

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA / APORTE PARAFISCAL / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL AL SENA / DEVOLUCIÓN DEL PAGO DEL TRIBUTO / INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El demandante no podía acudir a la acción de reparación directa para reclamar la indemnización de un perjuicio que no solicitó por la vía que legalmente correspondía: su daño no se originó en una omisión sino en una decisión y no puede afirmarse que sufrió un empobrecimiento sin causa porque el perjuicio reclamado sí tuvo una causa: se fundamentó en una norma legal vigente en el momento en el que se produjo el pago, por lo que si el demandante estimaba que dicho cobro era ilegal porque la nulidad de la norma en su concepto tenía efectos retroactivos, estaba obligado en este caso (i) a formular una petición de devolución a la entidad demandada y (ii) a controvertir la legalidad de la decisión negativa de esa petición. [...] Por lo tanto, resulta claro que la reparación directa no era la acción procedente, en la medida en que de conformidad con las normas que regulan la solicitud de devolución en materia tributaria y el artículo 85 del CCA, el demandante debía esperar la conclusión del procedimiento administrativo ante el SENA y en caso de ser negada su solicitud, demandar en nulidad y restablecimiento del derecho dicho acto. [...] Adicionalmente, como el daño reclamado correspondía al pago de una contribución que fue declarada nula por la jurisdicción contencioso administrativa, habida cuenta de los efectos hacia el futuro de tal decisión, era claro que la parte actora solo podía tener derecho a reclamar si era titular de una situación jurídica no consolidada, lo cual solo ocurriría si dentro del término legal –contado desde la realización del pago que estimó legal– hubiera presentado la acción de nulidad y restablecimiento. La situación jurídica no consolidada solo se predica del particular que controvierte en término el acto administrativo particular: no se predica del que << puede hacerlo por encontrarse dentro del término legal para ello >> como lo entendió el Tribunal.

DIFERENCIA ENTRE ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA Y ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tratándose de la reparación de perjuicios causados por la Administración a los particulares, se distinguen las acciones de reparación directa y la de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que, si bien ambas son de carácter resarcitorio, la fuente del daño en una y otra es diferente. Así, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la fuente del daño es un acto administrativo, mientras que en la reparación directa, el daño deviene de una acción u omisión de la Administración. [...] Los actos administrativos corresponden a decisiones de la Administración y para obtener la reparación de los daños que ellos causen es menester acreditar su ilegalidad, cosa que no es necesaria ni procedente en la acción de reparación directa en la que solo se debe demostrar la existencia de un daño antijurídico imputable a la acción o la omisión de la Administración [...].

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los casos en que procede la acción de reparación directa por daños ocasionados por un acto administrativo, ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1 de agosto de 2016, rad. 35953, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico; y Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de enero de 2019, rad. 46806, C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

APORTE PARAFISCAL / CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL AL SENA / APLICACIÓN DEL ESTATUTO TRIBUTARIO / NULIDAD DEL DECRETO / PAGO DE LO NO DEBIDO

Cuando no existe un acto de cobro o factura sino una declaración y liquidación privada, como sucede con los aportes parafiscales al SENA, los contribuyentes tienen la posibilidad de acudir al procedimiento administrativo de devolución ante la entidad que administra el tributo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 850 del Estatuto Tributario. [...] Si bien la mencionada norma regula las solicitudes de devolución de pagos de lo no debido de obligaciones tributarias a cargo de la DIAN, la Sección Cuarta de esta Corporación ha determinado que, respecto de saldos a favor o pago de lo no debido de contribuciones parafiscales, los contribuyentes podrán presentar solicitudes de devolución en los mismos términos y en el plazo establecido para estas solicitudes de devolución. [...] El procedimiento administrativo iniciado por la cooperativa demandante ante el SENA debía concluir con un acto administrativo que podría ordenar la devolución total o parcial a favor del solicitante o negarla. Ese acto administrativo definiría la solicitud particular y concreta de un contribuyente que estimaba que realizó pagos de lo no debido respecto de contribuciones parafiscales que no debía realizar en atención a la anulación parcial del Decreto 2996 de 2004, como sucedió en el caso en cuestión. Y en el evento de obtener una decisión negativa por parte de la entidad, la parte actora debía agotar la vía gubernativa y solicitar el perjuicio demostrando la ilegalidad de la misma, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de dicho acto administrativo, en los términos y dentro del plazo previsto en el artículo 85 del CCA.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO – ARTÍCULO 850 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTÍCULO 85

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la aplicación del procedimiento administrativo del Estatuto Tributario a las solicitudes de devolución de aportes parafiscales, cita: Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 25 de abril de 2016, rad. 19736, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

PRIVILEGIO DE LA DECISIÓN PREVIA / DEVOLUCIÓN DEL PAGO DEL TRIBUTO

Las normas legales antes citadas desarrollan el privilegio de la decisión previa de la Administración al establecer un procedimiento reglado para solicitar la devolución del pago del tributo y a partir de ellas es claro que el particular está obligado a controvertir la legalidad de la decisión dentro del término de la acción de nulidad y restablecimiento para obtener la restitución de lo pagado cuando esta haya sido negada por la Administración.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 25000-23-26-000-2008-00271-02(49278)

Actor: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SISTEMAS PRODUCTIVOS – SIPRO

Demandado: SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE – SENA

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

TEMA: Consulta / Devolución de aportes parafiscales no debidos / Se revoca la sentencia consultada que accedió a las pretensiones de la demanda, para en su lugar, negarlas por la improcedencia de la acción de reparación directa.

SENTENCIA

No observándose irregularidad que invalide la actuación, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia del 26 de enero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, mediante la cual se declaró patrimonialmente responsable al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA por el enriquecimiento sin causa sufrido por la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos – SIPRO, con ocasión de los pagos de los aportes parafiscales para los años 2004 a 2006.

En la parte resolutive se adoptaron las siguientes decisiones:

<<PRIMERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la apoderada de la parte demandada Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

<<SEGUNDO: Declarar administrativamente responsable al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA por el enriquecimiento sin causa sufrido por la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO.

<<TERCERO: CONDENAR al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, a pagar a Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos SIPRO la suma de setecientos ochenta y nueve millones ochocientos cuarenta y tres mil novecientos cuarenta y seis pesos (\$789.843.946) por daño material sufrido.

<<CUARTO: Negar las demás pretensiones.

<<QUINTO: Sin condena en costas.

<<SEXTO: Ejecutoriada la sentencia, liquídese los gastos procesales realizados y devuélvase el excedente que hubiere. Además archívese el expediente.>>

I. ANTECEDENTES

A.- La demanda y la posición de la demandante

1.- El 11 de junio de 2008, la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos – SIPRO (en adelante “SIPRO”) presentó demanda de reparación

directa contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA (en adelante “SENA”) en la cual formuló las siguientes pretensiones:

<<1. Como consecuencia de la promulgación en sentencia No. 1001-03-25-000-2004-00187-01-15214, misma que declara la “nulidad de las expresiones ‘Y contribuciones al SENA, ICBF’ contenidas en el artículo 1., del Decreto 2996 de 2004” por parte del Honorable Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta con ponencia de la Honorable Magistrada Dra. LIGIA LOPEZ DIAZ, El pasado 12 de octubre de 2006, contenidas en ya mencionado decreto, pido al Honorable Tribunal que declare el pago de no debido en favor de la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas productivos SIPRO y se condene en tal pronunciamiento al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.

<<2. Como consecuencia de lo anterior se condene al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, a la devolución del pago de lo no debido determinado en la suma de SEISCIENTOS DIEZ Y SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$617'141.764.OO) en favor de la cooperativa de trabajo asociado Sistemas Productivos SIPRO.

<<3. Igualmente y como consecuencia de lo anterior el Honorable Tribunal ordenará en condena al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al reconocimiento y pago de intereses que se han generado desde la fecha de a respectiva consignación y recibo de dineros por parte de la entidad demandada por los dineros cancelados. Para tal fin los H. Magistrados ordenaran se liquiden por secretaría o se designe perito para tal función a la tasa vigente.

<<4. La sentencia deberá ajustarse al valor real del dinero tomando como base el índice de precios al consumidor al momento del pago – art. 178. C.C. Administrativo.

<<5. Solicito se condene en costas a la parte demandada de acuerdo a lo estipulado por el artículo 171 del C.C. Ad., e igualmente en agencias en derecho. >>

2.- La demanda se fundamentó, en síntesis, en las siguientes afirmaciones:

2.1.- El 8 de septiembre de 2004 se profirió el Decreto 2296, en cuyo artículo 1° se impuso a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado la obligación de realizar contribuciones especiales al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar– ICBF y al SENA.

2.2.- Durante los años 2004 a 2006, con fundamento en lo establecido en el referido decreto, la demandante realizó el pago de las contribuciones especiales al SENA por un monto de \$617.141.764.

2.3.- El 12 de octubre de 2006 la Sección Cuarta de esta Corporación profirió sentencia dentro del proceso con radicado No. 1001-03-25-000-2004-00187-01-15214, mediante la cual declaró la nulidad de las expresiones <<Y contribuciones especiales al SENA, ICBF”>> contenida en el artículo 1° del decreto, al considerar que lo dispuesto en dicha norma violaba el principio de legalidad de los tributos, en la medida en que imponía una contribución parafiscal a personas que la ley no había señalado como obligados a realizarla.

2.4.- El 27 de junio de 2007 la demandante solicitó al SENA la devolución de los pagos realizados por concepto de contribuciones especiales realizadas entre los años 2004 y 2006, por una suma de \$617.141.764.

2.5.- El 10 de julio de 2007, el SENA emitió la comunicación No. 2007-028397 mediante la cual requirió a SIPRO la información y documentos necesarios para estudiar la viabilidad de la solicitud de devolución y anticipó su posición de no devolver los aportes realizados en vigencia del decreto 2296 de 2004.

2.6.- El 23 de julio de 2007, ante la posición expuesta en la comunicación anterior de no devolver los aportes realizados en vigencia del decreto 2296 de 2004, la demandante presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la anterior decisión del SENA.

2.7.- El 18 de septiembre de 2007 el SENA, mediante oficio No. 2-2007-037952, informó a la demandante que la comunicación No. 2007-028397 no correspondía a un acto administrativo que contuviera una decisión definitiva por parte de la entidad respecto la solicitud elevada por SIPRO, por lo cual no era susceptible de ningún recurso.

2.8.- Consideró la demandante que en el presente caso se configuró un pago de lo no debido, que se consolidó, y respecto del cual se tuvo conocimiento a partir de la sentencia que declaró parcialmente nulo el Decreto 2296 del 2004, en lo concerniente a la obligación de realizar contribuciones especiales al SENA.

B.- Posición de la demandada

3.- La demandada presentó, en síntesis, los siguientes argumentos a título de defensa:

3.1.- Consideró que existió una indebida escogencia de la acción, en la medida en que la procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos del SENA, y no la acción de reparación directa.

3.2.- Manifestó que la acción se encontraba caducada. En su criterio, tanto la comunicación No. 2-207-020979 del 10 de julio de 2007, en la cual el SENA realizó una serie de consideraciones respecto de la procedencia de la devolución de aportes con ocasión de la nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004, como la No. 2-2007-037952 del 18 de septiembre de 2007, mediante la cual se estableció que la decisión contenida en la comunicación anterior no era susceptible de ningún recurso, constituían actos administrativos que debían demandarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, esta acción se encontraba caducada desde el 11 de febrero de 2008, momento anterior a la presentación de la demanda.

3.3.- Mediante la anulación parcial del Decreto 2996 del 2004, las cooperativas no quedaron exoneradas de realizar las contribuciones especiales al SENA, en la medida que siempre habían tenido la obligación de realizar dichos aportes respecto de las personas que hubieran vinculado como trabajadores permanentes.

3.4.- El Decreto 2996 de 2004 se presumió legal desde su expedición hasta la sentencia que ordenó su anulación, por lo cual los efectos generados durante su vigencia debían mantenerse. En este sentido, manifestó que los efectos de la sentencia que ordenó su anulación eran *ex nunc* o a futuro, por lo cual no resultaba procedente realizar la devolución de los pagos de forma retroactiva.

3.5.- Finalmente argumentó que el SENA no estaba legitimado en la causa por pasiva, en la medida en que el decreto no había sido expedido por esta entidad sino por el Gobierno nacional.

C.- Sentencia objeto de consulta

4.- Mediante sentencia del 26 de enero de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Subsección A, declaró patrimonialmente responsable al Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA por el enriquecimiento sin causa ocasionado por el pago de contribuciones especiales realizado por la Cooperativa de Trabajo Asociado Sistemas Productivos – SIPRO entre los años 2004 y 2006.

5.- La decisión se basó, en síntesis, en las siguientes consideraciones:

5.1.- Consideró que la acción procedente era la de reparación directa, y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que el daño sufrido por la demandante no tenía como fuente un acto administrativo, sino el pago de una contribución especial creada mediante un acto administrativo que fue posteriormente anulado por una decisión judicial. También manifestó que, en todo caso, las comunicaciones No. 2-2007-028397 del 10 de julio y 2-2007-037953 del 18 de septiembre de 2007 eran meros actos de trámite y no contenían decisiones definitivas, susceptibles de ser atacadas por la vía judicial.

5.2.- Respecto de la caducidad de la acción, sostuvo que al ser procedente la reparación directa, el término de caducidad era de 2 años contados a partir de la consolidación del daño, que en el caso en cuestión ocurrió a partir de la fecha en la cual cobró ejecutoria la sentencia que declaró la nulidad parcial del Decreto 2996 de 2004, es decir el 30 de octubre de 2006. En este sentido, al haberse presentado la demanda el 11 de junio de 2008, no había operado la caducidad.

5.3.- En relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva alegada por la parte demandada, manifestó que si bien era cierto que el SENA no había sido la entidad que había expedido el decreto anulado, no era menos cierto que ésta fue la beneficiaria directa de la contribución y la entidad a la cual se le pagó. Por lo tanto, estaba legitimada en la causa para ser demandada en el presente proceso.

5.4.- Respecto del régimen de responsabilidad patrimonial aplicable, consideró el Tribunal que en el presente caso se debía constatar si se configuró un enriquecimiento sin causa de la entidad demandada, por lo cual era necesario acreditar: **(i)** el menoscabo en el patrimonio del demandante; **(ii)** el incremento patrimonial inversamente proporcional y correlativo de la demandada respecto del

menoscabo del demandante, y, **(iii)** la ausencia de causa jurídica que justificara dicha situación.

5.5.- Antes de abordar el estudio de la configuración del enriquecimiento sin causa, el Tribunal analizó los efectos en el tiempo de la anulación parcial del Decreto 2996 de 2004, frente a lo cual precisó que: **(i)** la nulidad de los actos administrativos produce efectos <<ex tunc>>; **(ii)** la nulidad de los actos administrativos generales puede afectar las situaciones particulares acaecidas durante su vigencia y, **(iii)** para obtener la reparación del daño causado con ocasión de la nulidad de un acto administrativo de carácter general, es necesario que la situación particular que se haya originado a partir del mismo no se encuentre consolidada, esto es que <<(…) al momento de producirse el fallo anulatorio, se debatía o era susceptible de serlo ante la autoridad administrativa o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (…)>>.

5.6.- En relación con la demostración de los elementos configurativos del enriquecimiento sin causa, el *a quo* indicó que:

5.6.1.- En relación con los primeros dos elementos, estaba acreditado que la demandante había realizado los pagos de la contribución especial al SENA, en cuantía de \$617.141.764 entre los años 2004 y 2006.

5.6.2.- Respecto de la ausencia de causa jurídica que justificara el enriquecimiento, consideró que con la nulidad parcial del Decreto 2996 del 2004 había desaparecido el amparo legal de las contribuciones que había realizado la demandante al SENA, en la medida en que el efecto de la declaratoria de nulidad era retrotraer las cosas al estado inicial al no haber surgido dicho decreto a la vida jurídica.

5.7.- El Tribunal consideró que en el caso en cuestión no existía una situación particular consolidada, en la medida en que la demandante contaba con 5 años desde la exigibilidad de la erogación para solicitar su devolución, término que no había transcurrido.

5.8.- En consecuencia, dispuso imponer una condena de \$789.843.946 correspondiente a los \$617.141.764 pagados por parte de la demandante al SENA, actualizados desde el momento de cada pago hasta la fecha de la sentencia.

D.- El trámite de la consulta

6.- Ninguna de las partes apeló la sentencia del 26 de enero de 2012.

7.- Ante la solicitud presentada por la demandante y la demandada el 24 de septiembre de 2012, el Tribunal expidió copias auténticas de la sentencia del 26 de enero de 2012 con la constancia de que la sentencia había quedado ejecutoriada el 11 de mayo de 2012.

8.- El 30 de noviembre de 2012, la parte demandada solicitó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, en la medida en que el Tribunal había omitido ordenar su trámite en la sentencia.

9.- Mediante auto del 15 de noviembre de 2013, el Tribunal declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 15 de agosto de 2012, y, en su lugar, dispuso tramitar el grado jurisdiccional de consulta.

10.- El 29 de noviembre de 2013 se corrió traslado común a las partes para que presentaran sus alegatos. Dentro del término de traslado, la parte demandante guardó silencio.

11.- Por su parte, la entidad demanda, reiteró los argumentos expuestos en su contestación y alegatos de conclusión.

12.- El Ministerio Público también presentó escrito dentro del término de traslado, en el cual solicitó confirmar la sentencia objeto de consulta. Consideró que al haberse anulado parcialmente el Decreto 2996 de 2004, había desaparecido la causa legal que fundamentaba los pagos realizados por la demandante, y que en la medida en que no se estaba ante una situación consolidada, era procedente realizar la devolución del pago.

II. CONSIDERACIONES

13.- De conformidad con lo previsto en el artículo 184 del CCA, la Sala es competente para resolver el presente grado jurisdiccional de consulta, toda vez que en el proceso de la referencia resultó condenada una entidad estatal (SENA) por una suma superior a los 300 SMLV, mediante sentencia que no fue apelada.

14.- La revisión de la decisión de primera instancia se contrae a establecer la legalidad de la condena impuesta al SENA, en cuyo favor se tramita el grado jurisdiccional de consulta.

15.- **La sentencia consultada será revocada** porque la acción de reparación directa no resultaba procedente para que la parte demandante solicitara el resarcimiento de los perjuicios pedidos en la demanda.

16.- Tratándose de la reparación de perjuicios causados por la Administración a los particulares, se distinguen las acciones de reparación directa y la de nulidad y restablecimiento del derecho, en la medida en que, si bien ambas son de carácter resarcitorio, la fuente del daño en una y otra es diferente. Así, en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la fuente del daño es un acto administrativo, mientras que en la reparación directa, el daño deviene de una acción u omisión de la Administración.

17.- Los actos administrativos corresponden a *decisiones* de la Administración y para obtener la reparación de los daños que ellos causen es menester acreditar su *ilegalidad*, cosa que no es necesaria ni procedente en la acción de *reparación*

directa en la que solo se debe demostrar la existencia de un *daño antijurídico* imputable a la *acción o la omisión* de la Administración: <<Si la omisión es producida con la intervención voluntaria del órgano administrativo, el tratamiento que se le otorga es el de un acto administrativo; por el contrario si la voluntad no ha influido de modo directo e inmediato, la omisión se considera como un hecho administrativo>>.¹

18.- Cuando no existe un acto de cobro o factura sino una declaración y liquidación privada, como sucede con los aportes parafiscales al SENA, los contribuyentes tienen la posibilidad de acudir al procedimiento administrativo de devolución ante la entidad que administra el tributo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 850 del Estatuto Tributario.

19.- Si bien la mencionada norma regula las solicitudes de devolución de pagos de lo no debido de obligaciones tributarias a cargo de la DIAN, la Sección Cuarta de esta Corporación ha determinado que, respecto de saldos a favor o pago de lo no debido de contribuciones parafiscales, los contribuyentes podrán presentar solicitudes de devolución en los mismos términos y en el plazo establecido para estas solicitudes de devolución.²

20.- El procedimiento administrativo iniciado por la cooperativa demandante ante el SENA debía concluir con un acto administrativo que podría ordenar la devolución total o parcial a favor del solicitante o negarla. Ese acto administrativo definiría la solicitud particular y concreta de un contribuyente que estimaba que realizó pagos de lo no debido respecto de contribuciones parafiscales que no debía realizar en atención a la anulación parcial del Decreto 2996 de 2004, como sucedió en el caso en cuestión. Y en el evento de obtener una decisión negativa por parte de la entidad, la parte actora debía agotar la vía gubernativa y solicitar el perjuicio demostrando la ilegalidad de la misma, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de dicho acto administrativo, en los términos y dentro del plazo previsto en el artículo 85 del CCA.

21.- En todo caso, si el procedimiento administrativo de devolución no concluía con una decisión definitiva por parte de la administración, en los términos del artículo 40 del CCA, la demandante podía presentar los recursos de la vía gubernativa contra el acto administrativo ficto por la configuración de un silencio administrativo negativo, y posteriormente demandar en nulidad y restablecimiento dicho acto ficto.

22.- Adicionalmente, como el daño reclamado correspondía al pago de una contribución que fue declarada nula por la jurisdicción contencioso administrativa, habida cuenta de los efectos hacia el futuro de tal decisión, era claro que la parte actora solo podía tener derecho a reclamar si era titular de una *situación jurídica no consolidada*, lo cual solo ocurriría si dentro del término legal –contado desde la

¹ Santofimio, Jaime Orlando, Acto Administrativo, Procedimiento, eficacia y validez, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.52.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Sentencia del 25 de abril de 2016. No. de radicación: 25000-23-27-000-2011-00288-01(19736). C.P.: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

realización del pago que estimó legal— hubiera presentado la acción de nulidad y restablecimiento. La *situación jurídica no consolidada* solo se predica del particular que controvierte en término el acto administrativo particular: no se predica del que <<*puede hacerlo por encontrarse dentro del término legal para ello*>> como lo entendió el Tribunal.

23.- Así, en este caso, está demostrado que la demandante presentó una solicitud de devolución al SENA el 26 de junio de 2007³. El 10 de julio de 2007, el SENA envió una comunicación a la parte demandante en la cual anticipó que la posición de la entidad era la de no devolver los aportes pagados en vigencia del Decreto 2996 de 2004. En todo caso, le indicó que para estudiar la viabilidad de las devoluciones debía allegar una serie de documentos e información.⁴

24.- La parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la comunicación anterior, a los cuales el SENA dio respuesta⁵ en el sentido de indicar que la devolución de los recursos no procedía, en la medida en que su comunicación de fecha 10 de julio de 2007 no era una decisión definitiva o resolución motivada que pusiera fin a la actuación administrativa iniciada por la parte demandante, sino un mero acto de trámite o preparatorio.

25.- De lo anterior se evidencia que, si bien es cierto que en la comunicación de fecha 10 de julio de 2007 el SENA anticipó su posición jurídica de no devolver los aportes cancelados en vigencia del Decreto 2996 de 2004, no es menos cierto que dicha comunicación correspondía a un acto administrativo de trámite, en la medida en que requirió a la parte actora allegar la información necesaria para poder resolver su solicitud.

26.- Así, se encuentra probado que en el caso en cuestión la parte demandante no agotó el procedimiento administrativo ante el SENA para solicitar la devolución de los aportes no debidos, en la medida en que no esperó el pronunciamiento definitivo de la entidad respecto de su solicitud, y en todo caso, ante el silencio de la entidad no ejerció los recursos de la vía gubernativa ni demandó en nulidad el acto ficto.

27.- El demandante no podía acudir a la acción de reparación directa para reclamar la indemnización de un perjuicio que no solicitó por la vía que legalmente correspondía: su daño no se originó en una *omisión* sino en una decisión y no puede afirmarse que sufrió un empobrecimiento *sin causa* porque el perjuicio reclamado sí tuvo una causa: se fundamentó en una norma legal vigente en el momento en el que se produjo el pago, por lo que si el demandante estimaba que dicho cobro era ilegal porque la nulidad de la norma en su concepto tenía efectos retroactivos, estaba obligado en este caso **(i)** a formular una petición de devolución a la entidad demandada y **(ii)** a controvertir la legalidad de la decisión negativa de esa petición.

Las normas legales antes citadas desarrollan el privilegio de la decisión previa de la Administración al establecer un procedimiento reglado para solicitar la devolución

³ Cuaderno No. 2, folios 24 a 28.

⁴ Cuaderno No. 1 folios 169 a 171.

⁵ Cuaderno No. 1 folios 29 y 30.

del pago del tributo y a partir de ellas es claro que el particular está obligado a controvertir la legalidad de la decisión dentro del término de la acción de nulidad y restablecimiento para obtener la restitución de lo pagado cuando esta haya sido negada por la Administración.

28.- Por lo tanto, resulta claro que la reparación directa no era la acción procedente, en la medida en que de conformidad con las normas que regulan la solicitud de devolución en materia tributaria y el artículo 85 del CCA, el demandante debía esperar la conclusión del procedimiento administrativo ante el SENA y en caso de ser negada su solicitud, demandar en nulidad y restablecimiento del derecho dicho acto. Esta posición ha sido compartida, además, por las otras subsecciones de esta Corporación para casos similares.⁶

29.- Además de lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación ha considerado que el hecho de no agotar el procedimiento administrativo de devolución ante la entidad encargada de la administración del tributo pagado lleva a concluir que el daño reclamado es inexistente o no se encuentra consolidado. Al respecto consideró:

<<(…) 16. Aunque es cierto que, como lo pusieron de presente varias de las decisiones judiciales proferidas en el marco de los denominados casos TESA, el ordenamiento jurídico consagra una vía procesal para solicitar la devolución de lo pagado en exceso y lo indebidamente pagado por concepto de obligaciones aduaneras o tributarias -artículos 850 a 865 del Estatuto Tributario, reglamentados por el Decreto 1000 de 1997-, el hecho de que la sociedad actora no haya demostrado el haber acudido a ese mecanismo con el fin de obtener que la DIAN le devolviera lo pagado por concepto de la TESA no desvirtúa la aptitud sustantiva de la presente demanda de reparación directa interpuesta contra la Nación-Congreso de la República para obtener la indemnización del supuesto daño consistente en el pago de dicha tasa. (...)

en observancia del principio de decisión previa, los particulares, en el marco de sus relaciones con el Estado, tienen el deber de acudir a la vía administrativa consagrada específicamente para obtener el reconocimiento de los derechos o prestaciones de los cuales se reputan titulares o beneficiarios, de modo que, si no lo hacen, la demanda que presenten ante la jurisdicción carecerá de aptitud sustantiva para ser tramitada, pues en estos casos el ordenamiento jurídico otorga a la administración el privilegio o la potestad de pronunciarse sobre el asunto antes de ser objeto de censura en un proceso judicial. Al respecto se ha dicho:

(…) ante la ausencia de pronunciamiento de la entidad administrativa, se impone el respeto por el privilegio de la decisión previa, según el cual, por regla general, la administración pública, a diferencia de los particulares, no puede ser llevada a juicio contencioso si previamente no se le ha solicitado por el administrado un pronunciamiento sobre la pretensión que se propone someter al juez. Así, la reclamación previa, que se opone al derecho de citación directa que tienen los demandantes en los procesos civiles, constituye un privilegio por cuanto le permite

⁶ Ver: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 31 de octubre de 2016. No. de radicación: 25000-23-26-000-2003-00175-01(28741). C.P.: Guillermo Sánchez Luque y Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 19 de julio de 2018. No. de radicación 25000-23-26-000-2008-00253-01(39298). C.P: Marta Nubia Velásquez Rico.

a la autoridad reconsiderar la decisión que se impugna; cuestión que también puede resultar ventajosa para el administrado, ya que es posible que mediante su gestión convenza a la administración y evite así un pleito .

16.4. No obstante, el objeto del mecanismo consagrado por el Estatuto Tributario para la devolución de tributos se circunscribe al análisis sobre si los mismos eran debidos o no o si fueron pagados en exceso o no, asunto que, aunque puede tener puntos de encuentro con el objeto litigioso planteado en la acción de reparación directa, no coincide plenamente con él, en tanto que, como se explicó en el acápite anterior, esta última concierne un juicio de responsabilidad en el que debe analizarse además de la existencia de un daño antijurídico, su imputabilidad a la entidad demandada, de allí que no puede afirmarse que lo pretendido por la sociedad actora en la presente demanda de reparación directa, a saber, la declaratoria de responsabilidad de la Nación-Congreso de la República por la supuesta causación del daño antijurídico consistente en el pago de la TESA, hubiera podido ser analizada, en los mismos términos, en el procedimiento administrativo establecido para obtener que la DIAN devolviera lo cancelado por ese concepto o en la eventual acción de nulidad y restablecimiento del derecho al que el agotamiento de aquél habría dado lugar.

16.5. Ahora bien, lo dicho hasta aquí no es óbice para que en el análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, el juez de la reparación directa tenga en cuenta la existencia de este mecanismo administrativo, pues bien podría ocurrir que en un caso en particular se encuentre que su ejercicio permitiría revertir efectivamente el daño cuya reparación se pretende , hipótesis en la cual, estando abierta la posibilidad de acudir con éxito a dicha vía, el daño invocado no podría tenerse por cierto, o teniéndosele por tal, el mismo sería imputable no al hecho del legislador sino al de la misma víctima quien, a falta de haberlo agotado, determinó la perennidad de aquél. (...)

Aunque está acreditado que la sociedad actora efectivamente liquidó y pagó la TESA en declaraciones de importación presentadas ante diferentes autoridades aduaneras, 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: (...) 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.>>⁷

30.- Todo lo anterior lleva a concluir que la condena impuesta al SENA mediante sentencia del 26 de enero de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no era procedente, en la medida en que la acción de reparación directa no resultaba apropiada para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados al demandante y, en todo caso, se configura una inexistencia del daño al evidenciarse que el demandante no agotó el procedimiento administrativo de devolución ante el SENA. Así las cosas, la Sala revocará la sentencia del Tribunal y negará las pretensiones de la demanda.

⁷ Ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2018, No. de radicación: 25000232600020030020601(28769). C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

31.- Finalmente, en los términos del numeral 8 del artículo 365 del CGP, no se condenará en costas al no aparecer causadas en el expediente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia del 26 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se accedió a las súplicas de la demanda para, en su lugar, **NEGAR LAS PRETENSIONES**.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVOLVER** el expediente a su Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Presidente

MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado