



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00253-01 (39298)

**Actor: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SISTEMAS PRODUCTIVOS
SIPRO C.T.A.**

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Daños causados por acto administrativo general / el interesado debe demandar la decisión por vía de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no puede accionar en reparación directa cuando está incólume la presunción de legalidad del acto.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de junio de 2010, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

En escrito presentado el 3 de junio de 2008¹, la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos Sipro C.T.A., que obra a través de su representante legal², por conducto de apoderado judicial³, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F., con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por el cobro de lo no debido y se ordene a la entidad demandada la devolución de \$924'585.765 a favor de dicha Cooperativa⁴.

1.1.- Las pretensiones

Como consecuencia de la declaración anterior, a título de daño emergente se solicitó la suma de \$924'585.765 más los intereses generados desde la fecha del pago.

1.2.- Los hechos

En la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

Mediante el Decreto No. 2996 de 2004 el Gobierno Nacional le impuso a las cooperativas una carga parafiscal y contribuciones especiales en beneficio del I.C.B.F., el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA y otras entidades.

Como consecuencia de dicho decreto, tanto el I.C.B.F. como el SENA adelantaron acciones de cobro coactivo contra las cooperativas, a fin de hacer efectivo el recaudo ordenado en el artículo 1 de dicha normativa.

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, mediante sentencia del 12 de octubre de 2006, proferida dentro del proceso de nulidad No. 15.214, declaró la nulidad de la expresión "*y contribuciones especiales al SENA, ICBF*" contenida en el artículo 1 del Decreto No. 2996 de 2004.

La Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos Sipro C.T.A. solicitó al ICBF la certificación de las sumas pagadas y la conducente devolución de los aportes parafiscales consignados por esa Cooperativa.

¹ Es la fecha del sello de presentación personal de la demanda en la Secretaría de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, folio 54 c 1.

² Se allegó certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos Sipro C.T.A. expedida por la Superintendencia Solidaria, folios 12 a 16 c 2.

³ El representante legal de la Cooperativa demandante otorgó poder a folios 3 y 4 c 1.

⁴ Fls. 5 a 54 c 1.

Mediante oficio número 043486 del 21 de agosto de 2007, la Coordinadora del Grupo de Recaudo del I.C.B.F. certificó que los aportes parafiscales consignados por Sipro C.T.A. durante los años 2004 a 2006 sumaron un total de \$924'585.765.

Mediante la Resolución número 002599 del 9 de octubre de 2007, el I.C.B.F. negó la solicitud de devolución de los aportes a la Cooperativa.

En cumplimiento de la Ley 640 de 2001, la Cooperativa solicitó audiencia de conciliación prejudicial con el I.C.B.F. ante la Procuraduría No. 51 Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, diligencia que se declaró fallida el 25 de enero de 2008.

2.- El trámite de primera instancia

2.1. La admisión de la demanda y su notificación

Mediante auto del 28 de noviembre de 2008⁵, el Tribunal *a quo* admitió la demanda, decisión de la cual fueron notificados en debida forma el Ministerio Público⁶ y el I.C.B.F.⁷.

2.2.- Contestación de la demanda

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar I.C.B.F. contestó la demanda⁸ por fuera del término de fijación en lista, como se señaló en la constancia secretarial del 29 de abril de 2009⁹ y en el auto de pruebas¹⁰.

2.3.- La etapa probatoria y los alegatos de conclusión

A través de auto del 8 de mayo de 2009¹¹, el *a quo* otorgó valor probatorio a las pruebas documentales aportadas por la parte actora.

Vencido el período probatorio, por auto del 4 de diciembre de 2009¹², se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para lo de su competencia.

⁵ Fl. 64 c 1.

⁶ Fl. 64 vuelto c 1.

⁷ Fl. 66 c 1.

⁸ Fls. 68 a 81 c 1.

⁹ Fl. 105 c 1.

¹⁰ Fl. 106 c 1.

¹¹ Fl. 106 c 1.

¹² Fl. 133 c 1.

La entidad demandada I.C.B.F. señaló en su escrito que el 27 de junio de 2007 Sipro C.T.A. solicitó la devolución de los aportes parafiscales que realizó durante los años 2004 a 2006. Agregó que el 6 de julio el I.C.B.F. negó dicha solicitud, ante lo cual la Cooperativa demandante interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación y, mediante Resolución número 2599 del 9 de octubre de 2007, se confirmó la decisión.

Consideró que lo que se pretendía en este caso era la nulidad de la Resolución número 2599 del 9 de octubre de 2007, que le negó la solicitud de devolución de los pagos por concepto de aportes fiscales a la demandante, razón por la cual no resultaba procedente la reparación directa sino la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de modo que se presentaba una ineptitud sustantiva de la demanda¹³.

La parte demandante argumentó que sí era procedente la demanda de reparación directa, puesto que el acto principal y causante del daño, esto es, el Decreto 2996 de 2004 ya había sido declarado nulo y Sipro C.T.A. realizó un pago de lo no debido como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad¹⁴.

El Ministerio Público sostuvo que los pagos efectuados por la demandante al I.C.B.F. durante la vigencia del Decreto 2996 de 2004 y hasta la declaratoria de nulidad de una expresión de su artículo 1 constituyeron una situación consolidada, toda vez que obedecieron a una normativa vigente para la época en que se efectuaron y que gozaba de presunción de legalidad.

Insistió en que la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1 del Decreto 2996 de 2004 solo surtía efectos hacia futuro, por ser de naturaleza tributaria, de ahí que no resultaba procedente la devolución de los aportes que la accionante hizo en virtud de la norma afectada con la nulidad¹⁵.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en sentencia del 2 de junio de 2010, negó las súplicas de la demanda.

¹³ Fls. 135 a 147 c 1.

¹⁴ Fls. 159 a 194 c 1.

¹⁵ Fls. 195 a 210 c 1.

El *a quo* consideró que en el caso formulado se presentó una ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, pues la Cooperativa demandante solicitó al I.C.B.F. la devolución de los aportes realizados en virtud del Decreto No. 2996 de 2004, correspondientes a los años 2004 a 2006, la cual fue negada mediante Oficio No. 034567 del 6 de julio de 2007, contra el que interpuso los recursos de reposición y apelación que, posteriormente, fue confirmado mediante la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007.

De conformidad con lo anterior, señaló que el acto administrativo de carácter particular del cual se generaban situaciones jurídicas consolidadas no había sido declarado nulo y sería entonces la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la vía idónea para que se hiciera la reclamación.

Concluyó que las pretensiones de la parte demandante no podían ser examinadas, dado que no se cumplieron los requisitos mínimos debido a la ineptitud de la demanda¹⁶.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, con el fin de que se revocara dicho proveído, al considerar que entre el daño jurídico provocado y el acto administrativo declarado nulo, Decreto No. 2996 de 2004, no mediaba acto administrativo particular alguno.

Señaló que la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007 no causó el daño, pues al momento de su expedición ya se había declarado la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto No. 2996 de 2004, acto que determinó el perjuicio en detrimento de la Cooperativa demandante.

Igualmente, consideró que la acción no se encontraba caducada, pues la sentencia de nulidad adquirió firmeza el 30 de octubre de 2006 y la demanda fue radicada el 4 de junio de 2008, esto es, dentro del término indicado en el artículo 136 numeral 8 del C.C.A.

Insistió en que la acción de reparación directa era la vía procedente para reclamar los perjuicios ocasionados por causa y en vigencia de un acto administrativo legal, pero que

¹⁶ Fls. 286 a 290 c 3.

posteriormente fue declarado nulo, dado que la nulidad produce efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento de su expedición, pues parte del supuesto de que el acto viciado no ha existido, por ello todo debe ser retrotraído al estado anterior a su vigencia.

Finalmente, aportó copia de la solicitud de devolución de aportes fiscales que presentó al I.C.B.F. el 27 de junio de 2007, copia de la Resolución número 002599 del 9 de octubre de 2007 y copia de la sentencia proferida el 17 de junio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso No. 2008-00294, en la cual accedió a las pretensiones en un asunto similar y solicitó que se les otorgara valor probatorio¹⁷.

1.- El trámite de segunda instancia

Mediante auto del 28 de julio de 2010¹⁸, el Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Por auto del 3 de diciembre de 2010¹⁹, esta Corporación admitió el recurso de apelación formulado por la parte actora.

En providencia del 14 de enero de 2011²⁰ esta Corporación negó el decreto de pruebas solicitado por la parte demandante en el recurso de apelación.

2.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

A través de auto del 11 de febrero de 2011²¹ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si así lo consideraba pertinente.

La parte demandante presentó escrito en el que reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que entre la expedición del Decreto No. 2996 de 2004 y la declaratoria de nulidad parcial del artículo 1 del mismo mediante sentencia del 12 de octubre de 2006, no medió acto administrativo particular que consolidara situación alguna, por lo que la acción de reparación directa sí era la vía judicial procedente para reclamar el pago de lo no debido²².

¹⁷ Fls. 296 a 320 c 3.

¹⁸ Fl. 295 cuaderno de segunda instancia.

¹⁹ Fl. 351 cuaderno de segunda instancia.

²⁰ Fls. 353 a 355 cuaderno de segunda instancia.

²¹ Fl. 357 cuaderno de segunda instancia.

²² Fls. 356 a 381 cuaderno de segunda instancia.

La parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

3.- Solicitud de pruebas en segunda instancia

En el escrito de alegatos de conclusión, la parte demandante solicitó que se tuvieran como medios de prueba las copias simples de las sentencias proferidas por el Tribunal administrativo de Cundinamarca, el 17 de junio de 2010 y el 26 de enero de 2011, relativas a casos similares.

Mediante auto del 18 de marzo de 2011²³, esta Corporación negó el decreto de pruebas sobre las copias mencionadas.

La parte actora presentó recurso de apelación respecto de dicha decisión y subsidiariamente el de súplica;²⁴ el primero fue rechazado por auto del 8 de abril de 2011²⁵. Mediante providencia del 7 de julio de 2011²⁶ se confirmó el auto suplicado.

4.- Solicitud de reconocimiento de cesión de derechos litigiosos

El 30 de agosto de 2011²⁷, la representante legal de la sociedad Excelsior Ltda., apoderada de la parte accionante, solicitó que se le tuviera como cesionaria de la totalidad de los derechos litigiosos que le cedió la parte demandante.

Mediante providencia del 25 de noviembre de 2011²⁸ se negó la solicitud y se ordenó la expedición de copias con destino a la Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, para lo de su competencia.

El 26 de abril de 2012²⁹, la sociedad Portafolio Laboral S.A.S. allegó contrato de cesión de la totalidad de los derechos litigiosos de la parte demandante. Por auto del 14 de septiembre de 2012³⁰, esta Corporación se abstuvo de efectuar pronunciamiento alguno al respecto, dado que con el contrato no se allegó una solicitud concreta.

²³ Fls. 406 y 407 cuaderno de segunda instancia.

²⁴ Fls. 408 a 412 cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Fls. 414 a 416 cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Fls. 419 a 424 cuaderno de segunda instancia.

²⁷ Fls. 427 a 438 cuaderno de segunda instancia.

²⁸ Fls. 451 a 454 cuaderno de segunda instancia.

²⁹ Fls. 460 a 463 cuaderno de segunda instancia.

³⁰ Fls. 472 a 475 cuaderno de segunda instancia.

El 1 de octubre de 2016³¹, nuevamente, la sociedad Excelsior Ltda., apoderada de la parte accionante solicitó que se le tuviera como cesionaria de la totalidad de los derechos litigiosos que le cedió la parte demandante.

Mediante auto del 24 de octubre de 2016³², se corrió traslado a la parte demandada para que manifestara si aceptaba o no la cesión de derechos realizada por la parte actora. El 8 de noviembre siguiente, la parte demandada I.C.B.F. señaló que se atendería a lo dispuesto por el despacho³³.

El 24 de enero de 2017³⁴, se decidió estarse a lo resuelto en auto del 25 de noviembre de 2011, por el cual ya se había negado la solicitud.

La parte demandante interpuso recurso de reposición contra dicha providencia y en subsidio de súplica³⁵, al cual se dio trámite por auto del 7 de marzo de 2017³⁶.

A través de auto del 13 de septiembre de 2017³⁷, el magistrado ponente ordenó requerir a la sociedad Excelsior Ltda. para que aclarara si insistía en el recurso de súplica luego de haber allegado al proceso copia del contrato de transacción y paz y salvo de honorarios celebrado con la Cooperativa demandante.

El 27 de septiembre de 2017³⁸, la sociedad Excelsior Ltda. presentó desistimiento *“respecto de toda pretensión procesal y en particular del recurso de súplica”*.

Mediante providencia del 19 de abril de 2018³⁹, el magistrado ponente se abstuvo de resolver el recurso de súplica por carencia actual de objeto.

IV.- CONSIDERACIONES

1.- Competencia

³¹ Fls. 497 a 510 cuaderno de segunda instancia.

³² Fl. 497 cuaderno de segunda instancia.

³³ Fl. 524 cuaderno de segunda instancia.

³⁴ Fls. 528 a 531 cuaderno de segunda instancia.

³⁵ Fls. 532 a 540 cuaderno de segunda instancia.

³⁶ Fls. 553 y 554 cuaderno de segunda instancia.

³⁷ Fl. 600 cuaderno de segunda instancia.

³⁸ Fls. 601 y 602 cuaderno de segunda instancia.

³⁹ Fls. 606 y 607 cuaderno de segunda instancia.

Esta Corporación es competente para conocer, en segunda instancia, del recurso de apelación interpuesto, de conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 132 numeral 6 del C.C.A., subrogados por los artículos 37 y 40 de la Ley 446 de 1998, respectivamente, dado que la cuantía del proceso excede de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para el 2008⁴⁰, pues por concepto de perjuicios materiales se solicitó la suma de \$924'585.765.

2.- El objeto del recurso de apelación

En el caso *sub exámine* se tiene que el extremo activo de la *litis* edificó la impugnación contra la sentencia de primera instancia sobre tres aspectos: *i)* la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007 no causó el daño, dado que al momento de su expedición ya se había declarado la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto No. 2996 de 2004, acto que determinó el perjuicio en detrimento de la Cooperativa demandante; *ii)* la acción de reparación directa resultaba la vía procedente para reclamar los perjuicios ocasionados por causa y en vigencia de un acto administrativo legal pero que posteriormente fue declarado nulo, dado que la nulidad produce efectos *ex tunc*; *iii)* la acción no se encontraba caducada, pues la sentencia de nulidad adquirió firmeza el 30 de octubre de 2006 y la demanda fue radicada el 4 de junio de 2008, esto es, dentro del término indicado en el artículo 136 numeral 8 del C.C.A.

3.- No es procedente la reparación directa porque la parte actora debió demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo que le negó la devolución de las sumas que habría pagado de forma indebida

En el caso que se examina, la Cooperativa demandante solicita la devolución del pago de lo no debido por concepto de contribuciones especiales impuestas por el artículo 1 del Decreto No. 2996 de 2004, declarado nulo parcialmente mediante sentencia del 12 de octubre de 2006, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

En un caso similar al formulado, en el que una cooperativa demandó en reparación directa al ICBF a fin de que este le restituyera “*los dineros pagados indebidamente (\$2.923'527.657), por concepto de aportes parafiscales correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006, por cuanto la Sección Cuarta del Consejo de Estado mediante sentencia del 12 de octubre de 2006 declaró ilegal la expresión ‘contribuciones especiales al SENA, ICBF y Cajas de Compensación’, contenida en el artículo 1 del*

⁴⁰ El salario mínimo para el año 2008 fue de \$461.500, luego 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes equivalían a la suma de \$230'750.000.

Decreto 2996 del 8 de septiembre de 2004”, esta Sala de Subsección dispuso en pronunciamiento reciente lo siguiente, del cual se extraen los apartes pertinentes⁴¹:

“En reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de la Sala ha señalado que, en las acciones contencioso administrativas de carácter subjetivo, la fuente del daño determina el medio de control procedente para analizar la controversia y ésta, a su vez, establece la técnica apropiada en la formulación de las pretensiones de la demanda y la oportunidad en el tiempo para hacerlas valer por la vía jurisdiccional (...).

“Para la Sala es incuestionable que hay un acto administrativo, esto es, la Resolución 2598 del 9 de octubre de 2007, proferida por el IC.B.F., que es el que genera el daño por el cual se demanda, según se infiere de la demanda y de las actuaciones surtidas a lo largo del proceso, por cuanto a través de dicho acto el demandado se negó a restituir las sumas que la actora dijo haber pagado indebidamente, para lo cual alegó que, si bien la declaratoria de nulidad del citado acto tenía efectos retroactivos, dicha circunstancia no podía afectar situaciones concretas e individuales producidas mientras aquél estuvo vigente.

“Así, es claro que la parte actora tenía la obligación de demandar la mencionada Resolución 2598 de 2007, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de que el juez contencioso administrativo declarara su ilegalidad y la dejara sin efecto y, como consecuencia de ello, restableciera el derecho conculcado, ordenando la restitución de las sumas que la actora dijo haber pagado indebidamente; por tanto, la acción de reparación directa, escogida por la acá demandante con el propósito de reclamar la devolución de lo pagado indebidamente, no es la correcta o idónea para tal fin, pues el daño lo origina, se insiste, la referida Resolución 2598 de 2007, mediante la cual el demandado se negó a devolver las sumas reclamadas por Coodesco, acto administrativo que, como tal, se presume ajustado a derecho; por ende, resulta claro que, de existir el daño alegado, éste surge es de lo allí resuelto.

“En cuanto a lo pagado indebidamente o en exceso, por concepto de obligaciones tributarias o aduaneras, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento administrativo que culmina con la expedición de un acto administrativo⁴², el cual, en caso de ser desfavorable, el interesado deberá demandarlo a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (...).

“Así las cosas, se configura en este caso una indebida escogencia de la acción, como lo señaló acertadamente el I.C.B.F.

“(...).

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 25000232600020080025901 (41.211), CP: Carlos Alberto Zambrano.

⁴² “Original de la cita: Según el artículo 853 del Estatuto Tributario, aplicable para la época de los hechos, “Corresponde al Jefe de la Unidad de Devoluciones o de la Unidad de Recaudo encargada de dicha función, proferir los actos para ordenar, rechazar o negar las devoluciones y las compensaciones de los saldos a favor de las declaraciones tributarias o pagos en exceso, de conformidad con lo dispuesto en este título”.

“Como las acciones consagradas en los artículos 85 y 86 del C.C.A. coinciden en su finalidad, en cuanto ambas persiguen la reparación de los daños causados, pero difieren en su causa, el criterio útil en la determinación de la acción procedente para obtener la reparación de aquéllos es el origen de ellos, de manera que, si la causa del perjuicio es un acto administrativo, como ocurre en este caso, debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme a lo dispuesto por el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo y teniendo en cuenta una regla práctica: si el daño es generado por un acto administrativo, para que el restablecimiento del derecho y la reparación sean posibles es necesario dejarlo previamente sin efectos y esto, dada la presunción de legalidad que lo cubre, solo es posible con su anulación judicial.

“(...).

“Por tanto, la equivocación del demandante, consistente en no formular la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión administrativa causante del perjuicio, dejó incólume la presunción de legalidad que acompaña a esta última.

“Ahora, dado que la escogencia de la acción (tarea a cargo del actor) y la procedencia de la misma tienen relación con el debido proceso del demandado, su indebida elección no puede entenderse como un simple defecto formal de la demanda, entendida ésta como el instrumento a través del cual se ejerce el derecho de acción.

“En efecto, la adecuada escogencia de la acción constituye un presupuesto de la sentencia, de allí que su errada escogencia no pueda entenderse como un simple defecto formal; al respecto, cabe manifestar que esta Corporación ha precisado, en otras oportunidades, que existen ciertos requisitos que son indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es, por ejemplo, que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a las exigencias dispuestas por la ley para su procedencia.

“(...).

“Cuando falta alguno de los presupuestos señalados, como ocurre, por ejemplo, cuando no se escoge adecuadamente la acción procedente, se configura lo que se conoce como ineptitud sustantiva de la demanda, que impide que el juez se pronuncie de fondo en relación con las pretensiones formuladas por la parte actora. Al no encontrarse satisfecha, entonces, la totalidad de los presupuestos procesales de la acción, entendidos éstos como “los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido de fondo mediante una sentencia estimatoria”, no es viable proferir sentencia estimatoria o desestimatoria sino inhibitoria.

“En este punto, es menester recordar que el juez no tiene la posibilidad de modificar la acción incoada por el demandante; además, considerando que el juicio se limita a lo expresado en la demanda, no es posible que se realice un control abstracto de legalidad. Así lo ha sostenido esta Corporación:

“Debe recordarse, igualmente, que el juez administrativo no tiene competencia para realizar un control general de legalidad. Está limitado por la demanda que

constituye el marco de litis por manera que no puede analizar un acto que no se acusa”.

“En el presente asunto, la Resolución 2598 del 9 de octubre de 2007, proferida por el I.C.B.F., mediante la cual éste negó la devolución de los aportes parafiscales de 2004, 2005 y 2006 reclamados por la acá demandante y que es lo que causa los daños y perjuicios que ésta habría sufrido, goza de presunción de legalidad, como atrás se dijo, pues no ha sido anulada por el juez de lo contencioso administrativo, de modo que no es posible, a través del ejercicio de la acción de reparación directa, pretender la devolución de las sumas pagadas indebidamente.

“Así las cosas, la Sala revocará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda y proferirá fallo inhibitorio, por indebida escogencia de la acción” (negrillas de la Sala).

En el *sub judice*, mediante escrito del 27 de junio del 2007, la Cooperativa demandante solicitó la devolución de los pagos hechos por concepto de la norma anulada, correspondientes a las vigencias 2004 a 2006, solicitud que fue negada mediante Oficio No. 034567 del 6 de julio de 2007⁴³ por la Coordinadora del Grupo de Recaudo del ICBF, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007, emitida por la Dirección General de la misma entidad⁴⁴.

En cuanto al primer argumento de la apelación, la parte actora considera que la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007 no causó el daño, pues al momento de su expedición ya se había declarado la nulidad parcial del artículo 1 del Decreto No. 2996 de 2004.

Para la Sala, como se precisó para el caso similar antes citado, el daño alegado sí se produce como resultado de la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007, dado que mediante dicho acto administrativo el I.C.B.F. le negó a la Cooperativa demandante la devolución de los aportes que realizó por concepto de la expresión normativa que había sido declarada nula, puesto que fue ese acto el que definió su situación particular y concreta, en el sentido de no recuperar los rubros que reclamaba.

Como segundo argumento, la parte apelante señaló que la acción de reparación directa es la vía procedente para reclamar los perjuicios ocasionados por causa y en vigencia de un acto administrativo legal, pero que posteriormente fue declarado nulo, esto es, el artículo 1 parcial del Decreto No. 2996 de 2004.

⁴³ Fls. 161 a 164 c 1.

⁴⁴ Fls. 154 a 160 c 1.

Se reitera, que al haberse producido un acto administrativo particular y concreto por solicitud de recobro de la hoy accionante, es este el que debió demandar; no obstante, la actora, al igual que en el asunto antes comentado, accionó en reparación directa dejando incólume la decisión que le causó el daño, esto es, la que le negó el pago de las sumas pretendidas.

Igual consideración realizó la Sección Tercera, Subsección C de esta Corporación frente a una demanda con la cual también se pretendía la devolución de pagos tributarios, en aquella ocasión, como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad de la tasa especial por servicios aduaneros TESA.

En dicha oportunidad, la providencia por la cual la Sección Tercera, Subsección C, de esta Corporación dio cumplimiento a una orden de tutela señaló que la parte interesada debió agotar el procedimiento administrativo tributario previsto en el artículo 850 del Estatuto Tributario para solicitar la devolución de lo pagado indebidamente o en exceso por concepto de obligaciones tributarias y, de haberlo hecho, debatir el asunto vía nulidad y restablecimiento del derecho:

“La sociedad demandante debió pedir la devolución de lo indebidamente pagado con ocasión de la declaratoria de inexecuibilidad del cobro de la TESA, con fundamento en las disposiciones referidas del Estatuto Tributario y en lo no previsto allí por la primera parte del CPACA, y, en caso de obtener respuesta negativa o silencio de la Administración, demandar en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, vigente para la época. Contencioso de restablecimiento o nulidad resarcitoria que tiene por finalidad asegurar la regularidad de la actuación administrativa y la protección de un derecho subjetivo vulnerado por el acto y, como ya se indicó, no hay lugar a reclamar directamente ante la jurisdicción un derecho, cuando no se ha reclamado previamente ante la administración. En tal virtud, en este caso se configuró la ineptitud sustantiva de la demanda, pues la sociedad demandante interpuso el medio de control de reparación directa con el propósito de obtener la devolución de lo pagado indebidamente, sin obtener el pronunciamiento previo de la administración, el cual una vez emitido, debió discutirse vía nulidad y restablecimiento del derecho. Por ello, la Sala se inhibirá para conocer de las pretensiones de la demanda”⁴⁵.

Incluso, frente a otro de aquellos casos en el que solicitaba la devolución de pagos tributarios, como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad de la tasa especial

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 31 de octubre de 2016, exp. 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741) A, CP: Guillermo Sánchez Luque.

por servicios aduaneros TESA, recientemente esta Subsección⁴⁶ recordó lo señalado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en el que se consideró la inexistencia de daño en los siguientes términos:

“En efecto, aunque está acreditado que la sociedad actora efectivamente liquidó y pagó la TESA en declaraciones de importación presentadas ante diferentes autoridades aduaneras -supra párr. 7.1-, bien podría indicarse, como se ha hecho en el marco de la discusión a la que han dado lugar los denominados casos TESA, que dicha circunstancia no es suficiente para tener por acreditada la existencia de un daño personal y cierto toda vez que: i) a cambio de dichos pagos, las importadoras sí habrían recibido contrapartidas como serían los servicios que pretendían ser retribuidos por la tasa cancelada, a saber, los de carácter aduanero prestados por la DIAN y que, en los términos del salvamento de voto formulado a la sentencia C-992 de 2001, estaban definidos en el Estatuto Aduanero –supra párr. 7.3- ; ii) la prueba de los pagos no demostraría por sí misma la afectación del patrimonio de quien los realizó dado que, por regla general, este tipo de erogaciones “constituyen costos de la actividad económica que se trasladan” al consumidor final ; iii) existiendo la posibilidad de obtener la devolución de lo pagado por concepto de la TESA a través de un mecanismo administrativo establecido exclusivamente para ello, la falta de prueba sobre su agotamiento infructuoso implicaría que el daño no fuera cierto ; y iv) dado que, como ocurre con todas las normas de carácter tributario, el pago de la TESA no se causó única y exclusivamente por virtud de la ley que lo ordenó sino porque el contribuyente realizó la actuación constitutiva del supuesto de hecho previsto en la norma como generador del cobro, esto es, utilizó los servicios aduaneros en el marco de una actividad importadora en la que diligenció una declaración a través de la cual liquidó y pagó la TESA, el daño que este último pudo generar no fue causado directamente por la Nación-Congreso de la República”.

No obstante, a diferencia de los casos “TESA”, esta Subsección⁴⁷ ya resolvió un caso idéntico al *sub judice* en el que se pretendía la devolución de los pagos hechos por concepto de contribuciones especiales impuestas por el artículo 1 del Decreto No. 2996 de 2004, declarado nulo parcialmente mediante sentencia del 12 de octubre de 2006, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

Como antes se precisó, en este caso la parte demandante sí reclamó la devolución de los aportes que realizó por concepto de la expresión normativa que había sido declarada nula, pero dejó incólume la presunción de legalidad del acto administrativo, Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007, por el cual el I.C.B.F. le negó dicha solicitud, de modo que tal actuación sí concretó el daño consistente en que la actora no

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2018, exp. 25000-23-26-000-2003-02127-01(30212), CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 25000232600020080025901 (41.211), CP: Carlos Alberto Zambrano.

recuperara los rubros que reclamaba, lo cual ya no es posible mediante la reparación directa.

Finalmente, la parte apelante señaló que la acción no se encontraba caducada pues la sentencia de nulidad adquirió firmeza el 30 de octubre de 2006 y la demanda fue radicada el 4 de junio de 2008, esto es, dentro del término indicado en el artículo 136 numeral 8 del C.C.A.

Sobre el particular se precisa que, como la nulidad y restablecimiento del derecho era la vía judicial procedente, la demanda sí se encuentra caducada, dado que la Resolución No. 002599 data del 9 de octubre de 2007 y el libelo se debió presentar el 10 de febrero de 2008⁴⁸, pero se radicó el 3 de junio de 2008, es decir, varios meses después de vencido el término de 4 meses indicado en el artículo 136, numeral 2, del C.C.A., sin que la parte actora hubiere demostrado una notificación o comunicación morosa respecto de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, que lo habilitara para demandar su legalidad dentro del plazo indicado en la norma.

Incluso, se allegó copia del acta de conciliación extrajudicial celebrada el 25 de enero de 2008⁴⁹ en la Procuraduría 51 Administrativa de Bogotá, la cual se declaró fallida y en la que se dejó constancia de que la solicitud para agotar ese requisito de procedibilidad se presentó el 26 de noviembre de 2007⁵⁰, es decir, cuando faltaban 2 meses y 14 días para incoar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho⁵¹.

Por tanto, el término para ejercer esa acción se reanudó el 26 de enero de 2008⁵² y venció el 9 de abril de 2008 y la demanda se presentó el 3 de junio de 2008, esto es, de forma extemporánea, incluso para el juicio de legalidad aunque, se advierte, la parte actora no convocó a una conciliación respecto del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho sino de reparación directa.

Por último, cabe advertir que la reparación directa no es la vía para revivir los términos fijados en la ley para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, dado que la

⁴⁸ La parte actora no allegó constancia de notificación o comunicación de ese acto administrativo.

⁴⁹ Fls. 128 y 129 c 2.

⁵⁰ La parte actora no allegó la certificación que debió ser expedida por la Procuraduría 51 Administrativa de Bogotá.

⁵¹ Contando dicho término desde el día siguiente a la expedición de la Resolución No. 002599 del 9 de octubre de 2007, dado que no se allegó constancia de notificación o comunicación de ese acto administrativo.

⁵² Toda vez que no se allegó la constancia de la Procuraduría Judicial el término se reanuda a partir de la fecha de la audiencia.

acción pertinente, que era la de nulidad y restablecimiento del derecho, ya se encontraba caducada para la fecha de presentación del presente libelo.

Como consecuencia, y siguiendo la jurisprudencia de esta Subsección citada en líneas anteriores⁵³ para un caso de similares hechos y pretensiones, la Sala modificará la sentencia apelada para, en su lugar, proferir fallo inhibitorio por indebida escogencia de la acción.

4.- Decisión sobre costas

Habida cuenta de que, para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 2 de junio de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, para, en su lugar, **INHIBIRSE** de resolver de fondo.

SEGUNDO: Sin lugar a costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMÍTASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 25000232600020080025901 (41.211), CP: Carlos Alberto Zambrano.

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA