**OFICIO Nº 784 [007329]**

**28-03-2019**

**DIAN**

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

100208221 – 000784

Bogotá, D.C.

**Ref:**Radicado 000129 del 21/02/2019

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Tema** |  |  | Impuesto sobre la Renta y Complementarios |
| **Descriptores** |  |  | Retención en el Impuesto Sobre la Renta  Contrato de Fiducia Mercantil |
| **Fuentes formales** |  |  | [Artículo 102](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=148) del Estatuto Tributario  [Artículo 235-2](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42483) del Estatuto Tributario  [Artículo 369](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=462) del Estatuto Tributario  [Artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del Estatuto Tributario  Artículo 1 de la Ley 432 de 1998  Oficio No. 010610 de 2018 |

Estimada señora Aldana:

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

Previo a analizar la consulta planteada, consideramos necesario explicar que, de acuerdo con las competencias funcionales de este despacho los pronunciamientos emitidos en respuesta a peticiones allegadas se resuelven con base a criterios legales de interpretación de las normas jurídicas, los cuales se encuentran consagrados en el Código Civil.

Así mismo, las respuestas emitidas son una adecuación en abstracto de las normas vigentes a situaciones concretas, las cuales no tienen como fin solucionar problemáticas individuales, ni juzgar, valorar o asesorar a otras dependencias, entidades públicas y/o privadas en el desarrollo de sus actividades, funciones y competencias.

Mediante escrito radicado 100009971 del 21 de febrero de dos mil diecinueve (2019), esta Subdirección recibió una consulta por medio de la cual se solicita aclarar algunas inquietudes relacionadas con la aplicación del parágrafo del [artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del Estatuto Tributario (en adelante “E.T.”), incluido por el artículo 57 de la Ley 1943 de 2018. Las inquietudes son las siguientes:

*“1. ¿Debe el Fondo Nacional del Ahorro, en el evento de la adquisición de bienes inmuebles para ser ofrecidos posteriormente en leasing inmobiliario a los consumidores finales, practicar retención en la fuente a la fiduciaria desarrolladora del proyecto de vivienda de interés social; la cual es una entidad no obligada a declarar renta y por lo tanto, no puede descontar dichas retenciones?*

*2. ¿Deberá el Fondo Nacional del Ahorro hacer las respectivas retenciones y trasladarlas a nombre de la constructora?*

*3. ¿Al ser un proyecto de vivienda de interés social, la constructora se encuentra exenta de que le practiquen retención en la fuente, dando aplicación al artículo 99 de la Ley 1819 de 2016 que adiciona el*[*artículo 235-2*](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42483)*del E.T.?”*

En atención a la consulta, se procede a analizar las siguientes consideraciones tributarias:

**1. Pregunta No. 1:**

1.1. El parágrafo del [artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del E.T., incluido por el artículo 57 de la Ley 1943 de 2018, establece que:

***“PARÁGRAFO.****Cuando el comprador de un bien inmueble sea una persona jurídica o una sociedad de hecho, la retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta constituye un requisito previo para el otorgamiento de la escritura pública o la transferencia de derechos o cuotas representativas de bienes inmuebles.*

*Para estos efectos, la persona jurídica o sociedad de hecho pagaraì (sic) la retención en la fuente mediante recibo oficial de pago y, posteriormente, imputaraì (sic) dicho pago a la declaración de retención en la fuente correspondiente, de tal forma que el notario o la sociedad administradora de la fiducia o fondo, según el caso, pueda verificar el pago como requisito previo al otorgamiento de la escritura pública o la transferencia de derechos o cuotas.”*

1.2. De acuerdo con lo anterior, consideramos necesario precisar que según el artículo 1 de la Ley 432 de 1998, norma por medio de la cual se establece la naturaleza jurídica del Fondo Nacional del Ahorro (“FNA”), es posible reconocer que este corresponde a una persona jurídica para efectos del parágrafo del [artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del E.T.

1.3. En esta medida, es posible considerar que cuando el FNA compre bienes inmuebles deberá actuar como agente retenedor en los términos del parágrafo [401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del E.T. Lo anterior, aplicará sin consideración a que los bienes inmuebles adquiridos por el FNA posteriormente sean enajenados a través de un leasing financiero.

1.4. Sin embargo, consideramos necesario precisar que este despacho ha sostenido en diferentes oportunidades, como en el Oficio No. 010610 de 2018, que los pagos realizados a favor de patrimonios autónomos no les será aplicable la retención en la fuente, a menos que se cumpla con lo establecido en el numeral 3 del [artículo 102](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=148) del E.T.

1.5. Por lo anterior, es posible concluir que el pago realizado por el FNA a favor de una fiducia, como consecuencia de la adquisición de bienes inmuebles, no estará sujeto a la retención en la fuente establecida en el parágrafo del [artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del E.T., siempre y cuando la fiducia no sea asimilable a una sociedad anónima en los términos del numeral 3 del [artículo 102](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=148) del E.T.

**2. Pregunta No. 2:**

2.1. Según lo revisado en el punto anterior, el FNA no deberá practicar la retención establecida en el parágrafo del [artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del E.T. sobre los pagos que se realicen a favor de la fiducia por la adquisición de bienes inmuebles.

2.2. Sin embargo, consideramos necesario precisar que el parágrafo del [artículo 102](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=148) del E.T. establece que:

*“Sin perjuicio de lo dispuesto en el*[*artículo 23-1*](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=52)*de este Estatuto, el fiduciario deberá practicar retención en la fuente sobre los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de los mismos, a las tarifas que correspondan a la naturaleza de los correspondientes ingresos, de acuerdo con las disposiciones vigentes”.*

2.3. Por lo anterior, es posible considerar que los valores pagados o abonados en cuenta, susceptibles de constituir ingreso tributario para los beneficiarios de la fiducia, es decir la Constructora en el caso de estudio, estarán sujetos a retención en la fuente por parte de la sociedad administradora de la fiducia respectiva.

**3. Pregunta No. 3:**

3.1. Respecto a la pregunta No. 3, es necesario precisar que el [artículo 369](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=462) del E.T. establece que:

*“No están sujetos a retención en la fuente: (…) 2. Los pagos o abonos en cuenta que por disposiciones especiales sean exentos en cabeza del beneficiario. (…)”*

3.2. Por otro lado, el numeral 4 [artículo 235-2](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42483) del E.T., modificado por el artículo 79 de la Ley 1943 de 2018, reconoce como rentas exentas:

*“4. Las siguientes rentas asociadas a la vivienda de interés social y la vivienda de interés prioritario:*

*a. La utilidad en la enajenación de predios destinados al desarrollo de proyectos de vivienda de interés social y/o de vivienda de interés prioritario;*

*b. La utilidad en la primera enajenación de viviendas de interés social y/o de interés prioritario;*

*c. La utilidad en la enajenación de predios para el desarrollo de proyectos de renovación urbana;*

*d. Las rentas de que trata el artículo 16 de la Ley 546 de 1999, en los términos allí previstos;*

*e. Los rendimientos financieros provenientes de créditos para la adquisición de vivienda de interés social y/o de interés prioritario, sea con garantía hipotecaria o a través de leasing financiero, por un término de 5 años contado a partir de la fecha del pago de la primera cuota de amortización del crédito o del primer canon del leasing.*

*Para gozar de las exenciones de que tratan los literales a) y b) de este numeral 6, se requiere que:*

*i) La licencia de construcción establezca que el proyecto a ser desarrollado sea de vivienda de interés social y/o de interés prioritario.*

*ii) Los predios sean aportados a un patrimonio autónomo con objeto exclusivo de desarrolle (sic) del proyecto de vivienda de interés social y/o de interés prioritario;*

*iii) La totalidad del desarrollo del proyecto de vivienda de interés social y/o de interés prioritario se efectúe a través del patrimonio autónomo, y*

*iv) El plazo de la fiducia mercantil a través del cual se desarrolla el proyecto, no exceda de diez (10) años. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

*Los mismos requisitos establecidos en este literal serán aplicables cuando se pretenda atender a la exención prevista por la enajenación de predios para proyectos de renovación urbana.”*

3.3. En esta medida, consideramos que si los pagos realizados por el FNA cumplen con la totalidad de los requisitos establecido (sic) en el numeral 4 del [artículo 235-2](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=42483) del E.T. para ser reconocidos como rentas exentas, no habrá lugar a aplicarles la retención en la fuente establecida en el parágrafo del [artículo 401](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=496) del E.T., según lo establecido en el numeral 2 del [artículo 369](https://www.ceta.org.co/html/vista_de_un_articulo.asp?Norma=462) del E.T.

Atentamente,

**LORENZO CASTILLO BARVO**

Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina (E)

Dirección de Gestión Jurídica

UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales