

GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS – Exenciones. Desembolsos de créditos / EXENCIONES – Condiciones. Son taxativas

La exención opera en los siguientes términos: 1. Que se trate de un desembolso de crédito otorgado por establecimientos de crédito, cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente. 2. Que el desembolso se efectúe mediante abono en cuenta corriente, de ahorros o en cuenta de depósito en el Banco de la República. 3. Ó que el desembolso se efectúe mediante expedición de cheque sobre el cual el otorgante del crédito imponga la leyenda “para abono en cuenta del primer beneficiario”. Según el reglamento, el desembolso del crédito puede darse en cuenta del beneficiario del crédito o en cuenta de un tercero, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: a) Que el beneficiario del préstamo autorice por escrito al otorgante del crédito para efectuar el desembolso; b) Que el desembolso del crédito se efectúe mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros del tercero. Si el desembolso del crédito se realiza mediante cheque, el otorgante del crédito deberá imponer sobre el mismo la leyenda “para abono en cuenta del primer beneficiario”;c) Que el otorgante del crédito conserve los documentos en los que conste el destinatario de los recursos del crédito, la utilización de los mismos y la autorización indicada en el literal a), para efectos del control por parte de las autoridades competentes.

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 087042 DE 2007 (25 de octubre) DIAN – (No anulado)

DESEMBOLSOS DE CREDITO – Está exento del GMF. Entrega de recursos por parte de la entidad crediticia al beneficiario del crédito. No incluye los giros o retiros / GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS – Hecho generador / CRUCE QUE HACE LA ENTIDAD FINANCIERA PARA CUBRIR EL SOBREGIRO – Constituye hecho generador del gravamen a los movimientos financieros / TRANSACCION FINANCIERA - Movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones

Partiendo de que el sobregiro se constituye en un crédito, se debe precisar que la exención en comento se refiere de manera específica a los desembolsos de crédito mediante abono a la cuenta o mediante expedición de cheques que realicen los establecimientos de crédito, las cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente. Ahora, acudiendo al método histórico de interpretación normativa, que consulte la voluntad real del Legislador, se encuentra que en la exposición de motivos de la Ley 633 de 2000 en relación con las exenciones al GMF. De este criterio hermenéutico se sigue la taxatividad de las exenciones al GMF, razón por la cual la interpretación mas acorde para este caso es la meramente literal, que nos indica que cuando la norma se refiere al desembolso del crédito, debe entenderse que solo se refirió a la entrega de los recursos por parte de la entidad crediticia al beneficiario del crédito, sin incluir la disposición de éstos (giros o retiros) que haga el beneficiario de la cuenta corriente. Además, es importante precisar que en materia de beneficios tributarios, la interpretación de la ley es restrictiva, lo que impide extender el beneficio a operaciones que no están expresamente señaladas en la ley. La Corte concluyó que el Gravamen a los Movimientos Financieros está vinculado a la disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito y, en general, a los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título. Es

decir, que el concepto se refirió a que el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro constituye hecho generador del gravamen a los movimientos financieros, no indicó que la consignación de recursos para cubrir el sobregiro configure ese hecho generador. En este orden de ideas, se debe recabar en que uno de los hechos generadores del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras mediante las cuales se disponga de los recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, y que según lo dispuesto en el párrafo del artículo 871 del E.T., se entiende por transacción financiera los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones. Por lo tanto, el concepto demandado no creó un nuevo hecho generador al GMF al definir el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro como uno de los presupuestos con los que éste se configura, y tampoco existe aplicación indebida del inciso 5º del artículo 871 del E.T. toda vez que, como ya se dijo, la operación está gravada según lo dispuesto en el párrafo de esa misma disposición.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 871 INCISO 5

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto de la doctora Martha Teresa Briceño de Valencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá D. C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00020-00(17191)

Actor: LUCY CRUZ DE QUIÑONES

Demandado: U.A.E – DIAN

FALLO

Se decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, interpuso la ciudadana Lucy Cruz de Quiñones.

I) DEMANDA

La mencionada ciudadana demandó la nulidad parcial del concepto No. 087042 del 25 de octubre de 2007, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, cuyo texto es el siguiente:

“OFICIO 87042
25 de octubre de 2007

TEMA: GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS
DESCRIPTORES: SOBREGIROS BANCARIOS/ CANCELACIÓN DEPÓSITOS A TERMINO.

(...)

SEGUNDA: *Teniendo en cuenta que en el caso de los sobregiros en cuenta corriente no hay unos recursos depositados de los que se pueda disponer ¿Se causa el GMF sobre el valor de los giros o retiros de cuenta corriente, cuando se hacen en descubierto?*

RESPUESTA: *Es de tener en cuenta que el desembolso del sobregiro por parte de la entidad de crédito mediante abono en la cuenta corriente del beneficiario en la misma entidad en cuanto se considera como un desembolso de crédito, se encuentra exento del Gravamen a los Movimientos Financieros, pero no los giros o retiros que haga el beneficiario de la cuenta corriente cuando se hacen en descubierto, los cuales se encuentran gravados con dicho tributo por existir una disposición de recursos que comporta un hecho generador del gravamen aludido.*

TERCERA: *¿Se entiende como una sola operación el depósito de recursos en una cuenta corriente que presenta sobregiro y el cruce de dichos depósitos contra el sobregiro acumulado? o por el contrario, ¿se entiende que el depósito de recursos en una cuenta corriente que presenta sobregiro es una primera operación y que el cruce de dichos depósitos contra el sobregiro acumulado que presenta esa cuenta corriente es otra operación, siendo que esta última constituiría una forma de disposición de los recursos previamente depositados mediante la primera operación y en consecuencia, se presentaría el hecho generador del GMF?*

RESPUESTA: *No comporta una sola operación el depósito de recursos en una cuenta corriente que presenta sobregiro y el cruce de dichos depósitos contra el sobregiro acumulado, por cuanto dicho cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro, constituye un hecho generador del gravamen a los movimientos financieros diferente del depósito.* (El subrayado no es del texto)

Estimó como violados los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Política; 871 inciso 5º y 879 numeral 11 del Estatuto Tributario y 3º y 10º del Decreto Reglamentario 449 de 2003. En desarrollo del concepto de violación formuló los siguientes cargos:

Restricción del alcance de la exención al gravamen a los movimientos financieros (artículos 879 numeral 11 del Estatuto Tributario y 10 del Decreto 449 de 2003).

El gravamen a los movimientos financieros – en adelante GMF, grava la disposición de recursos en las cuentas corrientes, de ahorro, de depósito y carteras colectivas, realizada por los usuarios de estas cuentas, y también los débitos en cuentas contables por parte de las instituciones financieras de forma que se materialice un pago, transferencia o cesión a un tercero, o un retiro del sistema financiero.

Para incentivar ciertas operaciones que tienen relación con el crecimiento económico o para reconocer la ausencia o disminución de la capacidad contributiva, el artículo 879 del E.T consagró una serie de operaciones exentas del gravamen a los movimientos financieros, entre las cuales está la siguiente: *“11. Los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante la expedición de cheques que realicen los establecimientos de crédito, las cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente.”*

El sobregiro es una modalidad de crédito, siendo una de sus características que no existe un abono previo en la cuenta del beneficiario, luego el desembolso es uno solo y siempre se materializa en cabeza del beneficiario o del tercero a quien éste indique. Por lo tanto, no se compadece con la operación de sobregiro afirmar, como lo hace la DIAN, que si el banco le gira al cuentacorrentista, hay desembolso exento del GMF, pero cuando el beneficiario gasta o gira se causa el tributo, puesto que resultaría inane la exención.

El concepto de la DIAN se equivocó en desmedro de la Ley y del reglamento cuando afirmó que la disposición del sobregiro siempre causa el gravamen, toda vez que el desembolso del crédito en la modalidad de sobregiro coincide con la disposición en cheque o en abono en cuenta, que deben entenderse exentos porque forman parte de una misma operación de crédito.

El Decreto Reglamentario 449 de 2003 también se violó, porque en su artículo 10º dispone que la exención aplica cuando el establecimiento de crédito efectúe el

desembolso al comercializador de bienes o servicios financiados con el producto del crédito. Es decir, si *“aún en los créditos ordinarios, normalmente acostumbrados, con abono en cuenta de los beneficiarios, se permite que los pagos al proveedor estén cubiertos como una sola operación, con mayor razón debe aplicarse lo mismo para el sobregiro que tenga como objetivo el pago de proveedores”*

El Consejo de Estado¹, al declarar la nulidad del Oficio No. 70106 de 2004 aclaró que el numeral 11 del artículo 879 del E.T *“no señala de manera específica cuál debe ser el destino del crédito, de manera que independientemente del uso que el beneficiario del préstamo le de a los recursos, procede la exención, si se cumplen los presupuestos enunciados.”*

En conclusión, el concepto demandado reconoce el carácter del crédito a los sobregiros y acepta que su otorgamiento es automático, por lo que establece que su desembolso está exento del GMF, pero viola la ley cuando señala sin ningún matiz, que: *“la disposición del sobregiro por el cuentacorrentista está gravada cuando este crédito, precisamente, se materializa con el hecho de librar cheques sin provisión suficiente de fondos, previa autorización de un cupo de sobregiro. Evitar el doble paso de abono previo y disposición y pago a un tercero es una de las características del sobregiro, que queda amparada por la exención, ya que la exención alcanza a los proveedores, operación que se encuentra regulada expresamente como exenta en los artículos 879 numeral 11 del E.T. y 11 del Decreto Reglamentario No. 449 de 2003 y 1º del Decreto 707 de 2001, razón por la cual es procedente anularlo”.*

SE CREA UN NUEVO HECHO GENERADOR EN EL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS POR DEPÓSITOS. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 871 INCISO 5º DEL E.T POR APLICACIÓN INDEBIDA.

La parte demandante indicó *“Esta acusación se concreta a lo dispuesto en el concepto para la etapa de consignación con el fin de cubrir el sobregiro, ya que consignar no es un hecho gravado con el tributo.”*. También dijo que el fin de este tributo es mantener los recursos en el sistema financiero, razón por la cual resultaría contradictorio desalentar la consignación o el abono en cuenta del sistema financiero.

¹ Sentencia del 13 de marzo de 2008, exp. 15312, C.P. Dr. Juan ángel Palacio Hincapié

El traslado de una cuenta de ahorros a una cuenta corriente del mismo titular, en el mismo establecimiento bancario, no está gravado con el GMF, toda vez que esta operación no implica disposición. Tampoco se genera el GMF si se consigna en efectivo a la cuenta sobregirada para cubrir el crédito, porque los depósitos son ajenos al hecho gravado por este tributo.

Igualmente, las consignaciones no están gravadas con GMF, puesto que lo que este tributo grava es la disposición, retiro, traslado o cesión de recursos, así como la cancelación o retiro de depósitos, y movimientos contables de naturaleza débito. Sin embargo, el concepto acusado parcialmente señaló: *“No comporta una sola operación el depósito de recursos en una cuenta corriente que presenta sobregiro y el cruce de dichos depósitos contra el sobregiro acumulado, por cuanto dicho cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro, constituye un hecho generador del gravamen a los movimientos financieros diferente del depósito.”*

Teniendo en cuenta que quien cubre el sobregiro es el mismo cuentacorrentista – deudor, y que la consignación no constituye hecho generador del GMF, resulta equivocada la distinción fundada en el destino final del depósito, que es el cruce o compensación de saldos positivos contra los negativos de la misma cuenta corriente.

El movimiento financiero es uno solo: *“depositar en la cuenta corriente con saldos al descubierto, y los efectos jurídicos subyacentes son los de liberación de la obligación de pagar el mutuo temporal autorizado por la entidad financiera. La obligación se extingue y los intereses cesan, pero no existe un paso adicional, que traslade esos dineros al banco, puesto que éste, con los intereses y sin entrega de dineros a su cuenta, cubre la obligación dineraria que surgió por el desembolso a los terceros girados, como si siempre hubieran existido recursos en la cuenta.”*

Tampoco es legal invocar como hecho generador del GMF los débitos a las cuentas contables del banco, porque el inciso 3º del Decreto Reglamentario No. 449 de 2003, dispone que los débitos a cuentas contables *“para la realización de cualquier pago o transferencia a un tercero por parte de los agentes retenedores del impuesto causan el gravamen a los movimientos financieros GMF, salvo cuando el movimiento contable se origine en la disposición de recursos de cuentas*

corrientes, de ahorro o de depósito, caso en el cual se considera una sola operación”

Los movimientos en cuentas contables se definen legalmente como aquellos que configuran pago de obligaciones o traslado de bienes, recursos o derechos, y solo se gravan cuando no se vinculen a las cuentas corrientes o de ahorro, con el fin de evitar la doble tributación sobre una misma operación.

El sobregiro, aunque jurídicamente es un crédito, se refleja directamente en la cuenta corriente como abono o consignación, lo que enerva cualquier posibilidad de acudir a la normativa del GMF sobre los débitos que se efectúen a cuentas contables.

En la operación de cubrimiento del sobregiro, el beneficiario del crédito hace un traslado de la cuenta de ahorros a la corriente, que implica una disposición sobre la primera que está exenta del GMF, o puede depositar recursos propios en efectivo (operación no gravada) o recibir depósitos en efectivo (no gravado) o transferencia de terceros (operación gravada en cabeza de quien realiza el pago, no del beneficiario). Por lo tanto, se descarta que se cause el GMF cuando en realidad se trata de un abono a su cuenta corriente, que temporalmente había sido respaldada por el crédito y ahora se neutraliza.

Concluyó sosteniendo que: *“cuando las entidades financieras (agentes retenedores) realizan un débito de las cuentas contables en que manejan sus recursos propios se genera el gravamen. Sin embargo, al cubrir el sobregiro, se produce un movimiento en una cuenta del usuario que puede o no tener contabilidad, y si la tiene no se maneja en el banco sino en la privacidad de su domicilio, luego no se trata de las cuentas gravadas. Además el movimiento de cobertura de un sobregiro se encuentra atado a una cuenta corriente, operación que no genera el gravamen por débito. Así mismo, para el banco se da un movimiento contable crédito que no está gravado por ser el banco quien recibe los recursos. Por las razones expuestas se corrobora la violación de la Ley y el reglamento al sostener que el giro de cheques o abonos a un tercero proveedor es gravado, así como con la tesis de que la extinción de la obligación de restitución es gravada sin ley que lo establezca, al separar un solo movimiento financiero, que es el abono en cuenta, del cuentacorrentista sobregirado.”*

SE VIOLA EL ARTÍCULO 3º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 449 DE 2003, AL NO APLICAR LA DEFINICIÓN REGLAMENTARIA DE UNIDAD DE OPERACIÓN AL DEPÓSITO PARA COBERTURA DEL SOBREGIRO.

Para la aplicación de las exenciones de que trata el artículo 879 del E.T. se considera como una sola operación los movimientos contables que se efectúen para registrar la realización de una transacción que sea objeto del beneficio. En consecuencia, ese artículo resulta vulnerado con la interpretación efectuada por el concepto acusado, porque fracciona cada una de las etapas del traslado o abono, para derivar un gravamen que no está consagrado en la normativa.

En resumen, el concepto acusado desacata la unidad de operación que se presenta en la consignación para cubrir un sobregiro, vinculado a un movimiento de la cuenta corriente que pudo estar previamente gravado o exento, según si existió provisión de recursos de otro banco, o de otra persona, o exento según si existió provisión de recursos de otro banco, o de otra persona, o exento si se trató de traslado de cuentas o de consignaciones en efectivo en la misma cuenta sobregirada.

Además, se violaron indirectamente los artículos 338 y 150 numeral 12 de la C.P. que atribuyen al legislador competencia exclusiva y excluyente para formular los hechos gravados de los tributos.

II) OPOSICIÓN

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se opuso a las pretensiones del actor con los siguientes argumentos:

La Ley 633 de 2000 adicionó el Estatuto Tributario con el siguiente Libro: "LIBRO SEXTO GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS", normativa que contempla todos los elementos del tributo como son: hecho generador, tarifa, causación, base gravable, sujetos pasivos, agentes de retención, exenciones del tributo y otros aspectos generales.

En la exposición de motivos de la Ley 633 de 2000 se indicó que el GMF se genera cada vez que se disponga de recursos existentes en los depósitos de cuentas corrientes o de ahorros, es decir, por cada una de las transacciones que se realicen por parte de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman.

La Ley 788 de 2002 replanteó el hecho generador del GMF, haciéndolo mas preciso, de tal forma que se cumpla con el presupuesto legal del gravamen, cual es la generación de un impuesto por la disposición de recursos que haga el sujeto pasivo de su dinero, independientemente de la forma como sean manejados por el sector financiero.

A pesar de que la parte actora en el escrito de demanda presenta tres cargos, la demanda se concreta en la interpretación de la DIAN, según la cual, una vez el cuentacorrentista disponga de los abonos nace el hecho generador del impuesto, interpretación que a juicio de la demandante desconoce la dinámica de la cuenta corriente, y definiría, vía concepto, nuevos hechos gravados.

Al respecto, señaló que el numeral 11 del artículo 879 del E.T., al referirse a la exención del GMF, alude exclusivamente al desembolso del crédito mediante abono a la cuenta o por razón de la expedición de cheques que realicen los establecimientos de crédito. No alude a la disposición del sobregiro mediante retiros o traslados de la cuenta, precisamente porque se trata de una exención que conlleva una interpretación restringida, y no sistemática.

No hay razón para considerar que el concepto demandado creó un hecho generador nuevo para el GMF, toda vez que en éste se plasmó la interpretación que se hiciera de la norma respetando las exenciones consagradas en la ley.

El sobregiro, entonces, entendido como la provisión de recursos a diferentes cuentacorrentistas, no se encuentra gravado conforme con el numeral 11 del artículo 879 del E.T., pero la disposición o utilización de los recursos provenientes del mismo, se debe entender como otra operación. Por lo tanto, la disposición de recursos para el pago a proveedores de bienes o servicios de los clientes del banco, independientemente de la procedencia de tales recursos, se encuentra gravada.

III) INTERVENCIÓN DE TERCEROS

El ciudadano John Tairo Romero Becerra como parte impugnadora en el proceso dijo:

El objeto de la Ley 788 de 2002 de crear mecanismos para prevenir operaciones elusivas o evasivas quedó de manifiesto en el proyecto de ley presentado por el Gobierno, en el que se señaló que las modificaciones al GMF tiene como finalidad *“mejorar el recaudo por ese concepto y de cerrar las brechas de elusión tributaria que se han identificado.”*, propósito bajo el cual deben analizarse los cargos de la demanda.

Adujo que el concepto demandado se refiere al sobregiro bancario cubierto con traslado de recursos de otra cuenta, que puede analizarse en tres momentos, así:

1. sobregiro en cuenta corriente para realizar pagos

El GMF, en la operación de sobregiro, en principio no se causa, cuando se enmarca en el presupuesto consagrado en el numeral 11 del artículo 879 del E.T. , reglamentado por el artículo 10º del Decreto 449 de 2003.

Del análisis de esa normativa se colige que los desembolsos de crédito para que sean exentos del GMF deben efectuarse: i) mediante el abono en cuenta, que para el caso de sobregiros no se presenta; ii) por la expedición de cheques, siendo necesario que el otorgante del crédito imponga la leyenda *“para abono en cuenta del primer beneficiario”*.

2. Traslado para cobertura del sobregiro de recursos depositados en cuentas diferentes en el mismo banco y a nombre del mismo titular

Los traslados entre cuentas del mismo titular y entidad financiera son una operación exenta del GMF, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 2 y 14 del artículo 879 del E.T.

3. Cruce de recursos o compensación

El traslado de recursos de otra cuenta corriente o de ahorro a la cuenta sobregirada, o el depósito en efectivo a la misma, genera un crédito a la cuenta corriente por el valor trasladado o consignado y luego un débito con el fin de cubrir la cuenta por cobrar del banco y cancelar la respectiva obligación.

El reconocimiento del ingreso a la cuenta (crédito) y la salida o disposición de recursos para realizar el pago (débito), se da aunque el sistema informático o contable de la entidad bancaria esté parametrizado de tal forma que automáticamente y de manera inmediata, estos recursos compensen la obligación del cuentacorrentista.

Cuando se debita la cuenta corriente del cliente por el monto adeudado se produce el hecho generador del impuesto, transacciones financieras mediante las cuales se dispone de recursos de la cuenta para el pago de obligaciones.

Contablemente, la operación implica, de una parte, el débito a la cuenta corriente por el valor adeudado y el crédito correlativo a la cuenta por cobrar a nombre del cliente por igual valor, y por otra parte, la restitución del cupo del crédito asignado al cliente mediante la afectación de las cuentas contingentes.

Se da un cruce de cuentas del banco con el cliente: el banco tiene un derecho representado en la cuenta por cobrar (cartera: por el valor del sobregiro) y una obligación con el cliente representado en una cuenta por pagar (cuenta corriente: por el valor trasladado).

Como el GMF se causa por la disposición de recursos, la parte de la operación "cruce de recursos o compensación" es la que genera el impuesto como lo sostiene la Doctrina Oficial de la DIAN en el concepto demandado.

Otra posibilidad para que el cliente pague el sobregiro es que consigne la suma adeudada directamente a la cuenta sobregirada. En este caso, cuando ingresan los recursos a la cuenta por el depósito, no se causa el GMF, sin embargo, como inmediatamente el banco realiza el débito automático con el fin de cancelar la cuenta por pagar que surgió por el desembolso del crédito, se genera el impuesto y el responsable debe practicar la retención.

IV) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

LA DIAN presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando que el GMF se genera en cada transacción hecha al descubierto, y no puede equipararse con el préstamo que hace el banco al cuentacorrentista que adquiere la calidad de deudor.

Citó sentencias de esta Sección² y concluyó que el desembolso de dineros que estén en la cuenta corriente del banco está exento cuando se trasladan a la cuenta del destinatario, pero no cuando el destinatario pretende darle uso a dichos dineros efectuando diversos movimientos.

Insistió en que la exención pretendida por la demandante, en cuanto al depósito de recursos en cuenta corriente sobregirada, no está consagrada dentro de las exenciones de que trata el artículo 879 del E.T.

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, y agregó que la DIAN en la contestación de la demanda no se pronunció sobre el cargo de “SE CREA UN NUEVO HECHO GENERADOR EN EL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 871 INCISO 5º DEL E.T POR APLICACIÓN INDEBIDA”.

Además, se refirió al escrito de la parte impugnadora así:

La exigencia del pago del sobregiro y los intereses, que le son accesorios, con débitos automáticos de las consignaciones del cuentacorrentista, es tan sólo una característica del contrato de cuenta corriente con sobregiro, pero no constituye una razón jurídica para afirmar que este hecho está gravado con el impuesto en estudio, separándolo de la consignación misma en efectivo o con traslados de cuentas en el mismo banco.

No es exacto el interviniente al indicar que *“el traslado de recursos de otra cuenta corriente o de ahorros a la cuenta sobregirada o el depósito en efectivo a la misma genera un crédito a la cuenta corriente por el valor trasladado o consignado y*

² Sentencias del 4 de Septiembre de 2003, exp. 13320 y del 28 de junio de 2007, exp.15582.

luego un débito con el fin de cubrir la cuenta por cobrar del Banco y cancelar la respectiva obligación.”, toda vez que el traslado de recursos está cancelando directamente el descubierto del titular de la cuenta corriente, que se encuentra con saldo débito cuando por su propia naturaleza debería demostrar un saldo crédito.

Pese a las razones que presentó el impugnador para demostrar que son varias las cuentas del banco que se afectan al tiempo de conceder o de cancelar el sobregiro, la contabilización explicada no resulta de interés porque: *(i) en el caso de asignación de sobregiros en cuenta corriente, al cliente no se le asignan dos cuentas, tiene una cuenta corriente de la cual es titular en virtud del contrato de apertura de cuenta suscrito previamente. Normalmente un usuario tiene una sola cuenta corriente en un banco y varios productos financieros; (ii) el compromiso de disponibilidad de recursos del sobregiro conlleva el de reembolso de los recursos; y (iii) la norma es clara en cuanto grava solo los débitos de cuentas contables del agente de retención que impliquen un pago de éste a terceros, hipótesis normativa que no ofrece respaldo al concepto que se ataca por ilegal y por extralimitar las previsiones de la ley que dice interpretar.*

El Ministerio Público solicitó desestimar las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

No es de recibo el cargo de violación del numeral 11 del artículo 879 del ET y del artículo 10 del Decreto Reglamentario 449 de 2003, toda vez que la DIAN conceptuó que el sobregiro es un crédito y que su desembolso no constituye hecho gravable del GMF.

Asunto diferente es que el titular disponga de los recursos del sobregiro y proceda a girarlos o a retirarlos de la cuenta corriente, pues este movimiento no está exento del GMF.

En cuanto a la creación de un nuevo hecho generador por depósitos y la consecuente violación del artículo 871 del ET, señaló que en ningún momento el acto demandado grava los depósitos en cuenta corriente sino el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro.

Sobre la violación del artículo 3º del Decreto Reglamentario 449 de 2003, por considerar que la DIAN no aplicó la definición de unidad de operación al depósito

para cobertura de sobregiro, conceptuó que esta norma consagra tres situaciones que no corresponden a la de “depósito con la de cruce para pagar el crédito del sobregiro”.

V) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la sala decidir sobre la nulidad parcial del concepto 087042 del 25 de octubre de 2007, mediante el cual la DIAN consideró que: (i) Los giros o retiros que haga el beneficiario de la cuenta corriente cuando se hacen en descubierto se encuentran gravados con el GMF por existir una disposición de recursos que comporta un hecho generador del gravamen aludido y (ii) El depósito de recursos en una cuenta corriente que presenta sobregiro y el cruce de dichos depósitos contra el sobregiro acumulado, no comporta una sola operación, por cuanto dicho cruce, que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro, constituye un hecho generador del gravamen a los movimientos financieros diferente del depósito.

Restricción del alcance de la exención al gravamen a los movimientos financieros (artículos 879 numeral 11 del Estatuto Tributario y 10 del Decreto 449 de 2003).

La parte demandante afirmó que el concepto de la DIAN se equivoca cuando afirma que la disposición del sobregiro siempre causa el gravamen, porque resulta inane la exención contemplada en el artículo 879 numeral 11 del E.T.

La Ley 633 de 2000 adicionó el artículo 879 E.T., con el siguiente numeral:

“EXENCIONES DEL GMF. Se encuentran exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros: (...)

11. Los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito”. (...)

El 27 de diciembre de 2002 fue promulgada la Ley 788, cuyo artículo 48 modificó los numerales 5 y 10 del artículo 879 E.T, y adicionó tres numerales nuevos y el párrafo 2°, y dejó incólume el contenido del numeral 11 que trata de la exención sobre los desembolsos de créditos, adicionado posteriormente por la Ley 1111 de 2006, con el siguiente texto final:

“Se encuentran exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros: 11- Los desembolsos de crédito mediante abono a la cuenta o mediante expedición de cheques que realicen los establecimientos de crédito, las cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente”.

Con antelación a la expedición de la Ley 1111 de 2006, el 27 de febrero de 2003, el Ejecutivo, en uso de la potestad reglamentaria conferida por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, profirió el Decreto 449, con el objeto de fijar los parámetros para dar cumplida ejecución a lo estipulado en la Ley en materia del gravamen a los movimientos financieros.

Es así como en el artículo 10° reglamentó lo relativo a la exención de los “Desembolsos de Crédito”, mediante el siguiente texto:

“Para efectos de la exención establecida en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, se entenderá como abono en cuenta todos aquellos desembolsos de créditos que realicen los establecimientos de crédito, las entidades vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria en cuenta corriente, de ahorros o en cuenta de Depósito en el Banco de la República, o aquellos que se realicen mediante cheque sobre el cual el otorgante del crédito imponga la leyenda 'para abono en cuenta del primer beneficiario”

Para la procedencia de la exención será requisito abonar efectivamente el producto del crédito en una de las cuentas mencionadas en el inciso anterior que pertenezca al beneficiario del mismo.

Esta exención cobija igualmente los desembolsos de crédito mediante operaciones de descuento y redescuento, así como los pagos que efectúen las entidades intermediarias a las de descuento.

*También procede la exención indicada en el inciso primero del presente artículo cuando el establecimiento de crédito o la entidad vigilada por la Superintendencia de la Economía Solidaria, efectúe el desembolso **al comercializador de los bienes o servicios financiados con el producto del crédito**. En este evento serán requisitos obligatorios:*

*a) Que el beneficiario del préstamo autorice por escrito al otorgante del crédito para efectuar el desembolso **al comercializador de los bienes y servicios**;*

*b) Que el desembolso del crédito se efectúe mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros **del comercializador de bienes y servicios**. Si el desembolso del crédito se realiza mediante cheque, el otorgante del*

crédito deberá imponer sobre el mismo la leyenda “para abono en cuenta del primer beneficiario”;

c) Que el otorgante del crédito conserve los documentos en los que conste el destinatario de los recursos del crédito, la utilización de los mismos y la autorización indicada en el literal a), para efectos del control por parte de las autoridades competentes.

*PAR.—Cualquier traslado, abono o movimiento contable que no corresponda al desembolso efectivo de recursos del crédito tal como se indica en el presente artículo estará sujeto al gravamen”.*³

De acuerdo con estas disposiciones, la exención opera en los siguientes términos:

1. Que se trate de un desembolso de crédito otorgado por establecimientos de crédito, cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente.
2. Que el desembolso se efectúe mediante abono en cuenta corriente, de ahorros o en cuenta de depósito en el Banco de la República.
3. Ó que el desembolso se efectúe mediante expedición de cheque sobre el cual el otorgante del crédito imponga la leyenda *“para abono en cuenta del primer beneficiario”*.

Según el reglamento, el desembolso del crédito puede darse en cuenta del beneficiario del crédito o en cuenta de un tercero, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

- a) Que el beneficiario del préstamo autorice por escrito al otorgante del crédito para efectuar el desembolso;

³ Los apartes resaltados fueron declarados nulos en sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, del 30 de mayo de 2011, C.P. Dra. Marta Teresa Briceño de Valencia, exp. 17699.

b) Que el desembolso del crédito se efectúe mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros del tercero. Si el desembolso del crédito se realiza mediante cheque, el otorgante del crédito deberá imponer sobre el mismo la leyenda “para abono en cuenta del primer beneficiario”;

c) Que el otorgante del crédito conserve los documentos en los que conste el destinatario de los recursos del crédito, la utilización de los mismos y la autorización indicada en el literal a), para efectos del control por parte de las autoridades competentes.

En relación al sobregiro, el numeral 2.6 del Capítulo Primero, Título Tercero de la Circular Básica Jurídica 007 de 2006 de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) señala lo siguiente:

“2.6 Sobregiro en cuenta corriente

En razón de la mecánica misma de la gestión bancaria, la cuenta que se abre al depositante de dinero se limita al monto de los depósitos, de manera tal que la obligación del Banco cesa para con el cuenta correntista y éste no puede exigir nada de aquel, en cuanto se haya extinguido el depósito a través de los giros hechos por medio del instrumento denominado cheque. Esto explica también que cuando un cheque es visado por el Banco sobre el cual se gira, la certificación equivale a aceptación.

*Es claro, en consecuencia, que el cuentacorrentista a quien se permite girar más de lo que ha depositado es, frente al Banco, deudor en razón de un préstamo que éste le hace, puesto que se repite, el banco no está legalmente obligado a pagar si no hay provisión por parte del girador; con lo cual se pone de presente, además, que el banco por la **concesión del sobregiro**, no puede cobrar comisión, esto es, remuneración por un servicio hecho al girador, sino intereses, o sea la remuneración normal que corresponde al préstamo de dinero.*

***Analizado el sobregiro como un préstamo que hace el Banco al cuenta correntista** resulta evidente que le son aplicables las normas referentes al mutuo comercial contenidas en el Código de Comercio, aunque el cuentacorrentista no sea comerciante y particularmente el artículo 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de acuerdo con el cual, ‘Cuando el banco pague cheques por valor superior al saldo de la cuenta corriente, el excedente será exigible a partir del día siguiente al otorgamiento del descubierto, salvo pacto en contrario.*

“El crédito así concedido ganará intereses en los términos previstos en el artículo 884 del Código de Comercio.

Por otra parte, si el Banco quiere devengar intereses tanto remuneratorios como moratorios por estos préstamos, distintos de los legales, ha de estipularlo por escrito, so pena de no poder cobrar en juicio sino aquéllos (artículo 884 del Código de Comercio).

En consecuencia, es claro que los establecimientos bancarios pueden señalar plazo para el pago de los sobregiros que concedan de conformidad con lo establecido en el artículo 125 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así como estipular, con el cuenta correntista los intereses remuneratorios, así como los moratorios que correrán en su favor por razón de la demora. Una y otra estipulación han de constar por escrito, pero no es necesario hacerlo así cada vez, ya que surgiendo esta obligación de la ejecución misma del contrato de depósito convenido con el Banco puede válidamente insertarse en el formulario que a este efecto firma el correntista en escrito separado”.

Partiendo de que el sobregiro se constituye en un crédito, se debe precisar que la exención en comento se refiere de manera específica a los **desembolsos de crédito** mediante abono a la cuenta o mediante expedición de cheques que realicen los establecimientos de crédito, las cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria respectivamente.

Ahora, acudiendo al método histórico de interpretación normativa, que consulte la voluntad real del Legislador, se encuentra que en la exposición de motivos de la Ley 633 de 2000 en relación con las exenciones al GMF se dijo:

*“El GMF se genera cada vez que se disponga de recursos existentes en los depósitos de cuentas corrientes o de ahorros, es decir por cada una de las transacciones que se realicen por parte de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman. La base gravable está constituida por la totalidad de la transacción, **y se plantean las exenciones en forma taxativa**, excluyendo del impuesto todas las transacciones atinentes a la operación misma del sector financiero, y al manejo de recursos del presupuesto de la nación y de los entes territoriales.”⁴*

De este criterio hermenéutico se sigue la taxatividad de las exenciones al GMF, razón por la cual la interpretación mas acorde para este caso es la meramente literal, que nos indica que cuando la norma se refiere al desembolso⁵ del crédito, debe entenderse que solo se refirió a la entrega de los recursos por parte de la entidad crediticia al beneficiario del crédito, sin incluir la disposición de éstos (giros o retiros) que haga el beneficiario de la cuenta corriente.

⁴ Cita extraída de la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta del 13 de marzo de 2008, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, exp. 15312.

⁵ Desembolso. (De *desembolsar*).1. m. Entrega de una porción de dinero efectivo y al contado. (www.rae.es)

Además, es importante precisar que en materia de beneficios tributarios, la interpretación de la ley es restrictiva, lo que impide extender el beneficio a operaciones que no están expresamente señaladas en la ley.

Así las cosas, el concepto acusado no restringió el alcance de la exención contemplada en el artículo 879 del E.T. numeral 11 y su reglamentario el artículo 10º del Decreto 449 de 2003.

SE CREA UN NUEVO HECHO GENERADOR EN EL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS POR DEPÓSITOS. VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 871 INCISO 5º DEL E.T POR APLICACIÓN INDEBIDA.

El artículo 871 del E.T., vigente para la fecha de la expedición del acto acusado, en relación con el hecho generador del GMF, disponía:

ARTICULO 871. HECHO GENERADOR DEL GMF. *El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.*

En el caso de cheques girados con cargo a los recursos de una cuenta de ahorro perteneciente a un cliente, por un establecimiento de crédito no bancario o por un establecimiento bancario especializado en cartera hipotecaria que no utilice el mecanismo de captación de recursos mediante la cuenta corriente, se considerará que constituyen una sola operación el retiro en virtud del cual se expide el cheque y el pago del mismo.

También constituyen hecho generador del impuesto:

El traslado o cesión a cualquier título de los recursos o derechos sobre carteras colectivas, entre diferentes copropietarios de los mismos, así como el retiro de estos derechos por parte del beneficiario o fideicomitente, inclusive cuando dichos traslados o retiros no estén vinculados directamente a un movimiento de una cuenta corriente, de ahorros o de depósito. En aquellos casos en que sí estén vinculados a débitos de alguna de dichas cuentas, toda la operación se considerará como un solo hecho generador.

La disposición de recursos a través de los denominados contratos o convenios de recaudo o similares que suscriban las entidades financieras con sus clientes en los cuales no exista disposición de recursos de una cuenta corriente, de ahorros o de depósito.

Los débitos que se efectúen a cuentas contables y de otro genero, diferentes a las corrientes, de ahorros o de depósito, para la realización de cualquier pago o transferencia a un tercero.

Para efectos de la aplicación de este artículo, se entiende por carteras colectivas los fondos de valores, los fondos de inversión, los fondos comunes ordinarios, los fondos comunes especiales, los fondos de pensiones, los fondos de cesantía y, en general, cualquier ente o conjunto de bienes administrado por una sociedad legalmente habilitada para el efecto, que carecen de personalidad jurídica y pertenecen a varias personas, que serán sus copropietarios en partes alícuotas.

PARÁGRAFO. *Para los efectos del presente artículo se entiende por transacción financiera toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre, carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo. Esto incluye los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como 'saldos positivos de tarjetas de crédito' y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante el abono en cuenta.*

PARÁGRAFO 2o. *El movimiento contable y el abono en cuenta corriente o de ahorros que se realice en las operaciones cambiarias se considera una sola operación hasta el pago al titular de la operación de cambio, para lo cual los intermediarios cambiarios deberán identificar la cuenta corriente o de ahorros mediante la cual dispongan de los recursos. El gravamen a los movimientos financieros se causa a cargo del beneficiario de la operación cambiaria cuando el pago sea en efectivo, en cheque al que no se le haya puesto la restricción de "para consignar en cuenta corriente o de ahorros del primer beneficiario", o cuando el beneficiario de la operación cambiaria disponga de los recursos mediante mecanismos tales como débito a cuenta corriente, de ahorros o contable.*

La Corte Constitucional, en sentencia C-114 de 2006, consideró que la modificación introducida por la Ley 788 de 2002 al artículo 871 E.T. replanteó el hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros, porque incluyó operaciones no previstas en la Ley 663 de 2000 y amplió los sujetos pasivos y los agentes retenedores. Al efecto, la Corte sostuvo:

" (...) En el proyecto de ley presentado por el gobierno a la consideración del Congreso de la República, en relación con el Gravamen a los Movimientos Financieros, no solamente se ampliaba el espectro de los hechos generadores, los sujetos pasivos y los agentes retenedores, sino que, además, se modificaba el parágrafo del artículo 871 del Estatuto Tributario, para desplazar el núcleo de la definición de lo que para efectos del gravamen debía considerarse como transacción financiera, desde la "operación de retiro de efectivo" hacia la expresión genérica "disposición de recursos", que comprende no sólo el retiro en efectivo, sino, también, de manera más amplia y entre otros conceptos, "...los movimientos contables que se efectúen para

*el traslado de recursos o derechos a cualquier título ...”.*⁶

Posteriormente, en la ponencia para primer debate en las comisiones conjuntas de Senado y Cámara se expresó que “[e]n el artículo sobre el hecho generador del gravamen a los movimientos financieros se efectúan algunos ajustes en su redacción, para precisar que constituyen hecho generador del impuesto los pagos propios o de terceros que realicen los establecimientos de crédito mediante abono en cuenta corriente, de ahorros o depósito, cuando tales pagos no estén vinculados a un movimiento de otra cuenta corriente, de ahorro o depósito.” Se agregó en la ponencia que “[d]e la misma forma, en el párrafo se precisa que se entienden por transacción financiera los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título.”

La Corte concluyó que el Gravamen a los Movimientos Financieros está vinculado a la disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito y, en general, a los **movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones** o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título.

Ahora, la Sala precisa que la parte demandante *indicó “Esta acusación se concreta a lo dispuesto en el concepto para la etapa de consignación con el fin de cubrir el sobregiro, ya que consignar no es un hecho gravado con el tributo.”* También dijo que el fin de este tributo es mantener los recursos en el sistema financiero, razón por la cual resultaría contradictorio desalentar la consignación o el abono en cuenta del sistema financiero.

El aparte acusado del concepto señaló: *“No comporta una sola operación el depósito de recursos en una cuenta corriente que presenta sobregiro y el cruce de dichos depósitos contra el sobregiro acumulado, por cuanto dicho cruce que hace*

⁶ El Parágrafo del artículo 671 del Estatuto Tributario, tal como se estableció por la Ley 633 del 2000 era del siguiente tenor: “Parágrafo. Para los efectos del presente artículo, se entiende por transacción financiera toda operación de retiro en efectivo, mediante cheque, con talonario, con tarjeta débito, a través de cajero electrónico, mediante puntos de pago, notas débito o mediante cualquier otra modalidad que implique la disposición de recursos de cuentas de depósito, corrientes o de ahorros, en cualquier tipo de denominación, incluidos los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como “saldos positivos de tarjetas de crédito” y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante abono en cuenta.” (Subraya la Sala) A su vez, en el proyecto de ley sometido a la consideración del Congreso, el mencionado párrafo quedaba de la siguiente manera: “Parágrafo. Para los efectos del presente artículo se entiende por transacción financiera toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables que se efectúen para el traslado de recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo. Esto incluye los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como saldos positivos de tarjetas de crédito y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante el abono en cuenta.”

la entidad financiera para cubrir el sobregiro, constituye un hecho generador del gravamen a los movimientos financieros diferente del depósito.”

Es decir, que el concepto se refirió a que el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro constituye hecho generador del gravamen a los movimientos financieros, no indicó que la consignación de recursos para cubrir el sobregiro configure ese hecho generador.

En este orden de ideas, se debe recabar en que uno de los hechos generadores del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras mediante las cuales se disponga de los recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, y que según lo dispuesto en el párrafo del artículo 871 del E.T., se entiende por transacción financiera los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones. Por lo tanto, el concepto demandado no creó un nuevo hecho generador al GMF al definir el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro como uno de los presupuestos con los que éste se configura, y tampoco existe aplicación indebida del inciso 5º del artículo 871 del E.T. toda vez que, como ya se dijo, la operación está gravada según lo dispuesto en el párrafo de esa misma disposición.

SE VIOLA EL ARTÍCULO 3º DEL DECRETO REGLAMENTARIO 449 DE 2003, AL NO APLICAR LA DEFINICIÓN REGLAMENTARIA DE UNIDAD DE OPERACIÓN AL DEPÓSITO PARA COBERTURA DEL SOBREGIRO.

El artículo 3º del Decreto Reglamentario 449 de 2003, norma que se considera violada, es del siguiente tenor:

Débitos a cuentas contables. *Los débitos que se efectúen a cuentas contables y de otro género para la realización de cualquier pago o transferencia a un tercero por parte de los agentes retenedores del impuesto, causan el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), salvo cuando el movimiento contable se origine en la disposición de recursos de cuentas corrientes, de ahorros o de depósito, caso en el cual se considerará una sola operación.*

Para efectos de la aplicación de las exenciones de que trata el artículo 879 del Estatuto Tributario, también se consideran una sola operación los movimientos contables que se efectúen para registrar la realización de una transacción que sea objeto del beneficio.

El mismo tratamiento se aplicará al traslado de utilidades que el Banco de la República realice a la Dirección General del Tesoro Nacional de conformidad con el artículo 27 de la Ley 21 de 1932 y a la disposición de recursos de cuentas corrientes o de ahorros para la compra y venta de títulos de deuda pública que se realice entre las tesorerías de las entidades públicas y la Dirección General del Tesoro, para lo cual deberá identificarse la cuenta a través de la cual se disponga de los recursos.

El traslado a la Dirección General del Tesoro Nacional del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) por parte de los nuevos agentes de retención no causa el tributo.

El movimiento contable y el abono en cuenta que se realicen en las operaciones cambiarias se consideran una sola operación hasta el pago al titular de la operación de cambio, para lo cual el intermediario financiero deberá identificar la cuenta mediante la que se disponga de los recursos. El Gravamen a los Movimientos Financieros se causa cuando el beneficiario de la operación cambiaria disponga de los recursos mediante mecanismos tales como débito a cuenta corriente, de ahorros o contable, en los términos del artículo 871 del Estatuto Tributario.

Adujo la parte demandante que para la aplicación de las exenciones de que trata el artículo 879 del E.T. se considera como una sola operación, los movimientos contables que se efectúen para registrar la realización de una transacción que sea objeto del beneficio.

La Sala precisa que, al desarrollar el cargo anterior, se sostuvo que el concepto parcialmente acusado no dijo que la consignación de recursos para cubrir el sobregiro configure el hecho generador al GMF. Se aclaró que el hecho generador del GMF es el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro.

En este orden de ideas, debe indicarse que, para dar aplicación al inciso 2º del artículo 3º del Decreto Reglamentario 449 de 2003, debe partirse del reconocimiento de una exención y, según se precisó, el cruce que hace la entidad financiera para cubrir el sobregiro constituye hecho generador del gravamen a los movimientos financieros, conforme con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 871 del E.T, por lo tanto, no resulta vulnerada dicha norma reglamentaria por falta de aplicación.

Por lo anterior, tampoco se violaron indirectamente los artículos 338 y 150 numeral 12 que atribuyen al legislador competencia exclusiva y excluyente para establecer los hechos gravados de los tributos.

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

SE DENIEGAN las pretensiones de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO