



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	08001-23-33-000-2014-00642-01 (25331)
Demandante	SERVIOLA S.A.
Demandado	DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Con el debido respeto por la decisión mayoritaria, salvo el voto en la sentencia del proceso en referencia, que negó las pretensiones de la demanda.

En este caso, la Sala estableció que *“no es procedente que la contribuyente, sin haber efectuado la correspondiente corrección de las declaraciones de ICA de los periodos 2006 a 2010, pretenda modificar su obligación tributaria a través de una solicitud de devolución de pago en exceso.”*

En mi criterio este caso debía ser abordado bajo la figura del pago de lo no debido, por las siguientes razones:

La demandante argumentó que, la sociedad es una empresa de servicios temporales que tiene reconocida su calidad de intermediaria y, conforme al criterio del Consejo de Estado plasmado en la sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente 18830, no es procedente tener como base gravable del impuesto el valor total de la factura ya que el costo laboral es un ingreso para terceros que no se encuentra gravado con el ICA y, por tanto, le corresponde a la Administración efectuar la devolución por pago de lo no debido para las vigencias 2006 a 2010.

La Sección¹ ha fijado como requisitos para la configuración del pago de lo no debido los siguientes: (i) que el pago haya sido realizado a favor de la entidad; (ii) con ausencia de causa legal para hacerlo; (iii) que obre error de hecho o de derecho de quien hizo el pago, y (iv) la ausencia de obligación que permita a la Administración retener lo pagado.

Para el caso concreto se observa que se configura un pago de lo no debido, dado que ese pago por parte de la contribuyente no tiene una causa legal, puesto que se originó en la determinación de una base gravable que no le correspondía,

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencias del 23 de junio de 2011, exp.17862 C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y del 27 de agosto de 2020, exp. 24549 C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez.



que según argumenta en su demanda, está conforme a la sentencia del 2 de mayo de 2013, expediente 18830, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, que anuló los conceptos 172, 195 y 198 de 1994 proferidos por el Distrito Capital.

Entonces, como el pago hecho al demandado no tiene causa legal, no le era exigible la corrección de su declaración, porque no se está ante un pago en exceso, ya que no se pretende establecer un menor valor del tributo.

En estos eventos estimo que el contribuyente tiene derecho a obtener la devolución de lo pagado, siempre que lo haga dentro del plazo previsto en los artículos 11 y 21 del Decreto 1000 de 1997, vigente para la época de la solicitud de devolución, que remite al término de prescripción de la acción ejecutiva dispuesto en el artículo 2536 del Código Civil, es decir 5 años a partir de la fecha de pago.

En dicho sentido, como lo consideró el Tribunal Administrativo del Atlántico, el demandante tenía derecho a la devolución de lo pretendido, excluyendo los pagos prescritos.

Atentamente,

(Firmado electrónicamente)

MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO
Magistrada