CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: **76001233100020090121 9-01**
No. Interno: **19482**
Demandante: **Manuelita S.A.**
Demandado: **Municipio de Palmira**

F A L L O

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del municipio de Palmira contra la sentencia del 23 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión -, que resolvió:

> ***"1. DECLARASE*** *la nulidad de la Resolución No. 2100-2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009 proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Palmira.*

*2. **ORDENASE** al Municipio de Palmira reconocer los efectos del silencio administrativo positivo protocolizado mediante Escritura Pública No. 3343, el 25 de noviembre de 2002 ante la Notaría 3ª del Círculo de Palmira.*

*3. **ORDENASE** la devolución del Impuesto de Industria y Comercio pagado indebidamente que se deriva de las seis declaraciones bimestrales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros del año 1999, presentadas a la administración por Manuelita S.A., junto con los intereses causados y calculados desde el 08 de junio de 2001 y hasta la fecha del giro del cheque o consignación de lo debido.*

*4. **NIEGANSE** las demás pretensiones de la demanda."*

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- El 7 de junio de 2001, Manuelita S.A. solicitó al municipio de Palmira la devolución del pago de lo no debido por el impuesto de industria y comercio declarado en el año 1999[1].
- El 3 de julio de 2001, mediante el oficio HDR-1070, el municipio de Palmira resolvió negativamente la solicitud de devolución que presentó Manuelita S.A. el 7 de junio de 2001[2].
- El 3 de septiembre de 2001, Manuelita S.A. interpuso recurso de reconsideración contra el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001[3].

[1] Folios 44 a 49 del cuaderno principal.

[2] Folios 40 y 42 del cuaderno principal.

[3] Folios 29 a 39 del cuaderno principal.

- El 12 de mayo de 2009, la demandante solicitó al municipio de Palmira que se reconociera la ocurrencia del silencio administrativo positivo.
- El 26 de agosto del 2009, mediante la Resolución 2100-2150-02-02-099, el municipio de Palmira decidió *"no reconocer el presunto silencio administrativo que pudo haber ocurrido por la presunta falta de decisión de la interposición de un recurso de reconsideración contra el oficio HDR-1070 de fecha 3 de julio de 2001 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas Públicas de Palmira."*[4].

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. LA DEMANDA

La demandante formuló las siguientes pretensiones:

> *"1. RECONOCER LA OCURRENCIA DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO en razón a que el recurso interpuesto contra el acto administrativo COMUNICACIÓN HDR-1070 DEL TRES (3) DE JULIO DE DOS MIL UNO (2001) que resolvió la petición de devolución del pago de lo no debido por el impuesto de industria y comercio y su complementario por los seis (6) bimestres de mil novecientos noventa y nueve (1.999) nunca fue resuelto por la administración municipal.*
>
> *2. Por la anterior razón y por las causales de nulidad invocadas en la demanda DECLARAR LA NULIDAD de los siguientes actos administrativos:*
>
> *2.1. RESOLUCIÓN 2100-2150-02-02-099 del veintiséis (26) de agosto de dos mil nueve (2009) proferida por la Secretaría de Hacienda Municipal de Palmira QUE RESUELVE DEFINITIVAMENTE sobre la petición de reconocimiento de silencio administrativo positivo y sobre la solicitud de devolución del pago de lo no debido por*

[4] Folios 7 a 13 del cuaderno principal.

el impuesto de industria y comercio de los seis (6) bimestres de mil novecientos noventa y nueve (1999).

3- Como consecuencia de la anterior declaratoria, RESTABLECER EN SU DERECHO a MANUELITA S.A., disponiendo:

3.1. Se ordene la DEVOLUCIÓN del impuesto pagado indebidamente por Manuelita S.A. derivado de la presentación de las seis (6) declaraciones bimestrales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros por el año mil novecientos noventa y nueve (1999). Pago de lo no debido que quedó evidente con la sentencia de nulidad simple 050 del dos (2) de noviembre de dos mil (2000), Radicación 1999-057, del Honorable Tribunal Contencioso Administrativo, Sala de Descongestión, Sede Cali, que anuló el artículo quinto (5º) del Acuerdo 53 de 1999 que establecía el periodo bimestral del impuesto de industria y comercio a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

3.2. Se reconozcan intereses corrientes a favor de MANUELITA S.A. desde el momento en que se hizo la solicitud de devolución; es decir, desde el ocho (8) de junio de dos mil uno (2001), del impuesto pagado indebidamente por las seis (6) declaraciones bimestrales del impuesto de industria y comercio y su complementario de avisos y tableros del año mil novecientos noventa y nueve (1999).

El reconocimiento de intereses a favor de los contribuyentes está autorizado por el artículo 863 del Estatuto Tributario para impuestos nacionales de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades tributarias municipales por el artículo 59 de la Ley 788 de 2002.

4- Por último, CONDENAR AL MUNICIPIO DE PALMIRA, VALLE DEL CAUCA, AL PAGO DE LAS COSTAS Y GASTOS PROCESALES, incluidas las agencias en derecho."

2.1.1. Normas violadas

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículo 29 de la Constitución Política.
- Artículos 734, 736, 850 y 855 del Estatuto Tributario.
- Artículos 356, 358 y 388 del Acuerdo 17 de 2008, expedido por el Concejo municipal de Palmira.

- Artículos 290, 292, 324 y 327 del Acuerdo 83 de 1999, expedido por el Concejo municipal de Palmira.
- Artículo 59 de la Ley 788 de 2002.

2.1.2. El concepto de la violación

a) Violación de los artículos 29 de la Constitución Política, de los artículos 734 y 736 del Estatuto Tributario y de los artículos 356 y 358 del Acuerdo 17 de 2008 del Concejo Municipal de Palmira. Renuencia del municipio de reconocer la ocurrencia del silencio administrativo positivo. Incompetencia por el factor temporal.

La demandante evidenció que el municipio de Palmira no resolvió dentro del término previsto en los artículos 734 del ET, 290 del Acuerdo 83/1999 y 356 del Acuerdo 17/2008 [1 año], el recurso de reconsideración que interpuso contra el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001, que negó la solicitud de devolución del impuesto de industria y comercio del año 1999.

Indicó que como el recurso no fue resuelto oportunamente, se entiende fallado a favor de Manuelita S.A. Que, por lo tanto, el municipio de Palmira debió declarar la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

Dijo que ante la omisión del municipio de resolver el recurso de reconsideración, Manuelita S.A. protocolizó el silencio administrativo positivo ante la Notaría 3 de Palmira, mediante la escritura pública 3343 del 25 de noviembre de 2002.

Sostuvo que, el 6 de diciembre de 2002, solicitó al municipio de Palmira el reconocimiento del silencio administrativo positivo protocolizado e insistió en la devolución del impuesto pagado indebidamente.

Afirmó que la Administración municipal violó las normas legales y constitucionales señaladas, al no resolver, oportunamente, el recurso de reconsideración y al negarse a reconocer la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

b) Violación del artículo 29 de la Constitución Política, de los artículos 850 y 855 del Estatuto Tributario, del artículo 59 de la Ley 788 de 2002, del artículo 388 del Acuerdo 17 de 2008 y de los artículos 324 y 327 del Acuerdo 83 de 1999, expedidos por el Concejo municipal de Palmira.

La demandante indicó que presentó la solicitud de devolución del pago de lo no debido por impuesto de industria y comercio del año 1999, dentro de los dos años siguientes a la presentación y pago de las declaraciones, el 8 de junio de 2001, de conformidad con el artículo 326 del Acuerdo 83 de 1999.

Dijo que la Administración violó las disposiciones constitucionales y legales invocadas, al no devolver el impuesto pagado indebidamente dentro de los 30 días siguientes a la solicitud de devolución, conforme con lo previsto en el artículo 855 del Estatuto Tributario, el artículo 326 del Acuerdo 83/1999 y el artículo 388 del Acuerdo 17/2008.

También dijo que la violación se dio al configurarse la causal de nulidad por falta de competencia temporal de la Administración municipal, al proferir la Resolución 2100.2150.02.02.009 del 26 de agosto de 2009.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado del municipio de Palmira contestó la demanda en los siguientes términos:

Aceptó que se configuró el silencio administrativo positivo en relación con el recurso de reconsideración interpuesto por Manuelita S.A. contra el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001, que negó la solicitud de devolución del impuesto de industria y comercio declarado y pagado por el año 1999.

Pero indicó que a partir del 3 de julio de 2002, fecha en que se habría configurado el silencio administrativo positivo, la demandante estaba facultada para exigir la devolución o compensación del impuesto pagado, dentro del término de dos años.

Advirtió que desde la fecha en que se configuró el silencio administrativo (3 de julio de 2002), a la presentación de la demanda, transcurrieron más de siete años sin que la demandante ejerciera las respectivas acciones ante la Administración municipal y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por tanto, se configuró la caducidad de la acción.

2.3. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca anuló los actos administrativos demandados y ordenó al municipio de Palmira reconocer los efectos del silencio administrativo positivo y a devolver a la demandante el impuesto de industria y comercio del año 1999, que habría pagado indebidamente la demandante, junto con los intereses causados.

El *a quo* advirtió que mediante la sentencia del 2 de noviembre de 2000, de ese mismo Tribunal, se anuló parcialmente el artículo 5 del Acuerdo 53 de 1999, del municipio de Palmira, relacionado con el periodo y la base gravable del impuesto de industria y comercio en esa jurisdicción.

Con base en los hechos y las pruebas que reposan en el expediente, concluyó que el recurso de reconsideración que interpuso la demandante contra el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001, no fue resuelto por el municipio dentro del año siguiente a su interposición, como lo disponen los artículos 732 del Estatuto Tributario y 290 del Acuerdo 083 de 1999.

Que, en esa medida, se configuró el silencio administrativo positivo del artículo 734 del Estatuto Tributario, que fue protocolizado por la demandante ante la Notaría 3 de Palmira el 25 de noviembre de 2002. Y que al configurarse el silencio administrativo positivo, el municipio tenía el deber de devolver el impuesto de industria y comercio del año 1999.
El Tribunal no condenó en costas.

2.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del municipio de Palmira interpuso recurso de apelación contra la sentencia del *a quo.* Las razones de su inconformidad fueron las siguientes:

En primer lugar, el municipio dijo que la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 2 de noviembre de 2000 no da el derecho a obtener la devolución del impuesto de industria y comercio del año 1999 que pagó la demandante.

Sostuvo que operó la caducidad de la acción, porque la demandante tenía cuatro meses contados a partir del 25 de noviembre de 2002, fecha en que protocolizó el silencio administrativo positivo, para interponer la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dijo que no era pertinente aceptar que la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 2009 fue la que resolvió la petición de devolución que radicó en el año 2001, pues esta solicitud ya había sido resuelta en el año 2002, con el silencio administrativo positivo protocolizado.

Adujo que operó la prescripción del derecho de solicitar la devolución del impuesto, pues desde la fecha en que se protocolizó el silencio administrativo positivo, hasta cuando se interpuso la demanda ya habían transcurrido siete años.

Indicó que se configuró la causal de nulidad de la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 2009, por falta de competencia temporal, pues para esa fecha ya había sido resuelta la petición de devolución con la configuración del silencio administrativo positivo protocolizado en noviembre de 2002.

Afirmó que, independientemente de que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca haya anulado el artículo 5 del Acuerdo 53 de 1999, que señalaba el periodo y la base gravable del ICA para el año 1999, la demandante era sujeto pasivo del gravamen en los términos de la Ley 14 de 1983. Por tanto, concluyó que no es cierto que se haya configurado el pago de lo no debido, pues la demandante estaba obligada a declarar y pagar el impuesto en esa jurisdicción.

Finalmente, dijo que la demandante actuó de mala fe al afirmar que la resolución demandada fue la que resolvió definitivamente sobre el reconocimiento del silencio administrativo y sobre la devolución del pago de

lo no debido, cuando esta situación ya estaba resuelta desde el año 2002, con la protocolización del silencio administrativo, y cuando afirmó que esa resolución se originó en una insistencia de la sociedad.

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte actora** insistió en que el silencio administrativo positivo que se configuró a favor de Manuelita S.A. se ajustó a lo dispuesto en los artículos 732 y 734 del E.T., y los artículos 356 y 358 del Acuerdo 17/2006 y los artículos 290 y 292 del Acuerdo 83/1999, expedidos por el Concejo municipal de Palmira. Que la protocolización del silencio administrativo se hizo de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Decreto 01 de 1984. Que la consecuencia del silencio es la aceptación de la solicitud de la devolución de los pagos que hizo la demandante por el impuesto de industria y comercio del año 1999.

El **municipio de Palmira** reiteró lo dicho en el recurso de apelación.

2.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por el municipio de Palmira, la Sala decide sobre la demanda de nulidad de la Resolución 2100-

2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009, que habría negado la declaración del silencio administrativo positivo presentada por Manuelita S.A.

3.1. Problema Jurídico

La Sala considera que son dos los problemas jurídicos a resolver: (i) Si se configuró el silencio administrativo positivo por el hecho de que el municipio de Palmira no resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la demandante contra el oficio HDR-1070, que le negó la solicitud de devolución del impuesto de industria y comercio pagado en el año 1999, y (ii) si, los actos administrativos demandados son nulos por el hecho de que el municipio de Palmira se rehusó a reconocer la existencia del silencio administrativo positivo y se negó a devolver el impuesto pagado.

La Sala considera que aunque en el caso concreto está probado que se configuró el silencio administrativo positivo (que da lugar a un acto ficto favorable) por el hecho de que el municipio de Palmira no resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la demandante contra el oficio HDR-1070, que le negó una solicitud de devolución del impuesto de industria y comercio pagado en el año 1999, no hay lugar a anular la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009, que se rehusó a reconocer la existencia del silencio administrativo y se negó a devolver el impuesto pagado, por las razones que se pasan a exponer, y que se desarrollan en tres subcapítulos: (i) sobre la configuración del silencio administrativo positivo, (ii) las condiciones para hacer efectivo el derecho derivado de un acto administrativo ficto positivo. Conformidad con la ley y acto ejecutable (iii) La

configuración del silencio administrativo positivo y la devolución del impuesto de industria y comercio. El caso concreto.

3.2. Sobre la configuración del silencio administrativo positivo

El artículo 732 del ET dispone que la Administración de Impuestos tendrá un (1) año para resolver el recurso de reconsideración o el de reposición, contado a partir de su interposición en debida forma.

En concordancia con esta disposición, el artículo 734 del Estatuto Tributario prevé que, si transcurrido el término de un año, el recurso de reconsideración no se ha resuelto, el recurso se entenderá fallado a favor del recurrente.
En el mismo sentido está previsto el plazo para resolver el recurso de reconsideración y la configuración del silencio administrativo positivo, en los artículos 290 y 292 del Acuerdo 83 de 1999, *"por el cual se adopta un nuevo estatuto único tributario para el municipio de Palmira"*[5]

Ahora bien, la Sala[6] ha dicho que a diferencia de lo que prevé el Decreto Ley 01 de 1984 [C.C.A.] –que dispone que cuando se configura el silencio administrativo positivo se debe protocolizar la constancia o copia de la petición debidamente radicada en la

[5] **Acuerdo 083 de 1999. Artículo 290. Término para resolver los recursos.** La Gerencia de Hacienda y Finanzas Públicas y la División de Rentas tendrán un (1) año, para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma.

Artículo 292. Silencio administrativo. Si transcurrido el término señalado en el artículo 290, 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.

[6] Sobre el tema puede consultarse la sentencia del 10 de diciembre del 2015, expediente 25000232700020110002 2-01 (19610), Consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

administración, junto con la declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto– el artículo 734 del E.T. establece que el silencio administrativo positivo lo debe declarar la Administración, de oficio o a petición de parte, pues se entiende que la autoridad tributaria es la que verifica si el recurso se resolvió en tiempo o si definitivamente no se decidió. Es decir que para hacerlo valer ante la propia Administración tributaria, no es necesario protocolizar el silencio administrativo, basta invocarlo.

Así, el acto presunto[7] derivado del silencio administrativo positivo nace a partir del día siguiente de vencimiento del plazo de un año que tiene la Administración para decidir el recurso de reconsideración. Y a partir de este momento, el beneficiario del acto ficto puede reclamar a la Administración para que haga lo que corresponda para ejecutar el derecho reconocido. La administración, en caso de aceptar la configuración del silencio administrativo y declararlo, deberá proveer lo necesario para que se ejecute. En caso de no

[7] El artículo 41 del C.C.A. establece que solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva. Por eso, califica el acto positivo como presunto.

Dice Jorge I. Muratorio: *"…el acto presunto – o acto ficto – se configura ante la ausencia de un acto expreso y de un acto tácito, es decir, no hay una manifestación directa ni indirecta de voluntad; sólo hay inactividad o silencio administrativo, al cual el ordenamiento jurídico le atribuye un valor y/o efecto.*

La inactividad administrativa, en cuanto obstaculiza la efectividad de los derechos de los particulares, encontró en la técnica del silencio administrativo un medio de solución. …

De modo, pues, que el silencio, si es negativo, no implica manifestación alguna y, si es positivo, su valor está dado por la norma que así lo disponga, por lo que será voluntad manifiesta por presunción de la ley."

https://es.scribd.com/doc/244623464/ACTOS-ADMINISTRATIVOS-TACITOS-MURATORIO-pdf

hacerlo, el beneficiario del acto ficto positivo podrá conminar a la administración para que proceda de conformidad.[8]

3.3. De las condiciones para hacer efectivo el derecho derivado de un acto administrativo ficto positivo. Conformidad con la ley y acto ejecutable

Como lo ha precisado la Sala[9], la administración, en cualquiera de sus niveles (nacional, departamental o local), produce actos jurídicos tendientes a desarrollar, cumplir y ejecutar los mandatos constitucionales y legales, en ejercicio de la función pública administrativa. Dicha potestad sirve para justamente administrar el interés público cuando entra en juego con los diversos intereses privados que, en el marco de la Constitución y la ley, conviven en el ordenamiento. Es más, la función administrativa también está para perseguir y sancionar comportamientos de particulares contrarios al orden jurídico como en el caso de las infracciones administrativas y, en general, el derecho administrativo de policía.

La Administración adopta las decisiones mediante actos administrativos, que son actos jurídicos y que respecto de las situaciones jurídicas a las que se

---

[8] El artículo 297 del nuevo CPACA estipula que son títulos ejecutivos *"las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa"*. Estos títulos pueden cobrarse coactivamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. "Título IX. Proceso ejecutivo".

[9] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Magistrado sustanciador: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, 28 de abril de 2016. Ref.: Expediente N°: 25000233700020120032001. Número interno: 20392. Demandante: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. Demandado: Distrito Capital - Secretaría de Hacienda. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho.

refieren son, por lo menos, de dos grandes y diferentes clases: el acto normativo (reglamento) y el acto administrativo de contenido particular y concreto.

El acto administrativo de contenido particular y concreto es el que denominamos propiamente acto administrativo, en cuanto materializa o particulariza la ley y el propio reglamento a una situación específica. Es el que aplica al caso las fuentes del derecho administrativo.

El acto administrativo particular surge de una actuación administrativa que, conforme con el artículo 4[10] de la Ley 1437 —cuya redacción coincide con la que antes tenía el artículo 4 del Decreto 01 de 1984—, puede iniciarse a petición de parte: en ejercicio del derecho de petición en interés particular, o en cumplimiento del administrado de una obligación o un deber legal (deber de declarar renta, por ejemplo), o de oficio.

En materia tributaria, las actuaciones administrativas también se pueden iniciar en ejercicio del derecho de petición en interés particular. Tal es el caso de la actuación administrativa iniciada para que se le reconozca a un contribuyente la devolución de ciertas sumas de dinero, ora porque constituyen un saldo a favor, un pago en exceso o un pago de lo no debido.

---

[10] **Artículo 4°. *Formas de iniciar las actuaciones administrativas.*** Las actuaciones administrativas podrán iniciarse:
1. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés general.
2. Por quienes ejerciten el derecho de petición, en interés particular.
3. Por quienes obren en cumplimiento de una obligación o deber legal.
4. Por las autoridades, oficiosamente.

Esta actuación administrativa culmina, por regla general, con un acto administrativo expreso que decide favorable o desfavorablemente la petición. Por excepción, esa actuación puede culminar con un acto administrativo ficto positivo. Esto ocurre, como se precisó anteriormente, cuando la administración omite resolver en tiempo, esto es, en el año, el recurso reconsideración interpuesto contra el acto que negó la petición de devolución. En este caso, se reitera, el artículo 734 del E.T. dispone que el recurso se entiende resuelto a favor del contribuyente, lo que quiere decir que la petición de devolución del saldo a favor, del pago en exceso o de lo no debido se entendería aceptada.

Es, por lo tanto, la ley, en este caso, el Estatuto Tributario, la que, por excepción, le da al silencio de la administración el efecto análogo al de una decisión expresa. Además, se presenta como una decisión adversa a sus propios intereses y correlativamente positiva a favor del administrado. Se trata, entonces, de un acto declarativo[11] del que se deriva el efecto jurídico que la propia ley manda, y, como tal, sujeto a las mismas reglas de los actos expresos, en especial, la presunción de legalidad y su virtual obligatoriedad. De ahí que el artículo 73 del C.C.A.[12] disponga que habrá lugar a revocar los

[11] Manuel María Díez, explica que los actos que tienen por objeto el nacimiento, modificación o extinción de un derecho, obligación, interés, etc., vale decir una modificación de la condición jurídica existente, se llaman constitutivos o innovativos. Y que existen otros actos que tienen por efecto hacer valer, realizar, conservar o tutelar un poder o derecho por efecto hacer valer, realizar, conservar o tutelar un poder o derecho preexistente, sin producir efectos innovativos. Estos actos se llaman declarativos. Manuel María Díez. "El Acto Administrativo". Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires. 1993.

[12] En vigencia de la Ley 1437 de 2011 (nuevo CPACA), cuando la autoridad considera que el acto ficto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y si la administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, lo debe demandar sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitar al juez su suspensión provisional.

actos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69 ib., o si fuera evidente que el acto ocurrió por medios ilegales[13].

De otra parte, la Sala considera que a los actos administrativos fictos nacidos del silencio administrativo positivo también le son aplicables las reglas previstas para la pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos expresos.

El parágrafo del artículo 95 de la citada ley también dispone que en el curso de un proceso judicial, y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del comité de conciliación de la entidad. Esa oferta de revocatoria debe señalar los actos y las decisiones objeto de la medida y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que las autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

[13] El inciso final del artículo 41 del C.C.A. dispone que el acto presunto podrá ser objeto de revocatoria directa en las condiciones que señalan los artículos 71, 73 y 74.

La jurisprudencia de la Corporación, en principio, no fue pacífica en cuanto a los eventos en los que no era necesario el consentimiento del titular del derecho. En la actualidad, la tesis de la Sala Plena y de las Secciones es unívoca en cuanto a que no es necesario el consentimiento del titular del derecho en dos eventos:

- Cuando el acto administrativo que se pretende revocar es el resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo y se configuran las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A. y,

- Cuando resulta evidente que el acto que se pretende revocar ocurrió por medios ilegales.

Así se pronunció el Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO. Bogotá, D.C. dieciséis (16) de julio de dos mil dos (2002). Radicación número: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029). Actor: JOSE MIGUEL ACUÑA COGOLLO. Demandado: DEPARTAMENTO DE CORDOBA

Ver síntesis en: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013). Radicación: 08001233100020060086 2-01. No Interno: 18392. Demandante: Industrias Colombia INDUCOL. Demandado: Municipio de Soledad. Asunto: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así, conforme con el artículo 66 del C.C.A., *"salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos*:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho
3. *Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.*
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

Merece especial atención de la Sala la causal prevista en el numeral 3, que alude a la inactividad de la Administración para ejecutar los actos administrativos.

Aunque la excepción de pérdida de ejecutoriedad [artículo 67 del C.C.A.[14]] es un mecanismo creado en favor del sujeto destinatario de actos administrativos que crean o modifican situaciones jurídicas no propiamente favorables a sus intereses (por ejemplo, el acto que imponga una sanción), el

[14] C.C.A. Artículo 67. Excepción de pérdida de ejecutoriedad. Cuando el interesado se oponga por escrito a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderá, y resolver dentro de un término de quince (15) días. Contra lo que decida no habrá recurso alguno.

acto administrativo derivado del silencio administrativo positivo, *a fortiori,* también está sujeto a esta regla.

Esto porque al beneficiario del acto ficto positivo le asiste el derecho de ejecutar el permiso o autorización o el derecho derivado del silencio positivo o conminar a la Administración a que cumpla las acciones que sean pertinentes para efectivizar el derecho derivado de la decisión ficta positiva. Si la Administración considera que el acto se ajusta a derecho y que no ha perdido fuerza ejecutoria, si se trata de actos fictos positivos cuya ejecución depende de la administración, ninguna excusa habría para que se oponga a ejecutarlo, sobre todo si está facultada para revocar o demandar el acto ficto positivo, si lo considera contrario a derecho.

De manera que los actos administrativos (todos los creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas) pierden fuerza ejecutoria, entre otras causales, cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

Pero ¿cuándo queda en firme un acto ficto positivo?

El artículo 42 del C.C.A. dispone que la escritura pública y sus copias –en la que se protocoliza la constancia o copia de la petición debidamente recibida por la administración, junto con la declaración jurada de no haber sido notificada ninguna decisión– producirá todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así. La firmeza del

acto ficto positivo, entonces, tiene ocurrencia desde el día siguiente a la fecha en que se configuró el silencio, pero se exige la protocolización para hacer valer la decisión ficta positiva ante terceros y, por supuesto, ante la propia administración.[15] Si fuera necesario, pues la administración que originó el silencio sabe y conoce que por vencimiento del plazo sin respuesta frente a la petición o recurso, surgió un acto ficto positivo.

En materia tributaria, el Estatuto Tributario prevé que sea la administración la que de oficio o a petición de parte declare el 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. Esa declaración de la administración supone que también debe adoptar las medidas para hacer efectivo el derecho reconocido por la decisión ficta presunta positiva.[16] En ese caso el acto ficto se convierte en un acto expreso.

---

[15] Actualmente, el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011) dispone que el acto administrativo ficto derivado del silencio administrativo positivo queda en firme desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 del mismo código. Esto no cambia el hecho de que el acto ficto positivo nace una vez configurados los presupuestos previstos en la ley y que la protocolización se exige para hacer valer la decisión ficta positiva ante terceros y, por supuesto, ante la propia administración.

[16] Ni el C.C.A. ni el Estatuto Tributario prevén un plazo para protocolizar o pedir el silencio administrativo positivo. En otras legislaciones, como, por ejemplo, la de España, el artículo 24 de la Ley 39 de 2015 dispone que *"4. Los actos administrativos producidos por el silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia debe ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho,* ***incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquel en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para resolver."*** (negrilla fuera de texto).

Parejo Alfonso Luciano, Descalzo González, Antonio. Leyes de Régimen Jurídico del sector público, del procedimiento administrativo común y de la jurisdicción contencioso-administrativa. Tirant lo blanch. Valencia, 2015.

Corolario de lo dicho, la Sala considera que, cuando haya lugar, la Administración está obligada a ejecutar el acto administrativo ficto positivo, en la medida en que se ajuste a derecho, esto es, que no sea contrario a la ley y no haya perdido fuerza ejecutoria.

En otros términos, si no se protocolizó oportunamente el silencio positivo o no se pidió oportunamente que se declare la ocurrencia del silencio, el plazo de cinco años para establecer la pérdida de fuerza ejecutoria debe contarse a partir del día siguiente de la ocurrencia del silencio positivo. Esto es, cuando vence el plazo para contestar que tiene la administración según la ley.

En ese contexto, se procede a analizar si es nula la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009, que se rehusó a reconocer la existencia del silencio administrativo y se negó a devolver el impuesto pagado.

3.4. De si es nula la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009, que se rehusó a reconocer la existencia del silencio administrativo y se negó a devolver el impuesto pagado. El caso concreto

La Sala considera que no se debe anular la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009, por las razones de hecho y de derecho que se pasan a exponer.

3.4.1. De los hechos para decidir el caso

1. Los días 16 de marzo, 13 de mayo, 15 de julio, 15 de septiembre, 11 de noviembre de 1999 y el 18 de enero de 2000, la demandante pagó el impuesto de industria y comercio por los 6 bimestres correspondientes al año 1999.

2. El 8 de junio de 2001, Manuelita S.A. solicitó al municipio de Palmira la devolución del impuesto de industria y comercio que pagó durante los 6 bimestres del año 1999[17].

   La petición de devolución se fundamentó en el hecho de que la demandante pagó el impuesto con fundamento en el Acuerdo 53 de 1999, siendo que debió declararlo con fundamento en el Acuerdo 129 de 1996.

   Explicó que la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante sentencia del 23 de diciembre de 2000, anuló las siguientes expresiones contenidas en el artículo 5º del Acuerdo 53 de 1999: *"a partir del 1º de enero de 1999"* y *"se liquidará sobre los ingresos brutos del mismo período".* Que según las consideraciones del fallo, el Acuerdo 53 de 1999 solo tenía efectos a partir del 1º de enero de 2000 y que, para tributar por el año gravable 1999, debían tenerse en cuenta los ingresos brutos del año anterior, conforme lo dispone la Ley 14 de 1983, mas no los ingresos brutos del mismo período, como lo había previsto el Acuerdo parcialmente anulado. Por lo tanto, la demandante le pidió al municipio de Palmira: (i) que se devuelva el impuesto pagado por el año 1999, o (ii) en subsidio, que se reliquide el impuesto con fundamento en el

[17] Folio 44 a 49 del cuaderno principal.

Acuerdo 129 de 1996. Valga precisar que, para la demandante, el plazo para pedir la devolución era de 10 años, pues alegó que el pago que hizo calificaba como pago no debido.

3. El 3 de julio de 2001, mediante el oficio HDR-1070, el municipio de Palmira resolvió negativamente la solicitud de devolución presentada por Manuelita S.A.[18]

   La negativa se basó en que la sentencia del Tribunal del Valle del Cauca, Sala de Descongestión, tenía efectos hacia futuro, y en el hecho de que el Acuerdo anulado reguló la declaración y pago del impuesto de los años 1998 y 1999, y que, por lo tanto, no se advertía que la demandante hubiera hecho un doble pago por el año 1999. También se fundamentó en el hecho de que el plazo para pedir la devolución había vencido. (Se refirió al plazo de seis meses que habría previsto el artículo 243 del Decreto municipal Único Tributario 861 de 1999, del que no reposa copia en el expediente).

4. El 3 de septiembre de 2001, Manuelita S.A. interpuso recurso de reconsideración contra el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001[19], en el que controvirtió las razones que propuso el municipio de Palmira para negar la petición de devolución.

[18] Folios 59 y 60 del cuaderno principal.
[19] Folios 29 a 39 del cuaderno principal.

5. El recurso debió decidirse, a más tardar, el 3 de septiembre de 2002. En el expediente no obra prueba de que el recurso se haya decidido en ese plazo. Tampoco reposa prueba en el expediente de que el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001 haya sido demandado. Por lo tanto, se advierte que está probado que se configuraron los presupuestos para que se configurar el silencio administrativo positivo.

6. Transcurridos 4 meses y 22 días después de haberse configurado el silencio administrativo positivo, el 25 de noviembre de 2002, mediante la escritura pública 3343, Manuelita S.A. protocolizó el presunto silencio administrativo positivo que se habría configurado respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra el oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001[20]. La copia de esta escritura pública fue entregada al municipio de Palmira el 1º de diciembre de 2002.

7. Transcurridos seis (6) años, aproximadamente, de haberse configurado el silencio administrativo positivo y de haberse protocolizado, el 12 de mayo de 2009, Manuelita S.A. solicitó al municipio de Palmira que declarara el silencio administrativo positivo respecto del recurso de reconsideración interpuesto contra el oficio HDR-1070[21].

8. El 26 de agosto de 2009, mediante la Resolución 2100-2150-02-02-099, el municipio de Palmira decidió *"no reconocer el presunto silencio administrativo que pudo haber ocurrido por la presunta falta de decisión*

[20] Folios 256 a 58 del cuaderno principal.
[21] Folios 15 a 27 del cuaderno principal.

de la interposición de un recurso de reconsideración contra el oficio HDR-1070 de fecha 3 de julio de 2001 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas Públicas de Palmira."[22]

En la parte considerativa de la resolución, el municipio de Palmira manifestó lo siguiente:

> *"[P]ero el silencio administrativo positivo que solicita el mandante del contribuyente se le reconozca, no puede solamente circunscribirse a la interposición de un presunto recurso de reconsideración probablemente improcedente y a la protocolización del mismo, debido a que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad que amparan los efectos jurídicos que producen durante el tiempo que estuvieron vigentes, presumiéndose que éstos también estuvieron ajustados a la legalidad, lo que no da lugar a que se afecten situaciones particulares que se produjeron durante su vigencia y que están consolidadas, tal como se demuestra de la documentación hasta ahora arrimada como prueba y la que reposa en la Administración; no ocurriendo el silencio administrativo positivo solicitado, que seis (6) años después se argumenta se produjo."*

Contra esta resolución no se concedió recurso alguno.

9. El 18 de diciembre de 2009, Manuelita S.A. interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 2100-2150-02-02-099 del 26 de agosto de 2009[23], fundamentalmente por violación de los artículos 732 y 734 del ET, y 290 y 292 del Acuerdo 83 de 1999, por falta de aplicación, pues los hechos del caso dan cuenta de la configuración del silencio administrativo positivo.

[22] Folios 7 a 13 del cuaderno principal.
[23] Folios 397 a 425 del cuaderno principal.

10. En la contestación de la demanda, el municipio de Palmira admitió la ocurrencia del silencio administrativo positivo, pero alegó que, a partir del 3 de julio de 2002, fecha en que se habría configurado el silencio administrativo positivo, la demandante estaba facultada para exigir la devolución o compensación del impuesto pagado, dentro del término de dos años. No precisó el fundamento normativo de ese plazo.

    También advirtió que, desde la fecha en que se configuró el silencio administrativo (3 de julio de 2002) hasta la fecha de presentación de la demanda (18 de diciembre de 2009), transcurrieron más de siete años sin que la demandante ejerciera las respectivas acciones ante la Administración municipal y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se ejecutara el acto. Por tanto, interpretó que se configuró la caducidad de la acción respecto del oficio HDR-1070.

3.4.2. De la solución del caso

Como se puede apreciar, los hechos del caso dan cuenta de que el recurso de reconsideración interpuesto contra el oficio HDR-1070 no fue resuelto ni notificado a la demandante dentro del término que tenía el Municipio de Palmira para el efecto. Así lo aceptó el municipio en el escrito de contestación de la demanda, de tal forma que no se hará mayor análisis al respecto.

Pero es menester precisar que, para la Sala, no es pertinente interpretar que la Resolución 2100-2150-02-02-099 [acto demandado] negó la ocurrencia del silencio administrativo positivo pues, tal como se precisó, el acto ficto positivo nació y surtió efectos al día siguiente del vencimiento del plazo para decidir y notificar la resolución que debió resolver el recurso de reconsideración contra el oficio HDR-1070. Para la Sala, entonces, la resolución demandada, en realidad, negó la ejecución del acto ficto positivo.

En ese entendido, no hay lugar a anular los actos demandados ni a reconocer la devolución del impuesto de industria y comercio pagado en el año 1999 por la demandante, porque el plazo para hacer efectivo el presunto derecho derivado del acto ficto positivo era de 5 años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia del silencio positivo que dio lugar al acto ficto, plazo previsto para la pérdida de ejecutoria de los actos administrativos expresos, tal como se explicó anteriormente, que se extiende a los fictos.

En el caso concreto, bajo el presupuesto de que el acto administrativo ficto positivo se configuró el 3 de septiembre de 2002, y que adquirió firmeza al día siguiente, este perdió fuerza ejecutoria el 4 de septiembre de 2007, esto es, al cabo de los 5 años siguientes de haber quedado en firme, sin que ni la Administración ni la demandante hicieran nada para hacerlo efectivo.

La petición que presentó Manuelita S.A. en el año 2009 para que el municipio declarara un silencio administrativo positivo que ya se había configurado y protocolizado seis años atrás, no rehabilita la posibilidad de demandar una

supuesta denegatoria del silencio, ni tampoco la posibilidad de ejecutar el acto ficto positivo, y, por lo tanto, se deben denegar las pretensiones de la demanda.

Concordante con lo anterior, la sentencia del 23 de diciembre de 2000, que profirió el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Descongestión, en el sentido de anular parcialmente el artículo 5º del Acuerdo 53 de 1999 no surte ningún efecto en el caso concreto, porque la situación jurídica ya se encuentra consolidada.

El plazo de prescripción de 10 años[24], que propuso la demandante para establecer la oportunidad del reclamo presentado ante la administración, empezó a correr los días 16 de marzo, 13 de mayo, 15 de julio, 15 de septiembre, 11 de noviembre de 1999 y el 18 de enero de 2000, fechas en que la demandante pagó el impuesto de industria y comercio del año 1999, y se interrumpió el 8 de junio de 2001, cuando, precisamente, solicitó la devolución del impuesto. Esa petición es la que propició la actuación administrativa que dio lugar a la expedición del oficio HDR-1070 del 3 de julio de 2001, y que, posteriormente, culminó con el acto ficto positivo que, como se precisó, para su ejecución se rige por las reglas del C.C.A. y no por las del C.C. Por lo expuesto, no ha lugar el recurso de apelación.

[24] El artículo 2536 del Código Civil disponía un plazo de 10 años para la acción ejecutiva. El artículo 8 de la Ley 791 de 2002 lo redujo a 5.

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

F A L L A

REVÓCASE la sentencia del 23 de febrero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca – Sala de Descongestión -, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Manuelita S.A. contra el municipio de Palmira. En su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda.

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

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente de la Sala

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ