



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Magistrado sustanciador: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, Diecisiete (17) de marzo dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 2500023270002010000145 01
Número interno: 19651
Demandante: Banco Colpatría Red Multibanca Colpatría S.A.
Demandados: DIAN

F A L L O

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 22 de marzo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que resolvió:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad parcial de las Resoluciones No. 608-0107 de 26 de enero de 2009 y 1007 de 20 de enero de 2010 proferidas por la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS DE LOS GRANDES CONTRIBUYENTES DE BOGOTÁ de acuerdo con las razones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

SEGUNDO. ORDÉNASE a la U.A.E. DIAN a título de restablecimiento de derecho reconocer y pagar a la sociedad BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A. la suma de \$472.757.349 por concepto de devolución del gravamen a los movimientos financieros por el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2002 y 3 de enero de 2003, más los

intereses legales y corrientes de conformidad con lo razonado en la parte motiva de esta providencia.

(...)

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1. El 4 de agosto de 2008, el Banco Colpatría Red Multibanca Colpatría S.A.¹ solicitó a la DIAN la devolución de \$4.529.830.000, suma correspondiente al gravamen a los movimientos financieros² causado entre 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003, más intereses de mora.
2. El 26 de enero de 2009, mediante la Resolución 608-0107, la DIAN reconoció a favor del Banco Colpatría \$4.057.073.000 como pago de lo no debido y ordenó su devolución. Además, rechazó la devolución de \$472.757.349.
3. El 20 de marzo de 2010, mediante la Resolución 1007, la DIAN confirmó la Resolución 608-0107 del 29 de enero de 2009.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. La demanda

El Banco Colpatría formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERO. *Declarar la nulidad de la Resolución No. 608-0107 de 26 de enero de 2009, proferida por la División de Gestión de Recaudo de la*

¹ En adelante el Banco Colpatría.

² En adelante GMF.

Dirección Seccional del Impuestos de Grandes Contribuyentes, así como la Resolución No. 1007 de 20 de enero de 2010, proferida por la Dirección de Gestión Jurídica, ambas, pertenecientes a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

SEGUNDO. *Como consecuencia de la declaración de nulidad y a título de restablecimiento de derecho, ordenar la devolución de pago de lo no debido al BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA S.A. por la suma de \$472.757.349 correspondiente al Gravamen a los Movimiento Financieros del año 2001 que rechazó la DIAN más los intereses corrientes calculados sobre esta suma de dinero, causados desde el momento en que la Administración resolvió la solicitud de devolución hasta la ejecutoria de la sentencia que resuelva el presente debate, así como los intereses moratorios causados desde el vencimiento del término para devolver hasta la fecha en que sea cancelada la suma de dinero*

TERCERO. *De igual forma, ordenar el reconocimiento de intereses corrientes a favor del BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA S.A. por la suma de \$6.428.213.718 que se calculan sobre \$4.529.830.404 solicitados a la Administración Tributaria en devolución del Gravamen a los Movimientos Financieros del año 2001³, los cuales deben ser liquidados desde el momento en que el contribuyente realizó el pago indebido del impuesto hasta la fecha en que la Administración resolvió la solicitud de devolución.*

2.1.1. Normas violadas

El demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículos 13, 58 y 338.
- Estatuto Tributario: artículos 870, 871, 873, 875, 876 y 879.
- Código Contencioso Administrativo: artículos 174 y 177
- Código Civil: artículos: 717 y 2313.
- Decreto 405 de 2001: artículo 3.

³ La solicitud de devolución está referida al GMF pagado durante el periodo comprendido entre 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003, correspondiente a las 52 semanas del año 2002.

- Decreto 449 de 2003: artículo 3.

2.1.2. El concepto de la violación.

Previo a desarrollar el concepto de la violación, el demandante trajo a colación los hechos que se relacionan a continuación.

Dijo que el 21 de septiembre de 2000, el Banco Colpatria presentó ante la DIAN solicitud para acogerse al régimen de estabilidad tributaria previsto en el artículo 240-1 del E.T. por un término de 10 años, del 2000 al 2010.

Que la Administración suscribió el acuerdo por el año 2000 y guardó silencio frente a los demás periodos, lo que llevó al Banco Colpatria a insistir en la solicitud frente a los años 2001 a 2010 y poner de presente que, de no ser reconocido el régimen estabilidad tributaria, accedería en aplicación del silencio administrativo positivo.

Señaló que la DIAN, en la respuesta dada a la solicitud referida a los años 2001 a 2010, mediante el Oficio 2717 del 22 de diciembre de 2000, manifestó que la Administración no estaba interesada en suscribir contratos de estabilidad tributaria.

Que ante esas circunstancias, el demandante protocolizó, mediante la Escritura Pública 04369 del 28 de diciembre de 2000, el silencio administrativo positivo que, según entendió, le dio acceso al régimen de estabilidad tributaria por los años 2001 a 2010.

Agregó que, en consecuencia, pagó el incremento de dos puntos porcentuales del impuesto sobre la renta del año gravable 2001, según lo exigía el artículo 240-1 del ET para hacer efectivos los derechos derivados del régimen de estabilidad tributaria.

Manifestó que con posterioridad al pago antes referido, la DIAN, mediante la Resolución 2805 del 2 de abril de 2002, revocó el acto ficto que le había reconocido el régimen de estabilidad tributaria al Banco Colpatria y ordenó la



cancelación de la escritura pública en la que fue protocolizado el silencio administrativo positivo.

Que lo anterior llevó a que el Banco Colpatria instaurara acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que revocaron el acto ficto y le impidieron el acceso al régimen de estabilidad tributaria, demanda que fue resuelta por la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante fallo inhibitorio.

Sostuvo que contra la anterior providencia, interpuso recurso extraordinario de súplica, que a su turno fue resuelto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 4C, mediante sentencia del 7 de abril de 2008, en la que se resolvió que el Banco Colpatria estaba amparado por el régimen de estabilidad tributaria por un término de 10 años, contados a partir del 2001.

Que, en cumplimiento de la anterior sentencia, el 4 de julio de 2008, el demandante pagó el incremento de dos puntos porcentuales del impuesto sobre la renta correspondiente a los años gravables 2001 a 2007, según los exigía el artículo 240-1 del ET, para hacer efectivo su acceso al régimen de estabilidad tributaria.

Explicó que, de igual manera, en cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008, y en aras de hacer efectivo el restablecimiento del derecho, el Banco Colpatria le solicitó a la Administración la devolución de \$4.529.830.404 correspondientes la GMF causado entre «3 de enero y el 31 de diciembre de 2002».

Que mediante la Resolución 608-01047 del 26 de enero de 2009, la Administración reconoció a favor del demandante como pago de lo debido la suma de \$4.057.073.000 y ordenó su pago, pero que rechazó la devolución de \$472.757.349, pues estimó que esa suma correspondía al impuesto causado en operaciones que no eran propias del Banco Colpatria sino de terceros. Que esa decisión fue confirmada mediante la Resolución 1007 del 20 de enero de 2010.

Expuesto los anteriores hechos, el demandante desarrolló el concepto de la violación en los siguientes términos:

- a) Violación de los artículos 13, 58 y 338 de la Constitución Política y de los artículos 174 y 178 del Código Contencioso Administrativo por haberse configurado una situación jurídica a favor del Banco Colpatria en virtud del régimen de estabilidad tributaria reconocido por el Consejo de Estado.**

Dijo que, por gozar del régimen de estabilidad tributaria desde el año 2000 conforme lo reconoció el Consejo de Estado mediante sentencia del 7 de abril de 2008, el Banco Colpatria no estaba sujeto a los impuestos creados con posterioridad a la celebración del contrato de estabilidad, entre los que se encontraba el GMF, creado por la Ley 633 de 2000. Que, por esa razón, tenía derecho a la devolución de impuesto que la entidad pagó en calidad de sujeto pasivo del referido gravamen.

Advirtió que la sentencia que reconoció el régimen de estabilidad tributaria a favor del Banco Colpatria tenía efectos *ex tunc* y que, por consiguiente, el alcance de esa providencia se retrotraía hasta las fechas en las que el demandante realizó los pagos correspondientes al GMF solicitado en devolución.

- b) Violación de los artículos 871 y 875 del Estatuto Tributario y del artículo 3 del decreto 405 de 2001 por desconocimiento de las operaciones económicas en cuentas de depósito en el Banco de la República.**

Dijo que la DIAN rechazó la devolución de \$472.757.349 porque estimó que se trataba de un GMF originado en operaciones realizadas por el Banco Colpatria en una cuenta de depósitos en el Banco de la República por mandato de sus clientes, es decir que no se trataba de operaciones realizadas con recursos propios.

Que, sin embargo, la suma solicitada en devolución correspondía al impuesto causado en operaciones propias del Banco Colpatria realizadas en una cuenta de depósito en el Banco de la República que se agrupaban así: **i)** recaudos con destino a un patrimonio autónomo de activos improductivos, **ii)** recaudos de créditos hipotecarios de cartera titularizada y **iii)** retiros de clientes en operaciones directas con la entidad pero con intervención del demandante como sujeto pasivo del gravamen.

Explicó que según lo establecido en el artículo 817 del ET, el hecho generador del GMF es la realización de transacciones financieras mediante las que se disponga de recursos depositados en cuentas, incluidas la de depósito en el Banco de la República.

Que el Banco Colpatria tiene una cuenta de depósito en el Banco de la República en la que realizan transferencias y operaciones a nombre propio, en la que cada vez que dispone de los recursos depositados se causa el impuesto, que es retenido por el Banco de la República.

Agregó que el Banco Colpatria actúa como responsable del GMF cuando sus clientes requieren los recursos que administra, pero que actúa como contribuyente cuando se trata de la disposición de recursos depositados en cuentas de depósito en el Banco de la República. Que el hecho que exista mandato por parte de sus clientes no significa que las operaciones en la cuenta de depósitos sean con cargo a estos.

Se refirió a los artículos 1 de la Resolución Interna 003 de 1997 y 3 del Decreto 405 de 2001 para precisar que los usuarios de las cuentas de depósito en el Banco de la República no pueden ser los clientes que tienen vínculos comerciales con el Banco Colpatria porque esas cuentas fueron creadas como un sistema de pagos para las entidades financieras.

Señaló que en las transacciones realizadas en las cuentas de depósito en el Banco de la República es preciso distinguir dos operaciones, cada una de las cuales tiene efectos distintos en lo que al GMF se refiere. De una parte, la realizada entre el cliente y la entidad financiera, y de otra, la que se efectúa entre la entidad y el Banco Central. Que en el primer evento, el establecimiento de crédito actúa como responsable del tributo, mientras que

en el segundo la entidad financiera interviene como sujeto pasivo por ser titular de los recursos depositados.

Que, según se advertía, en las transacciones realizadas en las cuentas de depósito en el Banco de la República se configuran dos hechos generadores del GMF y que, precisamente, el impuesto solicitado en devolución fue el que se causó en cabeza del Banco Colpatria.

De otra parte, señaló que el numeral sexto del artículo 879 del ET establece que las transacciones realizadas mediante compensación interbancaria en las cuentas que poseen los establecimientos de crédito en el Banco de la República están exentas del GMF y que el Decreto 322 establece que la disposición de recursos vía Sebra constituye una sola operación,

Que, en consecuencia, el Banco Colpatria tenía derecho a la devolución rechazada por la DIAN, no solo por ser beneficiario del régimen de estabilidad tributaria sino también por tratarse de una operación exenta.

Luego de lo anterior, el Banco Colpatria se refirió a las operaciones que generaron el impuesto solicitado en devolución así:

- **Traslados de recursos de la cuenta de depósito en el Banco de la República con destino a un patrimonio autónomo de activos improductivos.**

En primer lugar, dijo que los traslados de recursos de la cuenta de depósito en el Banco de la República, con destino al patrimonio autónomo de activos improductivos creado en el marco de saneamiento establecido por Fogafin mediante la Resolución 006 de 1999, son operaciones propias del Banco Colpatria gravadas con el GMF.

Explicó que la resolución antes citada creó una línea de crédito para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria con destino al fortalecimiento patrimonial de los establecimientos de crédito mediante su capitalización, operación que trajo consigo que los bancos realizaran la

provisión y castigo de activos improductivos y que el recaudo que llegase a producirse debía trasladarse a un patrimonio autónomo que fue constituido en Helm Trust S.A.

Agregó que el patrimonio autónomo se constituyó para administrar los recursos que el Banco Colpatria trasladara a la cuenta de depósito del Banco de la República. Que, una vez recaudados los recursos de los deudores, los registró en una cuenta corriente y luego los trasladó al patrimonio a través de la cuenta de depósito del Banco Central.

Que en esa operación el demandante actuó como responsable del GMF y que por tanto, retuvo y pagó el impuesto con cargo al patrimonio autónomo que, en todo caso, no fue solicitado en devolución porque estuvo a cargo de un tercero.

Que, a su turno, el traslado de esos recursos a través de la cuenta de depósito del Banco de la República con destino al patrimonio autónomo también fue objeto del GMF, pero que en esa operación el Banco Colpatria actuó como sujeto pasivo porque al ser titular de la cuenta administrada por el Banco de la República, tuvo a cargo el pago del tributo por el traslado de los recursos, en los términos del artículo del 871 del ET.

- **Traslados de recursos de la cuenta de depósito en el Banco de la República con destino a la Titularizadora Colombia.**

Sobre los traslados de recursos de la cuenta de depósito en el Banco de la República con destino a la Titularizadora Colpatria, realizados dentro del proceso de titularización de la cartera hipotecaria, dijo que el GMF se causó en cabeza del Banco Colpatria por ser el ordenante de la cuenta administrada por el Banco Central. Que esa operación tenía el mismo procedimiento descrito para los traslados de recursos con destino al patrimonio autónomo de activos improductivos previamente descrito.

- c) **Violación de los artículos 717 y 2313 del Código Civil y de artículo 863 del Estatuto Tributario por cuanto la Administración**

desconoce el derecho que tiene el Banco Colpatria a percibir intereses.

Dijo que la DIAN debió reconocer, además de las sumas aceptadas en devolución, intereses desde el momento en que el Banco Colpatria pagó el GMF sin estar obligado, hasta la fecha de expedición del acto administrativo mediante el que aceptó parcialmente la devolución.

Señaló que los pagos que el demandante realizó a título de GMF eran objeto de devolución, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008 que le reconoció el régimen de estabilidad tributaria, cuya aplicación al caso particular implicaba la devolución de impuesto más intereses.

Advirtió que el régimen de los intereses que está previsto en los artículos 2230 al 2235 del Código Civil y 884 al 886 y 1163 del Código de Comercio, es aplicable a aquellas situaciones en donde hay de por medio una disposición de capital en cabeza de un deudor, que tiene la obligación de restituir la suma de dinero más una remuneración. Que de ahí se desprende que todo derecho patrimonial produzca una retribución por la privación de la posibilidad de usar el capital.

Con fundamento en lo anterior, señaló que la DIAN debía reconocer a favor del Banco Colpatria intereses así: **i)** intereses corrientes sobre la suma reconocida en devolución desde el pago del impuesto hasta la fecha de expedición del acto administrativo que reconoció el pago de lo no debido, **ii)** intereses corrientes sobre la suma cuya devolución fue negada en devolución e **iii)** intereses de mora desde el vencimiento del término para devolver hasta la fecha en que se efectúe la devolución.

Agregó que si bien para efectos tributarios había una regulación especial sobre los intereses que se generan en las devoluciones, ésta se circunscribía a los eventos en los que el contribuyente presenta una solicitud de devolución ante el supuesto de declaraciones presentadas con un pago indebido o en exceso.

Que, sin embargo, no existía una reglamentación para cuando el contribuyente se constituye en acreedor de la Administración por una actuación ilegal que le es imputable, razón por la que en ese supuesto se debían aplicar las normas del Título III del Libro V del Estatuto Tributario, relacionadas con las sanciones, de las que se desprende que quien esté en mora debe pagar intereses corrientes y moratorios, y que solo de esa manera se pueden hacer efectivos a los principios de justicia y equidad.

2.2. Contestación de la demanda

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda.

Dijo que en las transacciones que generaron el GMF cuya devolución fue rechazada por la Administración el Banco Colpatria no fungió como el sujeto pasivo, sino sus clientes, que soportan económicamente la carga del gravamen, porque la entidad financiera solo sirve de intermediario o mediador, para facilitar las operaciones realizadas través de las cuentas de depósito en el Banco de la República.

Manifestó que la DIAN no desconoció el régimen de estabilidad tributaria del demandante. Que, por el contrario, lo reconoció al expedir la Resolución 608-0107 del 26 de enero de 2009, mediante la que ordenó el pago de \$4.057.073.055 y rechazó la devolución de \$472.757.349.

En relación con los intereses reclamados, dijo que el Consejo de Estado, mediante sentencia del 7 de abril de 2008, anuló la Resolución 2805 del 5 de abril de 2002, que había revocado el silencio administrativo positivo protocolizado por el Banco Colpatria.

Que, a título de restablecimiento del derecho, declaró que el demandante estaba amparado por el régimen de estabilidad tributaria desde el 2001 hasta el 2010 y que, en consecuencia, estaba excluido de los nuevos tributos. Que, sin embargo, en la providencia no se hizo ninguna referencia expresa al reconocimiento de intereses sobre los impuestos objeto de la devolución.

Advirtió que lo decidido en la sentencia estaba acorde con las pretensiones formuladas por el Banco Colpatria de la demanda interpuesta en su oportunidad, que se contrajeron a solicitar que se le reconociera el silencio administrativo positivo y que, por tanto, no se aplicaran nuevos impuestos o se incrementara la tarifa del impuesto sobre la renta por estar amparado por el régimen de estabilidad tributaria.

Que así, en consecuencia con la sentencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008, la Administración devolvió las sumas pagadas a título de GMF durante el año 2002, pero sin reconocer intereses por cuanto el fallo referido no dispuso nada sobre ese particular, pues el Banco Colpatria no los reclamó en la demanda presenta en su oportunidad.

Señaló que en las sentencias declarativas, como la providencia del 7 de abril de 2007, no es aplicable el artículo 177 del CAA, que regula la forma en la que se hacen efectivas las condenas contra la Nación. Que, de esa forma, para determinar si los intereses reclamados por el demandante, lo procedente era acudir a las normas del Estatuto Tributario.

Que según el artículo 863 del ET, los intereses corrientes a favor del contribuyente proceden solamente en el evento en que medie solicitud de devolución de un saldo a favor o pago en exceso y el monto a devolver sea objeto de discusión. Que, por tanto, se descarta el pago de intereses cuando no se discute la suma a devolver y que tampoco procede liquidar intereses sobre saldos a cargo de la Administración cuando no eran requeridos expresamente u ordenados por una autoridad judicial.

Reiteró que no se generaron los intereses solicitados por el demandante porque en la sentencia del 7 abril de 2008 no se ordenaron y además porque no se cumplieron los requisitos previstos en los artículos 863 y 864 de ET, en tanto que el saldo a favor fue devuelto en la oportunidad legalmente establecida.

Por último, dijo que la indexación reclamada por la demandante era improcedente porque en materia tributaria, esta solo precede sobre el valor de las sanciones, según lo establecido en el artículo 867-1 del ET.

2.3. La sentencia apelada

El Tribunal anuló parcialmente los actos administrativos demandados y, a título de restablecimiento del derecho, ordenó la devolución de \$472.757.349, más intereses que debían ser determinados según los criterios de la parte motiva de la providencia.

Dijo que el hecho generaron del GMF es la realización de transacciones financieras que impliquen la disposición de recursos depositadas en cuentas, incluidas las cuentas de depósito en el Banco de la República, las entidades financieras que sean titulares de este tipo de cuentas son sujetos pasivos del impuesto que sea atribuible a las transacciones que sobre estas se realicen. Manifestó que las operaciones de traslado de recursos de la cuenta de depósito en el Banco de la República del Banco Colpatria, tanto al patrimonio autónomo constituido para efectos del saneamiento financiero dispuesto por el Fogafin, así como en la disposición de recursos con destino a la



Titularizadora Colombiana, generaron un GMF cuya sujeción pasiva recayó sobre el demandante.

Que en tales operaciones, el Banco Colpatria actuó como contribuyente, esto es, soportó económicamente el tributo sin tener la obligación sustancial de pagarlo porque se encontraba amparado por el régimen de estabilidad tributaria, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008.

Señaló que, en consecuencia, la DIAN debía devolver los \$472.757.349, rechazados mediante los actos administrativos demandados.

En relación con el reconocimiento de intereses, dijo que la providencia del Consejo de Estado del 7 de abril de 2008, que reconoció a favor del Banco Colpatria el régimen de estabilidad tributaria, era una sentencia declarativa y que, en consecuencia, no le era aplicable lo dispuesto en el artículo 177 del CCA. Que fue precisamente por esa razón que el fallo en cuestión no se refirió al reconocimiento de intereses a favor del demandante, puesto que la demanda solo pretendía el reconocimiento del régimen de estabilidad tributaria y no la devolución de impuestos.

Que, en esos términos, lo procedente era aplicar las normas que regulan los intereses en materia tributaria. Así, manifestó que según el artículo 863 del ET, se causan intereses corrientes, cuando se hubiere presentado solicitud de devolución y el saldo a favor estuviere en discusión, bien sea porque la

Administración niegue la devolución o porque no acepte el monto solicitado. Que los intereses moratorios se causan a partir del vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación, circunstancias que el presente caso no se presenta.

Agregó que, sin embargo, la aplicación aislada de la norma antes referida conlleva a desconocer que las sumas indebidamente pagadas a devolver al contribuyente salieron de su patrimonio y que, al tiempo, la Administración se benefició de su uso. Que, por tanto, si desde la fecha en que se realizó un pago indebido hasta la fecha en que se notifica el acto que resuelve la solicitud de devolución no se reconocen intereses legales que compensen la pérdida de la capacidad adquisitiva, se configuraría un enriquecimiento sin causa para la Administración.

Que, por tanto, para reconocer que las sumas pagadas por el Banco Colpatria se desvalorizaron y que, además, sufrió perjuicios por no poder disponer de los recursos que le fueron entregados a la Administración, debían reconocerse los intereses legales de los que trata el artículo 717 del Código Civil.

Con fundamento en lo anterior, dijo que en el caso concreto debían reconocerse intereses sobre los \$472.757.349 así: **i)** intereses corrientes (artículo 863 del ET) desde el 26 de enero de 2009 (fecha en la que fue negada la devolución) hasta la ejecutoria de la providencia, **ii)** intereses legales del 6 % desde la fecha la fecha de pago impuesto hasta la fecha de notificación de la Resolución 608-0107 del 26 de enero de 2010.

2.4. El recurso de apelación

Las partes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal en lo que les fue desfavorable.

2.4.1. De la parte demandante

El Banco Colpatria dijo que los intereses legales reconocidos por el tribunal no compensaban el perjuicio que le ocasionó la Administración al privarlo de poder disponer de una suma de dinero indebidamente recaudada respecto de la que la DIAN obtuvo un provecho económico.

Advirtió que según la jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el pago indebido de un tributo ocasiona una desvalorización monetaria que necesariamente debe ser resarcida con la correspondiente actualización, que debe aplicarse conforme con la presunción del artículo 1617 del Código Civil.

Agregó que, sin embargo, dadas las circunstancias que originaron el pago de lo no debido que dio lugar a la presente discusión, los intereses causados desde el día en que el demandante se vio obligado a sufragar el GMF no podían ser únicamente los legales, en tanto que éstos solo reconocían la desvalorización del dinero, pero que no resarcía el perjuicio ocasionado por la privación de los recursos.

Que la suma reconocida como pago de lo no debido causaba intereses resarcitorios porque solo así se restablecía el derecho del demandante, pues dejó de percibir rendimientos sobre unos recursos que estaban en poder de la DIAN, sobre los que ésta obtuvo beneficios económicos.

Dijo que a pesar de que en materia tributaria no existe una regulación para los intereses que deja de percibir el contribuyente cuando traslada una suma de dinero al Estado, era necesario que para los efectos de las devoluciones de esos recursos se diera aplicación a los principios de justicia y equidad.

Que el hecho de que la sentencia de 7 de abril de 2008, que reconociera el régimen de estabilidad tributaria, fuera de carácter declarativa, no era una razón suficiente para que la Administración no diera cumplimiento a la obligación de resarcir la renta de capital que dejó de percibir el demandante.

Agregó que si bien para efectos fiscales había una regulación sobre los intereses que se generan en las devoluciones, ésta se circunscribía a los eventos en los que el contribuyente presenta una solicitud de devolución ante el supuesto de declaraciones presentadas con un pago indebido o en exceso.

Que, sin embargo, no existía una reglamentación para cuando el contribuyente se constituye en acreedor de la Administración por una actuación ilegal que le es imputable, por lo que en este supuesto se debían aplicar las normas previstas en el Título III del Libro V del Estatuto Tributario

relacionadas con las sanciones, de las que se desprende que quien esté en mora debe pagar intereses corrientes y moratorios, y que solo de esa manera se pueden hacer efectivos los principios de justicia y equidad.

2.4.2. De la parte demandante

En los términos de la demanda, la DIAN dijo que el sujeto pasivo del GMF generado en las transacciones cuya devolución fue rechazada por la Administración no era el Banco Colpatria sino sus clientes, que soportaron económicamente la carga del gravamen, porque la entidad financiera solo sirve de intermediario o mediador, para facilitar las operaciones realizadas través de las cuentas de depósito en el Banco de la República.

Sobre los intereses reconocidos en la primera instancia, señaló que si bien con la petición de devolución el Banco Colpatria solicitó intereses moratorios, en el recurso de reconsideración se limitó a reclamar intereses remuneratorios. Que, de esa forma, el tribunal debió declararse inhibido frente a la pretensión relativa a los intereses de mora porque la Administración no tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre ese particular.

Agregó que los intereses legales ordenados por el tribunal no eran procedentes porque no existía un vacío legislativo que permitiera acudir al Código Civil, Que, por el contrario, el artículo 863 del ET, norma especial aplicable al caso en controversia, de manera clara y expresa señala los eventos en los que se generan intereses en los procesos de devolución.

2.5. Alegatos de conclusión

2.5.1. De la parte demandante

El Banco Colpatria reiteró lo expuesto en el recurso de apelación para sustentar que sobre el pago de lo no debido efectuado como GMF se debían reconocer intereses corrientes.

2.5.2. De la parte demandada

La DIAN insistió en que no era procedente condenar al Estado al pago de los intereses del artículo 1617 del Código Civil porque en materia tributaria existía una norma que regulaba su reconocimiento y que, en el caso del demandante, no se cumplieron los requisitos establecidos en el Estatuto Tributario para que se causaran intereses.

2.6. concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes, la Sala decide sobre la nulidad de la Resolución 608-0107 del 26 de enero de 2009, mediante la que la DIAN resolvió una solicitud de devolución presentada por

el Banco Colpatria, y de la Resolución 1007 de 20 de enero de 2010 que la confirmó.

En concreto, la Sala debe determinar si procedía la devolución del GMF que, por valor de \$472.757.379, le fue retenido al Banco Colpatria durante el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003. Resuelto lo anterior, le corresponde establecer en qué condiciones debió efectuarse la devolución reclamada por el demandante.

La Sala parte por advertir que, por ser un caso análogo a uno ya decidido entre las mismas partes pero referido al impuesto al patrimonio, resolverá, en lo pertinente, según los criterios establecidos en la sentencia del 4 de febrero de 2016⁴, de la que se extraen las siguientes consideraciones:

3.1. Sobre la naturaleza de las sentencias que declaran la existencia del régimen de estabilidad tributaria y, concretamente de la sentencia del 7 de abril de 2008, dictada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial Transitoria de Decisión 4C.

Sobre este particular, la sentencia del 4 de febrero de 2016 precisó lo siguiente:

La declaración del derecho a gozar del régimen de estabilidad tributaria comporta que los contribuyentes beneficiados gocen de ese régimen inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia, en las condiciones previstas en la ley.

En consecuencia, los contribuyentes asumen la obligación de pagar la tarifa especial del impuesto de renta que se causó durante la vigencia del régimen de estabilidad tributaria [2 puntos porcentuales adicionales a la tarifa del

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Radicación: 250002327000200900233 01 (Acumulados) 250002327000200900235 01, 250002327000200900278 01, 250002327000200900275 01 (18551, 18962 y 19045).

régimen ordinario], y, correlativamente, adquieren el derecho a la devolución de los impuestos que en vigencia de ese régimen se hubieren creado [patrimonio, GMF y sobretasa], y, por supuesto, pagado, sin estar obligados a ello. Surge, entonces, una obligación pecuniaria⁵ a cargo del beneficiario del régimen de estabilidad tributaria y a favor del erario, y, correlativamente, una obligación pecuniaria a cargo del erario y en favor del contribuyente, obligaciones que corresponden a las que habrían nacido si se hubiera concedido el régimen de estabilidad tributaria en las condiciones que solicitaron los contribuyentes, esto es, por 10 años, y no como lo aprobó la DIAN [menos de 10 años].

En ese entendido, para la Sala, de la sentencia que declara que el contribuyente goza del régimen de estabilidad tributaria se deriva un restablecimiento del derecho que se repara «*por equivalente*», porque se concreta expresa o tácitamente en el reconocimiento de las obligaciones pecuniarias mutuas que se originan en ese régimen de estabilidad tributaria y en el reconocimiento de que esas obligaciones pueden extinguirse mediante el pago, la devolución e incluso la compensación u otro medio de extinguir este tipo de obligaciones.

El restablecimiento del derecho no puede entenderse concretado a lo pretendido en la demanda ni puede condicionarse su reconocimiento a si el juez ordenó expresamente la devolución, el pago o la compensación de las obligaciones pecuniarias mutuas. No debe perderse de vista que en el interregno de los 10 años de estabilidad tributaria se crearon nuevos impuestos que, al momento de interponerse las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho o de expedirse la sentencia que decidió el litigio, aún no existían.

⁵ Fernando Hinestrosa las define así: “...se denomina a aquellas obligaciones cuya prestación consiste en dar-entregar (transferir) una cantidad de unidades monetarias...”.

El autor explica que “Se sigue hablando de “dar” una suma de dinero, no obstante que el pago de las obligaciones pecuniarias, en especial las de cantidades abultadas, raramente se hace en billetes y monedas, sino, de ordinario, por medio de cheques, remesas, abonos en cuenta, transferencias electrónicas, por razones de comodidad, pero, ante todo, de seguridad.”

En consecuencia, independientemente de que la sentencia que declara la existencia del régimen de estabilidad tributaria no haya dictado una orden de condena en concreto o en abstracto, lo cierto es que esas sentencias tienen un componente económico: el pago mutuo de obligaciones pecuniarias. Y el cumplimiento de esas obligaciones se materializa cuando se ejecuta la sentencia, en las mismas condiciones en que se ejecuta una sentencia condenatoria. De ahí que sea pertinente que esas sentencias se ejecuten siguiendo las reglas de los artículos 177 y 178 del Decreto 01 de 1984.

En lo que concierne a la sentencia del 7 de abril de 2008, la Sala aprecia que no condenó expresamente a la DIAN a devolver, entre otros, el GMF. Esto, por cuanto esa sentencia infirmó la del 26 de noviembre de 2003, que profirió la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y para el mes de noviembre del 2003 no se había promulgado la Ley 863 de ese mismo año⁶, que creó el impuesto al patrimonio por los años gravables 2004, 2005 y 2006.

Por lo tanto, por sustracción de materia, el Banco no pidió la devolución de ese impuesto. Si bien la sentencia del 7 de abril de 2008 pudo ordenar la devolución, la falta de esa orden no es óbice para que se entienda que esa sentencia restableció el derecho del Banco Colpatria a la situación jurídica en la que estaría si la Resolución 2085 de 2002 —acto anulado en esa sentencia— no se hubiera expedido.

En ese entendido, la sentencia del 7 de abril de 2008 no es solo una sentencia declarativa del derecho que tiene el Banco Colpatria, desde el año gravable 2001 hasta el año 2010, al régimen de estabilidad tributaria, sino

⁶ Diario Oficial No. 45.415 de 29 de diciembre de 2003

también, constitutiva del derecho a la devolución de los impuestos creados y causados durante ese régimen de estabilidad y pagados por la institución financiera.

3.2. De las devoluciones efectuadas como efecto del reconocimiento del régimen de estabilidad tributaria mediante providencia judicial.

A partir del presupuesto de que la sentencia del 7 de abril de 2008, que reconoció la existencia del régimen de estabilidad tributaria a favor del Banco Colpatria, es una sentencia constitutiva del derecho a la devolución, en la sentencia del 4 de febrero de 2016, la Sala precisó que se aplican, al caso concreto, los artículos 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984, que regulan las condiciones de condenas a cargo del Estado.

Indexación o intereses civiles del 6% del Código Civil : Sea lo primero advertir que en el acápite referido al análisis del precedente judicial de la Sala se concluyó que no había un criterio unificado en cuanto a qué normas que regulan el reconocimiento de intereses, se deben aplicar a casos como el analizado.

Así, se precisó que en la sentencia del 26 de enero de 2006 [Exp. 16393] se rechazó expresamente la posibilidad de que se apliquen las normas de los Códigos Civil, Comercio y Contencioso Administrativo para definir los intereses que tendría que pagar la DIAN cuando mediante sentencia se reconoce el régimen de estabilidad tributaria, pues se concluyó que la norma aplicable al caso era el artículo 863 del ET.

En las sentencias del 9 de julio [Exp. 15923] y 23 de julio [Exp. 16785], ambas de 2009, se concluyó que si bien era cierto que había que aplicar el artículo 863 del ET, se consideró que también era procedente aplicar el artículo 1617 del CC para reconocer los intereses legales del 6 % a efectos

de compensar la desvalorización monetaria que se habría causado entre la fecha en que se pagó el impuesto no debido y la fecha en que se notificó el acto administrativo que negó la devolución. Esto, por razones de equidad.

La Sala, en la sentencia del 4 de febrero de 2016 que ahora se reitera, unificó el criterio sobre si es aplicable o no el artículo 1617 del CC. y, para el efecto, precisó que, en casos como el analizado, no era procedente aplicar la tarifa del 6% anual prevista en esa disposición.

Se concluyó que la norma que se debe aplicar es el artículo 178 del CCA porque en el caso analizado se parte de la existencia de una sentencia que reconoce el régimen de estabilidad tributaria y esta sentencia tiene contenido económico pues ordena restablecer las obligaciones pecuniarias mutuas al estado en que se encontrarían si el régimen de estabilidad tributaria se hubiera reconocido desde un principio. Dado que el restablecimiento del régimen de estabilidad tributaria implica el pago de los dos puntos porcentuales del impuesto de renta, de una parte, y la devolución de los impuestos no debidos, de otra, la sentencia adquiere la condición de sentencia condenatoria y, por tanto, se rige por las leyes que gobiernan ese tipo de sentencias.

Así, el artículo 178 del CCA dispone que la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberán ajustarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.

El ajuste de las condenas se fundamenta en el principio de reparación integral que, en casos como el analizado, en los que se privó al contribuyente de un régimen tributario especial que habría obtenido lícitamente, el daño infligido por esa privación se debe reparar de manera total.

Y una forma de reparar ese daño es *por equivalente* que, se reitera, tiene como finalidad, el reintegro del dinero actualizado a valor presente.⁷

⁷ En la sentencia de casación N° 133 de 21 de noviembre de 2007, La Corte Suprema de Justicia hizo las siguientes precisiones sobre el reconocimiento del ajuste del capital:

(...) resulta oportuno recordar que el proceso inflacionario, común en las economías modernas, consistente en el alza sostenida del nivel general de los precios de los bienes y servicios de la comunidad, tiene como efecto

El artículo 1617 del Código Civil, además, regula los intereses civiles que se deben reconocer en toda relación contractual de índole civil y, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, no tienen por objeto compensar la pérdida de la valorización monetaria ni incluyen *per se* esa desvalorización. Así lo precisó:

(...) Por supuesto que en frente de obligaciones de linaje civil y, puntualmente, en aquellos casos en que tan sólo se reconoce el denominado interés puro, como sucede con el interés legal civil (inc. 2 nral. 1 art. 1617 e inc. 2 art.2232 C.C.), nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo (unicidad funcional) (Cfme: cas. civ. de 15 de junio de 1995, CCXXXIV, pág. 873). Al fin y al cabo, la metodología materia de comentario, esto es, la indexación indirecta a través de los intereses referidos a la tasa bancaria, sólo se aplica en los casos de responsabilidad contractual de origen mercantil.⁸

Por lo tanto, la Sala considera que en casos como el analizado la norma que se debe aplicar es el artículo 178 del CCA.

inmediato la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que surge la imperiosa necesidad de reconocer la corrección monetaria de ciertas obligaciones afectadas por el referido fenómeno, en aras de atenuar sus evidentes secuelas nocivas, particularmente, la abrogación del contenido conmutativo de las prestaciones. Justamente, como de restablecer el equilibrio se trata, esta institución no se justifica per se, sino en cuanto se aplique -rigiendo el nominalismo- a remediar situaciones manifiestamente injustas e inequitativas. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, habida cuenta que en todos aquellos casos en los cuales ha inferido la necesidad de concederla 'ha acudido (...), explícita o implícitamente, a fundamentar tal reconocimiento, en la equidad, entendida ésta, en acatamiento de lo previsto por el artículo 230 de la Constitución Política Colombiana, como un instrumento auxiliar de la interpretación judicial que permite ahondar en las normas jurídicas en búsqueda de la 'justicia del caso en concreto', de modo que, en esos eventos, la equidad ha sido la herramienta que le ha permitido a esta Corporación desentrañar el sentido de las distintas normas sustanciales, pero sin llegar a desdeñarlas pretextando aplicar sus propias apreciaciones (...). De ahí que, en las diversas hipótesis en las cuales ha tenido que condenar al pago de la corrección monetaria, la Corte, de la mano de la equidad, ha profundizado en el contenido de las normas que gobiernan algunos casos particulares, hasta advertir en ellos un sentido que, sin quebrantar los principios que gobiernan el ordenamiento colombiano en la materia, consulten con criterios de justicia y conveniencia y conduzcan a la solución de los graves problemas que en esas específicas ocasiones produce el fenómeno de la depreciación monetaria', sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035. (...) Por supuesto que junto con la equidad concurren otros principios que igualmente justifican, en su caso, la corrección monetaria, tales como la buena fe, la indemnización plena, la teoría de la causa, la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. Por tanto, su fundamento no puede ubicarse exclusivamente en la necesidad de reparar un daño, punto en el cual hay que recordar que, como lo ha decantado la jurisprudencia "la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía. (sentencia del 29 de noviembre de 1999, expediente No.5035).

⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Sentencia del 1 de septiembre de 2009. Exp. 1300131030051995-11208-01.



En consecuencia, señaló que la DIAN debía ajustar la suma objeto de devolución por el período comprendido entre la fecha en que el contribuyente pagó el impuesto hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia constitutiva del derecho a la devolución. Y sobre ese capital debían liquidarse los intereses moratorios a de los que trata el artículo 177 del CCA, pero una vez vencidos los 30 a que se refiere el artículo 176 *ibídem*, esto es, los previstos para que la autoridad dicte la resolución en la que adoptará las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia.

En tal caso, la indexación de los pagos se hace conforme con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde:

R= Impuesto pagado actualizado (lo que se busca)

Rh= Renta histórica (impuesto pagado)

Índice Final: Índice de precios al consumidor certificado por el DANE, del mes inmediatamente anterior a la sentencia o del mes de la sentencia, si se dicta en el último día.

Índice Inicial: Índice de precios al consumidor certificado por el DANE, del mes en que ocurrió la compensación del impuesto pedido en devolución.

Los intereses corrientes y moratorios del ET. En casos como el que en esa oportunidad fue resuelto, tampoco es procedente restablecer el derecho mediante el reconocimiento de los intereses corrientes y moratorios previstos en el artículo 863 del ET, puesto que no se dan los presupuestos para que se aplique esa norma. En efecto, el artículo 863 *ibídem* parte del presupuesto de que el contribuyente presentó una petición de devolución de un saldo a favor,

de un pago en exceso o un pago de lo no debido ante la Administración y que la controversia sobre ese derecho se dirime ante la administración y la controla la jurisdicción.

Los anteriores casos difieren de la controversia por la declaratoria del régimen de estabilidad tributaria porque ésta no empieza a instancia de una petición de devolución de los impuestos derivados de ese régimen, sino del reconocimiento del régimen propiamente dicho y las consecuencias que esa decisión comporta.

De manera que la sentencia que reconoce ese régimen, como se comentó, tiene un contenido económico, pues de esa sentencia surgen obligaciones pecuniarias mutuas: la devolución del impuesto estabilizado y el pago del mayor impuesto de renta.

Por lo tanto, independientemente de que medie una petición de devolución a instancia de la expedición de la sentencia, lo cierto es que la devolución ya no es un asunto que debe ser controvertido sino, simple y llanamente, cumplido y, por lo tanto, en las condiciones que prevén los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

Valga advertir, además, que la Sala, mediante sentencias del 26 de noviembre de 2015 (Expedientes 20122 y 20021⁹) unificó el criterio referido a la forma en que se debía restablecer el derecho en los casos en que se controvierte la devolución de saldos a favor, pagos en exceso o de lo no debido. Concretamente, precisó que la norma que se debe aplicar en tales eventos es el artículo 863 del ET. Pera el efecto, señaló.

*2.13 En lo que tiene que ver con el **restablecimiento del derecho por la devolución de pagos de lo no debido**, o lo que es lo mismo, su reparación, la Sala advierte que conforme con el artículo 235 de la Ley 223 de 1995, en materia del impuesto de registro se deben aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional, es decir, lo previsto en el artículo 863 del ordenamiento en cita.*

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia 26 de noviembre 2015. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Radicación: 050012331000-2001-04303-01 (20122).

Sentencia del 26 de noviembre de 2015. M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación: 050012331000200506730 01 (20021).

2.13.1 La reparación, en ese caso, la fijó el legislador dentro de la libertad de configuración legislativa que le es propia, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 863. Cuando hubiere un pago en exceso o en las declaraciones tributarias resulte un saldo a favor del contribuyente, sólo se causarán intereses corrientes y moratorios, en los siguientes casos:

Se causan intereses corrientes, cuando se hubiere presentado solicitud de devolución y el saldo a favor estuviere en discusión, desde la fecha de notificación del requerimiento especial o del acto que niegue la devolución, según el caso, hasta la del acto o providencia que confirme total o parcialmente el saldo a favor.

Se causan intereses moratorios, a partir del vencimiento del término para devolver y hasta la fecha del giro del cheque, emisión del título o consignación.

Lo dispuesto en este artículo sólo se aplicará a las solicitudes de devolución que se presenten a partir de la vigencia de esta ley”.

2.13.2 Es decir, la reparación, en lo que compete a la obligación dineraria propiamente dicha, que subyace en la pretensión de devolución del pago de lo no debido a favor de la sociedad demandante, está fijada en forma clara por el legislador en el artículo 863 citado, lo que impone estarse a lo que dispone dicha norma.
(Negrilla fuera de texto)

3.3. Análisis del caso concreto

3.3.1. Hechos probados

Para resolver el caso concreto se tienen como ciertos los siguientes hechos:

a) Relacionados con el régimen de estabilidad tributaria

1. El 21 de septiembre de 2000, el Banco Colpatria le manifestó a la DIAN su interés en suscribir un contrato de estabilidad tributaria.



2. Habida cuenta de que la DIAN suscribió el contrato de estabilidad tributaria por un año, el Banco Colpatria insistió en la suscripción por un término de 10 años.
3. El 22 de diciembre del año 2000, mediante oficio 2717, la DIAN resolvió desfavorablemente la petición formulada por el Banco Colpatria.
4. El Banco Colpatria interpretó que se había configurado a su favor el silencio administrativo positivo que le daba acceso al régimen de estabilidad tributaria por un periodo de 10 años y lo protocolizó mediante la Escritura Pública 04369 del 28 de diciembre del año 2000.
5. El 2 de abril de 2002, mediante Resolución 2805, la DIAN revocó el acto presunto ficto positivo.
6. Contra la Resolución 2805 de 2002, el Banco interpuso demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
7. El 7 de abril de 2008, la Sala Especial Transitoria de Decisión 4C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado anuló la Resolución 2805 de 2002 y, a título restablecimiento del derecho, reconoció el régimen de estabilidad tributaria a favor del Banco Colpatria. La providencia referida quedó ejecutoriada el 18 de junio de 2008

3.3.1.1. Hechos relacionados con el impuesto solicitado en devolución

1. El 4 de agosto de 2008, el Banco Colpatria solicitó la devolución de \$4.529.830.000 correspondientes a GMF pagado durante el periodo comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003¹⁰. Con la petición de devolución, solicitó, además, intereses de mora¹¹.

Retenedor	Valor
Banco de la República	\$2.066.038.265
Bancolombia	\$151.850.467
Banco de Bogotá	\$76.621.529
Banco Agrario	
Banco de Crédito	
Helm Trust S.A.	
Autoretención del GMF declaraciones privadas	\$2.235.320.000
TOTAL GMF PAGADO INDEBIDAMENTE	\$4.529.830.261

2. El 26 de enero de 2009, mediante la Resolución 608-0107, la DIAN reconoció a favor del demandante \$4.057.073.000 y ordenó su pago, Además, rechazó la devolución de \$472.757.349¹².

En concreto, la DIAN señaló que rechazaba de devolución de los \$472.757.349 «*por corresponder a operaciones realizadas por mandato de terceros a nombre de terceros en la cuenta de depósito y en contratos de convenios de recaudo de terceros, toda vez que el beneficio de la Estabilidad Tributaria cubre únicamente a las operaciones propias del contribuyente*».

¹⁰ Folio 53 del CP.

¹¹ Folio 64 del CP.

¹² Folios 37 al 79 del CP.

3. El 27 de marzo de 2009, el Banco Colpatria interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 608–0107 del 26 de enero de 2009¹³.
4. El 20 de enero de 2010, mediante la Resolución 1007, la DIAN resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 608-0107 del 26 de enero de 2009 en el sentido de confirmar el acto recurrido¹⁴.

3.3.2. De la devolución del GMF por valor de \$472.757.349 rechazado por la DIAN

La Ley 633 de 2000, «*Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial*», creó como un nuevo impuesto, a partir del primero de enero de 2001, el Gravamen a los Movimientos Financieros. El tributo así creado estaba a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman. Para el efecto, se adicionó el Libro Sexto al Estatuto Tributario, artículos 871 al 881.

El hecho generador del tributo –artículo 881– lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las que 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.

Para los efectos del impuesto, la norma en cuestión estableció que 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

¹³ Folios 68 al 478 del C.P.

¹⁴ Folios 32 al 41 del C.P.

débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como saldos positivos de tarjetas de crédito y las operaciones mediante las que los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante abono en cuenta.

Los sujetos pasivos del impuesto –artículo 875– son los usuarios del sistema financiero, las entidades que lo conforman y el Banco de la República. La norma dispuso, además, –artículo 876– que actuarían como agentes retenedores y serían responsables por el recaudo y el pago del GMF, el Banco de la República y los establecimientos de crédito en los que se encuentre la respectiva cuenta, así como los establecimientos de crédito que expiden los cheques de gerencia.

Por su parte, el Decreto 405 de 2001, «*Por el cual se reglamenta parcialmente el Libro VI del Estatuto Tributario*», estableció que los débitos en las cuentas de depósito en el Banco de la República estarán sujetas al GMF, en los siguientes términos:

Artículo 3°. Débitos en las cuentas de depósito en moneda nacional o extranjera en el Banco de la República. De conformidad con el artículo 871 del Estatuto Tributario las transacciones financieras que realicen los usuarios de las cuentas de depósito en moneda nacional o extranjera abiertas en el Banco de la República, y no exceptuadas expresamente en el artículo 879 del Estatuto Tributario, estarán sujetas al Gravamen a los Movimientos Financieros.

El sujeto pasivo será el establecimiento de crédito o el titular de la cuenta de depósito cuando disponga de sus recursos en dichas cuentas.

Según la norma transcrita, la realización de cualquier transacción que implique la disposición de recursos depositados en cuentas de depósito en el Banco de la República constituye hecho generador del GMF, evento en el que la entidad financiera titular, asume la calidad de sujeto pasivo.

Las denominadas cuentas de depósito en el Banco de la República son abiertas en el Banco Central por las entidades que realizan operaciones con dicha entidad o requieran de la prestación de sus servicios, entre estos, operaciones internacionales de pago y crédito, administración del depósito de

valores, servicio de compensación interbancaria, operaciones como agente fiscal del Gobierno y prestamista de última instancia de los establecimientos de crédito

La Resolución Interna 3 de 1997 «*Por la cual se dictan normas relacionadas con la celebración de contratos de depósito con el Banco de la República*», expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, vigente para el año 2002, establecía en relación con las cuentas de depósito lo siguiente:

Artículo 1o. Objetivo. *Con el propósito de garantizar el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía y promover su seguridad y eficiencia, el Banco de la República podrá celebrar contratos de depósito, de acuerdo con las condiciones establecidas en la presente resolución.*

En desarrollo de lo anterior, el Banco de la República podrá celebrar contratos de depósito con personas jurídicas, públicas o privadas, cuando ello sea necesario, para la realización de las operaciones de mercado abierto, compra y venta de divisas, operaciones internacionales de pago y crédito, administración del depósito de valores, servicio de compensación interbancaria, operaciones como agente fiscal del Gobierno y banquero y prestamista de última instancia de los establecimientos de crédito, así como las demás operaciones y servicios que preste el Banco de la República, de conformidad con las regulaciones pertinentes.

Parágrafo. *Tratándose de personas jurídicas públicas, el Banco de la República podrá celebrar contratos de depósito únicamente con la Dirección del Tesoro Nacional, las entidades públicas que desarrollen actividades financieras o aseguradoras y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras -FOGAFI N-.*

Para lo que al caso particular interesa, es pertinente señalar que el servicio de compensación interbancaria, según el reglamento operativo del servicio de compensación interbancaria del Banco de la República, es un sistema que permite a las entidades autorizadas compensar y/o liquidar instrucciones de pago propias o de terceros realizadas a través de los instrumentos de pago¹⁵.

¹⁵ Artículo 4.- Instrumentos de Pago: El Servicio de Compensación Interbancaria podrá efectuar la compensación y/o liquidación de las instrucciones de pago que se realicen a través de los documentos señalados en el Decreto 1207 de 1996, los cuales para efectos de este reglamento se denominan Instrumentos de Pago y se precisan a continuación:

Las operaciones mencionadas se realizan mediante registro contable en las cuentas de depósito que las entidades autorizadas tienen en el Banco de la República.

De conformidad con lo anterior, la Sala considera que, como efecto del régimen de estabilidad tributaria que le fue reconocido al Banco Colpatria, el GMF, por ser un nuevo impuesto, no era aplicable sobre las operaciones en las que el demandante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 875 del ET y 3 del Decreto 405 de 2001, hubiera actuado como sujeto pasivo.

Así pues, el 8 de agosto de 2008, el Banco Colpatria solicitó a la DIAN la devolución de \$4.529.830.404, junto con los intereses de mora, correspondientes al GMF que le fue retenido o fue objeto de autoretenición durante el período comprendido entre el 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003, según se detalló en el numeral primero del capítulo de hechos probados.

Con la solicitud de devolución, el Banco Colpatria allegó, entre otras, una certificación expedida por el Banco de la República en la que señala lo siguiente:

Durante el periodo comprendido entre el 05 de enero de 2002 y el 03 de enero de 2003, se recaudó un Gravamen a los Movimientos Financieros al contribuyente BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA con Nit. 860.034.594-1 por valor de DOS MIL SESENTA Y SEIS MILLONES TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON 09/100 (\$2.066.038.265,09) M/CTE.

(...)

Se deja constancia de que los valores por concepto de Gravamen a los Movimientos Financieros que se está certificando, no han sido objeto de devolución por parte del agente retenedor y que las retenciones practicadas

-
- a) Cheques;
 - b) Retiros o depósitos a través de cajeros automáticos;
 - c) Pagos efectuados con tarjetas de crédito o débito, distintos a los mencionados en el literal b);
 - d) Transferencias de fondos ordenadas en medio magnético o electrónico;
 - e) Títulos de depósito judicial y títulos emitidos o administrados por el Banco de la República, cuando ello se disponga en las correspondientes circulares de procedimiento.

fueron consignadas en la ciudad de Bogotá, dentro de los plazos que para tal efecto señala el Gobierno Nacional.

La DIAN reconoció a favor del Banco Colpatria la suma de \$4.057.073.055 y ordenó su devolución, pero rechazó \$472.757.349. Para sustentar el rechazo, señaló que se trataba del impuesto correspondiente a operaciones efectuadas por mandato de terceros en cuentas de depósito y en convenios de recaudo. Dicho en otros términos, que no se trataba de operaciones propias del demandante.

La Sala advierte que para rechazar la devolución de los \$472.757.349, la DIAN fundó su decisión en el informe final del expediente de investigación que se adelantó de manera previa a resolver la solicitud de devolución que presentó el demandante¹⁶. En ese informe se lee lo siguiente:

Una vez revisadas el 100% de las operaciones realizadas por el Banco Colpatria a través de la cuentas de depósito correspondiente al año gravable 2002, se encontraron transacciones realizadas por mandato a nombre de terceros, según soportes enviados por el contribuyente (folios 106 a 123), adjunta al presente informe, por valor de \$460.263.031,00 cantidad que no es procedente devolver, toda vez que el beneficio de Estabilidad Tributaria es exclusivamente para las operaciones propias del contribuyente que suscribió el contrato con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

En la verificación de las declaraciones y pagos presentados por el BANCO COLPATRIA, en calidad de agente retenedor, se evidenció que en el renglón DISPOSICIÓN DE RECURSOS A TRAVÉS DE CONTRATOS O CONVENIOS DE RECAUDO O SIMILARES, de las declaraciones del año gravable 2002 se registró la suma de \$12.464.318.00 (folio 124), relación adjunta al presente informe, que tampoco es procedente devolver, pues como se mencionó anteriormente, el beneficio de Estabilidad Tributaria es exclusivamente para las operaciones propias del contribuyente que suscribió el contrato con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y no por el movimiento de terceros.

(...)

¹⁶ Folios 241 al 245 del CCA.



Por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que el contribuyente solicita la devolución del gravamen a los movimientos financieros generado en operaciones realizadas por mandato de terceros en la cuenta de depósitos y en contratos de convenio de recaudo de terceros, se concluye que por el año gravable 2002, no es procedente devolver la suma de \$472.757.349.

En el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 608-0107 del 26 de enero de 2009, el Banco Colpatria explicó la naturaleza de las operaciones que causaron el impuesto solicitado en devolución en los siguientes términos:

Las sumas señaladas se originaron en operaciones realizadas por el Banco Colpatria, a través de la cuenta de depósito del Banco de la República. Estas operaciones corresponden a los clientes que durante el año 2002, solicitaron al Banco que se les realizara retiros de sus cuentas y que estos fueron efectuados a través de la Cuenta de Depósito del Banco de la República (Sistema Sebra). Dichas operaciones se efectuaron a un diverso número de clientes, por conceptos que podemos agrupar de la siguiente manera:

- Recaudos de los deudores del Patrimonio Autónomo de Activos improductivos del Banco Colpatria, dentro del proceso de saneamiento establecido por la Resolución N° 006 de 1999 de Fogafin.*
- Recaudos de los créditos hipotecarios cuya cartera había sido previamente titularizada. Estos valores se trasladaban a la Titularizadora Colombiana.*
- Retiros de otros clientes por operaciones diversas de retiros de fondos a su favor en el Banco.*

Para lo efectos descritos, se seguía el procedimiento que se señala:

- El Banco, recibía los recursos bien sea directamente de los clientes o los deudores (en los primeros casos). Estas sumas las registraba en la cuenta corriente.*
- Una vez se recibía la instrucción del cliente se daba cumplimiento al contrato o acuerdo, el Banco Colpatria retenía el Gravamen a los movimientos financieros (GMF) y se lo paga a la DIAN, cargándolo al*

cliente. Este GMF no fue solicitado en devolución por corresponder claramente al cliente y no al Banco Colpatria.

- *Posteriormente se realizaba el traslado al cliente a través de la cuenta de depósito del Banco de la República (sistema SEBRA). El Banco de la República retenía otro Gravamen a los Movimientos Financieros, este sí se lo cargaba al Banco Colpatria, el cual fue objeto de solicitud de devolución y rechazado en primero a instancia por la DIAN.*

Se puede apreciar que sobre un mismo valor transferido se generaban dos Gravámenes a los Movimientos Financieros, uno a cargo del cliente y otro a cargo del Banco. Esta inequidad fue subsanada por el Decreto 3222 de 2008.

(...)

En efecto, se trata de recursos del Banco Colpatria los cuales corresponden a recaudos de cartera correspondientes al Patrimonio Autónomo de Activos Improductivos Banco Colpatria – Fogafin, Recaudos de créditos Hipotecarios cuya cartera había sido previamente titularizada y a traslados de clientes cuya disposición de recursos había sido objeto sujeta al GMF, retenidos y pagados a la DIAN por el Banco. Posteriormente, estos valores se trasladaban de la cuenta del Banco Colpatria en el Banco de la República, vía SEBRA, a la Fiduciaria Helm Trust, a la titularizadora Colombiana o a las cuentas que indicaran los clientes.

Debe tenerse en consideración, que la devolución solicitada no hace referencia a los gravámenes retenidos con ocasión de la disposición de recursos de los clientes, sino corresponde únicamente a los gravámenes que pagó el BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., sobre las cuentas de depósito propias en el Banco de la República.

De otra parte, la Sala advierte que en sede judicial, el Banco Colpatria solicitó la práctica de un dictamen pericial, con el fin de que rindiera concepto sobre las operaciones efectuadas en la cuenta de depósito en el Banco de la República. El dictamen pericial rendido el 11 de noviembre de 2011 concluyó lo siguiente:

Con los extractos emitidos por el Banco de la República, versus los extractos de las cuentas corrientes de los clientes se verificó que el Gravamen a los

*Movimientos Financieros se canceló por **PARTE DEL CLIENTE UNA SOLA VEZ** cuando consignó en la cuenta 12016 a nombre del Helm Trust PA Activos Improductivos (ver anexos) los cuales ascienden a la suma de \$472.757.349 correspondientes al 4*1000, el Banco Colpatria pagó el 4*1000 **POR SEGUNDA VEZ** por disposición de recursos de la cuenta de depósito del Banco de la República No. 62011952, por el manejo de los recursos del Patrimonio Autónomo de Activos Improductivos generando un doble Gravamen a los Movimientos Financieros, uno cobrado por el Banco Colpatria a sus clientes y pagado a la DIAN, y el otro cobrado de la cuenta de depósito del Banco de la República y pagado a la DIAN por una misma operación.*

Según se advirtió, la disposición de recursos depositados en cuentas de depósito en el Banco de la República constituye hecho generador del GMF, caso en el que la condición de sujeto pasivo del tributo recae en la entidad financiera titular de cuenta. En ese evento, el impuesto así causado es retenido por el Banco Central.

De conformidad con lo anterior, y dado que el Banco Colpatria gozaba de estabilidad tributaria para la época en que fue retenido el GMF solicitado en devolución, la Sala considera que no era sujeto pasivo del tributo en cuestión, razón por lo que tiene derecho a la devolución de las sumas indebidamente retenidas que no fueron reconocidas por la DIAN por valor de \$472.757.349, mediante los actos administrativos demandados.

3.3.3. De si es procedente liquidar indexación, intereses legales, corrientes o moratorios a favor del Banco Colpatria.

3.3.3.1. Indexación del capital

La Sala reitera que, como consecuencia de la sentencia del 7 de abril de 2008, que dictó la Sala Especial Transitoria de Decisión 4C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, surgió el derecho del Banco Colpatria a la devolución del GMF que le fue retenido o que autoretuvo entre el 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003 por valor de



\$4.529.830.261, a partir de la ejecutoria de esa sentencia, situación que tuvo lugar el 18 de junio de 2008.

Según lo expuesto en la apelación, el primer punto de controversia consiste en determinar si era pertinente que el tribunal condenara a la DIAN a liquidar y pagar los intereses legales del artículo 1617 del Código Civil.

El demandante alegó que lo procedente era que se le reconocieran los intereses corrientes y moratorios del artículo 863 del ET, para que de esa manera, se resarcieran los perjuicios que le fueron ocasionados. La DIAN, por su parte, sostiene que no procedían los intereses legales del Código Civil porque el Banco Colpatria no los pidió en la demanda. Que tampoco debían reconocerse los intereses corrientes o moratorios del artículo 863 *ibídem* porque la Administración aceptó devolver el impuesto y que esa petición se resolvió en el término legal.

La Sala revocará la condena impuesta por el Tribunal a la DIAN, en cuanto ordenó pagar el interés legal del 6 % y, en su lugar, ordenará indexar la suma objeto de devolución según se precisa a continuación.

Conforme con lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia, debe entenderse que, como consecuencia del restablecimiento del derecho derivado de la providencia del 7 de abril de 2008, la DIAN debió devolverle al Banco Colpatria el GMF que le fue retenido o que aurtuvo por valor de \$4.529.830.261 debidamente indexado, esto, es, en los términos del artículo 178 del CCA.

Aunque la DIAN tiene la razón en cuanto a que con la demanda el Banco Colpatria pretendió el reconocimiento de los intereses corrientes, no los intereses legales, no se viola el principio de congruencia ni se incurre en la expedición de un fallo *ultra petita*, por el hecho de definir el restablecimiento del derecho en las condiciones que conforme con la ley corresponde.

En ese contexto, la Sala modificará la parte resolutive de la sentencia apelada para ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la indexación del capital, esto es, de los \$4.529.830.261 que el Banco Colpatria solicitó en devolución, desde la fecha en la que fue retenido el GMF objeto de la devolución hasta el 18 de junio de 2008, fecha de ejecutoria de la sentencia del 7 de abril de 2008 de la Sala Especial Transitoria de Decisión 4C de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado que reconoció al Banco Colpatria el régimen de estabilidad tributaria.

Para el efecto, deberá seguirse la fórmula establecida en las páginas 19 y 20 de esta sentencia.

3.3.3.2. Intereses de mora del artículo 177 del CCA. Primer corte.

A partir de la sentencia del 7 de abril de 2008, la DIAN adquirió la obligación de devolverle el Banco Colpatria las sumas correspondientes del GMF retenido o autoretenido entre el 5 de enero de 2002 y el 3 de enero de 2003. Por lo tanto, el demandante tiene derecho a que se le reconozca el interés por mora, pero no con fundamento en el artículo 863 del ET, sino en el artículo 177 del CCA. habida cuenta de que el fallo que le reconoció el régimen de estabilidad tributaria es una sentencia constitutiva que tiene,

además, el componente económico derivado del restablecimiento del derecho: el pago de obligaciones pecuniarias mutuas.

El artículo 177 del CCA exige reconocer intereses comerciales. Estos intereses están previstos en el artículo 884 del Código de Comercio, así:

***Artículo 884.** Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.*

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.

En consecuencia, la Sala condenará a la DIAN a que liquide y pague los intereses moratorios previstos en el artículo 884 del Código de Comercio sobre los \$4.057.073.00, que corresponde a una parte del capital que Colpatria solicitó en devolución.

Esos intereses se causan a partir de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, porque ese es el plazo que el artículo 176 del CCA le concede a la Administración para disponer de lo necesario para ejecutar la sentencia. En concreto, los intereses se causan desde el primero de agosto de 2008 y hasta la fecha en la que fueron devueltos.

De conformidad con el artículo 2º de la Resolución 608-0107 del 26 de enero de 2009, la devolución se ordenó en Tidis que podían reclamarse una vez cumplido un día hábil de la notificación de esa resolución. Por lo tanto, hasta ese día se causarán intereses de mora sobre los \$4.057.073.055.

3.3.3.3. Intereses de mora del artículo 177 del CCA. Segundo corte.

Ahora bien, dado que solo se hizo efectiva la devolución de parte del capital debido, quedando un remanente por devolver, sobre esta suma se causan

intereses de mora desde el día en que se hizo efectiva la devolución de los \$4.057.073.000 y hasta que efectivamente se devuelva el remanente.

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

PRIMERO: CONFÍRMASE el numeral primero de la sentencia del 22 de marzo de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el Banco Colpatria contra la DIAN.

SEGUNDO: MODIFÍCASE el numeral segundo de la sentencia apelada. Por lo tanto, el restablecimiento del derecho quedará así:

ORDÉNESE a la DIAN a indexar los \$4.529.830.261 desde la fecha en que fue retenido el GMF hasta el 8 de junio de 2008.

CONDÉNASE a la DIAN a devolver al Banco Colpatria la suma que resulte de restar al capital debidamente indexado los \$4.057.130.261 que fueron objeto de devolución.

CONDÉNASE a la DIAN a reconocer al Banco Colpatria los intereses de mora sobre la suma de \$4.057.830.261 desde el 1º de agosto de 2008 hasta la fecha en la que fueron devueltos por la DIAN.

CONDÉNASE a la DIAN a reconocer al Banco Colpatria los intereses de mora causados sobre el remanente del capital indexado que falta por devolver, desde el día en que se hizo efectiva la devolución de



parte del capital y hasta que se devuelva efectivamente el remanente por la DIAN.

TERCERO: en lo demás, **CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

CUARTO: RECONÓCESE personería a la abogada Maritza Alexandra Díaz Granados como apoderada de la DIAN.

Cópiese, notifíquese y comuníquese. Cúmplase.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente de la Sección
Aclaro el voto

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ