

EXENCION DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS POR DESEMBOLSOS O PAGOS A TERCEROS - Requisitos cuando el desembolso del crédito se hace directamente al deudor / EXENCION DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS POR DESEMBOLSO DE CREDITOS A TERCEROS - Finalidad. La exención está sujeta a que el deudor destine el crédito a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos / EXENCION DEL GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS POR DESEMBOLSOS O PAGOS A TERCEROS - No procede cuando el deudor del crédito se dedique a la comercialización de automóviles, inmuebles y activos fijos financiados con el respectivo crédito

[...] con la reforma establecida por el artículo 6° de la Ley 1430 de 2010, se modificó el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario [...] En lo que respecta a los desembolsos de los créditos que son objeto de la exención, el inciso primero de la norma señalada contempla dos situaciones a saber: i) cuando el desembolso se realiza directamente al deudor y, ii) cuando el desembolso se realiza a un tercero. En el primer caso, la procedencia de la exención exige que el desembolso se realice mediante abono a cuenta de ahorro o corriente o mediante expedición de cheques con cruce y negociabilidad restringida; que lo otorgue un establecimiento de crédito, una cooperativa con actividad financiera o una cooperativa de ahorro y crédito y, que dicha entidad esté vigilada por la Superintendencia Financiera o por la de Economía Solidaria. En el segundo caso, esto es, cuando el desembolso se haga a un tercero, además de lo anterior, se requiere que el deudor del crédito lo destine a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos y, por tanto, el elemento relevante de la exención está dado en función de la destinación que del mismo haga el deudor que, se reitera, no es otra diferente a la adquisición de los bienes referidos, lo que no admite la destinación del crédito a otras actividades diferentes, en razón de la naturaleza restrictiva de las exenciones. Por su parte, de la lectura del inciso segundo de la norma se destaca el carácter excepcional de la exención, pues aclaró que el desembolso o pago a terceros por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones, está sujeto al gravamen a los movimientos financieros. En tal sentido, la Sala observa que los conceptos aludidos en el párrafo precedente, que no hacen parte de la exención aludida, son afines a ciertas actividades debidamente organizadas, dentro de las que se encuentran la comercialización de bienes y servicios, lo cual se confirma con la salvedad establecida para la “...utilización de las tarjetas de crédito de las que sean titulares las personas naturales, las cuales continúan siendo exentas”. Lo anterior encuentra su lógica en la intención del legislador de “...mejorar las condiciones para fortalecer el recaudo tributario del Gravamen a los Movimientos Financieros, evitando el resquebrajamiento de principios constitucionales como el de colaboración de las cargas públicas, la capacidad contributiva y la solidaridad en materia tributaria de los artículos 95, 334, 366 y 338 de la Constitución Política”. Acorde con lo anterior, la Sala observa que con la exención mencionada se pretendió incentivar la adquisición y consumo de los bienes señalados por parte de determinadas personas, mas no la comercialización de los mismos, que, como se dijo, se trata de una actividad organizada que no fue objeto de la exención, como se desprende de la exposición de motivos de la mencionada Ley 1430 de 2010 [...], que precisó: “3.2 Productividad GMF.-“Se propone una excepción a la exención del gravamen a los movimientos financieros referida a los desembolsos de crédito, la cual se mantiene cuando estos sean destinados a la adquisición de bienes, servicios o consumo, pero cuya aplicación se excluye cuando dicha exención se desnaturaliza y el crédito se utiliza masivamente por parte de los clientes de las entidades para realizar pagos a terceros” (...) Nótese que la voluntad del legislador no es desnaturalizar la exención y permitir su utilización

masiva para realizar pagos a terceros, pues además del fin señalado, la exposición de motivos indicó que la norma también busca controlar “...*la elusión partiendo de la existencia de una anomalía negocial, cuya base será el abuso de las formas jurídicas*”. Por lo tanto, la exención aludida no procede cuando el crédito desembolsado a un tercero se destine a la comercialización de los bienes indicados (automóviles, inmuebles y activos fijos), pues, como se mencionó, en ese caso la figura implicaría la utilización masiva del crédito, lo que constituye un fin no previsto por la norma. Acorde con las anteriores previsiones, el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, fue reglamentado por el artículo 5°, demandado [...] El artículo 5° del Decreto 660 de 2011, norma demandada, condiciona la exención a que cuando se solicite el desembolso a terceros para adquisición de vivienda nueva o usada o para construcción de vivienda individual, vehículos o activos fijos, el deudor deberá manifestar a quien le otorga el crédito que su actividad no es la comercialización de los bienes. Por lo tanto, para gozar de la exención, el deudor no debe dedicarse a la comercialización de los bienes que adquiere. Es decir, que si se dedica a comercializar automotores, el crédito que adquiere no está exento del GMF si lo destina a la compra de un automóvil, y si se dedica a la compraventa de vivienda o a la construcción de vivienda individual, el crédito no puede estar destinado a la compra de un lote, casa o apartamento, o cualquier otro activo que tenga la condición de activo fijo, porque, en tal caso, la operación estará gravada con el GMF. Así las cosas, la Sala encuentra que la expresión demandada del artículo 5° del Decreto 660 de 2011 “y que su actividad no es la comercialización de los bienes”, se ajusta al fin previsto por el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario y, por tanto, se negará la pretensión de nulidad de la misma.

FUENTE FORMAL: LEY 1430 DE 2010 - ARTICULO 6 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 879 NUMERAL 11

NORMA DEMANDADA: DECRETO 660 DE 2011 GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 5 (Parcial) No anulado

NOTA DE RELATORIA: **La síntesis del caso es la siguiente:** La Sala declaró ajustada a derecho la legalidad de la expresión “y que su actividad no es la comercialización de los bienes” contenida en el artículo 5 del Decreto 660 de 2011, reglamentario del artículo 879 del Estatuto Tributario. Lo anterior, porque concluyó que el Gobierno Nacional no excedió la potestad reglamentaria al expedir esa disposición, puesto que ella atiende a la finalidad de la exención, prevista en la exposición de motivos de la Ley 1430 de 2010, de no permitir la utilización masiva del crédito para efectuar pagos a terceros, sino incentivar la adquisición y el consumo de ciertos bienes y servicios por parte de determinadas personas. Así, la Sala precisó que la exención no procede cuando el crédito desembolsado a un tercero se destine a la comercialización de automóviles, inmuebles y activos fijos, dado que ello implica el uso masivo del crédito, en desmedro del fin previsto en dicha ley.

GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS - Creación. Causación. Hecho generador

El gravamen a los movimientos financieros fue creado por la Ley 633 de 2000 y se causa desde el primero de enero del año 2001, a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman. El hecho generador de este gravamen 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. (...)”. La Sala observa que, como regla general, el gravamen a los movimientos financieros se causa por la disposición de recursos que se haga sobre las cuentas señaladas en el párrafo anterior y, como excepción a la misma, el artículo 879 del Estatuto Tributario, implementado por la mencionada Ley 633 de 2000, determinó dentro de las exenciones del tributo “(...) 11. Los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito” (...). Desde el momento de su creación, el gravamen a los movimientos financieros ha sido objeto de múltiples reformas, todas ellas tendientes a ampliar el espectro de operaciones que, por implicar una disposición de recursos, entran a constituir el hecho generador del tributo. Tal es el caso de la Ley 788 de 2002 que incorporó otros hechos generadores del tributo, sin que modificara el citado numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario. En efecto, el artículo 45 de la mencionada ley, incluyó como hechos generadores del gravamen el traslado o cesión a cualquier título de los recursos o derechos sobre carteras colectivas entre los copropietarios de los mismos, la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo suscritos por las entidades financieras con sus clientes en los que no exista disposición de recursos de cuentas corrientes, de ahorro o de depósito, los débitos que se hagan a cuentas contables y de otro género, para la realización de pagos y transferencias a terceros, diferentes a las corrientes, de ahorro y de depósito.

FUENTE FORMAL: LEY 633 DE 2000 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 870 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 871 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTICULO 879 NUMERAL 11 / LEY 788 DE 2002 - ARTICULO 45

POTESTAD REGLAMENTARIA - Noción / SISTEMA TRIBUTARIO NACIONAL - Las normas que lo informan son de contenido general y abstracto y de reserva de ley / REGLAMENTO - No es autónomo, sino limitado por la Constitución y la ley y subordinado a ellas / REGLAMENTO - Objeto. Es la cabal ejecución de la Constitución y la ley / REGLAMENTO - Régimen jurídico. Es el mismo de todos los actos administrativos, lo que lo hace susceptible de control jurisdiccional

La potestad reglamentaria se presenta como la facultad que detentan ciertas autoridades administrativas para dictar medidas de carácter general e impersonal, tendientes a reglamentar un contenido o una materia previamente determinada por la ley. En lo atinente al dominio de la ley en materia tributaria, los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Constitución Política autorizaron al Congreso de la República para establecer “...las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración” y las “...contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley”, lo que fue ratificado por el artículo 338 ibídem, al señalar que en tiempo de paz sólo los órganos de representación popular, de los que hace parte del Congreso de la República, pueden imponer “contribuciones fiscales y parafiscales”, imprecisión conceptual que hace referencia a los tributos en general. En consecuencia, por regla general, la determinación de las reglas que rigen los temas de naturaleza impositiva hace parte de la reserva de la ley; por tanto, es el Congreso el órgano al que le compete dictar las normas de contenido general y abstracto que informan el sistema tributario nacional. Ahora bien, en lo que respecta a la potestad de regular el contenido de la ley y permitir su cumplimiento, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política facultó al Presidente de la República para “Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”, lo cual se traduce en que el reglamento no es autónomo, pues su dominio

está limitado por la ley y subordinado a ésta. Acorde con lo anterior, el numeral 20 del mismo artículo dispuso que al Presidente también le compete “*Velar por la estricta recaudación y administración de la rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes*”. Así pues, la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República está sujeta a los límites impuestos por la Constitución y la ley, siendo esta la razón por la que el reglamento, llámese decreto, resolución u orden, no puede contrariar, modificar o restringir el contenido de aquellas y, por tanto, el ejercicio de la misma tiene como fin último la cabal ejecución de ésta. Al respecto, conviene mencionar que el régimen jurídico del reglamento es el mismo de todos los actos administrativos, lo cual lo hace susceptible de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello le es dado verificar cualquier exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria que implique la invasión de la competencia del Congreso [...]

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 12 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 11 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 189 NUMERAL 20 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 338

NOTA DE RELATORIA: Sobre el alcance de la potestad reglamentaria se reitera la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de 16 de marzo de 2011, Radicación número 11001-03-27-000-2008-00012-00 (17066), M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00011-00(18809)

Actor: ASOCIACION COLOMBIANA DE CONCESIONARIOS RENAULT – ASOCOR Y OTRO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

FALLO

La Sala decide en única instancia la demanda de simple nulidad interpuesta por la Asociación Colombiana de Concesionarios ASOCOR II y la Asociación Colombiana Concesionarios Colmotores - ASONAC, contra la expresión “...y que su actividad no es la comercialización de bienes (...)” contenida en el artículo 5º del Decreto 660 de 2011 proferido por el Gobierno Nacional.

EL ACTO DEMANDADO

El aparte demandado, que se subraya, del artículo 5º del Decreto 660 de 2011, es el siguiente:

“Artículo 5º.- Desembolsos de crédito a terceros. Para efectos de la aplicación de la exención indicada en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, cuando se solicite el desembolso a terceros para adquisición de vivienda individual, vehículos o activos fijos, el deudor deberá manifestar a quien le otorga el crédito a través de medio electrónico o físico, el destino del crédito y que su actividad no es la comercialización de los bienes.”

Para estos efectos el desembolso deberá realizarse mediante abono a la cuenta corriente o de ahorros o a la cuenta de Depósito en el Banco de la República del tercero que provee la vivienda, el vehículo o el activo fijo o mediante la expedición del cheque a favor de éstos en los que se incluya la restricción “para consignar en la cuenta corriente o de ahorros del primer beneficiado.”

Parágrafo 1.- Los desembolsos de créditos abonados y/o cancelados el mismo día total o parcialmente están gravados conforme con las reglas generales, salvo las operaciones de crédito exentas en los términos del artículo 879 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 2.- Esta exención cobija las subrogaciones, novación y restructuración de un crédito, cuyo desembolso se entenderá abonado a la cuenta del deudor. La totalidad de los registros para la contabilización de estas operaciones, conforman una sola operación”. (Se subraya el aparte demandado).

LA DEMANDA

En ejercicio de la acción pública de simple nulidad, las demandantes solicitaron al Consejo de Estado que:

*“**DECLARE** la nulidad de la expresión “y que su actividad no es la comercialización de los bienes” del artículo 5 del Decreto 660 de 2011 proferido por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO”.*

Invocaron como disposiciones violadas los artículos 2º, 83, 95-9, 121, 150 numerales 11 y 12, 189 numeral 11, 209 y 338 de la Constitución Política; 11 de la

Ley 489 de 1998; 2º y 3º del Código Contencioso Administrativo y 683 y 879 numeral 11 del Estatuto Tributario.

Concepto de la violación

Señalaron que el ejercicio de la actividad estatal está sometido al imperio de la ley y debe partir de la realidad que informa la legislación positiva.

Explicaron que para el caso de las relaciones tributarias, la actuación estatal debe fundarse en la atención a los intereses y las garantías de los ciudadanos, excluyendo el ejercicio arbitrario de las atribuciones otorgadas a la Administración, pues la efectiva realización de los fines del Estado radica en la observancia de la dignidad humana a través del cumplimiento de la ley, como un elemento propio del Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política.

Dijeron que la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno Nacional debe ejercerse dentro del marco previsto por la Constitución la ley, sin que a éste le sea dado arrogarse una potestad que radica en el Congreso de la República, para dictar un reglamento que amplíe, modifique o restrinja el sentido de la ley.

A partir de lo anterior, manifestaron que el Gobierno Nacional excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria y usurpó una función propia del legislador, porque el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario no excluyó del beneficio de la exención del gravamen a los movimientos financieros a los sujetos pasivos que soliciten créditos y se dediquen a la comercialización de los mismos bienes sobre los que recaen dichos créditos.

Alegaron que la expresión demandada del artículo 5º del Decreto 660 de 2011 impide que las personas que comercializan los bienes se acojan a la exención, por lo que entendieron que el Gobierno Nacional modificó la norma superior contenida en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario.

Explicaron que esta última norma fue modificada por el artículo 6º de la Ley 1430 de 2010, para establecer una exención al gravamen de los movimientos financieros para las personas a quienes les sean desembolsados créditos, incluyendo los que se giren bajo la modalidad de leasing financiero con opción de

compra, además de los desembolsos hechos a terceros diferentes del deudor, para los casos de adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos, previo cumplimiento de ciertas condiciones.

Anotaron que el citado artículo 6º de la Ley 1430 de 2010 fue reglamentado mediante el artículo 5º del Decreto 660 de 2011 y señalaron que a esta norma no le era dado excluir de la excepción a las personas que se dedican a la comercialización de vivienda, vehículos y activos fijos, pues ésta es una competencia del legislador y no del Gobierno, que no puede limitar los beneficios consagrados en la Ley.

A partir de las anteriores consideraciones, estiman que la expresión demandada del artículo 5º del Decreto 660 viola las disposiciones antes relacionadas, porque: i) al excluir de la exención a un sector económico de la población el Gobierno ignoró que el beneficio fiscal hace parte de la reserva de la ley; ii) el Gobierno se extralimitó en el ejercicio de sus funciones invadiendo competencias del Congreso e inobservó el principio de legalidad; iii) se pretende plasmar una política fiscal que exige a un sector específico de la población que contribuya con más de lo que el legislador ha dispuesto; iv) se inaplicaron los postulados de igualdad, imparcialidad y moralidad; v) la función legislativa es indelegable y la norma demandada no fue expedida en un estado de excepción y; vi) se contrarió el espíritu de justicia el expedir un aparte normativo con una finalidad evidentemente recaudatoria.

TRÁMITES JUDICIALES PREVIOS

En escrito aparte, las demandantes solicitaron la suspensión provisional de la expresión *“y que su actividad no es la comercialización de los bienes”* contenida en el artículo 5º del Decreto 660 de 2011¹.

Mediante auto del 22 de mayo de 2012², el Despacho ponente negó la suspensión provisional solicitada, decisión que, recurrida reposición³, fue rechazada por improcedente⁴, mediante auto del 27 de julio de 2012.

¹ Folios 17 a 28.

² Folios 57 a 62.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a las pretensiones de la demanda.

Transcribió sendos apartes de la exposición de motivos de la Ley 1430 de 2010, para señalar que la mencionada norma contempló la restricción de algunas prácticas estructuradas para eludir el pago del gravamen a los movimientos financieros, y consagró la introducción de ciertas medidas de control para garantizar el recaudo del mismo y evitar el abuso de las formas jurídicas.

Explico que la exención, en el caso de los desembolsos de créditos a terceros, solo se hace efectiva en los eventos en que el deudor los destine a la compra de vivienda, vehículos o activos fijos, siendo esta la razón por la que debe acreditar el destino del crédito y que su actividad no sea la comercialización de los bienes, ya que la finalidad de la norma no era la de incentivar las actividades comerciales de compra y venta de bienes, sino facilitar a los ciudadanos el acceso al crédito con destinación específica; prueba de ello es que la exención también cubre la utilización de las tarjetas de crédito para personas naturales.

Anotó que el legislador, en virtud del principio de legalidad de los tributos, expidió la Ley 633 de 2000 que, adicionó los artículos 870 y siguientes del Estatuto Tributario y creó el gravamen a los movimientos financieros como un impuesto de carácter instantáneo que se causa por la disposición de recursos en una transacción financiera.

Señaló que el Decreto 660 de 2011 no modificó, amplió o restringió el sentido de la Ley 1430 de 2010, pues los tratamientos exceptivos en materia fiscal son de naturaleza restringida, de lo que se colige que el decreto acusado solo precisó la operatividad de la exención, sin dar un alcance diferente a la ley.

³ Folios 63 y 64.

⁴ Folios 67 a 69.

En cuanto a las normas invocadas como violadas por la demandante, anotó que: i) los apartes demandados cumplen con los fines del Estado porque le permiten una mayor efectividad y eficacia en la ejecución de las labores encomendadas; ii) la determinación de los parámetros de aplicación de la ley pretende evitar los excesos en la aplicación de un beneficio tributario y procura evitar que la exención no se extienda a casos no contemplados por el legislador; iii) el aparte demandado respetó el espíritu de la ley, pues se obró dentro de los límites legalmente conferidos, según la competencia otorgada y no se suprimieron beneficios; iv) los tratamientos exceptivos en materia tributaria son restrictivos; v) no existe extralimitación en el ejercicio de la facultad reglamentaria al impedir que los sujetos obligados pretendan acogerse a un beneficio que legalmente no los cobija y; vi) el decreto demandado no viola el principio de reserva de la ley, pues con su expedición se busca impedir que las exenciones se apliquen indebidamente.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Expuso que la potestad reglamentaria tiene como fin el correcto cumplimiento y ejecución de la ley, y se ejerce mediante la expedición de los actos necesarios para tal efecto, que al estar subordinados a aquélla, no pueden ampliar, modificar o restringir su contenido.

Señaló que inicialmente el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario estableció la exención al gravamen a los movimientos financieros para el caso de los desembolsos de créditos, sin restricción alguna, siendo indiferentes, tanto los sujetos a los que la entidad efectuara el desembolso, como la utilización que al mismo se le diera.

Precisó que con la modificación de que fue objeto la norma con el artículo 6º de la Ley 1430 de 2010, se estableció que además de que el desembolso se hiciera por parte de entidades vigiladas mediante abono en cuenta de ahorro o corriente, cuando el mismo se hiciera mediante cheques al deudor, estos debían ser cruzados y con negociabilidad restringida y, en caso de que el desembolso se

hiciera a un tercero, la exención sólo procede si ese deudor destina el crédito a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos.

Concluyó que el reglamento, al exigir que en los desembolsos que se soliciten para terceros el deudor debe indicar, además de a quien se le otorga el crédito y el destino del mismo, que su actividad no es la comercialización de los bienes indicados en la norma superior, no hace más que ratificar la intención del legislador *“de que sea para que el deudor adquiera los bienes, aspecto en que precisamente consiste la restricción consagrada en la modificación incluida por la Ley 1430 de 2010”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda

Las demandantes reiteraron el contenido de la demanda y adicionaron que la norma reglamentaria restringe que una empresa que se dedique a la comercialización de los bienes señalados en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, pueda acceder a un crédito libre del gravamen referido, para adquirir un bien que necesite para ser usado como activo fijo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala establecer la legalidad de la expresión *“y que su actividad no es la comercialización de los bienes”* contenida en el artículo 5º del Decreto 660 del 10 de marzo de 2011, que reglamentó el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario.

En concreto, debe la Sala establecer si el Gobierno Nacional, al expedir el aparte señalado, desbordó la potestad reglamentaria y asumió competencias propias del Congreso de la República.

Las actoras manifiestan que el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria al excluir de la exención del gravamen a los movimientos

financieros a los sujetos pasivos que comercialicen los bienes sobre los que recaen los créditos, esto es, vivienda, vehículos y activos fijos.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público argumentó que la intención del legislador al proferir el artículo 6º de la Ley 1430 de 2010 que modificó el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, fue la de controlar la elusión del gravamen, evitar el abuso de las formas jurídicas y facilitar a los ciudadanos el acceso a créditos con destinación específica, más no la de incentivar las actividades comerciales de compra y venta de bienes.

Potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria se presenta como la facultad que detentan ciertas autoridades administrativas para dictar medidas de carácter general e impersonal, tendientes a reglamentar un contenido o una materia previamente determinada por la ley.

En lo atinente al dominio de la ley en materia tributaria, los numerales 11 y 12 del artículo 150 de la Constitución Política autorizaron al Congreso de la República para establecer “...*las rentas nacionales y fijar los gastos de la administración*” y las “...*contribuciones fiscales y, excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley*”, lo que fue ratificado por el artículo 338 ibídem, al señalar que en tiempo de paz sólo los órganos de representación popular, de los que hace parte del Congreso de la República, pueden imponer “*contribuciones fiscales y parafiscales*”, imprecisión conceptual que hace referencia a los tributos en general.

En consecuencia, por regla general, la determinación de las reglas que rigen los temas de naturaleza impositiva hace parte de la reserva de la ley; por tanto, es el Congreso el órgano al que le compete dictar las normas de contenido general y abstracto que informan el sistema tributario nacional.

Ahora bien, en lo que respecta a la potestad de regular el contenido de la ley y permitir su cumplimiento, el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política facultó al Presidente de la República para “*Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la*

cumplida ejecución de las leyes”, lo cual se traduce en que el reglamento no es autónomo, pues su dominio está limitado por la ley y subordinado a ésta.

Acorde con lo anterior, el numeral 20 del mismo artículo dispuso que al Presidente también le compete *“Velar por la estricta recaudación y administración de la rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes”*.

Así pues, la facultad reglamentaria otorgada al Presidente de la República está sujeta a los límites impuestos por la Constitución y la ley, siendo esta la razón por la que el reglamento, llámese decreto, resolución u orden, no puede contrariar, modificar o restringir el contenido de aquellas y, por tanto, el ejercicio de la misma tiene como fin último la cabal ejecución de ésta.

Al respecto, conviene mencionar que el régimen jurídico del reglamento es el mismo de todos los actos administrativos, lo cual lo hace susceptible de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello le es dado verificar cualquier exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria que implique la invasión de la competencia del Congreso, tema sobre el que la Sala precisó⁵:

“La facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más forzosa es su reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos que se requieren para aplicar esa situación al caso particular no amerita expedir el reglamento. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de trámites, procedimientos, plazos y todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir”. (Subraya la Sala).

⁵ CONSEJO DE ESTADO Sección Cuarta, sentencia del 16 de marzo de 2011, expediente 17066, Consejero Ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

A partir de las anteriores consideraciones, la Sala entra a determinar los antecedentes normativos del caso *sub-examine*, para efectos de verificar la correspondencia entre la ley y el reglamento demandado.

Marco legal

El gravamen a los movimientos financieros fue creado por la Ley 633 de 2000 y se causa desde el primero de enero del año 2001, a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman⁶. El hecho generador de este gravamen 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. (...)”⁷.

La Sala observa que, como regla general, el gravamen a los movimientos financieros se causa por la disposición de recursos que se haga sobre las cuentas señaladas en el párrafo anterior y, como excepción a la misma, el artículo 879 del Estatuto Tributario, implementado por la mencionada Ley 633 de 2000, determinó dentro de las exenciones del tributo “(...) 11. Los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito”. (...)”.

Desde el momento de su creación, el gravamen a los movimientos financieros ha sido objeto de múltiples reformas, todas ellas tendientes a ampliar el espectro de operaciones que, por implicar una disposición de recursos, entran a constituir el hecho generador del tributo.

Tal es el caso de la Ley 788 de 2002 que incorporó otros hechos generadores del tributo, sin que modificara el citado numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario. En efecto, el artículo 45 de la mencionada ley, incluyó como hechos generadores del gravamen el traslado o cesión a cualquier título de los recursos o derechos sobre carteras colectivas entre los copropietarios de los mismos, la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo suscritos por las entidades financieras con sus clientes en los que no exista disposición de recursos de cuentas corrientes, de ahorro o de depósito, los débitos que se hagan

⁶ Artículo 870 del Estatuto Tributario.

⁷ Artículo 871 del Estatuto Tributario.

a cuentas contables y de otro género, para la realización de pagos y transferencias a terceros, diferentes a las corrientes, de ahorro y de depósito.

Posteriormente, el mencionado numeral 11 del artículo 879 fue reglamentado por el gobierno nacional mediante la expedición del Decreto 449 del 27 de febrero de 2003, que en el artículo 10 señaló:

“Artículo 10. Desembolsos de crédito. 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 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.

Parágrafo. 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". (Subraya la Sala).

No obstante, los apartes subrayados fueron anulados por esta Sección⁸, al considerar que el decreto reglamentario no podía establecer, para el acceso a la exención, condicionantes diferentes a los previstos en la ley, como incluir el derecho al beneficio tributario cuando el desembolso del crédito se haga al comercializador de los bienes o servicios con éste financiados, ni tampoco exigir que la entidad que lo otorgó deba conocer la utilización del mismo, pues de esta forma se restringe el acceso al beneficio fiscal, a los créditos que no se destinen a la adquisición de bienes y servicios y a los que se desembolsen a terceros no comerciantes.

Posteriormente, el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario fue modificado por el artículo 42 de la Ley 1111 de 2006⁹, en el sentido de incluir, como beneficiarias de la exención, a las cooperativas con actividad financiera o las cooperativas de ahorro y crédito vigiladas por las Superintendencias Financiera o de Economía Solidaria, respectivamente.

Ahora bien, para lo que interesa al proceso, con la reforma establecida por el artículo 6° de la Ley 1430 de 2010, se modificó el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario así:

“Artículo 6°.GMF en desembolsos de créditos. Modifícase el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario el cual queda así:

“11. Los desembolsos de crédito mediante abono a cuenta de ahorro o corriente o mediante expedición de cheques con cruce y negociabilidad restringida 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, siempre y cuando el desembolso se efectúe al deudor (sic) cuando el desembolso se haga a un tercer (sic) solo será exento cuando el deudor destine el crédito a adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos.

Los desembolsos o pagos a terceros por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones se encuentran sujetos al Gravamen a los Movimientos

⁸ CONSEJO DE ESTADO Sección Cuarta, sentencia del 30 de mayo de 2011, expediente 17699, Consejera Ponente Martha Teresa Briceño de Valencia

⁹ “Artículo 42. *Modifícanse el inciso 1° del numeral 1, los numerales 5, 7, 11 y 14 y Adiciónase un numeral y un párrafo al artículo 879 del Estatuto Tributario, los cuales quedan así: (...) 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.*

Financieros, salvo la utilización de las tarjetas de crédito de las cuales sean titulares las personas naturales, las cuales continúan siendo exentas.

También se encuentran exentos los desembolsos efectuados por las compañías de financiamiento o bancos, para el pago a los comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de leasing financiero con opción de compra". (Subraya la Sala).

En lo que respecta a los desembolsos de los créditos que son objeto de la exención, el inciso primero de la norma señalada contempla dos situaciones a saber: i) cuando el desembolso se realiza directamente al deudor y, ii) cuando el desembolso se realiza a un tercero.

En el primer caso, la procedencia de la exención exige que el desembolso se realice mediante abono a cuenta de ahorro o corriente o mediante expedición de cheques con cruce y negociabilidad restringida; que lo otorgue un establecimiento de crédito, una cooperativa con actividad financiera o una cooperativa de ahorro y crédito y, que dicha entidad esté vigilada por la Superintendencia Financiera o por la de Economía Solidaria.

En el segundo caso, esto es, cuando el desembolso se haga a un tercero, además de lo anterior, se requiere que el deudor del crédito lo destine a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos y, por tanto, el elemento relevante de la exención está dado en función de la destinación que del mismo haga el deudor que, se reitera, no es otra diferente a la adquisición de los bienes referidos, lo que no admite la destinación del crédito a otras actividades diferentes, en razón de la naturaleza restrictiva de las exenciones.

Por su parte, de la lectura del inciso segundo de la norma se destaca el carácter excepcional de la exención, pues aclaró que el desembolso o pago a terceros por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones, está sujeto al gravamen a los movimientos financieros.

En tal sentido, la Sala observa que los conceptos aludidos en el párrafo precedente, que no hacen parte de la exención aludida, son afines a ciertas actividades debidamente organizadas, dentro de las que se encuentran la comercialización de bienes y servicios, lo cual se confirma con la salvedad

establecida para la “...utilización de las tarjetas de crédito de las que sean titulares las personas naturales, las cuales continúan siendo exentas”.

Lo anterior encuentra su lógica en la intención del legislador de “...mejorar las condiciones para fortalecer el recaudo tributario del Gravamen a los Movimientos Financieros, evitando el resquebrajamiento de principios constitucionales como el de colaboración de las cargas públicas, la capacidad contributiva y la solidaridad en materia tributaria de los artículos 95, 334, 366 y 338 de la Constitución Política¹⁰”.

Acorde con lo anterior, la Sala observa que con la exención mencionada se pretendió incentivar la adquisición y consumo de los bienes señalados por parte de determinadas personas, mas no la comercialización de los mismos, que, como se dijo, se trata de una actividad organizada que no fue objeto de la exención, como se desprende de la exposición de motivos de la mencionada Ley 1430 de 2010, que precisó:

“3.2 Productividad GMF.-“Se propone una excepción a la exención del gravamen a los movimientos financieros referida a los desembolsos de crédito, la cual se mantiene cuando estos sean destinados a la adquisición de bienes, servicios o consumo, pero cuya aplicación se excluye cuando dicha exención se desnaturaliza y el crédito se utiliza masivamente por parte de los clientes de las entidades para realizar pagos a terceros”.
(Subraya la Sala)

Nótese que la voluntad del legislador no es desnaturalizar la exención y permitir su utilización masiva para realizar pagos a terceros, pues además del fin señalado, la exposición de motivos indicó que la norma también busca controlar “...la elusión partiendo de la existencia de una anomalía negocial, cuya base será el abuso de las formas jurídicas”.

Por lo tanto, la exención aludida no procede cuando el crédito desembolsado a un tercero se destine a la comercialización de los bienes indicados (automóviles, inmuebles y activos fijos), pues, como se mencionó, en ese caso la figura implicaría la utilización masiva del crédito, lo que constituye un fin no previsto por la norma.

¹⁰ Exposición de motivos de la Ley 1430 de 2010.

Acorde con las anteriores previsiones, el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, fue reglamentado por el artículo 5°, demandado, así:

“Artículo 5°. Desembolsos de crédito a terceros. Para efectos de la aplicación de la exención indicada en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, cuando se solicite el desembolso a terceros para adquisición de vivienda nueva o usada o para construcción de vivienda individual, vehículos o activos fijos, el deudor deberá manifestar a quien le otorga el crédito a través de medio electrónico o físico, el destino del crédito y que su actividad no es la comercialización de los bienes.”

Para estos efectos el desembolso deberá realizarse mediante abono a la cuenta corriente o de ahorros o a la cuenta de Deposito en el Banco de la República del tercero que provee la vivienda, el vehículo o el activo fijo o mediante la expedición de cheque a favor de estos en los que se incluya la restricción "para consignar en cuenta corriente o de ahorros del primer beneficiario".

Parágrafo 1°. Los desembolsos de créditos abonados y/o cancelados el mismo día total o parcialmente están gravados conforme con las reglas generales, salvo las operaciones de crédito exentas en los términos del artículo 879 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 2°. Esta exención cobija las subrogaciones, novación y reestructuración de un crédito, cuyo desembolso se entenderá abonado a la cuenta del deudor. La totalidad de los registros para la contabilización de estas operaciones, conforman una sola operación”. (Subraya la Sala).

El artículo 5° del Decreto 660 de 2011, norma demandada, condiciona la exención a que cuando se solicite el desembolso a terceros para adquisición de vivienda nueva o usada o para construcción de vivienda individual, vehículos o activos fijos, el deudor deberá manifestar a quien le otorga el crédito que su actividad no es la comercialización de los bienes.

Por lo tanto, para gozar de la exención, el deudor no debe dedicarse a la comercialización de los bienes que adquiere. Es decir, que si se dedica a comercializar automotores, el crédito que adquiere no está exento del GMF si lo destina a la compra de un automóvil, y si se dedica a la compraventa de vivienda o a la construcción de vivienda individual, el crédito no puede estar destinado a la compra de un lote, casa o apartamento, o cualquier otro activo que tenga la condición de activo fijo, porque, en tal caso, la operación estará gravada con el GMF.

Así las cosas, la Sala encuentra que la expresión demandada del artículo 5º del Decreto 660 de 2011 “*y que su actividad no es la comercialización de los bienes*”, se ajusta al fin previsto por el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario y, por tanto, se negará la pretensión de nulidad de la misma.

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,

FALLA

PRIMERO.- DENIÉGASE la pretensión de nulidad del artículo 5º del Decreto 660 de 2011

SEGUNDO.- RECONÓCESE personería para actuar a nombre de la DIAN, a la doctora **MARITZA ALEXANDRA DÍAZ GRANADOS** en los términos del poder que obra en folio 108 del expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

EXENCION DE GMF POR DESEMBOLSOS O PAGOS A TERCEROS - El elemento relevante es la destinación del crédito, de modo que no procede si el crédito no se utiliza para la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos sino a la comercialización del mismo tipo de bienes / DECRETO 660 DE 2011 - La expresión “y que su actividad no es la comercialización de los bienes” contenida en el artículo 5 excede el alcance de la exención del GMF por desembolsos o pagos a terceros, pues condiciona el beneficio al hecho de que el deudor del crédito no solo lo destine a la adquisición de activos fijos sino a que no sea comercializador de los bienes que adquiere

Como lo precisó la mayoría, de acuerdo con el artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario, la exención de GMF por desembolsos o pagos a terceros procede si el deudor del crédito lo destina a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos, por lo que no cabe duda de que “**el elemento relevante**” es la destinación del crédito. Por ello, si el destino del crédito no es la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos sino la comercialización del mismo tipo de bienes, el desembolso del crédito a los terceros estaría gravado con GMF. Sin embargo, la norma reglamentaria modifica el alcance de la exención, pues condiciona el beneficio al hecho de que el deudor del crédito no sólo lo destine a la adquisición de activos fijos sino que **no sea comercializador de los bienes que adquiere**. Es decir, que a pesar de que el “*elemento relevante*” de la exención es que el crédito se destine a la adquisición de activos fijos o vivienda, el comercializador de bienes muebles o inmuebles no tiene derecho al beneficio, aun cuando los bienes no los adquiera para su comercialización **sino para formar parte de su patrimonio, como activos fijos que son**. Así, la condición que añade el reglamento desconoce, por ejemplo, que un comerciante de vehículos puede pedir crédito -que se desembolse al acreedor- con el fin de adquirir un vehículo para que forme parte de su patrimonio, caso en el cual, así sea comercializador de los mismos bienes, tendría derecho a la exención de GMF. En consecuencia, considero que la expresión “y que su actividad no es la comercialización de los bienes” excede el alcance de la exención prevista en el artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario, pues si el crédito es para la adquisición de activos fijos y así se informa al banco que presta el dinero, es indiferente que quien lo solicite sea comercializador de los bienes que desea adquirir para sí.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación número: 11001-03-27-000-2011-00011-00(18809)

Actor: ASOCIACION COLOMBIANA DE CONCESIONARIOS RENAULT - ASOCOR Y OTRO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO

No comparto el fallo aprobado mayoritariamente por la Sala, que negó la nulidad de la expresión “*y que su actividad no es la comercialización de los bienes*” del artículo 5 del Decreto 660 de 2011, pues, en mi criterio, la citada expresión debía ser anulada.

Sostiene el fallo del que me separo que para que proceda la exención de GMF por pagos a terceros, la norma legal prevé que el deudor del crédito debe destinarlo a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos y, por tanto, “**el elemento relevante de la exención está dado en función de la destinación que del mismo haga el deudor que, se reitera, no es otra diferente a la adquisición de los bienes referidos, lo que no admite la destinación del crédito a otras actividades diferentes, en razón de la naturaleza restrictiva de las exenciones**”. (Se destaca)

También precisa que la exención legal de GMF no es viable “*cuando el crédito desembolsado a un tercero se destine a la comercialización de los bienes indicados (automóviles, inmuebles y activos fijos), pues, como se mencionó, en ese caso la figura implicaría la utilización masiva del crédito, lo que constituye un fin no previsto por la norma*”, como se advierte en la expedición de motivos de la Ley 1430 de 2010.

Y, concluye que es legal el artículo 5° del Decreto 660 de 2011 cuando precisa que para gozar de la exención, el deudor no debe dedicarse a la comercialización de los bienes que adquiere, por lo cual “*si se dedica a comercializar automotores, el crédito que adquiere no está exento del GMF si lo destina a la compra de un automóvil, y si se dedica a la compraventa de vivienda o a la construcción de vivienda individual, el crédito no puede estar destinado a la compra de un lote, casa o apartamento, o cualquier otro activo que tenga la condición de activo fijo, porque, en tal caso, la operación estará gravada con el GMF.*”

Las razones por las cuales me separo de la mayoría, pues, a mi juicio, la expresión “y que su actividad no es la comercialización de los bienes” desconoce el alcance del artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario, son las siguientes:

El artículo 5 del Decreto 660 de 2011, del cual hace parte la expresión demandada, prevé que:

“Artículo 5º.- Desembolsos de crédito a terceros. Para efectos de la aplicación de la exención indicada en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, cuando se solicite el desembolso a terceros para adquisición de vivienda individual, vehículos o activos fijos, el deudor deberá manifestar a quien le otorga el crédito a través de medio electrónico o físico, el destino del crédito y que su actividad no es la comercialización de los bienes.”(Se subraya)

Por su parte, la norma legal reglamentada, esto es, el artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 6º de la Ley 1430 de 2010, dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“Artículo 6º. GMF en desembolsos de créditos. Modifícase el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario el cual queda así:

“11. Los desembolsos de crédito mediante abono a cuenta de ahorro o corriente o mediante expedición de cheques con cruce y negociabilidad restringida 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, siempre y cuando el desembolso se efectúe al deudor (sic) cuando el desembolso se haga a un tercer (sic) solo será exento cuando el deudor destine el crédito a adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos.

Los desembolsos o pagos a terceros por conceptos tales como nómina, servicios, proveedores, adquisición de bienes o cualquier cumplimiento de obligaciones se encuentran sujetos al Gravamen a los Movimientos Financieros, salvo la utilización de las tarjetas de crédito de las cuales sean titulares las personas naturales, las cuales continúan siendo exentas.

[...]”(Se subraya)

Como lo precisó la mayoría, de acuerdo con el artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario, la exención de GMF por desembolsos o pagos a terceros procede si el deudor del crédito lo destina a la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos, por lo que no cabe duda de que **“el elemento relevante”** es la destinación del crédito. Por ello, si el destino del crédito no es la adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos sino la comercialización del mismo tipo de bienes, el desembolso del crédito a los terceros estaría gravado con GMF.

Sin embargo, la norma reglamentaria modifica el alcance de la exención, pues condiciona el beneficio al hecho de que el deudor del crédito no sólo lo destine a la adquisición de activos fijos sino que **no sea comercializador de los bienes que adquiere.**

Es decir, que a pesar de que el "*elemento relevante*" de la exención es que el crédito se destine a la adquisición de activos fijos o vivienda, el comercializador de bienes muebles o inmuebles no tiene derecho al beneficio, aun cuando los bienes no los adquiera para su comercialización **sino para formar parte de su patrimonio, como activos fijos que son.**

Así, la condición que añade el reglamento desconoce, por ejemplo, que un comerciante de vehículos puede pedir crédito- que se desembolse al acreedor- con el fin de adquirir un vehículo para que forme parte de su patrimonio, caso en el cual, así sea comercializador de los mismos bienes, tendría derecho a la exención de GMF.

En consecuencia, considero que la expresión "*y que su actividad no es la comercialización de los bienes*" excede el alcance de la exención prevista en el artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario, pues si el crédito es para la adquisición de activos fijos y así se informa al banco que presta el dinero, es indiferente que quien lo solicite sea comercializador de los bienes que desea adquirir para sí.

En los anteriores términos dejo expresadas las razones de mi salvamento de voto.

Con todo respeto,

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA