Yolanda, 28 07-17
SJD

DIAN

MINHACIENDA

TODOS POR UN NUEVO PAÍS

www.dian.gov.co

Dirección de Gestión Jurídica

DIAN No. Radicado 000S2017018876
Fecha 2017-07-17 11:27:41 AM
Remitente Sede NIVEL CENTRAL
Depen DIR GES JURIDICA
Destinatario CRISTIAN DAVID BARRIOS MORALES
Folios 4 Anexos 0
COR-000S2017018876

100202208 - 0625

Bogotá, D.C. 13 JUL. 2017

Doctor
CRISTIAN DAVID BARRIOS MORALES
Abogado Apoderado
Centro - La Matuna, Edifico Banco Popular, piso 10 oficina 04
Cartagena

PwC impuestos en línea
Revisó:

Referencia: Reclamación administrativa solicitada mediante oficio radicado con el número 022011 del 6 de julio de 2017, suscrito por Cristian David barrios Morales en su calidad de apoderado de Viviana Isabel Baena Puello.

Cordial saludo Doctor Barrios:

Con base en lo señalado por el Decreto 4048 de 2008 en su Artículo 19, corresponde a la Dirección de Gestión Jurídica la función de absolver las consultas escritas que se formulen sobre la interpretación y aplicación de las normas tributarias de carácter nacional, aduaneras y cambiarias en lo de competencia de la entidad.

Mediante el escrito de la referencia el doctor CRISTIAN DAVID BARRIOS MORALES, actuando en su calidad de apoderado de la doctora VIVIANA ISABEL BAENA PUELLO, solicita reconocer a su apoderada "el derecho tributario de exención señalado en el Artículo 206 Numeral 7 del Estatuto Tributario, a partir de su vinculación a la Procuraduría Judicial II de Penal de Cartagena, acorde con lo expuesto por la Honorable Corte Constitucional" en el fallo C-647 de 2010, reintegrándose en todo caso lo adeudado, debidamente indexado". Adicionalmente y como consecuencia de lo anterior pide que se reintegren los valores retenidos en indebida forma a su mandante y se certifique la totalidad de las sumas retenidas en la fuente por el período comprendido desde el día de su vinculación en la Procuraduría General de la Nación en el cargo de Procuradora Judicial II de Cartagena hasta la fecha en que dejo de serlo.

Frente a la petición, es de recibo citar textualmente la doctrina vigente consagrada en el Oficio 064242 del 12 de octubre de 2012, que al analizar una consulta sobre el mismo tema se pronunció en los siguientes términos. No obstante, si es del caso y si procede, debe el peticionario acudir ante el agente retenedor con el fin de formular su solicitud según lo señalado por el Artículo 1.2.4.16 del Decreto Único Reglamentario en materia Tributaria 1625 de 2016.

OFICIO 064242 DE 2012 OCTUBRE 12

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008 y la Orden Administrativa 000006 del 21 de Agosto de 2009, la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina está facultada para absolver de manera general las consultas escritas que se formulen sobre interpretación y aplicación de las normas tributarias nacionales, en materia aduanera o de comercio exterior, en lo de competencia de la DIAN, y en materia de control cambiario por importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones, razón por la cual su consulta se absolverá en el marco de la citada competencia.

Pregunta 1°. A que personas se refiere la expresión "y de sus fiscales" a que hace referencia el inciso 3 del numeral 7 del art. 206 del E.T.?

Para efectos de determinar el alcance de la expresión "y de sus fiscales" a que hace referencia el inciso 3 del numeral 7 del art. 206 del Estatuto Tributario, es necesario tener en cuenta que dicha norma fue proferida en 1989, antes de la expedición de la Constitución Política de 1991, razón por la cual, dicha expresión debe entenderse referida a los funcionarios que a dicha fecha ostentaban tal calidad.

Al efecto, es pertinente traer a colación lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-647-10, cuando señala:

> *"Como lo pone de presente el Procurador General y uno de los intervinientes, los fiscales a los que refiere el precepto demandado no son otros que los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público que concurren en los trámites judiciales, previstos en su momento por la Ley 25 de 1974. Dentro del contexto normativo en que se inscribe esa expresión, por ende, no puede colegirse necesariamente que estos fiscales sean equivalentes a los funcionarios judiciales que ejercen la investigación en el proceso penal, puesto que (i) la Fiscalía General era una institución inexistente al momento de promulgarse la norma que prevé la exención tributaria, por lo que carecería de sentido que el legislador fijara como beneficiario de la misma a una categoría de servidores públicos que no estaba prevista en el ordenamiento; y (ii) para el momento en que se expidió la expresión acusada, las tareas de acusación y juzgamiento era ejercida por los jueces de instrucción criminal, propios del sistema penal inquisitivo vigente en esa época, regulados por el Decreto 409 de 1971 y, luego, por el Decreto 50 de 1987, última norma procesal penal del periodo preconstitucional."*

En un aparte de la intervención a que hace referencia la providencia en comento, el jefe del Ministerio Público manifestó: "en el momento en que se expidió la norma acusada, la exención tributaria era aplicable a los en ese entonces fiscales, hoy procuradores judiciales II"

En consecuencia, la expresión "y de sus fiscales" a que hace referencia el inciso 3 del numeral 7 del art. 206 del Estatuto Tributario, debe entenderse referida a los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público que concurren en los trámites judiciales, previstos en su momento por la Ley 25 de 1974.

Pregunta 2°. De acuerdo con el concepto 004832 de 2001, los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público son beneficiarios de la exención consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del E. T.?

Como se señaló en la respuesta precedente, con fundamento en la sentencia C-647-10 de la H. Corte Constitucional, la expresión "y de sus fiscales" a que hace referencia el inciso 3 del numeral 7 del art. 206 del Estatuto Tributario, debe entenderse circunscrita únicamente a "los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público que concurren en los trámites judiciales, previstos en su momento por la Ley 25 de 1974".

Pregunta 3°. Para la expedición del concepto 004832 de 2001, la DIAN tuvo en cuenta el concepto 1227 de fecha 27 de octubre de 1999, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado?

En el contenido del concepto 004832 de 2001, no se encuentra señalado el concepto 1227 de fecha 27 de octubre de 1999, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Ahora bien, es del caso recordar que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil no son vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario. (L. 1437/11 art. 112)

Pregunta 4°. De conformidad con lo dispuesto en el Oficio No. 105925 de diciembre 24 de 2009, la exención consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario fue trasladada a los fiscales de la Fiscalía General de la Nación?

El oficio por usted referido, señala en su parte pertinente:

> *"... respecto a lo que debe entenderse por la expresión "...y sus fiscales", contenida en el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario, teniendo en cuenta que los Tribunales no tienen dentro de su estructura y organización fiscales, pues estos hacen parte de una entidad independiente como lo es la Fiscalía General de la Nación, es obvio, dentro de un esquema de interpretación sistemática que esta expresión debe entenderse referida a los fiscales que actúan ante dichos tribunales en desarrollo de sus funciones constitucional y legalmente establecidas".*

Ahora bien, es del caso precisar que esta afirmación debe entenderse en el contexto del referido pronunciamiento, el cual señala:

> *"Así las cosas, resulta de derecho colegir que la exención tributaria establecida por el legislador en el numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario a favor de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, no puede en forma alguna extenderse por aplicación analógica a los fiscales delegados ante Jueces Penales de Circuito Especializados, como es el caso por usted planteado.*

Así las cosas, mediante el referido pronunciamiento no se traslada en forma alguna la exención consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206, a los fiscales de la Fiscalía

General de la Nación, como sugiere en su pregunta.

En este orden de ideas, se reitera lo manifestado en la respuesta a su primera pregunta, con fundamento en la sentencia C-647-10 en la que la H. Corte Constitucional, manifestó que la expresión "y de sus fiscales" a que hace referencia el inciso 3 del numeral 7 del art. 206 del Estatuto Tributario, debe entenderse referida a "los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público que concurren en los trámites judiciales, previstos en su momento por la Ley 25 de 1974".

Pregunta 5°. La exención consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario le es aplicable a los fiscales de la Fiscalía General de la Nación que actúan ante los tribunales, aún cuando para el año de 1989 en que fue establecida la exención no existía la fiscalía general de la nación, la cual fue creada por la constitución política de 1991?

Esta pregunta quedó contestada con la respuesta suministrada a la primera pregunta.

Pregunta 6°. El Oficio 105925 de 2009 derogó el concepto 004832 del 25 de enero de 2001?

El concepto 004832 del 25 de enero de 2001 señaló en sus tesis jurídica que "los agentes del ministerio público que ejerzan funciones ante los despachos judiciales, tienen derecho a la exención de gastos de representación".

El referido pronunciamiento soportaba tal posición argumentando que "Tales agentes del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 280 Ibídem, (Constitución), tienen las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces ante quienes ejercen el cargo. Luego por mandato constitucional la exención cobija a los fiscales de los juzgados municipales y a quienes hagan sus veces ante los despachos jurisdiccionales como los personeros, en la misma proporción establecida en el artículo 206 del Estatuto Tributario a saber: 50% para los fiscales que ejercen funciones ante los tribunales y 25% de su salario para los personeros municipales que ejercen funciones ante los jueces de la República".

Sin embargo, el Oficio 091435 de diciembre 30 de 2004, retomó el principio interpretativo de aplicación restrictiva de las exenciones tributarias, contenido en el concepto N° 035153 del 13 de abril de 1999, al manifestar:

> ***"Como en materia tributaria, los beneficios son taxativos y de interpretación restrictiva, se concluye que como la norma transcrita se refiere solamente a los magistrados de los tribunales, no es posible extender la exención a funcionarios diferentes, así estos tengan el mismo salario y prerrogativas laborales que aquellos".***

Es claro en consecuencia que la doctrina contenida en el concepto 004832 del 25 de enero de 2001 fue revaluada por el Oficio 091435 de diciembre 30 de 2004.

Pregunta 7°. La sentencia C-647 de 2010 de la H. Corte constitucional es vinculante para los funcionarios de la DIAN como precedente interpretativo de la expresión "y de sus fiscales" contenida en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario?

Primeramente debe señalarse que el precedente judicial contemplado por el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, fue objeto de derogatoria por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 02 de julio de 2012.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es pertinente recordar que de conformidad con lo establecido por el artículo 48 de la ley 270 de 1996, las sentencias de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutiva.

Dispone la norma en cita que "La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general".

Es del caso recordar que en la sentencia C-647 de 2010 la Corte se inhibe de proferir pronunciamiento de fondo sobre el apartado demandado del numeral 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario, por ineptitud sustantiva de la demanda; sin embargo la parte motiva contiene doctrina que constituye criterio interpretativo auxiliar.

En consecuencia, no obstante tratarse de un fallo inhibitorio, en consideración a que la parte motiva constituye criterio "para la aplicación de las normas de derecho en general", es clara su aplicabilidad como criterio interpretativo por parte de los funcionarios de la entidad en las materias específicas allí relacionadas.

Pregunta 8°. El concepto emitido por la DIAN ante la Corte constitucional dentro de la sentencia C-647 de 2010 deroga el oficio 105925 de diciembre 24 de 2009?

Las manifestaciones efectuadas por los apoderados de la entidad para casos específicos ante autoridades judiciales, no tiene alcance derogatorio de la doctrina oficial vigente.

Pregunta 9°. El oficio No. 022559 de marzo 30 de 2010, derogó el concepto No. 004832 del 25 de enero de 2001?

Se reitera lo señalado en la respuesta a la pregunta número 6 en donde se señala que con lo manifestado mediante Oficio 091435 de diciembre 30 de 2004, quedó sin efecto el pronunciamiento doctrinal contenido en el concepto 004832 del 25 de enero de 2001.

Pregunta 10°. Hasta que fecha estuvo vigente el concepto No. 004832 del 25 de enero de 2001?

Nos remitimos a la repuesta suministrada al numeral anterior.

Pregunta 11°. El concepto No. 004832 del 25 de enero de 2001 es aplicable a hechos

ocurridos bajo su vigencia y que aún se encuentran en discusión ante la DIAN?

El artículo 264 de la ley 223 de 1995, señala al efecto:

> *"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".*

Pregunta 12°. De conformidad con el numeral 3 de la circular 175 del 29 de octubre de 2001 sobre "seguridad jurídica" en donde se establece que los conceptos de la DIAN tendrán vigencia hacia el futuro, el concepto No. 004832 del 25 de enero de 2001 le es aplicable a un Procurador Delegado que declaró renta año gravable 2008 bajo el entendido de que era beneficiario de la exención del 50% de su salario consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del E.T.?

Como se manifestó en el primer aparte del presente oficio, la competencia de este Despacho se circunscribe a absolver en sentido general las consultas en asuntos tributarios, aduaneros y cambiario en materias de competencia de la DIAN, de tal suerte que casos particulares como el planteado no pueden ser objeto de pronunciamiento doctrinal.

Preguntas 13° y 14°. De conformidad con el numeral 10 del oficio No. 096684 del 12 de diciembre de 2011, la sentencia C-748 de 2009 constituye precedente judicial la expresión "y de sus fiscales" consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del artículo 206 del E.T. aún cuando ni en el obiter dicta ni en la ratio decidendi del fallo se estudie tal expresión?

De acuerdo con el oficio 022559 de marzo 20 de 2010, las sentencias C-1107 de 2001 y C-748 de 2009 constituye precedente judicial de la expresión "y de sus fiscales" consagrada en el inciso 3 del numeral 7 del art. 206 del E.T. aún cuando ni en el obiter dicta ni en la ratio decidendi del fallo se estudie dicha expresión?

Es del caso aclarar que el precedente judicial contemplado por el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, vigente a partir del 02 de julio de 2012, razón por la cual la aplicación de tal figura no puede constituir elemento de discusión por simple sustracción de materia.

No obstante, cabe recordar en aplicación de lo establecido por el artículo 48 de la ley 270 de 1996, transcrito en aparte precedente, que el numeral 10 del pronunciamiento doctrinal por usted citado, remite, para el caso de la sentencia C-748 de 2009, al oficio 022559 de marzo 30 de 2010 y que este oficio invoca, a título de ejemplo y para efectos de referencia jurisprudencial, varias sentencias de la Corte Constitucional dentro de las cuales se encuentran la C -1107 de 2001 y la C-748 de 2009, con el propósito de enfocar a nivel de jurisprudencia constitucional el reiterado pronunciamiento relativo a que ***las exenciones tributarias son beneficios de consagración legal, de carácter taxativo y restrictivo sin***

que sea viable jurídicamente hacerlas extensivas a situaciones no previstas en la Ley.

Es pues, en este sentido y para tales efectos que la doctrina en referencia citó esa jurisprudencia constitucional; de tal suerte que la alusión específica en la ratio decidendi de la misma, a la expresión por usted citada, no resultaba determinante".

En los anteriores términos se atiende su derecho de petición.

Finalmente, le informamos que puede consultar la base de conceptos expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en su página de INTERNET, www.dian.gov.co ingresando por el icono de "Normatividad" – " técnica ", dando clic en el link "Doctrina Oficina Jurídica."

Atentamente,

DANIEL FELIPE ORTEGON SANCHEZ
Director de Gestión Jurídica (E)

C.P.C.R. / D.F.O.S.