



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

CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 15001-23-33-000-2018-00292-01 (25637)
Demandante: Isagen S.A. ESP
Demandado: Municipio de Nobsa

Temas: Recurso de reconsideración. Notificación de la decisión. Solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 27 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que decidió (f. 234 vto.):

Primero: declarar la nulidad de la Resolución nro. 2017-004 del 16 de febrero de 2017 “*por la cual se impone una sanción por no declarar*”, así como de la Resolución nro. 2018-003 del 16 de febrero de 2018 “*por la cual se resuelve el recurso de reconsideración*”, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

Segundo: declarar que Isagen S.A. ESP, no le asiste obligación de realizar pago alguno por concepto de retención de alumbrado público.

Tercero: condenar en costas en primera instancia a la entidad demandada por ser la parte vencida en el proceso, y por encontrarse causadas. Para la fijación de agencias en derecho se procederá en la forma establecida en el artículo 366 *ibidem*.

ANTECEDENTES DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

Mediante la Resolución nro. 2017-004, del 16 de febrero de 2017, la Administración sancionó a la demandante por no presentar las declaraciones de retención del impuesto de alumbrado público por los doce periodos del año 2015 (ff. 34 a 36). El 18 de abril de 2017, la actora interpuso recurso de reconsideración contra tal acto (ff. 38 a 50), el cual fue decidido desfavorablemente por la Resolución nro. 2018-003, del 16 de febrero de 2018 (ff. 53 a 56), notificada por edicto el 27 de abril de 2018 (f. 110).

ANTECEDENTES PROCESALES

Demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso



Administrativo, Ley 1437 de 2011), la demandante formuló las siguientes pretensiones (f. 13):

Con fundamento en los hechos y argumentos que a continuación se exponen, respetuosamente se solicita al operador judicial de conocimiento, que se declare la nulidad de las siguientes resoluciones:

Resolución nro. 2017-004 del 16 de febrero de 2017, por la cual se impone una sanción por no declarar.

Resolución nro. 2018-003 del 16 de febrero de 2018, por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración.

Como consecuencia de las precitadas nulidades, se solicita que se restablezca el derecho de Isagen S.A. ESP, es decir, que no existe obligación de realizar pago alguno.

A los anteriores efectos, invocó como normas vulneradas los artículos 365, 366, 366-2, 367, 368, 369, 375, 565, 732, 734, 800 y 801 del ET (Estatuto Tributario); 59 de la Ley 788 de 2002; 29 de la Ley 1150 del 2007; 1.º de la Ley 1386 de 2010; 123, 326, 430 y 432 del Acuerdo nro. 016 de 2014 (Estatuto Tributario municipal de Nobsa); 9.º del Decreto 2424 de 2006; y las Resoluciones CREG nros. 123, 005 (3.º y 4.º) y 122 (8.º), de 2011, 2012 y 2013, respectivamente, bajo el siguiente concepto de violación (ff. 15 a 23):

Señaló que en el *sub lite* se configuró el silencio administrativo positivo porque no se notificó la resolución que resolvió el recurso de reconsideración dentro del año siguiente de haber sido interpuesto. Solicitó entonces que se declarara la nulidad de los actos acusados, por contrariar los artículos 565, 732 y 734 del ET.

Solicitó que se inaplicara el artículo 123 del Acuerdo nro. 016 de 2014, que previó el deber de practicar retención en la fuente por concepto del impuesto de alumbrado público a cargo de las empresas que suministran energía en la jurisdicción de la demandada, porque, a su juicio: (i) las normas nacionales y las resoluciones que regulan quiénes deben recaudar el tributo no incluyen a las empresas de generación y comercialización de energía, por lo que la disposición territorial tampoco podía hacerlo; (ii) la disposición desconoce que el impuesto de alumbrado público no está asociado a un pago o abono en cuenta que deban realizar esa clase de empresas, pues, por el contrario, perciben un ingreso por la venta de energía; y (iii) delega la función de fiscalización y cobro del tributo en un tercero, desatendiendo la prohibición expresa contenida en la Ley 1386 de 2010.

Añadió que bajo las Resoluciones CREG nros. 005 de 2012 y 122 de 2013, para estar sujeta a la obligación material de practicar las retenciones discusión, tendría que haber suscrito un convenio y la Administración debería entregarle la liquidación del tributo de manera previa a su recaudo. En la medida en que lo anterior no ocurrió, señaló que la sometieron a una carga a la que no estaba obligada.

Contestación de la demanda

La demandada se opuso a las pretensiones de su contraparte (ff. 98 a 109), para lo cual controvertió que se hubiera configurado el silencio administrativo positivo en la medida en que profirió y envió la citación para la notificación personal del acto enjuiciado en el plazo del año dispuesto para el efecto. Adicionalmente, adujo que el acto fue notificado por conducta concluyente cuando la demandada solicitó copias del mismo; y también a través de edicto fijado el 16 de abril de 2018. Agregó que, en todo caso, el silencio administrativo positivo solo puede reconocerse en sede judicial cuando se protocoliza y se demanda el acto que niega su configuración.

Aseveró que para controvertir la legalidad de las disposiciones que sustentaron los actos



enjuiciados era necesario que la actora demandara su nulidad. Aseguró que las normas que la demandante aduce fueron desconocidas son inaplicables porque no regulan el deber de retención omitido. Agregó que la determinación de los agentes retenedores se efectuó en ejercicio de su autonomía territorial, sin vulnerar la prohibición de delegación de la función de fiscalización; y afirmó que su contraparte prestó servicios públicos domiciliarios a usuarios finales ubicados en la jurisdicción, de modo que se encontraba obligada a practicar la retención en discusión.

Sentencia apelada

El tribunal accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas (ff. 224 a 235). Al efecto, juzgó que la resolución que desató el recurso de reconsideración fue notificada, por edicto, pasado un año desde su interposición en debida forma, por lo que se configuró el silencio administrativo alegado por la demandante. Pero, concluyó que para declararlo es necesario demandar el acto que niega su configuración y que, como no se hizo, era improcedente reconocerlo.

Juzgó que, conforme a los artículos 29 de la Ley 1150 de 2007, 9.º del Decreto 2424 de 2006, a las Resoluciones CREG nros. 043 de 1995 y 122 de 2013 y a la sentencia de esta Sección del 30 de marzo de 2016 (exp. 21035, CP: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez), cuando el recaudo del impuesto debatido se hace mediante la facturación del servicio, como sucede en el caso *sub examine*, es necesario que el municipio celebre un convenio con la compañía que se encarga de la retención, en el que se estipulen los términos de manejo y administración de esos recursos. Bajo esa premisa, declaró la nulidad de los actos enjuiciados porque verificó que las partes no habían suscrito dicho acto y, por ende, no era exigible que la actora practicara las retenciones por las que fue sancionada.

Recurso de apelación

Ambas partes apelaron la sentencia del *a quo*. Al efecto, la demandante planteó que, contrario a lo decidido por el tribunal, los fundamentos expuestos en la demanda tenían como finalidad la declaratoria de nulidad de los actos enjuiciados, por lo que se debía acceder a dicha pretensión al haberse reconocido la extemporaneidad en la notificación de la resolución que resolvió el recurso interpuesto (ff. 237 a 240). Reiteró los argumentos relacionados con la inaplicación de la disposición territorial que fijó el deber de practicar la retención en discusión por inobservar las normas nacionales que determinan quiénes deben recaudar el tributo.

La demandada (ff. 241 a 250) reiteró la tesis del *a quo* acerca de que solamente puede reconocerse el silencio administrativo positivo en sede judicial cuando se protocoliza y se demanda el acto que niega su configuración, sin que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sea el mecanismo procedente para obtener directamente ese pronunciamiento. Adujo que, en todo caso, la notificación del acto debía entenderse efectuada por conducta concluyente cuando la actora solicitó copias de este. Insistió en los argumentos de la contestación relativos a que la imposición de la carga en discusión se fijó en ejercicio de su autonomía territorial y que las normas analizadas no son aplicables para efectos de determinar el deber de practicar retención en la fuente. Se opuso a la imposición de costas por no estar probadas en el proceso.

Alegatos de conclusión

La actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda. La demandada y el ministerio



público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1- Juzga la Sala la legalidad de los actos acusados, atendiendo a los cargos de apelación formulados por las partes, contra la sentencia de primer grado que accedió a las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandada. Por consiguiente, corresponde determinar si ante la ausencia de pronunciamiento de la Administración sobre la ocurrencia del silencio administrativo positivo, resulta procedente que este sea declarado directamente en sede judicial y si su reconocimiento trae como efecto la nulidad de los actos acusados. De ser así, se estudiará si operó el silencio administrativo positivo por la alegada notificación extemporánea de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto. Si la decisión de alguna de esas cuestiones fuera adversa a la demandante, la Sala analizará si se debía inaplicar el artículo 123 del Acuerdo nro. 016 de 2014, que establece la obligación material, a cargo de las compañías que suministran el servicio público domiciliario de energía, de practicar la retención en la fuente a que haya lugar por concepto del impuesto de alumbrado público; y si la actora estaba sujeta a aquella carga. Por último, se estudiará la procedencia de la condena en costas impuesta en primera instancia.

2- Con todo, la Sala advierte que en escrito del 09 de septiembre de 2021 la actora solicitó la suspensión del presente proceso por prejudicialidad (índice 18) porque se encontraba pendiente de decisión de último grado el litigio promovido sobre la legalidad del artículo 132 del Acuerdo nro. 20 de 2016, del municipio de Nobsa, que estableció como agentes de retención del impuesto de alumbrado público a las empresas distribuidoras y comercializadoras de energía eléctrica. Argumentó que debido a que la finalidad de la norma que sustentó los actos en discusión (artículo 123 del Acuerdo nro. 016 del 2014) era la de imponer a los aludidos sujetos la misma carga, la decisión que se tome en aquel proceso condiciona el sentido del presente fallo. Al respecto, se advierte que, toda vez que los actos aquí demandados se sustentan en una disposición diferente a la enjuiciada en aquella nulidad simple, en el evento que se anule la mencionada disposición, aquella decisión no tendría incidencia en la legalidad de las resoluciones aquí debatidas. Por ende, al no existir una relación directa entre el juicio de legalidad que se adelanta en aquel proceso y el objeto del control jurisdiccional que se demanda en el *sub lite*, es improcedente la solicitud de suspensión por prejudicialidad. En esos términos, la Sala encuentra cumplidos los presupuestos procesales necesarios para dictar sentencia de segunda instancia en el asunto de la referencia.

3- En criterio del *a quo*, en el presente caso se configuró el supuesto de hecho que da lugar al silencio administrativo positivo de que trata el artículo 734 del ET, pero que al no haberse provocado una decisión de la autoridad sobre el particular que, fuera pasible de control judicial, era improcedente que se declarara en sede judicial su configuración. A esa decisión se opone la actora, pues argumenta que los actos demandados son nulos como consecuencia de la alegada notificación extemporánea de la resolución que lo resolvió. En consecuencia, le corresponde a la Sala juzgar si resulta procedente declarar directamente en sede judicial el silencio administrativo positivo y, si así fuera, el efecto que tendría su reconocimiento.

3.1- La posición mayoritaria de la Sala considera que, una vez se prueba el supuesto de hecho contemplado en el artículo 734 del ET (cuyo contenido fue reproducido en el artículo 544 del Estatuto Tributario municipal vigente para el momento de los hechos,



Acuerdo nro. 20 de 2016), consistente en que la autoridad no notifique la decisión del recurso de reconsideración dentro del año siguiente a su interposición en debida forma, el juez puede reconocer los efectos derivados de la configuración del silencio administrativo positivo, sin que sea necesaria la solicitud de la declaratoria del mismo ante la Administración¹. Así, porque de esa manera el juez está dando estricta aplicación a la consecuencia jurídica establecida en el mencionado artículo, máxime cuando ello corresponde a una forma en que se puede desvirtuar la legalidad del acto en función de la oportunidad de su notificación (sentencias del 01 de junio de 2001, exp. 11610, CP: Germán Ayala Mantilla; del 10 de octubre de 2019, exp. 22556, CP: Julio Roberto Piza; del 03 de septiembre de 2020, exp. 21858, CP: Stella Jeannette Carvajal; y del 26 de agosto de 2021, exp. 25042, CP: Julio Roberto Piza).

3.2- En cuanto a los efectos del silencio administrativo positivo, la Sala precisó que su configuración tiene como consecuencia la nulidad del acto de determinación y del acto que decide el recurso de forma extemporánea, pues, «*de lo contrario, se haría nugatoria la garantía prevista por el ordenamiento jurídico en favor de los administrados*» (fallos del 22 de octubre de 2020, exp. 23845, CP: Julio Roberto Piza (E); del 25 de febrero de 2021, exp. 23397, CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello; del 05 de agosto de 2021, exp. 25459, CP: Milton Chaves García; y del 26 de agosto de 2021, exp. 25042, CP: Julio Roberto Piza).

3.3- Los anteriores criterios de decisión bastan para reconocer que resulta improcedente el argumento del *a quo*, según el cual, solamente puede reconocerse el silencio administrativo positivo en la jurisdicción cuando se demanda el acto que niega su configuración; y, que su reconocimiento no debe dar lugar a la nulidad de los actos enjuiciados. Prospera el cargo de apelación de la parte actora.

4- Dilucidado la posibilidad de reconocer el silencio administrativo positivo directamente en sede judicial y el efecto aparejado al mismo, la Sala debe determinar si se configuró tal clase de silencio en el caso que se juzga. Al respecto, la demandante solicita la nulidad de los actos puesto que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración enjuiciado se notificó de forma extemporánea; supuesto que fue reconocido por el *a quo* al concluir que la aludida resolución se notificó mediante edicto desfijado después del plazo de un año desde la interposición del recurso. A su turno, en el escrito de apelación, la demandada alega la notificación oportuna, por conducta concluyente, del acto enjuiciado porque la actora solicitó copia de la resolución que resolvió el recurso.

En esas condiciones, observa la Sala que la demandada no controvierte el fundamento fáctico de la decisión del tribunal respecto a que se realizó una notificación por edicto de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración (incluso así lo acepta en el folio 100 de la contestación de la demanda), ni que la misma fue extemporánea. Lo que discute es si antes de que transcurriera el año contado desde la interposición del recurso, la actora se notificó por conducta concluyente de la decisión de este y, por ende, no habría lugar a reconocer la nulidad de los actos.

En lo que respecta a la notificación por conducta concluyente, la Sala Plena de esta corporación (sentencia del 13 de agosto de 2020, exp. 2020-01168-00, CP: Ramiro Pazos Guerrero) precisó que, de conformidad con el artículo 72 del CPACA (aplicable por disposición del artículo 2.º *ibidem*), aquel mecanismo de notificación únicamente opera cuando el interesado manifiesta que conoce del acto o cuando interpone recurso contra el mismo. Sobre este particular, en el plenario no hay constancia de la alegada solicitud

¹ El Consejero ponente de la presente providencia acata esa tesis mayoritaria, si bien disiente de ella. En esa medida, presentará aclaración de voto a la presente sentencia.



y entrega de copias a la actora que permita inferir que conocía la resolución que resolvió el recurso interpuesto, por lo que carece de soporte probatorio el argumento de la Administración de entender notificado el acto en discusión por conducta concluyente. No prospera el cargo de apelación.

5- Teniendo en cuenta que el *a quo* encontró que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración fue notificada extemporáneamente porque el recurso se interpuso el 17 de abril de 2017, y fue desatado por el mencionado acto administrativo el 16 de febrero de 2018, cuya notificación ocurrió el 27 de abril de la misma anualidad con la desfijación del edicto, esto es, después de un año de la fecha de presentación del recurso en debida forma; y dicha decisión no fue objeto de apelación, encuentra la Sala que es procedente reconocer, directamente en sede judicial, la configuración del silencio administrativo y, por ende, declarar la nulidad de los actos demandados.

Lo expuesto resulta suficiente para que, conforme con los fundamentos planteados en este fallo, se confirme la decisión de primer grado que declaró la nulidad de los actos enjuiciados. Así, la Sala se releva del estudio de los demás cargos de apelación.

6- Por no estar probadas en el expediente, la Sala revocará las costas impuestas por el *a quo* y se abstendrá de condenar por ese concepto en segunda instancia, conforme con lo establecido en el artículo 365.8 del CGP.

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

FALLA

1. **Revocar** el ordinal tercero de la sentencia apelada.
2. En lo demás, **confirmar** la sentencia apelada.
3. Sin condena en costas en ninguna de las instancias.
4. Reconocer personería a Juliana Galeano Mayo, como abogada de la parte demandante, de conformidad con el poder otorgado (índice 17).

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al tribunal de origen. Cúmplase.

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

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Presidente
(Aclaro voto)

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO