

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., abril cinco (5) de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 05001-23-33-000-2012-00645-02 (21550)
Demandante: COLINVERSIONES S.A. E.S.P.
Demandado: DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA

Temas: Nulidad de los actos administrativos tributarios por pérdida de competencia temporal.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sección a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 26 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1.-La empresa Colinversiones S.A. E.S.P. fue admitida en un proceso de reestructuración de acreencias, en los términos de la Ley 550 de 1999, de manera que firmó el acuerdo correspondiente y decretó el aumento de capital de la sociedad.

1.2.- Antes de registrar este acto en la Cámara de Comercio de Medellín, la actora solicitó a la Dirección de Rentas Departamentales de Antioquia, que certificara la exoneración del pago en relación con el registro, habida cuenta de que por virtud de los artículos 31 y 40 de la Ley 550, aquel carecía de cuantía.

1.3.- Mediante la Resolución No. 032096 de mayo 29 de 2007, la Administración negó el beneficio, con fundamento en la independencia de la exoneración que hace la Ley 550, referida a los costos del registro, y el gravamen departamental.

1.4.- En vista de que era necesario realizar el registro del incremento del capital, la sociedad demandante pagó el impuesto de registro y la estampilla pro desarrollo de Antioquia, por valor de \$141.393.100.

1.5.- El 27 de noviembre de 2009 presentó una solicitud para que se hiciera la devolución del gravamen, que fue negada mediante la Resolución No. 3081 de 2011.

1.6.- Inconforme con la decisión, la demandante interpuso recurso de reconsideración, que fue resuelto por la Resolución No. 51889 de 30 de mayo de 2012, notificada por edicto desfijado el 3 de julio de 2012.

2. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

"1. Anular el acto administrativo contenido en la Resolución 003081 de enero 31 de 2011, notificada el 7 de abril de 2011, y la Resolución 051889 de 30 de mayo de 2012, mediante el cual el Departamento de Antioquia negó la devolución de \$141.393.10 correspondientes al Impuesto de Registro y \$10.099.00 correspondiente al Impuesto de Estampilla Pro Desarrollo de Antioquia.

2. Ordenar la devolución de \$141.393.100 correspondientes al Impuesto de Registro y \$10.099.600 correspondientes al Impuesto de Estampilla Pro desarrollo de Antioquia, pagados el 18 de febrero de 2008.

3. Reconocer los intereses corrientes y por mora que se generan desde la fecha de vencimiento del término para devolver y hasta el giro de cheque correspondiente."

3. Normas violadas y concepto de la violación

Para la demandante, los actos administrativos demandados vulneran las siguientes normas:

- Artículo 294 de la Constitución Política.
- Artículos 732 y 734 del Estatuto Tributario.
- Artículos 31, 40 y 79 de la Ley 550 de 1999.

En el concepto de la violación indicó, en síntesis:

3.1.- Configuración del silencio administrativo positivo en relación con el acto que resolvió el recurso de reconsideración.

En los términos de los artículos 732 y 734 del E.T., si la Administración no resuelve el recurso de reconsideración en el término de un año, contado a partir de su interposición en debida forma, se configura un acto ficto en favor del contribuyente.

En el caso concreto, la Resolución No. 51889, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra el acto que negó la solicitud de devolución de pago de lo no debido presentada por la actora, fue notificada por fuera del término de un año que confiere la ley para el efecto, pues aunque el recurso fue presentado el 7 de junio de 2011, aquella se notificó el 3 de julio de 2012. De manera que se configuró el silencio administrativo a favor del contribuyente.

3.2.- Pago de lo no debido

En todo caso, la administración estaba obligada a efectuar la devolución, pues el acto registrado por la actora carece de cuantía, y por lo tanto no está sujeto al impuesto de registro.

Eso es así, porque la Ley 550 de 1999 previó como mecanismo de alivio a las sociedades que se sometieran al trámite de reestructuración, una

exoneración del pago de los derechos notariales, de registro y de timbre. Por lo tanto, estos se consideran actos sin cuantía.

4. Oposición

El ente demandado no contestó la demanda, a pesar de que fue notificado en debida forma.

5.- Sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró la nulidad de los actos demandados, porque encontró probada la ocurrencia del silencio administrativo positivo en razón de la resolución y notificación extemporánea del acto administrativo que resolvió el recurso de reconsideración.

Por lo tanto, ordenó la devolución de las sumas pagadas, así como el reconocimiento de intereses corrientes y moratorios, en los términos de los artículos 863 y 864 del E.T. También condenó en costas a la entidad demandada.

6. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el ente demandado interpuso recurso de apelación. Para el efecto, señaló que la actora no protocolizó el silencio administrativo positivo, de manera que no podía declararse su existencia, tal como se hizo en la sentencia.

Así mismo, señaló que los actos registrados sí tienen cuantía, pues el legislador no puede disponer de los gravámenes territoriales, de manera que la exoneración a que se refiere la Ley 550 de 1999 se predica respecto de los costos asociados al registro, y no al gravamen propiamente dicho.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia

La actora allegó escrito de conclusión en el que manifestó que la ocurrencia del silencio administrativo positivo no requiere en este caso su protocolización, pues este puede ser declarado en sede judicial, tal como se pretende en este caso.

En relación con la obligación sustancial reiteró lo dicho en la demanda.

El demandado ratificó lo expresado en el recurso de apelación.

8.- Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público pidió que se confirmara la sentencia de primera instancia, habida cuenta de que no es necesario protocolizar el silencio administrativo positivo, pues esa figura no fue contemplada para asuntos tributarios.

Precisó que el Estatuto Tributario, que es norma especial, no consagra la protocolización del silencio administrativo, por lo tanto, este se configura una vez transcurrido el término de ley para que la administración resuelva el asunto sometido a su consideración.

CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico

En los precisos términos del recurso de apelación, y teniendo en cuenta que la competencia del Juez de Segunda Instancia se circunscribe a aquellos asuntos de la sentencia apelada que el recurrente señala como motivos de inconformidad, la Sala debe determinar si en el caso concreto era necesario protocolizar el acto ficto producto del silencio de la administración para efectos de su configuración.

2.- Nulidad de los actos administrativos de carácter tributario por notificación extemporánea de los mismos

2.1.- De conformidad con el artículo 732 del E.T., la Administración Tributaria tiene un término de un año para **resolver** los recursos de reconsideración, contado a partir de su interposición en debida forma.

Esta Sección¹ ha precisado que el término “*resolver*” al que se refiere la norma, comprende la **notificación** del respectivo acto administrativo, pues mientras el contribuyente no conozca la determinación de la administración, esta no produce efectos jurídicos y no puede considerarse resuelto el recurso.

2.2.- Tratándose de los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, la sola notificación extemporánea de los mismos da lugar a su nulidad, por expresa disposición del artículo 730-3 del Estatuto Tributario, que señala:

"ARTICULO 730. CAUSALES DE NULIDAD. Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos:

(...)

3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal.

(...)"

Todo, con fundamento en la pérdida de competencia temporal de la Administración para pronunciarse y liquidar o modificar el gravamen.

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.

2.3.- 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

¹ Ver Exp.; 19515 de Septiembre 12 de 2013, 17142 de octubre 21 de 2010, y 15532 de abril 12 de 2007.

de la decisión recurrida, con los efectos que esto genera; esto es, la firmeza de la declaración privada, la desaparición de la sanción, la prosperidad de lo pretendido en la solicitud o recurso respectivo, 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 particulares².

3.- Caso concreto

3.1.- En el recurso de apelación no se cuestiona la extemporaneidad en la notificación de la Resolución No. 51889 de 2012, que confirmó el acto que negó la devolución del impuesto de registro pagado por el registro del aumento de capital de la sociedad Generar S.A. E.S.P.³, decretado con ocasión de un proceso de reestructuración de la misma.

Para el ente territorial demandado, a pesar del vencimiento del término de ley, no se configuró el silencio administrativo positivo, habida cuenta de que la contribuyente no procedió a protocolizar el acto ficto.

3.2.- Sobre el particular, la Sala debe precisar, con fundamento en las pautas expuestas en el punto 2) de esta providencia, que la demanda estuvo siempre dirigida a que se anularan los actos cuestionados por efectos de la pérdida de competencia de la Administración.

Ese supuesto -pérdida de competencia-, se repite, no está en discusión, amén de que el recurso de reconsideración fue presentado el 7 de junio de 2011⁴ y la notificación de la resolución se surtió por edicto fijado el

² Piénsese, por ejemplo, en aquel que no desee someterse a la contingencia de que la administración niegue su solicitud de declarar la existencia del acto ficto, sumada al posterior juicio de dicha decisión, y elija entonces acudir directamente al juez. Por el contrario, puede suceder que el contribuyente confíe en una decisión favorable por parte de la Administración, y en consecuencia, escoja pedir que se declare la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

³ Hoy, Colinversiones S.A. E.S.P.

⁴ Ver fl. 18.

19 de junio de 2012 y desfijado el 3 de julio del mismo año; esto es, por fuera del término de un año que concede la ley para ese propósito⁵.

En esas condiciones, es claro que se configura la causal de nulidad contemplada en el artículo 730-3 del E.T., razón suficiente para anular los actos cuestionados.

3.3.- De ahí que no resulta relevante para el caso concreto la presunta omisión de protocolización del silencio administrativo positivo, pues la nulidad se deriva directamente del incumplimiento del plazo contemplado por la ley para la resolución del recurso.

En todo caso, no puede perderse de vista que la regla general es que el silencio de la administración opera de pleno derecho, por el mero transcurso del tiempo.

3.4.- El Estatuto Tributario prevé que sea la Administración la que de oficio o a petición de parte declare la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Eso significa que el acto ficto surte efectos, igualmente, a partir del día siguiente a la configuración del silencio administrativo, sin perjuicio del reconocimiento que de esa situación haga, mediante acto expreso declarativo, la Administración.

3.5.- Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que declaró la nulidad de los actos demandados con fundamento en la causal de nulidad del artículo 730-3 del E.T., y ordenó la devolución de las sumas cuyo reintegro fue negado en tales decisiones.

No se condenará en costas en esta instancia porque no se acreditó que se hubieran causado.

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,

⁵ En este caso se aplican las disposiciones del Estatuto Tributario Nacional, por la remisión normativa que ordenan los artículos 59 de la Ley 788 de 2002 y 249 de la Ordenanza Departamental No. 15 de 2010 (Estatuto de Rentas del Departamento de Antioquia, vigente para la fecha de expedición de los actos demandados).

F A L L A

1.- CONFIRMAR la sentencia del 26 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2.- Sin costas en esta instancia.

3.-DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección

STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ