

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 25000232700020100014601 (19262)

Actor: BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A. NIT 860034594-1

Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN

Asunto: Devolución Gravamen a los Movimientos Financieros año 2001

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 28 de octubre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que anuló parcialmente los actos demandados.

La parte resolutive del fallo apelado dispuso lo siguiente:

1. ANÚLANSE PARCIALMENTE las Resoluciones Nos. 608 109 de 26 de enero de 2009 y la 1008 de 20 de enero de 2010, proferidas por la División de Gestión de Recaudo de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes y la Subdirección de Gestión de Recursos Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica, mediante las cuales se reconoció a favor del BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA S.A., NIT. 860.034.594-1, la suma de \$4.931.373.541, correspondiente al pago de lo no debido generado en el gravamen a los movimientos financieros por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2001 y el 4 de enero de 2002.

2. A TÍTULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, modifíquense los actos administrativos señalados en el numeral anterior, conforme a la liquidación que obra en la parte motiva de esta providencia.

3. No se condena en costas por cuanto no aparecen probadas.

4. [...]»

ANTECEDENTES



Por sentencia de 26 de noviembre de 2003, la Sección Cuarta del Consejo de Estado se declaró inibida para emitir pronunciamiento de fondo respecto de la solicitud de nulidad y restablecimiento del derecho del Oficio 5500001-2403 de 28 de diciembre de 2001, por el cual la DIAN negó a la actora el silencio administrativo

positivo en el sentido de reconocer que era beneficiaria del régimen de estabilidad tributaria desde el 2001 y por el término de 10 años¹.

El 7 de abril de 2008, la Sala Especial Transitoria de Decisión 4C del Consejo de Estado resolvió el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el Banco Colpatria contra la sentencia de 26 de noviembre de 2003 y le reconoció al Banco el silencio administrativo positivo. En consecuencia, dispuso que la actora estaba cobijada por el régimen de estabilidad tributaria, previsto en el artículo 240-1 del Estatuto Tributario, por el término de 10 años contados a partir del año 2001.

El 4 de agosto de 2008, el Banco solicitó a la DIAN la devolución de \$5.126.094.156, por concepto de Gravamen a los Movimientos Financieros, GMF, causado durante el año 2001, más intereses de mora².

Por Resolución 608-0109 de 26 de enero de 2009, la DIAN reconoció a favor del Banco Colpatria la suma de \$4.931.373.541 como pago de lo no debido y ordenó su devolución. Además, rechazó la devolución de \$194.720.615. Sobre la suma devuelta, no reconoció intereses.

El 27 de marzo de 2009, la actora interpuso recurso de reconsideración contra la anterior resolución⁴ que fue resuelto por Resolución 1008 de 20 de enero de 2010, en el sentido de confirmar el acto impugnado⁵.

DEMANDA

EL BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones⁶:

«PRIMERO.- Declarar la nulidad de la Resolución No. 608-0109 de 26 de enero de 2009, proferida por la División de Gestión de Recaudo de la Dirección Seccional de Impuestos de los Grandes Contribuyentes, así como la Resolución No. 1008 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 del Derecho, ordenar la devolución de pago de lo no debido al BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA S.A. por la suma de \$194.720.615 correspondiente al Gravamen a los Movimientos Financieros del año 2001 que rechazó la DIAN más los intereses corrientes calculados sobre esta suma de dinero, causados desde el momento 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 \$7.526.682.200 que se calculan sobre los \$5.126.094.156 solicitados a la Administración Tributaria en devolución del Gravamen a los Movimientos Financieros del año 2001, 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».

La demandante invocó como normas violadas, las siguientes:

□ Artículos 13, 58 y 338 de la Constitución Política. □ Artículos 174 y 177 del Código Contencioso Administrativo. □ Artículos 717 y 2313 del Código Civil. □ Artículos 870, 871, 873, 875, 876 y 879 del Estatuto Tributario. □ Artículo 3 del Decreto 405 de 2001. □ Artículo 3 del Decreto 449 de 2003.

El concepto de la violación se sintetiza así:

Situación jurídica a favor de la actora por el régimen de estabilidad tributaria reconocido por el Consejo de Estado

Con fundamento en el artículo 240-1 del Estatuto Tributario, el 21 de septiembre de 2000, la actora solicitó a la DIAN la suscripción del contrato estabilidad tributaria. Como la DIAN no respondió a tiempo la solicitud, se configuró el silencio administrativo positivo en favor de la demandante, como lo reconoció el Consejo de Estado en sentencia de 7 de abril de 20087.

En virtud del citado fallo, por gozar del régimen de estabilidad tributaria desde el año 2001, la actora no estaba sujeta a los impuestos creados con posterioridad a la celebración del contrato de estabilidad, entre ellos, el Gravamen a los Movimiento Financieros, creado por la Ley 633 de 2000.

Lo anterior constituye una situación jurídica consolidada en favor de la demandante que debe respetarse hasta cuando se cumpla el término de 10 años. Por esa razón, la actora tenía derecho a la devolución del impuesto que pagó en calidad de sujeto pasivo del referido gravamen.

Desconocimiento de las operaciones económicas en cuentas de depósito en el Banco de la República

La DIAN rechazó la devolución de \$194.720.000 porque consideró que se trataba de un GMF originado en operaciones realizadas por la actora en cuentas de depósitos en el Banco de la República por mandato de sus clientes, es decir, que no se trataba de operaciones financieras con recursos propios sino de terceros en las que actuaba como intermediaria.

No obstante, la suma solicitada en devolución correspondía al impuesto causado en operaciones propias de la actora realizadas en cuentas 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.

Conforme con el artículo 871 del Estatuto Tributario, 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 en la que realizan transferencias y operaciones a nombre propio. Cada vez que dispone de los recursos depositados se causa el impuesto a cargo de la actora, que es retenido por el Banco de la República.

En el caso en estudio, es necesario distinguir dos situaciones que tienen efectos distintos frente al GMF. De una parte, está la operación financiera realizada entre el cliente y la actora, evento en el cual el Banco es responsable del GMF cuando sus clientes requieren de los recursos que administra. Y de otra, la transacción que efectúa el demandante con el Banco de la República, en la que el actor es contribuyente del tributo por ser el titular de los recursos depositados en la cuenta de depósito en el Banco de la República. El impuesto solicitado en devolución fue el que se causó en esta última operación.

El hecho de que exista mandato no significa que las operaciones en la cuenta de depósitos sean con cargo a los clientes del Banco, pues, conforme con los artículos 1 de la Resolución Interna 3 de 1997 del Banco de la República y 3 del Decreto 405 de 2001, estos no pueden ser clientes del Banco de la República y porque las cuentas de depósito fueron creadas como un sistema de pagos para las entidades financieras.

El artículo 879 numeral 6 del Estatuto Tributario dispone que las transacciones realizadas mediante el servicio de compensación interbancaria en las cuentas que poseen los establecimientos de crédito en el Banco de la República están exentas del GMF. Dicho servicio es un sistema que permite a las entidades compensar y/o liquidar instrucciones de pago propias o a través de instrumentos de pago mediante el registro contable en las cuentas de depósito que las entidades tienen en el Banco de la República. Por su parte, el Decreto 3222 de 2008 establece que la disposición de recursos vía Sebra constituye una sola operación.

Independientemente de si las operaciones están gravadas o exentas del GMF, fueron operaciones financieras propias de la actora, que deben ser devueltas en virtud del contrato de estabilidad tributaria que le cobijaba.

Los traslados de recursos por cuentas de depósito del Banco de la República con destino al patrimonio autónomo de activos improductivos dentro del proceso de saneamiento establecido por FOGAFÍN por la Resolución 6 de 1999 son operaciones propias de la actora. Dicha resolución estableció una línea de crédito para las entidades vigiladas por la entonces Superintendencia Bancaria para el fortalecimiento patrimonial de los establecimientos mediante su capitalización, a la que se acogió la actora.



Como requisito para otorgar el crédito, la actora debió sanear sus estados financieros con el fin de reducir su patrimonio y reflejar su verdadero valor económico, por lo que se realizó la provisión y castigo de activos improductivos, dentro de los que estaban los saldos insolutos que los deudores morosos debían por cartera hipotecaria. El futuro recaudo de estas acreencias debía ser trasladado a un patrimonio autónomo constituido bajo las condiciones del Banco de Crédito Helm Trust S.A.

El GMF causado en la anterior operación se dio de dos maneras: una vez la actora recaudó los recursos de los deudores del patrimonio autónomo, los registró en una cuenta corriente y los trasladó a la Fiduciaria a través de la cuenta de depósito del Banco de la República. Cuando se dispuso los recursos de la cuenta corriente, la actora actuó como responsable del gravamen, pues lo retuvo y pagó con cargo al patrimonio autónomo, pago que no fue solicitado en devolución por la actora porque estuvo a cargo de un tercero.

Asimismo, el traslado de estos recursos a través de la cuenta de depósito del Banco de la República con destino al Banco de Crédito Helm Trust S.A. fue objeto de GMF, evento en el que la actora actuó como contribuyente, pues era la titular de la cuenta de depósito en el Banco República, gravamen que se solicitó en devolución.

Igualmente, los traslados de recursos por la cuenta de depósito del Banco de la República con destino a la Titularizadora Colombiana dentro del proceso de titularización de la cartera hipotecaria son operaciones propias de la actora y no son transacciones realizadas a nombre de terceros, como lo sostuvo la DIAN.

Violación de los artículos 717 y 2313 del Código Civil y 863 del Estatuto Tributario porque la DIAN desconoce el derecho que tiene la actora a percibir intereses

Los pagos indebidos que la demandante realizó a título de GMF son 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 implica la devolución del impuesto más intereses.

Por lo anterior, el reconocimiento de intereses debió hacerse 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 (sic) y, iii) intereses de mora desde el vencimiento del término para devolver hasta la fecha en que se efectúe la devolución.

A pesar de que no existe reglamentación para cuando el contribuyente se constituye en acreedor de la Administración por una actuación ilegal que le es imputable, por igualdad y equidad son aplicables a esta las disposiciones del Estatuto Tributario que se aplican para los contribuyentes, relacionadas con las sanciones, de las que se desprende que quien esté en mora debe pagar intereses corrientes y moratorios.

La ausencia de norma legal que regule el pago de intereses corrientes desde el día en que se pagó indebidamente el GMF hasta el momento en que se notificó el acto



administrativo que aceptó la devolución, no implica que tal reconocimiento no deba hacerse, pues, durante ese tiempo se privó a la actora de utilizar esos recursos.

Además, dichos recursos tuvieron una depreciación debido a la fluctuación que comporta el dinero como una medida de valor que no es constante y que representa la capacidad de adquisición de bienes y servicios debido a factores como la inflación, que no debe ser asumida por la actora. En ese sentido, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 13 de agosto de 2003.

El Consejo de Estado ha dicho que cuando el contribuyente es el acreedor, se acude a la teoría general de las obligaciones dinerarias según la cual toda suma de dinero debida devenga intereses corrientes, aunque no se actualice el capital para compensar el perjuicio que supone no disponer del dinero y perder capacidad adquisitiva.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda, así9:

El GMF es un impuesto indirecto del orden nacional que se aplica a transacciones financieras. Es decir, entre el sujeto pasivo y el sujeto activo interviene un intermediario responsable del pago efectivo del tributo.

Conforme con el artículo 871 del Estatuto Tributario, constituye hecho generador del GMF, entre otros, la disposición de recursos de cuentas de ahorro o corrientes o de las cuentas de depósito del Banco de la República.

En este caso, el sujeto pasivo del GMF no es el Banco Colpatria, pues a pesar de que es el titular de la cuenta de depósito en el Banco de la República, los recursos que allí se manejan pertenecen a terceros, por lo que son estos los sujetos pasivos del gravamen y el Banco es un intermediario en la transacción financiera.

En virtud de la sentencia del 7 de abril de 2008, por Resolución 608-0109 de 26 de enero de 2009, la DIAN devolvió a la actora \$4.931.373.541 por concepto del GMF causado y pagado entre el 3 de enero y el 31 de diciembre de 2001. Además, rechazó la devolución de \$194.720.615 porque corresponde al GMF generado en operaciones financieras en las que el Banco era intermediario. Teniendo en cuenta que el fallo en mención no ordenó el reconocimiento de intereses sobre las sumas objeto de devolución, la DIAN no estaba obligada a reconocerlos.

Conforme con la doctrina y la jurisprudencia, las sentencias proferidas en acciones de nulidad y restablecimiento del derecho son declarativas y no de condena. En este caso, la sentencia de 7 de abril de 2008 es declarativa, por lo que no le es aplicable el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, que regula la forma en que se hacen efectivas las condenas contra las entidades públicas.

En este asunto debe acudir al artículo 863 del Estatuto Tributario, según el cual, los intereses corrientes a favor del contribuyente proceden solamente en el evento de que medie solicitud de devolución de saldo a favor o pago en exceso y el monto a devolver sea objeto de discusión ante la Administración o la Jurisdicción.



De este modo, se descarta el pago de intereses cuando no hay discusión sobre la suma a devolver, como sucede en esta oportunidad. Tampoco procede el reconocimiento de intereses corrientes sobre saldos a cargo de la Administración cuando no son ordenados por autoridad judicial, como lo precisó el Consejo de Estado en sentencia de 6 marzo de 200810.

Como la DIAN reconoció la devolución del GMF dentro de los 30 días siguientes a la radicación de la solicitud conforme con el artículo 855 del Estatuto Tributario, no se causaron intereses moratorios, pues la solicitud fue atendida favorablemente dentro del término legal.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró la nulidad parcial de los actos demandados por las siguientes razones:

Conforme con los artículos 871 del Estatuto y 3 del Decreto 405 de 2001, constituye hecho generador del GMF la realización de transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos de las cuentas de depósito del Banco de la República.

El artículo 1 del reglamento del servicio de compensación interbancaria del Banco de la República estableció la compensación interbancaria como un sistema que permite a las entidades financieras autorizadas compensar y/o liquidar instrucciones de pago propias o de terceros a través de los instrumentos de pago.

Como consecuencia del proceso de saneamiento financiero previsto en la Resolución 6 de 1999 de FOGAFÍN, la actora constituyó un patrimonio autónomo en el Banco de Crédito Helm Trust S.A. para administrar los recursos recaudados por concepto de cartera hipotecaria vencida.

Cuando los recursos provenientes de los deudores morosos eran recaudados, pasaban a la fiduciaria a través de la cuenta de depósito que la actora tiene en el Banco de la República. Ello, conllevó a que se realizaran dos operaciones: la primera, al efectuar el débito contable para el recaudo de dichos recursos y, la segunda, cuando los recursos eran girados a la fiduciaria a través de la cuenta de depósito del Banco de la República mediante el servicio de compensación interbancaria. En ambas operaciones, se generó el GMF como quedó demostrado con el dictamen pericial.

En las operaciones de traslado de recursos de la cuenta de depósito del Banco de la República a la fiduciaria para constituir el patrimonio autónomo y de disposición de recursos destinados a la Titularizadora Colombiana, se generó el GMF con cargo al Banco, pues actuó como contribuyente.

Comoquiera que el demandante estaba amparado por el régimen de estabilidad tributaria, se encontraba exento de dicho gravamen por lo que procede la devolución de todo el GMF porque es un pago de lo no debido.

De otro lado, la sentencia de 7 de abril de 2008 del Consejo de Estado, que reconoció que la actora estaba cobijada por el régimen de estabilidad tributaria, es



declarativa y no aludió al reconocimiento de intereses, pues la demanda solo pretendía el reconocimiento de estabilidad tributaria y no la devolución de impuestos. Por ello, no es aplicable el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, pues esta norma es aplicable a las sentencias de condena.

Tampoco es aplicable el artículo 863 del Estatuto Tributario, por cuanto este regula el reconocimiento de intereses a favor del contribuyente en casos de saldos a favor en las declaraciones tributarias, que no es el caso.

Así pues, no procede el reconocimiento de intereses corrientes ni moratorios. No obstante, las sumas pagadas indebidamente por el Banco se desvalorizaron, situación que debe resarcirse conforme con el artículo 1617 del Código Civil, que contempla un interés legal del 6% anual sobre el monto adeudado.

El reconocimiento de estos intereses debe hacerse a partir de la fecha en que se realizó la respectiva retención por parte del Banco de la República hasta el 26 de enero de 2009, día en que se profirió la resolución que reconoció parcialmente la devolución.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló la sentencia en los siguientes términos¹³:

La sentencia debió reconocer intereses corrientes sobre la suma que ordenó devolver

A pesar de que en la demanda se solicitaron los intereses corrientes, el Tribunal no mencionó el reconocimiento de estos intereses sobre la suma que ordenó devolver, a pesar de que estuvo en discusión.

Conforme con el artículo 850 del Estatuto Tributario, las solicitudes de pago de lo no debido siguen las mismas reglas de las devoluciones de saldos a favor, de suerte que todas las solicitudes que al respecto deba resolver la Administración deben tener en cuenta el alcance del artículo 863 del Estatuto Tributario.

Por esa razón, y por corresponder a una suma objeto de discusión, sobre los \$194.720.615 que el Tribunal ordenó devolver el Tribunal deben reconocerse los intereses corrientes desde la fecha de notificación del acto que negó la devolución hasta la ejecutoria hasta la sentencia que confirme total o parcialmente el saldo a favor, como lo prevé el artículo 863 del E.T.

Los intereses legales no compensan la desvalorización del dinero por el transcurso del tiempo

Tanto en sede administrativa como judicial se solicitó el reconocimiento de intereses sobre la suma objeto de devolución desde el momento en que el Banco pagó el GMF del año 2001 hasta la resolución que resolvió la solicitud de devolución. Tal pretensión no obedeció a un capricho de la actora, sino al derecho que le asistía de reclamar el resarcimiento por una actuación ilegal de la Administración que la perjudicó.



Los intereses legales reconocidos por el Tribunal serían suficientes para reconocer la desvalorización del dinero cuando los pagos se deben a yerros del contribuyente, pero no para resarcir plenamente el perjuicio ocasionado por la privación de los recursos de que fue objeto el Banco.

En efecto, los intereses causados desde el día en que el Banco se vio obligado a pagar el tributo deben ser corrientes y/o moratorios, mas no intereses legales, pues el perjuicio ocasionado a este no puede constituirse en un premio para la DIAN por su conducta ilegal que impidió que la actora invirtiera esos recursos.

En materia tributaria no existe una regulación para los intereses que deja de percibir el contribuyente cuando traslada una suma de dinero al Estado. Sin embargo, en virtud de los principios de justicia y equidad tributaria se deben 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.

Si en gracia de discusión no hay reconocimiento de intereses corrientes y moratorios, por lo menos se deben reconocer los intereses legales más la actualización monetaria, puesto que los primeros no incluyen en su cálculo el componente inflacionario.

En este caso, los intereses legales y la actualización son equivalentes al resarcimiento por los perjuicios generados por el pago indebido del tributo. La no actualización de la suma objeto de devolución genera un enriquecimiento sin causa del Estado derivado de la propia actuación ilegal de la Administración.

La DIAN apeló en los siguientes términos:

La actora no es sujeto pasivo del GMF puesto que los recursos que se manejaron a través de la cuenta de depósito en el Banco de la República pertenecían a terceros y ella solo era una intermediaria de la transacción financiera. Los sujetos pasivos de las sumas rechazadas son los terceros y no la demandante.

Además, para las operaciones financieras en la cuenta de depósito en el Banco de la República, este adoptó un sistema electrónico de identificación de operaciones propias. Esta prueba, que demostraría que se trataba de operaciones propias de la actora, no fue aportada, por lo que no puede ser suplida con el dictamen pericial.

En el caso del traslado de los recursos de la cuenta de depósito del Banco de la República al patrimonio autónomo de activos improductivos de la actora, esta no demostró que el valor rechazado por la DIAN provenía de recaudos de cartera de créditos hipotecarios titularizados y tampoco, que el patrimonio autónomo estuviera conformado con los recursos de los deudores de este, ni las condiciones en que dicho patrimonio fue constituido con el Banco de Crédito Helm Trust S.A.

No se comparte el reconocimiento de intereses legales que hizo el Tribunal, pues la sentencia de 7 de abril de 2008 no hizo referencia al reconocimiento de intereses de ninguna índole.



Además, los intereses reconocidos por el Tribunal tienen fundamento en una legislación diferente a la tributaria, el artículo 1617 del Código Civil, por lo que se desconoció el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, según el cual en materia de interpretación normativa las leyes especiales prevalecen sobre las generales.

Asimismo, la jurisprudencia que citó el Tribunal en la que el Consejo de Estado consideró que era procedente el reconocimiento de intereses legales solo tiene efectos interpartes y es un criterio auxiliar de interpretación que no es vinculante, pues conforme con el artículo 230 de la Constitución Política los jueces en sus providencias solo están sometidas al imperio de la ley.

En este caso, por tratarse de un pago de lo no debido, la devolución del GMF pagado por la actora por el año gravable 2001, se somete a los artículos 850 y 863 del Estatuto Tributario.

Según el artículo 863 del Estatuto Tributario, el reconocimiento de intereses corrientes en un proceso de devolución procede únicamente cuando el saldo está en discusión, que no es el caso, pues la DIAN devolvió la suma solicitada dentro del término legal. En consecuencia, no procede el reconocimiento de ningún tipo de interés.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante reiteró, en términos generales, lo expuesto en la apelación.

La demandada insistió en lo expuesto en la apelación.

El Ministerio Público no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por las partes, la Sala decide sobre la legalidad de los actos demandados, por los cuales la DIAN resolvió la solicitud de devolución del GMF por el año gravable 2001, presentada por el Banco Colpatria.

En concreto, determina si sobre los \$4.931.373.541 que ordenó devolver la DIAN, procede el reconocimiento y pago de actualización e intereses y, en caso afirmativo, en qué términos. También decide si es viable la devolución de los \$194.720.615, y en qué condiciones procedería.

Para resolver, se reitera el criterio establecido por la Sala en sentencia de 17 de marzo de 2016¹⁷, que resolvió un asunto similar entre las mismas partes y que, a su vez, reiteró la sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁸, referido al impuesto al patrimonio.

Naturaleza de la sentencia del 7 de abril de 2008, que reconoció a la actora la existencia del régimen de estabilidad tributaria

En la sentencia de 4 de febrero de 2016¹⁹, la Sala hizo las siguientes precisiones:

La sentencia de 7 de abril de 2008, proferida por la Sala Especial Transitoria de Decisión 4C del Consejo de Estado dispuso que la actora estaba cobijada por el

régimen de estabilidad tributaria, por el término de 10 años contados a partir del año 200120.

La declaración del derecho a gozar del régimen de estabilidad tributaria implicó que, una vez ejecutoriada la sentencia de 7 de abril de 2008, la actora es beneficiaria de ese régimen especial en las condiciones previstas en el artículo 240-1 del Estatuto Tributario. Por consiguiente, estaba obligada a 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 régimen ordinario), y, correlativamente, tenía el derecho a obtener la devolución de los impuestos que en vigencia de ese régimen se hubieran creado (patrimonio, GMF y sobretasa de renta), y pagado, sin estar obligada a ello.

Así pues, surgió una obligación pecuniaria a cargo de la demandante, como beneficiaria del régimen de estabilidad tributaria, y a favor del Estado y, correlativamente, una obligación pecuniaria a cargo del Estado en favor de la actora, obligaciones que corresponden a las que normalmente habrían nacido si se hubiera concedido el régimen de estabilidad tributaria en las condiciones solicitadas por la actora en el escrito de 21 de septiembre de 2000, esto es, por 10 años, y no como lo había aprobado la DIAN (menos de 10 años).

En ese entendido, 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 modo de extinguir este tipo de obligaciones. El restablecimiento del derecho no debe concretarse a lo pretendido en la demanda ni puede condicionarse a si el juez ordenó expresamente la devolución, el pago o la compensación de las obligaciones pecuniarias mutuas, pues en el lapso de los 10 años de estabilidad tributaria se crearon nuevos impuestos que no existían al momento de interponerse la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho o de dictarse la sentencia que la decidió.

Así, independientemente de que la sentencia del 7 de abril de 2008, que declaró la existencia del régimen de estabilidad tributaria, no haya impartido una condena en concreto o en abstracto, lo cierto es que ese fallo tiene un componente económico: el pago mutuo de obligaciones pecuniarias, cuyo cumplimiento se materializa cuando se ejecuta la sentencia, en las mismas condiciones en que se ejecuta una sentencia condenatoria. Por lo mismo, dicha providencia debe ejecutarse siguiendo las reglas de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

Si bien la sentencia del 7 de abril de 2008 pudo ordenar la devolución del GMF o de otros tributos creados en vigencia del contrato de estabilidad tributaria, como el impuesto al patrimonio o la sobretasa al impuesto de renta, la falta de esa orden no es óbice para que se entienda que dicho fallo restableció el derecho del Banco Colpatria a la situación jurídica en la que estaría si la Resolución 2085 de 5 de abril de 2002 —acto anulado en esa sentencia— no se hubiera expedido.

En ese entendido, la citada providencia no es solo declarativa del derecho que tiene el Banco Colpatria, desde el año gravable 2001 hasta el año 2010, al régimen de estabilidad tributaria, sino también, constitutiva del derecho a la devolución de los impuestos creados y causados durante ese régimen de estabilidad y pagados por dicho Banco.

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

Sobre la base de que la sentencia del 7 de abril de 2008 es declarativa de la existencia del régimen de estabilidad tributaria y a la vez constitutiva del derecho a la devolución de los impuestos creados y pagados en vigencia de dicho régimen, en la sentencia de 4 de febrero de 201622, que se reitera en esta oportunidad, la Sala precisó que dicha devolución debe hacerse conforme con los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, sobre las condiciones de las condenas a cargo del Estado.

Asimismo, la sentencia de 4 de febrero de 2016 unificó el criterio sobre si es aplicable o no el artículo 1617 del Código Civil y, precisó que, en casos como el analizado, no era procedente aplicar como referente la tarifa del 6% anual prevista en esa disposición.

Al respecto, insistió en que la norma aplicable es el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo porque, en casos como el presente, se parte de la existencia de un fallo que reconoce el régimen de estabilidad tributaria que tiene un 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 condenatoria y, por tanto, se rige por las normas que gobiernan ese tipo de sentencias.

La norma en mención dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.”

De acuerdo con esta disposición, la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción 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 había 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.

Por lo anterior, en la sentencia de 4 de febrero de 2016²⁴, la Sala 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, que, en este caso, es la sentencia de 7 de abril de 2008, proferida por la Sala Especial Transitoria de Decisión 4C del Consejo de Estado.

La Sala también precisó que sobre el capital actualizado debían liquidarse los intereses moratorios de que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, si una vez vencidos los 30 a que se refiere el artículo 176 del mismo código la Administración no había adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento de la sentencia.

La indexación de la suma objeto de devolución se hace conforme con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times X$$

índice final

índice inicial

Donde:

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). 24 *Ibíd*em

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.

Asimismo, la Sala señaló que, en casos como el presente, no es procedente restablecer el derecho mediante los intereses corrientes y moratorios del artículo 863 Estatuto Tributario, puesto que no se dan los supuestos para que se aplique



esa norma. Ello, porque parte del supuesto de que el contribuyente pidió, ante la Administración, la devolución de un saldo a favor, de un pago en exceso o de lo no debido y que la controversia sobre ese derecho se dirime ante la administración y la controla la jurisdicción.

El anterior supuesto difiere de la controversia por la declaratoria del régimen de estabilidad tributaria porque la discusión 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, se insiste, la sentencia que reconoce ese régimen 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.

En ese contexto, independientemente de que medie una solicitud de devolución a instancia de la sentencia de 7 de abril de 2008, lo cierto es que la devolución ya no es un asunto que debe ser controvertido sino cumplido en las condiciones de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo²⁵.

Caso concreto

En el expediente se tienen como probados y no se discuten los siguientes hechos:

El 21 de septiembre de 2000, el Banco Colpatría solicitó a la DIAN suscribir un contrato de estabilidad tributaria por el término de 10 años.

La DIAN solo concedió el régimen especial por la fracción que faltaba por transcurrir del año 2000.

El 14 de diciembre de 2000, la actora insistió en que la DIAN se pronunciara frente a la suscripción del contrato de estabilidad tributaria por un término de 10 años y señaló que de no obtener pronunciamiento invocaría el silencio administrativo positivo.

El 22 de diciembre del año 2000, por oficio 2717, la DIAN resolvió desfavorablemente la petición formulada por el Banco Colpatría.

Por cuanto la solicitud no había sido resuelta por la DIAN dentro de los 2 meses siguientes a su radicación, la actora interpretó que se había configurado el silencio administrativo positivo a su favor, que le daba derecho al régimen de estabilidad tributaria por un periodo de 10 años, y lo protocolizó mediante Escritura Pública 4369 del 28 de diciembre del año 2000, de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá.

El 2 de abril de 2002, por Resolución 2805, la DIAN revocó el acto presunto positivo y ordenó la cancelación de la escritura pública.

La actora presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el anterior acto.

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. Esta providencia quedó ejecutoriada el 18 de junio de 2008.

El 4 de agosto de 2008, el BANCO COLPATRIA MULTIBANCA COLPATRIA S.A., solicitó a la DIAN la devolución de \$5.126.094.156 correspondientes al Gravamen a los Movimientos Financieros causado durante el año 2001, más intereses de mora²⁷.

El 26 de enero de 2009, por Resolución 608-0109, la DIAN reconoció a favor del Banco Colpatria \$4.931.373.541 como pago de lo no debido y ordenó su devolución. En el mismo acto rechazó la devolución de \$194.720.615 “por corresponder a operaciones realizadas por mandato a nombre de terceros en la cuenta de depósito, toda vez que el beneficio de la Estabilidad Tributaria cubre únicamente a las operaciones propias del contribuyente que suscribió el contrato”. Sobre la suma devuelta no hizo reconocimiento de ningún tipo de intereses²⁸.

El 27 de marzo de 2009, la actora interpuso recurso de reconsideración contra la anterior resolución²⁹ que fue resuelto por Resolución 1008 de 20 de enero de 2010, en el sentido de confirmar el acto impugnado³⁰.

Procedencia de la devolución del GMF por \$194.720.615 que la DIAN rechazó

Los \$194.720.615 rechazados por la DIAN corresponden a operaciones financieras realizadas en la cuenta de depósito en el Banco de la República. El fundamento de la DIAN para rechazarlos se debió a que no eran operaciones financieras propias de la actora sino de terceros en las que el Banco actuó como intermediario.

Para resolver este punto, la Sala reitera el criterio expuesto en la sentencia de 17 de marzo de 2016, así³¹:

La Ley 633 de 2000³² adicionó el Libro Sexto al Estatuto Tributario (artículos 870 al 881) y creó, a partir del 1 de enero de 2001, el Gravamen a los Movimientos Financieros, GMF, a cargo de los usuarios del sistema financiero y de las entidades que lo conforman.

Según el artículo 871 del Estatuto Tributario, el hecho generador del gravamen lo constituye la realización de 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 mencionada norma dispuso 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 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.



De acuerdo con el artículo 875 del citado estatuto, son sujetos pasivos del tributo los usuarios del sistema financiero, las entidades que lo conforman y el Banco de la República. Y el artículo 876 estableció que actuarían como agentes retenedores y responsables por el recaudo y pago del GMF, el Banco de la República, 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 artículo 3 del Decreto 405 de 200133 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». (Se destaca)

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 de la cuenta asume la calidad de sujeto pasivo.

Las cuentas de depósito en el Banco de la República son abiertas en este por las entidades que realizan operaciones con dicha entidad o que 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, expedida por el Banco de la República, vigente para el año 200135, en relación con las cuentas de depósito establecía 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 –FOGAFIN».

Para lo que a este asunto interesa, es pertinente señalar que según el reglamento operativo del servicio de compensación interbancaria del Banco de la República, este servicio 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 pago³⁶. Las operaciones mencionadas se realizan mediante registro contable en las cuentas de depósito que las entidades autorizadas tienen en el Banco de la República.

Como consecuencia del régimen de estabilidad tributaria reconocido a la actora, el GMF, por ser un nuevo impuesto, no era aplicable sobre las operaciones en las que el demandante hubiera actuado como sujeto pasivo, de conformidad con los artículos 875 del Estatuto Tributario y 3 del Decreto 405 de 2001.

Como se precisó, el rechazo de la devolución del GMF por \$194.720.615 se produjo porque, en criterio de la DIAN, no se trataba de operaciones propias de la demandante. El rechazo de la suma en mención se fundamentó en el informe final del expediente de investigación en el que se puede leer 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 2001, se encontraron transacciones realizadas por mandato a nombre de terceros, según soportes enviados por el contribuyente (folios 79 a 112), y hojas de trabajo (folios 113 a 135), adjuntas al presente informe, por valor de \$194.720.615,00 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 el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 608-0109 de 26 de enero de 2009, la actora explicó la naturaleza de las operaciones financieras en la cuenta de depósito en el Banco de la República que causaron el impuesto solicitado en devolución por \$194.720.615, en los siguientes términos³⁸:

«La suma antes señalada se origina 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 2001, solicitaron al Banco que se les realizara retiros de sus cuentas y que estos fueran 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 los casos antes descritos, se seguía el procedimiento que a continuación se señala:

□ El Banco, recibía los recursos bien sea directamente de los clientes o de los deudores (en los dos primeros casos). Estas sumas las registraba en la cuenta corriente.

□ Una vez se recibía la instrucción del cliente o se daba cumplimiento al contrato o acuerdo, el Banco Colpatria retenía el Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) y se lo pagaba 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 a cargo del Banco Colpatria, el cual fue objeto de solicitud de devolución y rechazado en primera 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 aquí de recursos del Banco Colpatria los cuales corresponden a recaudos de cartera correspondientes al Patrimonio Autónomo de Activos Improductivos Banco Colpatria – Fogafín, Recaudos de Créditos Hipotecarios cuya cartera había sido previamente titularizada y a traslados de clientes cuya disposición de recursos había sido 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 indicaban los clientes.

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

En consideración a que era beneficiaria del régimen especial de estabilidad tributaria, el Tribunal reconoció a la actora la procedencia de la devolución de \$194.720.615 porque consideró que las operaciones financieras realizadas por ese



valor constituían hecho generador del GMF en la que esta era sujeto pasivo del gravamen.

De acuerdo con lo precisado, 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 la cuenta. En ese evento, el impuesto causado es retenido por el Banco de la República.

Comoquiera que la actora gozaba del régimen especial de estabilidad tributaria para la época en que le 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 \$194.720.615.

Procedencia de la indexación, intereses legales, corrientes o moratorios a favor de la actora

Teniendo en cuenta que procede la devolución de todo el GMF que la actora solicitó en devolución (\$5.126.094.156), de acuerdo con las precisiones hechas en la sentencia de 17 de marzo de 201639, la Sala modifica el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada para ajustar el restablecimiento del derecho al criterio adoptado en el citado fallo.

En consecuencia, ordena la indexación de toda la suma objeto de devolución, esto es, de \$5.126.094.156, en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

La indexación de este capital se hará de acuerdo con la fórmula establecida en esta sentencia, es decir, desde la fecha en la que fue retenido o autorretenido el GMF objeto de 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 le reconoció régimen especial de estabilidad tributaria.

Es de anotar que la indexación ordenada procede con fundamento en el artículo 170 del C.C.A. conforme con el cual, para restablecer el derecho del particular la autoridad judicial puede estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas.

Intereses de mora del artículo 177 del CCA. Primer corte

Con base en el criterio fijado en la sentencia de 17 de marzo de 2016, en este caso procede el reconocimiento y pago de intereses de mora en los siguientes términos:

A partir de la sentencia del 7 de abril de 2008, la DIAN adquirió la obligación de devolver al Banco Colpatria el GMF retenido o autorretenido durante el año 2001. Por lo tanto, la actora tiene derecho a que se le reconozcan los intereses por mora, pero no con fundamento en el artículo 863 del Estatuto Tributario, sino en el artículo 177 del C.C.A., porque, como se precisó, el fallo de 7 de abril de 2008, es constitutivo e incluye, además, el pago de obligaciones pecuniarias mutuas.

El artículo 177 del C.C.A. 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 condena a la DIAN a que liquide y pague los intereses moratorios previstos en el artículo 884 del Código de Comercio sobre los \$4.931.373.541, que corresponden a una parte del capital que la actora solicitó en devolución.

Esos intereses se causan a partir de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia de 7 de abril de 2008, porque ese es el plazo que el artículo 176 del CCA concede a la Administración para disponer de lo necesario para ejecutar la sentencia. En concreto, los intereses se causan desde el 1º de agosto de 2008 y hasta la fecha en la que fueron devueltos.

De conformidad con el artículo segundo de la Resolución 608-0109 de 26 de enero de 2009, la devolución se ordenó en títulos de devolución de impuestos, 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 \$4.931.373.541.

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

Dado que la DIAN solo devolvió una parte del capital debido y quedó un remanente por devolver, sobre esta suma se causan intereses de mora desde el día en que se hizo efectiva la devolución de los \$4.931.373.541 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 de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

MODIFÍCASE el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, que queda así:

2. A título de restablecimiento del derecho, dispone:

ORDÉNASE a la DIAN indexar los \$5.126.094.156 desde la fecha en que fue retenido el GMF hasta el 18 de junio de 2008.



CONDÉNASE a la DIAN a devolver al Banco Colpatria la suma que resulte de restar al capital debidamente indexado los \$4.931.373.541 que fueron objeto de devolución.

CONDÉNASE a la DIAN a reconocer al Banco Colpatria los intereses de mora sobre la suma de \$4.931.373.541 desde el 1 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.

En lo demás, CONFÍRMASE la sentencia apelada.

RECONÓCESE personería a Patricia del Pilar Romero Angulo como apoderada de la DIAN, según el poder del folio 295 del cuaderno principal.

La anterior providencia se discutió y aprobó en sesión de la fecha

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Presidente

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ