



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado Ponente

AC2896-2019

Radicación n° 11001-31-03-025-2012-00258-01

(Aprobado en sesión de veintinueve de mayo de dos mil diecinueve)

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil diecinueve (2019).

La Corte procede a decidir sobre la admisión de la demanda de casación presentada por Casa de Cambios Unidas S.A. frente a la sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de responsabilidad civil extracontractual promovido por la recurrente contra Banco de Bogotá S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Se formularon las siguientes:

(i) Declarar la responsabilidad civil extracontractual de la demandada *«por haber retenido indebidamente unas sumas de*

dinero (...) durante el año 2001, 2002 y 2003 en todas las ocasiones que dispuso de recursos desus (sic) cuentas corrientes para cancelar operaciones de cambio».

(ii) Como consecuencia de lo anterior, se condene al demandado a pagar, por daño emergente, la suma de \$3.145.646.827,22 *«que el año 2001, 2002 y 2003, debió indebidamente de sus cuentas corrientes»*; y, por lucro cesante, el reconocimiento de los intereses legales a que alude el artículo 1617 del Código Civil.

2. Fundamentos fácticos.

2.1. Casa de Cambios Unidas S.A., durante los años 2001, 2002 y 2003, fungía como empresa vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dedicada a la realización de operaciones de cambio internacional.

2.2. El Banco de Bogotá descontó a la promotora, *«aduciendo que lo hacía a título de retención del Gravamen a los Movimientos Financieros-GMF»*, la suma de \$3.145.646.827,22 cada vez que dispuso de los recursos depositados en sus cuentas corrientes para pagar a los beneficiarios finales de las operaciones de cambio internacional, pese a que el referido tributo no se causaba en tales eventos.

2.3. Por tal razón, solicitó la devolución de los dineros indebidamente retenidos en los años 2001, 2002 y 2003, que no realizó pese a *«tener conciencia del derecho que asiste a UNIDAS S.A., lo cual expresó en comunicación del 7 de febrero de 2008, suscrita*

por el abogado asesor de la Vicepresidencia Financiera, doctor IVAN VARGAS NIVIA».

2.4. El 24 de julio de 2009, los asesores de la actora consultaron ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales respecto a la causación del gravamen al movimiento financiero (GMF), en cuya respuesta dada el 4 de septiembre del mismo año, *«se clarificó totalmente que el referido tributo no se causó en los eventos en que UNIDAS S.A. disponía de los fondos en sus cuentas corrientes para cancelar operaciones de cambio a sus beneficiarios (sic) finales.»*

2.5. El Director General de la DIAN señaló que: *«(1) Es claro que en las operaciones cambiarias el gravamen de los Movimientos Financieros no afecta económicamente al intermediario del mercado cambiario, sino al usuario o beneficiario final de la operación. (2) De causarse el tributo, el obligado a la retención sería el intermediario cambiario y no el Banco. (3) Por ello, si el banco retiene el Gravamen se produce una indebida retención. (4) Encontrándose obligada la referida entidad financiera a reintegrar los valores, que les hubiere retenido indebidamente; (5) previa solicitud escrita del afectado con la retención; (6) dando estricta aplicación a lo previsto en el artículo 22 del Decreto 405 de 2001.»*

3. Actuación procesal

Notificada la entidad demandada, replicó oponiéndose a las pretensiones, manifestando que el hecho generador del impuesto lo constituyó la promotora al realizar transacciones financieras a través de las cuales disponía de recursos depositados en cuentas corrientes, además que, no cumplió

con los requisitos legales para gozar de la exención (marcación de cuenta). Finalmente adujo que eventualmente, el llamado a responder sería el Gobierno Nacional a través de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, destinataria de los dineros retenidos, pues éstos *«nunca han pertenecido ni han ingresado al patrimonio del demandado»*.

En consecuencia, invocó las siguientes excepciones: *«actuación del demandado en observancia de un deber legítimo»; «inexistencia de retención indebida del GMF»; «ausencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual en cabeza del banco»; «improcedencia de las pretensiones frente al Banco de Bogotá S.A. ya que no fue quien recibió los dineros»; «culpa de la víctima»; «cobro de modo impropio con desconocimiento del procedimiento legal previsto»; «prescripción o caducidad de la acción»; «falta de legitimación por activa»; «falta de legitimación por pasiva»; «enriquecimiento sin causa»; y, «cobro de lo no debido».*

4. La sentencia de primer grado.

Cumplido el trámite del proceso, el 25 de septiembre de 2017, el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de la ciudad dictó fallo en el cual desestimó las pretensiones de la demanda.

5. La sentencia impugnada

Tramitada la segunda instancia, en providencia emitida el 22 de octubre de 2018, el *ad quem* resolvió confirmar la de primer grado.

Las premisas fundantes de la decisión se pueden sintetizar así:

(i) Identifiqué como problema jurídico *«determinar si el banco demandado incurrió en responsabilidad civil, por aplicación indebida de las normas sobre el Gravamen a los Movimientos Financieros -GMF-, con descuento de recursos a la demandante durante los años 2001 a 2003, que a juicio de la última deben ser devueltos».*

(ii) El artículo 1º de la ley 633 de 2000 que adicionó el 870 del Estatuto Tributario, previó que el hecho generador del impuesto denominado Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF) era la *«realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia».*

El legislador también estableció unas exenciones, como las contempladas en el numeral 12 del artículo 879, según la cual, el impuesto no se causa en *«las operaciones de compra y venta de divisas efectuadas a través de cuentas de depósito del Banco de la República o de cuentas corrientes, realizadas entre intermediarios del mercado cambiario vigilados por las superintendencia Bancaria o de Valores, el Banco de la República y la Dirección del Tesoro Nacional».*

«Las cuentas corrientes a que se refiere el anterior inciso deberán ser de utilización exclusiva para la compra y venta de divisas entre los intermediarios del mercado cambiario»

(iii) No es viable endilagar responsabilidad al banco demandado pues el hecho denunciado como generador de la

misma, estuvo amparado en la aplicación de unas normas con base en una interpretación razonable *«en tanto que establecían que el impuesto debía operar frente a cualquier debito (sic) de los fondos existentes en cuentas corrientes»*.

Por lo que, en aplicación del artículo 1 citado, encontró que el hecho generador del impuesto era la realización de transacciones financieras que conllevaran la disposición de recursos, siendo el banco demandado, el agente retenedor responsable del recaudo.

Sostuvo que las normas dejaban abierta la posibilidad de entender, como lo hizo el establecimiento de crédito, que cualquier disposición de recursos generaba el gravamen, de manera que no actuó ilegalmente al efectuar los descuentos y entregárselos a la DIAN, *«quien nunca aceptó una indebida causación, ni devolución al banco demandado de lo retenido por este último»*.

(iv) Tampoco podía considerarse ilegal dicha retención, conforme a las pruebas practicadas en la segunda instancia. Así, la DIAN contestó que *«verificado el aplicativo CIN por los años 2001, 2002 y 2003, no se reflejan Resoluciones de devoluciones y/o compensación por concepto de Gravamen a los Movimientos Financieros que se hayan proferido al contribuyente Casa de Cambios Unidas»* y el Banco de Occidente, absorbente del Banco Unión Colombiano, que según el actor, le devolvió dineros por los mismos conceptos, anotó que aunque dichos dineros fueron reintegrados a la actora, posteriormente la DIAN concluyó que dichas devoluciones eran improcedentes, pues *«la cuenta no se encontraba exonerada conforme lo exigían las normas tributarias,*

específicamente el parágrafo 2 del 879 del E.T adicionado por la ley 788 de 2002 y el artículo 11 del Decreto 449 de 2003 que lo reglamenta. La cuenta sólo se marcó exenta desde febrero 18 de 2004», por ello, el Banco de la Unión asumió el pago directo a la DIAN por tales conceptos.

(v) La excepción contemplada en el artículo 879-12 del Estatuto Tributario no podía aplicarse a la actividad que desempeñaba la demandante, porque su actuación no era de *«intermediario del mercado cambiario»*, posición además que sostuvo el Consejo de Estado en sentencia del 5 de febrero de 2009 al afirmar que *«la disposición de recursos que se genere en la compra o venta de divisas entre el intermediario del mercado y el particular titular de la operación cambiaria, está sujeta al gravámen, porque no está incluida dentro de la exención»*.

(vi) Como no era clara la interpretación de dichas normas, fue necesaria la expedición del decreto reglamentario 449 de 2003 que hizo unas aclaraciones para aplicar el impuesto, al punto que en el inciso final del artículo 3, prevé *«El movimiento contable y el abono en cuenta que se realicen en las operaciones cambiarias se consideran una sola operación hasta el pago al titular de la operación de cambio, **para lo cual el intermediario financiero deberá indentificar la cuenta mediante la que se disponga de los recursos.** El Gravámen a los Movimientos Financieros se causa cuando el beneficiario de la operación cambiaria disponga de los recursos mediante mecanismos tales como débito a cuenta corriente, de ahorros o contable, en los términos del artículo 871 del Estatuto Tributario»* (negrillas del texto original).

Esa marcación de la cuenta correspondía al titular de la misma y no al establecimiento bancario como lo aduce el apelante.

Y, el hecho de que se haya aclarado en el año 2003, no es suficiente para acceder a las pretensiones, pues, la normativa no se dio con efectos «retroactivos retrospectivos» y tampoco, a partir de su vigencia, se probó que la demandante haya marcado la cuenta para la exoneración del gravamen «procedimiento que resultaba necesario para quien pretendía obtener el beneficio liberatorio», pues sólo lo hizo a partir de 2004.

(vii) En suma *«quedó comprobado que el banco demandado retuvo unos dineros por GMF a la entidad demandante, pero no para su propio beneficio, porque eran para la DIAN, según la interpretación de las normas entonces vigentes; dineros que la última nunca restituyó al banco, razón suficiente para que éste tampoco sea obligado a devolverlos a la actora, por cuanto el marco legal que se aplicó no lo permitió».*

6. La demanda de casación.

Se formulan ocho cargos contra la sentencia de segundo grado, todos por la causal primera de casación, acusándola de ser violatoria de manera directa, de los siguientes preceptos: en el cargo primero, los artículos 871 y 873 del Estatuto Tributario; en el cargo segundo, el artículo 871 *ibídem*; en los cuestionamientos tercero y cuarto, los artículos 871 y 3 inciso 5º del Decreto 449 de 2003; en el quinto, la violación directa del artículo 879 numeral 12 del mismo Estatuto; en el sexto, el artículo 3º inciso 5º del

Decreto 449 de 2003 y 1º del Decreto 663 de 1993; en el séptimo, el artículo 871 *ejusdem* y 21 del Decreto 405 de 2001; y, en el último, el 871 ya citado, así como el 63 del Código Civil.

II. CONSIDERACIONES

1. Fundamentación de la demanda de casación.

En virtud del carácter extraordinario del citado medio impugnativo y la finalidad del mismo, el legislador ha impuesto exigentes requisitos formales para la adecuada estructuración de la demanda.

La fundamentación técnica de las causales autorizadas para cimentar el «recurso de casación», exige demostrar los dislates del juzgador de segunda instancia, que pudieron haber comprometido la legalidad de la decisión cuestionada, tanto en la aplicación de las normas de derecho sustancial (*yerros in iudicando*), como las relativas al derecho procesal (*errores in procedendo*).

En ese contexto, el artículo 344 del Código General del Proceso ha fijado los requisitos para la adecuada sustentación de la «demanda de casación», dentro de los cuales se hallan los siguientes:

La formulación por separado de los respectivos cargos, con la especificación de forma clara, precisa y completa de los fundamentos de cada acusación.

En caso de plantearse la infracción de normas de derecho sustancial regulatorias del asunto materia del litigio, como consecuencia de errores jurídicos (vía directa), o yerros fácticos o de derecho (senda indirecta), ya sea por aplicación indebida o por la preterición de las mismas, es necesario incluir la disposición legal que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, haya sido infringida, sin que se requiera integrar una proposición jurídica completa.

Cuando se plantea la violación indirecta, que comprende los supuestos de la causal segunda contemplada en el precepto 336 *ibidem*, por desaciertos de hecho y de derecho, no es admisible referirse a aspectos fácticos no debatidos en las instancias.

Tratándose de «*error de derecho*», se exige señalar las normas probatorias consideradas transgredidas y una explicación sucinta de la manera en que lo fueron.

En el evento de invocarse «*error de hecho*», deberá manifestarse en qué consiste y cuáles son en concreto las pruebas o piezas procesales sobre las que recayó el yerro en la actividad de apreciación de su contenido material.

A fin de probar el desacierto fáctico, habrá de evidenciarse que respecto del escrito introductorio del proceso, su contestación o los medios de prueba, hubo pretermisión o suposición total o parcial de tales elementos de juicio, o alteración de su contenido material, ya por

adición o cercenamiento de expresiones o frases, o tergiversación arbitraria o ilógica del respectivo texto.

Igualmente, se debe especificar lo inferido por el juzgador del respectivo medio de prueba y señalar el contenido material del mismo, para de esa manera revelar o exteriorizar en qué consistió la alteración de la prueba.

En el evento de fundarse la crítica en la preterición u omisión de apreciar pruebas incorporadas al plenario, se requiere identificar el respectivo medio de convicción, así como su texto en aquello que guarde relación con los hechos referidos como no acreditados en el fallo impugnado y que tengan incidencia en la decisión adoptada.

El censor tiene también la carga de evidenciar la trascendencia del dislate en el sentido de la sentencia recurrida, para lo cual, demostrada alguna de las modalidades de errores aducidos como sustento de los reproches, debe proceder a explicar por qué la decisión habría de ser distinta a la cuestionada, además de favorable a los intereses de la parte que la impugna.

Al respecto, esta Corporación ha sido reiterativa en explicar y advertir que:

«[P]ara que la casación pueda alcanzar sus fines propios, para que sea dado a la Corte entrar a estudiar el recurso en el fondo, no basta con que se haya interpuesto, concedido y admitido, ni tampoco que se presente una demanda a manera de alegato de

conclusión, ya que se trata de un recurso eminentemente extraordinario y no de una tercera instancia del proceso, sino que es menester que esa demanda llene todos los requisitos formales exigidos por la ley para ella, cuya omisión total o parcial conduce, por mandato expreso de la misma ley, a la inadmisión de la que ha sido defectuosamente aducida (Art. 373-4 C. de P. C.) (Proveído de 11 de mayo de 2010, exp. 2004-00623-01)» reiterada en CSJ. AC, 28 nov. 2012, rad. n.º 2010-00089-01).

3. Estudio de la demanda formulada.

3.1. Cargos primero y segundo.

3.1.1. Su formulación.

Se conjuntarán por denunciarse la violación directa de las normas contempladas en los artículos 871 y 873 del Estatuto Tributario, ambos por interpretación errónea.

La sustentación de estas censuras fue planteada con las siguientes premisas:

(i) En el cargo primero sostiene que no es cierto que las normas censuradas hubieran dispuesto que el gravamen debía operar frente a cualquier débito de los fondos existentes en cuentas corrientes.

Insiste que, según el artículo 871 del Estatuto Tributario, el gravamen recae sobre la *«transacción financiera»* la cual, por carecer de definición legal, debe ser entendida como *«cualquier acuerdo celebrado entre dos o más sujetos, que implica el*

intercambio de activos, bienes o servicios, a cambio de un pago, y que tiene la potencialidad de involucrar variaciones en el estado financiero de sus partícipes».

De ese modo, si acontecen múltiples débitos dentro de una transacción, es necesario precisar que si bien el «*hecho generador*» da nacimiento a la obligación tributaria, es su «*causación*» la que define la exigibilidad del gravamen; por tanto, la obligación tributaria solo se hace exigible una sola vez, en cabeza del titular de la operación y no de los intermediarios.

Ahora, aunque el parágrafo del artículo 871 señala que «*se entiende por transacción financiera toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes de ahorros, o de depósito*», debe interpretarse que el tributo solo se causa una sola vez en cabeza de su titular.

Por su parte, la interpretación correcta del artículo 873 del Estatuto Tributario está dirigida a entender que la «*instantaneidad*» del impuesto significa que se causa inmediatamente se dispone del recurso por el titular de la transacción financiera, y no, cada que se efectúe un débito bancario sin importar que haga parte de una cadena de actos de disposición de fondos contenidos en una transacción financiera, pues ello conllevaría múltiple tributación.

(ii) En la segunda censura, se acusa la interpretación errónea del artículo 871 al colegir de él que «*el impuesto debía operar frente a cualquier débito de los fondos existentes en cuentas*

corrientes» dejando de observar su improcedencia en transacciones financieras de débito múltiple, como el de las operaciones de cambio internacional.

Las consecuencias del error interpretativo no disminuyen porque la DIAN no aceptara la indebida causación o la devolución de lo retenido al banco debido a que *«la responsabilidad del Banco no podía depender del comportamiento de la DIAN».*

3.1.2. Examen de los cargos.

Al analizar su contenido total se advierten falencias de orden técnico y formal que determinan su inadmisión, porque impiden a la Corte abordar el examen de fondo de la censura, en razón de la estricta limitación de su competencia en el ámbito propio del recurso extraordinario de casación.

El recurrente incluyó como disposiciones legales infringidas, los artículos 871 (*primer inciso y párrafo –según el desarrollo del cargo*), y 873 del Estatuto Tributario, los cuales estatuyen:

Artículo 871. *El hecho generador del Gravamen a los Movimientos Financieros lo constituye la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se disponga de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como en cuentas de depósito en el Banco de la República, y los giros de cheques de gerencia.*

(...)

Parágrafo. *Para los efectos del presente artículo se entiende por transacción financiera toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre, carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo. Esto incluye los débitos efectuados sobre los depósitos acreditados como 'saldos positivos de tarjetas de crédito' y las operaciones mediante las cuales los establecimientos de crédito cancelan el importe de los depósitos a término mediante el abono en cuenta.*

Artículo 873. *El Gravamen a los Movimientos Financieros es un impuesto instantáneo y se causa en el momento en que se produzca la disposición de los recursos objeto de la transacción financiera.*

Como puede apreciarse sin dificultad, la primera norma jurídica en cuestión (artículo 871 ET), se limita a contener definiciones, sin establecer, verbi gracia, la atribución de un derecho subjetivo. En consecuencia, no puede soportar cargos casacionales por las causales primera y segunda del artículo 336 del Código General del Proceso.

La Corte ha elaborado extensa doctrina en relación a la calificación de norma sustancial. Es así como, en proveído CSJ AC 2446-2018, reiteró que:

(...) comprendiendo todos los cánones sólo aspectos descriptivos o de valoración, resulta imposible desarrollar una afrenta por el primer motivo de casación, ya que como consta en AC2720-2016

(...) la relevancia de la exigencia trasciende de ser un mero formalismo, a focalizarse en la esencia del derecho en disputa y el desvío jurídico del fallo (...) La Sala en AC 13 dic. 2011, rad. 2008-00146, reiterado en AC6432-2015, sobre el particular dijo que (...) según las voces del numeral 3º del artículo 374 del Código de Procedimiento Civil, figura entre los requisitos para la admisión de la demanda de casación, la indicación de las normas de derecho sustancial que el recurrente estime violadas, cuando la vía escogida para el ataque es la causal primera, pues como otrora señaló esta Corporación, si dicha causal "(...) tiene como premisa la violación de una norma sustancial, es apenas lógico que el impugnador indique cuál o cuáles disposiciones de esa estirpe entiende vulneradas por la sentencia que combate (auto de 21 de junio de 2002, Exp. No. 1965-01, reiterado en auto de 1 de diciembre de 2005, Exp. No. 00478 01), porque sólo de esa manera pueden cumplirse los fines de la casación en cuanto concierne a la nomofilaquia y a la unificación de la jurisprudencia; en últimas, si el recurrente no señala el precepto sustancial que considera vulnerado, ¿cómo la Corte podría propender por una defensa concreta y específica del derecho objetivo, sentando criterios de autoridad en relación con la hermenéutica de las normas en un tiempo y en un contexto determinado?" (auto de 4 de junio de 2009. Exp. No. 08001-31-03-008-2001-00065-01).

Por tanto, cuando se trata de violación de normas sustanciales, por la vía directa, al censor le corresponde mínimamente identificar las que tienen esa connotación. De

no hacerlo, le impide a la Corte establecer si realmente se presentó o no tal quebrantamiento.

De acuerdo con lo expuesto y examinados los cargos presentados que se apoyan en la vulneración directa del artículo 871 citado, se advierte que la convocante desconoció los señalados requerimientos pues dicho precepto carece de aquella connotación, al limitarse a definir fenómenos jurídicos.

Ahora, y en relación con el artículo 873, dice el recurrente que la «instantaneidad» a que alude la norma significa que el impuesto se causa «*inmediatamente se dispone de los recursos por el titular de la transacción financiera*», y no, como lo entendió el tribunal, cada que se efectúe un débito bancario sin importar que haga parte de una cadena de actos de disposición de fondos contenidos en una transacción financiera. A tal argumento quedó limitada la acusación.

De manera que, planteada así la censura se advierte su incompletitud, en tanto no rebatió la premisa de la providencia, según la cual, la actuación del banco demandado obedeció a una conducta lícita al entender que el impuesto operaba frente a cualquier débito de los fondos existentes en cuenta corriente, siendo que la «**buena fe en los actos cuestionados, no fue desvirtuada**» (negrilla intencional).

Por tanto, el sustento del cargo casacional cede al requisito formal contemplado en el numeral 2 del artículo 344 del Código General del Proceso, en el entendido que su

formulación no se hizo en forma «completa», pues de prohiar la tesis del casacionista, dirigida a demostrar una interpretación errónea del precepto normativo, aún la sentencia permanece incólume pues nada se dijo frente a la presunción de «buena fe» en la actuación de la entidad financiera, y por tanto, dicho argumento soportaría la providencia cuestionada.

3.1.3. Conclusión.

Por no apoyarse las censuras en una norma de carácter sustancial y plantearse de manera incompleta, se impone su inadmisión.

3.2. Cargos tercero y cuarto:

3.2.1. Su formulación.

Se resolverán conjuntamente por denunciarse en ambos, la violación directa de las normas contempladas en los artículos 871 del Estatuto Tributario y 3 inciso 5º del Decreto 449 de 2003, por interpretación errónea de aquél y falta de aplicación del último.

Las censuras fueron desarrolladas, así:

(i) En la tercera se afirma que se incurre en interpretación errónea del artículo 871 al concluir que se faculta el cobro del gravamen al movimiento financiero a cualquier acto de disposición que se efectúe sobre los dineros

depositados en cuenta corriente, pese a que quien lo haga sea un intermediario cambiario.

El decreto reglamentario de la norma citada precisó su alcance al indicar que el tributo solo se causa cuando el beneficiario final de la transacción de operación de cambio, dispone de los recursos, y no, cuando el intermediario cambiario debita sus cuentas corrientes para ejecutar tales operaciones.

Si ese decreto reglamentó el artículo 871 del Estatuto Tributario significa que ese era el verdadero alcance de esa disposición desde el inicio, como lo ha expresado la jurisprudencia del Consejo de Estado, «*sin que fuera de recibo interpretar que ella lo que hizo fue crear nuevas realidades tributarias aplicables a partir de su entrada en vigencia*». Incluso, así se determinó mediante sentencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa el 15 de febrero de 2009.

(ii) El cuarto cargo señala la indebida interpretación del artículo 871 *ibídem* que lleva a la conclusión de que la conducta de hacer exigible el gravamen a los movimientos financieros en todos los casos en que se debita de las cuentas corrientes, no es un hecho jurídico susceptible de ocasionar daño alguno.

Si se hubiese interpretado correctamente la disposición, teniendo en cuenta las orientaciones plasmadas en el inciso 5º del artículo 3 del decreto 449 de 2003, habría permitido comprender que el gravamen no se genera cuando se producen los actos de intermediación en la transacción

financiera, sino cuando el beneficiario final dispone de ellos, después de recibir los fondos provenientes del intermediario.

En ese orden, las retenciones efectuadas por el Banco de Bogotá cada vez que la demandante debitaba de sus cuentas corrientes para entregar recursos a los beneficiarios de operaciones de cambio internacional, constituyen un hecho ejecutado en contravía de las disposiciones legales, que afecta su patrimonio.

3.2.2 Examen de los cargos.

El recurrente incluyó como disposiciones legales infringidas, los artículos 871 y el inciso 5º del artículo 3 del Decreto 449 de 2003 «*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 788 de 2002 y el Libro VI del Estatuto Tributario*».

De la primera norma en comentario, se acude a los planteamientos expuestos en el desarrollo de los cargos anteriores para resaltar su carácter insustancial, y por esa vía, la imposibilidad de soportar la censura.

El otro canon citado, es del siguiente tenor literal:

Artículo 3º. [inciso quinto] *El movimiento contable y el abono en cuenta que se realicen en las operaciones cambiarias se consideran una sola operación hasta el pago al titular de la operación de cambio, para lo cual el intermediario financiero deberá identificar la cuenta mediante la que se disponga de los recursos. El Gravamen a los Movimientos Financieros se causa cuando el beneficiario de la operación cambiaria disponga de los recursos mediante mecanismos tales como*

débito a cuenta corriente, de ahorros o contable, en los términos del artículo 871 del Estatuto Tributario.

En este caso, el impugnante acusó al *ad quem* de haber incurrido en violación directa de la norma sustancial en la modalidad de falta de aplicación, en la medida en que no sirvió de criterio interpretativo al artículo 871 del Estatuto Tributario. Es decir, la falta de aplicación que se endilga del precepto antes transcrita, se predica para soportar la indebida interpretación del artículo del Estatuto Tributario, de la que se dijo carece de carácter sustancial.

Por tal razón, impide a la Corte abordar el estudio insular de la denuncia de violación directa de la normativa contemplada en el inciso 5º del artículo 3 del decreto 449 de 2003, si la misma se encuentra íntimamente ligada con la acusación soportada en una norma insustancial, como lo es, de manera evidente, el artículo 871 *ibídem*.

En efecto, en el desarrollo del cargo, el censor expresamente manifestó que la interpretación errónea del artículo 871 derivaba de la falta de aplicación del inciso 5º del artículo 3 del citado decreto «*en el cual se precisó su verdadero sentido y alcance*» en tanto que, dicha disposición reglamentaria «*se limitó a señalar el verdadero sentido del artículo 871 del E.T.*», es decir, «*la norma reglamentaria consistió en indicar la correcta interpretación del artículo 871 del E.T.*».

Esas manifestaciones limitan el alcance de la acusación, y por esa senda, la competencia de la Corte para resolver el recurso extraordinario incoado.

Pero además, deja de lado las consideraciones expuestas por el sentenciador colegiado en torno a la irretroactividad o retrospectividad de la norma reglamentaria y el incumplimiento de la demandante de realizar la marcación de cuentas que «*resultaba necesario para quien pretendía obtener el beneficio liberatorio*».

Esta omisión se traduce en que las premisas del tribunal quedan enhiestas, tornando incompleta la acusación.

Vale memorar lo dicho por la Corporación en AC 19 dic. 2012, rad. 2001-00038-01 y recordó en AC2195-2016 en el sentido de que la

(...) cuando el cargo se construye con base en el quebranto de la ley sustancial, se torna indispensable para el recurrente, por una parte, enfocar acertadamente las acusaciones que formule, con lo que se quiere significar que ellas deben combatir las genuinas razones, jurídicas o fácticas, que soportan el fallo impugnado, y no unas extrañas a él, fruto del incorrecto o incompleto entendimiento que de la sentencia haya hecho el censor, o de su imaginación, o inventiva; y, por la otra, que su actividad impugnativa tiene que estar dirigida a derruir la totalidad de esos argumentos esenciales de la sentencia, pues si el laborio del acusador no los comprende a cabalidad, al margen de que el juzgador de instancia hubiere podido incurrir en las falencias denunciadas, su sentencia no podría quebrarse en virtud del recurso extraordinario.

En tales condiciones, frente a la desatención del señalado y perentorio requisito, la Sala se considera relevada

de develar otras falencias, pues esa sola inobservancia, resulta suficiente para considerar inidóneo el escrito impugnativo.

3.2.3. Conclusión

Por la deficiencia enunciada, los cargos por la violación directa de normas sustanciales, serán inadmitidos.

3.3. Cargo quinto.

3.3.1. Su formulación.

Acusa a la sentencia de ser violatoria, por vía directa del numeral 12 del artículo 879 del Estatuto Tributario, como consecuencia de una indebida aplicación.

Explica que la norma se refiere a la exención del gravamen sobre operaciones de compra y venta de moneda extranjera realizada entre intermediarios del mercado cambiario, para lo cual se requiere de cuentas corrientes de uso exclusivo; mientras que, los hechos a los cuales se aplica, consisten en operaciones de cambio internacional ejecutadas entre un intermediario (demandante) y los particulares beneficiarios de las mismas.

Por tal razón en la demanda no se solicitó la devolución del GMF como consecuencia de la falta de aplicación de la referida exención, sino porque el gravamen no se causó cada vez que el intermediario debitaba sus cuentas corrientes para

entregar los fondos a los beneficiarios finales de las operaciones de cambio internacional.

3.3.2. Examen del cargo.

En el estudio emprendido por la Corporación para definir si se presentó la violación directa denunciada, por indebida aplicación, encuentra que los argumentos expuestos para soportar la misma, no difieren en lo esencial, con lo expuesto por el tribunal.

Frente a la decisión dirigida a determinar si la norma en comento estaba llamada a regir el caso concreto, sostuvo el *ad quem*:

«La excepción contemplada en el artículo 879-12 del Estatuto Tributario no podía aplicarse a la actividad que desempeñaba la demandante, porque su actuación no era de «intermediario del mercado cambiario», posición además que sostuvo el Consejo de Estado en sentencia del 5 de febrero de 2009 al afirmar que ‘la disposición de recursos que se genere en la compra o venta de divisas entre el intermediario del mercado y el particular titular de la operación cambiaria, está sujeta al gravamen, porque no está incluida dentro de la exención’.

En otras palabras, para el sentenciador colegiado, este precepto jurídico no debía hacer parte de la premisa normativa para proveer la solución al caso concreto.

El recurrente, por su parte, en ese mismo sentido, aduce que los hechos descritos en ese artículo, están

referidos a operaciones de compraventa de moneda extranjera, lo cual difiere de las operaciones realizadas por la demandante. Es decir, concuerda con el juez colegiado en torno a la no selectividad de dicho precepto para dirimir la controversia, y por esa senda, se desconoce el requisito formal de señalar las normas sustanciales que sirvieron de soporte a la decisión cuestionada, o a las que debieron serlo y no lo fueron.

No se cumple con dicho requerimiento, si el cargo se apoya en disposiciones que no fueron tenidas en cuenta para hacer parte de la premisa normativa de la sentencia, y que tampoco debieron serlo, como lo acepta el mismo recurrente.

Total que, no puede pregonarse la violación directa de norma sustancial por indebida aplicación, si el tribunal decide que dicho mandato no era el llamado a gobernar el asunto sometido a su juicio. Si la norma no fue *aplicada*, menos podría predicarse que lo fue *indebidamente*.

3.3.3. Conclusión.

Por la anotada deficiencia formal, el cargo no está llamado a abrirse paso.

3.4. Sexto cargo

3.4.1. Su formulación.

Acusa la sentencia de desconocer, directamente, por interpretación errónea del inciso 5º del artículo 3 del decreto

449 de 2003 y falta de aplicación del artículo 1 del decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Las premisas sobre las que apoya la acusación, consistieron en reiterar que el decreto reglamentario no agregó nada a la ley reglamentada (artículo 871 del Estatuto Tributario), por cuanto se limitó a desarrollar su sentido en materia cambiaria, y por tal razón, no fue declarado nulo por el Consejo de Estado.

También se interpretó erróneamente la norma al señalar que Casa de Cambios debió identificar la cuenta corriente para la exoneración del GMF, pues aquella sólo señala que el «*intermediario financiero*» debe ocuparse de tal marcación, siendo que, conforme a la definición contenida en el artículo 1 del decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), los intermediarios financieros son los bancos, las corporaciones financieras, las compañías de ahorro y vivienda, y, las compañías de financiamiento comercial, pero no las casas de cambio.

Finalmente, reiteró que el Consejo de Estado en sentencia de 5 de febrero de 2009 «*precisó que la aludida identificación de la cuenta corriente en la cual se ejecutån operaciones de cambio, es un requerimiento operativo, cuyo deber a cargo de la banca, de ninguna manera podría o debería ser interpretada como la creación de una exención*». Por tanto, incurrió en interpretación errónea al considerar, que de no cumplirse la aludida marcación, se pierde el derecho a que la operación de cambio sea una sola transacción y el gravamen se cause en cabeza de su beneficiario final.

3.4.2. Examen del cargo.

En esta censura también se hallan insalvables falencias que impiden su admisión, conclusión que se anticipa con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el artículo 1 del decreto 663 de 1993 «*Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración*» señala:

Artículo 1. *El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:*

- a. Establecimientos de crédito.*
- b. Sociedades de servicios financieros.*
- c. Sociedades de capitalización.*
- d. Entidades aseguradoras.*
- e. Intermediarios de seguros y reaseguros*

De manera que, de la sola lectura se desprende que carece de carácter sustancial propio para servir de fundamento a la acusación.

En segundo lugar, y tal como se explicó en el desarrollo de la tercera censura, nada se dijo en relación con el tema de la irretroactividad o retrospectividad del decreto 449 de 2003 cuya violación denuncia. Recuérdese, para el tribunal, «*las referidas precisiones normativas en torno al recaudo del impuesto, no se dieron con efectos hacia atrás*» y por tanto, no podían ser tenidas en cuenta por el banco recaudador en la época que correspondían a los años 2001 a 2003, que es lo que se pide en la demanda.

En ese orden, al no combatirse en la acusación todas las razones que soportaron la decisión acusada, la sentencia no podrá quebrarse en virtud del recurso extraordinario, pues aquélla se sigue soportando en las premisas que permanecieron enhiestas.

3.4.3. Conclusión.

Las deficiencias reseñadas impiden que la Corte pueda desarrollar la función asignada como tribunal de casación, porque no es factible suplir, enmendar o completar la tarea del recurrente, en virtud del principio dispositivo que orienta el recurso extraordinario, de acuerdo con el cual se le exige proponer la acusación de manera precisa, clara y completa.

3.5. Séptimo y octavo cargo

3.5.1. Su formulación.

Fueron desarrollados así:

(i) En el séptimo cargo se denuncia la providencia impugnada de ser violatoria, directamente, del artículo 871 del Estatuto Tributario, por interpretación errónea; y, falta de aplicación del artículo 21¹ del decreto 405 de 2001.

La correcta lectura del artículo 871 citado habría permitido establecer que el impuesto no se causó en las ocasiones en que la demandante debitó sus cuentas

¹ En el desarrollo de la censura se refiere al artículo 22 de dicha disposición.

corrientes, fungiendo como intermediaria cambiaria, para entregar el producto de la operación a su beneficiario final.

Pero además, la razón por la que la DIAN no hubiera restituido al banco el importe de los valores indebidamente recaudados obedece a que la obligación de reintegrarlos se encuentra contemplada en el artículo 22 del decreto 405 de 2001, según el cual, la entidad financiera cuenta con la posibilidad de reembolsarse el importe restituido, mediante descuentos a las sumas que en el futuro debiere transferir a la DIAN *«dejando en evidencia que la falta de devolución de valores no relava (sic) al Banco de su obligación de reintegro de lo indebidamente retenido»*.

(ii) El último cargo se estructuró al entender equivocadamente que según el artículo 871 del ET todos los débitos a cuentas corrientes se encuentran gravadas con el GMF, por lo que se admitió como ajustada a la ley la retención del gravamen realizado a la promotora, las veces que, actuando como intermediaria cambiaria, debitaba sus cuentas corrientes.

De haber interpretado adecuadamente la disposición, se habría entendido que el comportamiento del banco demandado era por lo menos negligente, por la *«imperita interpretación de las normas regulatorias de la materia, lo cual lo habría conducido a predicar la culpa y por supuesto a excluir el dolo como factor subjetivo determinante de la responsabilidad; previa aplicación del artículo 63 del Código Civil Colombiano»*.

3.5.2. Examen de los cargos.

En el desarrollo de estos cuestionamientos se acude a los planteamientos expuestos en el desarrollo del primer y segundo cargo, referido a la ausencia de carácter sustancial del artículo 871 del Estatuto Tributario, el cual fue invocado como norma desconocida, de modo directo, en ambas censuras.

Del mismo modo, y con base en similares argumentos, se anticipa que el artículo 63 del Código Civil tampoco cumple con la connotación requerida para soportar la acusación por vía de este recurso extraordinario.

Dicho precepto es del siguiente tenor literal:

Artículo 63. *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Acerca del carácter insustancial de esta última norma, la Corte ya se pronunció en providencia CSJ AC 124 de 9 de junio de 1998 Exp. 7109, de la siguiente manera:

«Los cargos primero y segundo, donde simplemente se limita a señalar como violado el artículo 63 del C. Civil que, en lo que respecta a la noción y clases de culpa, carece del carácter sustancial pertinente»

Por tal razón, el cargo octavo no está llamado a ser admitido.

De otro lado, en relación con el precepto normativo invocado en la séptima censura, se advierte que en el desarrollo de la misma no explica cómo el artículo 22 del decreto 405 de 2001 debió ser el fundamento del fallo para rebatir el argumento por el cual el recurrente resultó vencido en sede de instancia. No encuentra la Sala relación en lo preceptuado en dicha disposición normativa, con lo allí alegado y lo que finalmente concluyó el tribunal.

Si acaso con dicha postura se pretende cuestionar la decisión según la cual la retención se consideró legal porque la DIAN no autorizó la devolución del impuesto al banco convocado, debe resaltarse que aquél constituyó un contrargumento a la tesis del apelante, expuesta en la sustentación del recurso ordinario, cuando manifestó *«quiero decir además que aquí hay un antecedente importante: en un cobro que le hicimos nosotros al Banco Unión Colombiano que se unificó después con el Banco de Occidente, que pertenece al grupo aval el cual lo integra el Banco de Bogotá, se hizo un reembolso por Junta Directiva entendiendo efectivamente los argumentos nuestros, y decidió el Banco Unión, ahora Banco de Occidente, restituir los dineros retenidos. Esto fue conocido por la DIAN y la DIAN guardó silencio, a sabiendas de que era absolutamente correcto»* (minuto 15:12 Cd. Tribunal, aud 24 de mayo de 2018, ff 10)

Precisamente, con ocasión de dicha afirmación, el sentenciador de segundo grado decretó una inspección judicial acompañada de perito contable a las instalaciones del Banco Unión o Banco de Occidente, a la par que, ordenó oficiar a la DIAN, con el fin de que remitiera toda la información relacionada *«sobre devolución de dineros correspondiente al gravamen a los movimientos financieros –GMF, durante los años 2001, 2002 y 2003 a la Casa de Cambios Unidas S.A., al desarrollar operaciones de cambio internacional»*.

Ahora, practicada la prueba, la valoración que le mereció al *ad quem* se expuso en la providencia atacada, de la siguiente manera: *«de la prueba recaudada en segunda instancia tampoco puede inferirse que fue ilegal la retención hecha por el demandado durante los años 2001 a 2003, porque en oposición a lo*

alegado por el apelante, las entidades requeridas ni hallaron respaldo para autorizar la devolución del impuesto a la demandante»

De manera que el canon que se denuncia como inaplicado, en realidad no era el llamado a gobernar el caso sometido a la decisión judicial. No hacía parte del escenario factual esbozado en las instancias, pues, se itera, la posición de la actora hasta la sustentación del recurso estaba dirigida a sostener que ya se había obtenido la devolución de los importes retenidos a título de Gravamen al Movimiento Financiero con base en la teoría defendida en la demanda, lo cual había sido prohijado por la DIAN.

En ese orden, el requisito formal de soportar el cargo en un precepto de carácter sustancial no se encuentra satisfecho si realmente el que se invoca, no es el que debe ser aplicado para resolver el asunto litigioso. Por eso, como lo ha reiterado esta Corporación, es necesario que se trate de uno que, constituyendo base esencial del fallo impugnado, o habiendo debido serlo, haya sido infringido. En ausencia de tal exigencia se torna imposible hacer el análisis del error de juicio jurídico denunciado.

Adicionalmente, el reproche se ha limitado a indicar que de haber aplicado dichas normas, la decisión del tribunal hubiese sido diferente, en el sentido de declarar la responsabilidad civil extracontractual del banco demandado, dejando de lado el argumento toral de la sentencia impugnada dirigido a sostener la no concurrencia de sus elementos constitutivos, puesto que, el actuar del convocado

«estuvo amparado de la aplicación de unas normas con base en una interpretación que no fue irrazonable, en tanto que establecían que el impuesto debía operar frente a cualquier debito (sic) de los fondos existentes en cuentas corrientes».

Queda en evidencia entonces, que el censor no cumplió con la carga inherente de formular el ataque realizado a la sentencia del tribunal, en tanto que, las normas acusadas como violadas directamente, no debían servir de fundamento a la decisión, lo que conlleva que no combatió por esa senda, las genuinas razones de la providencia.

3.5.3 Conclusión

Por las razones expuestas, los cargos analizados no serán admitidos.

4. Conclusión final.

La consecuencia que forzosamente se deriva de las reseñadas falencias de los ocho cargos propuestos en la demanda de casación formulada por la parte demandante y único recurrente, es la inadmisión del libelo, con apoyo en el numeral 1 artículo 346 del Código General del Proceso, porque los ataques planteados en ella no reúnen todos los requisitos formales necesarios para darles trámite.

5. Anotación adicional.

De otra parte, no es procedente seleccionar el asunto para eventual casación de oficio, porque no se evidencia la

estructuración de alguno de los supuestos consagrados en el último inciso artículo 336 del Código General del Proceso, según el cual la Corte *«podrá casar la sentencia, aún de oficio, cuando sea ostensible que la misma compromete gravemente el orden o el patrimonio público, o atenta contra los derechos y garantías constitucionales»*.

6. Reconocimiento de personería.

Se resolverá favorablemente la solicitud de reconocimiento de personería al abogado designado para representar los intereses de la parte demandada Banco de Bogotá S.A.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,

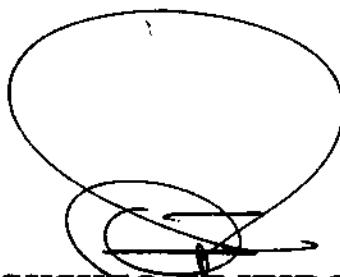
RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR INADMISIBLE la demanda de casación presentada por Casa de Cambios Unidas S.A. frente a la sentencia proferida el 22 de octubre de 2018 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso de responsabilidad civil extracontractual promovido por la recurrente contra Banco de Bogotá S.A.

SEGUNDO. DEVOLVER EL EXPEDIENTE al Tribunal de origen, lo cual deberá hacer la Secretaria.

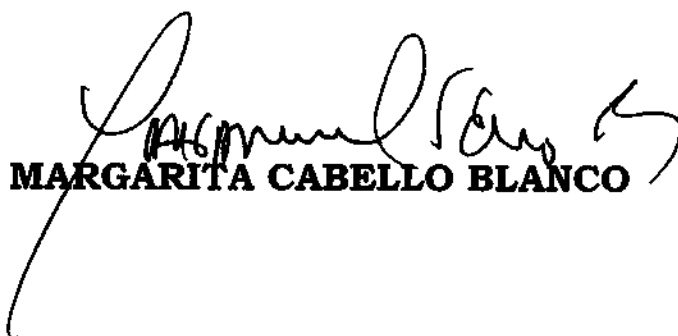
TERCERO. RECONOCER PERSONERÍA en los términos del poder conferido, al abogado Edgardo Villamil Portilla identificado con la tarjeta profesional 13.747 del C.S.J., como apoderado judicial de la demandada Banco de Bogotá S.A.

Notifíquese,



OCTAVIO AGUSUTO TEJEIRO DUQUE

Presidente de Sala



MARGARITA CABELLO BLANCO



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

AUSENCIA JUSTIFICADA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA