

DEMANDA - Interpretación. Silencio administrativo positivo / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Recurso de reposición. DIAN / PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO CAMBIARIO - Régimen sancionatorio. Recurso de reposición / REGIMEN DE CAMBIOS - Infracción. Silencio administrativo positivo. Recurso de reposición / INFRACCION AL REGIMEN DE CAMBIOS - Recurso de reposición. Silencio administrativo positivo / ACTO SANCIONATORIO - Notificación / RECURSO DE REPOSICION - Notificación. Término. DIAN / RECURSO DE REPOSICION - Silencio administrativo positivo. Notificación

La actora no impetró expresamente la nulidad del acto administrativo a través del cual la DIAN se abstuvo de reconocer los efectos del silencio administrativo positivo, no obstante lo cual, la Sala hará uso de su facultad de interpretar la demanda, habida cuenta de que de lo expresado en los hechos de la demanda y en el concepto de la violación se colige que también le está planteando cuestionamientos a dicho acto. Al respecto se tiene que el aspecto central de la controversia descansa en el texto de los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, “por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.”. Está acreditado en el expediente que la actora interpuso el recurso de reposición contra la Resolución 0009 de 29 de mayo de 1998, el 8 DE JULIO DE 1998. De acuerdo con el artículo 26 del Decreto 1092 de 1996, el término de 7 meses para que la Administración expidiera y notificara la Resolución que resolviera el recurso vencía el 9 DE FEBRERO DE 1999. Conforme a certificación, la Resolución 001 de 28 de enero de 1999, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora, se NOTIFICÓ EL 18 DE FEBRERO DE 1999, fecha esta en que fue desfijado el edicto y se entiende surtida tal notificación, habida consideración de que la actora fue citada mediante correo certificado para notificarla personalmente y no compareció. La Sala, en la sentencia señalada ab initio de estas consideraciones, hizo hincapié en que en el Decreto 1092 de 1996 inequívocamente el legislador quiso incluir la notificación del acto que decide el recurso de reposición en los siete (7) meses que ha señalado como límite para que no se configure el silencio administrativo positivo; de allí que al confrontar los hechos con las normas transcritas, es evidente que la notificación de la Resolución que decidió el recurso de reposición se surtió por fuera del referido plazo de 7 meses lo que, indefectiblemente abrió paso a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que al no haber sido reconocido por la Administración amerita la declaratoria de la nulidad del acto y de los que impusieron la multa en contra de la actora.

NOTA DE RELATORIA: Sentencia de 17 de abril de 2008, Expediente 1999-02261, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta, Actora: Avianca.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009).

Radicación número: 08001-23-31-000-1999-01264-01

Actor: METROTEL REDES S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la DIAN contra la sentencia de 9 de marzo de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por la cual se accedió a las súplicas de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. METROTEL REDES S.A., por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, tendiente a que mediante sentencia, se declare la nulidad de las Resoluciones núms. 0009 de 29 de mayo de 1998, proferida por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración de Aduanas de Barranquilla y 001 de 28 de enero de 1999, expedida por el Jefe de la División Jurídica de la misma entidad, que sancionó a la actora con multa de \$927.610.046,31 por el registro extemporáneo de endeudamiento externo en importaciones.

Que como consecuencia de la declaratoria anterior se ordene a la entidad demandada rembolsar a la actora el valor de la suma pagada, junto con sus intereses comerciales corrientes y corrección monetaria, a partir de la fecha en que se hizo el pago; a reconocer el valor de las primas pagadas por razón de las pólizas constituidas o, en subsidio, modificar la multa impuesta por indebida tasación de la misma.

I.2. En apoyo de sus pretensiones, señala en síntesis, los siguientes hechos:

1.- El 17 de abril de 1997, la DIAN- Administración Local de Barranquilla- División de Fiscalización 048- Grupo de Cambios, expidió acto de formulación de cargos contra METROTEL REDES S.A. por posible violación del artículo 1º, inciso 2º, de la Resolución 21 de 1993, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, en concordancia con los artículos 29 y 30, ibídem, en relación con el supuesto registro extemporáneo de los endeudamientos externos núms. 2-29812, 2-32198 de 1996, por un valor total de \$US\$1.430.270.

2.-Dentro de la oportunidad legalmente establecida, el 18 de junio de 1997, la actora presentó descargos frente al acto de formulación de cargos de 17 de abril del mismo año y solicitó la práctica de pruebas.

3.- A través de los actos acusados fue sancionada con multa, habiéndose notificado la Resolución confirmatoria de la decisión, en forma extemporánea, por edicto fijado el 18 de febrero de 1999, desfijado el 3 de marzo del mismo año, ya que ello se llevó a cabo después de vencido el término de 7 meses contado a partir del día siguiente

al de la interposición del recurso, establecido en el artículo 26 del Decreto 1092 de 1996, razón por la cual, de conformidad con el artículo 28, ibídem, operó del silencio administrativo positivo.

4.- La actora, con fundamento en los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, solicitó a la DIAN que declarara fallado a su favor el recurso interpuesto; y el 24 de marzo de 1999 la entidad se negó a acceder a dicha petición.

I.3.- La actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1.- Expedición irregular de los actos administrativos acusados, porque el procedimiento para la producción de la Resolución núm. 001 de 1999 concluyó extemporáneamente, pues el recurso de reposición fue presentado el 8 de julio de 1998 y la decisión que lo resolvía debió expedirse y notificarse en la forma indicada en el artículo 26 del Decreto 1092 de 1996, es decir, en el término de 7 meses contados a partir del día siguiente a su interposición en debida forma, en este caso, el 9 de febrero de 1999, no obstante lo cual el edicto se fijó el 18 de febrero de 1999 y se desfijó el 3 de marzo del mismo año.

2.-Violación de normas de superior jerarquía.

Estima que se violaron los artículos 4º, 5º, 29 y 85 de la Constitución Política; 6º y 375 del Código Penal; 44 y 45 de la Ley 153 de 1887; 2º, 3º, 35, 36 y 41 del C.C.A., 3º, 20, 22, 23, 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996; 3º del Decreto 1746 de 1991; las Resoluciones núms. 21 de 1993, 3ª de 1996, 5ª de 1997, de la Junta Directiva del Banco de la República.

Desarrolla, en síntesis, así, el alcance del concepto de la violación:

Es innegable la posición que ha adoptado la Corte Constitucional en torno a la aplicación del principio de favorabilidad en la órbita del derecho administrativo sancionador.

En el caso sub examine la DIAN ha incurrido en interpretación errónea y/o falta de aplicación del artículo 29 de la Constitución Política al afirmar que tal principio no se aplica en materia administrativa.

Recaba en que las Resoluciones núms. 3 de 1996 y 5 de 1997, de la Junta Directiva del Banco de la República, quitaron explícitamente el carácter de infracción cambiaria a las conductas de la actora, que fueron materia de investigación como punibles, razón por la cual no existe mérito para disponer con base en las mismas, sanción alguna.

Insiste en que dicho principio se desconoció al haber dispuesto la Administración la sanción respectiva con apoyo en el artículo 3º del Decreto 1746 de 1991, siendo que para casos como los investigados, el artículo 3º del Decreto 1092 de 1996 previó un régimen más favorable.

3.- Señala que la notificación de la Resolución confirmatoria se perfeccionó el 3 de marzo de 1999, razón por la cual se violaron los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996 , los cuales establecen un término perentorio para expedir y notificar la resolución que resuelve el recurso de reposición.

4.- A su juicio, se violó el artículo 3º del Decreto 1746 de 1991, pues el precepto a aplicar, si en gracia de discusión se acepta que las conductas investigadas son punibles, es el artículo 3º del Decreto 1092 de 1996; además de que se hizo una interpretación errónea de aquél como quiera que la Administración no atribuyó la connotación que corresponde a la expresión “multa se graduará atendiendo las

circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción”, pues dispuso las sanciones sin motivación alguna y de manera caprichosa.

5.- Aduce que la Administración violó por falta de aplicación e interpretación errónea, los artículos 22 a 24 del Decreto 1092 de 1996, pues se abstuvo de decretar las pruebas solicitadas a pesar de ser las mismas conducentes, pertinentes, eficaces y necesarias para el esclarecimiento de los hechos investigados; omitió el procedimiento para negar la práctica de pruebas; amén de que se abstuvo de apreciar las pruebas documentales acompañadas para establecer las circunstancias objetivas en las cuales se desarrollaron los hechos investigados.

6.- Afirma que se violó el debido proceso pues los actos acusados se expidieron con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, ya que al descorrer el traslado del pliego de cargos la actora solicitó la práctica de pruebas testimoniales orientadas a acreditar que los hechos por los cuales se le investigó ocurrieron sin su anuencia, pues intentó evitarlos. Que resultaron básicamente imputables al intermediario cambiario, que es un establecimiento bancario autorizado para funcionar como tal.

Manifiesta que la motivación del agente es una de las más importantes condiciones objetivas que rodean la comisión del hecho y si la Administración consideraba aplicable el artículo 3º del Decreto 1746 de 1991, la graduación de la pena en un rango tan alto (del 0 a 200%) debía efectuarse atendiendo, entre otras, tales consideraciones; y que la DIAN no solo se abstuvo de decretar las pruebas solicitadas sino que, además, privó a la actora de controvertir la decisión, al omitir el rito establecido en el inciso 2º del artículo 23 del Decreto 1092 de 1996.

7.- Sostiene que se incurrió en falsa motivación al dar por sentadas como fundamentos fácticos de su decisión, afirmaciones divergentes de la realidad, como la relativa a considerar innecesaria la fotocopia solicitada al Banco de la República por no haberse aportado la consulta elevada a la entidad, pues ello no es cierto ya que la copia se acompañó con el memorial del recurso de reposición.

8.- Estima que en este caso se incurrió en desviación de poder porque la multa impuesta a la actora no tiene el propósito resocializador propio de las penas, sino que parece inspirada en un rampante ánimo fiscalista orientado a procurar recursos en una época en la cual por la desaceleración de la economía, se limitaron los recaudos a los derivados de los impuestos.

Hace énfasis en que resulta carente de todo sentido que una sociedad como las actora, que ha contribuido a solucionar el problema de infraestructura telefónica de la ciudad de Barranquilla, generando fuentes de empleo directas e indirectas, por lo que se vio envuelta en una situación financiera comprometida, que la obligó a efectuar un acuerdo general con sus acreedores, resulte sancionada con una suma superior a novecientos millones de pesos, por infracciones en las que no existe malicia ni provecho para el sancionado.

I.4.- La DIAN, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

En relación con el señalamiento que hace la actora en el sentido de que no se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad previsto en el artículo 6º del Código Penal, expresa que la naturaleza del régimen cambiario es eminentemente

administrativo por lo que no procede la aplicación de los principios generales del derecho penal.

Sobre la omisión de oportunidades probatorias denunciadas por la demandante, manifiesta que la entidad en ningún momento violó los artículos 22, 23 y 24 del Decreto 1092 de 1996, pues valoró las pruebas obrantes en el expediente de acuerdo con las reglas de la sana crítica, tal como se expresó en la Resolución Sanción No. 009 y la Resolución 001 confirmatoria de la anterior, en la que se negaron por inconducentes e ineficaces para el asunto materia de controversia.

En cuanto a la imposición de la sanción, la DIAN alega que en el régimen de cambios la responsabilidad es objetiva, *“... lo que significa que para su configuración no se requiere que se determinen o se hallen probados los elementos subjetivos o intencionales del infractor a título de dolo, culpa o preterintención...”*, y cuando la norma hace alusión a estas circunstancias objetivas, se refiere a aquellos aspectos estrechamente relacionados con la conducta no para quitarle la connotación de infracción cambiaria sino para graduar la sanción. Que al no existir en el Decreto 1746 de 1991 una definición de las circunstancias objetivas, *“... podíamos afirmar que se trataba de una norma en blanco, por ello le correspondía al responsable cambiario demostrar al funcionario del conocimiento las razones por las cuales consideraba se debía imponer una sanción mínima a su conducta...”*.

En lo que atañe a la presunta notificación extemporánea del acto y la posible configuración del silencio administrativo positivo, la entidad demandada arguye que al ser expedida oportunamente la Resolución núm. 0001 del 28 de enero de 1999, no se alcanzó a configurar la mencionada figura jurídica. Que al no consagrar el Decreto 1092 de 1996, el procedimiento para invocarlo en materia

cambiaría, se ciñó por el trámite previsto en el artículo 42 del C.C.A., por lo que, si en gracia de discusión se aceptara su configuración, la actora tenía la obligación de acreditar el cumplimiento del trámite consagrado en la citada normatividad ante la DIAN, antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Finalmente, alega que en ningún momento violó el debido proceso, toda vez que la actora pudo ejercitar su derecho a la defensa a lo largo del proceso cambiario contravirtiendo las actuaciones administrativas y que los actos administrativos acusados se encuentran *revestidos de legalidad toda vez que su motivación es seria, suficiente e íntimamente relacionada con la decisión.*

II- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo del Atlántico, accedió a las pretensiones de la demanda con base en los razonamientos que pueden resumirse así:

Que en este proceso se debate la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la DIAN sancionó con multa a la Sociedad METROTEL REDES S.A., por presunta infracción cambiaria relacionada con el registro extemporáneo de los endeudamientos externos Nos. 2-29812, 2-32198 y 2-32199 de 1996, por valor de US\$1.430.270,46 y por no haber constituido depósito en cinco operaciones identificadas con los números 1 a 5 del cuadro No. 3 incluido en el acto de formulación de cargos.

Hace un resumen de los cargos expuestos por la actora, así:

- La sociedad demandante invoca como primera causal de anulación de los actos acusados, su expedición irregular, por cuanto “... *el procedimiento de*

producción de la resolución de reposición No. 001 de 1999, fue concluido de manera extemporánea, por haberse desconocido claramente la limitación temporal dispuesta por el artículo 26 del Decreto 1092 de 1996”.

En consecuencia, considera debe darse aplicación a la ocurrencia del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 28 del Decreto 1092 de 1996 “Por el cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la DIAN”, por cuanto si bien la Resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra del acto sancionatorio fue expedida dentro del término legal (7 meses, según señala el artículo 26 del mismo decreto), la misma no fue notificada dentro del término previsto.

- Asimismo, la sociedad demandante alega que los actos acusados vulneran el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, artículo 6º del Código Penal, así como el precepto contenido en el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, el cual según la DIAN no es de aplicación en materia administrativa, por dos razones: a) Como quiera que las Resoluciones 3 de 1996 y 5 de 1997 de la Junta Directiva del Banco de la República quitaron explícitamente el carácter de infracción cambiaria a las conductas que fueran materia de investigación, y las mismas dejaron en consecuencia de considerarse como punibles, no existía mérito para imponer sanción alguna; y b) Si se aceptara, en gracia de discusión, que las conductas investigadas fueran punibles, la DIAN impuso la sanción con apoyo en el artículo 3º del Decreto 1746 de 1991, desconociendo que para casos como los investigados, el artículo 3º del Decreto 1092 de 1996 había dispuesto un régimen más favorable.

- Violación del debido proceso: artículo 29 de la Constitución Política, 84 del C. C. A; falta de aplicación e interpretación errónea de los artículos 22, 23 y 24 del Decreto 1092 de 1996, toda vez que la demandada se abstuvo de decretar las pruebas testimoniales solicitadas por la actora durante la vía gubernativa y de apreciar las documentales acompañadas para establecer las circunstancias objetivas en las cuales se desarrollaron los hechos investigados. Agrega igualmente que la negativa a la práctica de pruebas por parte de la DIAN, se dispuso “... *mediando falsa motivación*”, por considerar que dicha entidad dio por sentadas como fundamentos fácticos de su decisión, “... *afirmaciones divergentes de la realidad*”.

- Finalmente, aduce que los actos acusados fueron expedidos con desviación de poder pues “... *es obvio que la multa impuesta a la sociedad que apodero no tiene el propósito resocializador propio de las penas en una sociedad civilizada, sino que aparece inspirada en un rampante ánimo fiscalista orientado a procurar recursos en una época en la cual por la desaceleración de la economía, se limitaron los recaudos derivados de los tributos*”.

En relación con lo pretendido por la sociedad actora, en el sentido de que la DIAN dé aplicación a la ocurrencia del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 28 del Decreto 1092 de 1996, por cuanto, si bien la decisión del recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio se produjo dentro del término legal, no fue notificada dentro del término establecido, el a quo hace las siguientes precisiones:

-Los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996 “Por el cual se establece el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN”, disponen lo siguiente:

“ART. 26. **Término para resolver el recurso.** La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá siete (7) meses para **expedir y notificar** la resolución que resuelva el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, **contados a partir del día siguiente a su interposición en debida forma.** Contra la resolución que rechace el recurso de reposición no procederá recurso alguno”. (Destaca el Tribunal).

“ART. 28. **Silencio administrativo.** Si transcurre el término previsto en el primer inciso del artículo 26 sin que se expida y notifique **el acto que decida de fondo el recurso de reposición**, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales así lo declarará de oficio o a petición de parte”. (Las negrillas son del Tribunal).

En cuanto a la notificación de las actuaciones adelantadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia del régimen cambiario, el mismo Decreto contempla lo siguiente en su artículo 14:

“**ART. 14.- Formas de notificación.** Las citaciones, los actos de formulación de cargos, los actos de pruebas y los que resuelvan el recurso de reposición contra estos últimos, las resoluciones de terminación de la actuación administrativa cambiaria expedidas con posterioridad al pliego de cargos y las resoluciones que impongan sanciones deben notificarse por correo o personalmente.

La resolución que decida el recurso de reposición que procede contra la resolución sancionatoria se notificará personalmente o por edicto si el recurrente no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación”. (Destaca el Tribunal)

Que en el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- La División de Fiscalización Grupo de Cambios de la DIAN, formuló cargos a la Sociedad Metrotel Redes S.A. mediante Acto de formulación de Cargos No. 0007 de 17 de abril de 1997, *“... por posible violación al inciso 2º del artículo 10º de la resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, en relación con el Registro extemporáneo de los Endeudamientos Externos números 2-29812, 2-32198 y 2-32199 de 1996, por un valor total de US\$1.430.270.46 y por presunta violación al artículo 30º de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, en concordancia con los artículos 10º, inciso 2º y 29º ibídem, en relación con el depósito no constituido en las operaciones 1 a la 5 del Cuadro No. 3, de acuerdo con la parte motiva de este Acto”,* y propuso como sanción una multa de \$927.610.046.31, *“... equivalente al 80% o al cuarenta por ciento (40%) del monto de cada una de las operaciones con posible infracción cambiaria ...”* (folios 33 a 48).
- A través de oficio de 18 de junio de 1997, Metrotel Redes S.A., contestó el acto anterior, presentando los descargos correspondientes (folios 49 a 62).
- La División de Liquidación de la DIAN, después de analizar los descargos de la sociedad actora, profirió la Resolución Sanción No. 0009 de 29 de mayo de 1998, en la cual resolvió imponer multa a la sociedad actora, por un valor de \$927.610.046.31 (folios 76 a 89).
- El 8 de julio de 1998, la sociedad demandante presentó recurso de reposición contra la Resolución sancionatoria anterior (folios 90 a 118).

- El 28 de enero de 1999, la División Jurídica de la DIAN, mediante Resolución núm. 001, resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución Sanción 009 de 29 de mayo de 1998 (folios 161 a 169).
- El anterior acto administrativo fue notificado por edicto fijado el 18 de febrero y desfijado el 3 de marzo de 1999 (ver reverso folio 169 y folio 170).
- El 16 de marzo de 1999, la sociedad demandante presentó oficio ante la División Jurídica de la DIAN, en el cual solicitó “Declarar fallado a favor de Metrotel Redes S.A. el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0009 del 29 de mayo de 1998”, tomando en consideración que la citada resolución no fue notificada dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 26 del Decreto 1092 de 1996, lo cual trae como consecuencia que se entienda revocada la sanción que había sido impuesta mediante el acto recurrido, dando aplicación al silencio administrativo contemplado en el artículo 28 del Decreto 1092 de 1996.
- La División Jurídica de la DIAN, a través de Oficio 00-56-02-078 A-190 de 24 de marzo de 1999, negó la anterior petición, pues, en su sentir, cumplió dentro del término legal todos los pasos y procedimientos ordenados en la ley para la notificación del mencionado acto administrativo (ver folios 177 a 179).

De las normas transcritas referidas al término para resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio y la forma de notificación de la Resolución que resuelve dicho recurso, así como sobre la aplicación del silencio administrativo positivo en estos casos, el a quo extrajo dos ideas fundamentales:

- a) Que en relación con la ocurrencia del silencio administrativo, la norma es clara en cuanto al hecho de que el término de siete meses para resolver el recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio, **comprende tanto su expedición como su notificación.**
- b) Que en cuanto a la notificación de este acto en particular – el que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio- la Ley es clara al establecer que su notificación sólo puede hacerse “**personalmente o por edicto**”.

Observa que en el caso sub examine el recurso de reposición contra el acto sancionatorio fue presentado por la sociedad actora el 8 de julio de 1998 (folio 118), por tanto el plazo de siete meses para resolverlo vencía el **9 de febrero de 1999.**

El recurso de reposición fue decidido mediante Resolución 001 de 28 de enero de 1999, (es decir, dentro del término legal de siete meses que señala la norma), pero su notificación se llevó a cabo mediante edicto que permaneció fijado durante el lapso comprendido entre el **18 de febrero y el 3 de marzo de 1999.**

La DIAN alega en su escrito contestatario del derecho de petición de 16 de marzo de 1999 (ver folios 177 a 179), que *“Examinados los antecedentes se observa que para notificar la Resolución número 001 del 28 de enero de 1999, que decidió el recurso de reposición, la Administración envió por correo el 4 de febrero de 1999 la citación número 0056, sobre la que se advierte no existe constancia de haber sido devuelta por correo, lo que demuestra a este Despacho que el recurrente sí conocía sobre el pronunciamiento de la*

Administración. Como no compareció oportunamente el citado, el ente oficial acudió a la notificación del acto por edicto, diligencia que se efectuó observando todos los pasos concernientes a su práctica”.

Interpreta que con lo anterior quiere decir la entidad demandada, que, en su sentir, *“... cumplió con los presupuestos procesales, el primero expedir el acto administrativo y el segundo notificarlo dentro del lapso previsto, cosa distinta que ambas notificaciones personal y edicto se efectuaran pasado el término de los 7 meses. En el presente caso se surtió la notificación personal el 4 de febrero de 1999 con el envío de la citación No. 0056 y por causa imputable al actor se acudió a la fijación del edicto cuya naturaleza es subsidiaria. La sociedad demandante desde el momento que recibió la citación 0056 tuvo conocimiento a lo sumo de la existencia de un fallo o pronunciamiento de la Administración desde este momento era imposible hablar de silencio de la Administración”.*

Destaca que a folio 428 del cuaderno núm. 3 del expediente, se observa fotocopia simple de la citación 0056 de 4 de febrero de 1999, mediante la cual la Jefe División Documentación Aduana de la DIAN requiere a la actora para que se presente a recibir notificación personal de la Resolución 001 de 28 de enero de 1999. **Y que en la misma citación la DIAN informó erróneamente a la actora que “... de no presentarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes contados a partir de la introducción al correo de esta comunicación, la notificación se practicará por Edicto”,** siendo que esta norma especial señala un término de diez días contados a partir de la introducción al correo de la citación mencionada, los cuales en el presente caso vencían el 18 de febrero de 1999, para que quedara surtida la notificación personal.

Que como quiera que la actora no compareció a notificarse personalmente, la DIAN procedió seguidamente a fijar el edicto por un término de 10 días más, desfijándolo el día **3 de marzo de 1999**, fecha en la cual se entiende realmente surtida la notificación, superándose con creces el término de siete meses, que tenía la entidad para resolver y notificar la decisión adoptada en recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio (el cual ya había vencido desde el 9 de febrero de 1999).

Trae a colación una providencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado (sentencia de 12 de junio de 1998, Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán, Expediente 8830) en la cual se refirió en los siguientes términos a la notificación por edicto:

“(…)

La notificación por edicto tiene carácter subsidiario, pues su procedencia está condicionada al hecho de que no se pudiere hacer la notificación personal dentro de los cinco días siguientes a la citación personal, en la forma como lo prescribe el artículo 45 del C.C.A. En lo que concierne a su práctica, debe fijarse en lugar público del respectivo despacho un “edicto” por el término de diez días con inserción de la parte resolutive del acto que se pretende notificar. Las constancias de las fechas de fijación y desfijación de los edictos deben efectuarse al momento de su ocurrencia y de ellas debe hacerse anotación inmediata en el expediente. Sobre la notificación, se ha precisado que tiene especial relevancia la constancia de la fecha del acto material de fijación y que cuando se utiliza el edicto como medio de notificación, **ésta se entiende surtida en la fecha de VENCIMIENTO DEL TÉRMINO LEGAL DE FIJACIÓN ESTABLECIDO EN LA LEY**. También y sin perjuicio de la observancia de la diligencia y cuidado sino que deben adelantarse las actuaciones, ha dicho que la falta de constancia de desfijación, o al efectuarla por lapso superior, no vicia la notificación, pues tales circunstancias intrascendentes no la enervan, ni tienen la virtualidad de modificar el término ordenado en la ley”. (Lo destacado es del Tribunal)

Resalta que de la misma manera la sentencia proferida por dicha Sección, con ponencia del Consejero Germán Ayala Mantilla, Expediente 19001 –23-31-000-

1997-0015-01 (11610), expresó lo siguiente sobre la notificación por edicto y la protocolización del silencio administrativo positivo:

“(…)

Los actos administrativos no surten efectos con su simple expedición, pues para que sean oponibles a los administrados, se requiere de su notificación, la cual no es un requisito de legalidad del acto, pero sí de su aplicabilidad. De ninguna manera puede aceptarse como vinculante, un acto administrativo que no ha sido comunicado al administrado a quien va dirigido y por ende a quien jurídicamente afecta, como se deriva de la posición de la administración, para quien es suficiente con la expedición y no se requiere la notificación. Conforme a lo expuesto, el acto administrativo que resolvió el recurso gubernativo por haber sido notificado por edicto desfijado el 4 de agosto de 1997, vicio que no se purga ni aun admitiendo que la notificación se surtió el 1 de agosto, fecha en la cual ha debido desfijarse el edicto. Para la Sala no resulta admisible, que la Administración alegue su propio error al efectuar la notificación por edicto al contribuyente, para perjudicarlo a pesar que el error es responsabilidad del ente gubernativo, que con el indujo también a error a la sociedad”.

“(…)En relación con la obligación de protocolizar el silencio administrativo positivo, comparte la Sala lo explicado por el a quo, que se fundó en una sentencia de esta misma Sección proferida en un caso similar, toda vez que en esta materia existe regulación íntegra por parte del Estatuto Tributario, que en su artículo 734 establece que “Si transcurrido el término señalado en el artículo 732, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso, la administración, de oficio o a petición de parte, así lo declarará”. Tal como se encuentra redactada la norma, el silencio administrativo opera si transcurrido el término de un año, el recurso no se ha resuelto, **caso en el cual existe una previsión especial, diferente a la consagrada en las normas generales del Código Contencioso Administrativo, que impone a la Administración que reconozca su operancia, bien sea de oficio o a petición de parte, previsión esta que consagra un procedimiento diferente al de la protocolización que exige el código contencioso para su reconocimiento.** Nótese que la norma impone en cabeza de la Administración, la obligación de reconocer que operó el fenómeno del silencio administrativo con efectos positivos, la cual deberá cumplir de oficio o a petición de parte, sin que la norma en comento atribuya alguna consecuencia adversa al contribuyente, si éste no solicitó a la Administración que cumpla con su deber”.

Concluye el Tribunal que en el presente caso, la DIAN al haber excedido el término de siete meses que tenía para **resolver y notificar** la decisión que desataba el recurso de reposición interpuesto contra el acto sancionatorio, incurrió en incompetencia temporal para decidir sobre dicho recurso, razón por la cual habrá de decretarse la nulidad de este último acto administrativo, imponiéndose la aplicación del silencio administrativo positivo respecto de la primera decisión, en los términos del artículo 28 del Decreto 1092 de 1996.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la DIAN, finca su inconformidad, en esencia, en que en el presente caso la Resolución que resolvió el recurso de reposición fue expedida el 28 de enero de 1999 y posteriormente se envió citación al representante legal de la actora para que compareciera a notificarse personalmente, lo cual demuestra la diligencia de la entidad.

Insiste en que el fenómeno del silencio administrativo positivo no se reduce a una simple confrontación mecánica de fechas para concluir en forma simplista su ocurrencia sino que es necesario verificar el vencimiento del término para proferir el acto; se debe determinar si jurídicamente el actor puede obtener el derecho que pretende que se le reconozca con el silencio administrativo.

Señala que el Decreto 1092 de 1996 no consagra un procedimiento para el reconocimiento del silencio, por lo que debe acudir al artículo 42 del C.C.A., y de aceptarse, en gracia de discusión, que el silencio tuvo ocurrencia, el actor debió protocolizar la constancia o copia de que trata el artículo 5º del C.C.A., junto con su declaración jurada de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto.

A su juicio, si el a quo consideró que el acto administrativo fue notificado fuera del término establecido en la norma, debió proceder a declarar nula la notificación y que por ende se perdía el efecto ejecutorio del mismo; y si consideró que operó el silencio administrativo, debió fallar declarando tal evento u ordenando al actor a que procediera a la notificación y a la DIAN que cesara todo proceso de cobro contra la actora, por no tener fuerza ejecutoria.

Que si el actor consideró que la Administración omitió expedir el acto administrativo en el que se decretara el silencio administrativo a su favor, no debió incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público, en la oportunidad procesal de alegatos de conclusión guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala, en sentencia de 17 de abril de 2008 (Expediente 1999-02261, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianetta, Actora: Avianca), estudió la legalidad de actos administrativos expedidos por la DIAN a través de los cuales se impuso multa a la actora por infracción al régimen de cambios; y precisó, que, en primer término, correspondía dilucidar la ocurrencia o no del silencio administrativo positivo respecto del recurso de reposición que interpuso la demandante frente al acto sancionatorio y al cual se le endilga no haber sido notificado dentro del término de 7 meses previsto en el Artículo 26 del Decreto 1092 de 1996.

En este caso, como sucedió en el expediente que se acaba de reseñar, la actora no impetró expresamente la nulidad del acto administrativo a través del cual la DIAN se abstuvo de reconocer los efectos del silencio administrativo positivo, no obstante lo cual, conforme se hizo en la precitada sentencia, la Sala hará uso de su facultad de interpretar la demanda, habida cuenta de que de lo expresado en los hechos de la demanda y en el concepto de la violación se colige que también le está planteando cuestionamientos a dicho acto:

En efecto, a folio 6 del cuaderno principal, se lee:

“NOVENO: La sociedad METROTEL REDES S.A., con fundamento en los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, presentó ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Administración de Aduanas de Barranquilla- División Jurídica, solicitud en el sentido de que se declarara fallado a su favor el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución Sanción No. 0009 del 29 de mayo de 1998”.

“DECIMO: Con fecha 24 de marzo de 1999, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales- Administración de Aduanas Barranquilla- División Jurídica, se negó a acceder a la petición formulada por la sociedad MWTROTEL REDES S.A.

A folio 9, ibídem, se lee:

“...Es del caso destacar que la sociedad que apodero expresamente solicitó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, dar cumplimiento al deber legal de declarar la ocurrencia del silencio administrativo positivo, habiéndose la Administración negado a ello sin que exista justificación alguna.

Las razones esgrimidas por la DIAN para desestimar la petición que se le formulara, comportan el desconocimiento del instituto de la notificación y de la norma que la regula, que para el caso es el inciso 2º del artículo 14 del Decreto 1092 de 1996”.

A folios 6 a 8 del cuaderno de anexos obra copia del Oficio 00-56-02-078A-190 de 24 de marzo de 1999, a través del cual la DIAN negó la petición de la actora de reconocer la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

A folios y 18 y 19 del cuaderno principal, la actora aduce el cargo de violación de “notificación extemporánea del acto”, y al explicar el alcance del concepto de la violación, señala que se quebrantaron los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, que establecen un término perentorio para proferir y notificar la Resolución que resuelve el recurso de reposición **y el consecuente silencio administrativo positivo.**

Al respecto se tiene que el aspecto central de la controversia descansa en el texto de los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, *“por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN.”*

Tales normas son del siguiente tenor:

“Artículo 26. *Término para resolver el recurso. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales tendrá siete (7) meses para expedir y notificar la resolución que resuelva el recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, contados a partir del día siguiente a su interposición en debida forma.*

Contra la resolución que rechace el recurso de reposición no procederá recurso alguno.”

“Artículo 28. *Silencio administrativo. Si transcurre el término previsto en el primer inciso del artículo 26 sin que se expida y notifique el acto que decida de fondo el recursos de reposición, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales así lo declarará a de oficio o a petición de parte.”*

Está acreditado en el expediente que la actora interpuso el recurso de reposición contra la Resolución 0009 de 29 de mayo de 1998, **el 8 DE JULIO DE 1998, conforme consta a folios 90 a 118.**

De acuerdo con el artículo 26 del Decreto 1092 de 1996, el término de 7 meses para que la Administración **expidiera y notificara** la Resolución que resolviera el recurso vencía el **9 DE FEBRERO DE 1999** .

Conforme a certificación visible a folio 17 vuelto del cuaderno de anexos, la Resolución 001 de 28 de enero de 1999, que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la actora, se **NOTIFICÓ EL 18 DE FEBRERO DE 1999, fecha esta en que fue desfijado el edicto y se entiende surtida tal notificación,** habida consideración de que la actora fue citada mediante correo certificado para notificarla personalmente y no compareció.

La Sala, en la sentencia señalada ab initio de estas consideraciones, hizo hincapié en que en el Decreto 1092 de 1996 inequívocamente el legislador quiso incluir la notificación del acto que decide el recurso de reposición en los siete (7) meses que ha señalado como límite para que no se configure el silencio administrativo positivo; de allí que al confrontar los hechos con las normas transcritas, es evidente que la notificación de la Resolución que decidió el recurso de reposición se surtió por fuera del referido plazo de 7 meses lo que, indefectiblemente abrió paso a la ocurrencia del silencio administrativo positivo, que al no haber sido reconocido por la Administración amerita la declaratoria de la nulidad del acto y de los que impusieron la multa en contra de la actora.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala modificar la sentencia apelada para incluir como objeto de declaratoria de nulidad también el Oficio núm. 00-56-02-

078A-190 de 24 de marzo de 1999 y confirmarla en todo lo demás, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

MODIFÍCASE la sentencia de primer grado en el sentido de incluir también en su parte resolutive la declaratoria de nulidad Oficio núm. 00-56-02-078A-190 de 24 de marzo de 1999, expedido por la División Jurídica de la Administración de Aduanas Local de Barranquilla, que negó a la actora el reconocimiento del silencio administrativo positivo.

CONFÍRMASE dicha sentencia en todo lo demás.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala 12 de febrero de 2009.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN