

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

Bogotá D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 25000-23-27-000-2011-00288-01(19736)
Actor: INDEGA S.A.
Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, proferida el 13 de julio de 2012, que negó las pretensiones de la demanda¹.

¹ Fólíos 321 a 324 cuaderno 2.

ANTECEDENTES

El 23 de mayo de 2011, la sociedad Industria Nacional de Gaseosas S.A INDEGA S.A. solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, el reintegro, reembolso o compensación del dinero pagado en exceso por concepto de aportes parafiscales correspondiente a los periodos octubre, noviembre y diciembre de 2006, los doce meses de los años 2007 y 2009 y los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2010².

El director del ICBF, Regional Bogotá, mediante oficio 11-50138-133 del 13 de junio de 2011, dio respuesta al derecho de petición, señalando que la solicitud radicada el 23 de mayo de 2011, es extemporánea.

El apoderado de la actora solicitó ante la Procuraduría General de la Nación, conciliación prejudicial, con el fin de agotar el requisito de procedibilidad de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho³.

La Procuraduría 137 Judicial para asuntos administrativos, mediante Auto N° 039 del 5 de octubre de 2011, declaró que el asunto no es susceptible de conciliación, por tratarse de un conflicto de carácter tributario⁴, decisión que

² Folios 110 a 144 cuaderno 2.

³ Folios 150 a 206 cuaderno 2. ⁴
Folios 208 y 209 cuaderno 2.

confirmó mediante el Auto 053 de 19 de octubre de 2011, al fallar el recurso interpuesto⁴.

LA DEMANDA

La sociedad demandante, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, formuló las siguientes pretensiones⁵:

“PRETENSIONES DECLARATIVAS

- 1. Que se declare nulo el acto administrativo N° 11-50138-133 del 13 de junio de 2011 expedido por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF- por la cual se niega la solicitud del pago a favor de INDEGA S.A de los valores pagados en exceso por concepto de parafiscales al ICBF, valor que asciende a la suma de
TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO SESENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$306.160.373. m/cte.)*
- 2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la empresa INDEGA S.A tiene derecho a que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF- le reintegre /o reembolse los TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO SESENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$306.160.373 m/cte.) debidamente indexados y con los intereses moratorios conducentes pagados por INDEGA S.A a esa entidad*

⁴ Folios 226 y 227 cuaderno 2.

⁵ Folios 3 a 53 cuaderno 2.

(ICBF) por concepto de aportes parafiscales realizados en exceso durante los siguientes periodos: octubre, noviembre y diciembre de 2006, todos los meses del año 2007, todos los meses del año 2009 y los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2010.

PRETENSIONES DE CONDENA

3. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-reconocer y pagar** a la sociedad CONVOCANTE, lo correspondiente al **daño emergente** causado que asciende a la suma de TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO SESENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$306.160.373 m/cte) por concepto de valores que excedieron el valor que INDEGA S.A **en razón al pago** de parafiscales conforme lo explicado en la presente demanda.*
4. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-reconocer y pagar** a la sociedad CONVOCANTE, lo correspondiente al **lucro cesante** causado y que se pruebe en el presente caso conforme lo explicado en la demanda.*
5. *Que como corolario de las anteriores declaraciones se condene al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-reconocer y pagar** a la sociedad DEMANDANTE, todas las sumas correspondientes a indexación e intereses que se hubieren causado desde el momento en que la INDUSTRIA NACIONAL DE GASESOSAS S.A efectuó las erogaciones a que se refieren los numerales anteriores hasta la fecha del efectivo pago del reembolso.*
6. *Que la condena respectiva sea actualizada de conformidad con lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A., aplicando los ajustes de valor (indexación) desde la fecha en que se hizo efectivo el derecho hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.*

7. Que se condene a la entidad demandada **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF-** al pago de las costas y agencias en derecho que determine el Honorable fallador.

PRETENSION SUBSIDIARIA DE CONDENA

En el remoto caso en que no se disponga el reembolso y/o devolución como se solicitó en el punto anterior, respetuosamente pido que los **TRESCIENTOS SEIS MILLONES CIENTO SESENTA MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$306.160.373 m/cte)** pagados por INDEGA S.A al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF** por concepto de aportes parafiscales realizados en exceso durante los siguientes periodos: **octubre, noviembre y diciembre de 2006, todos los meses del año 2007, todos los meses del año 2009 y los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2010**, se imputen a las vigencias futuras hasta el monto total que corresponda, según conciliación de pagos **que se hagan** de acuerdo a las nóminas **que se presente** mi representada para el efecto.

PRETENSION DE ORDEN

8. Que mediante la providencia judicial se le advierta y ordene a la entidad **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF-** la imposibilidad legal de no reconocer los valores que se paguen en exceso y que no formen parte de la base para la liquidación del pago de los aportes parafiscales que están obligados a pagar los empleadores”

Invocó como normas violadas los artículos 2, 58, 209 y 333 de la Constitución Política y 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para desarrollar el concepto de violación propuso los siguientes cargos:

Señaló que la renuencia del ICBF a devolver el dinero pagado en exceso por INDEGA S.A., desconoce el derecho a la propiedad privada y a acceder a sus bienes.

Indicó que el requerimiento especial debe estar suficientemente motivado porque, de lo contrario, se viola el derecho de defensa del administrado y vicia de nulidad la liquidación oficial de revisión. Que, sin justificación alguna, se planteó que la base de los aportes debe incluir las incapacidades y las licencias de maternidad.

Manifiesto que de conformidad con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las incapacidades y las licencias de maternidad no hacen parte del salario y, por lo tanto, no deben constituir base gravable para el pago de los aportes parafiscales. Que al haber aportado sobre esos conceptos, se configuraron pagos en exceso, por lo que puede, en forma legítima, solicitar su reembolso.

En relación con la oportunidad para solicitar el reintegro, reembolso o compensación de lo pagado en exceso, señaló que el término de prescripción para el cobro de las obligaciones fiscales es de 5 años, contados desde el momento en que se pagó en exceso la obligación fiscal, como lo admitió de Consejo de Estado en la sentencia 13392 del 30 de julio de 2004.

Consideró que el ICBF no puede desconocer el mandato fijado en materia de prescripción, derivado de una norma legal, entendiendo que en virtud de una norma de inferior jerarquía como un Decreto Reglamentario, la solicitud es extemporánea. Resalta que entender lo contrario, es enriquecerse indebidamente.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

En la oportunidad legal, la apoderada del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en escrito de contestación a la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma⁶.

Adujo que la respuesta al derecho de petición no es susceptible de nulidad alguna porque no es un acto administrativo que haya creado, modificado o extinguido una situación jurídica concreta.

Sostuvo que, en este caso, los actos demandables son la Resolución de Determinación de la Deuda N° 1004 de mayo 11 de 2010, en la que se ordenó el pago de la obligación a cargo de INDEGA S.A, por la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIEN PESOS (\$44.289.100.00), por concepto de aportes parafiscales dejados de pagar por la sociedad y la Resolución N° 1428 de 23 de julio de 2010 que, en sede del recurso de reposición, la confirmó, actos que ya fueron

⁶ Folios 236 a 254 cuaderno 2.

demandados por INDEGA S.A. mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Expuso que el ICBF, al contestar el derecho de petición, se limitó a precisar que, en aplicación del artículo 93 del Decreto 2388 de 1979, cuando ha sucedido un error, los valores se abonarán a futuras causaciones, previa la presentación de los recibos de consignación o documento probatorio del error y que, cuando se presenten pagos en exceso, el Instituto los reintegrará, si el patrono lo solicita dentro de los tres (3) meses siguientes al año en el cual se causaron o, en caso contrario, los abonará a aportes futuros.

Que, como la solicitud de devolución fue presentada el 23 de mayo de 2011, ya había vencido la oportunidad para hacerlo. Recuerda que para los años 2006, 2007 y 2009, ya se habría agotado la vía gubernativa.

Adujo que, por lo anterior, no se han vulnerado las normas constitucionales aludidas, como lo evidencia el hecho que la demandante acudió a la jurisdicción en procura de la nulidad de la resolución de determinación de la deuda, proceso que cursa en el Juzgado 39 Administrativo del Circuito de Bogotá.

En relación con las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, indicadas como violadas, afirmó que fueron respetadas, como lo corroboran los actos de determinación de la deuda y liquidación de aportes; manifestó que los argumentos relacionados con las incapacidades y licencias de maternidad, no fueron presentados antes, por lo que el ICBF no se manifestó en su momento; que con el derecho de petición, lo que se pretende es revivir los términos sobre un tema que está en discusión en el Juzgado 39 Administrativo de Bogotá.

Indicó que en la respuesta al derecho de petición no se mencionó prescripción alguna; que simplemente se respondió sobre la no procedencia del reintegro de los dineros que presuntamente se pagaron en exceso por concepto de aportes parafiscales.

Propuso la excepción de inexistencia de violación normativa, ya que el ICBF dio aplicación a la legislación vigente en materia de aportes parafiscales y resalta la legalidad de los actos administrativos que determinaron la deuda y dieron respuesta al derecho de petición, estos últimos, que no se asimilan a un acto administrativo.

LA SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia del 13 de julio de 2012⁷, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, negó las pretensiones de la demanda.

Las razones aducidas en la decisión son las siguientes:

El oficio 11-50138-133 de 13 de junio de 2011, por medio del cual se negó la devolución de los aportes parafiscales, es un acto administrativo, razón por la que no prospera la excepción de inepta demanda por inexistencia de la violación normativa.

⁷ Folio 291 a 319 cuaderno 2.

Advierte el Tribunal, que el estudio y la decisión se circunscriben a dilucidar si existía el deber de efectuar la devolución de los aportes parafiscales y no, a examinar la correcta fijación del porcentaje base del tributo.

Señala que el oficio mediante el cual se dio respuesta al derecho de petición, no fue objeto de recurso alguno, dando lugar al agotamiento de la vía gubernativa en los términos del artículo 63 del C.C.A.

Colige de lo establecido en el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979, que *“dada la posibilidad otorgada al contribuyente para corregir su propio error en la liquidación final del porcentaje a pagar por concepto de contribución parafiscal a favor del ICBF, en caso de resultar favorable el saldo para el aportante hay lugar a su abono, siempre que la misma se realice dentro del término señalado, es decir, dentro del plazo de los tres meses siguientes al año en el cual se causaron”*.

Se concluye, en la providencia impugnada, que la solicitud de la devolución de los aportes fue presentada el 23 de mayo de 2011, fecha en que ya había expirado el plazo determinado en la norma para efectuar la reclamación de los aportes pagados en exceso.

EL RECURSO DE APELACION

La sociedad demandante impugnó la sentencia y, para el efecto, planteó los siguientes argumentos⁸:

Aseveró que no existe inconformidad sobre la calidad de acto administrativo del oficio 11-50138-133 de junio de 2011, sobre cual es el acto demandable, sobre el carácter de contribución parafiscal de los aportes al ICBF, sobre el carácter legal de la contribución y sobre la calidad de sujeto pasivo de INDEGA S.A

Alegó que la inconformidad consiste en que su representada, si solicitó el reembolso de los aportes hechos en exceso, de manera oportuna.

Arguyó que los aportantes cuentan con 5 años, contados desde el momento en que se hicieron los pagos en exceso, para solicitar la devolución, reintegro o compensación y que se incurre en un grave error al aplicar el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979, para negar el derecho a la sociedad.

Reiteró que la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en la sentencia 13392 de julio 30 de 2004, precisó que el término de prescripción para el cobro de las obligaciones fiscales y parafiscales, así como para la solicitud de reembolso por el pago en exceso que los aportantes o contribuyentes hayan hecho, es de 5 años.

⁸ Folios 321 a 324 c.p.

Manifestó que en la sentencia recurrida se acepta y permite que la entidad demandada desconozca el mandato fijado en materia de prescripción, derivado de una norma con rango legal, entendiéndose que en virtud de una norma de inferior jerarquía como es un decreto reglamentario, la solicitud es extemporánea, siendo claro que el término para su exigibilidad es de 5 años.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandante insistió en los argumentos expuestos en las instancias anteriores.

La demandada reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, debe establecer la Sala:

- i) Si el oficio 11-50138-133 del 13 de junio de 2011, por medio del cual el ICBF negó a la Industria Nacional de Gaseosas S.A. INDEGA, la solicitud de devolución de los aportes parafiscales pagados en exceso por los periodos octubre, noviembre y diciembre de 2006, los doce meses de los años 2007 y 2009 y los meses de enero, febrero, marzo

y abril de 2010⁹, es un acto demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo;

- ii) de ser así, si esa solicitud fue presentada en la oportunidad legal y,
- iii) si la demandante tiene derecho a la devolución solicitada.

Considera el Instituto demandado que el oficio mediante el cual dio respuesta negativa a la solicitud de devolución de los aportes parafiscales pagados en exceso por la demandante, por los periodos mencionados, no es un acto administrativo, susceptible de ser demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque no creó, modificó ni extinguió una situación jurídica a la actora.

Que los actos demandables son la Resolución 1004 de mayo 11 de 2010, en la que se determinó y ordenó a INDEGA el pago de la deuda de \$44.289.100.00, por concepto de aportes parafiscales dejados de pagar por la sociedad y la Resolución 1428 de 23 de julio de 2010 que la confirmó, actos que fueron demandados en proceso que se adelanta en un juzgado administrativo de Bogotá.

En el caso concreto, son hechos relevantes los siguientes:

- La Secretaria General Encargada de funciones de la Dirección de la Regional Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar invito, mediante oficio 11-50130-133 de 18 de marzo de 2010, a INDUSTRIA

⁹ Folios 110 a 144 cuaderno 2.

NACIONAL DE GASEOSAS S.A a regularizar los aportes parafiscales aclarando los pagos correspondientes a los últimos cinco (5) años.

- Mediante Resolución 1004 de 11 de mayo de 2010, el ICBF - Regional Bogotá, determinó y ordenó el pago a INDUSTRIA NACIONAL DE GASEOSAS S.A INDEGA S.A de \$44.289.100 por concepto de aportes parafiscales del 3% dejados de pagar durante el periodo julio a diciembre de 2005, diciembre de 2006, diciembre de 2007, diciembre de 2008 y diciembre de 2009 relacionados los aportes de la nómina mensual de salarios integrales.
- La Representante Legal de la sociedad interpuso recurso de reposición y la entidad confirmó el acto mediante Resolución 1428 de 23 de julio de 2010.
- El 16 de febrero de 2011, el acto de determinación y pago de los aportes y el que resolvió el recurso de reposición fueron demandados por el apoderado de la sociedad en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante los juzgados administrativos.
- Mediante derecho de petición de 23 de mayo de 2011, el apoderado especial de la sociedad solicitó al ICBF el reintegro, reembolso o compensación del dinero pagado en exceso por concepto de aportes parafiscales realizados en los años 2006, 2007, 2009 y 2010 por la suma de \$306.160.373. Argumentó que, por error, se incluyó en la base para liquidar los aportes las incapacidades y las licencias de maternidad.

- Por oficio 133 de 13 de junio de 2011, el ICBF negó la solicitud de devolución por extemporánea. Este oficio fue demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el 11 de octubre de 2011.
- Mediante sentencia del 13 de julio de 2012 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta Subsección B negó las pretensiones en relación a la nulidad del oficio 133.
- El Juzgado 13 Administrativo de Bogotá profirió sentencia de 22 de marzo de 2013, en la que declaró probada, de oficio, la caducidad de la acción, y en consecuencia, negó las pretensiones de nulidad de las Resoluciones 1004 y 1428 de 2010.
- El 6 de febrero de 2014, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Cuarta, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, revocó la sentencia del 22 de marzo de 2013, y declaró la nulidad de Resoluciones 1004 de 11 de mayo de 2010 y 1428 de 23 de julio de 2010 proferidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Consideró que *“...los actos administrativos proferidos infringen las normas examinadas, como quiera que los cálculos presentes en los mismos y las cifras allí cobradas al contribuyente han estado soportados en una inadecuada interpretación de las normas precitadas, llevando a que los valores liquidados se calcularon sobre el 100% del valor de la*

nómina mensual de salarios integrales, cuando lo que correspondía era adoptar el porcentaje del 70% excluyendo el 30% restante constitutivo del factor prestacional.”

El anterior recuento cronológico permite concluir lo siguiente:

Se adelantaron dos procesos administrativos independientes con la participación de la sociedad, uno relacionado con la determinación de un mayor valor por el pago de aportes parafiscales correspondientes a los periodos de julio a diciembre de 2005, diciembre de 2006, diciembre de 2007, diciembre de 2008 y diciembre de 2009, que tenía que ver con la liquidación de los aportes sobre los salarios integrales, y que culminó con la nulidad de los actos administrativos que determinaron los mayores valores, y otro proceso relacionado con la solicitud de devolución por los pagos en exceso realizados por la sociedad durante los años 2006, 2007, 2009 y 2010 por incluir, según el demandante, en la base para liquidar los aportes, incapacidades y licencias de maternidad que, según la ley, no deben formar parte, tema que se está resolviendo en esta instancia.

En el primer caso, el ICBF consideró que la sociedad debía pagar como aporte la suma de \$8.783.237.707 correspondiente al 3% del 100% de los \$292.774.590.289 valor de la nómina mensual de salarios integrales por los periodos fiscalizados y que había pagado la suma de \$8.738.948.607 generando una diferencia de \$44.289.100 como valor de aportes adeudados al instituto.

En el segundo caso, el ICBF, mediante el oficio 133 de junio 13 de 2011, negó la solicitud de devolución por ser extemporánea, y adujo que a la sociedad se le había detectado una obligación correspondiente a las vigencias de julio a diciembre de 2005, diciembre de 2006, diciembre 2007, diciembre 2008 y diciembre 2009, razón por la cual no era lógico que hubiera realizado aportes por un mayor valor.

La Sala no comparte la conclusión final del oficio demandado, según la cual, no es lógico que la sociedad haya realizado aportes por un mayor valor, debido a que la empresa había sido objeto de verificación de la correcta liquidación de los aportes parafiscales, ya que son dos procesos independientes y tratan temas relacionados pero diferentes, uno corresponde a un proceso de determinación y el otro es de devolución, aunque, en algún momento se pueden confundir, este no es el caso.

Teniendo en cuenta que los procesos son independientes y que el proceso de determinación del mayor valor de aporte parafiscal culminó con la sentencia del Tribunal Administrativo en la que se declaró la nulidad de los actos, corresponde verificar la naturaleza jurídica del oficio demandado, así el apelante manifieste en forma expresa que no discute la inferencia del Tribunal según la cual, sí es un acto administrativo. Esta Sala considera necesario abordar el tema porque de no ser considerando un acto administrativo, la decisión puede ser diferente.

El Tribunal concluyó que el Oficio 133 de junio 13 de 2011 es un acto administrativo, porque negó a la sociedad la devolución del pago en exceso,

está motivado y citó la normativa relacionada con el procedimiento para solicitar la devolución de los mayores valores pagados, en la que sustentó la decisión.

Como lo señaló esta Sala ¹⁰, el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo dispuso que la jurisdicción contencioso administrativa juzga “...*los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas (...)*”.

En el caso de los actos administrativos existen diferentes puntos de vista para definir lo que se entiende por éstos, entre los que sobresalen el criterio formal y orgánico y el criterio material¹¹.

En cuanto al criterio formal y orgánico, la noción del acto administrativo está dispuesta en función del órgano que lo expide, pues parte de la base de que las decisiones ejecutorias sólo pueden ser dictadas por los entes que constitucional y legalmente detentan el poder público, sin importar que sean de carácter público o privado, siendo ésta la regla general.

¹⁰ Sentencia 17988 del 19 de junio de 2014, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

¹¹ GAUDEMET YVES, “*Traité de Droit Administratif*”. París, Editorial L.G.D.J., 2001, Edición 16, Pag 513.

Por su parte, el punto de vista material se funda en la naturaleza de las modificaciones que las decisiones impriman en el orden jurídico¹², sin importar el órgano que la dicte, siempre y cuando tal decisión sea el resultado del ejercicio de una función pública, pues esta debe corresponder a la voluntad unilateral del Estado, imponible a los particulares aún sin su consentimiento, para crear, modificar o extinguir una situación jurídica particular.

Para efectos del presente caso, la Sala observa que el Oficio 133 de junio 13 de 2011 fue expedido por la Dirección Regional de Bogotá, del Instituto Colombiano de bienestar Familiar ICBF, que de conformidad con el artículo 50 de la Ley 75 de 1968 fue creado como un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad social, razón por la cual se observa el criterio orgánico y formal.

Mediante el oficio demandado se resolvió el derecho de petición elevado por la sociedad, se negó la solicitud de reintegro, reembolso o compensación del dinero que, a juicio del peticionario, se había pagado como exceso de aportes parafiscales de los años 2006, 2007, 2009 y 2010, se indicó cual era la normativa aplicable para solicitar la devolución de mayores aportes, se hizo referencia al contenido de la petición, al proceso que se le adelantaba a la sociedad sobre la correcta liquidación de los aportes parafiscales y se concluyó que la solicitud había sido realizada de manera extemporánea.

¹² RIVERO JEAN, "*Droit Administratif*". traducción de la 9ª edición Universidad Central de Venezuela, 1984 Pag 104.

Para esta Sala, cuando la Administración no accedió a la pretensión de la sociedad, produjo un efecto jurídico, negó un derecho reclamado por el peticionario, decisión que debe estar sujeta al control jurisdiccional, con mayor razón si no fue sometido al control ante la misma entidad.

En conclusión, se observa el cumplimiento del criterio orgánico y material, por lo que se coincide con la decisión del *a-quo* en cuanto a la naturaleza del oficio, por lo tanto, se procede a establecer si la solicitud fue presentada en forma extemporánea y si la demandante tiene derecho a la devolución solicitada.

Antecedentes normativos

El artículo 2 de la Ley 27 de 1974, modificado por el artículo 1 de la Ley 89 de 1988, creó la obligación parafiscal a favor del ICBF estableciendo que a partir de su vigencia todos los empleadores y entidades públicas y privadas destinarían a ese efecto una suma equivalente al 3% del valor de su nómina mensual de salarios.

El artículo 7 de la Ley 21 de 1982 determina que están obligados a pagar el subsidio familiar y a efectuar aportes para el Servicio Nacional de Aprendizaje (Sena), la Nación, por intermedio de los Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias, los Departamentos, el Distrito Capital y los Municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las empresas de economía mixta de los órdenes nacional, departamental, intendencial, distrital y municipal, y los empleadores que ocupen uno o más trabajadores permanentes.

El artículo 9 ibídem, establece que “Los empleadores señalados en los artículos 7 y 8 de la ley, pagarán una suma equivalente al seis por ciento (6%) del monto de sus respectivas nóminas, que se distribuirán en la forma dispuesta en los artículos siguientes”.

El artículo 39 de la Ley 7 de 1979 establece lo siguiente:

“Art. 39. El patrimonio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar está constituido por: (...)

4. El 2% del valor de las nóminas mensuales de salarios de todos los patronos de entidades públicas o privadas”.

El Decreto 2388 de 29 de septiembre de 1979, por medio del cual se reglamentaron las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979, estableció en su artículo 93 lo siguiente:

“Artículo 93. Los mayores valores aportados por patronos y entidades por error en su liquidación, se abonarán a futuras causaciones, previa la presentación de los recibos de consignación o documento probatorio del error. Cuando excedan los aportes de un (1) año, el ICBF reintegrará el exceso, si el patrono lo solicita; en caso contrario, lo abonará a aportes futuros, si es solicitado dentro de los tres (3) meses siguientes al año en el cual se causaron”. (Se subraya).

La Sala observa que el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979 se refiere al término para solicitar los abonos a futuras causaciones de los mayores valores

pagados por los patronos por concepto de aportes parafiscales, y no al plazo para pedir la devolución efectiva de tales valores.

En efecto, el plazo para solicitar la devolución de los mayores valores referidos no está regulado por el citado artículo 93 del Decreto 2388 de 1979, que prevé el reintegro de los aportes de un año “*si el patrono lo solicita*” y, en caso contrario, cuando los aportes no exceden de un año, establece el abono de los mayores valores a aportes futuros, siempre que se solicite “*dentro de los tres meses siguientes al año en el cual se causaron*”, esto es, sin precisar el término para solicitar el reintegro.

Por lo anterior, en lo que respecta al plazo para pedir la devolución de los mayores valores pagados, para la Sala resulta aplicable el término de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, que antes de la expedición de la Ley 791 de 2002 era de diez años y, que a partir de su promulgación pasó a ser de cinco años.

Al respecto, el artículo 2536 del Código Civil señala:

“Art.2536. <Prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria>. <Artículo modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”. (Se subraya).

En el mismo sentido, la entidad demandada, en el Concepto 160 del 10 de diciembre de 2013, manifestó que el término para solicitar las devoluciones originadas en pagos de lo no debido o en pagos en exceso, es el establecido en el Código Civil.

Al respecto, anotó:

“De acuerdo con lo anterior se advierte que el plazo de prescripción aplicable es el previsto en el artículo 2536 del C.C., conforme al cual la acción ejecutiva prescribe en 20 años, disposición que fue modificada por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002 y (sic) estableció dicho término en 5 años.

Es así, que para determinar si el término para presentar la solicitud de devolución se encuentra prescrito debe establecerse cuál de las normas antes mencionadas resulte aplicable al caso. Para definir tal controversia es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 que dispone: (...)

Con lo expuesto, tenemos que en materia tributaria en el repertorio normativo tradicional tampoco existe un término específico para solicitar la devolución del pago, y por ende el Consejo de Estado acudió analógicamente a la prescripción de la acción de cobro para determinar el tiempo en el cual los contribuyentes podrán realizar el cobro o solicitud de la devolución (...)

En conclusión y conforme a los principios, normas y precedentes judiciales enumerados a lo largo del escrito, consideramos que los aportantes podrán pedir la devolución de un mayor valor pagado o del pago de lo no debido dentro de los 5 años siguientes a haberse hecho

el aporte parafiscal, siempre y cuando se logre determinar que en el caso de los mayores valores, se pagó en exceso, y en el pago de lo no debido, se realizó el aporte no estando obligado a ello". (Se subraya).

Por lo tanto, el término aplicable para pedir la devolución de los mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales, es el previsto en el artículo 2536 del Código Civil, que para este caso, es de cinco años, pues la actora solicitó la devolución bajo la vigencia de la Ley 791 de 2002.

En cuanto a la naturaleza de los mayores valores pagados por la actora, es preciso señalar que la base gravable de los aportes parafiscales está dada en función de la nómina de salarios a cargo del empleador.

Sobre los pagos que constituyen salario, el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, indicó:

“Constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma de denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.”

Por su parte, el artículo 128 ejusdem estableció los pagos que no constituyen salario, al señalar:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas,

bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades.

Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios, o navidad". (Se subraya).

La Sala precisó que, entre los conceptos que hacen parte de las prestaciones sociales, se encuentran las garantías destinadas a cubrir riesgos laborales, que incluyen la maternidad y las contingencias relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedad profesional, que actualmente son cubiertas por el régimen de seguridad social integral. Para ello, precisó¹³:

*"Las prestaciones sociales son el mecanismo de seguridad social establecido por el legislador para cubrir los riesgos que afectan el desempleo, la salud y la vida del trabajador y como ha considerado la Corte Suprema de Justicia, "cualquier otro régimen, legal o convencional, orientado a amparar esta contingencias, constituirá igualmente una prestación social, en la misma forma que lo son las sumas de dinero o los beneficios que se reconocen por razón del accidente de trabajo, la enfermedad profesional o común, la maternidad, los gastos de entierro, el auxilio de cesantía, las pensiones de jubilación o vejez, las pensiones de viudez, orfandad o invalidez, garantías todas que no obstante su distinta finalidad específica se agrupan dentro del género de las "prestaciones sociales", porque están dirigidas a cubrir riesgos laborales."*¹⁴

¹³ Sentencia 16761 del 26 de octubre de 2009, C.P. William Giraldo Giraldo.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 12 de febrero de 1993, Exp. 5481.

Actualmente las contingencias laborales están cubiertas por el régimen de seguridad social integral conformado por los sistemas de pensiones, de seguridad social en salud, de riesgos profesionales y de servicios sociales complementarios, de acuerdo con las regulaciones de la Ley 100 de 1993, pero ello no implica que aquellos dineros, servicios u otros beneficios debidos por el empleador en virtud de pactos colectivos, del contrato de trabajo, del reglamento interno de trabajo o de cualquier acto unilateral del patrono, para cubrir los riesgos o necesidades del trabajador, dejen de considerarse “prestaciones sociales”. (Se subraya).

En esas condiciones, las sumas pagadas por la actora por concepto de incapacidades y licencias de maternidad, son prestaciones sociales que, en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del trabajo, no constituyen salario y, por tanto, no forman parte de la base gravable de las obligaciones parafiscales.

Además, por disposición de los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993¹⁵, las incapacidades y las licencias de maternidad son reconocidas por el régimen contributivo a través de las empresas promotoras de salud EPS, y no por el empleador, lo que constituye una razón adicional para que esos conceptos no hagan parte de la base gravable de los mencionados aportes.

¹⁵ “Art. 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

Art. 207.-De las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la

En ese orden de ideas, la Sala observa que el 23 de mayo de 2011¹⁷, la demandante solicitó el reintegro de los valores que se relacionan a continuación, cuyo monto no fue objetado por la Administración:

Sociedad	Año	Valor de la incapacidad	Aporte ICBF
EMHU	2006	\$6.952.800	\$208.584
	2007	\$2.488.418	\$74.653
	2009	\$7.019.627	\$210.589
	2010	\$1.284.887	\$38.547
OR	2006	\$338.127.993	\$10.143.840
	2007	\$644.834.991	\$19.345.050
EMSA	2006	\$577.216.874	\$17.316.506
	2007	\$885.103.901	\$26.553.117
INGA	2006	\$743.353.327	\$22.300.600
	2007	\$908.245.773	\$27.247.373
	2009	\$4.120.971.514	\$123.629.145
	2010	\$1.969.745.675	\$59.092.370
Total general		\$10.205.345.780	\$306.160.373

licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC.

¹⁷ Folios 75 a 109 del c.p.

La Sala advierte que el valor de las incapacidades por la suma de \$10.205.345.780, no hacen parte de la base gravable de los aportes

parafiscales al ICBF, por lo que la suma de \$306.160.373, que corresponde a la tarifa del 3%, debe ser reintegrada a la sociedad demandante.

Así mismo, teniendo en cuenta que del año 2006 se discute el reintegro de los mayores valores pagados de los periodos de octubre, noviembre y diciembre¹⁶, se advierte que la solicitud de devolución presentada el 23 de mayo de 2011 es oportuna, pues se hizo dentro de los cinco años a que se refiere el artículo 2536 del Código Civil, vigente en el momento de la presentación y pago de las declaraciones discutidas, razón por la que se ordenará su devolución.

Así, con fundamento en el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, la Sala ordenará al ICBF reintegrar a la sociedad demandante el mayor valor pagado por concepto de aportes parafiscales referidos, cuyo monto asciende a \$306.160.373, debidamente indexado y con los intereses correspondientes, en los siguientes términos:

La suma devuelta deberá ajustarse con fundamento en el índice de precios al consumidor, como lo establece el inciso final del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo¹⁷, teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

Índice final

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

¹⁶ Folios 47y 77 del c.p.

¹⁷ Sentencias 20253 del 18 de septiembre de 2014, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y 20720 del 5 de febrero de 2015, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En la que el valor ajustado (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el mayor valor pagado por el contribuyente, por el número que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, esto es, el vigente al momento de cada pago.

Además, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, sobre los \$306.160.373 indexados en debida forma, se causan intereses de mora, según lo previsto en el Código de Comercio, a partir del vencimiento de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, pues dicho término lo concede la primera de las normas en mención para adoptar las medidas necesarias tendientes a dar cumplimiento a la sentencia¹⁸.

No proceden los intereses comerciales a que se refiere el artículo 177 del C.C.A, porque, como lo ha precisado la Sección¹⁹, la Corte Constitucional, en la sentencia C-188 de 1999, que declaró inexecutable algunos apartes de dicha norma, señaló que no hay lugar al pago de tales intereses *“a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago -evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales”*.

¹⁸ Sentencia 20228 del 28 de mayo de 2015, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia

¹⁹ Ver sentencias de 3 de diciembre de 2009, exp. 15392, C.P. Héctor J. Romero Díaz; 10 de mayo de 2012, exp. 17212, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, 5 de febrero de 2015, exp. 20720, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En ese orden de ideas, la Sala revocará la sentencia apelada y, a título de restablecimiento del derecho ordenará a la entidad demandada devolver a la actora el valor de los aportes pagados sobre incapacidades y licencias de maternidad correspondientes a los periodos referidos, junto con los intereses señalados párrafos atrás. La Sala no condenará en costas a la entidad demandada, porque no están probadas en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 13 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de apelación. En su lugar,

DECLÁRASE la nulidad del oficio 11-50138-133 del 13 de junio de 2011, expedido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, que negó la devolución de los valores pagados indebidamente por concepto de aportes parafiscales.

A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la entidad demandada devolver a la actora los aportes pagados por concepto de incapacidades y licencias de maternidad correspondientes a los periodos en discusión, junto con los intereses señalados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ