

Honorables Magistrados
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
E. S. D.

Referencia: ACCIÓN DE GRUPO
Demandante: DEFENDEMOS – LIGA DE CONSUMIDORES DE BOGOTÁ-
Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL-DIRECCIÓN DE
IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –UAE-DIAN-

_____, mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, domiciliado en la ciudad de Bogotá, en mi calidad de apoderado especial del grupo _____, como consta en poder adjunto, y con fundamento en el artículo 145 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 48 de la ley 472 de 1998, de manera respetuosa procedo a interponer la siguiente **ACCIÓN DE GRUPO** contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES –UAE-DIAN-**, Unidad Administrativa Especial del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, representada legalmente por su Director General el Señor Juan Ricardo Ortega López persona mayor y vecino de esta ciudad, o por quién haga sus veces al momento de la notificación del auto admisorio de la presente demanda, en razón de las acciones u omisiones que han dado lugar a lesionar de manera grave el patrimonio de los accionantes, dados los siguientes:

HECHOS

1. El 1 de enero de 2013 entro a regir la Ley 1607 de 2012 por medio de la cual se reformo el Estatuto Tributario,
2. El artículo 67 de esa Ley reformo el artículo 850-1 al Estatuto Tributario estableciendo que cuando quiera que se paguen bienes o servicios a la tarifa general del 16% (468 del Estatuto Tributario) o a la especial del 5% (468-1 y 468-3 del Estatuto Tributario), utilizando tarjeta de crédito, débito, o los servicios de banca móvil, las personas naturales tendrán derecho a que se les devuelvan dos puntos sobre el valor pagado por concepto de IVA, a más tardar el 31 de marzo del año siguiente a la fecha de la adquisición, consumo o prestación del servicio.
3. Los aquí demandantes y las demás personas que con posterioridad se adhieran al grupo, durante el año 2013 pagaron bienes o servicios gravados con el impuesto a las ventas –IVA- utilizando tarjeta de crédito, débito, o los servicios de banca móvil.
4. El artículo 850-1 del Estatuto Tributario fue reglamentado por el gobierno nacional mediante el Decreto 2876 de diciembre de 2013, por medio del cual se regulo el procedimiento que debían realizar las entidades emisoras de tarjetas de crédito, débito y las prestadoras de servicios de banca móvil para informar los valores de las transacciones ante la UAE-DIAN, con miras a que esta entidad pública pudiera

realizar la devolución a los contribuyentes, la cual se tendría que reflejar mediante el depósito de los dineros en su cuenta corriente o de ahorros, o bien, a través de la acreditación de los recursos correspondientes en el saldo a pagar o como saldo positivo de la respectiva tarjeta de crédito.

5. A la fecha no se han verificado las devoluciones de que trata el artículo 850-1 del Estatuto Tributario pese a que ya se venció el plazo máximo con que cuenta la administración tributaria para estos efectos -31 de marzo de 2014-.

PERJUICIOS CAUSADOS Y PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos señalados, les solicito a ustedes honorables Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1. Declare que la demandada ha incurrido en una falla del servicio por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 850-1 del Estatuto Tributario, dado que no ha devuelto las sumas a que tienen derecho los miembros del grupo afectado.
2. Declare, en consecuencia, que la demandada es responsable extracontractualmente de los daños causados al grupo.
3. Condene a la demandada, que a título de daño emergente, le pague a los demandantes y a los miembros del grupo afectado las sumas correspondientes a los dos puntos del IVA pagado durante el año 2013. Este monto deberá indexarse para el momento en que se verifique el pago.
4. Condene a la demandada, que a título de lucro cesante, le pague a los demandantes y a los miembros del grupo afectado los intereses legales (art. 2232 del C.C) sobre las sumas que no hayan sido devueltas. Este interés se liquidará desde el 1 de abril del 2014 y hasta que se efectúe el pago.
5. Condene a la demandada al pago de las costas del proceso.

GRUPO AFECTADO

Las personas que a continuación se relacionan durante el año 2013 pagaron bienes o servicios gravados con el impuesto a las ventas –IVA- utilizando tarjeta de crédito, débito, o los servicios de banca móvil.

- XXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx.
- XXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx

Comment [JZ1]: En esta acción de grupo me parece imposible realizar un juramento estimatorio de los daños, si ni la DIAN sabe que es lo que tiene que devolver... precisamente para estimar los daños se solitará la intervención de un perito.

- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx
- XXXXXXXXXXXXXXXX, identificado con cédula de ciudadanía xxxxx de xxxx, con domicilio xxx

Sin perjuicio de lo anterior, conforme lo dispone el artículo 48 de la Ley 472 de 1998, el grupo demandante está conformado también por las demás personas que sin otorgar mandato judicial, resulten igualmente perjudicadas patrimonialmente, por acción u omisión de la demandada. De manera tal que la presente acción cubre a todas las personas que se encuentran bajo análogas circunstancias de hecho y de derecho. De manera pues, que para efectos de integrar el extremo activo de la presente causa han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

- i.) Que los sujetos hayan adquirido bienes y servicios a lo largo del año 2013 usando tarjeta de crédito, débito o servicios de banca móvil.
- ii.) Que los bienes y servicios adquiridos se encuentren gravados con el impuesto del IVA en la tarifa del 5% o la general del 16%.
- iii.) Que no les hayan reembolsado al 31 de marzo de 2014, mediante el procedimiento contemplado en el Decreto 2876 de 2013, los dos puntos sobre lo

pagado por concepto de IVA según lo regulado en el artículo 850-1 del Estatuto Tributario.

RESPONSABLE

Se trata de La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Unidad Administrativa Especial del orden nacional de carácter eminentemente técnico y especializado, con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal y con patrimonio propio, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

La DIAN tiene como domicilio principal la Carrera 8 No. 6 – 64 de la ciudad de Bogotá D.C.

La DIAN se encuentra representada legalmente por su Director General Dr. Juan Ricardo Ortega López, mayor y vecino de esta ciudad, o por quién haga sus veces al momento de la notificación del auto admisorio de la demanda. Persona que funge como representante para efectos judiciales de conformidad con lo regulado por el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que es la persona de mayor jerarquía en la entidad que produjo el hecho o la omisión.

PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN Y OPORTUNIDAD PARA PRESENTARLA

De conformidad con lo señalado por los artículos 52, 3, 48 y 46 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, la presente acción es procedente toda vez que las personas que conforman el extremo activo buscan la indemnización plena de perjuicios por los daños que sufrieron como causa de las acciones u omisiones de la demandada. En particular es importante resaltar:

- (i) El número de demandantes o afectados es superior a veinte (20) personas tal y como lo exige el inciso final del artículo 46 de la Ley 472 de 1998.
- (ii) La causa que les generó los perjuicios al grupo es la misma; a saber: el incumplimiento por parte de la DIAN de devolver los dos puntos del IVA con ocasión de la adquisición de bienes y servicios adquiridos mediante la utilización de tarjetas de crédito, débito o banca móvil.
- (iii) El daño sufrido por dicha omisión también es uniforme, toda vez que se compone de la suma que se le adeuda a cada usuario por concepto de devoluciones sobre los dos puntos de IVA a que tienen derecho, y de los intereses legales aplicados a esos montos.

Respecto de la oportunidad para la presentación de la demanda, ha de tenerse en cuenta el momento de la causación del daño, esto es, desde el 1 de abril de 2014, momento en que la

administración tributaria entra en mora. Desde esta fecha los afectados tienen dos años para intentar la acción de grupo de conformidad con lo regulado en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 164 numeral 2 literal h de la Ley 1437 de 2011, por lo que el presente libelo se encuentra en término toda vez que el daño causado al grupo tuvo lugar dentro de los dos años anteriores a la fecha de su interposición.

PRUEBAS

Solicito se tengan y se decreten como pruebas del demandante las siguientes:

i. Documentales:

Sírvase oficiar a las entidades del sector financiero para que aporten con destino a este proceso un listado de las personas que hayan sido titulares, para el año 2013, de tarjetas de crédito o débito, y de aquellas que hayan usado en el año 2013 servicios de banca móvil tal y como fuera definido para el artículo 2 del Decreto 2876 de 2013, relacionando para cada una de ellas, al menos, la siguiente información:

- a.) Nombre de la persona natural titular de la tarjeta, o usuario del servicio de banca móvil, según el caso.
- b.) Número de identificación personal.
- c.) Transacciones realizadas, ítem dentro del cual deberá especificar: i.) valor pagado por transacción o adquisición del producto o servicio; ii.) valor del producto sin impuestos; iii) el valor de los impuestos, discriminando, sólo si es posible, lo pagado por concepto de IVA; y, iv) establecimiento donde adquirió el bien o servicio.

Las entidades que solicito oficiar son las que relaciono a continuación:

Comment [JZ2]: Pido el valor de los impuestos porque en muchos establecimiento se facturo así, sin discriminar el IVA y el Impuesto al Consumo. Será labor del perito discriminar el IVA y el impuesto al consumo.

Comment [JZ3]: Este listado lo saque de la página web de la superfinanciera.

Denominación social de la Entidad	Denominación abreviada de la entidad	NIT	Representante Legal		Cargo	Dirección	Domicilio	Teléfono	Fax	Página Web	E-mail
			Nombre(s)	Apellido(s)							
Banco de Bogotá	Banco de Bogotá	860002964-4	Alejandro Augusto	Figueroa Jaramillo	Presidente	Calle 36 No. 7- 47	Bogotá D.C.	3383396 - 3380822	3383302 - 2884590	www.bancodebogota.com	afigueroa@banco debogota.com.co
Banco Popular S.A.	Banco Popular	860007738-9	José Hernán	Rincón Gómez	Presidente	Calle 17 No. 7- 35/43	Bogotá D.C.	3395500 - 3395550	3345745	www.bancopopular.com.co	presidencia@ban copopular.com.co
Banco CorpBanca Colombia S.A. Sigla: Banco CorpBanca	Banco Santander	890903937-0	Jaime Francisco	Munita Valdivieso	Presidente	Carrera 7 No. 99 - 53	Bogotá D.C.	6448500	6448430	www.bancocorpbanca.com.co	crodriguezmartinez@bancocorpbanco.com.co
Bancolombia S.A. o Banco de Colombia	Bancolombia	890903938-8	Carlos Raúl	Yepes Jiménez	Presidente	Carrera 48 No. 26 - 85	Medellín (Antioquia)	(574) 4040000	(574)57 63510	www.bancolombia.com.co	gcari@bancolombia.com.co

S.A. o Bancolombia						Avenida Los Industriales					
Citibank-Colombia - Expresión Citibank	Citibank	860051135-4	Bernardo	Noreña Ocampo	Presidente	Carrera 9A No. 99 -02 Piso 3	Bogotá D.C.	6394069	6383366	www.citibank.com.co	bernardo.norena@citigroup.com
BANCO GNB COLOMBIA S.A. Sigla: Banco GNB	Banco GNB	860050930-9	Edilberto	Sánchez Sarmiento	Presidente	Carrera 7 No. 71 - 21 Torre B Piso 16	Bogotá D.C.	3345088 - 2863155 - 3190950 - 3175404	3175448 - 3175169	www.hsbc.com.co	contactenos@lloydstsbank.com.co
BANCO GNB SUDAMERIS S.A. Quien podrá utilizar el nombre BANCO GNB SUDAMERIS o SUDAMERIS, seguidos o no de las expresiones sociedad anónima o la sigla S.A.	Banco GNB Sudameris	860050750-1	Camilo	Verastegui Carvajal	Presidente	Notificación: Carrera 7 No 75 - 85/87 Correspondencia: Por la Carrera Octava (8a.)	Bogotá D.C.	PBX 2750000	2750005	www.sudameris.com.co	edisan@gnbsudameris.com.co
Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. podrá utilizar el nombre BBVA Colombia	BBVA Colombia	860003020-1	Oscar	Cabrera Izquierdo	Presidente Ejecutivo	Carrera 9 No. 72 - 21	Bogotá D.C.	3471600 - 3124666 - 3428324	-	www.bbva.com	adriana.valencia@bbvaganadero.com
Helm Bank S.A. pudiendo utilizar el nombre comercial de "Helm Bank" o simplemente "Helm"	Helm Bank	860007660-3	María Carmiña	Ferro Iriarte	Presidente	Carrera 7 No. 27 - 18	Bogotá D.C.	3394800	2867236	www.grupoohelm.com	bancaext@bancodecredito.com.carmina.ferro@grupohelm.com
Banco de Occidente S.A.	Banco de Occidente	890300279-4	Efraín	Otero Álvarez	Presidente	Carrera 4 No. 7- 61 Piso 15- En Bogotá: Carrera 13 No. 27-47	Cali - Valle Bogotá D.C.	8861111 - Bogotá: 2972000	8861283	www.bancodeoccidente.com.co	eotero@bancodeoccidente.com.co
BCSC S.A. y podrá utilizar los siguientes nombres y siglas: Banco Caja Social BCSC y Banco Caja Social	BCSC	860007335-4	Diego Fernando	Prieto Rivera	Presidente	Carrera 7 No. 77- 65 Torre Colmena	Bogotá D.C.	3138000 - 3215000	3216934	www.bancoajasocial.com.co	cupegui@fundacion-social.com.co
Banco Davivienda S.A. "Banco Davivienda" o "Davivienda"	Davivienda	860034313-7	Efraín Enrique	Forero Fonseca	Presidente	Avenida el Dorado No. 68 C - 61 Piso 10 Avenida El Dorado No 68B - 31 Piso 1 - Notificaciones	Bogotá D.C.	3300000 - 01 8000123838	2857961	www.davivienda.com	cvirtual@davivienda.com

Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A. , nombres abreviados o siglas: "Banco Colpatría", "Colpatría Multibanca", "Multibanca Colpatría" o "Colpatría Red Multibanca"	Colpatría Red Multibanca	860034594-1	Luis Santiago	Perdomo Maldonado	Presidente	Carrera 7 No. 24 - 89 Piso 10	Bogotá D.C.	3386300-3386161	3340867	www.colpatría.com	perdomos@colpatría.com
Banco Agrario de Colombia S.A. - Banagrario-	Banagrario	800037800-8	Alvaro Miguel	Navas Patron	Presidente	Carrera 8 No. 15 - 43	Bogotá D.C.	3821400	3452279 - 3459057	www.bancoagrario.gov.co	atnclie@bancoagrario.gov.co
Banco Comercial AV Villas S.A. Podrá girar bajo la denominación Banco de Ahorro y Vivienda AV Villas, Banco AV Villas o AV Villas.	AV Villas	860035827-5	Juan Camilo	Ángel Mejía	Presidente	Carrera 13 No. 27-47	Bogotá D.C.	2875411 - 2873027	2883765 - 3363717	www.avvillas.com.co	angeljc@bancoavvillas.com.co
Banco ProCredit Colombia S.A. siglas "BPCC", "PROCREDIT" o "BANCO PROCREDIT"	Procredit	900200960-9	Yann Nicolas	Groeger	Gerente General	Avenida Calle 39 No. 13 A - 16	Bogotá D.C.	5978480 - 5954040	5954050	www.bancoprocredit.com.co	info@bancoprocredit.com.co
Banco de las Microfinanzas -Bancamía S.A.	Bancamía	900215071-1	Mercedes	Gómez Restrepo	Presidente	Carrera 9 No. 66 - 25	Bogotá D.C.	3139300	3136125	www.bancamia.com.co	servicioalclientes@bancamia.com.co
Banco WWB S.A.	WWB	900378212-2	José Alejandro	Guerrero Becerra	Presidente	Avenida 5 Norte No. 16 N - 57 Piso 4	Cali - Valle	(2) 6083947 - 6083914 - 6618443	(2) 6671677	www.bancowwb.com	cakerman@fwwbcol.org
Banco Coomeva S.A. - Sigla "BANCOOMEVA"	Bancoomeva	900406150-5	Hans Juergen	Theilküh Ochoa	Presidente	Casa Principal y Notificación: Calle 13 No. 57 - 50 Piso 2	Cali - Valle	092-333-00-00 ext 31204	3391399	www.bancoomeva.com	josem_terreros@coomeva.com.co
Banco Finandina S.A. o Finandina Establecimiento Bancario. Sigla: FINANDINA	Finandina	860051894-6	Orlando	Forero Gómez	Gerente General	Carrera 19 No. 93 A - 45	Bogotá D.C.	6233345 - 6233343	6233454	www.finandina.com	carlos.vegalara@finandina.com
Banco Falabella S.A.	Banco Falabella	900047981-8	Sergio	Muñoz Gómez	Gerente General	Avenida 19 No. 120 - 71 Piso 3	Bogotá D.C.	5878787	5878789	www.falabella.com.co	jvillarroel@falabella.cl
Banco Pichincha S.A.	Banco Pichincha	890200756-7	Marcel Daniel Eduardo	Fernández-Salvador Chauvet	Presidente	Carrera 35 No. 42 - 39 Carrera 11 No. 92 - 09	Bucaramanga - Santander Bogotá D.C.	(577) 6800299 (571) 6501052	(577) 6433998 (571) 6501083	www.banco-pichincha.com.co	dzorro@inversora.com efernandez@inversora.com

El Banco Cooperativo Coopcentral Sigla: COOPCENTRAL	Coopcentral	89020 3088-9	Jorge Andrés	López Bautista	Presidente Ejecutivo	Calle 99 No. 9A - 54 Torre 3 Piso 14 Of.14-02	Bogotá D.C.	PBX 65878444 Fijo 5878441	5878442	www.coopcentral.com.co	coopcen1@coocentral.com.co
BANCO SANTANDER DE NEGOCIOS COLOMBIA S. A	-	90062 8110-3	Jaime	Ramagosa Soler	Presidente Ejecutivo	Carrera 7 No. 75 - 66 Piso 7	Bogotá D.C.	7434222	-	-	-

ii. Periciales:

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 236 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 74 de la Ley 472 de 1998, y lo dispuesto en los artículos 211 y siguientes de la Ley 1437 de 2011, le solicito se sirva nombrar un perito contable financiero para que con base en la información remitida por las entidades financieras y los demás datos que consten en el expediente determine:

- a. Determine para cada persona natural el monto que hubiese pagado por concepto de IVA utilizando tarjeta de débito, crédito y los servicios de banca móvil durante el año 2013.
- b. Con base en la anterior información, indique la suma a la que ascienden los dos puntos del IVA a la que tienen derecho las personas naturales conforme al artículo 850-1 del Estatuto Tributario, determinando una suma líquida de dinero exacta para cada persona.
- c. Las anteriores sumas deberán traerse a valores presentes mediante la técnica contable o financiera generalmente aceptada.
- d. Para cada persona deberá especificar los intereses legales, desde el 1 de abril del 2014, de los montos que no hayan sido devueltos. (art. 2232 del C.C)
- e. Determine la suma ponderada del resarcimiento de los afectados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Dada la materia de la presente causa que conocerán los Honorables Magistrados del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la exposición de los fundamentos de derecho se dividirá metodológicamente así:

- i) Normatividad pertinente.
- ii) Síntesis del argumento jurídico
- iii) Argumento jurídico
 - a) Las acciones de grupo y su procedencia.
 - b) El derecho a la devolución de los puntos del IVA.
 - c) De los elementos de la responsabilidad estatal.

i.) **Normatividad pertinente:**

Como fundamentos de derecho invoco los siguientes textos legales:

- Artículos 58, 88 y 90 de la Constitución política.
- Artículos 46 al 69 de la ley 472 de 1998.
- Artículo 145 de la Ley 1437 de 2011.
- Artículo 850-1 del Estatuto Tributario.
- Decreto 2876 de diciembre de 2013.

Y las demás normas concordantes.

ii.) Síntesis del argumento jurídico:

Las acciones de grupo fueron la herramienta creada por el artículo 88 de la Carta Política de 1991 y que fueron reglamentadas por el legislador mediante la Ley 472 de 1998, y contemplada como medio de control de la administración pública en el artículo 145 de la Ley 1437 de 2011, como el mecanismo para perseguir la indemnización de los daños ocasionados a un grupo de personas. La Ley 472 de 1998 regula la acción de grupo en sus artículos 46 a 69, dándole un trámite preferente en aras a imprimirle celeridad y propender por la univocidad en los fallos al decidir las causas de que conoce, y evitar, por consiguiente, sentencias contradictorias. Siendo una acción indemnizatoria es la vía adecuada para perseguir los perjuicios irrogados a los acá demandantes, puesto que, como ya se explicó, ellos reúnen características uniformes respecto de una misma causa que les genero perjuicios individuales, como los derivados de la omisión de la demandada en devolver mediante al procedimiento legal pertinente los dineros a los que tienen derecho los demandantes, y, en general, los miembros del grupo afectado.

La reforma tributaria contenida en la Ley 1607 de 2012 entro a regir a partir del primero de enero de 2013. Entre los puntos tocados por la reforma se encuentran: la creación del impuesto al consumo (artículos 512-1 y ss. del Estatuto Tributario; y, 71 y ss. de la Ley 1607 de 2012) y la modificación de la devolución de puntos sobre el valor del IVA cuando quiera que para la adquisición de bienes y servicios se utilicen tarjetas de crédito, débito y banca móvil.

Conforme a esta reforma legislativa las tarifas aplicables a la base gravable del Impuesto a las ventas (I.V.A) son tres: 0%, 5% y 16%. Esta circunstancia obligo a que en el mismo cuerpo normativo se modificara el artículo 850-1 del Estatuto, estableciendo que cuando quiera que se paguen bienes o servicios a la tarifa general del 16% (468 del Estatuto Tributario) o a la especial del 5% (468-1 y 468-3 del Estatuto Tributario), utilizando tarjeta de crédito, débito, o los servicios de banca móvil, esos particulares tendrán derecho a que se les devuelvan dos puntos sobre el valor pagado por concepto de IVA, a más tardar el 31 de marzo del año siguiente a la fecha de la adquisición, consumo o prestación del servicio.

El artículo 850-1 del Estatuto Tributario fue reglamentado por el gobierno nacional mediante el Decreto 2876 de diciembre de 2013, por medio del cual se regulo el procedimiento que debían realizar las entidades emisoras de tarjetas de crédito y débito, y las prestadoras de servicios de banca móvil para informar los valores de las transacciones

ante la UAE-DIAN, con miras a que esta entidad pública pudiera realizar la devolución a los contribuyentes a través de la entidad emisora o prestadora de los servicios, mediante el depósito de los dineros en su cuenta corriente o de ahorros, o, a través de la acreditación de los recursos correspondientes en el saldo a pagar o como saldo positivo de la respectiva tarjeta, o, finalmente, mediante la acreditación de los recursos en el producto financiero asociado a la operación objeto de la devolución cuando quiera que se utilicen los servicios de banca móvil.

De manera tal que todos aquellos que hayan adquirido bienes o servicios utilizando tarjeta de crédito o débito o a través de los servicios de banca móvil tienen el derecho a la devolución de dos puntos sobre lo que hayan pagado de IVA a más tardar el 31 de marzo del año siguiente a la fecha de la adquisición, consumo o prestación del servicio, es decir que para las transacciones realizadas en el año 2013 se deberán realizar las devoluciones, a más tardar, el 31 de marzo de 2014.

El problema que se ha presentado con la devolución de estos puntos del IVA, según la UAE DIAN, es que con la entrada en vigencia del impuesto al consumo los establecimientos responsables de su cobro no hicieron una correcta discriminación de los rubros al momento de realizar la facturación, lo que ha generado que bajo el concepto contable de “impuestos” se hayan mezclado los recaudos del IVA y del impuesto al consumo.

Esta situación ha generado que la devolución de los dineros a que tienen derecho los tarjetahabientes y demás usuarios de banca móvil no se haya podido efectuar, puesto que al no tener la DIAN correctamente discriminados los valores podrían generarse devoluciones ilegales, dado que lo autorizado por el Estatuto Tributario y el artículo 6 del Decreto 2876 de diciembre de 2013 solo se circunscribe al impuesto sobre las ventas mas no al impuesto al consumo.

Las justificaciones de la DIAN no son causal justificativa para menoscabar los derechos patrimoniales de los contribuyentes, desconocer los principios que rigen la función administrativa e infringir la legislación vigente. Es así como desde la entrada en vigencia de la reforma tributaria la administración debió tomar todas las medidas conducentes para evitar que se presentara esta situación, bien hubieran podido actuar mancomunadamente con los responsables del impuesto al consumo y con el sector financiero para que adecuaran sus plataformas contables y tecnológicas a las nuevas previsiones legislativas.

La Ley tributaria ha creado una prestación a favor de los particulares, la cuál debe ser satisfecha por la administración tributaria sin que estos se encuentren en el deber jurídico de soportar los daños que les ocasionen.

De no devolverse los dineros a los que legalmente tienen derecho los contribuyentes, además de infringir el artículo 850-1 del Estatuto Tributario, el Estado se estaría enriqueciendo sin causa a costa del patrimonio de los particulares. Este enriquecimiento injustificado atenta contra el derecho de propiedad privada tutelado por la Constitución política (art. 58.), al menos en la misma proporción en que el Estado se enriquece a costa de la no devolución de los saldos que los particulares tienen a su favor, irrogándoles, por consiguiente, un menoscabo en sus legítimos intereses.

iii.) Argumento jurídico

a.) Las acciones de grupo y su procedencia.

Esta acción fue traída al universo jurídico nacional por virtud de la carta política de 1991 en su artículo 88¹, norma superior que a su vez defirió la regulación de todo lo atinente al trámite y contenido de las acciones populares y de grupo al legislador, quién por medio de la Ley 472 de 1998 y otras normas posteriores reglamentaron tales mecanismos judiciales.

El propósito del constituyente de 1991 al crear la acción de grupo era el agrupar muchas pretensiones que consideradas individualmente eran exiguas o revestían un monto poco significativo, pero que acumuladas le daban una gran entidad e importancia a la causa, y que por tener un origen común ameritaban un tratamiento uniforme por parte de las autoridades jurisdiccionales.

Las ponencias que tuvieron lugar en la Asamblea nacional constituyente de 1991 dan fe de la intención inequívoca del constituyente al momento de darle un rango superior a esta acción judicial:

“La propuesta original de la subcomisión que estudio el tema fue la de hacer un artículo muy sucinto que enunciara los principales derechos de los consumidores que han sido materia de convenios internacionales en esta materia, como son los derechos a la información veraz y completa, los derechos a la defensa, a que no

¹ **ARTICULO 88.** La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

No obstante, según Ulises Canosa antes de la Carta Política de 1991 se encontraban los siguientes ejemplos de acciones de grupo en la legislación nacional:

“En 1982 se expidió el Estatuto del Consumidos, contenido en el Decreto 3466, por el cual se dictaron normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios y la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores. Una verdadera acción de grupo traía ese Decreto, en la medida en que contemplaba la posibilidad de representación judicial por la Liga o Asociación de Consumidores, disponías el emplazamiento a personas con los mismos derechos invocados en la demanda y extendía la vinculación de la sentencia favorable no sólo a quienes intervinieron en el proceso, sino a todas las personas emplazadas.”

“En el año siguiente (1990) hay ejemplos de acciones de grupo en la Ley 45, por la cual se expidieron normas en materia de intermediación financiera y de actividad aseguradora, algunas de las cuales tenían como propósito evitar y sancionar la competencia desleal y el uso de información privilegiada en el mercado de valores.” Canosa, Ulises. Acciones populares y de grupo. En “Temas de derecho financiero contemporáneo”. Universidad del Rosario. Bogotá, 2006, p. 214.

haya atentados contra la salud y la seguridad de los ciudadanos e los artículos, bienes y servicios que se ponen a su disposición en el mercado, los derechos a la representación, y otra serie de derechos como la capacidad de indemnización del daño colectivo, a través de los cuales una acción ante los tribunales podría condenar a un determinado productor o suministrador de bienes o servicios por un daño colectivo que él infligió [a] un gran número de personas de manera similar y que de ninguna manera se justificaría que fueran objeto de acciones jurídicas independientes, porque no habría la posibilidad de que cada uno de los consumidores afectados llevara a cabo por su cuenta ese tipo de acción, por eso la acción de clase o la acción de grupo de manera muy preferencial se aplica a estos casos, en donde el daño colectivo es suficientemente grande como para que pueda ser tramitado a través de una acción judicial, y una vez establecido se siga de allí la indemnización a cada uno de los afectados.’² (Negrillas y subrayas fuera de texto).

“Así concebidas, estas acciones (las populares) deben diferenciarse de las llamadas acciones de clase o representación, propias del derecho anglosajón. Estas últimas están orientadas a la reclamación conjunta de una serie de derechos individuales que surgen como consecuencias de un daño o perjuicio colectivo imputable a una persona natural o jurídica. Quien interpone la acción lo hace en nombre y representación de una clase determinada, la de todos aquéllos que se encuentran en sus mismas circunstancias de hecho, para obtener una determinada prestación o reparación de carácter económico, que posteriormente habrá de liquidarse o distribuirse entre todos los integrantes de clase. A diferencia de las acciones cívicas o populares, aquí no estamos frente a una actividad desinteresada en beneficio colectivo; por el contrario, quien ejerce la acción de clase tiene una pretensión privada que lo legitima en la causa, y son razones de economía y efectividad procesal de los derechos las que permiten acumular de manera definida las pretensiones... (Gaceta Constiucional N°77 – Mayo 20 de 1991).

Es por esto que la acción se constituyó como la herramienta procesal idónea para obtener la indemnización de los perjuicios irrogados a un grupo, y así lo ha asentado firmemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“En lo que corresponde a las características de la acción de grupo, la Corte ha destacado en diferentes fallos las siguientes: “i) No involucran derechos colectivos. El elemento común es la causa del daño y el interés cuya lesión debe ser reparada, que es lo que justifica una actuación judicial conjunta de

² Ponencia sobre los *derechos colectivos*; ponentes: Guillermo Perry, Iván Marulanda, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero. Gaceta Constitucional N° 46, p.22. Sesión plenaria del 10 de junio de 1991 (0610) pp. 2-3. (Sentencia C-116 de 2008.)

los afectados ; ii) En principio, por tratarse de intereses individuales privados o particulares, los criterios de regulación deben ser los ordinarios ; iii) Los mecanismos de formación del grupo y la manera de hacer efectiva la reparación a cada uno de sus miembros sí deben ser regulados de manera especial, con fundamento en la norma constitucional, atendiendo a las razones de economía procesal que inspiran su consagración en ese nivel.”³

Conforme a lo anterior, la acción de grupo se constituye en: “(i) Una acción indemnizatoria, por cuanto tiene por objeto la reparación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos de carácter subjetivo susceptibles de valoración patrimonial; y (ii) en una acción de carácter principal, que procede a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial para obtener la reparación del daño sufrido, pues precisamente el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998 señalan que la misma puede instaurarse “sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios”.⁴

De manera que podemos afirmar respecto de esta acción lo siguiente: (i) es una acción de origen constitucional de carácter indemnizatorio; (ii) busca agrupar un número importante de sujetos; (iii) es una herramienta creada para buscar la economía procesal y darle un único trámite a pretensiones con causas uniformes⁵; y, (iv) goza de un trámite preferente⁶.

Para el caso que nos ocupa, esta acción se perfila como la idónea para ventilar en un mismo proceso las distintas pretensiones individuales por razones de economía procesal, celeridad e igualdad. En efecto, el hecho de que las acciones y omisiones de la demandada sea la causa común que genere los perjuicios individuales es de gran relieve para imprimirle un mismo trámite a este cumulo de pretensiones y evitar así múltiples demandas en torno a un mismo asunto y eventuales fallos contradictorios.

Al respecto de la acción de grupo como medio de control el artículo 145 de la Ley 1437 de 2011⁷ establece:

³ Sentencia C-215 de abril 14 de 1999.

⁴ Sentencia C-116-08, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵ “La acción de grupo busca hacer efectiva la economía procesal al resolver mediante un mismo proceso diversas pretensiones, algunas de ellas inviables en el plano individual; la acción de grupo propicia de mejor manera el restablecimiento del derecho, pues los bienes del accionado no se someten a la acción oportuna de un solo demandante, sino al grupo; la acción de grupo evita fallos contradictorios y realiza el derecho a la igualdad de trato jurídico.” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación No. AG-2500023260002001213-01. Sentencia de enero 26 de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, consideración jurídica No. 5”

⁶ “Lo que se pretende reivindicar es un interés personal cuyo objeto es obtener una compensación pecuniaria que será percibida por cada uno de los miembros del grupo que se unan para promover la acción. Sin embargo, también es de la esencia de estos instrumentos judiciales, que el daño a reparar sea de aquellos que afectan a un número plural de personas que por su entidad deban ser atendida de manera pronta y oportuna” Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha SÁCHICA Méndez.

⁷ “Este medio de control, desarrollado en el artículo 145 del nuevo código, tiene por objeto obtener la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios causado al

“ARTÍCULO 145. REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO. *Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.*

Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.”

Todas estas consideraciones nos permiten concluir que esta es la acción pertinente para desatar el debate judicial en torno a una eventual obligación reparatoria por parte del Estado, ya que las condiciones y presupuestos jurídicos y fácticos están dados para ello, con lo cual estas actuaciones se ajustarán a los objetivos y finalidades que informan las normas pertinentes en aras de tutelar los derechos que le han sido conculcados al grupo afectado.

b) El derecho a la devolución de los puntos del IVA.

El impuesto a las Ventas regulado por el Libro III del Estatuto Tributario es un impuesto de carácter indirecto que grava la adquisición de bienes y servicios, y cuyos elementos se encuentran definidos en la normatividad que regula los impuestos de carácter nacional. La forma en la que opera este impuesto es explicada de manera sucinta por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 776 de 2003:

“El IVA grava las diversas etapas de la cadena productiva, de manera que la cuantificación del gravamen a cargo de quienes participan en los diferentes momentos de la cadena, requiere que se contabilice lo que ellos pueden recuperar, luego de la venta de un bien o servicio, por concepto del impuesto previamente pagado por la adquisición de los bienes o servicios utilizados durante el proceso de transformación o comercialización de lo que ofrecen en el mercado, para evitar así lo que la doctrina denomina "cascada tributaria", es decir, el pago del impuesto más de una vez⁸.”

grupo, en los términos preceptuados en la norma especial que regula la materia.” Bastidas Barcenas, Hugo Fernando. Los medios de control en la Ley 1437 de 2011. En: Seminario Internacional de Presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Consejo de Estado. Bogotá D.C, 2011, p. 307.

⁸ El ejemplo que presenta la Corte en la nota a pié de página N° 96 de este fallo, ilustra la materia. Supóngase, ahora, que la legislación no contempla la posibilidad de que el vendedor de un producto gravado (v.gr. zapatos) pueda recobrar lo que pagó por concepto de IVA por sus insumos (v.gr. cuero). En ese caso, el

Respecto de los sujetos que conforman la obligación tributaria encontramos, de un lado, que el sujeto activo es la Nación quién ejerce esta competencia a través de la UAE-DÍAN toda vez que el Decreto 624 de 1989 en el que se encuentra el impuesto a las ventas regula los tributos de carácter nacional que han de ser administrados por esta entidad, y, por otro lado, el sujeto pasivo lo conforman aquellas personas que adquieren bienes y servicios gravados, y, al ser un impuesto de carácter indirecto, son Responsables de su recaudo, de conformidad con lo dispuesto en el Título III del Libro III los vendedores de bienes y servicios, con excepción de quienes se encuentren bajo el régimen simplificado de que tratan los artículos 499 y siguientes del Título VIII del Libro III del Estatuto Tributario.

El hecho gravable, de conformidad con los artículos 420 y siguientes del Título I del Libro III del Estatuto, lo constituye la venta de bienes y servicios como quiera que el estatuto definió este negocio para efectos tributarios y la importación de bienes, estableciendo el momento de causación de la obligación en las normas que hacen parte del Título II, las cuales prescriben, en términos generales, que la obligación se causara con la entrega de la factura o el documento equivalente, o, a falta de este, con la entrega del bien o al momento de la terminación de la prestación del servicio.

La base gravable, regulada en los artículos que conforman el Título IV del Libro III del Estatuto, la constituye, en términos generales, el valor total de la operación, incluyendo cualquier factor adicional que haga parte de la suma ponderada a pagar por parte del obligado y a recaudarla por parte del Responsable.

Finalmente, el Título V del Libro III del Estatuto regula la tarifa aplicable a la base gravable de aquellos bienes y servicios que están sujetos al Impuesto sobre las ventas. En este punto, como quiera que la Ley 1607 de 2012 modificó estas normas quedaron establecidas dos porcentajes aplicables a la base gravable, de un lado, la tarifa general del 16% (artículo 468 del Estatuto Tributario), y, del otro, la especial del 5% (468-1 y 468-3 del Estatuto Tributario), con las excepciones y especiales previsiones de que tratan los artículos 423, 423-1, 424, 426, 427, 428-1 y 476 del Estatuto.

Dado el cambio de las tarifas, el artículo 850-1 del Estatuto, que regula la devolución del IVA por adquisiciones tarjetas de crédito, débito o banca móvil, fue modificado por el artículo 67 de la Ley 1607 de 2012 para poder aplicar dichas devoluciones a las nuevas tarifas que quedaron establecidas sobre el impuesto a las ventas, estableciendo que cuando quiera que se adquieran productos y servicios mediante la utilización de estos medios de pago el tarjetahabiente o usuario del servicio financiero asociado tendrá derecho a que se le devuelvan dos puntos sobre el valor del IVA pagado, devolución que deberá verificarse, a más tardar, el 31 de marzo del año siguiente a la operación.

comprador de dicho producto no sólo pagaría el IVA correspondiente al bien adquirido (zapatos) sino al de las materias primas utilizadas para su fabricación (cuero).

Establece este artículo:

“Art. 850-I. Las personas naturales que adquieran bienes o servicios a la tarifa general y del 5% del impuesto sobre las ventas mediante tarjetas de crédito, débito o a través del servicio de Banca Móvil, tendrán derecho a la devolución de dos (2) puntos del Impuesto sobre las Ventas pagado.

La devolución anteriormente establecida solo operará para los casos en que el adquirente de los bienes o servicios no haya solicitado los dos puntos del IVA como impuesto descontable.

La devolución aquí prevista procederá igualmente cuando la adquisición de bienes o servicios se realice con otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago, caso en el cual las empresas administradoras de los mismos deberán estar previamente autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reuniendo las condiciones técnicas que dicha entidad establezca, a efectos de poder contar con los datos de identificación y ubicación del adquirente de los bienes o servicios gravados a la tarifa general a la tarifa del 5%.

El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones de la devolución para que esta se haga efectiva antes del 31 de marzo del año siguiente a la fecha de la adquisición, consumo o prestación del servicio.

La devolución del IVA se podrá realizar a través de las entidades financieras mediante abono en una cuenta a nombre del tarjetahabiente o el titular del producto financiero en el cual fue originado el pago.”

Como quiera que este artículo radico en el ejecutivo la reglamentación del procedimiento a seguir para hacer efectivas estas devoluciones, el gobierno nacional profirió el Decreto 2876 de diciembre de 2013, por medio del cual precisa todos los aspectos a seguir para realizar la acreditación de los recursos a favor de las personas naturales que tienen derecho a la devolución.

En su artículo primero reitera el derecho que tienen las personas naturales a que se les devuelvan los dos puntos del IVA. Establece esta norma:

Artículo 1°. Devolución del IVA por adquisiciones con tarjetas de crédito, débito o banca móvil. Las personas naturales que adquieran bienes o servicios a la tarifa general y del cinco por ciento (5%) del impuesto sobre las ventas mediante tarjetas de crédito, débito o a través del servicio de Banca Móvil, tendrán derecho a la devolución de dos (2) puntos del impuesto sobre las ventas pagado.

La devolución aquí prevista procederá igualmente cuando la adquisición de bienes o servicios se realice con otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago, caso en el cual las empresas administradoras de los mismos deberán estar previamente autorizadas por la UAE –Dirección de Impuestos y

Aduanas Nacionales, reuniendo las condiciones técnicas que dicha entidad establezca.

Parágrafo. Cuando el adquirente de los bienes o servicios que dan derecho a la devolución de los dos (2) puntos del IVA, sea responsable del impuesto sobre las ventas perteneciente al régimen común y dichas adquisiciones no den derecho a impuestos descontables por no ser computables como costo o gasto en el Impuesto sobre la renta, el responsable deberá llevar los dos puntos del IVA como impuesto descontable en el impuesto sobre las ventas del periodo correspondiente a la adquisición de los bienes o servicios.

Por su parte el procedimiento para que se hagan efectivas estas devoluciones, con base en las informaciones que le remitan a la DIAN las entidades financieras de conformidad con lo establecido en el artículo 4°. lo regula el artículo 3° del mencionado Decreto, el cual establece:

“Artículo 3°. Procedimiento para efectuar la devolución. *Cuando la adquisición de bienes o servicios que den lugar a devolución, se efectúe mediante tarjeta débito, la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará dicha devolución a través de la entidad emisora de la tarjeta, la que acreditará los recursos correspondientes en la cuenta corriente o de ahorros a la cual pertenezca la tarjeta.*

Cuando la adquisición de bienes o servicios se efectúe mediante tarjeta de crédito, la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará la devolución a través de la entidad emisora de la tarjeta, mediante acreditación de los recursos correspondientes en el saldo a pagar o como saldo positivo de la respectiva tarjeta.

Cuando la adquisición de bienes o servicios se efectúe a través de los servicios de banca móvil, la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará la devolución a través de la entidad financiera que preste dichos servicios. La acreditación de los recursos se realizará al producto financiero asociado a la operación objeto de la devolución.

La devolución a que se refiere el presente artículo se hará con base en la información aprobada y que encuentre procedente la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con cargo a los recursos de la cuenta que la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional habilite al Nivel Central de la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de la cual se girarán los recursos a los establecimientos de crédito, a través del sistema Sebra del Banco de la República, para que estos abonen el valor objeto de la devolución el mismo día de recibo de los dineros.

Las entidades financieras deberán enviar al día hábil siguiente de realizado el abono, a la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el archivo

de "autorizaciones procesadas" y durante el mismo día efectuar el reintegro de las sumas no abonadas, mediante consignación a la cuenta que indique la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través del sistema Sebra del Banco de la República.

Una vez procesados, validados y cruzados los archivos de "autorizaciones procesadas" y registrada la consignación de reintegro no deben quedar saldos pendientes por legalizar o consignar por parte de la entidad financiera respectiva, de lo contrario la UAE – Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se abstendrá de realizar el giro de los valores aprobados en el período siguiente hasta que la entidad financiera respectiva subsane las inconsistencias detectadas."

Toda la normatividad a la que se ha hecho referencia nos permite realizar las siguientes conclusiones:

1. El impuesto a las ventas –IVA- regulado por el Libro III del Estatuto Tributario es un impuesto de carácter indirecto que grava las ventas de bienes y servicios, así como las importaciones.
2. El sujeto activo es la Nación y su sujeto pasivo son las personas que incurren en esas adquisiciones de conformidad con el artículo 420 del Estatuto.
3. La base gravable, generalmente, la conforma el valor total de la adquisición del bien o servicio, conforme lo señala el artículo 447 del Estatuto Tributario.
4. La tarifa aplicable a esta base gravable, tal cual quedo establecido en la Ley 1607 de 2013, es la general del 16% -siempre que el bien o servicio no se encuentre expresamente excluido o sujeto a la tarifa especial. y la especial del 5% -siempre que el producto se haya enlistado taxativamente en los bienes sujetos a esta tarifa-.
5. Cuando quiera que las personas naturales adquieran bienes o servicios gravados con el impuesto a las ventas –IVA- tendrán derecho a que, a más tardar, el 31 de marzo del año siguiente de la adquisición, consumo o prestación del servicio, les devuelvan dos puntos sobre el valor que hubieran pagado por concepto de este impuesto.
6. El Decreto 2876 de diciembre de 2013 establece el procedimiento que deberá seguir la DIAN para efectuar estas devoluciones, según el cual, conforme a la información que reciba de las entidades financieras procederá a validarla y remitirá los dineros a estas entidades para que con su concurso se logren acreditar estas sumas según el producto asociado a la operación que dio lugar a la devolución.
7. Los miembros del grupo afectado adquirieron bienes y servicios gravado con el impuesto a las ventas –IVA- durante el año 2013 sin que a la fecha se haya verificado la devolución de los saldos a su favor mediante el procedimiento establecido en el Decreto 2876 de 2013, quebrantándose así lo dispuesto en el artículo 850-1 del Estatuto Tributario.

c) De los elementos de la responsabilidad estatal.

Al respecto de la responsabilidad del Estado ella encuentra su fuente en lo contemplado en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, el cual enseña:

“ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

En efecto, la jurisprudencia reconoce los elementos mínimos que se desprenden del análisis de este artículo:

“A partir de la expedición de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado se define de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 90 en virtud del cual, el Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, “sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad”⁹. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que “la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable”^{10, 11}.

Dentro de este marco constitucional el Estado deberá responder por los daños antijurídicos que irrogue a los particulares por la acción u omisión de sus agentes.

La responsabilidad estatal tiene los siguientes elementos:

Hechos u omisiones de la Dian:

En el caso que nos ocupa este elemento lo constituye la omisión de la UAE-DIAN en devolver los dineros a que tienen derecho los tarjetahabientes y los usuarios de banca móvil con ocasión de la previsión normativa del artículo 850 -1 del Estatuto Tributario.

Daño antijurídico:

⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 30 de agosto de 2007; Exp. 15932.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C, Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ. Bogotá, nueve (09) de mayo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00644-01(23300).

Según el entendimiento de la jurisprudencia este “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”¹²

El daño en este caso se ve representado en el menoscabo que sufrieron en su patrimonio los usuarios que fueron privados de las sumas de dinero a las que legalmente tienen derecho.

Este perjuicio patrimonial se compone del daño emergente y el lucro cesante, los cuales son definidos de la siguiente manera:

“16.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido los perjuicios materiales en dos modalidades, a saber: (i) daño emergente y (ii) lucro cesante; lo que supone que ambas modalidades refieren a situaciones distintas, cuyas nociones se hallan consagradas en el artículo 1614 del Código Civil, a cuyo tenor:

Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento

(i). En ese orden de ideas, el daño emergente corresponde a una pérdida patrimonial sufrida con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente necesariamente determina que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima como consecuencia principalísima del hecho dañoso, es decir, debe existir una relación directa de causalidad entre este y el detrimento o disminución patrimonial que se alega.

(ii). Por su parte, el lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado o lo haría en el futuro al patrimonio de la víctima. Sin embargo, vale señalar que este perjuicio corresponde a una consecuencia accesoria del hecho dañoso, por cuanto no es causada de manera directa con su ocurrencia sino que esta sujeta a la condición de que se afecte la percepción de un ingreso, lo cual puede que ocurra en algunos casos, sin que ello implique que pueda predicarse categóricamente como una consecuencia necesaria.”¹³

Como daño emergente encontramos que este corresponde a la suma de los montos a los que tienen derecho conforme a la prescripción normativa del artículo 850-1 del Estatuto Tributario. Este daño deberá indemnizárseles a los potenciales demandantes reintegrándoles estos montos debidamente indexados para el momento en que se verifique el pago.

¹² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042.

¹³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO Bogotá D. C., veintinueve (29) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 19001-23-31-000-1999-00288-01(21564)

Como lucro cesante deberá tenerse en cuenta los efectos nocivos que género en su patrimonio la privación en el uso de las sumas liquidas adeudadas, de manera que deberán reconocerse sobre el capital los intereses legales (art. 2232 del C.C) correspondientes desde la fecha en que entro en mora la administración tributaria, es decir desde el 1 de abril del 2014, hasta el momento en el que se efectuó el pago.

Nexo de Causalidad:

Este elemento los define la Sección III del Consejo de Estado de la siguiente manera:

“El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados.”¹⁴

Respecto del vínculo de causalidad que debe existir, la jurisprudencia contencioso administrativa acepta la “teoría de la causalidad adecuada” para efectos de determinar en condiciones normales que suceso hubiera podido generar el daño:

“Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y “la teoría de la causalidad adecuada”. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño...

“(...) Aplicando la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño...”¹⁵.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejera ponente (E): GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ Bogotá, D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil once (2011)Radicación número: 85001-23-31-000-1999-00021-01(19155)

¹⁵ Nota original de la providencia citada: TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

El nexo de causalidad entre el daño y el hecho del Estado es evidente toda vez que las omisiones de la administración tributaria son las que menoscaban el patrimonio de los tarjetahabientes y demás usuarios de banca móvil. Efectivamente, la DIAN no tomó las medidas necesarias para evitar el incorrecto manejo de la información contable por parte de los responsables del impuesto al consumo y las entidades del sector financiero, esta circunstancia que se presentó, siendo previsible, hubiera podido ser evitada con unas adecuadas medidas administrativas tendientes a actualizar los mecanismos contables y tecnológicos con el nuevo escenario normativo. Como consecuencia de lo anterior se ha incumplido un deber legal que de haberse acatado no hubiera generado el daño irrogado a los particulares, puesto que ellos hubieran contado en su patrimonio con las sumas a las que tienen derecho, pudiendo utilizarlas según sus deseos, ejerciendo así las facultades inherentes que se desprenden del derecho a la propiedad privada.

*Título de imputación jurídica del Estado*¹⁶:

Determinado el hecho, el daño y el nexo de causalidad entre este y aquel, es necesario hacer la atribución jurídica para efectos de determinar quién es el que está en el deber de reparar. Esta indagación en voces de la jurisprudencia implica:

*“la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”*¹⁷

¹⁶ “Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional); Adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.” **CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**, Bogotá D.C., Trece (13) de Abril de dos mil once (2011). **Radicación: 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220)**.

¹⁷ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

Para efectos del título de imputación es conveniente resaltar que la administración tributaria ha incurrido en una falla del servicio toda vez que ha incumplido un deber legal imperativo en el ejercicio de sus funciones. Para la prosperidad de este título jurídico de imputación es importante tener en cuenta:

“En cuanto tiene que ver con los elementos cuya acreditación resulta necesaria en el expediente para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en el título jurídico —subjetivo— de imputación consistente en la falla en el servicio, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada y uniforme en el sentido de señalar que se precisa de la concurrencia de (i) un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado —o determinable—, que se inflige a uno o varios individuos; (ii) una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a una autoridad pública, con la cual se incumplen o desconocen las obligaciones a cargo de la autoridad respectiva, por haberle sido atribuidas las correspondientes funciones en las normas constitucionales, legales y/o reglamentarias en las cuales se especifique el contenido obligacional que a la mencionada autoridad se le encomienda y (iii) una relación o nexo de causalidad entre ésta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la circunstancia consistente en que el servicio o la función pública de la cual se trate, no funcionó o lo hizo de manera irregular, ineficiente o tardía”¹⁸.

Puntualmente el Consejo de Estado ha manifestado acerca de este título de imputación:

“La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual”¹⁹.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²⁰, así, las obligaciones que están a cargo del

¹⁸ Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16.739.

¹⁹ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, entre muchas otras.

²⁰ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo²¹.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía²².”²³

Esta omisión por parte de la DIAN implica una desprotección de los legítimos derechos de los particulares, ya que su actuar no ha sido eficaz en la medida en que no ha logrado el objetivo de satisfacer el interés general tutelado por la norma jurídica del Estatuto Tributario.

Como bien lo plantea la jurisprudencia citada es deber de las autoridades públicas proteger los bienes de los asociados, deber que para el caso concreto no ha cumplido la demandada, toda vez que de su falta de prestación del servicio y acatamiento del deber legal que debe observar es que se ha generado el menoscabo patrimonial a los demandantes. Téngase en cuenta que la administración tributaria al no devolver los dineros a favor de los ciudadanos ha menoscabado su patrimonio, reduciéndolo y atentando con ello contra el Derecho a la propiedad privada.

COMPETENCIA

²¹ Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787

²² Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011). Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer de la presente demanda toda vez que la DIAN es una persona jurídica de derecho público del orden nacional con domicilio principal en Bogotá D.C, lo anterior de conformidad con lo regulado en el artículo 152 numeral 16 de la Ley 1437 de 2011²⁴ y el artículo 50 de la Ley 472 de 1998.

NOTIFICACIONES

La parte demandante recibirá notificaciones en la Calle 63 A No. 11 – 40, Oficina 302 de Bogotá D.C

La parte accionada recibirá notificaciones en la Carrera 8 No. 6 – 64 de la ciudad de Bogotá D.C de Bogotá D.C. De acuerdo con lo regulado en el numeral 7º del artículo 162 y el artículo 197 de la Ley 1437 de 2011 la dirección de correo electrónico de la entidad demandada es: notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co

ANEXOS

Solicito se tengan como tales:

1. Documentos enunciados en el acápite de pruebas.
2. Poder con el que actúo.

PROCEDIMIENTO

Le solicito a usted, Señor Juez, que a la presente demanda se le imprima el trámite que es propio de las acciones de grupo, teniendo en cuenta, en particular, lo dispuesto en los artículos 52 a 67 de la Ley 472 de 1998.

Del señor Juez.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

C.C: ##### de Bogotá D.C

T.P. No. ##### del C.S de la J.

²⁴ **Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

16. De los relativos a la protección de derechos e intereses colectivos, reparación de daños causados a un grupo y de cumplimiento, contra las autoridades del orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.

