



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

<b>RADICACIÓN:</b>	<b>70-001-23-33-000-2017-00153-00</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE - COMFASUCRE</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN" – BANCO BBVA – BANCO DE OCCIDENTE – BANCO DE BOGOTÁ</b>
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>

La **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE - COMFASUCRE-**, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de reparación directa solicita que sean declaradas administrativa y patrimonialmente responsables, la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES "DIAN" y las entidades financieras BANCO BBVA, BANCO DE OCCIDENTE y BANCO DE BOGOTÁ, con ocasión de un presunto enriquecimiento sin causa de dichas personas jurídicas, debido al recaudo y pago del Gravamen a los Movimientos Financieros (GMF), realizado por la accionante.

Consecuentemente, pide el reconocimiento y pago de las sumas correspondientes a \$643.430.303.00, \$339.103.333.52, y \$571.169.301.00, por concepto de retenciones efectuadas, por parte de las entidades BANCO BBVA, BANCO DE OCCIDENTE y BANCO DE BOGOTÁ, respectivamente.

Frente a ello, este Tribunal mediante auto de fecha 27 de julio de 2017<sup>1</sup>, decidió inadmitir la demanda, concediendo, en efecto, el término de diez (10) días para que se subsanaran las siguientes deficiencias so pena del rechazo de la demanda. En dicha providencia textualmente se dijo:

---

<sup>1</sup> Folios 50 - 53 del expediente.

**“1. Se confunde el medio de control que debe ejercitarse en el presente asunto, con ello las pretensiones y el contenido mismo de la demanda.** Al efecto, el artículo 871 del Estatuto Tributario consagra como hechos generadores del GMF, la realización de las transacciones financieras, mediante las cuales se dispongan recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros, así como los débitos que se efectúen a cuentas contables y de otro género, diferentes a las corrientes, de ahorros o de depósito, para la realización de cualquier pago o transferencia a un tercero.

Con la finalidad de recaudar el GMF, se estableció el mecanismo de retención en la fuente, para lo cual el artículo 876 del Estatuto Tributario señala, que el Banco de la República y las demás entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera donde se encuentre la respectiva cuenta corriente, de ahorros, de depósito, derechos sobre carteras colectivas o donde se realicen los movimientos contables que impliquen el traslado o la disposición de recursos de que trata el artículo 871 ibídem, actuarán como agentes retenedores y responsables por el recaudo y el pago.

Lo anterior implica para estos agentes de retención, una atribución de facultades relacionadas con el recaudo, lo cual conlleva para ellos, el cumplimiento de una serie de obligaciones tales como **retener**, declarar las retenciones que hayan practicado, consignar oportunamente los valores retenidos, expedir los respectivos certificados de retención a los sujetos pasivos de la retención y demás obligaciones que se establezcan en la ley.

Igualmente, para los agentes de retención se halla, explícitamente, la obligación de reintegrar los valores retenidos en exceso o indebidamente al sujeto pasivo de la retención, obligación respecto de la cual debe decirse, que en este caso, el reintegro se hace sin perjuicio de que el agente de retención, previamente al reintegro, verifique si lo retenido por él se encuentra o no ajustado a la Ley o si se presentan los presupuestos legales de una exención o si se han cumplido los requisitos para que ella opere, afirmación que se apoya en lo previsto en el artículo 22 del Decreto 405 del 14 de marzo de 2001, mediante el cual, se consagra el procedimiento a seguir, cuando hay una retención en exceso o indebida del GMF, por parte de una entidad financiera.

Siendo así, en el caso de un cobro indebido o en exceso por parte de una entidad financiera, se puede acudir por escrito ante la entidad financiera, con el fin de obtener el reintegro respectivo, siempre y cuando se prueben las circunstancias que permitan establecer, que se trata de una retención en exceso, indebida o

que se está incurso en una de las exenciones consagradas en el artículo 879 del Estatuto Tributario.

Lo anteriormente expuesto permite establecer a este Despacho, que si bien le corresponde a la DIAN la administración del GMF, para lo cual tiene, entre otras facultades, su devolución, también es cierto que esta facultad vía reglamentación, prima facie, se asigna a los agentes de retención, quienes para proceder a la devolución de aquellas sumas calificadas como retenidas en exceso o indebidamente, deberán atender el contenido del ordenamiento legal.

Ahora bien, en el evento que la devolución no se produzca por parte del ente financiero, el interesado, deberá acudir ante la jurisdicción ordinaria, no contenciosa administrativa, para solicitar la devolución de lo indebidamente pagado, bajo el sino de la responsabilidad civil contractual, pues, el vínculo del cuentahabiente con la entidad financiera, con ello, de alguna manera, la facultad de retención por impuestos del orden nacional, surge como consecuencia del contrato de adhesión que se suscribe con tales entidades, que para el caso concreto no es más, que el contrato de cuenta corriente, descrito en el art. 1382 del Código de Comercio, cuyo tenor literal enseña:

**“ARTÍCULO 1382. DEFINICIÓN DE CUENTA CORRIENTE BANCARIA.** Por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco.

Todo depósito constituido a la vista se entenderá entregado en cuenta corriente bancaria, salvo convenio en contrario”.

Y esto resulta así, en tanto la entidad financiera por virtud del contrato mencionado, puede y debe cumplir ciertas obligaciones que el ordenamiento jurídico le impone y que se hallan ínsitas en el contrato de cuenta corriente, esto es, retener los impuestos que recaigan sobre las operaciones efectuadas al interior de la cuenta corriente; luego, en punto del contrato celebrado con el cuentahabiente, el ente financiero incumpliría sus obligaciones contractuales, si de forma indebida retiene sumas de dinero para las cuales no está autorizado, en otras palabras, si retiene tales sumas de dinero sin sujeción al ordenamiento jurídico.

Desde tal punto de vista, se insiste, la persecución de lo retenido indebidamente debe tramitarse como responsabilidad civil contractual del orden privado, pues, no cabe duda que el contrato de cuenta corriente tiene tales características.

Otro tanto ocurre frente a la DIAN, en tanto, si como se dijo tiene la obligación de devolver lo retenido y pagado indebidamente, resulta evidente que el trámite aplicable es el regulado en el Estatuto Tributario.

Al efecto, el artículo 850 del Estatuto Tributario, prevé que la DIAN debe devolver los pagos en exceso o de lo no debido, que hayan efectuado los administrados por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, siguiendo el procedimiento que se aplica para las devoluciones de saldos a favor.

Para tal efecto, existe un procedimiento unificado para solicitar y tramitar las devoluciones de lo pagado en exceso o indebidamente, para lo cual, se debe atender lo dispuesto en los artículos 850 y siguientes del Estatuto Tributario y el Decreto 1000 de 1997, trámite que en todo caso, debe entenderse como una actuación administrativa que culmina con un pronunciamiento oficial, a través de un acto administrativo, que para el caso sería o la orden de devolución de lo indebidamente pagado o la negativa a hacerlo.

Establecido lo anterior, para el caso concreto resulta que el demandante confunde el medio de control a utilizar, pues, (i) si de lo que se trata es de reclamar a los entes financieros (bancos Bilbao Vizcaya Argentaria – BBVA, Banco de Occidente y/o Banco de Bogotá, la devolución de lo indebidamente retenido, consecuencia lógica es ejercer la acción ordinaria de responsabilidad civil contractual ante la jurisdicción ídem. Si por el contrario, (ii) lo que se pretende es obtener la devolución de lo indebidamente retenido en aplicación del GMF, ante la DIAN, evidentemente, además de agotar la actuación administrativa a que atrás se hizo mención (solicitud de devolución de saldos), el medio de control a elegir será el de nulidad y restablecimiento del derecho, si la petición de devolución de saldo ha sido negada, en tanto, habrá de por medio un acto administrativo que así lo indique y que requiera de su nulidad, para proceder al correspondiente restablecimiento del derecho.

De ahí que mal se hace en acudir al medio de control de la reparación directa, usando la figura de la actio in rem verso, toda vez que la relación jurídica que apuntala tal posibilidad, indica que son otros los medios de control judiciales a utilizarse. Siendo así y entendiéndose que eventualmente la demanda presentada puede dirigirse contra la DIAN, por la vía de la nulidad y restablecimiento del derecho, el demandante corregirá su escrito introductorio, con el apercibimiento de las consideraciones anotadas, amén de tener en cuenta, evidentemente, los requisitos que se exigen para demandar un acto administrativo de las connotaciones indicadas.

**2.** Dado lo anterior y suponiendo que se disponga por el interesado demandar a la DIAN por la vía de la nulidad y el restablecimiento del derecho, el demandante hará una relación clara, precisa y concreta de los hechos que indique la (s) fecha (s) correspondiente (s) al período indebidamente retenido por virtud del GMF, señalando específicamente además de la fecha, el valor de cada retención e indicando el acto administrativo a demandar y la actuación administrativa que al efecto se adelantó. En otras palabras, se acompasarán los hechos, con las pretensiones, con el concepto de violación y demás aspectos que debe contener la demanda.

Lo anterior, además, con el objeto de determinar la operancia del término de caducidad, previsto en el literal i) del artículo 164 del C.P.A.C.A. -Ley 1437 de 2011- y los aspectos puntuales que se tendrán en cuenta en el debate procesal.

**3.** No se aportó prueba de existencia y representación legal, tanto de la parte accionante, CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE SUCRE "COMFASUCRE", como de las entidades financieras BANCO BBVA, BANCO DE OCCIDENTE y BANCO DE BOGOTÁ.

(...)

**4.** No se acreditó la calidad de la Dra. Erika Janneth Ahumada Rodríguez, quien dice actuar como Directora Administrativa (E) de la Caja de Compensación Familiar de Sucre "COMFASUCRE" y quien, además, es la persona que otorga el respectivo poder al profesional que radica la demanda.

**5-** Falta de copias de la demanda...

(...)"

La anterior decisión, fue notificada en estado electrónico N° 119 del 28 de julio de 2017, con envío a las direcciones electrónicas suministradas por el apoderado, fulgencioperezd@hotmail.com – info@comfasucre.com.co , tal como se vislumbra en la constancia secretarial militante a Fls. 53 y 54 del expediente.

Posteriormente, el apoderado accionante presentó recurso de reposición contra el auto inadmisorio<sup>2</sup>, el cual fue rechazado por haberse presentado extemporáneamente, a través de providencia de fecha 5 de octubre de

---

<sup>2</sup> Fls. 55 – 106 del expediente.

2017<sup>3</sup>. En este mismo auto, se ordenó seguir con el trámite normal del proceso.

La decisión antedicha, fue notificada en estado electrónico N° 160 del 6 de octubre de 2017, con envío a la dirección electrónica fulgencioperezd@hotmail.com<sup>4</sup>.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que la parte actora no cumplió con la carga procesal de subsanar todas las anomalías advertidas (**Confusión del medio de control y Coherencia entre los hechos y las pretensiones**).

Al respecto, el numeral 2° del artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

*“RECHAZO DE LA DEMANDA. Se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos en los siguientes casos:*

**2.- Cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida.”**

En este orden, ajustando el anterior precepto normativo al caso bajo estudio, encuentra la Sala, que pese a haberse dado oportunidad para corregir la demanda, dentro del término legalmente estatuido para ello, la parte demandante, no presentó subsanación alguna, conllevando indefectiblemente, al rechazo de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Sucre,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: RECHAZAR** la presente demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

---

<sup>3</sup> Fls. 110 – 111 del expediente.

<sup>4</sup> Fls. 111 – 112 del expediente.

**SEGUNDO: DEVUÉLVASE** al interesado o a su apoderado, la demanda y sus anexos, sin necesidad de desglose.

**TERCERO:** En firme este auto, **CANCÉLESE** su radicación y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones correspondientes en los libros radicadores y el sistema de información justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobado por la Sala, según consta en el acta No. 00223/2017

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**