

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: **JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ**

Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil ocho (2008)

Radicación: 11001-03-27-000-2005-00013-00-15312

ACTOR: **MARÍA MARGARITA PARRA GÓMEZ**

Acción pública de nulidad contra el Concepto 70106 de 14 de octubre de 2004 proferido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN.

FALLO

MARÍA MARGARITA PARRA GÓMEZ en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita la nulidad del Concepto 70106 de 14 de octubre de 2004 de la División de Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

EL ACTO ACUSADO

La demanda recae sobre la parte subrayada del Concepto 70106 de 14 de octubre de 2004, cuyo texto es el siguiente:

“Señor
MIGUEL ÁNGEL MARTÍNEZ DÍAZ
Calle 40ª No. 77C-76
Bogotá D.C.

Ref: Consulta radicada con el No. 69831 de septiembre 1 de 2004

En el escrito de la referencia consulta usted si está exento del Gravamen a los Movimientos Financieros el desembolso de un crédito que realiza

un banco de crédito a uno de sus clientes, con el fin de pagar los impuestos que se adeudan a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Al respecto me permito manifestarle que en el Concepto General del Gravamen a los Movimientos Financieros No 00002 de 2003, se indicó que: "De acuerdo con lo señalado en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta corriente, de ahorros o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito se encuentran exentos del Gravamen a los Movimientos Financieros.

El artículo 10 del Decreto 449 de 2003, señala para efectos de la exención de desembolsos de crédito establecida en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, que se entenderá como abono en cuenta todos aquellos desembolsos de crédito 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."

Puede darse el desembolso del crédito en efectivo, caso en el cual procede la exención siempre y cuando cumpla con los requisitos señalados para tal efecto.

Debe tenerse en cuenta que la exención recae sobre el desembolso del crédito y no sobre la disposición de estos recursos una vez abonados en cuenta.....

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. Una vez abonado el crédito en cuenta corriente o de ahorro, la disposición de estos recursos genera el Gravamen a los Movimientos Financieros.

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

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

b. Que el desembolso del crédito se efectúe mediante abono directo en la cuenta corriente o de ahorros del comercializador de bienes y servicios. Si el desembolso del crédito se realiza mediante cheque, el otorgante del crédito deberá imponer sobre el mismo la leyenda "PARA ABONO EN CUENTA DEL PRIMER BENEFICIARIO". En el caso del desembolso del crédito otorgado mediante cheque en el cual no se imponga la leyenda mencionada, no procede la exención. Ahora bien, la leyenda no implica que todos los cheques que la lleven dan lugar a la exención, únicamente cuando se trate de desembolsos de crédito.

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."

Así las cosas, como en el pago de impuestos no existe la comercialización de un bien ni la de un servicio, sino una obligación que los ciudadanos deben cumplir, para contribuirle a las cargas que le corresponden al Estado, de acuerdo con la Constitución y la ley, el desembolso de un crédito que realice un establecimiento bancario, para que un cliente cancele las deudas que por concepto de impuestos tenga con la DIAN, se encuentra gravado con el Gravamen a los Movimientos Financieros.

Atentamente,
JUAN ORLANDO CASTAÑEDA FERRER
Jefe División de Normativa y Doctrina Tributaria (A)"

LA DEMANDA

Se invocan como normas violadas los artículos 4, 114, 150[12] y 338 de la Constitución Política; y 879 del Estatuto Tributario (adicionado por el 1 de la Ley 633 de 2000), cuyo concepto de violación desarrolló así:

El Concepto acusado interpreta de manera equivocada el sentido de la ley, toda vez que el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, prevé la exención del gravamen a los movimientos financieros para cualquier desembolso de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques que realicen los establecimientos de comercio, sin que sea

necesario que el cliente tenga la calidad de comercializador de bienes y servicios, y sin limitar el fin al cual se debe destinar el desembolso.

Mientras que en el concepto demandado, la DIAN señala que para efectos de esa exención, el desembolso debe hacerse a comercializadores de bienes y servicios y como en el pago de impuestos no existe la comercialización de un bien o de un servicio, no procede la exención, cuando el desembolso del crédito es para pagar impuestos.

La DIAN se extralimitó en su función de interpretación de las normas tributarias y recopilación de la doctrina conforme al artículo 11 del Decreto 1265 de 1999; y transgredió las normas constitucionales invocadas, porque realizó una labor que compete únicamente al Congreso de la República.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

En capítulo aparte de la demanda se solicitó la suspensión provisional del acto demandado, la cual fue negada mediante auto admisorio de 28 de abril de 2005 porque se requería hacer un estudio completo y minucioso de las disposiciones invocadas como demandadas lo cual desbordaba el sentido de la medida provisional.

OPOSICIÓN

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

La Ley 633 de 2000 adicionó al Estatuto Tributario el libro sexto, relativo al impuesto sobre el gravamen a los movimientos financieros vigente desde el 1

de enero de 2001 y estableció entre las exenciones al gravamen “*los desembolsos de crédito mediante abono en la cuenta o mediante expedición de cheques, que realicen los establecimientos de crédito*” (artículo 879 numeral 11 del Estatuto Tributario).

Esta norma fue reglamentada por el artículo 10 del Decreto 449 de 2003, que dispone, que para efectos de la exención, se entenderá como abono en cuenta, aquellos desembolsos de créditos que se realicen en cuenta corriente, de ahorros o en cuenta de depósito del Banco de la República, o los que se realicen mediante cheque con la leyenda “para abono en cuenta del primer beneficiario” siendo requisito indispensable para la procedencia de la exención, abonar efectivamente el producto del crédito en una de las cuentas anteriores que pertenezca al beneficiario del mismo.

También señala que procede la exención cuando el establecimiento de crédito efectúe el desembolso al comercializador de los bienes o servicios financiados con el producto del crédito.

En consecuencia, la norma reglamentaria determina en forma expresa los eventos en los que procede la exención y los requisitos que se deben cumplir, sin contemplar el desembolso del crédito destinado al pago de impuestos, que corresponde a la obligación de los ciudadanos de contribuir con las cargas del Estado y no al pago por la comercialización de un bien o servicio.

Por lo demás, la demanda se fundamentó específicamente en el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, sin tener en cuenta el artículo 10 del Decreto 449 de 2003, que lo reglamentó, que se presume legal y tiene plenos efectos legales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que la Administración partió de una tesis errada cuando sostuvo que el

artículo 10 del Decreto 449 de 2003 no contempló específicamente la exención en el uso de los desembolsos de crédito para el pago de impuestos, por el contrario, la norma reglamentaria no desconoció esta situación, pues, se ciñó a los parámetros fijados por el artículo 879[11] del Estatuto Tributario.

El artículo 10 del Decreto 449 no fijó nuevas condiciones para la exención distintas de las previstas en la norma reglamentada. En la primera parte de la disposición, precisó sus aspectos generales, como qué debe entenderse por abono en cuenta y, cuáles son las cuentas para ese efecto, y en la segunda parte, señaló que la exención también procedía para los desembolsos que se efectuaran directamente a comercializadores de bienes o servicios financiados con el producto del crédito.

La **demandada** reiteró los fundamentos expuestos en la contestación de la demanda.

El **Ministerio Público** solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda por cuando el concepto acusado no vulnera las normas que se invocan como violadas, según las siguientes precisiones:

La demandante aduce que la DIAN interpretó en forma equivocada el artículo 879[11] del Estatuto Tributario, sin embargo, no tiene en cuenta el Decreto 449 [10] de 2003.

La norma reglamentaria señala a qué desembolsos se refiere la norma superior y los requisitos para la exención y establece que si los desembolsos no corresponden al desembolso efectivo de los recursos del crédito tal como se indica en esa disposición, estará sujeto al gravamen. De acuerdo con el carácter restrictivo de los beneficios fiscales, no se puede extender la exención a eventos diferentes a los establecidos en el Decreto Reglamentario, por lo tanto, la Administración procedió en forma correcta al establecer en su concepto que la exención no cobijaba todos los desembolsos de los créditos, sino solamente a los que cumplan con los parámetros y requisitos exigidos por el Decreto 449 [10] de 2003.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Decide la Sala la legalidad del Concepto 70106 de 14 de octubre de 2004 expedido por la División de Normativa y Doctrina Tributaria de la DIAN, que considera que no procede la exención del gravamen a los movimientos financieros de que trata el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, cuando el desembolso del crédito que realice el establecimiento bancario, sea para que un cliente cancele las deudas que por concepto de impuestos tenga con la DIAN.

La interpretación tuvo como fundamento los artículos 879[11] del Estatuto Tributario y 10 del Decreto 449 de 2003 que lo reglamentó y concluyó que como en el pago de impuestos no existe la comercialización de un bien ni la de un servicio, por lo tanto, no gozaba de la exención.

Pues bien, mediante la Ley 633 de 2000 se adicionó al estatuto tributario el “Libro Sexto” que estableció y reguló el gravamen a los movimientos financieros vigente a partir del primero de enero de 2001, a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman.

El artículo 871 estableció como hecho generador del tributo 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 depósitos en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.

La Ley 788 del 2002 adicionó nuevos hechos generadores, entre ellos, el traslado o cesión a cualquier título de los recursos o derechos sobre carteras colectivas entre diferentes copropietarios así como los retiros de estos derechos por parte de los beneficiarios o fideicomitente, inclusive cuando

dichos traslados o retiros no estén vinculados directamente a un movimiento de una cuenta corriente, de ahorros o de depósito; la disposición de recursos a través de los denominados contratos o convenios de recaudo o similares que suscriban las entidades financieras con sus clientes; y, 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.

En materia de exenciones y, para el caso que ocupa la atención de la Sala, el artículo 879 del Estatuto Tributario, establece:

“ART. 879. Adicionado. L. 633/2000, art. 1º. 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 crédito¹.

[...]”

Este numeral fue modificado por la Ley 1111[42] de 2006, para 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.

¹ Conforme al artículo 2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 modificado por la Ley 795 de 2003, los establecimientos de crédito comprenden: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras. “Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito”.

En la exposición de motivos de la Ley 633 de 2000 se manifestó en relación con las exenciones:

“El GMF se genera cada vez que se disponga de recursos existentes en los depósitos de cuentas corrientes o de ahorros, es decir por cada una de las transacciones que se realicen por parte de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman.

La base gravable esta constituida por la totalidad de la transacción, y se plantean las exenciones en forma taxativa, excluyendo del impuesto todas las transacciones atinentes a la operación misma del sector financiero, y al manejo de recursos del presupuesto de la nación y de los entes territoriales.

Se entiende entonces que el sector financiero queda solamente gravado en tanto realice transacciones similares a las del resto de contribuyentes o usuarios del sistema, es por esto que se hace expreso el gravamen por las transacciones que se hagan utilizando las cuentas de depósitos (cuentas corrientes) que las entidades del sector manejan en el Banco de la República”².

Ahora bien, por medio del Decreto 449 de 2003, se reglamentó la exención del numeral 11 en los siguientes términos:

“ART. 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.

² Gaceta del Congreso, año IX, No 372, página 25,18 de septiembre de 2000,Exposición de Motivos, Proyecto de Ley 072 de 2000, Cámara, Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.

Esta exención cubre 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.

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

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

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

Ahora bien, según el reglamento el desembolso del crédito puede darse en cuenta del beneficiario del crédito o en cuenta del comercializador de los bienes o servicios financiados con el producto del crédito. Es decir, si el solicitante del crédito va a adquirir con esos recursos un bien o un servicio, el otorgante del crédito (establecimiento del crédito) puede efectuar el abono en cuenta del comercializador, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

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

De acuerdo con lo anterior, en ningún momento la norma legal o la reglamentaria exige un destino específico de los recursos del crédito, ni la calidad de su beneficiario para efectos de gozar de la exención.

El reglamento, lo que pretende es precisar qué tratándose del beneficiario del crédito o del comercializador de los bienes y servicios que se van a financiar con los recursos del crédito, el desembolso se efectúe en las cuentas de uno u otro; y, si es mediante cheque, que se garantice que el cheque va a ser abonado en cuenta del primer beneficiario, es decir, o en la cuenta del beneficiario del préstamo o en la cuenta del comercializador.

De manera que no comparte la Sala el argumento de la DIAN cuando señala que el reglamento es el que determina en qué eventos procede la exención y los requisitos que se deben cumplir; y, que como no contempló el crédito destinado para el pago de impuestos, por no corresponder a la comercialización de bienes o servicios, no procede la exención.

En primer término, la norma que señala las exenciones es el artículo 879 del Estatuto Tributario, que es de carácter legal, pues sólo el legislador puede establecer las exenciones. El reglamento sólo precisa cómo se hace el desembolso del crédito. Es más, sería ilegal si la norma reglamentaria determinara los eventos en que un tributo se encuentra exento, pues el reglamento no puede disponer cosa distinta a lo previsto en la ley, más si de exenciones se trata.

En segundo término, el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, no señala de manera específica cuál debe ser el destino del crédito, de manera que, independientemente del uso que el beneficiario del préstamo le de a los recursos, procede la exención, si se cumplen los presupuestos enunciados. En consecuencia, nada obsta para que el beneficiario del crédito utilice el dinero para el pago de impuestos adeudados a la DIAN, para que su desembolso se encuentre exento del Gravamen a los Movimientos Financieros.

Así las cosas, puesto que la norma superior no condiciona el beneficio de la exención a que exista la comercialización de bienes y servicios, en la forma como lo interpreta el concepto demandado, forzosamente se concluye que la DIAN excedió su facultad interpretativa al pretender modificar el alcance y contenido de las normas interpretadas a través de su actuación.

En consecuencia, se declarará la nulidad del párrafo del concepto demandado en cuanto al interpretar el numeral 11 del artículo 879 del Estatuto Tributario, le fijó un alcance y sentido incorrectos y, por tanto incurrió en su violación.

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

F A L L A

DECLÁRASE la nulidad del Concepto No. 70106 de 14 de octubre de 2004 expedido por la División de Normativa y Doctrina de la DIAN, en cuanto señala:

“Así las cosas, como en el pago de impuestos no existe la comercialización de un bien ni la de un servicio, sino una obligación que los ciudadanos deben cumplir, para contribuirle a las cargas que le corresponden al Estado, de acuerdo con la Constitución y la ley, el desembolso de un crédito que realice un establecimiento bancario, para que un cliente cancele las deudas que por concepto de impuestos tenga con la DIAN, se encuentra gravado con el Gravamen a los Movimientos Financieros”.

Cópiese, notifíquese y comuníquese. Cúmplase.

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

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ