

REGIMEN CAMBIARIO - Silencio administrativo positivo: interrupción con expedición y notificación del acto / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO CAMBIARIO - Interrupción con expedición y notificación del acto sancionatorio / INTERRUPCION DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Requiere expedición y notificación del acto

Al respecto, se tiene que el fundamento jurídico del debate de la cuestión está en 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.” El enunciado de dichos artículos dice: (...). Consta en el plenario que el recurso contra la resolución que puso fin a la actuación administrativa, núm. 015 de 13 de agosto de 1998, fue presentado por la actora el 9 de septiembre de 1998, y que dicho recurso fue desatado mediante Resolución Núm. 03 de 26 de marzo de 1999, para cuya notificación se optó en un comienzo por la notificación personal, efecto para el cual se libró oficio citatorio al representante legal de la actora con esa misma fecha (folio 1603), enviado al parecer por SERVIENTREGA, según comprobante de envío que obra en cuaderno anexo del plenario (folio 1598), con la advertencia de que sino se presentaba dentro de los 10 días siguientes, se procedería a practicar la notificación por edicto. Ante la no comparecencia del citado, la Administración procedió a la notificación por edicto, distinguido con el número 229, que fue fijado el 13 de abril de 1999 y desfijado el 26 siguiente, a las 5 P.M., por ende la notificación de dicha resolución se produjo una vez desfijado ese edicto. De otra parte, el término de 7 meses que tenía la administración para expedir y notificarla, contado a partir del día siguiente de la presentación del recurso, vencía el 10 de abril de 1999, vencimiento que por ser sábado se trasladó a lunes 12, de suerte que a más tardar ese día debía estar notificada la aludida resolución. La Sala no tiene duda de que el señalado término corresponde a la expedición del acto que dirima el recurso de reposición como la notificación del mismo, pues ambas normas son claras en ese sentido, amén de que al disponerlo así resultan en consonancia con los supuestos que doctrinariamente configuran el silencio administrativo, esto es, el vencimiento del término que señale la ley en el caso especial que consagra esa figura, y la falta de notificación al interesado, en este caso el recurrente, dentro de dicho término. Por lo tanto, en el presente caso lo que se advierte es que inequívocamente el legislador ha querido 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 la norma transcrita, es evidente que la notificación de la resolución que decidió el recurso de reposición se surtió por fuera o después del referido plazo de 7 meses, como quiera que se efectuó 14 días después del 12 de abril, día en que había fenecido, mientras que la notificación tuvo lugar el 26 siguiente, día en que se desfijó el edicto.

INFRACCION ADUANERA - Silencio administrativo positivo en Decreto 2685 de 1999: interrupción solo con expedición del acto / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO ADUANERO - Interrupción con la sola expedición del acto: examen contextual y sistemático / RECURSO DE RECONSIDERACION EN MATERIA ADUANERA - Silencio administrativo positivo: interrupción solo con notificación del acto

Esa situación jurídica es muy diferente a la regulada en los artículos 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999 para que se genere el silencio administrativo positivo, pues en el primero de éstos sólo se señala la expedición del acto como punto de referencia para determinar su ocurrencia, lo cual fue encontrado por la Sala como explicable por la brevedad del término para que tenga lugar dicho fenómeno

jurídico, como quiera que es de treinta (30) días, más si ese lapso se compara con los siete (7) meses otorgados para decidir el recurso de reposición en el caso del sub lite. En efecto, la Sala precisó los alcances de tal regulación así: “Si bien la teoría sobre la materia, acogida de manera unánime por la doctrina tanto externa como interna, señalan como uno de los dos supuestos de esta figura la falta de notificación dentro del término, y no la falta de expedición de la decisión, por razones de seguridad para el administrado en la medida en que con ello se evita la posibilidad de que la autoridad manipule la ocurrencia del silencio administrativo positivo antedatando las decisiones tardías, ello no es un precepto o regla superior que rija la facultad de conformación normativa que tiene el legislador al respecto....A la luz de la posición doctrinaria comentada y vista aisladamente, la norma puede aparecer como una forma no técnica de regular el silencio administrativo positivo, pero amén de que eso no es razón válida para darle un contenido o alcance no previsto en ella, si se examina en contexto y de manera sistemática resulta explicable y razonable, dada la brevedad del término en relación con el carácter de la decisión, como quiera que es la decisión de fondo del asunto y no una de simple trámite; e igualmente, atendiendo lo muy especial de la manera como está dada esta regulación, pues el término no empieza a contarse desde el inicio de la actuación administrativa, sino desde eventos que se dan dentro del trámite de la misma. En todo caso, por antitécnica que sea, es clara e inequívoca la voluntad del legislador de remitirse a la expedición del acto administrativo que decide el fondo de esa actuación administrativa y no a la notificación de dicho acto, lo cual es más evidente al comparar la norma con el inciso 4º del artículo 519 en comento, en tanto éste sí se refiere a la falta de notificación de la decisión expresa del recurso de reconsideración para que tenga lugar el aludido fenómeno; pues establece que “transcurrido el plazo para resolver el recurso de reconsideración, sin que se haya notificado decisión expresa, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la autoridad competente de oficio o a petición de parte así lo declarará”; plazo que por cierto es de tres (3) meses.”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 08001-23-31-000-1999-02261-01

Actor: AVIANCA S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la DIAN, parte demandada en el proceso, contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual accede a las pretensiones de la actora.

I.- ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

1. 1. Pretensiones:

AVIANCA S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal Administrativo del Atlántico declarar la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución Núm. 0015 de 13 de agosto de 1998, mediante la cual la **División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Barranquilla** le impuso una multa de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS (\$2.648.650.812.12), “por infracción del artículo 65 de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Monetaria (sic)”, esto es, al régimen cambiario.

- Resolución No. 003 de 11 de marzo de 1999, proferida por el Jefe de la División Jurídica de la citada Administración en respuesta al recurso de reposición interpuesto contra aquella, en el sentido de disminuir la multa a \$ 2.286.757.857.89.

1. 2. Hechos en que se funda

En síntesis, relata que la Administración le formuló pliego de cargos mediante auto 0014 de 25 de junio de 1997, notificado por correo el 27 siguiente, donde le endilga la posible infracción del artículo 65 de la Resolución Externa 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República por la presentación extemporánea de los informes mensuales del movimiento de sus cuentas Nos. 011167954 del CHASSE MANHATATAN BANK en U.S.A., y 0055001374 del mismo banco, pero en Inglaterra, registradas ante el Banco de la República bajo la modalidad de Cuentas Corrientes de Compensación, enunciando en dicho pliego una posible multa de \$6.096.064.163.07.

La actora presentó descargos de manera oportuna, haciendo notar las inconsistencias y violaciones al debido proceso establecido en el Decreto 1092 de 1996 y la Circular 0115 de 1997, la caducidad de la acción sancionatoria respecto de algunos de los movimientos revisados, y aspectos lesivos de la buena fe y la competencia.

El 13 de agosto de 1998, la DIAN expidió la Resolución 0015 decidiendo el asunto en el sentido de aceptar parcialmente los argumentos de los descargos, rebajando en consecuencia la multa a la cifra ya indicada de **\$2.648.650.812.12**, que luego fue disminuida por virtud del recurso de reposición al monto de \$ **2.286.757.857.89**, mediante Resolución 0003 de 26 de marzo de 1999, cuya notificación se surtió por edicto fijado el 13 de abril de 1999 y desfijado presuntamente el 26 siguiente.

El 22 de abril de 1999 la actora, alegando que la notificación no se produjo dentro del término legal, solicitó la aplicación del silencio administrativo positivo conforme el artículo 28 del Decreto 1092 de 1996 respecto del recurso de reposición, lo que le fue negado por la DIAN con oficio de 26 de mayo de 1999 bajo el argumento de que la notificación se produjo oportunamente.

1. 3. Normas violadas y concepto de la violación

Indica como violados los artículos 4, 29, 83 y 121 de la Constitución Política; 7º de la Ley 9ª de 1991; 28 del Decreto Ley 1092 de 1996; 3 y 4 del Decreto 2116 de 1992, y 65 de la Resolución 21 de 1993, por las razones que se resumen así:

1.3.1. Violación de los artículos 29 de la Constitución Política y 28 del Decreto 1092 de 1996. Para sustentar el cargo hace un recuento del diligenciamiento administrativo en cuestión, en el que refiere que solicitó a la Administración declarar el silencio administrativo establecido en el artículo 28 del Decreto 1092, por tanto dar por fallado a su favor el recurso de reposición y ordenar el archivo definitivo del expediente; pero que, no obstante lo imperativo de esa norma y certeza de la ocurrencia del aludido silencio, la DIAN, mediante Oficio No. 00-56-02-78 A 373 de mayo 26 de 1999, no accedió a su solicitud, cuyos fundamentos controvierte el memorialista, para concluir que demostró con suficiencia la violación al debido proceso por la DIAN al no haber accedido a esa petición, por omitir el mandato del artículo 28 del Decreto 1092 de 1996 y, además, porque los argumentos de su

decisión no tienen respaldo alguno, ya que todos están en desacuerdo con la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal contencioso al respecto. (folios 7 a 10).

1.3.2. Violación de los artículos 4º y 121 de la Constitución Política; 7 de la Ley 9ª de 1991 y 3º y 4º del Decreto 2116 de 1992, por falta de competencia de la DIAN sobre las operaciones que dieron lugar a la sanción, pues éstas no se refieren a importaciones y exportaciones de bienes y servicios y gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones, que fueron las asignadas a ella por el Decreto 2116 de 1992 y luego por el Decreto 1217 de 1993, en los que no se le dio atribución alguna sobre el manejo de las cuentas compensación.

1.3.3. El artículo 83 de la Constitución Política es violado por lo excesivo de la sanción y por estar referida a un hecho que por sí solo no causa perjuicio ni daño a bien jurídico alguno o a la economía del país, de allí que resulte reñida con los criterios de proporcionalidad y razonabilidad, así como confiscatoria y lesiva para la empresa.

1.3.4. La violación del artículo 65 de la Resolución 21 de 1993 se da en razón a que los hechos sancionados no constituyen una infracción cambiaria, pues en caso de incumplimiento de los informes, lo único que procede es la cancelación de la cuenta, decisión que le corresponde al Banco de la República.

2.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La DIAN niega que hubiera ocurrido el silencio administrativo positivo, por cuanto el acto fue expedido y notificado mediante correo dentro del término, la notificación por edicto es subsidiaria; sostiene que es competente para conocer del asunto en cuestión, atendiendo los decretos 1693 y 1725 de 1997 (artículos 2 y 3, literal b) y 28, respectivamente, que retomaron y desarrollaron las funciones de control cambiario asignadas mediante los decretos 2116 (art.3º) y 2117 (art. 1º,) de 1992, en concordancia con el Decreto Ley 1092 de 1996, que estableció el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario.

Por lo demás, aduce que no existió la supuesta violación del ordenamiento jurídico colombiano, pues el artículo 1º de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República impone a los titulares de cuentas de compensación el deber de presentar a ese banco, dentro de cada mes calendario siguiente, la

declaración de cambio correspondiente a las operaciones realizadas y una relación de las efectuadas durante el mes anterior.

De otra parte, el artículo 4º *ibídem* prevé que quien incumpla cualquier obligación establecida en el régimen cambiario se hará acreedor a las sanciones previstas en el Decreto 1746 de 1991 y disposiciones concordantes, y dentro de esas obligaciones está la señalada en el artículo 1º en cita, y su no cumplimiento genera dichas sanciones, por tanto no es cierto que la sanción se hubiera aplicado de forma retroactiva, además de que desde antes ya existían regímenes cambiarios y vigilancia de las cuentas corrientes en moneda extranjera; y el Decreto 1092 de 1996 prevé un procedimiento mejor que los anteriores, por asimilarlo al tributario, con lo cual cortó la costumbre de solicitar indefinidamente pruebas hasta la prescripción de la acción y agilizó la notificación, evitando las citaciones que dilataban el procedimiento.

Por todo lo anterior se opone a las pretensiones de la demanda y solicita que sean negadas.

II.- LA SENTENCIA APELADA

El *a quo*, luego de reseñar la actuación procesal, concluye que la DIAN sí tenía la competencia legal para conocer y sancionar la presunta infracción cambiaria en que habría incurrido la actora. Sobre el particular se apoya en pronunciamientos de la Sección Cuarta de esta Corporación y los decretos 2116 y 2117 de 1992; empero encuentra demostrada la ocurrencia del silencio administrativo positivo en los términos de los artículos 26 y 28 del Decreto 1092 de 1996, según los cuales el plazo de 7 meses comprende tanto la expedición como su notificación, considerando que el acto del sub lite sólo podía notificarse personalmente o por edicto, y que en este caso el recurso de reposición contra el mismo fue interpuesto el 9 de septiembre de 1998, de modo que la DIAN tenía hasta el sábado 10 de abril de 1999 para desatarlo, fecha que se corrió hasta el lunes 12; pero una vez surtida la citación para la notificación y ante la no comparecencia de la actora para el efecto, se fijó edicto que fue desfijado el 26 de abril de 1999, fecha en la que se entiende surtida la notificación, superándose con creces el término de 7 meses en mención. En consecuencia, declaró la nulidad de la resolución 003 en cuestión y ordenó a la DIAN declarar a favor de la actora la ocurrencia del silencio administrativo positivo.

III.- EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la entidad demandada, quien retoma lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de la primera instancia, sostiene que el Tribunal no tuvo en cuenta sus argumentos allí planteados y se abstuvo de penetrar en la materia respectiva, e insiste en la validez de los medios subsidiarios para dar a conocer las decisiones administrativas, y que en este caso la DIAN cumplió con todos los pasos, oportunos y diligentes para responder tanto lo sustancial como lo formal o procedimental, pues el 26 de marzo de 1999 expidió la resolución que desató el recurso de reposición, siendo que para ello tenía plazo hasta el 12 de abril de ese año, y el mismo 26 de marzo envió citación No. 0111 a la actora para que su apoderado asistiera con el fin de surtir la notificación personal y así concluir el ciclo legal del fallo y la notificación.

En contraste con esa conducta diligente y de buena fe de la Administración, se dio una conducta dilatoria de la interesada con el fin claro y reprochable de lograr para sí el silencio administrativo positivo, que resulta en ese momento de la inacción dilatoria de dicha parte más que del castigo a la Administración, y como un trofeo no bien habido.

Es evidente que la interesada se enteró mucho antes del 12 de abril de 1999 de la resolución de la Administración. Posteriormente el 7 de abril de 1999 se envía la notificación No. 218, introducida en el correo el 8 de abril de 1999, según consta en el expediente. El 9 de abril se pone en contacto con una empleada de su Gerencia, señora Luz Elena Meza, de cuya llamada se deja constancia en el expediente, persona esa que devuelve la llamada afirmando sobre el conocimiento que ya tenían las directivas de Bogotá sobre la mencionada resolución.

Lo anterior demuestra la conducta omisiva, dilatoria y carente de buena fe de la recurrente.

Acota que no se está tratando de desconocer las formalidades y los términos previstos por la ley, sino de que se le conceda primacía al derecho sustancial, que se ve amenazado gravemente cuando el administrado “juega hábilmente” a no presentarse a la notificación personal con el fin de lograr el vencimiento del

término, ya que era evidente que el edicto quedaría por fuera de los términos legales. Resalta que todas las formalidades de procedimiento se cumplieron, hasta cuando la actitud del administrado rompió el equilibrio armónico que debió existir entre las partes en el litigio.

Agrega que la jurisprudencia y la doctrina coinciden en afirmar que el fenómeno del silencio administrativo positivo no se reduce a una simple confrontación mecánica de fechas, sino que es preciso determinar la esencia del litigio, las formalidades efectuadas y la conducta impropia del administrado.

Por lo demás, el memorialista se extiende en comentarios similares a los antes reseñados, relativos a los aspectos generales y hechos allí referidos, trayendo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional; reitera que la resolución anulada se profirió dentro del término de siete (7) meses que le daba la ley, y que por ello no es cierto que hubiera sido expedida sin competencia temporal, fue introducida al correo el 8 de abril de 1999, según el sello de ADPOSTAL que obra en planilla de fecha 7 de abril de 1999, considerando que de esta forma la sociedad se dio por suficientemente enterada de la voluntad de la Administración.

Advierte que el a quo incurre en confusión al considerar que las etapas de notificación hacen parte del procedimiento administrativo con el que pone fin a una actuación, olvidando que la notificación es solamente el instrumento mediante el cual se da a conocer a los interesados y a los terceros que resulten afectados de las decisiones que ponen término a una actuación administrativa. Al punto cita una sentencia de esta Corporación que sólo identifica como de agosto de 1991; y recalca que ella no había perdido la competencia para expedir la resolución por la cual decidió el recurso de reposición en comento.

Finalmente, manifiesta su desacuerdo o inconformidad ante la orden que se le da en el fallo acusado de declarar a favor de la actora la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por cuanto en vía gubernativa ya se le había negado a ésta la solicitud de esa declaración, y si el juez concluye que había ocurrido ese fenómeno, así ha debido declararlo en su sentencia y no ordenar a la entidad demandada hacerlo, devolviendo la actuación a la vía administrativa de donde había salido. Por tanto, es al juez administrativo a quien le compete declarar dicho

fenómeno, en caso de no tener en cuenta los argumentos y pruebas de la parte demandada.

IV.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSION

En el traslado para alegar de conclusión se pronunciaron las partes, así:

1.- La parte actora reitera en resumen su acusación contra el acto administrativo enjuiciado y cuestiona la pertinencia de los fundamentos del recurso bajo examen, y solicita que se confirme la sentencia apelada.

2.- La entidad apelante hace un recuento de los hechos y se reafirma en sus tesis relativas a la no ocurrencia en este caso del silencio administrativo positivo.

3.- El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

V.- CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico que en primer orden se plantea en la alzada y cuya solución determina la posibilidad de abordar otros debatidos en el plenario, es verificar si hubo o no ocurrencia del silencio administrativo positivo respecto del recurso de reposición que la actora interpuso contra la Resolución Núm. 0015 de 13 de agosto de 1998, atendiendo al efecto la normatividad pertinente.

Por ende, si bien la actora pide la nulidad de dicha resolución y su confirmatoria, 003 de 11 de marzo de 1999 al desatar el recurso de reposición, lo evidente es que el cuestionamiento que plantea en el primer cargo de su demanda está centrado en el oficio A 373 de 26 de mayo de 1999, mediante el cual la DIAN negó su solicitud de declarar la ocurrencia del silencio administrativo positivo ante el mencionado recurso, tal como se observa en la reseña del concepto de la violación que atrás se hizo de ese cargo, cuyos apartes conviene traer textualmente para una mejor apreciación de esa circunstancia, así:

“...mi representada se dirigió a la Administración para que ella procediera a declarar el Silencio Administrativo establecido en el artículo 28 del decreto 1092 y, por tanto, dar por fallado a su

favor el recurso de reposición y ordenar el archivo definitivo del expediente.

No obstante lo imperativo de la norma invocada y de la certeza de la ocurrencia del silencio que la misma consagra, la DIAN, mediante Oficio No. 00-56-02-78 A 373 de Mayo 26 de 1.999, el cual fue enviado por correo, no accedió a nuestra solicitud, fundamentando su negativa en los siguientes argumentos:

- a. Que la decisión se había producido dentro de los términos de ley, ya que la Resolución que resolvió el recurso fue **expedida** el 26 de Marzo de 1.999.*
- b. Que a pesar de haber sido expedida a tiempo, esta no fue notificada dentro del término previsto, aunque se adelantaron los trámites necesarios para ello y que inclusive, se envió una copia de la misma por correo.*
- c. Que por la vía del silencio administrativo no se puede adquirir algo que va en contra de la Ley.*

En el mismo orden en que antes se expusieron los argumentos de la DIAN para negar nuestra solicitud, demostraremos la falta de legalidad de cada uno de ellos:

- a. Aunque la decisión que resolvía el recurso de reposición pudo haber sido expedida con anterioridad, ...no basta que es se expida, sino también que se notifique.*

Dice el profesor Carlos Betancourt Jaramillo (...)

*No puede entonces resultar válida la tesis expuesta por la DIAN en el sentido de que por ser dos los requisitos que señala el artículo 28 del Decreto 1092 de 1996, **expedición y notificación**, al haberse cumplido uno solo de ellos – la expedición -, bastaría para no se produzca (sic) la consecuencia jurídica que allí se señala, esto es, que se entienda fallado el recurso a favor del recurrente. Y es que no puede ser cierta la tesis defendida la DIAN (sic), H. Magistrados, ya que como se*

vio tanto jurisprudencial como doctrinariamente, un acto administrativo no solo es válido, sino que no existe si no se ha notificado. Lo contrario sería aceptar que mediante simple expedición de un acto oculto, la Administración pudiera hacerlo valer ante los asociados, violándose con ello los principios constitucionales sobre el derecho de defensa y debido proceso.

b. A la posición de la DIAN, en este punto, consideramos H. Magistrados que para desvirtuarla resulta suficiente citar el siguiente fallo... (cita la sentencia de 1º de septiembre de 1995, expediente AC-2928, de la Sección Tercera)

c. En este punto la DIAN cuestiona la legalidad de los hechos para indicar que no puede darse el silencio administrativo cuando estos van en contra de la Ley. Pues bien, una vez más H. Magistrados, tendremos que recurrir a Jurisprudencia sobre el particular ... (transcribe un aparte sin identificar su providencia).

Consideramos, finalmente, en este punto, H. Magistrados, que ha quedado demostrado con suficiencia la violación al debido proceso por parte de la DIAN al no haber accedido a las pretensiones alegadas por mi representada, por haber omitido el mandato del artículo 28 del decreto 1092 de 1.996 y, además, porque los argumentos de su decisión no tienen respaldo alguno, ya que todos ellos están en desacuerdo con la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal contencioso al respecto.” (folios 7 a 10).

Luego cabe decir que además de las resoluciones 015 de 13 de agosto de 1998 y 003 de 11 de marzo de 1999, la actora también está demandando el acto contenido en ese oficio, aportado como anexo de la demanda; de allí que la Sala, en uso de su facultad de interpretar la demanda, da por entendido que los actos realmente demandados son las referidas resoluciones y el oficio en mención, luego igualmente deberá ocuparse del examen de su legalidad.

2.- Al respecto, se tiene que el fundamento jurídico del debate de la cuestión está en 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.”* El enunciado de dichos artículos dice:

*“**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.”*

3. Consta en el plenario que el recurso contra la resolución que puso fin a la actuación administrativa, núm. 015 de 13 de agosto de 1998, fue presentado por la actora el 9 de septiembre de 1998, y que dicho recurso fue desatado mediante Resolución Núm. 03 de 26 de marzo de 1999, para cuya notificación se optó en un comienzo por la notificación personal, efecto para el cual se libró oficio citatorio al representante legal de la actora con esa misma fecha (folio 1603), enviado al parecer por SERVIENTREGA, según comprobante de envío que obra en cuaderno anexo del plenario (folio 1598), con la advertencia de que sino se presentaba dentro de los 10 días siguientes, se procedería a practicar la notificación por edicto.

Ante la no comparecencia del citado, la Administración procedió a la notificación por edicto, distinguido con el número 229, que fue fijado el 13 de abril de 1999 y desfijado el 26 siguiente, a las 5 P.M., por ende la notificación de dicha resolución se produjo una vez desfijado ese edicto.

De otra parte, el término de 7 meses que tenía la administración para expedir y notificarla, contado a partir del día siguiente de la presentación del recurso, vencía el 10 de abril de 1999, vencimiento que por ser sábado se trasladó a lunes 12, de suerte que a más tardar ese día debía estar notificada la aludida resolución.

La Sala no tiene duda de que el señalado término corresponde a la expedición del acto que dirima el recurso de reposición como la notificación del mismo, pues ambas normas son claras en ese sentido, amén de que al disponerlo así resultan en consonancia con los supuestos que doctrinariamente configuran el silencio administrativo, esto es, el vencimiento del término que señale la ley en el caso especial que consagra esa figura, y la falta de notificación al interesado, en este caso el recurrente, dentro de dicho término.

Esa situación jurídica es muy diferente a la regulada en los artículos 512 y 519 del Decreto 2685 de 1999 para que se genere el silencio administrativo positivo, pues en el primero de éstos sólo se señala la expedición del acto como punto de referencia para determinar su ocurrencia, lo cual fue encontrado por la Sala como explicable por la brevedad del término para que tenga lugar dicho fenómeno jurídico, como quiera que es de treinta (30) días, más si ese lapso se compara con los siete (7) meses otorgados para decidir el recurso de reposición en el caso del sub lite.

En efecto, la Sala precisó los alcances de tal regulación así:

“Si bien la teoría sobre la materia, acogida de manera unánime por la doctrina tanto externa como interna, señalan como uno de los dos supuestos de esta figura la falta de notificación dentro del término, y no la falta de expedición de la decisión¹, por razones de seguridad para el administrado en la medida en que con ello se evita la posibilidad de que la autoridad manipule la ocurrencia del silencio administrativo positivo antedatando las decisiones tardías, ello no es un precepto o regla superior que rijan la facultad de conformación normativa que tiene el legislador al respecto.

¹ Los tratadistas españoles García de Enterría Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, en su obra conjunta plantean que la referencia a la fecha de la notificación de la decisión, y no a la de esta última, es una cautela elemental que adoptan sistemáticamente las leyes en todos los supuestos de silencio, ya sea positivo o negativo, puesto que de otro modo quedaría en manos de la administración la producción misma del silencio de que se trate, siendo suficiente para impedirla, el cómodo expediente de antedatar la resolución tardía. “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, cuarta edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 558.

Tampoco esa concepción teórica y doctrinaria del tema tiene carácter dispositivo en el sentido de que siempre deba entenderse incorporada a la regulación del silencio administrativo positivo, y que por lo mismo deba interpretarse con ese alcance o contenido toda norma especial, aunque se refiera a un evento distinto, como en este caso es el de la expedición de la decisión de fondo.

A la luz de la posición doctrinaria comentada y vista aisladamente, la norma puede aparecer como una forma no técnica de regular el silencio administrativo positivo, pero amén de que eso no es razón válida para darle un contenido o alcance no previsto en ella, si se examina en contexto y de manera sistemática resulta explicable y razonable, dada la brevedad del término en relación con el carácter de la decisión, como quiera que es la decisión de fondo del asunto y no una de simple trámite; e igualmente, atendiendo lo muy especial de la manera como está dada esta regulación, pues el término no empieza a contarse desde el inicio de la actuación administrativa, sino desde eventos que se dan dentro del trámite de la misma.

En todo caso, por antitécnica que sea, es clara e inequívoca la voluntad del legislador de remitirse a la expedición del acto administrativo que decide el fondo de esa actuación administrativa y no a la notificación de dicho acto, lo cual es más evidente al comparar la norma con el inciso 4º del artículo 519 en comento, en tanto éste sí se refiere a la falta de notificación de la decisión expresa del recurso de reconsideración para que tenga lugar el aludido fenómeno; pues establece que “transcurrido el plazo para resolver el recurso de reconsideración, sin que se haya notificado decisión expresa, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la autoridad competente de oficio o a petición de parte así lo declarará”; plazo que por cierto es de tres (3) meses.”²

Por lo tanto, en el presente caso lo que se advierte es que inequívocamente el legislador ha querido 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

² Sentencia de 8 de noviembre de 2007, expediente No. 2003 01855 01, consejero ponente doctor Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

con la norma transcrita, es evidente que la notificación de la resolución que decidió el recurso de reposición se surtió por fuera o después del referido plazo de 7 meses, como quiera que se efectuó 14 días después del 12 de abril, día en que había fenecido, mientras que la notificación tuvo lugar el 26 siguiente, día en que se desfijó el edicto.

En esas circunstancias es incuestionable la ocurrencia del silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 28 en comento, en beneficio de la actora respecto del mencionado recurso de reposición, de allí que el oficio A 373 de 26 de mayo de 1999 resulte infundado y contrario al artículo 28 en comento, al negarle a la actora su solicitud de declarar la ocurrencia del silencio administrativo positivo ante el mencionado recurso, y que éste deba ser considerado como decidido a su favor, y así se ha de declarar a título de restablecimiento del derecho en la parte resolutive de la providencia, previa declaración de nulidad del mencionado oficio y sin validez alguna la resolución 0103 de 11 de marzo de 1999.

Los argumentos del apelante no son idóneos para desvirtuar la ocurrencia de ese fenómeno jurídico, toda vez que la verificación de éste releva al juez de cualquier consideración o examen del fondo del asunto; no es suficiente con que el acto se expida dentro del término, sino que debe ser notificado antes de su vencimiento en la forma que prevé la normatividad pertinente, lo cual debe acreditar la entidad emisora del acto; y ninguna de las diligencias tendientes a la notificación aducidas por el memorialista son suficientes para darla como surtida.

En efecto, la constancia que se dejó en el expediente administrativo de una comunicación telefónica con una empleada de la empresa demandante, visible a folio marcado con el núm.1599, no tiene alcance distinto al de dar cuenta de que la interlocutora había manifestado que la oficina jurídica de la actora ya tenía conocimiento de la existencia del acto en mención, y ello no es equivalente en forma alguna a su notificación, menos cuando no es manifestación del representante legal de la misma que indique de manera inequívoca que conoce no sólo la existencia, sino también el contenido del acto. Por lo tanto, esa constancia es enteramente irrelevante en cuanto a este punto.

Respecto de la pretendida notificación por correo introducido el 7 de abril de 1999, baste decir que el artículo 14 del decreto en comento dispone en su inciso segundo que *“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 e introducción al correo del aviso de citación.”, de allí que desde el inicio se hubiera accionado el mecanismo de la notificación personal, que tiene como forma subsidiaria la notificación por edicto, la que incluso le había sido advertida a la actora en la citación que se le hizo para la práctica de aquélla, y finalmente fue la que se practicó.

Al punto, es menester recordarle a la apelante que la notificación de los actos administrativos es un diligenciamiento reglado, por lo cual deben cumplirse o respetarse sus formalidades, y no puede estar sujeta a los caprichos, afanes, desesperos, vaivenes o cambios de pareceres de la autoridad que los emite.

La renuencia del interesado en atender la citación para la notificación personal o su conducta tendiente a evadir dicha notificación no autoriza a la Administración a desatender esas formalidades, pues en ellas mismas se le dan herramientas suficientes para contrarrestar esas situaciones, previendo justamente su eventual ocurrencia, tales como la notificación por edicto.

De suerte que la queja del memorialista frente a la conducta de la sancionada es intrascendente y no tiene asidero alguno, puesto que con la aplicación de las herramientas jurídicas que le daba el ordenamiento jurídico bien podía controlar la situación y evitar los efectos que con dicha conducta supone que aquella perseguía.

Distinto es que por las circunstancias de tiempo, esas herramientas resultaran ineficaces, lo cual no aparece atribuible a la empresa sancionada sino a la propia Administración, toda vez que vino a expedir el acto sancionatorio ad portas del vencimiento del término de 7 meses que tenía para el efecto, pues los días que le restaban no eran suficientes para surtir la notificación por edicto ante la eventual no comparencia del representante legal de aquella, circunstancia que debió prever la DIAN frente a la decisión del comentado recurso de reposición, y todo indica que no lo hizo.

Por consiguiente, los argumentos de la recurrente son infundados y contrarios a la realidad procesal, en la cual está demostrado el cargo acogido por el a quo, de allí que el recurso no tiene vocación de prosperar y la sentencia impugnada se ha de confirmar.

En lo que sí le asiste razón es en su cuestionamiento a la orden que se le da en el fallo acusado para que declare a favor de la actora la ocurrencia del silencio administrativo positivo, por cuanto la jurisdicción contencioso administrativa está instituida para que con efecto de cosa juzgada decida los conflictos jurídicos generados por los actos, hechos, omisiones y demás actuación de las autoridades públicas, y no es una instancia más de la sede administrativa que reviva lo actuado en ésta. Por ello el artículo 170 del C. C. A. la faculta para que con el fin de restablecer el derecho particular, estatuya disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.

Por lo tanto, verificada como está la del ocurrencia del silencio administrativo positivo a favor de la actora y la consiguiente ilegalidad del oficio A 373 de 26 de mayo de 1999, mediante el cual la DIAN se negó a reconocerlo, al juez de lo contencioso no le queda más que anular dicho oficio y declararlo así y reconocer sus efectos, que en este caso es dejar sin vigencia la resolución 003 de 11 de marzo de 1999, por la cual decidió el recurso de reposición, y dar como revocada la resolución 0015 de 13 de agosto de 1998 objeto de ese recurso de reposición, pues fue lo que la recurrente solicitó en el recurso al indicar en su respectivo memorial que lo interponía *“con el propósito de que sea revocada en su integridad”* la resolución impugnada, 015 de 13 de agosto de 1998.

Además, pese a la antitécnica previsión en el aludido artículo 28 de su declaración oficiosa o a petición de parte, conviene recabar en que **“es consustancial al silencio administrativo positivo su carácter de *ipso juris* o de pleno derecho, lo cual en principio excluye toda necesidad de declaración³”**, según lo reiteró la Sala⁴.

Al respecto, téngase en cuenta que el silencio administrativo positivo equivale a decisión positiva o favorable a las pretensiones del interesado, según lo señala el artículo 41 del C.C.A. y así lo retoma el comentado artículo 28 del Decreto 1092

³ Además, esta figura se ha reconocido como una sanción a la autoridad morosa y negligente y una forma de favorecer la seguridad jurídica, y la efectividad de los derechos de los particulares ante tales autoridades, entre los cuales está el derecho a que éstas les decidan los asuntos de su interés. De allí que el inciso segundo del artículo 42 del C.C.A. determine que *“producirán todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió, y es deber de todas las personas y autoridades reconocerla así”*

⁴ Sentencia de 30 de noviembre de 2006, expediente Núm. 200300003 01, consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

de 1996, al establecer que “*el recurso de reposición, se entenderá fallado a favor del recurrente*”.

De allí que se deba modificar la sentencia impugnada para en lugar de la orden en cuestión, agregar la disposición de anular el oficio A 373 de 26 de mayo de 1999, declarar la ocurrencia del silencio administrativo positivo en cuestión, dejar sin validez la resolución 003 de 11 de marzo de 1999, y revocar la Resolución Núm. 0015 de 13 de agosto de 1998, mediante la cual la **División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Barranquilla** le impuso una multa de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS (\$2.648.650.812.12), por efecto de la prosperidad presunta del recurso de reposición y como forma de concretar el establecimiento del derecho de la actora, y en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

FALLA

MODIFÍCASE la sentencia proferida el 3 de marzo de 2004 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual accede a las pretensiones de la actora, en el sentido de disponer:

Primero.- DECLÁRASE la nulidad del oficio núm. 00-56-02-078 A 373 de 26 de mayo de 1999, de la División Jurídica Aduana de la U.A.E. ADMINISTRACION DE ADUANAS NACIONALES LOCAL BARRANQUILLA, mediante el cual no accede a la solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo solicitado por la actora respecto del recurso de reposición que interpuso contra la Resolución 0015 de 13 de agosto de 1998.

Segundo.- DECLARASE, en consecuencia y a título de restablecimiento del derecho:

A.- La ocurrencia del silencio administrativo positivo frente al recurso de reposición que interpuso la actora contra la Resolución 00015 de 13 de agosto de 1998;

B.- Sin efecto alguno la Resolución Núm. 003 de 26 de marzo de 1999, de la División Jurídica de la Administración de Aduanas Nacionales Local Barranquilla, mediante la cual decidió dicho recurso, y

C.- Por efectos del silencio administrativo positivo, **DECLÁRASE** La prosperidad del recurso de reposición contra la Resolución Núm. 0015 de 13 de agosto de 1998, mediante la cual la **División de Liquidación de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales de Barranquilla** le impuso a la actora una multa de DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS (\$2.648.650.812.12) y, en consecuencia, **REVOCASE** esa resolución.

Tercero.- RECONÓCESE a la abogada **AMPARO MARIZALDE DE MARTÍNEZ** como apoderada judicial de la **Nación - Unidad Administrativa Especial - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN**, en los términos y para los fines del poder conferido que obra a folio 19 de este cuaderno.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 17 de abril de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN