

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Surge por la omisión de la administración de no notificar la decisión de los recursos dentro del término legal / ACTO FICTO PRESUNTO - Surge como consecuencia del silencio administrativo negativo

La norma invocada por el apelante (artículo 60 del Código Contencioso Administrativo), consagra la figura del silencio negativo dentro de la vía gubernativa de las actuaciones administrativas que se tramitan por el procedimiento del Código Contencioso Administrativo. Y lo presenta como circunstancia de omisión administrativa respecto de la notificación de la decisión expresa de los recursos de reposición o apelación, dentro de los dos meses siguientes a su interposición en debida forma. En virtud de tal omisión, nace un acto administrativo ficto o presunto que contiene una decisión negativa o adversa al administrado, y, por tanto, confirmatoria del acto recurrido.

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Concede al administrado la garantía de demandar el acto definitivo y el acto presunto / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA TRIBUTARIA - Si la administración no resuelve dentro de un año los recursos se entiende fallado a favor del recurrente

Este silencio es, entonces, una forma de sancionar a la Administración negligente y de garantizar al administrado la posibilidad de demandar la decisión definitiva que le creó, modificó o extinguió alguna situación jurídica, junto con el acto presunto que la confirmó (artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Por tanto, el acto presunto negativo constituye una forma de agotar la vía gubernativa. En materia tributaria, el silencio administrativo positivo en materia de recursos se encuentra regulado en el artículo 734 del Estatuto Tributario, en concordancia con los artículos 732 y 733 de la misma obra. Según tales disposiciones, la Administración tiene un año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma, y si transcurrido ese término el recurso no se ha resuelto, se entiende fallado a favor del recurrente. Así, la omisión de la Administración que configura el silencio administrativo positivo, consiste en la falta de decisión expresa de los recursos de reposición y reconsideración, dentro del año siguiente a su debida interposición.

NOTA DE RELATORIA - Sobre silencio administrativo en materia tributaria ver sentencias Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente 15484, Consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz. En este sentido ver Sentencias de 18 de mayo de 2001; consejera ponente Dra. Ligia López Díaz; de 12 de septiembre de 2002, expediente 12750, Consejero Ponente: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 26 de noviembre de 2003, expediente 12612, Consejero Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla; de 23 de enero de 2006, expediente 14936, Consejera Ponente Dra. María Inés Ortiz; y de 18 de octubre de 2007, expediente 15484, Consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ

Bogotá D. C., dieciséis (16) de julio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 08001-23-31-000-2004-02524-01(16331)

Actor: MOLINOS BARRANQUILLITA S. A.

Demandado: DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 6 de septiembre de 2006, por la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico se inhibió de pronunciarse respecto de la pretensión de nulidad del oficio por el cual el demandado no aceptó la solicitud de terminación por mutuo acuerdo de la actuación administrativa dentro de la cual se determinó oficialmente el impuesto de industria y comercio a cargo de la demandante, por el sexto bimestre de 2000 y los seis bimestres de 2001 y 2002.

ANTECEDENTES

Molinos Barranquillita S. A. presentó sus declaraciones de industria y comercio del bimestre 6 de 2000 y de los seis bimestres de 2001 y 2002 (folios 88 a 100 c. ppal)

El 23 de diciembre de 2003 el Distrito de Barranquilla profirió la liquidación oficial de revisión 031, por la cual modificó las declaraciones en mención. Esta decisión se confirmó en reconsideración por Resolución 002 de 8 de marzo de 2004.

El 11 de junio de 2004 Molinos Barranquillita S. A. solicitó ante el Distrito la terminación por mutuo acuerdo de la actuación administrativa dentro de la cual se profirieron los actos anteriores

La anterior solicitud fue negada mediante oficio DIVDID-OF-2034-04 de 26 de julio de 2004, porque la terminación por mutuo acuerdo sólo es aplicable a impuestos nacionales.

El oficio se notificó al 26 de julio de 2004 y al día siguiente la contribuyente interpuso recurso de reconsideración, el cual, a la fecha de presentación de la demanda, no se había decidido.

LA DEMANDA

Molinos Barranquillita S. A. demandó la nulidad del oficio DIVID-OF-2034-04 de 26 de julio de 2004. A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se practiquen nuevas liquidaciones del impuesto de industria y comercio a su cargo, con base en los factores señalados en las páginas 8 a 14 de la demanda.

La demandante citó como violados los artículos 66 de la Ley 383 de 1997, 59 de la Ley 788 de 2002, 39 de la Ley 863 de 2003. Sobre el concepto de violación expuso:

La Ley 863 de 2003 [39] estableció la terminación por mutuo acuerdo en los procesos tributarios nacionales. En virtud de los artículos 66 de la Ley 383 de 1997 y 59 de la Ley 788 de 2002, esa forma de terminación de la actuación tributaria se aplica a los tributos territoriales.

La demandante solicitó la terminación por mutuo acuerdo de la actuación administrativa que culminó con la liquidación oficial de revisión del impuesto de industria y comercio a su cargo, por el sexto bimestre de 2000 y primero a sexto de 2001 y 2002.

Para tal efecto, presentó la solicitud antes del plazo fijado en el artículo 39 de la Ley 863 de 2003 (30 de julio de 2004), corrigió las declaraciones adicionándoles los mayores valores determinados en la liquidación oficial de revisión, y pagó el 40% del saldo debido, según recibos oficiales 029197 de 22 de abril de 2004 y 0000013658 de 23 de julio del mismo año.

La Resolución que resolvió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial mencionada, no quedó ejecutoriada porque se notificó a persona distinta del representante legal de la actora. Y aún en caso contrario, la existencia de la liquidación oficial no obstaba para que dicha parte pudiera solicitar la terminación por mutuo acuerdo.

Respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra el oficio demandado, se produjo el silencio administrativo negativo en los términos del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, norma que prevalece sobre el artículo 329 del Estatuto Tributario de Barranquilla – Acuerdo 015 de 2001, que regula el silencio administrativo positivo en las actuaciones tributarias municipales o locales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla se opuso a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra el acto demandado no operó el silencio administrativo, pues, de acuerdo con el artículo 329 del Acuerdo 015 de diciembre de 2001, del Concejo Distrital de Barranquilla, dicho recurso puede resolverse dentro del año siguiente a su interposición. En consecuencia, a la fecha de presentación de la demanda, la Administración se encontraba dentro del término para decidir el recurso.

La nulidad del acto acusado es improcedente frente a la anterior disposición distrital, proferida en virtud de la competencia que el artículo 313 de la Constitución Política otorga a los municipios para establecer gravámenes sobre las actividades que se realizan dentro de su jurisdicción. A su vez, el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 facultó a los departamentos y municipios para que apliquen los procedimientos de discusión, devolución, cobro y régimen sancionatorio a los impuestos que administran.

El artículo 137 [4] del Código Contencioso Administrativo exige que la demanda contenga una síntesis explicativa del concepto legal violado, y del cual se derive el interés del accionante.

Apoyándose en tales argumentos, el demandado propuso las excepciones de mérito que denominó “inexistencia del derecho demandado” y “falsa motivación”.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada, de oficio, la excepción de inepta demanda, y se inhibió de pronunciarse respecto de la pretensión de nulidad.

Motivó tal decisión el hecho de que la actora no demandó el acto presunto negativo respecto del recurso de reconsideración que interpuso contra el oficio DIVD-OF-2304 de 6 de julio de 2004, no obstante que, de acuerdo con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, es necesario agotar la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto, y según el artículo 138 [inc. 3] ibídem, cuando el acto definitivo es objeto de recursos en vía gubernativa, también deben demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante apeló la sentencia y al efecto sostuvo:

El recurso de reconsideración contra el oficio demandado sólo se presentó para demostrar el agotamiento de la vía gubernativa respecto del acto que negó la solicitud de

terminación por mutuo acuerdo de la actuación administrativa de determinación oficial del impuesto de industria y comercio a cargo de Molinos Barranquillita, por el sexto bimestre de 2000 y los seis bimestres de 2001 y 2002.

El objeto de dicha solicitud era que se rebajara el 60% del valor del impuesto determinado por la liquidación oficial de revisión 031 de 23 de diciembre de 2003, más las sanciones, y que se permitiera el pago del 40% de tal diferencia.

Como la acción impetrada se dirige solamente contra el acto que negó la mencionada solicitud, no era necesario demandar el acto negativo presunto, por cuanto la actora sólo pidió que se aceptara la terminación por mutuo acuerdo.

La demandante agotó la vía gubernativa con el acto presunto por silencio negativo, de acuerdo con el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo, y acató la previsión del inciso tercero del artículo 138 ibídem, a través del certificado del Jefe del Departamento de Impuestos Distritales de 25 de noviembre de 2005, en el que se constata que a 27 de septiembre de 2004 no se había notificado decisión alguna sobre el recurso de reconsideración.

El Tribunal podía conocer el fondo de la demanda, toda vez que al proceso se aportó el cuadro de conciliación que registraba la diferencia entre los valores de las declaraciones privadas y los determinados oficialmente, al igual que la corrección de dichas declaraciones con la inclusión de los mayores valores establecidos por la liquidación oficial de revisión 0031 de 23 de diciembre de 2003 y el detalle del pago del 40% de los mismos; además de las nuevas liquidaciones de industria y comercio para efectos de la terminación por mutuo acuerdo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de la apelación, decide la Sala si se ajusta a derecho el oficio por el cual el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla no aceptó la solicitud de terminación por mutuo acuerdo de la actuación administrativa que terminó con la liquidación oficial de revisión 0031 de 23 de diciembre de 2003.

En concreto, establece si operó el silencio administrativo negativo respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra el oficio demandado, en los términos del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, y, de ser ese el caso, si ante el hecho cierto de no haberse demandado el acto presunto negativo procedía el fallo inhibitorio por inepta demanda.

La norma invocada por el apelante (artículo 60 del Código Contencioso Administrativo), consagra la figura del silencio negativo dentro de la vía gubernativa de las actuaciones administrativas que se tramitan por el procedimiento del Código Contencioso Administrativo. Y lo presenta como circunstancia de omisión administrativa respecto de la notificación de la decisión expresa de los recursos de reposición o apelación, **dentro de los dos meses siguientes a su interposición en debida forma.**

En virtud de tal omisión, nace un acto administrativo ficto o presunto que contiene una decisión negativa o adversa al administrado, y, por tanto, confirmatoria del acto recurrido.

En términos de la misma norma – el artículo 60 del C. C. A. –, la ocurrencia del silencio administrativo negativo no exime a la autoridad de responsabilidad; ni le impide resolver mientras no se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Este silencio es, entonces, una forma de sancionar a la Administración negligente y de garantizar al administrado la posibilidad de demandar la decisión definitiva que le creó, modificó o extinguió alguna situación jurídica, junto con el acto presunto que la confirmó (artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Por tanto, el acto presunto negativo constituye una forma de agotar la vía gubernativa¹.

Por su parte, el artículo 41 ibídem señala que solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva, entendiéndose que los términos para decidir comienzan a contarse a partir del día en que se inició la actuación.

En materia tributaria, el silencio administrativo positivo en materia de recursos se encuentra regulado en el artículo 734 del Estatuto Tributario, en concordancia con los artículos 732 y 733 de la misma obra.

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente 15484, Consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz.

Según tales disposiciones, la Administración tiene un año para resolver² los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma, y si transcurrido ese término el recurso no se ha resuelto, se entiende fallado a favor del recurrente.

Así, la omisión de la Administración que configura el silencio administrativo positivo, consiste en la falta de decisión expresa de los recursos de reposición y reconsideración, **dentro del año siguiente a su debida interposición.**

La Sala ha precisado en reiteradas oportunidades, que los artículos 732 y 734, tienen carácter especial en materia de determinación oficial de impuestos e imposición de sanciones de los tributos administrados por la DIAN, particularmente, en lo relacionado con el procedimiento del Título V (artículos 720 y s.s.) - “discusión de los actos de la administración” -, en el cual se establecen los recursos procedentes contra los “**actos de la administración tributaria**”, los presupuestos para su interposición, el término para decidirlos, la suspensión del mismo por la práctica de “inspección tributaria” y finalmente, el silencio administrativo³.

Ahora bien, conforme al artículo 66 de la Ley 383 de 1997, los municipios y distritos, para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobro relacionados con los impuestos administrados por ellos, deben aplicar los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional.

En sentido similar, el artículo 59 de la Ley 788 de 2002 dispuso que tales procedimientos se aplican a la administración, determinación, discusión, cobro, devoluciones y régimen sancionatorio de los impuestos administrados por los departamentos y municipios, así como al cobro de las multas, derechos y demás recursos a su favor.

De acuerdo con la normativa anterior, el Acuerdo 015 de 2001⁴, por el cual se expidió el Estatuto Tributario del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla,

² La expresión “resolver los recursos” ha sido interpretada por la Sala en el sentido de que la decisión de los mismos debe notificarse dentro del término señalado en la Ley, debido a que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, éste no produce efectos jurídicos y, por ende, no puede tenerse como fallado el recurso presentado (*Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 19 de octubre de 2006, expediente 14315, consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz*).

³ En este sentido ver Sentencias de 18 de mayo de 2001; Consejera Ponente Dra. Ligia López Díaz; de 12 de septiembre de 2002, expediente 12750, Consejero Ponente: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié; de 26 de noviembre de 2003, expediente 12612, Consejero Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla; de 23 de enero de 2006, expediente 14936, Consejera Ponente Dra. María Inés Ortíz; y de 18 de octubre de 2007, expediente 15484, Consejero Ponente Dr. Héctor J. Romero Díaz.

⁴ Derogado por el Acuerdo 022 de 24 de diciembre de 2004 [496]

dispuso que, sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales del mismo acuerdo, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan, sanciones u ordenen el reintegro de sumas devueltas **y demás actos producidos, en relación con los impuestos administrados por la Administración Tributaria**, procede el recurso de reconsideración, dentro del mes siguiente a la notificación del acto respectivo (artículo 319).

Según el mismo ordenamiento distrital, **la Administración tiene un año para resolver el recurso de reconsideración**, y, si transcurrido ese término sin que haya mediado suspensión del mismo, el recurso no se ha resuelto, se entiende fallado a favor del recurrente (arts. 329 y 330 ejusdem)⁵.

En el asunto sub exámine, el acto demandado (oficio 2034-04 de 26 de julio de 2004) contiene una decisión definitiva que creó al demandante una situación jurídica particular y concreta, en cuanto le negó la terminación por mutuo acuerdo prevista en el artículo 39 de la Ley 863 de 2003, respecto de la actuación administrativa de determinación del impuesto de industria y comercio a favor del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, correspondiente a los bimestres 6 de 2000 y 1 a 6 de 2001 y 2002.

Bajo tal precisión, contra el acto acusado procedía el recurso de reconsideración (artículo 319 del Acuerdo 15 de 2001), el cual, de acuerdo con las normas tributarias distritales y nacionales, **debía resolverse dentro del año siguiente a su interposición**, so pena de generar el silencio administrativo positivo.

La actora interpuso el recurso de reconsideración el 27 de julio de 2004 (fls. 39-41) contra el oficio en mención, y el 9 de diciembre del mismo año demandó su nulidad, aduciendo que respecto del mencionado recurso operó el silencio administrativo negativo del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, porque no se resolvió dentro de los dos meses siguientes a su interposición.

No obstante, como ya se aclaró, el silencio administrativo respecto del recurso de reconsideración se rige por los artículos 732 a 734 del Estatuto Tributario Nacional, incorporados al Estatuto Tributario de Barranquilla – Acuerdo 015 de 2001 [329, 330].

Como en el caso de autos el término para resolver la reconsideración interpuesta vencía el 27 de julio de 2005, para el momento de la presentación de la demanda (9 de

⁵ Texto tomado de la página web <http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/na3/acuerdo%2015%20de%202001%20baranquilla.pdf>

diciembre de 2004), no había surgido el acto ficto positivo. Por lo demás, en caso de haberse configurado el acto ficto positivo, el actor no tendría interés de acudir a la Jurisdicción, dado que, por efecto del silencio, sus pretensiones se entenderían aceptadas íntegramente.

Ahora bien, la demanda fue dirigida únicamente contra el acto definitivo que negó la solicitud de terminación por mutuo acuerdo, el cual debía recurrirse en reconsideración, como ciertamente lo hizo la actora, y podía demandarse en acción de nulidad y restablecimiento, siempre que previamente se agotara la vía gubernativa por acto expreso negativo (artículos 62 [2], 63, 135 del Código Contencioso Administrativo).

Así las cosas, y toda vez que al momento de la presentación de la demanda no existía acto expreso negativo respecto del recurso de reconsideración que la actora interpuso contra el oficio -OF-2034-04 de 26 de julio de 2004, concluye la Sala que la actora no agotó la vía gubernativa y que, siendo tal agotamiento un presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 135 [1] ibídem), el Tribunal no podía proveer de fondo sobre las pretensiones de la demanda⁶.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, pero por las razones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 6 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la acción de nulidad y restablecimiento promovida por Molinos Barranquilla S. A. contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por las razones expuestas en esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

⁶ Ha dicho la Sala que *“el agotamiento de vía gubernativa constituye un presupuesto procesal para ejercitar válidamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se demandan actos administrativos y es deber del juzgador indicarlo así al demandante para decidir sobre la admisión en caso de no evidenciarse la falta de tal presupuesto o inadmitir, salvo que el mismo se plantee como punto de litis en el libelo introductorio. En caso de advertirse en la demanda y no demostrarse el cumplimiento del aludido presupuesto procesal o alegarse y probarse obstáculo de la administración que impidiese al administrado darle cumplimiento, el fallo no será de mérito”* Sentencia de 28 de junio de 2007, exp. 15437, Consejera Ponente Dra. María Inés Ortíz Barbosa.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS
Presidente

WILLIAM GIRALDO GIRALDO

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

