

EE _____

**CONSULTA 69 ANTE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA
DE LA SUPERINTENDENCIA DE NOTARIADO Y REGISTRO**

Para: Doctor

JUAN ANTONIO VILLAMIZAR TRUJILLO

Notario Tercero del Círculo de Facatativa

Calle 8 No. 6 A - 26 - Barrio Arbeláez

notaria3facatativa@unioncolegiadadelnotariadocolombiano.com

Facatativa - Cundinamarca

Asunto: CN- 002 Ejercicio de la Función Notarial- 2.1 Impuestos y Aportes a cargo de los Notarios. Exención al Pago de Retención en la Fuente Estatuto Tributario.

Doctor Villamizar:

En relación con el tema del asunto, eleva consulta sobre las exenciones para el no cobro de la retención en la fuente, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

Hechos:

Mediante Radicación RN 2012-243 del 27 de diciembre del año pasado, se recibió en esta Notaria el reparto del Contrato de Compraventa de un lote de terreno ubicado en este Municipio, en donde la vendedora es una persona particular y el comprador es el Ministerio de Defensa Ejército Nacional.

Como el negocio se está realizando entre un particular y una entidad estatal, mi concepto es el tomado de la Instrucción Administrativa No 01-26 de junio 8 de 2001, así: "Los Notarios son Agentes de Retención (artículo 518 E.T.) modificado por el artículo 35 de de la Ley 6/92. Las Excepciones a la retención en la fuente están establecidas en el artículo 37 E.T.

Quando, mediante negociación directa y por motivos previamente definidos por la Ley como de interés público o de utilidad social, o con el propósito de proteger el ecosistema a juicio del Ministerio del Medio Ambiente, se transfieran bienes inmuebles que sean activos fijos a entidades públicas y omnistas (sic), en las cuales tenga mayor participación el Estado la utilidad obtenida será ingreso no constitutivo de renta ni

ganancia ocasional. Igual tratamiento se aplicara cuando los inmuebles que sean activos fijos se transfieren a entidades sin ánimo de lucro, que se encuentren obligadas por la ley a construir viviendas sociales. (artículo 37 E.T.)

En consecuencia, a los notario como agentes retenedores que son en la enajenación de inmuebles que tenga la calidad de activo fijo y la efectúen personas naturales deberán exigir como prueba para la no retención certificación del representante legal de la entidad pública en la cual conste que la transferencia, se efectuó en conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 9ª de 1983, compilado en el artículo 37 del Estatuto Tributario, de utilidad pública e interés social, documentos estos que se protocolizan con la respectiva escritura”.

Los interesados presentaron a esta Notaria el escrito (adjunto copia escaneada) fechado del 14 de diciembre del 2012 dirigido a la señora Ofelia Romero de Barrero propietaria del terreno materia de la compra firmado por el Señor Ministro de la Defensa Nacional Juan Carlos Pinzón Bueno, y carta del 17 de diciembre del 2012 dirigido al Señor Ministro por el abogado Nelson Napoleón Gutiérrez Cuellar apoderado de la vendedora.,

Sin embargo, en el día de ayer a las 16:00 el Coronel Luis Fernando Sánchez, quien ha estado reuniéndose en ese despacho y en la notaria con el fin de dar trámite a la escrituración, se presento con el oficio (adjunto copia escaneada) de fecha 9 de Enero del 2013 numero 0010 dirigido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Facatativá, en donde el manifiesta que es el acto administrativo por medio del cual se establece la utilidad pública para seguridad y defensa nacional y por ende el **NO** cobro de la Retención en la Fuente.

Consulta:

Solicita concepto con el fin de establecer si el documento en mención anteriormente enunciado es el idóneo exigido por el artículo 37 del Estatuto Tributario, para aplicar la exención en remplazo de la copia de la resolución ejecutiva que incorpora la entidad y su actividad dentro de su declaratoria de entidad pública para el **NO** cobro de la retención en la fuente.

Marco Legal

Estatuto Tributario
Ley 9ª de 1989
Ley 388 de 1997

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

Para abordar el tema sujeto a consulta, relacionado con la exención del pago de la Retención en la Fuente, para la adquisición por enajenación voluntaria de bienes inmuebles dentro del marco de la Ley 9ª de 1989 y la Ley 388 de 1997, es necesario previamente remitirnos al procedimiento establecido, para tal fin:

La Ley 9ª de 1989 "Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones", modificada por la Ley 388 de 1997, consagra en el Capítulo VII. **ADQUISICION DE INMUEBLES POR ENAJENACION VOLUNTARIA Y EXPROPIACION JUDICIAL**, así:

"ARTICULO 58. MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA. El artículo 10 de la Ley 9ª de 1989, quedará así:

"Para efectos de decretar su expropiación y además de los motivos determinados en otras leyes vigentes se declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles para destinarlos a los siguientes fines:

(...)

a) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana;"

"ARTICULO 59. ENTIDADES COMPETENTES. El artículo 11 de la Ley 9ª de 1989, quedará así:

"Además de lo dispuesto en otras leyes vigentes, la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de inmuebles para desarrollar las actividades previstas en el artículo 10 de la Ley 9ª de 1989. Los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar alguna o algunas de las actividades previstas en el artículo 10 de dicha ley, también podrán adquirir o decretar la expropiación de inmuebles para el desarrollo de dichas actividades."

ARTICULO 60. CONFORMIDAD DE LA EXPROPIACION CON LOS PLANES DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. El artículo 12 de la Ley 9ª de 1989, quedará así:

"Toda adquisición o expropiación de inmuebles que se realice en desarrollo de la presente ley se efectuará de conformidad con los

objetivos y usos del suelo establecidos en los planes de ordenamiento territorial.

Las adquisiciones promovidas por las entidades del nivel nacional, departamental o metropolitano deberán estar en consonancia con los objetivos, programas y proyectos definidos en los planes de desarrollo correspondientes.

Las disposiciones de los incisos anteriores no serán aplicables, de manera excepcional, cuando la expropiación sea necesaria para conjurar una emergencia imprevista, la cual deberá en todo caso calificarse de manera similar a la establecida para la declaración de urgencia en la expropiación por vía administrativa."

Ley 9ª de 1989.- Artículo 13ª.- Corresponderá al representante legal de la entidad adquirente, previas las autorizaciones estatutarias o legales respectivas expedir el oficio por medio del cual se disponga la adquisición de un bien mediante enajenación voluntaria directa. El oficio contendrá la oferta de compra, la transcripción de las normas que reglamentan la enajenación voluntaria y la expropiación, la identificación precisa del inmueble, y el precio base de la negociación. Al oficio se anexará la certificación de que trata el artículo anterior. Este oficio no será susceptible de recurso o acción contencioso administrativa.

"ARTICULO 61. MODIFICACIONES AL PROCEDIMIENTO DE ENAJENACION VOLUNTARIA. Se introducen las siguientes modificaciones al procedimiento de enajenación voluntaria regulado por la Ley 9ª. de 1989:

(...)

El precio de adquisición será igual al valor comercial determinado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la entidad que cumpla sus funciones, o por peritos privados inscritos en las lonjas o asociaciones correspondientes, según lo determinado por el Decreto-ley 2150 de 1995, de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en el decreto reglamentario especial que sobre avalúos expida el gobierno. El valor comercial se determinará teniendo en cuenta la reglamentación urbanística municipal o distrital vigente al momento de la oferta de compra en relación con el inmueble a adquirir, y en particular con su destinación económica.

La forma de pago del precio de adquisición podrá ser en dinero o en especie, en títulos valores, derechos de construcción y desarrollo, derechos de participación en el proyecto a desarrollar o permuta.

Cuando de conformidad con lo dispuesto en la presente ley se acepte la concurrencia de terceros en la ejecución de proyectos, los recursos para el pago del precio podrán provenir de su participación.

La comunicación del acto por medio del cual se hace la oferta de compra se hará con sujeción a las reglas del Código Contencioso Administrativo y no dará lugar a recursos en vía gubernativa.

Será obligatorio iniciar el proceso de expropiación si transcurridos treinta (30) días hábiles después de la comunicación de la oferta de compra, no se ha llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria, contenido en un contrato de promesa de compraventa...".

ARTICULO 63. MOTIVOS DE UTILIDAD PÚBLICA. Se considera que existen motivos de utilidad pública o de interés social para expropiar por vía administrativa el derecho de propiedad y los demás derechos reales sobre terrenos e inmuebles, cuando, conforme a las reglas señaladas por la presente ley, la respectiva autoridad administrativa competente considere que existen especiales condiciones de urgencia, siempre y cuando la finalidad corresponda a las señaladas en las letras a), b), c), d), e), h), j), k), l) y m) del artículo 58 de la presente ley.

Igualmente se considera que existen motivos de utilidad pública para expropiar por vía administrativa cuando se presente el incumplimiento de la función social de la propiedad por parte del adquirente en pública subasta, de los terrenos e inmuebles objeto del procedimiento previsto en el capítulo VI de la presente ley.

ARTICULO 67. INDEMNIZACION Y FORMA DE PAGO. En el mismo acto que determine el carácter administrativo de la expropiación, se deberá indicar el valor del precio indemnizatorio que se reconocerá a los propietarios, el cual será igual al avalúo comercial que se utiliza para los efectos previstos en el artículo 61 de la presente ley. Igualmente se precisarán las condiciones para el pago del precio indemnizatorio, las cuales podrán contemplar el pago de contado o el pago entre un cuarenta (40%) y un sesenta por ciento (60%) del valor al momento de la adquisición voluntaria y el valor restante en cinco (5) contados anuales sucesivos o iguales, con un interés anual igual al interés bancario vigente en el momento de la adquisición voluntaria.

PARAGRAFO 2o. El ingreso obtenido por la enajenación de inmuebles a los cuales se refiere el presente capítulo no constituye, para fines tributarios, renta gravable ni ganancia ocasional, siempre y cuando la negociación se realice por la vía de la enajenación voluntaria.

Del procedimiento antes descrito, podemos concluir que para efectos de suscribir el oficio que notifique la oferta de compra, la entidad adquirente deberá determinar la necesidad de conformidad con la Ley 9ª de 1989 y la Ley 388 de 1997 (artículo 58), para poder llevar a cabo en primer lugar, la negociación directa y voluntaria cuando así

lo acepte el propietario del bien inmueble. Sólo en el evento, que no se acepte la negociación voluntaria es cuando la entidad interesada en adquirir un bien inmueble determinado dentro de las causales de utilidad pública, será procedente expedir el acto administrativo que declare el bien de utilidad pública para iniciar el trámite de la expropiación administrativa.

Ahora bien, el problema planteado en su escrito hace alusión a que la certificación aportada por el Ministerio de Defensa, ND es el documento idóneo exigido por el artículo 37 del Estatuto Tributario para aplicar la exención en remplazo de la copia de la resolución ejecutiva que incorpora la entidad y su actividad dentro de su declaratoria de entidad pública.

Por lo anterior, se advierte que en materia tributaria se deben precisara los siguientes conceptos:

La retención en la fuente es un mecanismo por medio del cual la Nación y los municipios como sujetos activos aseguran parte de la obligación tributaria del contribuyente de manera anticipada.

Es recaudado por los delegados del Estado llamados Agentes Retenedores, los cuales son los representantes y responsables ante el fisco por la determinación y consignación de los valores recaudados. (Oficio No. 103139 14-12-07), para el caso en mención actúa como agente retenedor el notario.

Para que opere la retención en la fuente a título de impuesto de renta se deben cumplir varias premisas:

1. Debe existir una transacción económica entre dos personas diferentes
2. El retenido debe ser contribuyente del impuesto de renta
3. El retenido debe ser el que vende o presta el servicio, es decir quien recibe el ingreso.
4. El agente retenedor es el que paga, es decir quién compra.
5. Sobre el concepto de la transacción económica, la ley expresamente califica la obligatoriedad de efectuar la retención.

Adicionalmente, la retención en la fuente a título de renta no se debe efectuar en los siguientes casos:

- Cuando el valor de la compra o el servicio no supere la base mínima para aplicar retención (27 UVT en compras y 3 en servicios).

- Cuando el sujeto pasivo (quien vende el producto o presta el servicio) es una empresa perteneciente al Régimen especial en el Impuesto a la renta (Cooperativas, ONGs, fundaciones, etc.).
- Cuando el pago se hace un persona o empresa que no es contribuyente en el impuesto a la renta.
- Cuando en algunos casos por expresa disposición legal no se debe practicar retención en la fuente.
- No se debe practicar retención en la fuente sobre rentas consideradas exentas.
- **No se debe practicar retención en la fuente sobre los Ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional.**
- Tampoco se practica retención en la fuente sobre las transacciones que se realicen en la bolsa de energía.

Al efectuar un análisis de la legislación y la doctrina vigente en materia de ingresos no constitutivos de renta o ganancia ocasional¹ encontramos:

El artículo 37 del Estatuto Tributario establecía: "Cuando mediante negociación directa y por motivos definidos previamente por la ley como de interés público o de utilidad social o con el propósito de proteger el ecosistema a juicio del Ministerio de Medio Ambiente, se transfieran bienes inmuebles que sean activos fijos a entidades públicas y/o mixtas en los cuales tenga mayor participación el Estado, la utilidad obtenida será ingreso no constitutivo de renta ni ganancia ocasional...". Este beneficio tiene origen en el artículo 25 de la Ley 9ª de 1983 y el Decreto 37 de 1984 y fue modificado por el artículo 171 de la Ley 223 de 1995.

Sin embargo de conformidad con lo señalado en el artículo 1º de la Ley 863 de 2003 que modificó el artículo 35-1 del Estatuto Tributario, partir del año gravable 2004, los ingresos de que trata el artículo quedan gravados en el ciento por ciento (100%) y en consecuencia al dejar de ser ingresos no constitutivos de renta quedan sometidos a la retención en la fuente establecida en el artículo 398 del Estatuto Tributario para los ingresos de personas naturales por concepto de la enajenación de activos fijos.

Pese a lo anterior, se debe tener en cuenta que el parágrafo 2º del artículo 67 de la Ley 388 de 1997 consagra expresamente:

"(...) El ingreso obtenido por la enajenación de inmuebles a los cuales se refiere el presente Capítulo no constituye, para fines tributarios, renta

¹ Ver Concepto 70056 de 2006 emitido por la División Normativa y Doctrina Tributaria de DIAN, publicado en el Diario Oficial No. 46.332 del 5 de septiembre de 2006

gravable ni ganancia ocasional, siempre y cuando la negociación se realice por la vía de la enajenación voluntaria.” (Negrilla fuera de texto)

El capítulo al que hace referencia el anterior párrafo trata de la “Expropiación por Vía Administrativa”, por lo tanto, si bien la utilidad en la enajenación de bienes inmuebles definidos como de utilidad pública e interés social, cuando se realiza mediante negociación directa se encuentra gravada al 100%, no sucede lo mismo cuando la enajenación se hace mediante vía administrativa, pues dicha situación no se contempló en el artículo 37 del Estatuto Tributario, ni el párrafo 2º ha sido derogado por una norma posterior, entendiéndose de esta manera vigente el beneficio fiscal de considerar como no gravada la utilidad en la enajenación por vía administrativa de bienes inmuebles declarados como de utilidad pública e interés social, por tratarse de una norma especial e independiente, no incorporada al citado Estatuto, y, por lo tanto, vigentes para efectos del beneficio por ellas creado.

En virtud de lo anterior, en el caso aludido nos encontramos frente a un ingreso no constitutivo de renta o ganancia ocasional de conformidad con lo señalado en el párrafo 2 de artículo 67 de la Ley 388 de 1997, por lo tanto, no se debe efectuar retención en la fuente.

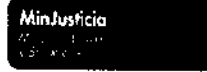
Conclusión:

Teniendo en cuenta el marco legal y doctrinario de la DIAN (conceptos de obligatorio cumplimiento), podemos concluir:

1º Que el artículo 37 del Estatuto Tributario, no se puede aplicar al caso expuesto, toda vez que la exención está contemplada en el párrafo 2º del artículo 67 de la ley 388 de 1997, la que no exige el documento por Usted consultado.

2º La Entidad Pública, determinará de conformidad con la Ley 9ª de 1989 y la Ley 388 de 1997, previamente a la notificación de la oferta de compra la necesidad de adquirir el bien inmueble por estar enmarcada en las causales previstas en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997.

Nótese, que ninguna de las dos normas establece la expedición de un acto administrativo formal para establecer la necesidad, sólo advierte dicha condición en el oficio de oferta de compra.



3º Por tratarse de una Entidad Estatal del Orden Nacional, y al estar sujeta a las previsiones contempladas en la Ley 80 de 1993 y el Decreto 734 de 2012, en el estudio previo de conveniencia y oportunidad para la adquisición del inmueble, se establecerá la necesidad a la que determinan las normas de negociación voluntaria.

Esta circular se emite de conformidad con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que consagra: "Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución".

Cordialmente,

MARCO JAHER PARRA OVIEDO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Janeth Cecilia Díaz Cervantes
Coordinadora Grupo de Gestión Jurídica Notarial

