REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, doce (12) de febrero dos mil dieciséis (2016).

ACCIÓN	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICACIÓN	**13-001-33-33-008-2013-00194-00**
DEMANDANTE	**JUAN CARLOS CABARCAS MUÑIZ**
DEMANDADO	**PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN**

PRONUNCIAMIENTO

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por **JUAN CARLOS CABARCAS MUÑIZ** a través de apoderado judicial, contra la **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN.**

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIÓNES

a) la nulidad del acto administrativo complejo contenido en el Oficio No. S.G. No. 5180 de fecha 26 de diciembre de 2012, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación, negó el reconocimiento del derecho tributario de exención al demandante, a partir del 8 de julio de 2004 y hasta la actualidad o hasta que permanezca en el cargo de Procurador Judicial II.

b) La nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 106242437-1019 de 10 de diciembre de 2012, suscrito por el Jefe División de Gestión de Recaudo y Cobranza de la DIAN Cartagena, en cuanto negó la petición de reconocimiento y cancelación de la exención tributaria establecida en el artículo 206 numeral 7o del Estatuto Tributario y la indexación respectiva.

c) La nulidad del acto ficto que se constituyó como consecuencia de la no respuesta a la petición de fecha 22 de noviembre de 2012, en cuanto a que el oficio 106242437-1019 de 10 de diciembre de 2012, no resolvió el numeral segundo de las pretensiones referidas al reconocimiento y cancelación de la exención tributaria.

d) A título de restablecimiento del derecho, solicita que se reintegren los valores retenidos en indebida forma, debidamente indexados, en aplicación del beneficio de exención tributaria consagrado en el artículo 206 numeral 7o del Estatuto Tributario, en idéntica forma como se le está aplicando para dicho

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

periodo (8 de julio de 2004 hasta la actualidad), a los Magistrados de Tribunales y Consejos Seccionales, es decir, le sea considerado como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al 50% de su salario, inaplicando entonces el Decreto 610 de 1998 y la Ley 4a de 1994, norma que contempla la creación de la bonificación de gestión judicial y/o bonificación por compensación y la prima especial de servicios salarial, asignaciones que la Procuraduría General de la Nación no consideró para tener en cuenta el 50% como gastos de representación.

HECHOS

-El demandante presta sus servicios en la Procuraduría General de la Nación como Procurador Judicial II (código 3PG-EC), desde el 8 de julio de 2004, siendo delegado ante los Tribunales de conformidad con lo previsto en el Decreto 262 de 2000.

-Radicó ante la Procuraduría General de la Nación, petición con fecha de recibido 22 de noviembre de 2012, en la cual solicitó reconocer el beneficio de exención tributaria previsto en el artículo 206 numeral 7o del Estatuto Tributario, a partir del 8 de julio de 2004 y hasta la actualidad.

-La Procuraduría General de la Nación, da respuesta a dicha petición mediante oficio S.G. No. 5180 de fecha 26 de diciembre de 2012, respuesta que se complementó mediante oficio SIAF 440724-13 de 11 de abril de 2013, negando lo solicitado.

- Contra dichos actos el actor no elevó recurso de reposición, quedando ejecutoriados el 16 de enero de 2013.

-El 22 de noviembre de 2012, solicitó a la DIAN que reconociera el derecho constitucional y legal de exención, en su condición de Procurador Judicial Grado II.

- Mediante Oficio 106242437-1019 de 10 de diciembre de 2012, notificado el 14 del mismo mes y año, la DIAN dio respuesta parcial a la petición que le fue elevad, de forma negativa y dándole traslado a la División Jurídica para que resolviera lo de su competencia.

NORMATIVIDAD VIOLADA y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Los fundamentos de derecho que a continuación se expresan y explican están dirigidos a demostrar que el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, es el aplicable a la situación de mí Representado, de manera que las demandas, al pretender aplicar sin miramientos los actos administrativos demandados, vulneran las siguientes normas de orden constitucional y legal:

1. Articulo 280 Constitución Política:

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

"Los agentes del ministerio Publico tendrán la mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía, ante quienes ejerzan el cargo"

Concepto de la Violación: Al no haber reconocido como gasto de representación exento del tributo (renta de trabajo), el 50% del salario mensual percibido por mi poderdante, en el periodo comprendido entre 8 de Julio de 2004 hasta la actualidad o hasta permanezca en el cargo como Procurador Judicial, establecido en el Estatuto Tributario, articulo 206, numeral 7, las demandadas desconocen el articulo 280 superior, que equipara a los Agentes del Ministerio Publico-Procuradores Judiciales con los Magistrados de los Tribunales y de los Consejos Seccionales de la Judicatura ante quienes son delegados, porque las exenciones tributarias se incorporan al régimen salarial de sus beneficiarios y además porque mi prohijado tuvo las mismas calidades, régimen salarial y prestacional, prerrogativas, responsabilidades e inhabilidades de dichos Magistrados.

Ratifica mi posición anteriormente esbozada, lo dicho por la Honorable Corte Constitucional, en sentencia C-748 del 20 de octubre de 2009, M.P Rodrigo Escobar, cuando afirma que, excluir funcionarios de la rama judicial y del Ministerio Publico, con calidades de Magistrados de Tribunales, en la exención del tributo del 50% de los gastos de representación, es transgredir los principios constitucionales de igualdad y equidad tributaria, por tanto, extiende la exención a todos aquellos con similares calidades, régimen salarial y prestacional, prerrogativas, responsabilidades e inhabilidades de dichos Magistrados de tribunal superior del distrito judicial, en cuyo caso se encontró mi representado, según se acredita con la documentación que se aporta y la que necesariamente reposa en la división de recursos humanos y en el grupo de nómina de la Procuraduría General de La Nación, y sentencia C-647 de 2010, proferida dentro del expediente D-8018, al aclarar que cuando la norma se refiere a FISCALES, está haciendo referencia a los Procuradores Delegados y Agentes del Ministerio Público, en consecuencia, existe claridad meridiana referente a que ellos también los cobija la exención tributaria de que trata el articulo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario.

Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), Artículo 206, numeral 7:

"RENTAS DE TRABAJO EXENTAS. Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria, con excepción de los siguientes:

7. En el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario. Para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco (25%) sobre su salario"

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Concepto de la violación: la demandada Procuraduría General de la Nación, viola flagrantemente el Estatuto Tributario en la parte pertinente, cuando en su acto administrativo que se demanda, afirma que la Bonificación por Gestión Judicial y la prima especial de servicios salarial no se consideran para gastos de representación por no ser salario, es decir, el 50% de estos conceptos, no se tienen en cuenta como gastos de representación. Ello abiertamente en contravía cuando el estatuto ordena que la exención alcance un porcentaje al 50% de su salario, olvidando la Procuraduría General de la Nación que, dichos conceptos son factor salarial y que a los Magistrados de Tribunales y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, los mismos se les tiene en consideración para la aplicación de la exención.

Además la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado favorablemente en cuanto dicha exención tributaria y por medio de la sentencia C-250 de 2003, declaró su exequibilidad, al respecto se cita:

En cuanto a la exención tributaria consagrada en el inciso tercero del artículo 206 del Estatuto Tributario, a favor de los Magistrados del Tribunal, la Corte se pronunció en la Sentencia C-250/03, en la que encontró que dicho beneficio Tributario se ajustaba a la Carta Política y no transgredía los principios de igualdad y equidad tributaria, en atención a la condición del empleo en cuanto a la dignidad del cargo, las responsabilidades que comporta y la autoridad que le corresponde. Es decir que la norma censurada atiende al principio de igualdad vertical, en la medida que los gastos de representación se reservan para los más altos funcionarios del estado, en una escala creciente a medida que se asciende en la jerarquía pública, de manera que resultan razonables y proporcionados. No ocurre lo mismo respecto de los contribuyentes que se encuentran en la misma situación formal que la de los dos destinatarios de la forma que establece la exención tributaria.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

Es de anotar que la Procuraduría, para efectos del cálculo de la retención en la fuente del sueldo mensual que devenga un Procurador Judicial II, siempre le ha tenido en cuenta los gastos de representación devengados por ellos, como renta exenta, es decir, que no son tenidos en cuenta para cuando se calcula la retención en la fuente mensual, cuyo monto ya viene establecido en los correspondientes decretos salariales que expide el Gobierno Nacional anualmente, para los servidores de esta Entidad.

"Sobre este tema la DIAN se ha pronunciado anteriormente, mediante el concepto Tributario No. 015484 del 16 de marzo de 2005, en el que concluye que las Bonificaciones por compensación y de Gestión Judicial no forman parte del salario, para efectos de la exención consagrada en el inciso 3 del numeral 7o del artículo 206 del Estatuto Tributario.

"Asimismo, en el caso hipotético de que se debe realizar la devolución por pago en exceso o de lo no debido, el decreto 1189 de 1998 en su artículo 6

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

establece, que para realizar dicha devolución el retenido deberá hacer una constancia de que tal retención no ha sido ni será imputada en la respectiva declaración de renta, igualmente se deberá anular los certificados que se emitieron en su debido momento.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que para los años 2000 al 2009, los Procuradores Judiciales II, posiblemente estaban obligados a presentar declaración de renta y Complementarios en razón al monto de sus ingresos laborales, se requiere la constancia de la no aplicación de las retenciones practicadas en exceso para dichos años y así proceder dar aviso a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN.

Finalmente, de conformidad con el Concepto DIAN No. 083456 de Septiembre 12 de 2001, determina que no se pueden tomar como salario, las primas adicionales que se reciban que aunque permanentes, no configuran salario, por cuanto se estaría contraviniendo lo dispuesto en las normas legales sobre el tema.

Asimismo resalta que el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario no adopta la frase "ingresos laborales" para la determinación de la cuantía exenta de los gastos de representación, sino que la referencia está claramente establecida para que sea frente a "salarios".

Concluyendo que el porcentaje de los gastos de representación, para efectos de la exención, señalada en el numeral 7 del artículo 206 citado se debe calcular sobre el valor total que por concepto de salario se perciba, de conformidad con lo establecido en la ley 4a de 1992 en el caso de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales a los cuales se refiere la disposición."

Además, la prima especial, según lo previsto en el artículo 14 de la Ley 4a de 1992 y en los respectivos decretos salariales anuales, no tiene carácter salarial para ningún efecto legal.

Por su parte, la bonificación por compensación, que han percibido o perciben algunos Procuradores Judiciales II en cumplimiento de decisiones judiciales, es aquella que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales iguala los ingresos del beneficiario, a partir del año 2001 al ochenta por ciento (80%), de lo que por todo concepto hayan percibido los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, como lo norma el Decreto 610 de 1998; mientras que, la bonificación de gestión judicial era aquella que, sumada a la asignación básica y demás ingresos laborales percibidos por el Procurador Judicial II, igualaba sus ingresos al setenta por ciento (70%) de lo que por todo concepto devengaban los Magistrados de Altas Cortes durante el año como lo regulaba el Decreto 4040 de 2004.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Estas bonificaciones, según lo previsto en los artículos 1o del Decreto 610 de 1998 y 1o del Decreto 4040 de 2004, solamente constituyen factor de salario para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes.

Sin embargo tal conclusión es claramente equivocada, pues de una lectura atenta y completa de las mismas normas que invoca el actor, indican que su sentido es completamente diferente. En efecto, el Decreto 610 de 1998 en su primer artículo dice:

"...La bonificación por compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, en los mismos términos de la prima especial de servicios de los magistrados de las altas cortes - (Destaca la Sala) La argumentación del actor está fincada en este texto, pero suprimiendo el adverbio de modo sólo, con lo cual cambia sustancialmente el sentido de la frase. En efecto, al suprimir el adverbio, lógicamente la restricción del concepto de que constituye factor salarial, se extiende a todos los efectos laborales, lo cual, precisamente, fue lo que el legislador quiso limitar claramente al darle efectos salariales únicamente para determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobreviviente, cuando antepuso en la frase el adverbio sólo. A su turno, el decreto 4040 de 2004 después de crear en el primer inciso del artículo primero la "bonificación de gestión judicial" dispuso en el inciso cuarto el mismo sentido, y para guardar coherencia con el factor pensional integró la misma bonificación al ingreso base de cotización y liquidación para pensiones, así: Si se suprime de esta norma el adverbio solo, como lo hace el demandante, el sentido es completamente diferente, pues en lugar de la restricción o limitación que enseña el mencionado adverbio, los efectos se extenderían en todos los sentidos, caso en el cual el actor tendría razón en su pretensión. Como toda la argumentación restante está construida sobre la misma idea de carácter salarial de las bonificaciones, atribuidas en esa forma equivocada, resultan también equivocadas y por ello no hay necesidad de más lubricaciones. En consecuencia. No siendo admisible los argumentos del actor para respaldar su petición de declaratoria de ilegalidad del Concepto, la Sala habrá de negar la súplica de la demanda (...)"

Es decir que, para los efectos que interesan a la presente respuesta, se concluye que la bonificación por compensación o la bonificación de gestión judicial, según el caso, así como la prima especial, dado que no tienen carácter salarial por virtud de las mismas normas que las regulan, no hacen parte del cómputo de los gastos de representación exentos en los términos del inciso tercero del artículo 7o (sic) del artículo 206 del Estatuto Tributario, en cuyo caso la determinación de la parte del salario exenta se debe realizar sobre los restantes haberes percibidos por el Procurador Judicial, es decir, la asignación básica y los gastos de representación.

Además presento las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y PRESCRIPCION.

REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ORAL ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

DEMANDADO DIAN:

DE LOS DESCUENTOS POR CONCEPTO DE RETENCIÓN EN LA FUENTE

La retención en la fuente no es un impuesto, sino que es el simple cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el impuesto de renta, a las ventas o de industria y comercio.

La retención en la fuente por ser un pago anticipado de un impuesto, ésta se puede descontar en la respectiva declaración, ya sea de IVA, de Renta o La retención en la fuente comprende elementos como el sujeto pasivo, que es la persona a la que se le debe retener, el agente de retención que es la persona obligada a practicar la retención, el concepto de retención que es el hecho económico que se realiza y está sometido a retención, la tarifa que es el porcentaje que se aplica a la base de retención, y la base de retención es el valor o monto sujeto a retención.

Tenemos que el actor solicita la restitución de las sumas de dinero que le fueron descontadas por retención en la fuente por parte del ISS, valores éstos que ascienden a la suma de $8.024.387, tal como lo acredita la certificación de folios 102 a 105.

De conformidad con lo previsto en el Estatuto Tributario, el Instituto de Seguros Sociales actúa como un agente de retención o percepción (artículo 368 Ib ídem, modificado por el artículo 115 de la Ley 488 de 1998), y por tanto, es el encargado de efectuar la retención cuando intervenga en actos u operaciones que por expresa disposición legal, deba realizar la precepción del tributo correspondiente (artículo 375 Ibídem), so pena de ser solidariamente responsable con el contribuyente por la suma a la que estaba obligado a percibir (artículo 370 Ibídem), además de ello puede ser sujeto de sanciones o multas por el incumplimiento de sus deberes, las cuales son de un exclusiva responsabilidad.

Una vez efectuada la retención, el ISS en su calidad de agente, debe consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señala el Gobierno Nacional (artículo 376 Ibídem).

Ahora bien, cuando se ha practicado una retención en forma indebida (sin que hubiere lugar a retención) o en exceso (habiendo lugar a la retención se retuvo por un monto superior), el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988 señala el procedimiento para reintegrar dichos valores. En efecto dice la citada norma: "Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y conservarlo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquel en el cual se efectuó la retención, el solicitante deberá, además manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente"

Respecto al término para solicitar la devolución, el artículo 11 del Decreto 1000 de 1997 dispone: "Las solicitudes devolución o compensación por pagos en exceso, deberán presentarse dentro del término de prescripción de la acción ejecutiva, establecido en el artículo 2536 del Código Civil".

A su vez el artículo 2536 del Código Civil establece: "La acción ejecutiva prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez".

De lo anotado se infiere, en el presente caso, es el ISS, el llamado a efectuar al actor el reintegro de las retenciones efectuadas indebidamente o en exceso, pues tal como lo prevé el procedimiento señalado en el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988, en tales eventos se radica en cabeza del agente retenedor la posibilidad de obtener la devolución de tales descuentos." (...) "RESUELVE:" (...) "3 DECLARARSE INHIBIDO para pronunciar el decisión de fondo, por carecer de competencia para decidir la controversia planteada respecto de la demandada DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, tal como se dejó esbozado en la parte motiva de esta providencia. "

Por todo lo anterior, se reitera tal y como ha quedado demostrado la DIAN no ha tenido ningún vínculo legal, civil, reglamentario o de cualquier otra índole con el demandante; en consecuencia solicitamos respetuosamente a su Despacho Señor Juez, declararse inhibido para pronunciarse con respecto a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por lo ya expuesto.

DE LAS PRUEBAS

- Reclamación Administrativa – Derecho de Petición radicado en la Procuraduría General de la Nación 22 de Noviembre del 2012.

- Respuesta al derecho de petición, referido en el numeral anterior, mediante oficio S.G. No.5180 calendado Bogotá 26 de Diciembre del

2012, suscrito por la Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación doctora María Juliana Albán Duran, en 9 folios.

- Copia de la Notificación por parte de la Procuraduría General de la Nación fechada el día 28 de Diciembre del 2012.

- Reclamación Administrativa – Derecho de Petición radicado en la DIAN el día 22 de Noviembre del 2012.

- Respuesta parcial al derecho de petición, referido en el numeral anterior, oficio 106242437-1019, de fecha Cartagena 10 de Diciembre de 2012, suscrito por la Directora Seccional de Impuestos y Aduanas de Cartagena, doctora LUZ ELENA PADILLA BARRIOS.

- Oficio SIAF: 440724-13 del 11 de abril del 2013, notificado el día 12 Abril del 2013, mediante la cual se Complementa sucesivamente la respuesta contenida en el oficio No 5180 del 26 de Diciembre del 2012 l.

- Oficio DEAJRH10-001357, del 11 de marzo de 2010, suscrito por el Director Administrativo de la División de Asuntos Laborales de la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, del consejo superior de la judicatura.

- Respuesta a derecho de petición, calendada 16 de febrero de 2011, expedida por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial, del consejo superior de la judicatura, Seccional Armenia.

III. ALEGATOS

DEMANDANTE: se abstuvo de emitir concepto.

DEMANDADO: manifiesta que adelantado el estudio detallado de la demanda, así como también del acopio probatorio aportado durante el trámite del presente proceso, encuentra la Procuraduría General de la Nación que las súplicas invocadas por el accionante deben ser DENEGADAS en su integridad, toda vez que a la luz del acervo probatorio no existen elementos de juicio para endilgar a la entidad la responsabilidad que le achaca el demandante.

Seguidamente reitera los argumentos de la contestación de la demanda.

MINISTERIO PUBLICO: solicita que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 16 de mayo del año 2013 y asignada a esta Casa Judicial. Por auto del 21 de mayo de la misma anualidad, se remite por competencia al tribunal administrativo de Bolívar, en donde se surte la etapa de

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

admisión, notificación, periodo probatorio, alegatos y encontrándose el proceso para sentencia; efectúan control de legalidad y lo remiten por competencia a este Despacho.

Por auto del 12 de junio de 2015, se obedece y cumple lo resuelto por el superior y se pasa al despacho para sentencia.

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

CUESTIONES PREVIAS: se presentaron las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y PRESCRIPCION pero como quiera que las excepciones presentadas competen al desarrollo del debate jurídico de fondo, se resolverá al momento de definir las pretensiones deprecadas.

PROBLEMA JURIDICO:

El problema jurídico a resolver en este proceso se centra en determinar si ¿le asiste derecho al demandante a la aplicación del beneficio de exención tributaría previsto en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, para el período comprendido entre el 8 de julio de 2004 y hasta la fecha en que permanezca en el cargo de Procurador Judicial II?

TESIS DEL DESPACHO

De conformidad con el artículo 280 de la Constitución Nacional, los agentes del Ministerio Publico tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo, no existe razón suficiente que justifique el trato desigual entre iguales, como son los Magistrados de Tribunales y los Procuradores Judiciales que ejerzan ante estos.

Teniendo que la bonificación por gestión judicial, como los gastos de representación y la prima especial, hace parte del salario que percibe la demandante como Procuradora Judicial II, en el entendido que tal y como lo ha definido el H. Consejo de Estado, los mismos son percibidos por ésta de manera habitual como contraprestación directa de su servicio.

De igual forma es menester advertir que pese a que a la fecha el Decreto 610 de 1998, goza de plenos efectos jurídicos y éste de igual forma establece que la Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, este Decreto no puede aplicarse e interpretarse de manera aislada, sesgada y desfavorable al trabajador, en el sentido que si la misma es recibida de manera habitual y no en forma ocasional y por mera liberalidad del empleador, debe entenderse que es

salario y, en tal virtud, ha de tenerse en cuenta a efectos de la aplicación de la exención tributaria prevista en numeral 7 del artículo 206 del E.T.

En consecuencia se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados, mediante el cual, la Procuraduría General De La Nación negó al poderdante, el reconocimiento del derecho tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

ANALISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

La exención tributaria prevista en el artículo 206 Numeral 7 del Estatuto Tributario y sus beneficiarios

La H. Corte Constitucional, mediante la sentencia Cm – 748 del 20 de octubre de 2009, ha entendido la exención tributaria de la siguiente forma:

> "Las exenciones tributarias son medidas legislativas a través de las cuales se impide el nacimiento de una obligación tributaria en relación con determinados sujetos o se disminuye la cuantía de la misma, por consideraciones de política fiscal. Debe atender a los principios de generalidad y homogeneidad, **y se identifican por su carácter taxativo, limitativo, inequívoco, personal e intransferible**, de manera que sólo operan a favor de los sujetos pasivos que se subsuman en las hipótesis previstas en la ley. En relación con los propósitos que persigue el Estado al implementar beneficios de naturaleza fiscal, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la exención tributaria no es un fin para el Estado ni para el sujeto pasivo de la obligación fiscal, sino que se trata de un instrumento de estímulo tributario que puede estar orientado hacia diferentes propósitos tales como (i) la recuperación y desarrollo de áreas geográficas deprimidas por desastres naturales o provocados por el hombre, (ii) el fortalecimiento patrimonial de las empresas que ofrecen bienes o servicios de gran sensibilidad social, (iii) el incremento de la inversión en sectores vinculados a la generación de empleo masivo, (iv) la protección de ciertos ingresos laborales y de las prestaciones de la seguridad social, así como (v) una mejor redistribución de la renta global." (Subrayas y negrillas de la Sala)

De conformidad con lo anterior, se tiene entonces que las exenciones tributarias, son aquellas excepciones determinadas en la ley en favor de determinados contribuyentes debido a su condición especial, a los cuales se les libera de la exigencia de pagar un determinado impuesto, contribución, tasa o tributo.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

En tal sentido, el Decreto 624 de 1989, "Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales", señala:

> "ARTÍCULO 206. RENTAS DE TRABAJO EXENTAS. Están gravados con el impuesto sobre la renta y complementarios la totalidad de los pagos o abonos en cuenta provenientes de la relación laboral o legal y reglamentaria, con excepción de los siguientes: (...)
>
> 7. En el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario. Para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco por ciento (25%) sobre su salario (...)"

Así entonces debe indicarse que de conformidad con la literalidad de la norma transcrita, la exención opera frente al 50% del "SALARIO" de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, dejando por fuera a otros funcionarios que fungen como Magistrados o que cumplen funciones respecto de las cuales la misma Constitución, como en el caso del Ministerio Público, equiparó su categoría, remuneración, derechos y prestaciones labores con las de los Magistrados y Jueces de la República. Ante dicha regulación, en principio contraria a los postulados constitucionales, se hizo necesario el pronunciamiento de la Corte Constitucional, Corporación que, a través de sentencias de constitucionalidad o de tutela, ha dado mayor claridad en el asunto.

En la sentencia C- 748 de 2009, la Corte Constitucional indicó:

> "(...) El Estatuto Tributario está contenido en el Decreto 624 de 1989, norma en la que el Gobierno Nacional recopiló los distintos preceptos en materia impositiva. Para el caso puntual del inciso acusado, la fuente original compilada por el Estatuto es el artículo 35-7 de la Ley 75 de 1986. Por ende, se está ante normas que fueron proferidas antes de la entrada en vigencia de la actual Constitución Política. Esta distinción es importante, puesto que la creación de la Fiscalía General de la Nación se deriva de la Carta Política de 1991, lo que necesariamente incide en el significado de la expresión "fiscales" contenida en la norma acusada (...) los fiscales a los que refiere el precepto demandado no son otros que los procuradores delgados y agentes del Ministerio Público que concurren en los trámites judiciales, previstos en su momento por la Ley 25 de 1974 (...)"[1]

Posteriormente, en la sentencia C-647 del 2010 señaló:

[1] Corte Constitucional. Sentencia C-647 del 24 de agosto de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Exp. No. D-8018.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

> "La Corte constató que el demandante parte de un supuesto equivocado, por cuanto los fiscales a que alude el numeral acusado no son los pertenecientes a la Fiscalía General de la Nación, como quiera que la disposición que se cuestiona forma parte del Estatuto Tributario expedido mediante el Decreto 624 de 1989, época para la cual no existía aún la Fiscalía General de la Nación creada por la Constitución de 1991. La norma acusada se refiere a los procuradores delegados y agentes del Ministerio Público, pertenecientes a la Procuraduría General de la Nación, que intervenían y actuaban ante los despachos judiciales dentro de procesos en los que debían emitir concepto, funcionarios que se denominaban fiscales. A su vez, los funcionarios judiciales que cumplían las funciones de instrucción en los procesos penales tenían la categoría de jueces de instrucción criminal, habida cuenta que entonces regía un sistema procesal penal inquisitivo, no de tendencia acusatoria como el vigente".

De manera que, como lo determina la Corte Constitucional, la denominación "Fiscales" a que alude la norma citada, dado que fue expedida con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991, hace referencia a los funcionarios del Ministerio Público, pues para la época no existía la Fiscalía General de la Nación y, en consecuencia, era imposible que a sus funcionarios pudiera concedérseles la exención.

Ello encuentra además respaldo en lo dispuesto en el artículo 280 de la Constitución Nacional que señala:

> "Los agentes del Ministerio Publico tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo".

Así las cosas, la Constitución Política equipara las calidades y remuneración de los agentes del Ministerio Público con los de los Jueces y Magistrados ante quienes ejercen su cargo.

De conformidad con lo señalado y atendiendo a que el artículo 206 numeral 7 del estatuto tributario, señaló como expresamente cobijados con la exención a los Fiscales, respecto de los cuales la Corte Constitucional en sentencia C-647 de 2010 interpretó que correspondía a los Procuradores Judiciales y demás funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, el Despacho entiende que en efecto, dicha norma se hizo extensiva a estos funcionarios porque así lo estableció el legislador y lo interpretó la jurisprudencia constitucional, dejando en claro que la misma se aplica a los factores que constituyen salario, previamente definidos como tal por la ley.

Ahora bien, retomando el contenido normativo respecto de la exención aplicable al 50% del salario, el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario señala que:

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

> "7. En el caso de los Magistrados de los Tribunales y de sus Fiscales, **se considerará como gastos de representación exentos un porcentaje equivalente al cincuenta por ciento (50%) de su salario**. Para los Jueces de la República el porcentaje exento será del veinticinco por ciento (25%) sobre su salario." (Se destaca).

La situación anterior fue estudiada por la Corte Constitucional en la sentencia C-250 de 2003, concluyendo que la disposición acusada no resultaba contraria al principio de igualdad, ni establecía un beneficio desproporcionado para sus destinatarios, ya que, el juicio de igualdad que se proponía en la demanda entre jueces y magistrados partía de realidades diversas, toda vez que estos funcionarios se encuentran en situaciones disímiles respecto de los niveles de autoridad, responsabilidad y dignidad que comporta el empleo, alrededor de las cuales se fija el beneficio tributario, el cual debe atender a una escala creciente a medida que se ascienda en la jerarquía de la función pública.

En la misma sentencia, la Corte Constitucional definió los gastos de representación como:

> "(...) emolumentos que se reconocen por el desempeño de excepcionales empleos, cuyo ejercicio puede exigir un género de vida que implique mayores gastos en relación con los que demanda el ejercicio común de los cargos oficiales (...)"

Nótese entonces que el elemento diferenciador lo constituye el ingreso de los funcionarios y las connotaciones legales que se les da a éstos, es decir, que la Litis en el presente asunto, se contrae a analizar qué constituye salario para efectos de los beneficios de la exención tributaria.

Establecidos los límites legales y jurisprudenciales en que ha de soportarse la decisión, a continuación se procede a resolver el asunto de manera particular.

CASO CONCRETO.

De conformidad con las pruebas debidamente decretadas y allegadas al proceso, se encuentra probado, que el señor JUAN CARLOS CABARCAS MUÑIZ, presta sus servicios a la Procuraduría General de la Nación, desde 8 de julio de 2004, Procuradora Judicial II, aplicándole retención en la fuente a los salarios que devengó.

Se observa, además, según las respuestas dadas al demandante, que el demandante presentó petición ante la Procuraduría General de la Nación (folios 20-28) y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –Dian–, (folio 33) ambas del diciembre de 2012, con el fin de que se le reconociera el derecho constitucional y legal de la exención tributaria consagrada en el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario. Las cuales le fueron negadas, y en el caso de la Procuraduría General de la Nación, lo hizo mediante Oficio SG No. 5180 de 2012, le fue negado. En su respuesta la Procuraduría señala:

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

La remuneración mensual de los Procuradores Judiciales II se compone de los siguientes haberes:

- Asignación básica.
- Gastos de representación.
- Prima especial.
- Bonificación judicial (por compensación o de gestión judicial (dada la declaratoria de nulidad del Decreto 4040 de 2004, la bonificación de gestión judicial desapareció del ordenamiento jurídico, aun cuando se pagó de manera regular hasta el 26 de enero de 2012)

(...)

Es decir que, para ***los efectos que interesan a la presente respuesta, se concluye que la bonificación por compensación o la bonificación de gestión judicial, según el caso, así como la prima especial, dado que no tienen carácter salarial por virtud de las mismas normas que las regulan, no hacen parte del cómputo de los gastos de representación exentos en los términos del inciso tercero del artículo 7° del artículo 206 del Estatuto Tributario***, en cuyo caso la determinación de la parte del salario exenta se debe realizar sobre las restantes haberes percibidos por el Procurador Judicial, es decir, la asignación básica y los gastos de representación. Subrayado del Despacho.

Así entonces, nótese pues cómo la Procuraduría General de la Nación acepta que los Procuradores Judiciales son beneficiarios de la exención tributaria consagrada en el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario, por lo que la controversia surge por la inadecuada definición, por parte del agente retenedor, de los valores que, según indica la parte demandante, se tuvieron en cuenta para liquidar la retención en la fuente.

Encuentra entonces esta judicatura que conforme lo ha precisado la Corte Constitucional en sentencias C-748 de 2009 y C- 647 del 2010 la exención tributaria de que trata el numeral 7 del artículo 206 del Estatuto Tributario, le es aplicable a los procuradores judiciales, por lo que se tiene que el señor JORGE JUAN CARLOS CABARCAS MUÑIZ de la referida exención; por lo que corresponde determinar si la Prima especial y la bonificación por compensación y/o gestión judicial, deben ser tenidas como "SALARIO" para efectos de aplicar a estos dos conceptos el beneficio de exención tributaria.

En primera lugar debe dejarse claro que en desarrollo de la Ley 4ª de 1992, el Presidente de la República dictó el Decreto 610 de 1998, que en el inciso final del artículo 1, dispuso:

"Créase, para los funcionarios enunciados en el artículo 2o del presente decreto, una Bonificación por Compensación, con carácter permanente, que sumada a la prima especial de servicios y a los demás ingresos laborales actuales iguale al sesenta por ciento (60%) de los ingresos

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

laborales que por todo concepto perciben los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

La Bonificación por Compensación sólo constituirá salario, para efectos de determinar la pensión de vejez, invalidez y sobreviviente en los mismos términos de la prima especial de servicios de los Magistrados de las Altas Cortes.

Luego de un proceso de concertación, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4040 del 3 de diciembre de 2004, el cual creó en el primer inciso del artículo primero la "bonificación de gestión judicial" y dispuso en el inciso cuarto:

"La bonificación de gestión judicial, pagadera mensualmente, solo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral del ingreso base de liquidación...."

En el último inciso del artículo 4° el Decreto ibídem, dispuso que:

"(...) La bonificación por compensación, pagadera mensualmente, sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y hará parte integral en su totalidad del ingreso base de liquidación debiendo cotizarse mensualmente sobre lo devengado (...)"

Es menester indicar que pese a que el mencionado Decreto 4040 de 2004, dispuso que la bonificación por compensación solo constituía factor salarial para efectos de determinar la pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, el H. Consejo de Estado lo declaró nulo, y en el estudio que realizó para llegar a tal decisión, dejó establecido que la bonificación por compensación judicial es salario. Así lo dijo:

"Para la Sala, la bonificación por compensación es salario, por lo tanto no puede ser válida una transacción sobre ella, pues, está prohibida por la Constitución, y por ello, con la susodicha transacción, se desatendió que conforme al texto del decreto 610 de 1998, a partir del primero (1º) de enero de 2001, la remuneración para los demandante en su condición de Magistrados, era el equivalente al ochenta por ciento (80%) de la totalidad de lo percibido como salario por todo concepto por los Magistrados de las Altas Cortes, no pudiendo ser objeto de ese negocio, porque se trataba de un verdadero derecho adquirido.

Se reitera, que como la bonificación por compensación es salario, por ello, el decreto 4040 de 2004, y la transacción que devino por éste desconocieron normas Supralegales como los Convenios 95 y 100 de la OIT, sobre la protección del salario"

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Ahora, el mismo H. Consejo de Estado ha venido, de manera reiterada, precisando el contenido del concepto de salario, recordando que tienen tal calificación todos aquellos valores percibidos como remuneración a la labor desempeñada por el trabajador, así:

> "... El salario '... aparece (...) como la remuneración social más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión que hace de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador...'. En efecto, según el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo (subrogado por el artículo 14 de la ley 50 de 1990) "constituye salario no sólo la remuneración fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras.."[2]

Por lo anterior, no cabe duda para esta Judicatura que tanto la bonificación Por gestión judicial, como los gastos de representación y la prima especial, hace parte del salario que percibe la demandante como Procuradora Judicial II, en el entendido que tal y como lo ha definido el H. Consejo de Estado, los mismos son percibidos por ésta de manera habitual como contraprestación directa de su servicio.

De igual forma es menester advertir que pese a que a la fecha el Decreto 610 de 1998, goza de plenos efectos jurídicos y éste de igual forma establece que la Bonificación por Compensación sólo constituirá factor salarial para efectos de determinar las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, este Decreto no puede aplicarse e interpretarse de manera aislada, sesgada y desfavorable al trabajador, en el sentido que si la misma es recibida de manera habitual y no en forma ocasional y por mera liberalidad del empleador, debe entenderse que es salario y, en tal virtud, ha de tenerse en cuenta a efectos de la aplicación de la exención tributaria prevista en numeral 7 del artículo 206 del E.T.

Por lo anterior y teniendo en cuenta que, tal y como quedó establecido, de conformidad con el artículo 280 de la Constitución Nacional, los agentes del Ministerio Publico tendrán las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo, no existe razón suficiente que justifique el trato desigual entre iguales, como son los Magistrados de Tribunales y los Procuradores Judiciales que ejerzan ante estos.

Prescripción:

Con relación al término de prescripción que se debe aplicar cuando se solicita por los contribuyentes la devolución de pagos en exceso por la inexistencia de la obligación, el H. Consejo de Estado ha establecido:

[2] [3]Sección Segunda, subsección A. 06 de diciembre de 2006. Rad: 2002-01715 (5639).

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

"DEVOLUCION DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO – Término para solicitarla. Si con la solicitud de devolución se pretende probar la inexistencia de la obligación legal de efectuar un pago y no establecer un mayor saldo a favor no se aplica el plazo de 2 años previsto en los artículos 588 y 589 del Estatuto Tributario para la devolución de tales saldos, sino el de prescripción de la acción ejecutiva del artículo 2356 Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 791 de 2002, esto es, 5 años contados a partir del pago efectivo / DEVOLUCION DE PAGOS EN EXCESO O DE LO NO DEBIDO- Para solicitarla no se requiere que previamente se corrija la declaración privada, dado que el fin de la petición es obtener el reembolso de sumas pagadas sin que exista causa legal para ello o de los valores pagados en exceso de los que legalmente correspondían

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 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 11 y 21 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**. También se ha sostenido de forma reiterada que atendiendo al hecho de que el Decreto 1000 de 1997 regula el trámite de la solicitud de devolución del pago en exceso o de lo no debido, tampoco es procedente realizar el procedimiento de corrección de la declaración, ya que de lo que se trata no es de corregir la declaración sino obtener el reembolso de las sumas mayores pagadas a las que corresponden legalmente o, de lo pagado "sin que exista causa legal para hacer exigible su cumplimiento". [...] Los argumentos jurídicos expuestos por esta Sección son los que ahora se reiteran en la presente providencia, teniendo en cuenta que las circunstancias de hecho son similares y no existe razón para modificar el precedente jurisprudencial. No obstante, debe precisarse que el Decreto 1000 de 1997 fue derogado por el Decreto 2277 de 2012, el cual en sus artículos 11 y 16 prevé idéntica regulación del término para solicitar las devoluciones por pago en exceso o de lo no debido, remitiéndose al término de prescripción de la acción

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 cuarto piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgna@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6649184 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

ejecutiva establecido en el artículo 2536 del Código Civil"6. (Negrillas y subrayas fuera del texto)[3].

Así entonces conforme al pronunciamiento citado, se tiene que la prescripción en materia tributaria, cuando la persona pretende la devolución de saldos que fueron pagados o descontados en exceso cuando no existía la obligación legal para ello, como sucede en el presente caso, la solicitud ante la entidad debe efectuarse en el término de cinco años contados a partir del pago efectivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2536 del Código Civil.

Bien, teniendo claro entonces que el término de 5 años se contabiliza a partir del pago efectivo, y como en el caso concreto los descuentos realizados a la demandante por concepto de retefuente, sin tener en cuenta la exención tributaria prevista en el numeral 7° del artículo 206 de Estatuto Tributario, se hacen mes tras mes, no puede contabilizarse dicho fenómeno de manera generalizada para el total de las sumas sujetas a devolución.

Así pues, tenemos que si la demandante empezó a laborar el día 8 de julio de 2004, ya se encontraba la exención tributaria debió aplicarse en idéntica forma a los Magistrados de Tribunales desde el 25 de marzo de 2003, por lo tanto, para solicitar la devolución de lo descontado en exceso de esa mensualidad, el demandante tenía cinco años, y como dicha petición fue presentada el día 22 de noviembre de 2012, se tiene que operó la prescripción desde el 22 de enero de 2007 hacia atrás; por lo que se declarará la excepción de prescripción de manera parcial.

En relación al demandado DIAN, este Despacho acoge la tesis planteada por esta entidad demandada; en el sentido que es la Procuraduría General de la Nación es el agente de retención y por tanto, es el encargado de efectuar la retención cuando intervenga en actos u operaciones que por expresa disposición legal, deba realizar la precepción del tributo correspondiente y una vez hecha la retención en su calidad de agente, debe consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señala la norma.

Ahora bien, cuando se ha practicado una retención en forma indebida (sin que hubiere lugar a retención) o en exceso (habiendo lugar a la retención se retuvo por un monto superior), el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988 señala el procedimiento para reintegrar dichos valores. En efecto dice la citada norma:

> *"Cuando se efectúen retenciones por concepto del impuesto sobre la renta y complementarios, en un valor superior al que ha debido efectuarse, el agente retenedor podrá reintegrar los valores retenidos exceso o indebidamente, previa solicitud escrita del afectado con la retención, acompañada de las pruebas, cuando a ello hubiere lugar".*

[3] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil trece (2013). Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00349-01(20173)

En el mismo período en el cual el agente retenedor efectúe el respectivo reintegro podrá descontar este valor de las retenciones en la fuente por declarar y consignar. Cuando el monto de las retenciones sea insuficiente podrá efectuar el descuento del saldo en los períodos siguientes.

Para que proceda el descuento el retenedor deberá anular el certificado de retención en la fuente si ya lo hubiere expedido y conservarlo junto con la solicitud escrita del interesado.

Cuando el reintegro se solicite en el año fiscal siguiente a aquel en el cual se efectuó la retención, el solicitante deberá, además manifestar expresamente en su petición que la retención no ha sido ni será imputada en la declaración de renta correspondiente"

De lo anotado se infiere, en el presente caso, es la PROCUERADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, la llamado a efectuar al actor el reintegro de las retenciones efectuadas indebidamente o en exceso, pues tal como lo prevé el procedimiento señalado en el artículo 6 del Decreto 1189 de 1988, en tales eventos se radica en cabeza del agente retenedor la posibilidad de obtener la devolución de tales descuentos, por lo tanto se declarará la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la demandada DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES.

En consecuencia se declarará la nulidad del Acto Administrativo Oficio No. S.G. No. 5180 de fecha 26 de diciembre de 2012, mediante el cual, la Procuraduría General De La Nación negó al demandante, el reconocimiento del derecho tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, a partir del 22 de enero de 2007.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al CODIGO GENERAL DEL PROCESO y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso.

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el

expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

"…….
8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandada, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del Acto Administrativo Oficio No. S.G. No. 5180 de fecha 26 de diciembre de 2012, mediante el cual, la Procuraduría General De La Nación negó al demandante JUAN CARLOS CABARCAS MUÑIZ, el reconocimiento del derecho tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario, según las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la demandada DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES según las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLÁRASE probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los valores que fueron retenidos en exceso a la demandante desde **22 de enero de 2007**, de conformidad con lo analizado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDÉNASE a la Procuraduría General de la Nación reliquidar el valor de la retención en la fuente de la demandante, teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho tributario de exención señalado en el artículo 206 numeral 7 del Estatuto Tributario y se ordenar el reintegro de los valores retenidos en indebida forma.

QUINTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en los artículos 192 y 193 CPACA.

SEXTO: Sin costas.

SEPTIMO: Una vez en firme ésta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena