

GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS – Impuesto del orden nacional. Operaciones que grava. Consagración legal. operaciones exentas / ABONO EN CUENTA - Desembolsos de créditos en cuenta corriente, de ahorros o de depósito en el Banco de la República / LEASING FINANCIERO – Antecedentes normativos. Definición

El Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF- es un impuesto del orden nacional que se aplica a las transacciones financieras realizadas por los usuarios del sistema financiero. Su regulación se encuentra desarrollada en los artículos 870 y siguientes del Estatuto Tributario. 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. El artículo 10 transcrito precisa el significado de la expresión "abono en cuenta", entendida como los desembolsos de créditos en cuenta corriente, de ahorros o de depósito en el Banco de la República, que realicen los establecimientos de crédito y las entidades vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria y los que se realicen mediante cheque sobre el que el otorgante del crédito imponga la leyenda "Para abono en cuenta del primer beneficiario ". También señala como requisito de la exención que se abone efectivamente el producto del crédito en una de las cuentas mencionadas que pertenezcan al beneficiario, pero, adicionalmente, incluye los desembolsos de crédito mediante operaciones de descuento y redescuento. Así mismo, estableció como exento el desembolso al comercializador de los bienes o servicios financiados con el crédito conforme con los requisitos señalados en el mismo artículo 10 del Decreto 449. En el año 1979, el Gobierno nacional expidió el Decreto 148 de 1979, mediante el cual autorizó a las corporaciones financieras para adquirir y mantener acciones en compañías de leasing o arrendamiento financiero hasta por un monto que no excediera del 10% del su capital pagado y reserva legal. Luego, mediante el Decreto 2059 de 1981, se sometió a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades a todas las sociedades comerciales cuyo objeto contemplara, como actividad principal, la realización de operaciones de arrendamiento financiero o leasing, independientemente de la clase de sociedad bajo la cual se desarrollarían tales actividades y el monto de su capital y patrimonio. Esta norma estableció una vigilancia objetiva sobre las operaciones de arrendamiento financiero o leasing. De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 913, la operación de arrendamiento financiero o leasing financiero es "la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose con el arrendatario la facultad de ejercer al final del período la opción de compra."

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTICULO 870

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 91746 DE 2007 (5 de noviembre) DIAN – (No Anulado)

CONTRATO DE LEASING – Operaciones que comprende. Contratos que intervienen. Su finalidad es financiar. Es diferente al contrato de mutuo / DESEMBOLSOS DE RECURSOS QUE HACEN LAS COMPAÑÍAS DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL A LOS DISTRIBUIDORES O COMERCIALIZADORES DE BIENES PARA LA ADQUISICION DE BIENES QUE SERAN ENTREGADOS EN LEASING FINANCIERO – No están exentos del GMF. No es una operación financiera

El contrato de leasing o arrendamiento financiero implica las siguientes operaciones: La entrega de un bien para su uso y goce; El establecimiento de un canon periódico, que lleva implícito el precio del derecho a ejercer una opción de compra y, La existencia, a favor del arrendatario, de una opción de compra al terminarse el plazo pactado en el contrato, que podrá ejercer siempre y cuando cumpla la totalidad de las prestaciones a cargo. En este tipo de contratos intervienen por lo menos dos partes: una compañía de financiamiento o un banco, propietario del bien objeto del leasing, y un locatario, persona natural o jurídica que recibe la tenencia del mismo para su uso y goce. Adicionalmente, en la operación suele intervenir, sin que sea parte necesaria, el proveedor de los bienes objeto del leasing. Un rasgo sobresaliente de este tipo de contratos es que la compañía de financiamiento comercial actúa como proveedor de fondos para la compra de bienes seleccionados por el arrendatario o locatario, y no asume los riesgos asociados a la propiedad del bien, sino que éstos se trasladan al locatario o arrendatario. Por su parte, el comercializador de bienes actúa como un proveedor de la compañía de financiamiento comercial, quien, en adelante, se convierte en propietario de los activos que adquiere del primero, y que, posteriormente serán entregados al locatario. Ahora bien, no puede perderse de vista que la causa del contrato de leasing financiero es la de financiar, sin que por ello el contrato se convierta en uno de crédito o mutuo. En el caso en examen, el concepto acusado parte de afirmar que el desembolso de recursos que realizan las compañías de financiamiento comercial a favor de comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de arrendamiento financiero o leasing no está cobijado con la exención del GMF consagrada en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, por no tener la naturaleza de una operación crediticia, sino de un negocio de aprovisionamiento propio de la fase precontractual del contrato de leasing. Para la Sala, por lo expuesto anteriormente, el concepto no acierta en cuanto a que desconoce el carácter financiero de la operación de leasing, pero acierta en cuanto precisa que la disposición de los recursos objeto del contrato de leasing a favor de terceros proveedores no está exenta del GMF.

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 91746 DE 2007 (5 de noviembre) DIAN – (No Anulado)

DESEMBOLSOS A COMERCIALIZADORES DE BIENES Y SERVICIOS FINANCIADOS CON CREDITOS – Condiciones para que estén exentos del gravamen a los movimientos financieros / CONTRATO DE LEASING – No reúne las condiciones para ser una operación exenta del GMF. No es una operación de crédito. Con la Ley 1430 de 2010 expresamente estas operaciones están exentas del GMF

En el caso de los desembolsos a comercializadores de bienes y servicios financiados con el producto del crédito, el artículo 10º del Decreto 449 de 2003 fija las condiciones para la procedencia de la exención. De acuerdo con dicho artículo, el producto del crédito debe desembolsarse efectivamente en la cuenta corriente o de ahorros del comercializador, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: a) Que el beneficiario del préstamo autorice por escrito al otorgante del crédito para efectuar el desembolso al comercializador de los bienes. b) Que el desembolso se haga mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros del comercializador de los bienes y servicios o mediante cheque con 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 dada por el beneficiario del crédito. Ninguna de las anteriores condiciones se presenta en el caso del

desembolso de recursos para la adquisición de bienes que van a ser objeto de un contrato de leasing financiero. Si bien el contrato de leasing financiero es considerado una operación indirecta de crédito entre la compañía de leasing y el locatario (arrendatario), lo cierto es que entre la compañía de leasing y el distribuidor o comercializador de los bienes existe una operación comercial, netamente instrumental, que surge con posterioridad al perfeccionamiento del contrato de leasing. Sólo hasta el año 2010, con la expedición de la Ley 1430, se estableció expresamente la exención de los desembolsos o pagos efectuados por las compañías de financiamiento comercial para el pago a los comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de leasing financiero con opción de compra.

FUENTE FORMAL: DECRETO 449 DE 2003 – ARTICULO 10

NORMA DEMANDADA: CONCEPTO 91746 DE 2007 (5 de noviembre) DIAN – (No Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-27-000-2009-00009-00(17543)

Actor: MARIA CRISTINA RAMIREZ LONDOÑO

Demandado: U.A. E. DIAN

FALLO

La Sala decide la acción de nulidad incoada por la señora María Cristina Ramírez Londoño, contra el Concepto número 91749 del 8 de noviembre de 2007¹, expedido por la Oficina Jurídica de la DIAN.

1. ANTECEDENTES PROCESALES

A) LA DEMANDA²

¹ Folios 21 a 26.

² La demanda fue corregida mediante escrito del 12 de mayo de 2009, en virtud del auto inadmisorio de la misma del 27 de abril de 2009.

La señora **María Cristina Ramírez Londoño**, en nombre propio, propuso la siguiente petición:

“1. Decretar la nulidad del Concepto 91749 del 15 (sic) de noviembre de 2007 de la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por ser contrario a la ley.”

La demandante citó como violados los artículos 127-1 y 879, numeral 11, del Estatuto Tributario; 2º del Decreto Reglamentario 913 de 1993; 10º del Decreto Reglamentario 449 de 2003; el Concepto DIAN 55704 del 25 de agosto de 2004; el Acta 3 del 4 de abril de 2005, del Comité de Dirección de la DIAN y, el Concepto 2007039517-001 del 30 de agosto de 2007, de la Superintendencia Financiera de Colombia. Para sustentar lo anterior, adujo lo siguiente:

1. El leasing financiero es una operación de crédito

Precisó que el leasing financiero es una operación crediticia que se materializa con la participación de establecimientos de crédito legalmente constituidos y autorizados.

Dijo que la DIAN, en el concepto acusado, interpretó erróneamente, que las únicas operaciones de crédito exentas del Gravamen a los Movimientos Financieros son las derivadas de los contratos de mutuo, sin tener en cuenta que el numeral 11 del artículo 879 del E.T. no hace esta distinción.

Que malinterpretó el Concepto número 2007039517-001 del 30 de agosto de 2007, en el que la Superintendencia Financiera precisó que el contrato de leasing financiero se celebra con el único propósito de financiar la adquisición de bienes, en la medida en que reúne las siguientes condiciones: i) La transmisión de la propiedad de una cosa del acreedor con contrapartida económica diferida; ii) La pausa o dilación entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor y, el interés como precio del

tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia.

Explicó que el contrato de leasing financiero implica varias operaciones. Que el crédito que otorga la compañía de leasing en contratos de este tipo requiere para su perfeccionamiento los siguientes contratos y regulaciones: i) La suscripción del contrato entre la compañía de leasing y el tomador; ii) El contrato de compraventa entre la compañía de leasing y el proveedor del bien que se adquiere y, iii) La opción irrevocable de compra que se pacta al inicio del contrato y que se hace efectiva a la terminación del mismo.

Afirmó que el desembolso del crédito que se hace al proveedor del bien es parte integral de la actividad de financiamiento mediante un contrato de leasing. Que, por ello, la DIAN no puede considerar esta etapa de manera independiente y sin relación causal con el contrato de leasing financiero.

Aludió a la sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 13 de marzo de 2008, expediente 15312.

Concluyó que los contratos de leasing financiero son operaciones de crédito, y que los desembolsos que hace el establecimiento de crédito al comercializador de los bienes objeto del contrato de leasing se encuentran exentos del GMF, en los términos del numeral 11 del artículo 879 del E.T. y del artículo 10º del Decreto Reglamentario 449 de 2003.

2. Reconocimiento contable y tributario del leasing financiero

Sostuvo que el reconocimiento del leasing financiero, como una modalidad de las operaciones de crédito, se armoniza con el tratamiento contable y tributario propio de estas figuras, establecido en el artículo 127 del E.T.

Dijo que el artículo 127-1 ibídem es coherente con la naturaleza de las “operaciones de crédito” que tienen los contratos de leasing financiero, a tal punto que es expresa la disposición al señalar que el arrendatario debe reconocer la adquisición del activo y, a su vez, el nacimiento del pasivo, que se disminuye en la medida en que se van pagando las cuotas o cánones.

3. Ilegitimidad de los recaudos hechos por la DIAN, por concepto de GMF en operaciones de leasing financiero con opción irrevocable de compra

Precisó que si bien la interpretación doctrinal de la ley por parte de la DIAN constituye doctrina oficial, lo cierto es que si un concepto de la DIAN es contrario a la ley, en perjuicio de los contribuyentes, la Administración está obligada a resarcir ese perjuicio.

Indicó que si las operaciones de crédito y los desembolsos por parte de las compañías de financiamiento comercial a un proveedor de bienes adquiridos en la modalidad de leasing financiero están exentos del GMF, el impuesto cobrado constituye un pago de lo no debido y, en consecuencia, deberá ser reintegrado a favor de quien lo pagó.

B) SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Esta Sección, mediante auto del 18 de junio de 2009, negó la solicitud de suspensión provisional del concepto demandado.

C) COADYUVANCIAS

El abogado **Julio Fernando Álvarez** coadyuvó las pretensiones de la demanda. Particularmente, frente al asunto objeto de la litis, alegó que la interpretación que hizo la DIAN en el concepto acusado, en el sentido de que la adquisición de

equipos y bienes para entregar en leasing es una operación independiente o separada del contrato de leasing, es errada e ilegal.

Explicó que el contrato de arrendamiento financiero o leasing es un todo prestacional y, por tanto, no puede dividirse como si fuera la acumulación de contratos independientes (mandato de compra, arrendamiento, opción de venta).

El abogado **Edgar Iván León Robayo** coadyuvó la demanda. En concreto, sostuvo que el concepto acusado desconoció el tratamiento jurídico válido que se le debe dar al contrato de leasing, con el propósito de evitar el perfeccionamiento de una exención establecida por la ley a favor de las instituciones financieras que realizan este tipo de operaciones.

Añadió que el concepto acusado desconoció no sólo la naturaleza jurídica del leasing financiero, sino que endilgó la responsabilidad del pago del GMF a las compañías de financiamiento comercial, al indicar que la compra de los bienes que éstas hacen a solicitud de los clientes, para dárselos posteriormente en arriendo, no constituye una operación de crédito.

El abogado **Juan Camilo Serrano Valenzuela** coadyuvó la demanda. En concreto, dijo que a partir del artículo 127-1 del E.T. y de la doctrina de la Superintendencia Financiera, el leasing es una operación de crédito exenta del GMF, en los términos del numeral 11 del artículo 879 del E.T.

C) LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado judicial de la U.A.E. DIAN pidió negar las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que el concepto demandado precisó en qué caso procede la exención establecida en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, en lo relacionado con los desembolsos de crédito, y aclaró que cualquier traslado o abono contable que no corresponda a esa situación se encuentra gravado con el Gravamen a los Movimientos Financieros. Asimismo, que los desembolsos realizados por las Compañías de Financiamiento Comercial están dirigidos a favor de comerciantes de bienes, que posteriormente serán entregados a terceros, y que no existe un crédito otorgado por parte de la financiera a favor de un tercero.

Dijo que el concepto no desconoce que las compañías de financiamiento comercial realicen operaciones de crédito y que el contrato de leasing sea un contrato atípico compuesto de varias operaciones; pero que lo que no reconoce es que la disposición de recursos para el pago a proveedores de bienes o servicios de los clientes de las entidades financieras, independientemente de la procedencia de tales recursos, esté exenta del GMF.

Aclaró que la adquisición de bienes por parte de la compañía de financiamiento comercial, para ser entregados a terceros mediante contrato de arrendamiento financiero, no constituye un “desembolso de crédito”. Que el objeto de la exención es el desembolso del crédito mediante el abono en cuentas de ahorro, corriente o de depósito del Banco de la República o mediante cheque con la restricción, respecto al abono en cuenta del primer beneficiario, y no la disponibilidad que la entidad financiera haga de sus cuentas para adquirir bienes a favor de terceros.

A partir de la doctrina judicial del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, afirmó que las exenciones son beneficios fiscales de origen legal consistentes en la exoneración del pago de una obligación tributaria sustancial. Que, en tal sentido, la interpretación que expuso en el concepto demandado y su aplicación son de carácter restrictivo y que, por tanto, la exención a que aludió el concepto sólo comprende las operaciones o transacciones expresamente establecidas por la ley, siempre y cuando cumplan los requisitos para su procedencia.

Finalmente, dijo que no es procedente acceder a la devolución del GMF pagado por los contribuyentes, toda vez que ésta no es una pretensión propia de las acciones de nulidad simple, conforme con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. Añadió que mediante la demanda de nulidad simple no se puede perseguir ninguna condena contra el Estado.

D) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte **demandante**, además de reiterar los argumentos de la demanda, puso de presente que no había lugar a pronunciarse sobre si la pretensión de devolución del impuesto pagado es propia de la acción de nulidad, pues mediante escrito del 12 de mayo de 2009 corrigió la demanda en este sentido.

Dijo que en ningún momento se pretende extender, por medio de analogía, la exención consagrada en el numeral 11 del artículo 879 del E.T., sino que, por el contrario, se busca aplicar la noción de “operaciones de crédito” tal como lo señala dicha norma, la que fue restringida sin fundamento legal alguno por la DIAN, al limitar la exención a los contratos de mutuo.

La **U.A.E DIAN** reiteró los argumentos del escrito de contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** pidió que se negaran las pretensiones de la demanda.

Asimismo, dijo que las compañías de financiamiento comercial no realizan una operación de crédito cuando adquieren bienes de un proveedor, para luego destinarlos a un contrato de leasing. Esta operación, agregó, es una actividad comercial de compraventa, en ejercicio de la facultad de disposición de los recursos, para pagar una transacción comercial. Que, por ello, esta actividad es un hecho gravado según el artículo 871 del E.T.

Precisó que las particularidades contables y tributarias, como objeto de financiamiento, se dan a partir de la ejecución del contrato de leasing y entre sus partes, y no antes, en la compra realizada entre el proveedor y la compañía de financiamiento comercial.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de la demanda incoada por la señora María Cristina Ramírez Londoño, la Sala debe decidir si el Concepto número 91749 del 8 de noviembre de 2007 de la Oficina Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que a continuación se transcribe, es nulo por violación del numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, por errónea interpretación.

Dice el concepto:

“Doctor

AGUSTIN ESGUERRA RESTREPO

Presidente

Leasing de Occidente S.A.

Carrera 13 No. 26-45 Piso 10, 12 y 15

Bogotá D.C.

Ref. Consulta radicada bajo el número 54697 de 19/06/2007

Este pronunciamiento se emite dentro del marco de generalidad preceptuado en el artículo 11 del Decreto 1265 de 1999 y el artículo 10 de la Resolución 1618 de 2006, que prevén la competencia funcional de este Despacho.

Se consulta en el escrito de la referencia si los desembolsos realizados por las Compañías de Financiamiento Comercial a favor de comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de arrendamiento financiero o leasing se encuentran exentos del GMF, de acuerdo con lo previsto por el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario. (Subrayado de la Sala)

A efecto de lo anterior manifiesta el consultante, que es claro que las Compañías de Financiamiento Comercial son beneficiarias de la exención establecida en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, por las operaciones que éstas realizan en cumplimiento de su objeto social, que para

efectos del gravamen a los movimientos financieros, se consideran operaciones de crédito.

Sostiene igualmente, que si las operaciones de financiamiento comercial – leasing son operaciones de crédito para los efectos de la exención del GMF, es indispensable que los recursos girados por éstas para el pago de bienes que serán objeto de contratos de financiamiento comercial o leasing a favor de comercializadores de bienes, se encuentren exentos del gravamen.

Para efectos de dar respuesta a las inquietudes planteadas, precisa en primer lugar, hacer referencia al marco normativo que regula el tema en estudio.

Los artículos 871 y 875 del Estatuto Tributario consagran el hecho generador y los sujetos pasivos del gravamen a los movimientos financieros respectivamente.

El artículo 879 del Estatuto Tributario establece algunas exenciones a la sujeción del gravamen, señalando en su numeral 11:

“ART. 879.- Adicionado. L. 633/2000, art 1º. Exenciones del GMF. Se encuentran exentas del gravamen a los movimientos financieros:

... 11. Modificado. L. 1111/2006, art. 42. 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”. (Subrayado fuera de texto).

El numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario fue reglamentado por el artículo 10 del Decreto 449 de 2003, norma que dispone que para efectos de la exención establecida en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario se entienden como abono en cuenta todos los desembolsos de créditos que realicen los establecimientos de crédito.

Esta exención cubija 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 artículo 10º, del Decreto 449 de 2003 cuando el establecimiento de crédito o la entidad vigilada por Superintendencia (sic) de la Economía Solidaria, efectúe el desembolso al comercializador de los bienes o servicios financiados con el producto del crédito. En este evento constituyen condiciones sine qua non para la procedencia de la exención, que el beneficiario del préstamo autorice por escrito al otorgante del crédito para efectuar el desembolso al comercializador de los bienes y servicios; que el desembolso del crédito se efectúe mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros del comercializador de bienes y servicios y 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 al otorgante del crédito para efectuar el desembolso al comercializador, para efectos del control por parte de las autoridades competentes.

Cualquier traslado, abono o movimiento contable que no corresponda al desembolso efectivo de recursos del crédito tal como se señala en el citado artículo 10 del Decreto 449, estará sujeto al gravamen.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º. del artículo 2º. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los establecimientos de crédito comprenden los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda (ahora Bancos Comerciales), las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras.

*Las Compañías de Financiamiento Comercial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tienen autorizadas, entre otras operaciones, las de captar ahorro a través de depósitos a término; otorgar préstamos; comprar y vender títulos representativos de obligaciones emitidas por entidades de derecho público; otorgar financiación mediante la aceptación de letras de cambio; otorgar valores y garantías; efectuar operaciones de compra de cartera o factoring; efectuar, como intermediario del mercado cambiario, operaciones de compra y venta de divisas y **realizar operaciones de leasing.***

De conformidad con las normas mencionadas, son sujetos pasivos del gravamen a los movimientos financieros los usuarios y clientes de las entidades vigiladas por las superintendencias Bancaria, de Valores o de

Economía Solidaria; así como las entidades vigiladas por estas mismas superintendencias, incluido el Banco de la República.

Para que proceda la exención prevista en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, es necesario que se cumplan las siguientes condiciones:

- 1. Que se trate de un desembolso de crédito*
- 2. Que el desembolso del crédito se efectúe mediante abono a la cuenta o mediante la expedición de cheques*
- 3. Que el desembolso sea realizado por establecimientos de crédito, por cooperativas con actividad financiera o por cooperativas de ahorro y crédito.*

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio para absolver la consulta de la referencia, este Despacho elevó consulta a la Dirección Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia, en lo relacionado con los temas de su competencia. De la respuesta suministrada nos permitimos destacar los siguientes apartes:

En torno al concepto de crédito, término que es imperioso precisar teniendo en cuenta que el primer requisito exigido para que proceda la exención prevista en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, es que se trate de un desembolso del crédito, la Superintendencia Financiera sostiene:

“...Desde el ámbito estrictamente legal, algunos doctrinantes centran la noción en comento en el acto jurídico de concesión de crédito, en la voluntad misma de quien lo otorga. Es así como para Joaquín Garrigues “(...) De esta manera quedan configurados en la esencia jurídica del crédito los siguientes elementos: la transmisión (actual o prometida) de la propiedad es (sic) de una cosa del acreedor al deudor con contrapartida económica diferida, la pausa o dilación ente (sic) el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, y, por último, el interés como precio del tiempo que media entre las prestaciones de ambos sujetos de la relación crediticia...”

Precisado lo anterior se refiere al contrato de leasing financiero en los términos en que es definido por el artículo 2º del Decreto 913 de 1993, de la siguiente manera:

“Entiéndese por operación de arrendamiento financiero la entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.

En consecuencia, el bien deberá ser de la compañía arrendadora, derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo, debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de duración del contrato, generando la respectiva utilidad.”

Afirma la Superintendencia financiera que, como lo precisa la doctrina nacional y extranjera, es característica estructural y la más sobresaliente del contrato de leasing financiero la función de financiación de la empresa, en la medida en que provee “(...) a los diferentes agentes de la economía recursos para llevar a cabo sus planes de inversión y de consumo.”

A partir de lo expuesto concluye la citada Entidad que”...el contrato de leasing financiero conlleva una operación de financiación en favor del locatario (arrendador) y a cargo de la institución financiera (CFC), que si bien es cierto no se estructura jurídicamente bajo un contrato típico de crédito, como lo es el mutuo, ello en modo alguno desvirtúa la finalidad o función mencionada. En otras palabras, si a la expresión “Crédito” se le da el alcance o significado restrictivo de “contrato de Mutuo”, fuerzas concluir que el leasing financiero no configuraría una operación de tal naturaleza...”

La Superintendencia Financiera de Colombia manifiesta igualmente que “...la disposición de recursos destinados a la adquisición de bienes que serán objeto del contrato de leasing financiero hace parte de la estructura jurídica de financiación que se otorga al arrendatario, aunque, se insiste, no bajo la estructuración de un contrato de mutuo...”, aspecto sobre el cual este Despacho se permite precisar que la exención del gravamen a los movimientos financieros que establece el numeral 11 del artículo 879, como ya se anotó, se consagra únicamente a favor de los desembolsos de crédito en las condiciones y realizados por los sujetos que señala la norma, no a favor de todas las operaciones que comprende la estructura jurídica de financiación de las compañías de financiamiento comercial.

El beneficio consagrado en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario no se puede hacer extensivo a los recursos girados por las compañías de financiamiento comercial a favor de comercializadores de

bienes, para el pago de bienes que serán objetos de contratos de financiamiento comercial o leasing toda vez que las exenciones deben estar consagradas de manera expresa en la ley, que por tratarse de excepciones a la regla general deben ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva, por lo que no son susceptibles de ser reconocidas por analogía.

La anterior posición coincide tanto con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, como con la doctrina vigente que en reiteradas oportunidades ha sostenido que las exenciones son beneficios fiscales de origen legal, consistentes en la exoneración del cumplimiento de obligaciones tributarias y sólo cobijan los sujetos y objeto expresamente señalados por la norma que establece la exención o exclusión, como ocurre con toda norma de carácter exceptivo.

En torno al tema de la amplia potestad de configuración del legislador en el ámbito tributario y las características que identifican las exenciones, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 6 de julio de 2006, M.P. Dr.: Alvaro Tafur Galvis, expresó:

“...en lo que se refiere concretamente al tema de las exenciones la Corte ha puesto de presente que la Constitución no ha consagrado un derecho a recibir o conservar exenciones tributarias, sino que por el contrario ha establecido un deber general de contribuir mediante el pago de tributos “al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad” (art. 95-9 de la C.P) (Ver, entre otras las sentencias C-711 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-1060 de 2001 M.P. Lucy Cruz de Quiñonez).

La Corte ha explicado que el Congreso en el ámbito nacional puede empero establecer exenciones tributarias las cuales se identifican por su carácter taxativo, limitativo, inequívoco, personal e intransferible, de suerte tal que únicamente obrarán a favor de los sujetos pasivos que se subsuman en las hipótesis previstas en la ley, sin que a éstos les sea dable transferirlas válidamente a otros sujetos pasivos bajo ningún respecto. Igualmente ha destacado que las exenciones corresponden a hechos generadores que en principio estarían total o parcialmente gravados, pero que por razones de política económica, fiscal, social o ambiental, el órgano competente decide sustraerlos total o parcialmente de pago...” (Ver sentencia C-1107 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería).

En este orden de ideas, se reitera que el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario consagro (sic) de manera taxativa una exención del

gravamen a los movimientos financieros, a favor de los sujetos y en las condiciones previstas en la citada disposición, beneficio que no se puede extender a los desembolsos realizados por las compañías de financiamiento comercial a favor de comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de arrendamiento financiero teniendo en cuenta que en derecho tributario la interpretación es restringida, acorde con lo señalado por la H Corte Constitucional.

Si bien las compañías de financiamiento comercial pueden realizar operaciones de crédito, no todas las operaciones que estas compañías lleven a cabo pueden ser catalogadas como operaciones de crédito, este es el caso de los recursos girados por estas para el pago de bienes que serán objeto de contratos de financiamiento comercial o leasing a favor de comercializadores de bienes, operaciones que no constituyen en sí mismas ni contratos de leasing ni operaciones de crédito, dado que los elementos de la relación crediticia, no se evidencian en su totalidad en la operación en cuestión para que pueda ser calificada como tal.

La adquisición de bienes que serán destinados a contratos de leasing constituye un negocio jurídico de aprovisionamiento, propio de la fase precontractual del contrato de financiamiento comercial, pero en manera alguna se le puede atribuir la naturaleza de crédito.

En las condiciones enunciadas es claro que las Compañías de Financiamiento Comercial según lo previsto en el numeral 1º. del artículo 2º. del EOSF están catalogadas como establecimientos de crédito, pero no todas las operaciones que éstas realizan en cumplimiento de su objeto social pueden considerarse desembolsos de crédito como es el caso, insistimos, de los recursos girados para el pago de bienes que serán objeto de contratos de financiamiento comercial o leasing a favor de comercializadores de bienes.

En consecuencia, (Subrayado de la Sala)

(...)"

En el presente caso, la Sala entiende que la inconformidad de la demandante se centró en que el concepto demandado interpretó equivocadamente el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, al concluir que el giro de recursos que

hacen las compañías de financiamiento comercial para el pago de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de leasing, no son desembolsos de crédito exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros.

Para resolver el caso, la Sala hará algunas precisiones sobre la naturaleza del Gravamen a los Movimientos Financieros y sobre el leasing financiero, para luego analizar los cargos de la demanda.

El Gravamen a los Movimientos Financieros

El Gravamen a los Movimientos Financieros –GMF- es un impuesto del orden nacional que se aplica a las transacciones financieras realizadas por los usuarios del sistema financiero. Su regulación se encuentra desarrollada en los artículos 870 y siguientes del Estatuto Tributario.

El artículo 871 del E.T., vigente para la ocurrencia de los hechos, en relación con el hecho generador del GMF, dispone:

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.*

Inciso 2º. *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.*

Inciso 3º. *También constituyen hecho generador del impuesto:*

Inciso 4º. 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.

Inciso 5º. 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.

Inciso 6º. Los débitos que se efectúen a cuentas contables y de otro género, diferentes a las corrientes, de ahorros o de depósito, para la realización de cualquier pago o transferencia a un tercero.

Inciso 7º. 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 2. *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, con ocasión del estudio de constitucionalidad del artículo 871 E.T., consideró que la modificación introducida por la ley 788 de 2002, replanteó el hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros, para incluir operaciones que no estaban cubiertas en la legislación previa (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 párrafo 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 ...”.³

Posteriormente, en la ponencia para primer debate en las comisiones conjuntas de Senado y Cámara se expresó que “[e]n el artículo sobre el

³ 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.” (Subraya la Sala)

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.”

Así mismo, 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.

Por su parte, el artículo 879 del mismo estatuto, vigente en el momento en que fue expedido el concepto acusado, señala taxativamente las operaciones que se encuentran exentas del gravamen, así:

Exenciones del GMF. *Se encuentran exentas 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.

El numeral 11 fue reglamentado por el artículo 10º del Decreto Reglamentario número 449 del 27 de febrero de 2003, que textualmente reza:

Artículo 10º. 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.⁴

El artículo 10 transcrito precisa el significado de la expresión "abono en cuenta", entendida como los desembolsos de créditos en cuenta corriente, de ahorros o de depósito en el Banco de la República, que realicen los establecimientos de crédito y las entidades vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria y los

⁴ Los apartes tachados fueron declarados nulos por esta Sección, mediante la sentencia del 30 de mayo de 2011, expediente 110010327000200900024-00 (17699), Consejero ponente Marta Teresa Briceño de Valencia. En esta oportunidad la Sala estimó que los apartes anulados vulneraban el principio de legalidad tributaria, "pues excede la ley que reglamenta, al agregar por dicha vía calidades al titular de la cuenta a la que se abona el desembolso, que no están de acuerdo con la intención del legislador. Es así como el hecho de que se "incluya" como beneficiario de la exención el desembolso del crédito que se entregue a un "comercializador de bienes o servicios", excluye del beneficio los créditos que se abonen a terceros que no posean tal calidad, lo que contraría abiertamente el espíritu del numeral 11 del artículo 879 E.T. que no establece restricción alguna al respecto."

que se realicen mediante cheque sobre el que el otorgante del crédito imponga la leyenda "Para abono en cuenta del primer beneficiario".

También señala como requisito de la exención que se abone efectivamente el producto del crédito en una de las cuentas mencionadas que pertenezcan al beneficiario, pero, adicionalmente, incluye los desembolsos de crédito mediante operaciones de descuento y redescuento.

Así mismo, estableció como exento el desembolso al comercializador de los bienes o servicios financiados con el crédito conforme con los requisitos señalados en el mismo artículo 10 del Decreto 449.

EL LEASING FINANCIERO. ANTECEDENTES NORMATIVOS

En el año 1979, el Gobierno nacional expidió el Decreto 148 de 1979, mediante el cual autorizó a las corporaciones financieras para adquirir y mantener acciones en compañías de leasing o arrendamiento financiero hasta por un monto que no excediera del 10% del su capital pagado y reserva legal.

Luego, mediante el Decreto 2059 de 1981, se sometió a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades a todas las sociedades comerciales cuyo objeto contemplara, como actividad principal, la realización de operaciones de arrendamiento financiero o leasing, independientemente de la clase de sociedad bajo la cual se desarrollarían tales actividades y el monto de su capital y patrimonio. Esta norma estableció una vigilancia objetiva sobre las operaciones de arrendamiento financiero o leasing.

Posteriormente, mediante el Decreto 2920 de 1982, el Gobierno se limitó a prohibir la captación masiva y habitual de recursos del público por parte de las compañías de arrendamiento financiero. Para el efecto, los Decretos 3227 de 1982 y 1981 de 1988 reglamentaron y definieron el concepto de captación masiva y habitual de recursos del público.

La Ley 74 de 1989 reglamentó la inversión extranjera en el sector financiero, y dispuso que las sociedades de financiamiento comercial dedicadas a la actividad de leasing debían organizarse y funcionar conforme con las disposiciones de la Ley 45 de 1923 o Estatuto Bancario y las demás disposiciones complementarias, y someterse al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera).

En desarrollo de la Ley 74 de 1989, el Gobierno expidió el Decreto Reglamentario 3039 del mismo año, que reguló algunos aspectos fundamentales del contrato de leasing.

En primer lugar, el Decreto 3039 de 1989 dispuso que las sociedades de leasing debían contar con certificado de autorización expedido por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), requisito indispensable para poder realizar válidamente las actividades constitutivas de su objeto social. En segundo lugar, dispuso que dichas sociedades debían tener objeto social exclusivo.

Luego, con la expedición de la Ley 35 de 1993, las sociedades de arrendamiento financiero o leasing, que optaron por su conversión en compañías de financiamiento comercial, adquirieron la naturaleza jurídica de establecimientos de crédito.

Posteriormente, el Gobierno Nacional, mediante el Decreto número 913 del 19 de mayo de 1993, tipificó el leasing financiero y estableció la estructura básica para la celebración de este tipo de operaciones.

Mediante la Ley 510 de 1999, el legislador eliminó la diferencia que introdujo la Ley 35 de 1993 entre las compañías de financiamiento comercial especializadas en leasing y compañías de financiamiento comercial tradicionales. De acuerdo con el artículo 16 de la citada ley, se consideran compañías de financiamiento comercial las instituciones que tienen por función principal captar recursos a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito para facilitar la comercialización de bienes y servicios, y realizar operaciones de arrendamiento financiero.

De acuerdo con el artículo 2º del Decreto 913, la operación de arrendamiento financiero o leasing financiero es *“la entrega a título de arrendamiento de bienes*

adquiridos para el efecto financiando su uso y goce a cambio del pago de cánones que recibirá durante un plazo determinado, pactándose con el arrendatario la facultad de ejercer al final del período la opción de compra.”

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“el leasing es un negocio jurídico consensual; bilateral - o si se prefiere de prestaciones recíprocas -, en cuanto las dos partes que en él intervienen: la compañía de leasing y el usuario o tomador, se obligan recíprocamente (interdependencia prestacional); de tracto o ejecución sucesiva (negocio de duración), por cuanto las obligaciones principales -y originarias- que de él emanan: para el contratante, conceder el uso y goce de la cosa y para el contratista, pagar el precio, no se agotan en un solo momento, sino que se desenvuelven y desdoblan a medida que transcurre el tiempo (tempus in negotio); oneroso, toda vez que cada una de las partes busca un beneficio económico que, recta vía, se refleja en la obligación asumida por la parte contraria o cocontratante y, finalmente, las más de las veces, merced a la mecánica negocial imperante en la praxis contractual, por adhesión, como quiera que el usuario debe sujetarse, sin posibilidad real de discutirlos, a unas cláusulas previamente establecidas -o fijadas ex ante -, con carácter uniforme por la compañía de leasing (condiciones generales dictadas por la entidad predisponente).”*

El asunto objeto de examen

Según la parte actora, la operación de leasing financiero es una operación de crédito, y, por ende, el giro de recursos que hacen las compañías de financiamiento comercial para el pago de bienes que serán entregados posteriormente a terceros en virtud de un contrato de leasing financiero, está exento del Gravamen a los Movimientos Financieros, por aplicación del numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario.

En primer lugar, la Sala parte de reafirmar, como lo hacen las partes, que el contrato de leasing financiero es una operación indirecta de crédito a favor del locatario o (arrendatario). Así lo ha interpretado la doctrina de la Superintendencia Financiera y de la Corte Suprema de Justicia⁵, al sostener que *“el contrato de*

⁵ La Corte Suprema ha dicho que *“El ‘leasing’ -anglicismo recientemente incorporado al castellano, según lo realza la última edición del Diccionario de la Lengua Española-, es una operación originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, que se remonta a los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, específicamente, a comienzos de la década de los cincuenta, prevalentemente como un novísimo modelo de financiación, muy apropiado para adelantar -o apalancar- procesos de reconversión industrial, en cuanto permitía -y permite- el acceso al crédito y, por contera, a bienes de capital o a equipos*

*leasing financiero conlleva una operación de financiación en favor del locatario (arrendador) y a cargo de la institución financiera (CFC), que si bien es cierto no se estructura jurídicamente bajo un contrato típico de crédito, como lo es el mutuo, ello en modo alguno desvirtúa la finalidad o función mencionada. En otras palabras, si a la expresión "Crédito" se le da el alcance o significado restrictivo de "contrato de Mutuo", fuerza concluir que el leasing financiero no configuraría una operación de tal naturaleza. Pero si a dicho término "crédito" le reconocemos su real función económica de "financiación", efectivamente el leasing financiero, como lo resalta la Corte Suprema de Justicia, permite el acceso indirecto al crédito por conducto, en este caso, de las compañías de financiamiento comercial especializadas en este tipo de negocio."*⁶

Ahora bien, en lo que respecta a que si los desembolsos de recursos que hacen las compañías de financiamiento comercial a los distribuidores o comercializadores de bienes, para la adquisición de bienes que serán entregados en arrendamiento financiero (leasing financiero), están exentos del GMF conforme con el numeral 11 del artículo 879 del E.T., la Sala considera que no por las siguientes razones:

Como se dijo anteriormente, el contrato de leasing o arrendamiento financiero implica las siguientes operaciones:

- 1- La entrega de un bien para su uso y goce;
- 2- El establecimiento de un canon periódico, que lleva implícito el precio del derecho a ejercer una opción de compra y,
- 3- La existencia, a favor del arrendatario, de una opción de compra al terminarse el plazo pactado en el contrato, que podrá ejercer siempre y cuando cumpla la totalidad de las prestaciones a cargo.

En este tipo de contratos intervienen por lo menos dos partes: una compañía de financiamiento o un banco, propietario del bien objeto del leasing, y un locatario, persona natural o jurídica que recibe la tenencia del mismo para su uso y goce.

necesarios para el crecimiento y expansión económica, sin tener que afectar o comprometer, en grado superlativo, el patrimonio del empresario o, en general, del usuario crediticio y, de paso, obtener algunas ventajas de orden fiscal o tributario" (Sentencia del 13 de diciembre de 2002, expediente 6462, Magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo.

⁶ Concepto 2007039517-001 del 30 de agosto de 2007.

Adicionalmente, en la operación suele intervenir, sin que sea parte necesaria, el proveedor de los bienes objeto del leasing.

Un rasgo sobresaliente de este tipo de contratos es que la compañía de financiamiento comercial actúa como proveedor de fondos para la compra de bienes seleccionados por el arrendatario o locatario, y no asume los riesgos asociados a la propiedad del bien, sino que éstos se trasladan al locatario o arrendatario.

Por su parte, el comercializador de bienes actúa como un proveedor de la compañía de financiamiento comercial, quien, en adelante, se convierte en propietario de los activos que adquiere del primero, y que, posteriormente serán entregados al locatario.

La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en precisar *“que la circunstancia de que el locatario (arrendador) realice una específica indicación o señalamiento a la sociedad de leasing para la compra de los bienes a un determinado productor o proveedor, revela la presencia de diversos intereses en este peculiar negocio jurídico, sin que, por razón de los mismos, en efecto, sus titulares inexorablemente se conviertan en partes del contrato, stricto sensu.”*⁷

Para la Corte, existe una operación comercial en la que participa activamente el proveedor de los bienes, y una operación de financiamiento representada en el contrato de leasing, en la que sólo son partes la compañía de financiamiento comercial y el locatario o arrendatario.

En otras palabras, según la Corte Suprema de Justicia *“en lugar de un negocio plurilateral, lo que existe es una pluralidad de roles: del proveedor (vender el bien), la sociedad de leasing (adquirir y pagar el precio del señalado bien que posteriormente dará para su uso) y el usuario (pagar el canon o retribución mensual), que denotan la presencia de intereses divergentes, propios del contrato bilateral -o de prestaciones recíprocas- y no convergentes, predicables -en sí- del negocio plurilateral, máxime cuando el norte de los intereses del usuario, del proveedor y de la sociedad de leasing no es simétrico y sus prestaciones no se*

⁷ Ídem 6.

orientan, articulada e irrefragablemente, a la consecución de un fin común a todas ellas, según tiene lugar en el referido contrato plurilateral.”⁸

Ahora bien, no puede perderse de vista que la causa del contrato de leasing financiero es la de financiar, sin que por ello el contrato se convierta en uno de crédito o mutuo.

En el caso en examen, el concepto acusado parte de afirmar que el desembolso de recursos que realizan las compañías de financiamiento comercial a favor de comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de arrendamiento financiero o leasing no está cobijado con la exención del GMF consagrada en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, por no tener la naturaleza de una operación crediticia, sino de un negocio de aprovisionamiento propio de la fase precontractual del contrato de leasing.

Para la Sala, por lo expuesto anteriormente, el concepto no acierta en cuanto a que desconoce el carácter financiero de la operación de leasing, pero acierta en cuanto precisa que la disposición de los recursos objeto del contrato de leasing a favor de terceros proveedores no está exenta del GMF, por las siguientes razones:

Según el numeral 11 del artículo 879 del E.T., están exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros los desembolsos de crédito, mediante abono a la cuenta o mediante la expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito, entre otros.

En el caso de los desembolsos a comercializadores de bienes y servicios financiados con el producto del crédito, el artículo 10º del Decreto 449 de 2003 fija las condiciones para la procedencia de la exención. De acuerdo con dicho artículo, el producto del crédito debe desembolsarse efectivamente en la cuenta corriente o de ahorros del comercializador, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos:

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

⁸ Ídem 6

b) Que el desembolso se haga mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros del comercializador de los bienes y servicios o mediante cheque con 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 dada por el beneficiario del crédito.

Ninguna de las anteriores condiciones se presenta en el caso del desembolso de recursos para la adquisición de bienes que van a ser objeto de un contrato de leasing financiero. Si bien el contrato de leasing financiero es considerado una operación indirecta de crédito entre la compañía de leasing y el locatario (arrendatario), lo cierto es que entre la compañía de leasing y el distribuidor o comercializador de los bienes existe una operación comercial, netamente instrumental, que surge con posterioridad al perfeccionamiento del contrato de leasing.

En la operación de compra de los bienes objeto del contrato de leasing, no existe un desembolso directo de crédito a favor del comercializador ni de quien posteriormente se verá beneficiado con el contrato de leasing (locatario). Por esta razón, esta operación comercial, entendida como un negocio jurídico de aprovisionamiento en el que hay un desembolso de recursos a favor de un tercero, está gravada con el GMF, como acertadamente lo concluyó el concepto demandado.

Sólo hasta el año 2010, con la expedición de la Ley 1430, se estableció expresamente la exención de los desembolsos o pagos efectuados por las compañías de financiamiento comercial para el pago a los comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de leasing financiero con opción de compra.⁹

⁹ 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, cuando el desembolso se haga a un tercero solo será exento cuando el deudor destine el crédito a adquisición de vivienda, vehículos o activos fijos.

Finalmente, la parte actora alegó que el mismo artículo 127-1 del Estatuto Tributario reconoce los contratos de leasing financiero como operaciones de crédito.

La Sala reitera que no desconoce la naturaleza crediticia del contrato de leasing financiero, pero insiste en que el concepto acusado se ajustó a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, reglamentado por el artículo 10º del Decreto Reglamentario número 449 del 27 de febrero de 2003, porque los desembolsos de recursos realizados por las Compañías de Financiamiento Comercial a favor de comercializadores de bienes que serán entregados a terceros mediante contratos de arrendamiento financiero o leasing es un supuesto de hecho que no cumple las condiciones para estar exento del Gravamen a los Movimientos Financieros, hecho que, se reitera, quedó exento a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1430 de 2010 . En consecuencia, se desestiman las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda por las razones aducidas en la parte considerativa de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

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.

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". (negrilla fuera de texto)

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

**HUGO FERNANDO BASTIDAS
BÁRCENAS**

Presidente de la Sala

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE
VALENCIA**

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

**CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**