la fuente, toda vez que la ley era clara al determinar dicha obligación y el concepto, en su tesis jurídica, no contradijo lo señalado en la ley.

En cuanto a la sanción por inexactitud impuesta, señaló que si bien conforme con lo expuesto, procedía la aplicación de retención en la fuente a los pagos realizados por la susodicha pensión anticipada, las diferentes posiciones de la DIAN configuran la diferencia de criterios descrita en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

#### V) EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes apelaron.

La **demandante** fundamentó el recurso de apelación así:

**La sentencia impugnada desconoce la existencia de un régimen especial aplicable a las pensiones extralegales reconocidas por el Banco de la República.**

La sentencia apelada no tiene en cuenta el hecho de que la propia administración, en el Concepto No. 060364 del 22 de septiembre de 2003, da lugar a considerar que las pensiones se encuentran sometidas al mismo régimen fiscal de las establecidas en la Ley 100 de 1993, en la medida en que sean reconocidas y pagadas por la entidad competente para ello.

Por estimar que respecto de las pensiones pagadas el Banco hacía las veces de entidad de previsión, se encontraba en los supuestos contemplados en el concepto mencionado, como “entidad competente” para el reconocimiento y pago de la pensión y, por tanto, le era plenamente aplicable la consecuencia legal señalada en dicho concepto; esto es, que las pensiones pagadas por el Banco no se encontraban sujetas a retención en la fuente.

Señaló la actora que no existe una restricción relacionada con el tipo de pensión de jubilación según su origen convencional, o proveniente de providencias judiciales o laudos arbitrales.

El artículo 96 de la Ley 223 de 1995, incluyó el parágrafo 3º al artículo 206 del E.T., con este texto:

*“Para tener derecho a la exención consagrada en el numeral 5 de este artículo, el contribuyente debe cumplir los requisitos necesarios para acceder a la pensión, de acuerdo con la Ley 100 de 1993”.*

Tampoco en esta norma se califica la pensión, y por ello, razonablemente, se podían incluir las pensiones establecidas por el Banco en su plan de retiro voluntario, con sus propios requisitos.

Adicionalmente, si los regímenes especiales pueden entenderse contemplados por la Ley 100 de 1993, pues ésta misma los reconoce, entonces cabe entender que se extiende la aplicación del artículo 206 del Estatuto Tributario a otras pensiones. Lo contrario equivaldría a sostener que todos los pensionados gozarían de la exención de retención sobre sus pensiones, salvo los trabajadores del Banco de la República, aunque tengan un régimen especial, e incluso los de entidades creadas con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 con un régimen especial, dando lugar a un evidente trato desigual a los pensionados de una u otra entidad pública.

#### **Prevalencia del principio constitucional de la buena fe y confianza legítima.**

Acogiéndose a una interpretación plausible y plenamente razonable, el Banco no efectuó la retención en la fuente sobre las pensiones anticipadas. Y en el momento en que la DIAN hizo expresa su opinión en sentido contrario, el Banco comenzó a efectuar las retenciones sobre dichos pagos, lo que demuestra su disposición de actuar conforme con las disposiciones vigentes, atendiendo al principio de la buena fe en el cumplimiento de sus deberes frente a la Administración.

No puede objetarse la actuación del Banco al no haber practicado retención en la fuente sobre las pensiones pagadas, pues su posición se atuvo a la interpretación oficial vigente al momento de las declaraciones de retención. Por tanto, y acogiendo al principio de la buena fe, que por mandato constitucional debe informar todas las actuaciones entre la administración y los contribuyentes, debe estimarse la conducta del banco con base en dicha circunstancia, la cual descarta cualquier objeción contra las declaraciones de retención practicadas conforme con la opinión administrativa aplicable entonces.

La **demandada** fundamentó el recurso de apelación así:

Solicitó que se reconsidere la decisión tomada en la sentencia apelada, en lo que le es desfavorable a la DIAN, es decir, en la parte que acepta levantar la sanción por inexactitud, por estimar que no se presenta la alegada diferencia de criterio entre la administración y el contribuyente.

En el presente caso, el argumento relativo a la existencia de diferencias de criterio tiene apariencia jurídica, por cuanto se menciona que la DIAN cambió su posición frente al tema en conceptos expedidos. Pero este argumento no es cierto, toda vez que los conceptos no son normas de obligatorio cumplimiento para los contribuyentes, como si lo es la ley.

Los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la DIAN son expedidos en cumplimiento de su función de actuar como autoridad doctrinaria en materia tributaria, pero estos conceptos no reemplazan la ley.

La doctrina oficial es obligatoria únicamente para los funcionarios de la entidad, pero en nuestro ordenamiento jurídico y específicamente en materia de impuestos, por expresa disposición constitucional (artículos 230 y 338), tanto las autoridades como los particulares solo están sometidos al imperio de la Ley. La doctrina, así como la jurisprudencia, la equidad y los principios generales del derecho sólo son criterios auxiliares en la actividad judicial y administrativa.

Así las cosas, si el Banco de la República, en calidad de agente retenedor, debía realizar el descuento por retención en la fuente a las personas que recibieron una pensión anticipada sin cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, su deber tenía origen en la Ley, no en los conceptos de la DIAN, porque así lo dispone el artículo 206 del Estatuto Tributario, norma de carácter nacional y de obligatorio cumplimiento.

Tampoco es cierto que la Administración haya variado su interpretación de la norma, ocasionando de esta manera duda sobre su aplicación, como lo alega el demandante, puesto que para los periodos de retención en la fuente de los meses de abril, mayo y julio de 2004, la posición doctrinal de la DIAN era la misma, tal como se reconoce en la sentencia. El concepto 060364 de septiembre 22 de 2003 era concordante con la norma legal. Por lo tanto, no hay lugar a la alegada diferencia de criterio.

En el Concepto 048551 del 12 de junio de 1997, la DIAN concluyó que el tratamiento de renta exenta, con las limitaciones allí previstas, únicamente se conservaba para las pensiones de jubilación, invalidez, vejez, de sobrevivientes y sobre riesgos profesionales, que mes por mes reciba el pensionado, una vez se haya cumplido los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993, ya que de lo contrario, los pagos estarían sometidos a la retención en la fuente en los términos del artículo 9º del Decreto 400 de 1987.

Los posteriores pronunciamientos de la entidad fueron reiterativos en la exigencia de que las pensiones cumplieran los requisitos señalados en la mencionada Ley 100 para poder gozar de la exención. Por lo tanto, para los periodos investigados y objeto del presente proceso, no existía incongruencia alguna en los conceptos expedidos.

## **VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**La demandante** reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**La demandada** reiteró que los conceptos de la DIAN se ajustaban a la normativa vigente para la fecha en la que fueron expedidos, normas totalmente claras y que no daban lugar a una interpretación diferente, como la que siguió la sociedad actora.

**El Ministerio Público** no intervino en esta etapa procesal.

## **VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 16 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección "A".

La controversia se centra en determinar si procede la exención de retención en la fuente en relación con las pensiones voluntarias anticipadas otorgadas por el Banco de la República a personas que no cumplieran con los requisitos establecidos para el efecto en la Ley 100 de 1993, y si procede la sanción por inexactitud impuesta.

#### 1. Retención por pagos de pensiones.

Según la parte demandante, la sentencia apelada no tiene en cuenta el hecho de que la propia administración, en el Concepto No. 060364 del 22 de septiembre de 2003, da lugar a considerar que las pensiones se encuentran sometidas al mismo régimen fiscal de las establecidas en la Ley 100 de 1993, en la medida en que sean reconocidas y pagadas por la entidad competente para ello.

Alegó que si los regímenes especiales pueden entenderse contemplados por la misma Ley 100 de 1993, pues ésta misma los reconoce, entonces cabe entender que se extiende la aplicación del artículo 206 del Estatuto Tributario a otras pensiones. Lo contrario equivaldría a sostener que todos los pensionados gozarían de la exención de retención sobre sus pensiones, salvo los trabajadores del Banco de la República, aunque tengan un régimen especial, e incluso los de entidades creadas con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 con un régimen especial, dando lugar a un evidente trato desigual a los pensionados de una u otra entidad pública.

Para la Sala, contrario a lo señalado por el demandante, no se puede interpretar el concepto anotado en el sentido de que extiende un beneficio fiscal a otras pensiones, por fuera de la Ley 100 de 1993, por las siguientes razones:

La Ley 100 de 1993 determina las siguientes categorías en materia pensional:

**Pensiones legales**, definidas como aquéllas que se encuentran reconocidas por el Sistema General de Pensiones, en las categorías de: *pensión de vejez, pensión de invalidez por riesgo común y pensión de sobrevivientes*, cuyos requisitos están previstos, para cada una de ellas, en los artículos 64 a 78.

**Pensiones extralegales**, definidas en el artículo 11, modificado por el artículo 1° de la Ley 797 de 2003, como aquéllas que son reconocidas en virtud de "... *pactos, acuerdos o convenciones colectivas de trabajo*", las cuales constituyen ley para las partes y se encuentran amparadas por el artículo 55 de la Carta Política.

De otro lado, se encuentran las *pensiones voluntarias* que son las reconocidas por el empleador, en el evento en que el trabajador no cumple con los requisitos previstos para acceder a la pensión legal, las cuales se encuentran por fuera del Sistema General de Pensiones a que se refiere la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, las pensiones anticipadas, a que se refiere el caso concreto, son aquéllas que se reconocen a los trabajadores que no cumplen los requisitos para acceder a la pensión legal.

Estas pensiones no son equivalentes a las extralegales, puesto que hacen parte de los “planes de retiro voluntario”, y tienen el carácter de indemnizatorias, dado que se ofrecen a los trabajadores que no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión legal, y que voluntariamente se acogen a esos planes con el fin de dar por terminado el contrato laboral.

Las pensiones anticipadas se otorgan de manera temporal y no vitalicia, puesto que la obligación pensional a cargo del empleador cesa en el momento en que la entidad de seguridad social asume de manera definitiva la pensión legal.

En consecuencia, las pensiones anticipadas que se otorgan en virtud de *planes de retiro*, no hacen parte del Sistema General de Pensiones. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, no se refiere a esa categoría de pensiones, sino a la posibilidad que consagra el artículo 62 de la misma Ley, el cual permite el retiro anticipado del trabajador, por incrementar voluntariamente el valor de las cotizaciones.

El artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, dispone:

*Artículo 17. **Obligatoriedad de las Cotizaciones.** Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquéllos devenguen. La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”.*

*“Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”(Subrayas fuera del texto).*

De otro lado, el artículo 62 de la misma ley consagra:

*“COTIZACIONES VOLUNTARIAS. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podrán cotizar, periódica u ocasionalmente, valores superiores a los límites mínimos establecidos como cotización obligatoria, con el fin de incrementar los saldo de sus cuentas individuales de ahorro pensional, para optar por una pensión mayor o un retiro anticipado.”*

De conformidad con lo anterior, si bien el “retiro anticipado” da la posibilidad al trabajador de obtener una pensión anticipada, su reconocimiento lo consagra directamente la ley sin necesidad de que exista de por medio un plan de retiro anticipado.

En consecuencia, al no hacer parte las pensiones obtenidas a través de planes de retiro anticipado del sistema general de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, son objeto de gravamen tributario, así mismo de las respectivas retenciones en la fuente en los términos legales<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 16 de agosto de 2007, exp. 15398 C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, reiterada en sentencias del 26 de septiembre de 2007, exp. 15876 C.P. Dra. Ligia López Díaz y del 10 de octubre de 2007, exp. 15660. C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.



En el caso concreto se observa que, según informa la demandante, el Consejo de Administración del Banco de la República mediante Actas Nos. 1400 del 21 de julio de 1993 y 001 del 3 de febrero de 1994 estableció para sus empleados un plan de retiro voluntario, asumiendo los pagos mensuales correspondientes a la pensión de jubilación, de quienes no habían cumplido con los requisitos para acceder a una pensión plena al momento de su retiro. Una vez se cumplían estos requisitos, la entidad de seguridad social asumía los pagos mensuales correspondientes a la pensión de jubilación.

Acorde con lo expuesto, tales planes de retiro no hacen parte del Sistema General de Pensiones por cuanto estas pensiones, derivadas de un plan de retiro voluntario, son reconocidas por mera liberalidad del empleador, en el evento de que el trabajador no cumpla con los requisitos legalmente establecidos para acceder a una pensión dentro de los parámetros de la Ley 100 de 1993.

Conforme con el párrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario, la exención del numeral 5º del mismo artículo no se aplica a las pensiones provenientes de planes de retiro, toda vez que éstas no se reconocen en los términos de la Ley 100 de 1993. No prospera el cargo.

De otra parte, la Sala observa que los contribuyentes pueden fundamentar sus actuaciones tributarias en los conceptos de la DIAN que se encuentren vigentes en la fecha en que se surten dichas actuaciones, tal como lo permite el artículo 264 de la Ley 223 de 1995<sup>2</sup> al señalar que *“Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias”*.

Observa la Sala que en el concepto No. 060634 de 2003 la DIAN en respuesta al problema jurídico planteado, consistente en establecer si los pagos que efectúe un empleador a un trabajador a título de pensión de jubilación anticipada hasta que el ISS le liquide su pensión, están sometidos a retención en la fuente, señaló como tesis jurídica la siguiente: *“...todos los pagos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria están sometidos a retención en la fuente, independientemente de que constituyan o no factor salarial o de la denominación que se les dé”*.

Como interpretación jurídica la DIAN señaló: *“...los pagos que efectúa la Compañía empleadora a su empleado con la denominación de Pensión de Jubilación anticipada, están sometidos a retención en la fuente como ingresos de origen laboral, aplicando uno de los procedimientos señalados en los artículos 385 o 386 del Estatuto Tributario, independientemente de la denominación dada. En efecto, de acuerdo con las normas citadas, la pensión de jubilación dejó de ser una obligación patronal en relación con los trabajadores afiliados al Instituto de los Seguros Sociales, para ser asumida por éste, de tal manera que para que opere la exención prevista en el artículo 206 del Estatuto Tributario se requiere que la pensión sea reconocida y pagada por la entidad competente. En caso contrario y para efectos fiscales se le dará el tratamiento de ingreso gravable proveniente de una relación laboral”*.

---

<sup>2</sup> ARTÍCULO 264 . Los contribuyentes que actúen con base en conceptos escritos de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrán sustentar sus actuaciones en la vía gubernativa y en la jurisdiccional con base en los mismos. Durante el tiempo en que tales conceptos se encuentren vigentes, las actuaciones tributarias realizadas a su amparo no podrán ser objetadas por las autoridades tributarias. Cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales cambie la posición asumida en un concepto previamente emitido por ella deberá publicarlo.

En este orden de ideas, es claro que la tesis jurídica expuesta en el Concepto No. 060634 de 2003 no contradice el texto del artículo 206 del Estatuto Tributario, en la medida que no amplía el beneficio allí establecido a pensiones derivadas de planes de retiro voluntario. Por lo tanto, con fundamento en una interpretación extensiva de la misma norma no podía el demandante solicitar el beneficio fiscal pretendido.

Reitera la Sala que las exenciones son beneficios fiscales de origen legal respecto de las cuales su interpretación y aplicación es de carácter restrictiva y, en consecuencia, su reconocimiento está sujeto al cumplimiento de la totalidad de los requisitos legalmente establecidos.

#### **Prevalencia del principio constitucional de la buena fe y confianza legítima.**

Según la apelante, el Banco de la República no efectuó la retención en la fuente sobre las pensiones anticipadas, y en el momento en que la DIAN hizo expresa su opinión en sentido contrario, comenzó a efectuar las retenciones sobre dichos pagos, lo que demuestra su disposición de actuar conforme con las disposiciones vigentes, atendiendo al principio de la buena fe en el cumplimiento de sus deberes frente a la Administración.

Observa la Sala que, según quedó anotado, las pensiones anticipadas que se otorgan en virtud de *planes de retiro* no hacen parte del Sistema General de Pensiones, razón por la cual son objeto de gravamen tributario, así mismo de las respectivas retenciones en la fuente, en los términos legales.

En este orden de ideas, los principios de buena fe y confianza legítima, que invoca la actora, no pueden desconocer el tenor de la ley y tampoco forzar la aplicación de un concepto que, como quedó anotado, no reconoce el derecho pretendido.

#### **2.- Sanción por Inexactitud.**

Según la entidad apelante, si el Banco de la República, en calidad de agente retenedor, debía realizar el descuento por retención en la fuente a las personas que recibieron una pensión anticipada sin cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, su deber tenía origen en la Ley, no en los conceptos de la DIAN, es decir, los debió realizar porque así lo dispone el artículo 206 del Estatuto Tributario, norma de carácter nacional y de obligatorio cumplimiento. Adicionalmente, para los periodos investigados y objeto del presente proceso, no existía incongruencia alguna en los conceptos expedidos.

Observa la Sala que conforme con el artículo 647 del Estatuto Tributario constituye inexactitud sancionable la omisión de ingresos, inclusión de costos, deducciones o descuentos inexistentes y, en general, la utilización en la declaración de renta de datos o factores equivocados, incompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto para el contribuyente.

El inciso final del artículo 647 del E.T. dispone:

*“No se configura inexactitud, cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos”.*

De la lectura de esta disposición se deduce que la diferencia de criterio debe versar sobre el derecho aplicable, con la condición de que los hechos y cifras declarados sean veraces y completos. Sobre el tema, esta Corporación ha sostenido:

“... ”

*De conformidad con la norma citada, la diferencia de criterios debe versar sobre el derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras declarados sean veraces y completos. Existe una diferencia de criterio entre la autoridad tributaria y el contribuyente, cuando la discrepancia debe basarse en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente, pero no ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, no tiene fundamento objetivo y razonable”<sup>3</sup>*

En el presente caso la alegada diferencia de criterio surge como consecuencia de la interpretación efectuada al parágrafo 3º del artículo 206 del Estatuto Tributario y su aplicación al caso de las pensiones anticipadas otorgadas por el Banco de la República.

Como quedó anotado, conforme con el artículo 206 del Estatuto Tributario la exención del impuesto sobre las renta opera únicamente respecto de las pensiones cuando éstas se han obtenido con el lleno de los requisitos para acceder a dicho beneficio establecidos en la Ley 100 de 1993, quedando excluidas, en consecuencia, aquellas pensiones reconocidas por fuera de dicha Ley.

Se reitera que las normas que consagran beneficios son de aplicación limitada e interpretación restrictiva, lo cual implica que si la norma exige unas condiciones para su aplicación, la pretermisión de éstas condiciones genera la pérdida del beneficio, razón por la cual no hay lugar a la alegada diferencia de criterios respecto al derecho aplicable por cuanto el beneficio fiscal surge del texto de la ley y, como quedó anotado, el concepto cuya aplicación se discute no contradice el artículo 206 del Estatuto Tributario al señalar que todos los pagos originados en una relación laboral o legal y reglamentaria están sometidos a retención en la fuente, independientemente de que constituyan o no factor salarial o de la denominación que se les dé.

En consecuencia, se trató de la aplicación de una exención de forma equivocada, que dio lugar a un menor saldo a pagar. Esta conducta es sancionable con inexactitud. De acuerdo con lo anterior, se revocará en este punto la sentencia apelada y se confirmará la sanción impuesta.

Establecida entonces la procedencia de la sanción de inexactitud impuesta en los actos acusados, y no encontrándose configurada causal de exoneración alguna, prospera el recurso de apelación interpuesto por la demandada, por lo que habrá de revocar la Sala la sentencia apelada, para en su lugar negar las súplicas de la demanda.

<sup>3</sup> Sentencia Numero 25000-23-27-000-2005-00098-01(16575), Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA, del 12 de marzo de 2009

Es preciso señalar que la Consejera doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez manifestó estar impedida para conocer de este negocio, con base en el artículo 150 [5] del Código de Procedimiento Civil, porque una de sus magistradas auxiliares actuó como apoderada de la parte demandada.

La Sala encuentra probado el impedimento manifestado. En consecuencia, lo aceptará; y como existe quórum decisorio, no se ordenará el sorteo de conjueces.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

## **F A L L A**

**PRIMERO.- ACÉPTASE** el impedimento manifestado por la doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. En consecuencia, queda separada del conocimiento del presente proceso.

**SEGUNDO.- REVÓCASE** la sentencia del 16 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta Subsección "A", en su lugar se dispone:

**DENIÉGANSE** las súplicas de la demanda.

**RECONÓCESE** personería a la abogada Flori Elena Fierro Manzano como apoderada de la DIAN.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidente

**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO**