

CONCEPTO ICBF No. 06

Fecha: 27/05/2021

Asunto: Solicitud de concepto jurídico acerca del término que tiene el aportante para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido respecto de aportes parafiscales.

Estimada doctora xxxxxxxxx

De manera atenta y en el marco de nuestras competencias, esta Oficina emite concepto solicitado por la Directora de la Regional Bogotá en relación con el término que tiene el aportante de parafiscales para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido.

Así, previo análisis del ordenamiento jurídico vigente y con fundamento en los artículos 23 de la Constitución Política, 26 del C.C., 13 del C.P.A.C.A, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, y el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 987 de 2012, se procede a dar respuesta en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

Se dará respuesta al siguiente problema jurídico planteado por la directora de la Regional Bogotá:

¿Qué término se debe tener en cuenta frente a las reclamaciones realizadas por los aportantes de parafiscales por pagos en exceso o de lo no debido, teniendo en cuenta que el artículo 2536 del Código Civil establece un término de cinco años para solicitar dicha devolución, y, a su vez, la Resolución 575 de 2016 del ICBF señala un plazo de dos años para solicitarla?

1. RUTA METODOLÓGICA PARA RESPONDER EL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico: (i) se establecerá el marco jurídico aplicable; (ii) se revisarán los antecedentes de la solicitud; (iii) se realizará el respectivo análisis jurídico del caso concreto, para finalmente exponer las conclusiones.

2. MARCO NORMATIVO APLICABLE

Son normas aplicables para la resolución del problema jurídico planteado el Estatuto Tributario, el Decreto 2277 de 2012, el Código Civil y la jurisprudencia del Consejo de Estado.

ANTECEDENTES PRESENTADOS POR LA DIRECTORA DE LA REGIONAL BOGOTÁ

El Grupo de Recaudo de la Regional Bogotá, señala algunas inquietudes frente a los lineamientos impartidos desde el Grupo de Recaudo de la Dirección Financiera de la Sede Nacional, en relación con los conceptos “pago de lo no debido” y de “pagos en exceso”, toda vez que se les da un tratamiento diferente y se limitan a solo unos grupos de aportantes, situación no contemplada en la normatividad, así como frente a la oportunidad de presentar la solicitud de devolución que es contraria a lo contemplado en el Código Civil y demás normas concordantes.

El Código Civil al regular el término de prescripción de la acción ejecutiva preceptuó en su artículo 2536 que:

“Artículo 2536. Prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria. 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”. (Subraya fuera de texto).

En razón a diversos pronunciamientos del Consejo de Estado, es claro que el legislador, ha establecido el término de cinco años para realizar la solicitud de devolución de pagos en exceso y de lo no debido por concepto de obligaciones tributarias.

No obstante lo anterior, el artículo 15 de la Resolución 575 de 2016, expedida por el ICBF, establece un término de dos (2) años, para solicitar la devolución de mayores valores cancelados por concepto de aportes parafiscales así:

(...) ARTÍCULO 15. SOLICITUD. Para dar trámite a las reclamaciones de los aportantes por mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, debe mediar solicitud escrita del aportante ante la Dirección Regional donde el aportante tenga el domicilio principal, esta debe contener el valor y el periodo solicitado en devolución, adjuntando los documentos solicitados en el art. 13 que permitan comprobar el mayor valor

pagado, dentro del término de dos (2) años contados a partir del momento en que realizó el pago por mayor valor.(...)"

Sobre el particular esta Oficina, mediante Concepto 40 del 26 de junio de 2018, reitera el término de 2 años para la devolución de aportes parafiscales así:

"(...) El término para solicitar la devolución de los dineros, es de dos (2) años contados a partir de la fecha en que se realice el pago en exceso o de lo debido. Lo anterior de acuerdo con el artículo 854 del Estatuto Tributario Nacional, en concordancia con el artículo 15 de la Resolución No.575 de 2016 del ICBF, y la sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 2011, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Toda solicitud de devolución de dineros pagados en exceso que se radique por fuera del término establecido para tal fin, se convierte en extemporánea y no será procedente, por tanto, no se hace el análisis de fondo sobre su procedencia o no, porque incluso el medio de control para tal efecto, que es el de la acción de reparación directa, por un presunto enriquecimiento sin justa causa, se encuentra caducado. (...)"

En razón de lo anterior y de conformidad con los argumentos facticos y jurídicos, señalados en precedencia, no es claro para la Regional si se debe aplicar el término de 5 años para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 2536 del Código Civil, o los dos años a los cuales hace referencia el artículo 15 de la resolución 575 de 2016.

De igual forma, refiere que las normas superiores no establecen procedimientos diferentes para atender las devoluciones relacionadas con los "pagos en exceso" o de "pagos de lo no debido", ni hace referencia a grupos específicos de contribuyentes o aportantes tal como lo plantea el lineamiento dado en el memorando de esta Oficina del 29 de octubre de 2020 con radicado No. 202010400000152203.

En el entendido que las Regionales deben atender lo establecido en las resoluciones internas y conceptos de la Oficina Asesora Jurídica, en este caso la Regional Bogotá considera que la Resolución 575 se contrapone a lo reglado en normas superiores, las cuales son invocadas por los aportantes, por lo cual es necesario aclarar el término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido, teniendo en cuenta que el artículo 2536 del Código Civil establece un término de cinco años y la Resolución 575 de 2016, señala un plazo de dos años.

La Regional considera que el término para presentar a la Administración la solicitud de devolución del pago en exceso o de lo no debido, debería realizarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva de 5 años.

De igual forma, estima que no debe distinguirse entre el origen de los valores a devolver ya sean por "pago de lo no debido" o "pagos en exceso" ya que para la normatividad vigente

no hay diferencia de procedimiento y los considera como una sola causa y además no hace distinción en el tipo de contribuyente afectado por lo que debería ser aplicado a todos los aportantes.

3. ANÁLISIS JURÍDICO

3.1. Saldo a favor, pago en exceso y pago de lo no debido y el término para solicitar su devolución o compensación

El Estatuto Tributario en su artículo 850, dispone que:

“Los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales deberá devolver oportunamente a los contribuyentes, los pagos en exceso o de lo no debido, que éstos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor.”

El saldo a favor ha sido definido por el Consejo de Estado como “una cantidad resultante en beneficio del contribuyente y frente al cual la ley ha previsto la posibilidad de utilizarlo para pagar deudas de otros impuestos o periodos (compensación) u obtener su reintegro (devolución), en ambos casos por tratarse de sumas cuya titularidad así lo permite.”

El pago en exceso ocurre cuando se paga más de lo exigido legalmente. Ejemplo de ello es en los casos en que la retención en la fuente es superior al impuesto a cargo. La retención en la fuente tiene sustento legal, pero se superó el monto que el contribuyente debía pagar.

Por otro lado está el pago de lo no debido. En materia tributaria, se presenta cuando se realiza un pago de algún tributo o de alguna obligación que tenga una naturaleza similar, sin fundamento legal alguno, lo cual ocurre, por ejemplo, con los pagos efectuados con fundamento en normas que posteriormente son declaradas nulas (efectos ex tunc) y los cuales no estén consolidadas.

A partir del artículo 850 del ET, el Consejo de Estado ha señalado que dicha norma, menciona tres conceptos, saldo a favor, pago en exceso y pago de lo no debido, al respecto la sentencia del 19 de mayo de 2011, Rad -2007-90200 C.P. Carmen Teresa Ortiz, señaló lo siguiente:

“se observa que los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias pueden solicitar su compensación o devolución; también dispone la norma, la obligación de la administración tributaria de devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos en exceso o de lo no debido que hayan realizado por obligaciones tributarias.

*En la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios el **saldo a favor** resulta de la depuración de la liquidación privada que hace el contribuyente, o el valor determinado en una actuación oficial. Esto crea una obligación entre el contribuyente y el Estado. En relación con el pago en exceso o de lo no debido también es permitido obtener su devolución, en el primer caso cuando se cancelan por impuestos, sumas mayores a las que corresponden legalmente, y en el segundo evento, cuando se realizan pagos “sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento”.*

La Sala ha precisado que: ‘(...) el pago de lo no debido, el pago en exceso y el saldo a favor que el estatuto tributario regula, son instituciones jurídicas que se derivan del enriquecimiento sin causa del derecho civil.

El artículo 2313 del C.C. dispone que hay pago de lo no debido cuando alguien paga por error y prueba que no tenía la obligación de hacerlo, caso en el cual, tiene derecho para repetir lo pagado. El artículo 850 del E.T. que por remisión expresa del artículo 66 de la Ley 383 de 1997 y por el artículo 59 de la Ley 788 de 2002, se aplica a las entidades territoriales, dispone que los contribuyentes o responsables que liquiden saldos a favor en sus declaraciones tributarias podrán solicitar su devolución.

Así mismo, que la DIAN debe devolver oportunamente a los contribuyentes los pagos en exceso o de lo no debido, que estos hayan efectuado por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago.

El artículo 21 del Decreto 1000 de 1997, se refiere al pago de lo no debido como aquel pago efectuado a la DIAN sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento. Considera la Sala que las tres nociones de pago de lo no debido, pago en exceso y saldo a favor, conllevan la noción de pago sin justa causa. Precisamente por esa misma razón, se deriva a favor de los contribuyentes el derecho para reclamar el reintegro de lo pagado, a través de los mecanismos de devolución o compensación.

De las tres nociones, el saldo a favor es el que menor dificultad tiene para ser identificado habida cuenta que se evidencia en algunas declaraciones tributarias que se diseñan precisamente con ese fin, vr.gr. la declaración de renta, la declaración de ventas. Así mismo, es posible que se identifique en las declaraciones, el pago en exceso cuando deviene de errores aritméticos, por ejemplo.

Bajo ese contexto, como conceptualmente no existe un elemento que permita establecer un lindero entre las tres figuras, es pertinente concluir que, en materia tributaria, además de la forma en que se exterioriza el saldo a favor, el pago en exceso o el pago de lo no debido, el término que la legislación consagra

para que se ejerza el derecho a solicitar la devolución o la compensación, es otro elemento que permite distinguir las tres nociones.

En ese sentido, tratándose de saldos a favor, el término para solicitar la devolución o compensación es el mismo de la firmeza de la declaración correspondiente¹, es decir, que se puede solicitar la devolución o compensación de los saldos a favor, a más tardar dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para declarar y, siempre y cuando, tales saldos no los haya imputado previamente el contribuyente.

Tratándose de los pagos en exceso, el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997 dispone que las solicitudes de devolución o compensación deben presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva establecida en el artículo 2536 del Código Civil 11. En el mismo sentido, el artículo 21 del Decreto 1000, establece que también en ese término se deben formular las solicitudes de devolución o compensación de pagos de lo no debido.

En ese orden de ideas, **cuando un contribuyente pretende la devolución o la compensación de un pago realizado, basta que pruebe que éste no tiene causa legal y que la solicitud se presentó en los términos que establece la ley. Si es un saldo a favor, dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término para declarar o, si es un pago de lo no debido o un pago en exceso, dentro del término de la acción ejecutiva de que trata el artículo 2536 del C.C.** (Negrilla y subrayado fuera del texto original).²

De acuerdo con lo dispuesto por el Consejo de Estado, el saldo a favor es aquel que se da: o (i) dentro de una declaración tributaria, o (ii) por haber pagado en exceso el valor de un tributo o (iii) por haber cancelado un tributo que no tenía sustento legal. En cualquiera de los casos, el contribuyente tiene derecho a que se le reintegren estos valores.

En línea con lo anterior, el artículo 854 del ET señala el término que se tiene para solicitar la devolución de saldos a favor generados dentro de una declaración tributaria como lo es la de renta o la del impuesto a las ventas (IVA), el cual señala lo siguiente: “La solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar”.

Así mismo, el Decreto 1000 de 1997, derogado posteriormente por el Decreto 2277 de 2012, en el artículo 7 dispuso que “Sin perjuicio de lo previsto en disposiciones especiales, los contribuyentes y/o responsables podrán solicitar la devolución y/o compensación de los

¹ Artículo 854 del E.T. Art. 4 del Decreto 1000 de 1997.

² Posición reiterada por la Sentencia del 30 de septiembre de 2013, Rad 2012-00349-01(20173) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Sentencia del 19 de mayo de 2016, Rad. -2002-04187-01 (19587) de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, CP. Hugo Fernando Bastidas Barcenás, sentencia del 4 de julio de 2019, Rad - 2014-00152-02 (22788). Sección Cuarta, CP. Stella Jeannette Carvajal Basto, sentencia del 13 de agosto de 2020, Rad 2012-00420-01(21358), Sección Cuarta, CP. Milton Chaves García, entre otras.

saldos a favor, que se liquiden en las declaraciones tributarias del impuesto sobre la renta y del impuesto sobre las ventas, a más tardar dos (2) años después del vencimiento del término para declarar, siempre y cuando estos no hayan sido previamente utilizados”.

En el referido Decreto también se estableció en el artículo 11 respecto de la devolución de los pagos en exceso por concepto de obligaciones tributarias, que deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil. Igual tratamiento da el artículo 16 de dicho precepto normativo al término para solicitar pagos de lo no debido.

De acuerdo con lo anterior, el Consejo de Estado en sentencia del 30 de septiembre de 2013, radicado No. 2012-00349, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, señaló respecto al término para solicitar el pago en exceso o de lo no debido, lo siguiente:

“El término y procedimiento para presentar a la Administración Tributaria la devolución del pago en exceso o de lo no debido ya ha sido objeto de estudio por esta Corporación con una clara línea jurisprudencial sobre el tema, atendiendo lo dispuesto en el Decreto 1000 de 1997, ‘por el cual se reglamenta parcialmente el procedimiento de devoluciones y compensaciones y se dictan otras disposiciones’.

Si bien el artículo 850 del Estatuto Tributario establece que la DIAN, o la Administración Tributaria Territorial, se agrega, debe devolver los pagos en exceso o de lo no debido que hayan efectuado los contribuyentes por concepto de obligaciones tributarias y aduaneras, cualquiera que fuere el concepto del pago, ‘siguiendo el mismo procedimiento que se aplica para las devoluciones de los saldos a favor’, para la solicitud de devolución de estos saldos no se aplica el término de dos años que la ley tributaria especial señala para ese procedimiento.

Así, la jurisprudencia de esta Sección ha sido unánime en afirmar que si con la solicitud de devolución no se pretende establecer un mayor saldo a favor sino probar la inexistencia legal para realizar un pago, el trámite pertinente no es el previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario, que limitan la petición de devolución a dos años, sino que por expresa disposición de los artículos 112 y 213 del Decreto 1000 de 1997 las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso o de lo no debido deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, esto es, en el término de cinco años, contados a partir del pago efectivo.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de estas figuras en relación con el pago de aportes parafiscales el Consejo de Estado a través de la sentencia del 5 de mayo de 2016, Rad. 201000351, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, señaló lo siguiente:

“Para los anteriores efectos, es del caso advertir que tratándose de la devolución de pagos en exceso o de lo no debido originados en el cumplimiento de obligaciones fiscales correspondientes a tributos administrados por la DIAN o por las entidades territoriales, la petición puede presentarse dentro del plazo de prescripción de cinco años de la acción ejecutiva prevista en el artículo 2536 del Código Civil⁷, antes por disposición del Decreto 1000 de 1997, hoy del Decreto 2277 de 2012.

Para los efectos de la devolución de pagos en exceso o de lo no debido de aportes parafiscales no existe una regla especial, como existe para las obligaciones antes referidas. Ante ese vacío normativo, lo pertinente es que se aplique el término previsto en el artículo 2536 del Código Civil.

En un caso análogo al que ahora se estudia, la Sala interpretó el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979, que reglamentó las Leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979. Esta norma regula la posibilidad de que los mayores valores aportados al ICBF, por error, por patronos y entidades, se abonen a futuras causaciones. También prevé la posibilidad de que se reintegren los valores pagados en exceso. Sin embargo, para efectos del reintegro, no precisa el plazo en que hay que presentarse la solicitud.

La Sala precisó que el artículo 93 del Decreto 2388 de 1979 estableció un plazo de tres meses para que los patronos y entidades soliciten los abonos a futuras causaciones de los mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales; pero no estableció un plazo para pedir la devolución efectiva de tales valores.

Por lo tanto, en lo que respecta al plazo para pedir la devolución de los mayores valores pagados, la Sala concluyó que es pertinente aplicar el plazo de prescripción de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil¹⁰, 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.

En consecuencia, en esta oportunidad, se reitera que 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 en vigencia de la Ley 791 de 2002.

La Sala estima que es procedente la devolución de las sumas pagadas por la demandante por concepto de la contribución especial al ICBF respecto de las que no se hubiera consolidado una situación jurídica por cumplimiento del término de cinco años del artículo 2536 del Código Civil al momento de la solicitud.”

Es pertinente indicar que tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en la sentencia C-091 de 2018, *“la prescripción en general es una institución compatible con el ordenamiento constitucional colombiano, pero su configuración concreta, relativa a los plazos y las condiciones para su configuración y reconocimiento, es una materia de competencia del legislador”*

De acuerdo con lo anterior, los términos de prescripción fijados que no correspondan a los establecidos por la ley, deberán ser inaplicados. Así lo ha considerado el Consejo de Estado en sentencia del 4 de julio de 2019. Rad -2014-00152-02 (22788). Sección Cuarta. CP. Stella Jeannette Carvajal Basto:

“En relación con el término para pedir la devolución de pagos de lo no debido, la Sala advierte que en el párrafo del artículo 548 de la Ordenanza 053 de 2004, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, dicho plazo se regula así:

Artículo 548. DEVOLUCIÓN DE SALDOS A FAVOR. (...) Parágrafo. Los pagos en exceso o de lo no debido pueden ser objeto devolución o compensación, en este evento el término par su solicitud, será de dos (2) años, contados a partir del momento que se efectuaron tales pagos. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en materia tributaria nacional, la Sala ha precisado que comoquiera que la ley tributaria, que es especial, no señaló un término para que los contribuyentes soliciten la devolución de los pagos en exceso o de lo no debido, debe aplicarse la norma general de prescripción, esto es, el artículo 253619 del Código Civil, en concordancia con los artículos 1120 y 2121 del Decreto 1000 de 199722, que prevén un término de 5 años.

De acuerdo con lo anterior y frente a normativa local que regula términos menores para presentar la solicitud de devolución de pagos de lo no debido y/o en exceso, la Sala ha precisado que debe aplicarse el plazo previsto para la prescripción de la acción ejecutiva de que tratan los artículos 2535 y 2536 del Código Civil.

Con base en las precisiones que anteceden, debe inaplicarse el párrafo del artículo 548 de la Ordenanza 053 de 2004, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, por violación del artículo 2536 del Código Civil, lo cual se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

Esta posición ha sido reiterada en varias ocasiones por el Consejo de Estado, así en la sentencia del 13 de agosto de 2020, Rad 2012-00420-01(21358), Sección Cuarta, CP. Milton Chaves García, dispuso:

“hay lugar a inaplicar en el caso concreto el artículo 495 del Decreto Ordenanza 823 de 2003 debido a que contradice lo establecido en el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997, el cual ordena que el término para solicitar devoluciones y pagos

en exceso es el de prescripción de la acción ejecutiva de 5 años prevista en el artículo 2536 del Código Civil³.

El artículo 496 del Decreto Ordenanza 823 de 2003, establece lo siguiente:

'ARTÍCULO 496.- Término para solicitar y efectuar la devolución de pagos de lo no debido. Habrá lugar a la devolución o compensación de los pagos efectuados a favor del Departamento del Atlántico sin que exista causal legal para hacer exigible su cumplimiento, para lo cual deberá presentarse solicitud ante la Secretaría de Hacienda, dentro del término establecido en el artículo 495 del presente Estatuto.' (Subraya la Sala)

A su vez el artículo 495 de la misma norma dispone lo siguiente:

'ARTÍCULO 495.- Término para solicitar la devolución por pagos en exceso. Las solicitudes de devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de sesenta (60) días siguientes a la presentación de la declaración. Para el trámite de estas solicitudes, en los aspectos no regulados especialmente, se aplicará el mismo procedimiento establecido para la devolución de los saldos a favor liquidados en las declaraciones tributarias'

La Sala advierte, que se deben inaplicar las normas anotadas, por cuanto desconocen el término previsto en el Estatuto Tributario para solicitar devoluciones de pagos en exceso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 59 de la Ley 788 de 2002."

De acuerdo con lo anterior, ante la ausencia normativa sobre un término para solicitar la devolución de pagos en exceso o de lo no debido de aportes parafiscales se debe acudir al término establecido para el efecto para los tributos administrados por la DIAN o entidades territoriales, es decir, que lo pertinente es que se aplique el término previsto en el artículo 2536 del Código Civil, esto es 5 años.

3.2. Resolución 575 de 2016 del ICBF

En la Resolución 575 de 2016 se establecen los lineamientos para efectuar el control de la adecuada, completa y oportuna liquidación de las contribuciones parafiscales a favor del ICBF por parte de los aportantes y una adecuada colaboración interinstitucional con la UGPP.

³ La mencionada decisión fue tomada debido a que el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 establece lo siguiente: "Los departamentos y municipios aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario Nacional, para la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones, régimen sancionatorio incluida su imposición, a los impuestos por ellos administrados. [...]"

Las disposiciones de esta Resolución se aplican para culminar los trámites de fiscalización iniciados por el ICBF con anterioridad a la expedición de la Ley 1607 de 2012, para realizar el control de la adecuada, completa y oportuna liquidación y pago de las contribuciones parafiscales que le corresponden en los eventos surgidos con posterioridad a su vigencia o el traslado por competencia para la determinación a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Parafiscal UGPP, y para el cobro de los aportes ordinarios que se encuentren en mora.⁴

El artículo 15 de la mencionada Resolución dispone que *“para dar trámite a las reclamaciones de los aportantes por mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales del 3% con destino al ICBF, debe mediar solicitud escrita del aportante ante la Dirección Regional donde el aportante tenga el domicilio principal, esta debe contener el valor y el periodo solicitado en devolución, adjuntando los documentos solicitados en el art. 13 que permitan comprobar el mayor valor pagado, dentro del término de dos (2) años contados a partir del momento en que realizó el pago por mayor valor.”*

El ICBF a través del concepto No. 040 de 2018 de la Oficina Asesora Jurídica señaló en relación con el término para solicitar mayores valores pagados por concepto de aportes parafiscales que este *“es de dos (2) años contados a partir de la fecha en que se realice el pago en exceso o de lo debido. Lo anterior de acuerdo con el artículo 854 del Estatuto Tributario Nacional, en concordancia con el artículo 15 de la Resolución No.575 de 2016 del ICBF, y la sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 2011, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio Gamboa.”*⁵

4. Síntesis de lo expuesto y conclusiones

De acuerdo con el análisis planteado en precedencia, esta Oficina concluye lo siguiente:

El artículo 850 del Estatuto Tributario, abarca tres conceptos diferentes: (i) saldos a favor, (ii) pago en exceso y (iii) pago de lo no debido.

El mencionado artículo 850 establece que para la devolución y o compensación de estos últimos valores se seguirá el mismo procedimiento de los saldos a favor.

El artículo 854 del Estatuto Tributario señala que el término para la solicitud de devolución de impuestos deberá presentarse a más tardar dos años después de la fecha de vencimiento del término para declarar, es decir se refiere a los saldos a favor contenidos dentro de una declaración tributaria.

⁴ Artículo 2 Resolución 575 de 2016.

⁵ La sentencia de unificación referenciada dentro del concepto 40 de 2018 de la OAJ, hace alusión a que *“la vía procesal en lo contencioso administrativo para recabar un enriquecimiento incausado es la de la reparación directa porque mediante ésta se puede demandar la reparación del daño y esto es precisamente lo que padece quien se ve empobrecido si quien correlativamente se enriquece sin una causa que lo justifique. Corolario de lo anterior es que todo lo atinente a la competencia y a los términos de caducidad en los casos de enriquecimiento sin causa se rigen por los de la reparación directa porque esa pretensión se hace valer mediante esta acción.”*

El Decreto 2277 de 2012⁶, en su artículo 11 dispone que, respecto de la devolución de los pagos en exceso por concepto de obligaciones tributarias, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil, lo cual ha sido también reiterado por múltiple jurisprudencia del Consejo de Estado.

Teniendo en cuenta que para la devolución de mayores valores pagados o de pagos de lo no debido en el marco del recaudo de aportes parafiscales, no hay un término específico para dicha reclamación, se debe acudir a las normas sobre recaudo de tributos administrados por la DIAN, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado.

En ese sentido, cuando exista un saldo a favor por mayor valor pagado (pago en exceso) o por pago de lo no debido el término que tiene el contribuyente será el de la acción ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil, es decir 5 años y no el término de 2 años, pues este solo hace referencia al término de devolución de saldos a favor en el marco de una declaración tributaria.

Lo anterior implica que esta Oficina modifique y actualice la postura establecida en el concepto 040 de 2018, por cuanto la Resolución 575 de 2016 debe ser interpretada teniendo en cuenta las normas de superior jerarquía así como las bases jurisprudenciales establecidas por el órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa. Por tanto, la Oficina Asesora Jurídica le solicitará a la Dirección Financiera que se efectúe la modificación del artículo 15 del precepto normativo enunciado, para lo cual procederá a enviar una copia de este acto.

La presente respuesta tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con los establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

⁶ Derogó el Decreto 1000 de 1997