

SILENCIO ADMINISTRATIVO EN MATERIA TRIBUTARIA - Tiene efectos positivos en relación con los recursos de reconsideración o reposición / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Efectos / PROTOCOLIZACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - No tiene aplicación en materia tributaria

Como se deriva de la lectura del artículo 734, el silencio administrativo en materia tributaria en relación con el recurso de reconsideración o reposición tiene efectos positivos, decisión que se concreta en un acto ficto en el que se dan por aceptados los fundamentos de derecho formulados en el recurso y se conceden las pretensiones contenidas en este. Debe precisarse que la norma transcrita es aplicable al presente caso, por virtud de la remisión expresa que hace el artículo 395 del Estatuto de Rentas del Distrito de Cartagena (Acuerdo Distrital 41 de 2006). En concordancia con la disposición que se comenta, el artículo 730-3 E.T. establece que es nula la resolución que decide el recurso de reconsideración, cuando se notifica de manera extemporánea, es decir, se genera la pérdida de competencia temporal que recae sobre la Administración para pronunciarse sobre los recursos e incluso para liquidar o modificar las declaraciones privadas. Finalmente, es preciso anotar que, en materia tributaria, el silencio administrativo no está sometido a la protocolización a la que hace referencia el artículo 85 del CPACA.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 730-3 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 732 / ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 734

DECLARATORIA DE CONFIGURACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA - El contribuyente la debe solicitar ante la administración, no al juez contencioso administrativo / SOLICITUD DE DECLARATORIA DE LA OCURRENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO ANTE LA JURISDICCIÓN - No genera el rechazo de la demanda / NULIDAD DE ACTO QUE DECIDE RECURSO NOTIFICADO EXTEMPORÁNEAMENTE - Procede ante la jurisdicción, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

En los términos de la demanda interpuesta y de las pretensiones formuladas por la actora, se advierte que la demandante no solicitó a la Administración el reconocimiento del silencio administrativo positivo. En su lugar, acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin de que un juez declare la ocurrencia del mencionado silencio y, en consecuencia, anule la resolución que negó la solicitud de devolución del ICA de los bimestres 2 a 5 pagado por la demandante y se ordene su reintegro con los intereses legales, corrientes y moratorios correspondientes. El a quo consideró que, según la jurisprudencia de esta Sección, al tratarse de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, solo era procedente someter al control jurisdiccional el acto administrativo que niega la declaratoria del silencio administrativo positivo. (...) De acuerdo con lo anterior, el contribuyente puede solicitar a la Administración que reconozca la ocurrencia del silencio administrativo positivo respecto del acto administrativo que fue notificado fuera del término establecido en la ley pero, también puede someter dicho acto al control jurisdiccional para que se decrete la nulidad que sobre ellos recae, al haber incurrido en la causal establecida en el numeral 3 del artículo 730 del Estatuto Tributario y, en consecuencia, reconocer los efectos que se derivan de su nulidad. En el asunto que nos ocupa, como se advirtió, la demandante pretende que se reconozca la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que se anulen la resolución que decidió el recurso de reconsideración y el acto que negó la devolución. En esas condiciones, si bien la primera pretensión, esto es, la que se

refiere únicamente a que el Juez Contencioso «declare que se configuró el silencio administrativo positivo» no es procedente formularla ante esta jurisdicción, pues esa solicitud se debe elevar ante la Administración, tal petición no genera el rechazo de plano de la demanda pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en este caso, el demandante optó por acudir a la jurisdicción para demostrar la nulidad de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, por falta de competencia temporal del ente demandado para expedirla, por haber ocurrido el silencio administrativo positivo, con los efectos que esto genera en materia tributaria y, en ese contexto, es procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO TRIBUTARIO - ARTÍCULO 730 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00156-01(22084)

Actor: COOMEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A.

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA

AUTO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la providencia del 20 de enero de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante la cual rechazó de plano la demanda.

ANTECEDENTES

El 14 de octubre de 2010 y el 10 de junio de 2011¹, la actora solicitó al Distrito de Cartagena la devolución del impuesto de Industria y Comercio indebidamente pagado por los bimestres 2 a 5 del año 2002.

La anterior solicitud fue negada por la Administración, mediante Resolución AMC RES-002075 del 22 de septiembre de 2011, decisión que fue recurrida por la

¹ Radicados No. EXT-AMC-10-0046451 y EXT-AMC-11-0030048.

demandante y que, a su juicio, fue decidida por fuera del término previsto en el artículo 732 del Estatuto Tributario.

Por lo anterior, acudió ante esta jurisdicción, en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [en adelante CPACA] y formuló demanda contra el Distrito de Cartagena, en la que pidió que se accediera a las siguientes pretensiones:

«1. Se declare que se configuró el silencio administrativo positivo.

2. Como consecuencia de lo anterior se ordene el cumplimiento del acto ficto resultante del silencio administrativo positivo.

3. Se declare la nulidad Resolución AMC-RES-002075-2011 de septiembre de 2011 proferida por la Tesorería Distrital de Cartagena y la Resolución AMC-RES 001356-2012 de septiembre 18 de 2012 proferida por la Secretaría de Hacienda Pública, ambas dependencias de la Alcaldía Distrital de Cartagena.

4. Se ordene la devolución y los intereses legales de conformidad con el Código Civil, y los corrientes y moratorios según lo ordenado por el artículo 863 del Estatuto Tributario así:

- Intereses legales: desde la fecha en que se efectuó el pago de cada declaración, hasta la fecha que se radicó la solicitud de devolución, esto es el 14 de octubre de 2010.*

- Intereses corrientes desde el 22 de septiembre de 2011, fecha de notificación de la Resolución AMC-RES-002075-20011 de septiembre de 2011 proferida por la Tesorería Distrital de Cartagena, hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia definitiva de la presente demanda.*

- Intereses moratorios desde el 1 de diciembre de 2010 fecha en que se venció el plazo para la devolución presentada el 14 de octubre del mismo año, hasta la fecha en la cual se devuelvan efectivamente los dineros en discusión.*

5. Se condene en costas al Distrito de Cartagena – Secretaría de Hacienda por su actuación temeraria, que está plenamente demostrada al registrar en el edicto de notificación de la

*Resolución AMC-RES 001356-2012 de septiembre 18 de 2012,
sustentados en los documentos que se anexan»².*

² Fls. 30 y 31

AUTO APELADO

En la providencia recurrida, el *a quo* rechazó de plano la demanda promovida por COOMEVA EPS contra el Distrito de Cartagena, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación:

El silencio administrativo positivo está contemplado en los artículos 83 y 84 del CPACA y opera en los casos expresamente previstos en esas disposiciones. Agregó que el artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional también contempla la mencionada figura y prevé el término de un año para resolver los recursos de reconsideración y reposición, plazo que puede ser suspendido cuando se decreta la práctica de una inspección tributaria (Artículos 732 y 733 E.T.).

Indicó que el Estatuto de Rentas de Cartagena (Acuerdo 041 del 21 de diciembre de 2006) establece que contra las liquidaciones oficiales, las resoluciones que aplican sanciones y demás actos producidos por la Administración Tributaria Distrital, procede el recurso de reconsideración que se someterá a las normas del mismo Estatuto.

El *a quo* precisó que el artículo 444 del Acuerdo 041 de 2006 prevé que cuando en esa normativa no esté regulada alguna materia, las situaciones serán resueltas en aplicación de las normas del Estatuto Tributario Nacional, el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Civil y los principios generales del derecho.

En cuanto al silencio administrativo positivo, el Tribunal afirmó que, conforme a lo dispuesto en el artículo 734 del Estatuto Tributario, este debe ser declarado por la Administración. Aclaró que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la decisión del recurso de reconsideración debe ser notificada dentro del término de un año que establece la ley.

Consideró que, en este caso, la Administración omitió dar cumplimiento a lo establecido en el citado artículo, pues resolvió el recurso de reconsideración presentado el 14 de octubre de 2011, mediante Resolución No. AMC-RES-001356-2012 del 18 de septiembre de 2015, sin embargo, el apoderado de la demandante recibió la citación para notificación personal el 17 de octubre de 2012,

esto es, tres días después del vencimiento del plazo legal previsto en el artículo 732 del Estatuto Tributario.

Respecto a las pretensiones formuladas en la demanda, el Tribunal indicó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el acto proferido por la Administración mediante el cual se niega el reconocimiento del silencio administrativo positivo, es demandable ante la jurisdicción, no obstante, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no resulta pertinente para pedir dicha declaratoria, pues ello debe solicitarse a la Administración.

Concluyó que este asunto no es susceptible de control judicial, porque el silencio administrativo positivo no requiere pronunciamiento judicial, razón por la cual procede el rechazo de la demanda en los términos del numeral 3º del artículo 169 CPACA.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación, para que se revocara el auto que rechazó la demanda y, en su lugar, se admitiera. Los argumentos del recurso se sintetizan así:

Señaló que el auto apelado desconoce la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, en relación con discusiones similares a la que se estudia y en la que el Alto Tribunal consideró que *«si bien de conformidad con el artículo 734 del Estatuto Tributario, el silencio administrativo positivo debe ser declarado por la Administración de oficio o a solicitud de parte, reitera la Sala que si en sede administrativa la autoridad no lo hace o el contribuyente no lo solicita, ello no impide que tal pretensión pueda solicitarse ante la Jurisdicción»*³.

Adujo que, en este caso, se configuró el silencio administrativo positivo, como consecuencia de la indebida notificación de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración. Sin embargo, para el Tribunal la demanda debía dirigirse contra el acto administrativo que negó la devolución, pues este es el acto respecto del que existe una situación jurídica consolidada.

³ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 19 de octubre de 2009. Expediente No. 66001-23-31-000-2001-01248-01.

Agregó que al dirigir la demanda contra el acto administrativo que no declaró el silencio administrativo positivo, se dejaría en firme el acto administrativo que negó la devolución y se dejaría a COOMEVA EPS S.A. sin la posibilidad de restituir su derecho.

Resaltó que, así como existe jurisprudencia sobre la posibilidad de demandar el acto administrativo que niega el reconocimiento del silencio administrativo, también existen pronunciamientos sobre la nulidad de los actos administrativos expedidos fuera del término que tenía la Administración para hacerlo.

A partir de lo anterior, afirmó que no es cierto, como lo afirma el Tribunal, que solo se puede demandar ante la jurisdicción la nulidad del acto administrativo que niega la declaratoria del silencio administrativo positivo, pues en múltiples pronunciamientos el Consejo de Estado ha declarado la ocurrencia del silencio administrativo positivo, tal es el caso de las sentencias proferidas el 9 de febrero de 1996 en el expediente No. 7392, 10 de septiembre de 2009 expediente No. 17277 y 19 de mayo de 2000 en el expediente No. 10036.

En cuanto a la procedibilidad del medio de control, sostuvo que si este resultaba inadecuado en relación con las pretensiones formuladas en la demanda, lo que correspondía era inadmitirla para que fuera corregida y no rechazarla de plano, máxime cuando el Tribunal reconoció que, en este caso, no había lugar a contar el término de caducidad pues, se había configurado el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reconsideración formulado por la demandante.

A partir de estos argumentos, concluyó que sí es procedente pretender el reconocimiento del silencio administrativo positivo, con las consecuencias que ello acarrea, respecto de los actos administrativos de determinación del tributo del que se trate.

OPOSICIÓN

La parte demandada guardó silencio.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

En este caso, la discusión planteada se concreta en determinar si es procedente solicitar a la jurisdicción contencioso administrativa que declare la ocurrencia del silencio administrativo positivo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho o, si por el contrario, para acudir a la jurisdicción resulta necesario que el contribuyente solicite previamente a la Administración Tributaria el reconocimiento del silencio con el fin de que se pueda demandar la nulidad del acto administrativo que lo niegue.

Para resolver el problema jurídico planteado se analizará i) el silencio administrativo en materia tributaria y ii) el caso concreto.

i) El silencio administrativo en materia tributaria.

De conformidad con el artículo 732 del Estatuto Tributario «*La Administración de Impuestos tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma*», pero si transcurrido este término no se han resuelto los recursos, el artículo 734 del Estatuto Tributario establece el silencio administrativo positivo en los siguientes términos:

«Art. 734. Silencio administrativo. Si transcurrido el término señalado en el artículo 732, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la Administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará».

Como se deriva de la lectura del artículo 734, el silencio administrativo en materia tributaria en relación con el recurso de reconsideración o reposición tiene efectos positivos, decisión que se concreta en un acto ficto en el que se dan por aceptados los fundamentos de derecho formulados en el recurso y se conceden las pretensiones contenidas en este. Debe precisarse que la norma transcrita es aplicable al presente caso, por virtud de la remisión expresa que hace el artículo 395 del Estatuto de Rentas del Distrito de Cartagena (Acuerdo Distrital 41 de 2006).

En concordancia con la disposición que se comenta, el artículo 730-3 E.T.⁴ establece que es nula la resolución que decide el recurso de reconsideración, cuando se notifica de manera extemporánea, es decir, se genera la pérdida de competencia temporal que recae sobre la Administración para pronunciarse sobre los recursos e incluso para liquidar o modificar las declaraciones privadas.

Finalmente, es preciso anotar que, en materia tributaria, el silencio administrativo no está sometido a la protocolización a la que hace referencia el artículo 85 del CPACA⁵.

ii) El caso concreto

En los términos de la demanda interpuesta y de las pretensiones formuladas por la actora, se advierte que la demandante no solicitó a la Administración el reconocimiento del silencio administrativo positivo. En su lugar, acudió a la jurisdicción contencioso administrativa, con el fin de que un juez declare la ocurrencia del mencionado silencio y, en consecuencia, anule la resolución que negó la solicitud de devolución del ICA de los bimestres 2 a 5 pagado por la demandante y se ordene su reintegro con los intereses legales, corrientes y moratorios correspondientes.

El *a quo* consideró que, según la jurisprudencia de esta Sección, al tratarse de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, solo era procedente someter al control jurisdiccional el acto administrativo que niega la declaratoria del silencio administrativo positivo.

Pues bien, contrario a lo sostenido por el Tribunal, la Sala ha sostenido, que:

⁴ **E.T. Art. 730. Causales de nulidad.** Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos: 1. (...). **3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal.**

⁵ **CPACA. Artículo 85. Procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo.** La persona que se hallare en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, protocolizará la constancia o copia de que trata el artículo 15, junto con una declaración jurada de no haberle sido notificada la decisión dentro del término previsto. La escritura y sus copias auténticas producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. Para efectos de la protocolización de los documentos de que trata este artículo se entenderá que ellos carecen de valor económico.

«Tales actos – los notificados extemporáneamente- pueden ser objeto de una solicitud de declaratoria de ocurrencia del silencio administrativo positivo, o bien, ser demandados ante la jurisdicción contenciosa, con fundamento en la causal de nulidad del artículo 730-3 ib., en concordancia con el artículo 137 del CPACA, que consagra la expedición sin competencia, como causal de anulación.

Eso es así, porque aunque comparten una causa común (la pérdida de competencia temporal de la administración), se trata de vías independientes: con ocasión de la primera, se produce un acto nuevo, que puede o no, ser favorable a los intereses del recurrente, mientras que cuando se acude a la sede contenciosa, el juez declarará la nulidad de la decisión recurrida, con los efectos que esto genera; esto es, la firmeza de la declaración privada, la desaparición de la sanción, etc.

La ocurrencia del silencio administrativo positivo en este caso concreto, no impide que el contribuyente acuda a la jurisdicción contenciosa, porque se trata de una ficción que opera en su favor; luego, este tiene la opción de hacer uso o no de la misma. Por eso, se reitera, el ciudadano tiene la posibilidad de acudir a una u otra vía, elección que dependerá de sus intereses particulares»⁶.

De acuerdo con lo anterior, el contribuyente puede solicitar a la Administración que reconozca la ocurrencia del silencio administrativo positivo respecto del acto administrativo que fue notificado fuera del término establecido en la ley pero, también puede someter dicho acto al control jurisdiccional para que se decrete la nulidad que sobre ellos recae, al haber incurrido en la causal establecida en el numeral 3 del artículo 730 del Estatuto Tributario y, en consecuencia, reconocer los efectos que se derivan de su nulidad.

En el asunto que nos ocupa, como se advirtió, la demandante pretende que se reconozca la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que se anulen la resolución que decidió el recurso de reconsideración y el acto que negó la devolución.

En esas condiciones, si bien la primera pretensión, esto es, la que se refiere únicamente a que el Juez Contencioso «*declare que se configuró el silencio administrativo positivo*» no es procedente formularla ante esta jurisdicción, pues esa solicitud se debe elevar ante la Administración, tal petición no genera el rechazo de plano de la demanda pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, en este caso, el demandante optó por acudir a la jurisdicción para demostrar la nulidad de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, por falta de competencia temporal del ente demandado para expedirla, por haber ocurrido el

⁶ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 26 de mayo de 2016, Exp. 21559. M.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

silencio administrativo positivo, con los efectos que esto genera en materia tributaria y, en ese contexto, es procedente el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto.

En consecuencia, se revocará la providencia apelada y, en su lugar, se ordenará al Tribunal continuar con el trámite de la demanda, previa verificación de los demás requisitos legales.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE:

- 1. REVÓCASE** el auto de 20 de enero de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
- 2.** En consecuencia, **ORDÉNASE** al Tribunal Administrativo de Bolívar que, previa verificación de los demás requisitos legales, continúe con el trámite de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ