



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SECRETARIA GENERAL

SGC

TRASLADO DE RECURSO DE APELACION DE AUTO

FECHA: 13 DE MARZO DE 2015.

HORA: 08: 00 AM.

MAGISTRADO PONENTE: DR LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ.

RADICACIÓN: 13-001-23-33-000-2014-00156-00.

CLASE DE ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.

DEMANDANTE: COOMEVA EPS.

DEMANDADO: DISTRITO DE CARTAGENA.

ESCRITO DE TRASLADO: RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR LA PARTE ACCIONANTE, CONTRA EL AUTO QUE ORDENÓ EL RECHAZO DE PLANO LA DEMANDA.

OBJETO: TRASLADO DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO.

FOLIOS: 99-107.

El anterior recurso de apelación presentado por la parte accionada COOMEVA EPS se le da traslado legal por el término de Tres (3) días hábiles, de conformidad a lo establecido en el artículo 244 del CPACA; Hoy, Trece (13) de Marzo de Dos Mil Quince (2015) a las 8:00 am.

EMPIEZA EL TRASLADO: TRECE (13) DE MARZO DE DOS MIL QUINCE (2015), A LAS 08:00 AM.


JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

VENCE EL TRASLADO: DIECISIETE (17) DE MARZO DE DOS MIL QUINCE (2015), A LAS 05:00 PM.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

99
Bogotá D.C., Febrero 16 de 2015

Honorable Magistrado
LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ
Tribunal Administrativo de Bolívar
Cartagena

Ref. Recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el Auto de fecha 20 de enero de 2015.
Proceso: 13001233300020140015600.
Acción: Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO, identificado con la Cédula de Ciudadanía 8.358.577 de Envidado y la Tarjeta Profesional de Abogado No 178.780 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado especial del COOMEVA EPS S.A. según poder debidamente conferido por el representante legal que se encuentra en el expediente, por medio del presente escrito interpongo el presente recurso de **REPOSICIÓN** y en subsidio el de **APELACIÓN** contra el Auto de fecha 20 de enero de 2015, expedido por su despacho dentro del proceso de la referencia, mediante el cual resolvió *“Rechazar de plano la demanda promovida por COOMEVA EPS S.A. contra el DISTRITO DE CARTAGENA, de acuerdo con los motivos expuestos en esta providencia”*.

Los motivos que sustentan la presente apelación se describen a continuación así:

1. **El auto que se recurre debe ser revocado por desconocer la línea jurisprudencial construida por el Consejo de Estado en relación con discusiones similares a la *subexamine*.**

En la sentencia de fecha 19 de octubre de 2006, C.P. Héctor J. Romero Díaz, Ref: 660012331000200101248 01, N° Interno 14315, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado se lee en su parte considerativa:

“De manera que como la Resolución 900004 de 14 de junio de 2001 quedó notificada con posterioridad al año establecido en el artículo 734 del E.T., esto es, después del 13 de julio de 2001, es forzoso concluir que las peticiones elevadas por el contribuyente en el recurso de reconsideración, se entienden falladas a su favor, en virtud de la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

De otro lado, si bien de conformidad con el artículo 734 del Estatuto Tributario, el silencio administrativo positivo debe ser declarado por la Administración de oficio o a solicitud de parte, reitera la Sala que si en sede administrativa la

autoridad no lo hace o el contribuyente no lo solicita, ello no impide que tal pretensión pueda solicitarse ante la Jurisdicción. (Subrayas y negrillas nuestras)

En este caso, la jurisprudencia es bastante clara, puesto que admite sin lugar a dudas que aunque la administración no haya aceptado la ocurrencia del silencio administrativo positivo, *“ello no impide que tal pretensión pueda solicitarse ante la Jurisdicción.”*, tal como se ha hecho en el proceso que nos ocupa.

El argumento principal del demandante en esa oportunidad fue el siguiente:

“La resolución que resolvió el recurso de reconsideración se notificó por edicto, sin que la demandada o ADPOSTAL certificaran a qué dirección y en qué fecha se entregó el aviso de citación para efectuar la notificación personal. En consecuencia, hubo una errada notificación que conduce a la ineficacia del acto que resolvió el recurso y a que el mismo se entienda resuelto favorablemente al contribuyente.

En este caso también se configuró el silencio administrativo positivo, pero a diferencia del que nos ocupa fue por indebida notificación.

Contrario a lo expresado por el Honorable Tribunal en el auto objeto del presente recurso, el acto administrativo que debe ser declarado nulo fue el que cerró la vía gubernativa, pues es este el que tiene actualmente una situación consolidada: la negación de la devolución, es decir que dirigir la presente demanda contra el acto administrativo que no declaró el silencio administrativo positivo, el cual no tiene ninguna discusión según lo manifiesta el Honorable Tribunal en el mencionado auto, implicaría sin lugar a dudas dejar en firme el acto administrativo que negó la devolución y no habría posibilidad alguna de restituir en su derecho a COOMEVA EPS S.A., puesto que estaría en firme la negación de la devolución.

Así las cosas y ante la negativa del Distrito de Cartagena de declarar el silencio administrativo positivo, a pesar de que insiste son contundentes las pruebas sobre su ocurrencia, se acude a la justicia contenciosa para que declare que el acto administrativo que cerró la vía gubernativa fue expedido fuera de términos y por consiguiente es nulo y restituya en su derecho a COOMEVA EPS S.A. ordenando la devolución.

Si bien es cierto existe jurisprudencia acerca de la nulidad de los actos administrativos que negaron el silencio administrativo positivo, tampoco es menos cierto que también existe jurisprudencia reiterada que declara nulos los actos administrativos expedidos fuera de términos por la ocurrencia del silencio administrativo positivo, sin necesidad de declarar la nulidad del acto administrativo que negó dicho silencio.

101

Al respecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado expidió la sentencia de fecha 19 de mayo de 2011, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Ref.: 73001233100020050118501, Número interno: 17434, en donde el demandante solicitó:

“BAVARIA S.A., en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó la nulidad de la Liquidación de Revisión N° 432 de octubre 28 de 2003 practicada por la Dirección Financiera de la Secretaría de Hacienda Departamental, Dirección Financiera, para liquidar oficialmente el impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas por el mes de noviembre del año 2000 ,y de la Resolución N° 024 de 17 de diciembre 2004 de la Dirección Financiera del Departamento del Tolima, por la cual se confirmó la Liquidación de Revisión, y se declare que por el mes de noviembre no adeuda suma alguna.

Citó como vulnerados los artículos 6°,121 y 122 de la Constitución Política; 647,708,711,730,732,734 y 783 del Estatuto Tributario; artículo 66 de ley 383 de 1.973 y 187 del Código de Procedimiento Civil.”

Entre los argumentos expuestos para solicitar la nulidad de los actos administrativos igualmente se lee:

“Manifestó que el recurso de Reconsideración fue interpuesto el 30 de diciembre de 2003, la notificación de la decisión ha debido surtirse a más tardar el mismo día 30 de diciembre de 2004. Conforme se acredita en el proceso fue notificada efectivamente el día 28 de enero de 2005, fecha en la cual se desfijó el Edicto. En consecuencia al no haberse notificado la Resolución N° 024 de 2004 dentro del término previsto en el artículo 732 del Estatuto Tributario, debe entenderse que operó el silencio administrativo positivo.”

Nótese que en las pretensiones ni en los argumentos antes transcritos se discute o solicita la nulidad del acto administrativo que negó la declaratoria del silencio administrativo positivo.

En las consideraciones igualmente la sala expresó:

“Debe analizar la Sala, con base en las fechas de los actos administrativos, si se configuró o no el silencio administrativo positivo, en relación con la resolución que decidió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Liquidación de Revisión practicada a la sociedad actora por el mes de noviembre de 2000. Si está notificada dentro del término que establecen las normas tributarias, o si como lo anota la parte demandada, la ley no exige la notificación dentro del término, sino solamente su expedición...”

102

...En consecuencia, por haberse realizado la notificación de la Resolución 024 de 2004, efectivamente el día 28 de enero de 2005, fecha en la que fue desfijado el edicto, queda demostrado que la notificación del recurso de reconsideración fue extemporánea y por lo tanto, resulta obligado darle aplicación al artículo 734 del Estatuto Tributario, declarando la ocurrencia del silencio administrativo positivo...

...A juicio de la Sala, las anteriores consideraciones son suficientes para aceptar las pretensiones del actor, sobre la operancia del silencio administrativo positivo, que es norma especial y de observancia obligatoria consagrada en el artículo 732 del Estatuto Tributario.

Lo anterior conlleva a que se declare la nulidad de los actos demandados, por tal razón, se releva a esta Sala de pronunciarse sobre las demás pretensiones del recurso de apelación.

De los apartes transcritos se desprende que es claro que la discusión del tema que nos ocupa es la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

En la parte resolutive de dicho fallo la Sección Cuarta ordenó:

“Primero.- REVOCASE.- La sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar, se dispone:

Segundo.- DECLÁRESE LA NULIDAD de las Resoluciones números 432 de octubre 26 de 2003 y 024 de fecha 17 de diciembre de 2004, notificada por Edicto, desfijado el 28 de enero de 2005 proferidas por la Secretaría de Hacienda Departamental por intermedio de la Dirección Financiera-Rentas e Ingresos.

Tercero.-Como consecuencia y a título restablecimiento del derecho **DECLARASE** que por el mes de noviembre del año 2000 la sociedad demandante, no adeuda suma alguna por concepto de impuesto al consumo de cervezas, sifones, refajos y mezclas.

En consecuencia, no es cierto como lo afirma el Honorable Tribunal en el auto aquí apelado que: “...solo exista posibilidad de demanda ante esta jurisdicción del acto proferido por la administración que niega la declaratoria del silencio administrativo...”, pues la jurisprudencia invocada en ningún caso se refiere al acto administrativo que negó la ocurrencia del silencio administrativo.

En conclusión, hemos solicitado la nulidad de los actos administrativos que negaron la devolución porque son los que han establecido una situación jurídica consolidada, la negación de la devolución solicitada y porque si no son declarados nulos no existe

103

posibilidad de restituir en su derecho a COOMEVA EPS S.A., ya que estaría en firme la negación de la devolución pues el acto administrativo se presumiría legal.

2. El silencio administrativo sí es susceptible de decisión judicial.

Además de que con lo anterior es claro que no existe razón válida para rechazar la demanda, también es evidente que la demanda no debió ser rechazada de plano puesto que es claro que la declaratoria de silencio administrativo positivo sí es una decisión susceptible de control judicial.

Al respecto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de febrero 9 de 1996, C. P. Julio E. Correa Restrepo, Radicación número: 7392, en la parte resolutive ordenó:

“...1. Revócase la sentencia apelada.

*2. **Declárase la ocurrencia del silencio administrativo positivo.**” (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Igualmente, en sentencia de la misma sección, de fecha 10 de septiembre 2009, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Radicación Número: 850012331000-2007-00031-01 (17277), también declaró el silencio administrativo positivo así:

*“Por las consideraciones que anteceden, no está llamado a prosperar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, la sentencia del Tribunal será confirmada, **declarando la nulidad de los actos administrativos acusados y el silencio administrativo positivo**, concretado en la exoneración de la sanción en ellos impuesta, relevándose la Sala del estudio de los demás cargos de apelación propuestos.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Finalmente, en sentencia de mayo 19 de 2000, C.P. Julio E. Correa Restrepo, REF.: EXP. 25000-23-27-000-1998-0859-01-10036, se lee:

*“El Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la sentencia que se apela, **declaró el silencio administrativo positivo**, y en consecuencia, declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y la firmeza de la liquidación privada de la actora por el impuesto a las ventas correspondiente al sexto bimestre de 1994.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

Así las cosas, la declaratoria del silencio administrativo positivo, de conformidad con la jurisprudencia transcrita, sí es susceptible de control judicial y por tanto no es procedente rechazarla de plano.

3. Ordenar el cumplimiento del acto ficto es una pretensión susceptible de decisión judicial.

5

104

En el texto del Auto que se recurre se reconoce que existen dos pretensiones: la declaración del acto ficto, que es perfectamente viable, según se argumentó, y ordenar el cumplimiento de dicho acto que, en todo caso, opera de pleno derecho con el mero paso del tiempo.

Por lo anterior, y si en gracia de discusión el Tribunal insiste en considerar que el Acto ficto no es sujeto de control jurisdiccional, la segunda pretensión sí lo es, y la misma debe surtir el trámite de admisión de la demanda para que las partes procedan a la discusión del mismo, y el juez proceda al fallo respectivo.

4. Si la acción fuera la inadecuada el procedimiento era inadmitirla para que fuera corregida.

No obstante lo expuesto, en gracia de discusión y solo en gracia de esta, debe tenerse en cuenta que en caso de haber escogido erróneamente la acción o el acto administrativo hacia la cual se dirigía, tampoco era procedente rechazarla de plano sino inadmitirla y solicitar que fuera corregida.

La anterior posición no es propia, también corresponde a jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 12 de mayo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00077-01(37446) que al respecto precisó:

“Por consiguiente, resultaría incoherente jurídicamente que el interesado en una misma demanda, dentro de sus pretensiones no solicite la nulidad del acto administrativo, pero que a través de los hechos y fundamentos jurídicos en los cuales sustenta aquellas, eleve cargos que tienden a controvertir la validez o la presunción de legalidad del acto administrativo, respectivo. En casos como el presente, resulta imperativo que el Juez al momento de realizar el estudio de admisibilidad del libelo, analice la causa petendi y, por ende, los fundamentos de hecho y de derecho en los cuales el actor ha identificado la causa generadora del daño, con el fin de poder determinar cuál es la acción que corresponde incoar para cada caso, de conformidad con lo antes expuesto. Al respecto cabe recordar que esta Sección del Consejo de Estado ha señalado en distintas oportunidades que la indebida escogencia de la acción no constituye causal de rechazo de la demanda, toda vez que de conformidad con el artículo 143 ibídem corresponde al operador judicial inadmitir la demanda que carezca de los requisitos previstos en los artículos 137 y 138 del C.C.A., salvo que la acción se encuentre caducada, caso en el cual la misma se rechazará de plano. De tal manera que, cuando el demandante escoge indebidamente la acción y ésta no ha caducado, lo procedente es inadmitir la demanda y conceder un término de cinco días para que se corrija, so pena de

109

rechazo; pero si la acción procedente ha caducado, la demanda será rechazada de plano

Teniendo en cuenta que el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar es enfático en afirmar en el auto que aquí se apela que no hay caducidad de la acción por tratarse de silencio administrativo positivo, lo procedente, en gracia de discusión se reitera, era inadmitir la demanda y solicitar su corrección, en ningún caso rechazarla de plano.

5. El auto recurrido debe ser revocado por incurrir en violación al derecho a la defensa

En innumerables oportunidades, la Administración de Justicia, a través del Consejo de Estado, se ha pronunciado en el sentido de señalar que si una discusión se plantea sobre algún aspecto formal vinculado con el agotamiento de la vía gubernativa o los actos a demandar, este aspecto se convierte en el problema jurídico que deberá estudiar la jurisdicción y, una vez estudiado este elemento, se debe proceder a resolver las demás cuestiones sustanciales de la litis.

En ese sentido, en un ejemplo similar, si se discute la inadmisión de un recurso de reconsideración interpuesto contra un acto administrativo, ha dicho el Consejo de Estado:

“Si el contribuyente prueba que la Administración debió admitir el recurso, o lo que es lo mismo, la ilegalidad del auto inadmisorio, el juez puede anular la decisión y estudiar el fondo de las pretensiones de la demanda”.¹ (Negrilla propia del texto).

En este caso, de una manera idéntica, el planteamiento del problema gira en torno a si i) existe un silencio positivo administrativo, ii) es necesario esperar un acto en sede administrativa para que proceda la demanda (como vimos, hay jurisprudencia que dice que no es así) y iii) la viabilidad de una discusión de fondo sobre una devolución.

En este orden de ideas, el Juez debe, primero, estudiar los dos primeros aspectos como si fueran cuestiones de fondo y, una vez resuelto cada tema, entrar a debatir los siguientes, no limitándose a rechazar a priori una discusión solo porque su forma pareciera llevar a una conclusión, ya que el ordenamiento le exige entrar a validar el asunto de fondo:

“Cabe anotar que el agotamiento de la vía gubernativa de que trata el párrafo del artículo 728 del Estatuto Tributario, se refiere sólo a los motivos de inadmisión del recurso de reconsideración, pues los aspectos de fondo de la impugnación no fueron estudiados por la Administración. Así, “queda abierta la vía jurisdiccional, en la cual el demandante deberá comenzar por demostrar la ilegalidad de la

¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia del 14 de junio de 2007, M.P. Héctor J. Romero Díaz, N° interno 14589.

106

inadmisión del recurso; si no lo logra, el asunto queda clausurado en su contra". ***Si, por el contrario, el contribuyente prueba que la Administración debió admitir el recurso, o lo que es lo mismo, la ilegalidad del auto inadmisorio, el juez puede anular la decisión y estudiar el fondo de las pretensiones de la demanda [...]. De acuerdo con lo anterior y para efectos de esta decisión, sólo si se demuestra la ilegalidad de la inadmisión del recurso se puede estudiar de fondo la modificación a la declaración de renta de la actora, de lo contrario se debe declarar inhibida la Sala para hacer un pronunciamiento en ese sentido por no agotamiento de la vía gubernativa***"². (Subrayas y negrillas nuestras)

Hacer lo contrario iría en detrimento del derecho de defensa de mi poderdante y de las garantías que este tipo de juicios deben brindarle.

6. Violación al principio "non reformatio in pejus"

Si bien en el acápite segundo de la parte resolutive del Auto que se recurre se indica que el Tribunal se abstiene de resolver el recurso interpuesto, en el párrafo tercero y cuarto de las consideraciones de la sala estudió los argumentos planteados en el recurso de reposición y, "[e]n consecuencia, la Sala procederá a dejar sin efectos el Auto (...)".

Es decir, la Sala estimó la argumentación presentada en el recurso de reposición y con base en ella tomó una decisión. Sin embargo, al estimar y con base en ello, abstenerse de fallar sobre lo demás del recurso, el Tribunal procedió a reformar su decisión inicial en un absoluto perjuicio del único recurrente, procediendo al rechazo de la demanda.

Consideramos que lo anterior supone que, oficiosamente, el Tribunal desmejoró y agravó la situación jurídica de mi apoderada a causa del recurso de reposición presentado contra el Auto del 22 de agosto de 2014, y, por lo mismo, es una decisión que atenta contra el principio de la "non reformatio in pejus".

En atención a que el Auto que se recurre es uno nuevo, empeorando la situación de mi apoderada, es viable el recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación.

PETICIÓN

Por lo expuesto, comedidamente solicito al Honorable Tribunal revocar el Auto de la referencia y, en caso de no hacerlo, conceder el recurso de apelación para que el Consejo de Estado revoque en su integridad el Auto de fecha 20 de enero de 2015, expedido por el Honorable Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso de la referencia y en su lugar se ordene la admisión de la demanda dándole el trámite correspondiente.

² CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 25 de marzo de 2010, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, Exp. 16831

107

SECRETARIA TRIBUNAL ADM

TIPO: RECURSO DE REPOSICION Y APELACION EN SUBSIDIO CONTRA
AUTO FECHADO 20-01-2015 TUTELANTES

REMITENTE: KEYLA RODELO

DESTINATARIO: LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

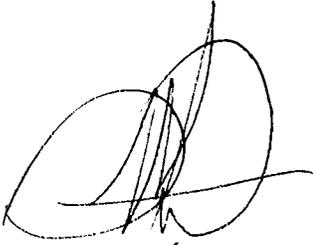
CONSECUTIVO: 20150213049

No. FOLIOS: 9 --- No. CUADERNOS: 0

RECIBIDO POR: SECRETARIA TRIBUNAL ADM

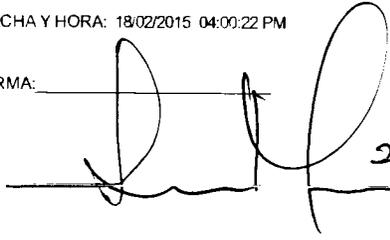
FECHA Y HORA: 18/02/2015 04:00:22 PM

Cordialmente,



DIEGO FELIPE MÁRQUEZ ARANGO
C. C. No. 8.358.577 de Envigado
T.P. No. 178.780
Apoderado
COOMEVA EPS S.A.

FIRMA:



2014-156.