

7.2. Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial



Radicado: 2-2017-037424

Bogotá D.C., 7 de noviembre de 2017 10:20

Doctor

Carlos Eduardo García Alicastro

Subsecretario de Despacho

Área de Gestión de Rentas e Impuestos

Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta

impuestos@cucuta-nortedesantander.gov.co

Radicado entrada 1-2017-078098

No. Expediente 7401/2017/RPQRSD

Asunto : Oficio No. 1-2017-078098 del 27 de septiembre de 2017

Tema : Procedimiento Tributario

Subtema : Silencio administrativo positivo

Cordial saludo Doctor García:

Mediante escrito radicado en el buzón de atención al cliente de este Ministerio con el número y fecha del asunto, expone usted la situación que se presenta en ese municipio con ocasión de la determinación oficial del impuesto predial y los recursos presentados por el contribuyente respecto de los actos de liquidación, y a renglón seguido efectúa una serie de interrogantes sobre la aplicación del silencio administrativo positivo.

Al respecto, en primer término es necesario precisar que las respuestas ofrecidas por esta Dirección se efectúan de manera general y abstracta, de manera que no se resuelven casos puntuales que se susciten en torno a la aplicación del ordenamiento jurídico por parte de las entidades territoriales, como el que plantea en su consulta. Lo anterior, de una parte, porque la administración y control de los tributos y las actuaciones que se surtan en ese marco hace parte de autonomía que les reconoce el artículo 287 superior, y; de otra parte, porque es la entidad territorial quien conoce de primera mano los fundamentos de hecho y de derecho que rodean sus actuaciones, y en ese sentido quien debe resolver las situaciones particulares que se presenten en ejercicio de sus funciones.

Motiva esa precisión el hecho de que en su escrito de consulta se hace referencia a dos actuaciones respecto de los mismos hechos y respecto del mismo contribuyente adelantadas por diferentes dependencias de esa entidad territorial.

En consecuencia, para resolver sus inquietudes corresponde a la propia administración efectuar el cotejo de las dos actuaciones en punto a verificar si la última de ellas puede implicar la revocatoria de la primera, de manera que se determine cuál de ellas tiene la vocación de surtir

Continuación oficio

efectos respecto del contribuyente, y consecuentemente respecto de los recursos de los que éste hizo uso; circunstancias que no pueden ser dilucidadas por este despacho por las razones arriba expuestas.

Ahora bien, en lo que hace a la figura del silencio administrativo positivo, en materia tributaria se encuentra establecida en el artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional, norma a la cual se encuentran remitidas las entidades territoriales en virtud del artículo 59 de la Ley 788 de 2002. Al efecto, dispone el citado artículo 734:

“Artículo 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.”

Conforme con la norma trascrita puede colegirse que el silencio administrativo positivo tiene como presupuestos los siguientes:

- Que se haya interpuesto el recurso de reconsideración en contra de un acto proferido por la administración, v.g. una liquidación de aforo, una resolución sanción, etc.
- Que el recurso de reconsideración presentado no haya sido resuelto dentro del plazo señalado en el artículo 732 del ETN, esto es dentro del año siguiente a su interposición en debida forma.

En cuanto a sus efectos, la norma claramente dispone que configurado el silencio administrativo positivo, el recurso se entiende fallado a favor del contribuyente, lo que implica la aceptación de lo solicitado por éste.

En lo que hace al término para solicitarlo, es menester señalar que la norma no establece ningún término para esos efectos, quedando a voluntad del contribuyente el momento de solicitarlo. No obstante, si la administración tiene noticia de su acaecimiento deberá declararlo de oficio, tal como se lo ordena la norma *sub examine*.

Frente a estos aspectos, se ha pronunciado el Consejo de Estado, así:

“[...] La Sala se permite fijar, de manera breve, el marco conceptual dentro del cual ha de resolverse el presente asunto.

1. El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la Administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un efecto que puede ser negativo o positivo. Ese efecto se conoce como acto ficto o presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la Administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da al silencio de la Administración unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la Administración

Continuación oficio

debe resolver queden sin decidir de manera indefinida. En el caso del silencio negativo, le abre al interesado la posibilidad de demandar el acto ficto negativo, a pesar de que las autoridades hayan omitido su deber de pronunciarse. Y en el caso del silencio positivo, el acto presunto hace que el administrado vea satisfecha su pretensión como si la autoridad la hubiera resuelto de manera favorable.

2. Existen algunas diferencias entre los efectos del acto ficto negativo y del acto ficto positivo. Una de ellas es que mientras que la ocurrencia del silencio negativo no impide que la Administración se pronuncie sobre el asunto, a pesar de haber transcurrido el plazo legal para ello, la configuración del silencio positivo genera un acto presunto que tiene que ser respetado por la Administración. En otras palabras, una vez se ha producido el silencio positivo, la Administración pierde competencia para decidir la petición o recurso respectivos. De manera que si la Administración considera que el acto ficto es ilegal, tendrá que demandarlo para pretender su nulidad o adelantar una actuación de revocatoria directa, siempre que se den los presupuestos del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

3. Ahora bien, para que se configure el fenómeno del silencio positivo se deben cumplir tres requisitos: i) que la ley le haya dado a la Administración un plazo dentro del cual debe resolver la petición, recurso etc.; ii) que la ley contemple de manera expresa que el incumplimiento del plazo tiene efectos de silencio positivo (en nuestro ordenamiento, la regla general es el silencio negativo); y iii) que la autoridad que estaba en la obligación de resolver, no lo haya hecho dentro del plazo legal. Respecto de este último requisito, ha dicho la Sala que dentro del plazo señalado no solo debe emitirse la decisión, sino notificarse en debida forma. [...]”¹

Ahora bien, toda vez que se han suscitado discusiones respecto del momento a partir del cual se inicia el conteo del término de un año para resolver el recurso de reconsideración, así como de las actuaciones que deben surtirse dentro de ese año para evitar que se configure, el Consejo de Estado ha reiteradamente fijado las reglas para esos efectos, veamos:

*“[...] En relación con el artículo 732 del Estatuto Tributario que establece que el término para resolver el recurso de reconsideración es de un año, contado a partir de su interposición en debida forma, **la Sala ha señalado que no basta que en ese plazo sea proferido el acto sino que es necesario que en ese mismo lapso se dé a conocer al interesado mediante la notificación, pues hasta que el contribuyente no lo conozca no produce efectos jurídicos.***

En efecto, en cuanto la expresión «resolver» contenida en este artículo, la jurisprudencia² ha precisado que la decisión a la que se refiere la Ley, es la «notificada legalmente», vale decir, dentro de la oportunidad legal, ya que de otra manera no puede considerarse resuelto el recurso, como quiera que si el contribuyente no ha tenido conocimiento del acto administrativo, este no produce los efectos jurídicos correspondientes y, por tanto, no puede tenerse como fallado el recurso presentado³.

¹ Consejo de Estado – Sección Cuarta Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014) Radicación: 13001-23-31-000-2007-00251-01 [19553]

² Sentencia del 23 de junio del 2000, Exp. 10070, M.P. Dr. Delio Gómez Leyva, reiterada el 23 de agosto de 2002, Exp. 13829, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

³ Sentencia del 12 de abril de 2007, Exp. 15532, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.

Continuación oficio

Además, la Sala, en oportunidad anterior, precisó que el plazo de «un año», previsto en el artículo 732 del E.T., es un término preclusivo, porque el artículo 734 del E.T. establece que se configura el silencio administrativo positivo ante su incumplimiento. Al ser un término preclusivo, se entiende que al vencimiento del mismo, la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y, en ese orden, el acto deviene en nulo⁴.

Por lo anterior no son de recibo los argumentos del ente recurrente, en cuanto sostiene que la decisión del recurso de reconsideración, por parte de la administración, es oportuna si dentro del término de un año se expide el acto por medio del cual se resuelve el recurso, pues se reitera, solo se entiende resuelto el recurso si el administrado tiene conocimiento de la decisión.

Adicionalmente debe precisarse que, contrario a lo señalado por el municipio de Cali, el acto que decide el recurso de reconsideración debe notificarse personalmente y solo en caso de que esto no sea posible, debe notificarse por edicto, como lo dispone el artículo 11 del Decreto 0523 de 1999⁵. En esas condiciones, el envío del aviso de citación no puede entenderse como una notificación por correo. Es solo el medio que utiliza la Administración para que el interesado se acerque a las oficinas de impuestos para notificarse personalmente de la decisión del recurso⁶.

En este punto debe precisar la Sala que no puede aceptarse el argumento del ente recurrente referido a que la demandante tuvo conocimiento de la decisión del recurso de reconsideración con el aviso de citación, pues al no haberse presentado dentro de los 10 días siguientes al envío de la citación, la ley le otorga al contribuyente tal plazo y corresponde a la Administración prever que sus actuaciones queden surtidas dentro de la oportunidad legal.

*Ahora bien, en relación con el momento en el cual debe entenderse la interposición en debida forma del recurso de reconsideración, la jurisprudencia de la Sala ha sido unánime en indicar que debe tenerse en cuenta la **fecha de su interposición**, como lo señala el artículo 732 del E.T., es decir, en la que el contribuyente presenta el recurso ante la Administración, para lo cual resulta pertinente transcribir apartes de la sentencia del 15 de mayo de 2003, Exp. 12848, M.P. Dr. Germán Ayala Mantilla, en la que se indicó:*

«Sobre la interpretación y aplicación de las anteriores disposiciones, ha precisado la Sala que para efectos de la operancia del silencio administrativo, que en materia tributaria tiene efectos positivos, como lo establece el artículo 734, éste surte efectos si la Administración no

⁴ Sentencia del 21 de octubre de 2010, Exp. 17142, C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁵ **Dcto. 523/99.** Art. 11. Formas de notificación de las actuaciones de la Administración en los Impuestos Municipales. *Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones tributarias, emplazamientos, citaciones, traslados de cargos, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deberán notificarse por correo certificado o personalmente. Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación (Decreto Extraordinario N° 624 de 1989, artículo 565).*

⁶ Entre otras, ver sentencias de 21 de febrero de 1992, exp. 3767, C.P. Dr. Guillermo Chaín Lizcano y de 3 de diciembre del 2009, expedientes 17111 y 17041, con ponencia de los doctores Martha Teresa Briceño de Valencia y William Giraldo Giraldo, respectivamente.

Continuación oficio

ha resuelto en el término de un año los recursos de reconsideración o reposición, a partir de su interposición en debida forma. Entendiéndose que el término se cuenta a partir de mismo día de su interposición, puesto que así lo establece claramente la norma. Por la misma razón, no es necesario acudir a criterios adicionales para reconocer cuándo se interpuso el recurso en debida forma, puesto que su interposición se surte ante la Administración, y en “debida forma” significa que el recurso acredite los requisitos previstos en la ley». (Resaltado fuera de texto)

Con base en el anterior análisis, la Sala ha tenido en cuenta la fecha de interposición del recurso de reconsideración como parámetro para determinar la configuración del silencio administrativo positivo⁷. [...]”⁸

En este orden de cosas, se insiste, corresponde a la administración verificar si respecto de los actos proferidos en el marco del proceso tributario procedía o no el recurso de reconsideración, y una vez verificado ese hecho, revisar si el mismo fue interpuesto en debida forma y dentro del plazo establecido para ese efecto, y a partir de esas consideraciones verificar si al vencimiento del año que les otorga el artículo 732 del ETN fue resuelto, expedido y notificado el recurso. De no ser ello así, habrá operado el silencio administrativo positivo y así deberá declararse, ya sea de oficio o a petición de parte.

Ahora bien, debe precisarse que la declaratoria del silencio administrativo positivo por parte del contribuyente puede ser solicitada por el contribuyente ante la administración en la vía gubernativa, o en su defecto, y en el caso en que la administración aun vencido el término para resolver el recurso haya expedido el acto, puede someter ese acto a control jurisdiccional para que sea el juez quien declare su acacimiento. Dijo el Consejo de Estado:

“[...] La previsión de la parte final del citado artículo 734, hace relación a la posibilidad de que la declaratoria del silencio administrativo positivo, sea realizada por la misma Administración, actuando de oficio, o a petición del contribuyente interesado, actuación esta última que deberá llevarse a cabo una vez transcurrido el término de un año desde la interposición del recurso con los requisitos contemplados en el artículo 722 del Estatuto Tributario, para que en caso de ser declarado por la Administración termine el proceso de discusión gubernativa, evitándole al contribuyente la carga de tener que acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en busca de dicha declaratoria.

Sin embargo, cuando el contribuyente a favor de quien se ha instituido la figura del silencio administrativo positivo, en razón de situaciones no atribuibles a voluntad, no solicita directamente ante la administración su declaratoria, una vez transcurrido el año comentado, nada obsta para que lo haga al interponer la demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁷ Sentencias de 7 de junio de 2012, Exp. 18163 y de 5 de julio de 2012, Exp. 18498, M.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, de 19 de enero de 2012, Exp. 17578 y de 21 de octubre de 2010, Exp. 17142, M.P. Dr. Hugo F. Bastidas Bárcenas, de 19 de mayo de 2011, Exp. 17434, M.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, de 27 de agosto de 2009, Exp. 16342, M.P. Dr. Hugo F. Bastidas Bárcenas, de 10 de septiembre de 2009, Exp. 17277, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, entre muchas otras.

⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015) Radicación: 76001-23-31-000-2008-00569-01 (20900)

Continuación oficio

Así lo ha expresado la Sala, al decir “...si bien de conformidad con el artículo 734 del Estatuto Tributario el silencio administrativo positivo debe ser declarado de oficio o a solicitud de parte por la administración, estima la Sala, que si la administración no lo hace de oficio y tampoco lo solicita el contribuyente ante la administración, ello no impide que tal pretensión pueda materializarse ante la jurisdicción, mucho menos, cuando no obstante haberse vencido el término legal, la administración notifica la decisión como ocurrió en el presente caso.

En tal evento, es evidente que el contribuyente queda habilitado para solicitar a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que el juez administrativo concrete la ficción de favorabilidad que consagra la norma tributaria...”.

La posibilidad de invocar en la demanda la pretensión de reconocer en sede judicial el silencio administrativo positivo, es simplemente la garantía procesal que se le otorga al contribuyente para preservar que la figura del acto ficto a favor del mismo no sea inocua, en los casos en que por controversias surgidas a raíz de la decisión del recurso gubernativo, no sea posible solicitarla ante el ente fiscal. [...]”⁹

Cordialmente

LUIS FERNANDO VILLOTA QUIÑONES

Subdirector de Fortalecimiento Institucional Territorial
Dirección General de Apoyo Fiscal

ELABORÓ: Andrea Pulido Sánchez

⁹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta sentencia de enero 30 de 2003, expediente 13096