



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
SOGAMOSO

Sogamoso, catorce (14) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho (Tributario)
Demandante: CSS Constructores S.A.
Demandado: Municipio de Nobsa
Radicación: 15693-33-33-001-2012-00114-00

En razón de la creación del Circuito Judicial Administrativo de Sogamoso, ordenada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdo No. PSAA15-10449 de 31 de diciembre de 2015, este despacho judicial decide avocar el conocimiento del proceso de la referencia y, en consecuencia, procede a resolver el fondo del asunto.

I. ANTECEDENTES

1.- La acción.

Procede el despacho a dictar sentencia para resolver en primera instancia la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia, instaurada mediante apoderado constituido al efecto por la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. contra el MUNICIPIO DE NOBSA.

2.- Pretensiones¹.

Por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sociedad CSS Constructores S.A. solicitó se inaplique el artículo 296 del Acuerdo No. 039 del 29 de noviembre de 2008², expedido por el Concejo Municipal de Nobsa y se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 2011-000007 de 31 de marzo de 2011 expedida por la Secretaria de Hacienda del Municipio de Nobsa, por medio de la cual se negó la devolución del saldo equivalente a \$2.874.000.00 pagado por concepto de

¹ Folios 1 - 2.

² "Por el cual se expiden las normas municipales en materia tributaria, y se actualizan y reforman los procedimientos Tributarios del Municipio de Nobsa".

anticipo del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable 2010.

- Resolución No. 2012-000001 de 14 de junio de 2012 expedida por la Secretaria de Hacienda del Municipio de Nobsa, mediante la cual se resolvió un recurso de reconsideración confirmando en su totalidad la Resolución No. 2011-000007 de 2011.

Adicionalmente solicitó se declare la ocurrencia del silencio administrativo positivo respecto del recurso de reconsideración formulado por CSS Constructores S.A.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se condene a la demandada a devolver el saldo a favor pagado por la sociedad demandante por concepto de anticipo del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable 2010, así como al pago de intereses moratorios desde el 17 de junio de 2012 hasta que se realice la devolución de la suma equivalente a \$2.874.000.00.

Así mismo solicitó que en caso de no proceder la anterior pretensión: i) se condene a la demandada al pago de intereses corrientes desde el 17 de junio de 2012 hasta la ejecutoria de una eventual sentencia condenatoria, o ii) se ordene el pago de intereses de mora desde la ejecutoria de una sentencia eventualmente favorable hasta cuando se cancele la condena impuesta a la entidad demandada.

Reclamó además el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA y condenar en costas y agencias en derecho a la entidad territorial demandada.

3.- Fundamentos fácticos³.

Los hechos que se relatan en la demanda como fundamento de las pretensiones son los que a continuación se resumen:

3.1.- El Consorcio Solarte y Solarte celebró con la ahora Agencia Nacional de Infraestructura el contrato de concesión No. 377 del 15 de julio de 2002; mediante oferta mercantil del 13 de enero de 2009 CSS Constructores S.A. ofreció al aludido consorcio desarrollar el diseño, construcción, rehabilitación, mejoramiento, operación, mantenimiento y las gestiones ambientales y sociales de tal concesión, la cual fue aceptada mediante orden de compra del 15 de enero de 2009.

3.2.- En cumplimiento de dicha oferta, la sociedad demandante realizó la rehabilitación de la vía Briceño - Tunja - Sogamoso en jurisdicción del Municipio de Nobsa durante el año fiscal 2009, servicio de construcción que está gravado con el impuesto de industria y comercio, razón por la que tal tributo fue declarado y pagado el día 28 de abril de 2010.

³ Folios 2 - 4.

3.3.- Acatando lo previsto en el artículo 55 del Acuerdo No. 039 de 2008 expedido por el Concejo Municipal de Nobsa, la sociedad actora liquidó y pagó junto con la declaración del año 2009, el 40% del valor del impuesto de ese año a título de anticipo por el año gravable 2010, el cual equivale a la suma de \$2.874.000.oo.

3.4.- Durante la vigencia fiscal 2010 la sociedad demandante no desarrolló ninguna actividad gravada con el impuesto de industria y comercio en el Municipio de Nobsa, motivo por el cual el 4 de marzo de 2011 presentó la declaración de dicho impuesto con un saldo a favor equivalente a \$2.874.000.oo., fecha en la cual solicitó la devolución del mencionado saldo.

3.5.- Dicha petición fue atendida negativamente por la Secretaría de Hacienda Municipal de Nobsa mediante Resolución No. 2011-000007 del 31 de marzo de 2011, argumentando que en la declaración presentada en el año 2010, correspondiente al año gravable 2009, no se registró ningún saldo a favor.

3.6.- Inconforme con la decisión adoptada, la sociedad demandante interpuso recurso de reconsideración contra el mencionado acto administrativo, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 2012-000001 del 14 de junio de 2012 expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Nobsa, confirmando el acto recurrido.

3.7.- Copia de la última resolución mencionada fue enviada por correo y efectivamente recibida en el domicilio de la sociedad demandante el día 16 de junio de 2012.

4.- Normas violadas y concepto de violación⁴.

Como normas vulneradas se citaron los artículos 29, 95-9 y 209 de la Constitución Política; 1, 2, 565, 683, 815, 850 y 857 del Estatuto Tributario; 32 y 33 de la Ley 14 de 1983; 59 de la Ley 788 de 2002; 35 del Código Contencioso Administrativo y 2, 336 y 354 del Acuerdo No. 039 del 29 de noviembre de 2008, expedido por el Concejo Municipal de Nobsa.

Como causales de nulidad de los actos administrativos acusados se adujeron las siguientes:

4.1.- Manifiesta oposición a la Constitución y a la Ley.

Sostuvo el apoderado de la sociedad demandante que se hace necesaria la inaplicación del artículo 296 del Estatuto Tributario de Nobsa, puesto que dicha disposición es contraria a los mandatos contenidos en los artículos 59 de la Ley 788 de 2002 y 565 del Estatuto Tributario Nacional, en la medida en que la norma municipal permite la notificación por correo de las actuaciones de la administración tributaria, incluidas las que resuelven recursos, cuando el Estatuto Tributario

⁴ Folios 4 - 14.

Nacional ordena que las providencias resolutorias de recursos sean notificadas personalmente.

Indicó que el recurso de reconsideración fue interpuesto contra el acto administrativo primigenio el día 16 de junio de 2011 y la copia de la resolución que resolvió el mentado recurso fue enviada por correo y recibida por la sociedad actora el día 16 de junio de 2012, presuntamente dentro del término previsto en el artículo 732 del E.T.; no obstante el municipio demandado omitió cumplir el mandato del artículo 565 *ibídem* pues no notificó tal actuación personalmente o por edicto, tal como lo ordena el artículo 732 mencionado, es decir, que el recurso debe entenderse fallado a favor del recurrente.

Precisó que se han violado los artículos 95-9 superior, 1, 2 y 683 del Estatuto Tributario Nacional, 2 y 336 del Estatuto Tributario Municipal, toda vez que en este caso no se configuró el hecho generador el impuesto de industria y comercio para el año gravable 2010 y, a pesar de ello, el municipio demandado se niega a devolver lo pagado por concepto de anticipo.

Acusó vulneración de los artículos 850 del Estatuto Tributario Nacional y 354 del Estatuto Tributario Municipal, normas que establecen el derecho de los contribuyentes a que les sean devueltos los saldos que se presenten a su favor, argumentando que la sociedad actora efectuó ante la administración municipal una negación indefinida en el sentido de no haber ejercido actividades gravadas con el impuesto del ICA durante la vigencia fiscal 2010, negación que el municipio accionado no logró desvirtuar.

Aseguró que los actos administrativos demandados trasgredieron lo previsto en el artículo 857 del Estatuto Tributario Nacional, como quiera que en ellos no se estableció cuál era la causal para el rechazo o la negación de la devolución solicitada.

Por último señaló que los artículos 580, 815 y 850 del Estatuto Tributario Nacional se hallan trasgredidos, en tanto las dos primeras disposiciones no son aplicables en el presente caso, porque ellas regulan lo concerniente a la compensación de saldos a favor con declaración de retención en la fuente y a las declaraciones que se tienen por no presentadas, situaciones que no se dan en esta oportunidad pues lo que se solicitó fue una devolución más no una compensación; respecto al artículo 850 en cita señaló que tal precepto normativo fue omitido por la administración tributaria, siendo éste el único aplicable en el *sub lite*.

4.2.- Falsa motivación.

Fundó esta causal en que a la sociedad actora se le negó la devolución por ella deprecada porque no la relacionó como saldo a favor en la declaración del año 2009, situación que no podía darse puesto que se trató de un anticipo, pago que se realiza antes de incurrir en el hecho generador y de presentar la declaración de la vigencia fiscal a que corresponde, por ende calificó de absurda la exigencia efectuada por la autoridad tributaria del municipio demandado.

Igualmente manifestó que el impuesto de industria y comercio no es un tributo al gasto, tal como lo sostuvo la administración accionada, sino que se trata de un gravamen a la realización de actividades comerciales, industriales y de servicio que en nada se relacionan con el gasto. Aunado a lo anterior, sostuvo que se aviene desacertada la consideración relativa al sujeto pasivo económico del impuesto hecha por demandada en los actos acusados, por cuanto CSS Constructores S.A. jamás trasladó a los usuarios de la vía el impuesto del ICA que debió pagar hasta el año 2009. Señaló que la naturaleza jurídica del tributo en nada se opone a que se devuelva lo pagado por concepto de anticipo.

Así mismo precisó que los actos acusados adolecen de motivación, como quiera que la entidad demandada se limitó a negar la devolución del aludido impuesto sin que mediara razón, circunstancia que, a su juicio, contraría el derecho al debido proceso y el principio de publicidad. Dijo que la ausencia de motivación desconoce el artículo 35 del C.C.A., el cual prevé que la decisión que adopte la administración será motivada.

5.- Razones de la defensa.

Vencido el término legal para contestar la demanda, el Municipio de Nobsa guardó silencio.

6.- Alegatos de conclusión.

6.1.- CSS Constructores S.A.⁵

Solicitó se acceda a las pretensiones de la demanda, como quiera que es evidente la configuración del silencio administrativo positivo en relación con el recurso de reconsideración interpuesto contra el primer acto administrativo acusado; así mismo, reiteró que en el presente asunto está probado que la sociedad actora no realizó actividades gravadas con el impuesto de industria y comercio en la jurisdicción del Municipio de Nobsa durante el año fiscal 2010, razón por la que resulta procedente la devolución de los dineros pretendidos.

6.2.- Municipio de Nobsa.⁶

Sostuvo que en el *sub examine* se logró probar que la sociedad demandante es contribuyente por cuanto desarrolló actividades comerciales e industriales dentro de la jurisdicción de dicha entidad territorial para los años 2009 y 2010, por lo tanto es obligación de ese municipio cobrar el impuesto declarado. Indicó que para el año 2009 CSS Constructores S.A. reportó el hecho generador el impuesto del ICA, el cual fue debidamente declarado, por lo que la sociedad actora debe cumplir con el Decreto 052 de 2011 y con el artículo 195 del Decreto 1333 de 1986.

Afirmó que la demandante presentó declaración del ICA correspondiente al año gravable 2009 el día 28 de abril de 2010, y la del año gravable 2010 fue presentada

⁵ Folios 193 y 198.

⁶ Folios 190 - 192 y 194 - 196.

el día 4 de marzo de 2011 con un valor denominado “*Anticipo año gravable año anterior*” (sic) equivalente a \$2.874.000; que la empresa no ha solicitado la devolución del saldo a favor registrado en la declaración del año 2010, situación que le fue advertida a la actora en la Resolución No. 2012-000001 de 2012.

Finalmente señaló que la petición de devolución objeto de la presente demanda hace referencia a la declaración del año 2009, la cual no es procedente, pues en ella no se registró saldo a favor del contribuyente, de tal suerte que el monto aquí reclamado es inexistente, motivo por el que el Municipio de Nobsa no puede efectuar la devolución pretendida.

7.- Concepto del Ministerio Público.

La Agente del Ministerio Público guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico

Corresponde al Despacho determinar si a la sociedad CSS Constructores S.A. le asiste el derecho a la devolución del 40% pagado por concepto de “*ANTICIPO AÑO GRAVABLE SIGUIENTE*” en la declaración del impuesto de industria, comercio, avisos y tableros correspondiente a la vigencia fiscal 2009, presentada ante la Secretaría de Hacienda del Municipio de Nobsa el día 28 de abril de 2010.

Para desatar el problema jurídico planteado, esta sede judicial procederá a revisar: **i)** la inaplicación del artículo 296 del Acuerdo No. 039 del 29 de noviembre de 2008⁷, de conformidad con lo previsto en el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011; **ii)** la configuración del silencio administrativo positivo respecto de la Resolución No. 2012-000001 de 14 de junio de 2012, expedida por la Secretaría de Hacienda de Nobsa, por medio de la cual se decidió un recurso de reconsideración; y **iii)** la devolución del pago del anticipo equivalente al 40% del valor determinado como impuesto de industria y comercio, cuya cancelación es obligatoria para los contribuyentes del mentado tributo, tal como lo impone el artículo 55 del Acuerdo No. 039 de 2008.

Finalmente se descenderá al caso concreto.

2.- Inaplicación de actos administrativos – Control por vía de excepción contenido en el artículo 148 del CPACA.

Solicitó la sociedad demandante la inaplicación del artículo 296 del Acuerdo No. 039 de 2008 expedido por el Concejo Municipal de Nobsa, puesto que, en su sentir, el mismo permite la notificación por correo de todas las decisiones en materia tributaria, incluidas aquellas que resuelven recursos, situación que desconoce lo previsto en el artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional⁸, norma a la cual debió

⁷ “Por medio del cual se expiden las normas municipales en materia tributaria, y se actualizan y reforman los procedimientos Tributarios del Municipio de Nobsa.”

⁸ Decreto 624 de 1989.

ceñirse la entidad demandada al momento de notificar la Resolución No. 2012-000001 de 14 de junio de 2012, por medio de la cual resolvió el recurso de reconsideración por aquella interpuesto.

Pues bien, la figura jurídica cuya aplicación solicitó la parte actora encuentra su regulación en el artículo 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

“Artículo 148. Control por vía de excepción. *En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.*

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”⁹.

Al respecto, la doctrina jurídica¹⁰ ha dicho que al estudiarse las pretensiones elevadas en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, es posible que el acto administrativo de contenido particular esté regulado o amparado por uno de contenido general que contradice la Ley o la Constitución Política y, por lo mismo, es necesario que el juez haga tal declaración en la sentencia, siendo procedente pedir que se declare la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad de que trata la norma en cita.

Dicha excepción tiene que ser formulada en la demanda y el juez deberá decidir sobre ella, pero también puede ser declarada de oficio cuando fuere necesario para fallar el proceso. El razonamiento que debe hacer el juez consiste en la comparación entre las normas superiores y las inferiores, sin que se requiera que la contradicción entre ellas sea evidente. El efecto de esta declaración es relativo, esto es, vale para las partes del proceso y por lo mismo no anula el acto administrativo general, el cual queda vigente y regirá en las demás relaciones jurídicas. Sin embargo, puede producir efectos hacia terceros en aplicación del artículo 10 del CPACA y de la petición de extensión de la jurisprudencia¹¹.

Pues bien, la norma local cuya inaplicación solicita la parte actora es el artículo 296 del Acuerdo No. 039 de 29 de noviembre de 2008 expedido por el Concejo Municipal de Nobsa, que en su tenor literal prevé:

“Artículo 296. Dirección para notificaciones. *La notificación de las actuaciones de la administración tributaria deberán efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en su última declaración de impuestos municipales, según el caso, o mediante formato oficial de cambio de dirección; la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.*

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la Secretaría de Hacienda municipal, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

⁹ Subraya el Juzgado.

¹⁰ Arboleda Perdomo, Enrique José. Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Segunda Edición. Editorial Legis S.A., Bogotá 2013, Páginas 238 y 239.

¹¹ *Ibidem*.

Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la administración le serán notificados por medio de publicación en un diario de amplia circulación o emisora¹².

Por su parte, el artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional, norma que la sociedad actora considera trasgredida, dispone:

“Artículo 565. Formas de notificación de las actuaciones de la administración de impuestos. <Artículo modificado por el artículo 45 de la Ley 1111 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

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. En este evento también procede la notificación electrónica.

<Inciso adicionado por el artículo 135 de la Ley 1607 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El edicto de que trata el inciso anterior se fijará en lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutive del respectivo acto administrativo.

(...)¹³

Realizado el cotejo de las disposiciones normativas en cita, esta instancia judicial encuentra que la norma que se pretende inaplicar no contiene un mandato expreso que permita a la administración tributaria municipal **notificar por correo** los actos administrativos que en ejercicio de sus funciones profiera, como lo sugirió la parte actora en la demanda, pues lo que allí se ordena es que al momento de proceder a la notificación de las actuaciones de la autoridad tributaria municipal, ésta deba atender, para tal fin, la dirección aportada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en su última declaración o en el formato oficial de cambio de dirección.

Así mismo, resulta claro que el artículo 296 del Acuerdo 039 de 2008 de ninguna manera impone una forma de notificación diferente a las que el artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional contempló para tal efecto, tanto así, que la misma entidad demandada al proferir la Resolución No. 2012-000001 del 14 de junio de 2012 ordenó notificarla *“personalmente o por edicto de conformidad con lo establecido en el artículo 565 y artículo 569 del Estatuto Tributario...”*¹⁴.

En este orden de ideas es evidente para el Juzgado que la parte actora interpretó de forma errada la norma local ahora analizada, dándole un alcance que la misma no ostenta y la cual, de paso sea dicho, no fue aplicada por la Secretaría de Hacienda de Nobsa al notificar el acto administrativo últimamente mencionado.

¹² Folio 120. Se subraya.

¹³ Destacado fuera de texto.

¹⁴ Folio 61.

Ahora, si bien es cierto que, como se verá más adelante, la administración tributaria demandada no se ciñó al procedimiento previsto en el artículo 565 en cita, no lo es menos que el desacato de dicha norma no puede avanzar a la inaplicación del artículo 296 en comento, como quiera que son situaciones jurídicas y fácticas disímiles y ellas no pueden confundirse, tal como lo hizo la sociedad actora.

Por estas razones el Despacho negará la solicitud de inaplicación del artículo 296 del Acuerdo No. 039 de 2008, formulada por el apoderado de CSS Constructores S.A.

3.- Silencio administrativo positivo en materia tributaria.

El silencio administrativo se presenta como una figura jurídica propia de los Estados Sociales de Derecho que, como el nuestro, propugnan por la pronta resolución de las peticiones presentadas ante las autoridades, la seguridad y confianza legítimas en que las mismas serán atendidas con prontitud y eficacia y el derecho de defensa de quienes las suscriben. Igualmente, se constituye como un mecanismo garante de los derechos de quienes requieren de una manifestación administrativa y se ven perjudicados por la desatención de la misma, dentro de los términos establecidos para responderla¹⁵.

En lo atinente al silencio administrativo positivo ha de señalarse que éste fue previsto primeramente en el artículo 41 del hoy derogado Decreto 01 de 1984¹⁶. En la actualidad, dicha figura se encuentra regulada en el artículo 84 de la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

"Artículo 84. Silencio positivo. Solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones legales especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

Los términos para que se entienda producida la decisión positiva presunta comienzan a contarse a partir del día en que se presentó la petición o recurso.

El acto positivo presunto podrá ser objeto de revocación directa en los términos de este Código".

Para invocar el silencio positivo, el artículo 85 *ibídem* dispone que la persona que se halle en las condiciones previstas en las disposiciones legales que establecen el beneficio del silencio administrativo positivo, debe protocolizar la constancia o copia de la petición interpuesta ante la administración, junto con la declaración jurada del peticionario de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

Esa escritura pública y sus copias auténticas producen todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió y, por eso, basta esa protocolización para que todas las personas y autoridades reconozcan sus efectos.

¹⁵ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Consejera Ponente Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Sentencia del 6 de junio de 2013, Radicación No. 250002327000200900269-01 (18852).

¹⁶ Código Contencioso Administrativo.

En materia tributaria, se tiene que el artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional dispone que transcurrido el término para resolver el recurso de reconsideración contra los actos de las autoridades tributarias -que es de un año contado a partir de su interposición en debida forma¹⁷- sin que el mismo se haya resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado:

“Sea lo primero advertir, que para efectos de la operancia del silencio administrativo, que en materia tributaria tiene efectos positivos como lo establece el artículo 734 del Estatuto Tributario, éste surte efectos si la Administración no ha resuelto en el término de un año los recursos de reconsideración o reposición, a partir de su interposición en debida forma, interposición que no puede entenderse surtida con el auto de trámite que admite el recurso gubernativo, porque de haber sido así el legislador lo habría expresado en forma concreta, sino en el momento en que en efecto se interpone ante la Administración, con el cumplimiento de todas las formalidades, como diáfananamente se desprende de los artículos 732 y 734 del Estatuto Tributario, normas que por su claridad no admiten razonamientos adicionales a los en ellas consagrados para interpretarlas”¹⁸.

Igualmente, en reciente jurisprudencia esa Corporación sostuvo que *“En materia tributaria la configuración del silencio administrativo puede ocurrir **por no notificar en tiempo el acto administrativo que decidió el recurso de reconsideración**¹⁹, caso en el cual, la prueba estará referida a la falta o **indebida notificación**. Pero también puede ocurrir cuando, en general el recurso de reconsideración no se resuelve dentro del año previsto para decidirlo, por cualquier circunstancia, puesto que el artículo 734 del E.T. no limita los hechos que podrían ocurrir en el curso de una actuación administrativa. En estos casos, si se alega el silencio administrativo por hechos distintos de la notificación y que están íntimamente relacionados con la actuación administrativa se deberá aportar la prueba de tales hechos”²⁰.*

Sumado a lo expuesto por el Consejo de Estado en precedencia, se aviene necesario mencionar que los actos administrativos no surten efectos con su simple expedición, pues para que sean oponibles a los administrados se requiere de su notificación, la cual no es un requisito de legalidad del mismo acto, pero sí de su aplicabilidad y ejecución, por lo tanto, no puede aceptarse como vinculante un acto administrativo que no ha sido debidamente notificado al administrado a quien va dirigido y, por ende, a quien jurídicamente afecta.

En punto a este tema, es válido recordar que conforme con el inciso segundo del artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional *“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. En este evento también procede la notificación electrónica”.*

¹⁷ Artículo 732 E.T.

¹⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Consejero Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla. Sentencia del 1º de junio de 2001, Radicación No. 19001233100019970015-01(11610).

¹⁹ Resalta el Despacho.

²⁰ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Consejero ponente Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia del 10 de diciembre de 2015. Radicación No. 25000-23-27-000-2011-00022-01(19610).

De acuerdo con la norma trascrita, la notificación personal es el mecanismo para dar a conocer las providencias que resuelven los recursos interpuestos contra las decisiones proferidas por la Administración Tributaria y la notificación tanto por edicto como electrónica son las formas supletorias para cumplir dicha finalidad, cuando el administrado no comparece para surtir la notificación personal.

Si bien es cierto, para procurar la notificación personal se debe enviar una citación al contribuyente para que éste asista a la Administración dentro de los 10 días siguientes a la fecha de introducción al correo de la misma, ésta no puede confundirse con “la notificación por correo” dado que la finalidad es distinta, puesto que la citación es un mecanismo que tiene la Administración para invitar al afectado a que comparezca para ser notificado personalmente y, si no comparece, el acto se notificará por edicto, quedando la notificación perfeccionada en la fecha de desfijación, o bien de forma electrónica, **lo que debe ocurrir dentro del año siguiente a la interposición del recurso de reconsideración**²¹.

Ahora bien, en relación con la protocolización del silencio positivo, el alto tribunal de lo contencioso administrativo ha sido enfático en señalar que para tal fin habrán de aplicarse las disposiciones contenidas en el Estatuto Tributario y no las establecidas en el C.C.A., hoy Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En efecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado²² sostuvo:

*“En relación con la obligación de protocolizar el silencio administrativo positivo, comparte la Sala lo explicado por el a quo, que se fundó en una sentencia de esta misma Sección proferida en un caso similar, **toda vez que en esta materia existe regulación íntegra por parte del Estatuto Tributario**, que en su artículo 734 establece que “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”.*

Tal como se encuentra redactada la norma, el silencio administrativo opera si transcurrido el término de un año, el recurso no se ha resuelto, caso en el cual existe una previsión especial, diferente a la consagrada en las normas generales del Código Contencioso Administrativo, que impone a la Administración que reconozca su operancia, bien sea de oficio o a petición de parte, previsión esta que consagra un procedimiento diferente al de la protocolización que exige el código contencioso, para su reconocimiento.

*Nótese que la norma impone en cabeza de la Administración, la obligación de reconocer que operó el fenómeno del silencio administrativo con efectos positivos, la cual deberá cumplir de oficio o a petición de parte, **sin que la norma en comento atribuya alguna consecuencia adversa al contribuyente, si éste no solicitó a la Administración que cumpla con su deber, máxime cuando la misma disposición establece que si se dan los presupuestos anotados, el recurso se entenderá fallado a favor del contribuyente.**”²³*

Finalmente, no puede pasarse por alto que frente al recurso de reconsideración, el artículo 732 del Estatuto Tributario Nacional prescribe que “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”, razón por la que esta sede judicial

²¹ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Consejera Ponente Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Sentencia 17087 del 3 de marzo de 2011.

²² Sentencia de 1º de junio de 2001, Consejero Ponente Dr. Germán Ayala Mantilla.

²³ Destacado fuera de texto.

procederá a determinar si en el presente asunto operó el silencio administrativo positivo en favor de la sociedad actora, conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales aquí citados.

4.- Caso concreto.

Se encuentra acreditado que mediante oficio radicado el día 4 de marzo de 2011 y suscrito tanto por el Representante Legal Suplente como por el Coordinador de Contabilidad e Impuestos de CSS Constructores S.A., se solicitó al Departamento de Fiscalización del Municipio de Nobsa lo siguiente:

"Por medio de la presente solicitamos la devolución del saldo a favor generado en el pago del impuesto de industria y comercio del año gravable 2009, el cual se ocasiono (sic) por la liquidación del anticipo para el año 2010 y que fue presentado el 28 de abril del 2010, dicho saldo corresponde a (\$2.874.000)"²⁴.

Tal petición fue atendida negativamente mediante la Resolución No. 2011-000007 del 31 de marzo de 2011, expedida por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Nobsa, argumentando que la devolución solicitada no es procedente puesto que en la declaración del impuesto de industria y comercio correspondiente al año gravable 2009, no se registró saldo a favor de la sociedad interesada²⁵.

Seguidamente, la Secretaría de Hacienda de Nobsa remitió el Oficio No. 190 del 6 de abril de 2011 al representante legal de CSS Constructores S.A., cuyo objeto fue citarlo para que compareciera ante tal dependencia a fin de notificarle personalmente la Resolución No. 2011-000007 de 2011, dentro del término de diez días contados a partir del recibo del mismo²⁶.

Como quiera que el representante legal de la sociedad actora no compareció dentro del término antes señalado, la Secretaría de Hacienda de Nobsa dio cumplimiento a lo previsto en el artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional, procediendo a notificar la aludida actuación administrativa mediante edicto, el cual fue fijado el día 3 de mayo de 2011 y desfijado el día 16 siguiente²⁷. No obstante, también está probado que el día 9 de mayo de 2011 fue notificada personalmente la Resolución No. 2011-000007 de 2011 al abogado Leonardo Bello Pérez²⁸, a quien el representante legal suplente de la sociedad demandante le confirió poder²⁹.

Inconforme con la decisión adoptada por la administración tributaria municipal de Nobsa, CSS Constructores S.A., a través de su apoderado general, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución No. 2011-000007 de 2011 por medio de escrito radicado el día **16 de junio de 2011**, con el fin de que fuera revocado el acto primigenio y en su lugar se ordenara la devolución del saldo a favor previamente solicitado³⁰.

²⁴ Folio 56.

²⁵ Folios 28 - 29 y 57 - 58.

²⁶ Folio 30.

²⁷ Folios 32.

²⁸ Folios 39 y 58 vuelto.

²⁹ Folios 33 - 38.

³⁰ Folios 40 - 41.

El mentado recurso fue resuelto mediante la Resolución No. 2012-000001 de fecha **14 de junio de 2012**, proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Nobsa, confirmando en su totalidad la Resolución No. 2011-000007 de 2011, fundándose, entre otras razones, en que el valor del anticipo cancelado por la sociedad demandante fue pagado con la declaración del ICA correspondiente a la vigencia 2009, en la cual no se registra saldo a favor del contribuyente, siendo entonces improcedente la devolución solicitada³¹.

Ahora bien, en lo que respecta a la notificación de la Resolución No. 2012-000001 de 2012, se advierte que en el artículo segundo de su parte resolutive se dispuso lo siguiente:

“ARTICULO SEGUNDO; NOTIFICAR el presente proveído personalmente o por edicto de conformidad con lo establecido en el artículo 565 y artículo 569 del Estatuto Tributario en concordancia con el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo, al señor ANDRES DFELGADO ORTEGA (sic) con CC No. 98.385.089 de Pasto quien actúa en calidad de apoderado general de la sociedad, CSS CONSTRUCTORES S.A, identificada con NIT 832006599-5 advirtiendo que contra la misma no procede recurso alguno por la vía gubernativa”³².

Sin embargo, la Secretaría de Hacienda de Nobsa remitió copia del mencionado acto administrativo a la sociedad actora a través de la empresa de mensajería ENVÍA el día **15 de junio de 2012**, siendo ésta recibida por la demandante el día **16 de junio siguiente**, tal como se observa en la guía de envío³³, en el pantallazo de rastreo de dicho envío³⁴ y en el sello de recibido de la sociedad CSS Constructores S.A.³⁵

Así las cosas y como ya se había anticipado en acápites precedentes, encuentra este Despacho que si bien la Secretaría de Hacienda de Nobsa resolvió el recurso de reconsideración dentro del término establecido en el artículo 732 del Estatuto Tributario Nacional, esto es, dentro del año siguiente a la interposición del mismo, la notificación de dicha resolución no se efectuó conforme al procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 565 de tal Estatuto.

Es evidente que con la remisión por correo de la Resolución 2012-000001 de 2012 al domicilio de CSS Constructores S.A., no puede tenerse como debidamente notificado dicho acto administrativo, en la medida en que la administración tributaria municipal debió, como mecanismo principal, remitir el oficio de citación al representante legal de la sociedad actora o a su apoderado general, a efectos que, cualquiera de ellos, se notificara personalmente de la decisión administrativa; y en caso de no comparecer ninguno de los mencionados, proceder a notificar tal resolución mediante edicto o a través de comunicación enviada a través de correo electrónico, éstas últimas como formas supletorias de notificación.

³¹ Folios 52 - 54 y 59 - 61.

³² Folios 54 y 61.

³³ Folio 55.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Folio 59, ver esquina inferior derecha.

Así pues, como ninguna de las actuaciones en comento fueron surtidas por parte de la Secretaría de Hacienda de la entidad demandada, ello impidió que se notificara en debida forma la Resolución 2012-000001 de 2012 a la sociedad demandante y, por lo tanto, dio paso a que en el presente asunto operara plenamente el silencio administrativo positivo de que trata el artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional.

Vale la pena recabar en este aspecto. De conformidad con el artículo 732 del Estatuto Tributario Nacional la entidad demandada tenía un año para proferir y notificar en debida forma la resolución con la cual decidió el recurso de reconsideración, esto es, hasta el 16 de junio de 2012 – considerando que el mentado recurso fue interpuesto el 16 de junio de 2011-. El haberla expedido el 14 de junio de 2012 y notificarla a través de correo, cuando lo procedente era seguir los lineamientos que para el efecto impone el artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional, conllevó a que su notificación fuera irregular y, por ende, permitió la configuración del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 734 de tal Estatuto en favor de la sociedad demandante.

En punto a este tema, es necesario recordar que, en los términos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado traída en cita, la expedición del acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración y su notificación “*debe ocurrir dentro del año siguiente a la interposición del recurso de reconsideración*”³⁶, situación que en el *sub lite* no sucedió, puesto que, se reitera, la Secretaría de Hacienda Municipal de Nobsa desconoció **i)** que se trataba de la resolución de un recurso de reconsideración y que para su notificación debía ceñirse estrictamente a lo previsto en el inciso segundo del artículo 565 del Estatuto Tributario Nacional, y **ii)** procedió a notificar el mentado acto administrativo por correo, cuando tal forma de notificación fue derogada del Estatuto Tributario Nacional³⁷.

Por todo lo expuesto, este Despacho declarará la nulidad de las Resoluciones números 2011-000007 del 31 de marzo de 2011 y 2012-000001 del 14 de junio de 2012, proferidas por la Secretaría de Hacienda Municipal de Nobsa, y a título de restablecimiento del derecho declarará la configuración del silencio administrativo positivo de que trata el artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional en favor de la sociedad CSS Constructores S.A. Así mismo, se ordenará al Municipio de Nobsa la devolución de la suma pagada por la sociedad demandante por concepto de anticipo del 40% en la declaración del impuesto de industria y comercio correspondiente al año fiscal 2009, equivalente a \$2.874.000.

Dicha suma será ajustada de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con base en la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

³⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Consejera Ponente Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Sentencia del 6 de junio de 2013, Radicación: 250002327000200900269 01 (18852).

³⁷ ARTICULO 566. NOTIFICACIÓN POR CORREO. <Artículo derogado por el artículo 78 de la Ley 1111 de 2006>.

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma equivalente a \$2.874.000, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió efectuarse la devolución de lo pagado por concepto de anticipo del impuesto de industria y comercio – 17 de junio de 2012).

Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del CPACA.

Por último y como quiera que en el presente asunto se configuró el silencio administrativo positivo en favor de CSS Constructores S.A., no será necesario abordar el tema relativo a la procedencia de la devolución del anticipo del 40% del valor determinado como impuesto de industria y comercio, de que trata el artículo 55 del Acuerdo No. 039 de 2008.

5.- De las costas.

Atendiendo lo dispuesto en los artículos 188 del CPACA, 361, 365 y 366 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la entidad territorial demandada, para lo cual se tendrán en cuenta las pautas previstas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 6º numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Jueza Primera Administrativa del Circuito Judicial de Sogamoso, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución No. 2011-000007 del 31 de marzo de 2011, expedida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Nobsa, por medio de la cual se negó una solicitud de devolución del anticipo del 40% pagado por la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. en la declaración del impuesto de industria y comercio del año gravable 2009, y de la Resolución No. 2012-000001 del 14 de junio de 2012, proferida por la misma autoridad, mediante la cual se resolvió un recurso de reconsideración.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho se dispone:

- a. Declarar la configuración del silencio administrativo positivo de que trata el artículo 734 del Estatuto Tributario Nacional en favor de la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A.
- b. Condenar al Municipio de Nobsa a la devolución de la suma pagada por la sociedad CSS CONSTRUCTORES S.A. por concepto de anticipo del 40%

en la declaración del impuesto de industria y comercio correspondiente al año fiscal 2009, equivalente a \$2.874.000.

TERCERO: La suma indicada en el anterior numeral será ajustada de conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en aplicación de la fórmula descrita en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

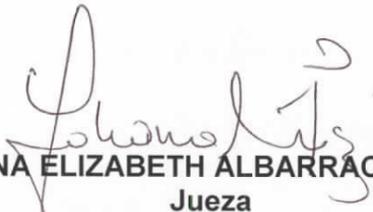
QUINTO: La entidad demandada deberá cumplir la presente sentencia dentro de los términos y previsiones de los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: Condenar en costas a la entidad territorial demandada. Por secretaría tácense. Para tal fin, se fija como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000).

SÉPTIMO: No se ordena la devolución de suma alguna por concepto de remanentes de los gastos del proceso, toda vez que ni el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Duitama ni la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial pusieron a disposición de este despacho ningún dinero.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


YOHANA ELIZABETH ALBARRACÍN PÉREZ
Jueza

JUZGADO 1° ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO SECRETARIA
<u>NOTIFICACIÓN A LA SEÑORA AGENTE DEL</u> MINISTERIO PÚBLICO
HOY _____ SE NOTIFICO PERSONALMENTE LA SENTENCIA ANTERIOR A LA SEÑORA PROCURADORA 178 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA DELEGADA ANTE ESTE DESPACHO JUDICIAL, IMPUESTA DE SU CONTENIDO FIRMA
LA PROCURADORA, _____
LA SECRETARIA, 