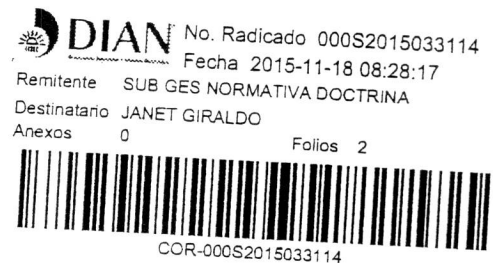


www.dian.gov.co

Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina

Bogotá D.C. 13 NOV. 2015
100208221-001499

Señora
JANET GIRALDO
janqiraldo@hotmail.com
Calle 138 No. 55-59
Bogotá D.C.



Ref.: Radicado No. 010348 del 17 de marzo de 2015

Tema	Cambios
Descriptores	Profesionales de Compra y Venta de Divisas
Fuentes formales	Artículos 2°, 3°, 5°, 8°, 10, 11 y 19 de la Resolución 3416 de 2006; Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ del 18 de marzo de 2010, Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390).

Atento saludo Sra. Giraldo.

De conformidad con el artículo 20 del Decreto 4048 de 2008 es función de ésta Subdirección 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 radicado de la referencia formula una serie de preguntas en torno a la Resolución 3416 de 2006; no obstante, antes de brindarse solución a las mismas es necesario advertir las diferencias existentes entre los contratos de arrendamiento y de concesión pues en la consulta se hace un uso inapropiado de dichos términos al sugerir la celebración de un "Contrato de Arrendamiento en la modalidad de CONCESION" (sic).

Así pues, en sentencia del 18 de marzo de 2010 el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Radicación No.: 25000-23-26-000-1994-00071-01 (14390), manifestó:

"2.5.3.1 El contrato de arrendamiento.

El de arrendamiento es un contrato en el cual las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa o a ejecutar una obra o a prestar un servicio y la otra a pagar por ese goce, obra o servicio un precio determinado, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1973 del Código Civil.

(...)

De acuerdo con tal definición, puede afirmarse que son características del contrato de arrendamiento su bilateralidad, comoquiera que se celebra entre dos sujetos de derecho entre los cuales surgen obligaciones recíprocas que se sirven mutuamente de fundamento: las del arrendador consisten en entregar al arrendatario la cosa arrendada y en procurarle al arrendatario el uso y goce de la misma, mientras que las de éste consisten básicamente en conservar la cosa en el estado en el cual la recibió, pagar los cánones pactados y restituir el objeto material del contrato al término del mismo; su onerosidad, dado que el precio es uno de sus elementos esenciales y en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; su conmutatividad, toda vez que las prestaciones a cargo de cada una de las partes se toma como equivalente de las asumidas por la otra y, finalmente, su carácter de tracto sucesivo, en la medida en que las obligaciones surgidas del contrato no pueden cumplirse instantáneamente sino que conllevan cierta duración en el tiempo.

(...)

2.5.3.2 El contrato de concesión.

La concesión es una de las modalidades contractuales a las cuales se ha acudido, en el derecho administrativo, para posibilitar y regular **una concreta forma de colaboración de los particulares para con el Estado, en especial con el fin de que éstos puedan explotar económicamente un bien o una obra del Estado o un servicio a él asignado por el Constituyente o por el Legislador mediante la vinculación del patrimonio particular a la consecución de fines de interés general para cuyo propósito los recursos presupuestales del propio Estado resultan escasos o limitados; de allí derivaron sus dos modalidades predominantes: la concesión de un bien u obra pública y la concesión de servicio público.**

El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en la Ley 80 expedida en el año de 1993, al recoger la evolución normativa en relación con la materia, de manera general define el contrato de concesión como **aquel que celebran las entidades estatales con una de estas dos finalidades: otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, de un lado, o encomendar a dicho concesionario la construcción, explotación o conservación, total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público; en ambos casos, el contrato comprende las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio, siempre por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad estatal. Como contraprestación se reconoce y paga una remuneración, la cual puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización o en la participación que se le otorgue a la entidad estatal en la explotación del bien o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden —artículo 32, numeral 4°—.** (negrilla fuera de texto).

Asimismo, en el Concepto No. 00001 del 19 de junio de 2003, modificado por el Concepto No. 00003 del 22 de julio de 2003, se definió el contrato de concesión mercantil como **“un contrato atípico que no se encuentra regulado dentro de la legislación comercial. Según el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar, el contrato de concesión mercantil es aquel en virtud del cual un empresario llamado concedente se obliga a otorgar a otro llamado concesionario la distribución de sus productos o servicios o la utilización de sus marcas o licencias o sus espacios físicos, a cambio de una retribución que podrá consistir en un precio o porcentaje fijo, o en una serie de ventajas indirectas que benefician sus rendimientos y su posición en el mercado”. (Contratos Mercantiles Tomo II, pág. 307)** (negrilla fuera de texto).

Luego, en atención a la hipótesis fáctica plasmada en la consulta, los problemas jurídicos planteados se modificarán y resolverán a partir de la celebración de un contrato de arrendamiento de un espacio físico para el desarrollo de la actividad profesional mencionada y no de un contrato de concesión.

1. Un profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, autorizado para actuar como tal por la DIAN, que tiene la necesidad de abrir un establecimiento de comercio adicional para el desarrollo de la actividad ¿Puede hacerlo válidamente en un espacio tomado en arriendo?

El literal d) del artículo 2° de la Resolución 3416 de 2006 dispone que, entre otros requisitos, la autorización para actuar como profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero exige “[t]ener abierto al público por lo menos un (1) establecimiento de comercio matriculado en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde va a desarrollar la actividad (...) con ventanilla para atención al público” .

A su vez, el literal c) del artículo 3° *ibídem* establece que “[p]ara obtener la autorización como profesionales de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero”, el interesado debe presentar, entre otros documentos, “[c]ertificado o certificados de Registro Mercantil expedidos por las cámaras de comercio en los que conste la matrícula vigente de los establecimientos de comercio abiertos al público, registrados en cada uno de los municipios en los que desarrollará su actividad, **anexando fotocopia del contrato de arrendamiento, comodato o certificado de registro ante la Oficina de Instrumentos Públicos que acredite la tenencia o propiedad del inmueble o inmuebles destinados al funcionamiento de los establecimientos de comercio**” (negrilla fuera de texto).

De lo anterior, se colige entonces que un profesional de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, autorizado para actuar como tal por la DIAN, que tiene la necesidad de abrir una oficina adicional para el desarrollo de la actividad puede hacerlo válidamente en un espacio tomado en arriendo matriculado como establecimiento de comercio en la cámara de comercio con jurisdicción en el lugar donde va a desarrollar la actividad; empero, se encuentra obligado a informar por escrito a la dependencia que expidió la respectiva autorización de tal situación, como lo prescribe el literal a) del artículo 11 *ibídem* .

2. ¿Es viable que en el contrato de arrendamiento – de un espacio físico destinado al desarrollo de operaciones de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero – las partes pacten de común acuerdo que el arrendador no transferirá la tenencia del inmueble al arrendatario que funge como profesional autorizado para adelantar la actividad en comento?

El Consejo de Estado, en la providencia previamente transcrita, expresó en torno al contrato de arrendamiento que “[d]e la amplia regulación legal que el ordenamiento jurídico colombiano realiza de este tipo contractual, interesa referirse (...) a las tres principales obligaciones que del arrendamiento se derivan para el arrendador: (i) la de entrega material de la cosa, **la cual traslada la tenencia o posesión en nombre ajeno del bien arrendado**” (negrilla fuera de texto).

De modo que, si las partes en el caso *sub examine* pactan que en el contrato, denominado por ellas “de arrendamiento”, no se transfiera la tenencia del inmueble – haciendo uso de la autonomía de la voluntad – en realidad se está en presencia de otra figura contractual que de plano impide el desarrollo de la actividad de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, toda vez que, en atención al literal c) del artículo 3° de la citada Resolución, se exige acreditar la tenencia o propiedad del inmueble o inmuebles destinados al funcionamiento de los establecimientos de comercio.

3. ¿Es óbice para el ejercicio de la facultad de inspección de la Administración el que el establecimiento de comercio, en el cual se pretende adelantar la actividad de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, funcione sobre un inmueble tomado en arriendo?

No es relevante que el interesado en desarrollar profesionalmente la actividad de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero detente la tenencia o propiedad del inmueble destinado al funcionamiento del establecimiento de comercio en los términos previamente señalados, pues en cualquier caso, la DIAN, por intermedio de los funcionarios competentes, está facultada para practicar la visita administrativa de inspección en los términos del parágrafo 1° del artículo 2°, parágrafo 2° del

artículo 5°, literal b) del artículo 8°, literales c), d) y e) del artículo 10 y artículo 19 de la Resolución 3416 de 2006.

4. ¿Debe el interesado en desempeñar profesionalmente la actividad compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, para efectos de la autorización, entregar copia del folio de matrícula inmobiliaria del inmueble donde se instalará el correspondiente establecimiento comercio que certifique su tenencia?

El artículo 3° de la aludida Resolución prescribe que, para efectos de la autorización como profesionales de compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, el interesado debe presentar, entre otros documentos, “[c]ertificado o certificados de Registro Mercantil expedidos por las cámaras de comercio en los que conste la matrícula vigente de los establecimientos de comercio abiertos al público, registrados en cada uno de los municipios en los que desarrollará su actividad, **anexando fotocopia del contrato de arrendamiento, comodato o certificado de registro ante la Oficina de Instrumentos Públicos que acredite la tenencia o propiedad del inmueble o inmuebles destinados al funcionamiento de los establecimientos de comercio**” (negrilla fuera de texto).

En los anteriores términos se resuelve su consulta y cordialmente le informamos que tanto la normatividad en materia tributaria, aduanera y cambiaria, como los conceptos emitidos por la Dirección de Gestión Jurídica en estas materias pueden consultarse directamente en nuestra base de datos jurídica ingresando a la página electrónica de la DIAN: <http://www.dian.gov.co> siguiendo los iconos: “Normatividad” – “Técnica” y seleccionando los vínculos “doctrina” y “Dirección de Gestión Jurídica”.

Atentamente,



PEDRO PABLO CONTRERAS CAMARGO
Subdirector de Gestión Normativa y Doctrina (E)

P:Arc/R:Cnyd