

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION CUARTA

Consejera Ponente: MARIA INES ORTIZ BARBOSA

Bogotá; D. C. veinticinco (25) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación Número: 25000-23-27-000-2005-00257-01(16210).

Actor: **DISTRIBUIDORA COMERCIAL DE LENTES LTDA. DICOLENTES LTDA.**

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de agosto 10 de 2006 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección A, en la cual declaró probada de oficio la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió de proferir una decisión de fondo.

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución 02081 de marzo 20 de 2003, confirmada con la número 08621 de octubre 16 de 2003, la Administración Especial de Aduanas de Bogotá impuso a la sociedad actora una sanción de \$60.390.696.

El 7 de mayo de 2003 con la Resolución No 03785 se le impuso a DICOLENTES LTDA una sanción equivalente a \$254.974.535 [confirmada mediante la Resolución No. 10088 de diciembre 5 de 2003].

Con los Recibos Oficiales de Pago de Tributos Aduaneros y Sanciones Cambiarias números 01020030598510 de junio 28 de 2004 por valor de \$24.156.278 y 01020030598528 de la misma fecha, por \$101.989.814, canceló el cuarenta por ciento (40%) de las sanciones referidas.

El 29 de junio de 2004, el representante legal de la compañía presentó solicitud de conciliación de terminación por mutuo acuerdo radicadas con los números 029396 y 029395, de conformidad con la prerrogativa que concedía la Ley 863 del 2003 reglamentada por el Decreto 412 de 2004.

El Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, el 27 de julio de 2004 por medio de Acta No. 31 decidió negar la terminación por mutuo acuerdo presentada y en la parte resolutive del acto se abstuvo de relacionar a la sociedad demandante.

Por ello, mediante el Auto No. 48651 de octubre 8 de 2004, el Comité adicionó el artículo segundo del Acta mencionada, para incluir en la notificación a la sociedad DISTRIBUIDORA COMERCIAL DE LENTES

LTDA – DICOLENTES LTDA- , con Nit 800.021.889-2 ubicada en Bogotá en la Carrera 10 No. 18-36 Oficina 901, además de conceder los recursos de Ley, notificado en forma personal el 15 de octubre de 2004.

El 25 de octubre de 2004 interpuso recurso de reposición contra el acta de conciliación citada, decidido mediante la Resolución No. 03-072-1340-930 de diciembre 2 de 2004, en el sentido de confirmarla.

DEMANDA

La sociedad actora en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho demandó los actos administrativos mediante los cuales el Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, rechazó la solicitud de terminación por mutuo acuerdo. A título de restablecimiento del derecho pidió se conceda esa figura jurídica en los procesos en donde se impuso sanción y se difiera en la forma establecida en el artículo 39 de la Ley 863 de 2003.

Citó como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Nacional, 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, 730 numeral tercero del Estatuto Tributario, y 311 del Código de Procedimiento Civil.

El concepto de violación se sintetiza así:

Se vulneró el debido proceso al omitir en la parte resolutive del Acta No. 31 de 2004, notificar dentro del término correspondiente a la empresa actora, con clara limitación del derecho de defensa, dado que solo pudo controvertirla al ser notificada bajo el amparo del Auto 48651 de octubre del mismo año, momento para el cual ya habían transcurrido más de tres meses.

El Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, expidió el Acta No. 31 de julio 27 de 2004, así como el Auto No. 48651 de octubre 8 de ese año en forma irregular, porque si bien tenía competencia para decidir sobre la terminación o no de los procesos por mutuo acuerdo, no se cumplieron las formalidades exigidas por la Ley.

La inobservancia mencionada se manifestó en la omisión de haber relacionado en el artículo segundo del Acta a la Sociedad DICOLENTES LTDA., para que se surtiera la notificación de dicho acto, lo que ocasiona su nulidad al disminuirse las garantías de la empresa, por cuanto si bien interpuso el recurso de ley, la actora, solamente conoció su contenido hasta el 15 de octubre de 2004, y tuvo certeza sobre la litis hasta el 13 de diciembre, fecha en la cual se notificó el recurso de reposición.

Además, el Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo se notificó por fuera del término legal, lo que ocasiona su nulidad a la luz del artículo 730 numeral 3° del Estatuto Tributario, puesto que la solicitud de

terminación se presentó el 29 de julio de 2004, por lo que la decisión y notificación debió surtirse a los treinta siguientes en la forma establecida en el artículo 565 ib.

La Administración no puede justificar la “notificación fuera de término” amparándose en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, al adicionar el Acta 31 de julio 27 de 2004, por medio del Auto 48651 de octubre 8 del mismo año, por cuanto existe el artículo 565 del Estatuto Tributario que indica la forma en que se deben notificar los actos administrativos, sin que se pueda acudir a las disposiciones consagradas en ese ordenamiento, cuya aplicación es subsidiaria.

LA OPOSICION

La apoderada de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda con los siguientes argumentos:

En el Acta No 31 del 27 de julio de 2004 se trató la situación de DICOLENTES LTDA, en donde se verificó que no se ajustaba a los presupuestos del artículo 39 de la Ley 863 de 2003 y su Decreto Reglamentario No 412 de febrero 12 de ese año, y se decidió no acceder a la terminación por mutuo acuerdo conforme a las razones de hecho y de derecho contenidas en dicho acto.

Por un error involuntario no se incluyó en la parte resolutive del Acta, el nombre o razón social de la actora y su dirección para proceder a la

notificación correspondiente, al percatarse del error la Administración ceñida a derecho expidió el Auto No. 48651 de octubre 8 de 2004, para subsanar la situación de forma oportuna.

Una vez notificada la sociedad actora, dentro del término legal interpuso el recurso de reposición contra la decisión adoptada por la Administración, decidido mediante la Resolución No. 930 de diciembre 2 de 2004, que confirmó la negativa a acceder a la solicitud de terminación por encontrarse los actos administrativos sancionatorios en firme.

De los artículos 39 de la Ley 863 de 2003 y 7° del Decreto 412 del 12 de febrero de 2004, se infiere que la intención del legislador es conceder la posibilidad de terminar por mutuo acuerdo aquellas investigaciones o procesos administrativos de naturaleza aduanera, tributaria o cambiaria que se encontraran en curso, inclusive cobijó aquéllos en los que el acto que agotó vía gubernativa se encontraba en firme, siempre que no hubiese caducado la acción del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, y cerró por razones de seguridad jurídica, tal alternativa a aquellas investigaciones sin posibilidad de discusión legal alguna.

Las actuaciones que impusieron sanción a la actora ostentan firmeza, debido a ello la solicitud de terminación por mutuo acuerdo radicada el 30 de junio de 2004 no se ajusta en manera alguna a los presupuestos exigidos por la ley.

Ni la Ley 863 de 2003 ni el Decreto 412 de 2004 establecieron un plazo determinado para notificar las decisiones del Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo, sin que la tardanza en que incurrió la Administración fuera relevante o vulnerara en ningún sentido los derechos de la demandante.

La nulidad contenida en el numeral tercero del artículo 730 del Estatuto Tributario no tiene cabida en el presente caso, pues es aplicable a los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, lo que excluye las actas de terminación por mutuo acuerdo.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “ A” , mediante Sentencia de agosto 10 de 2006 declaró probada de oficio la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa y se inhibió de proferir una decisión de fondo.

Consideró el a quo que el auto mediante el cual se ordenó notificar el contenido del Acta 31 del 27 de julio de 2004 a la sociedad actora, fue notificado en forma personal el 15 de octubre de 2004 al señor Jorge Antulio Rodríguez García, representante legal de la misma, y de conformidad con lo dispuesto en el citado acto procedían los recursos de reposición ante el Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración Especial de Aduanas de

Bogotá y el de apelación ante el Comité de Defensa Judicial y de Conciliación de la DIAN en el nivel central, sin que este último se hubiese interpuesto.

De acuerdo con la sentencia del 4 de septiembre de 2003, exp. 13252, M.P Juan Ángel Palacio Hincapié proferida por el Consejo de Estado – Sección Cuarta, se concluye que la demandante omitió el deber legal de interponer el recurso de apelación establecido en el acto que le notificó el contenido del acta, razón por la cual es imposible emitir pronunciamiento de fondo en relación con las pretensiones de la demanda, ya que de acuerdo con los artículos 135 del Código Contencioso Administrativo y 12 inciso 5º del Decreto 412 de 2004, ese medio de impugnación constituye un requisito indispensable para agotar la vía gubernativa.

EL RECURSO DE APELACION

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que sea revocada y en consecuencia, se ordene al Tribunal pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, con los mismos argumentos sustentados en el libelo introductorio que se resumen a continuación.

No existía mérito para proferir fallo inhibitorio, toda vez que se interpuso el recurso de Ley, con lo cual se agotó la vía gubernativa.

Los actos administrativos vulneraron la presunción de legalidad y el debido proceso al omitir notificar a DICOLENTES el Acta No. 31 de agosto 24 de 2004, lo que obligó a que soportara una dilación injustificada y a un desequilibrio procesal en relación con los otros contribuyentes, por cuanto tuvo conocimiento de su situación jurídica solamente hasta octubre del 2004 cuando se realizó una adición de la actuación [con Auto] al amparo del artículo 311 del C.P.C.

Es procedente que se emita un pronunciamiento sobre la legalidad de los actos demandados, por cuanto se interpuso recurso ante la Administración – Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo.

El artículo 12 del Decreto Reglamentario 412 de 2003 establecía la forma de notificación [según el artículo 565 del Estatuto Tributario], la cual se surtió fuera del termino legal, pues si bien el Acta calendada el 27 de julio de 2004, ésta sólo se perfecciona en la fecha en que se culmina el proceso de notificación, es decir, el 15 de octubre de 2004.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La **parte demandante** insistió en que el recurso de reposición interpuesto contra el Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo agotaba la vía gubernativa. En lo demás, reiteró lo dicho en la demanda y en el recurso de apelación.

La **parte demandada** reiteró los argumentos de oposición

El **Ministerio Público** estimó que debía confirmarse la sentencia de primer grado, puesto que el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo dispone que el único recurso obligatorio es el de apelación y, en el caso bajo estudio la sociedad demandante no apeló ante la vía administrativa los actos objeto de demanda, razón por cual es fácil concluir que no agotó la vía gubernativa y por tanto, no procede conocer de fondo el asunto debatido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala determinar la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales la Administración de Aduanas de Bogotá negó la terminación por mutuo acuerdo propuesta por la sociedad DISTRIBUIDORA COMERCIAL DE LENTES, DICOLENTES LTDA.

Antes de conocer de fondo el asunto relacionado con una presunta violación del debido proceso por la falta de notificación dentro del plazo legal del Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo del 27 de julio de 2004, dado que tan sólo se dio a conocer a la actora con su adición realizada mediante el Auto 48651 notificado personalmente el 15 de octubre del mismo año, es pertinente establecer si se configura la

excepción de indebido de agotamiento de la vía gubernativa declarada por el Tribunal, al omitir interponer el recurso de apelación respectivo.

En primer lugar esta Sala señala que la finalidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para la procedibilidad de la acción contencioso administrativa [art. 135¹ del C.C.A.], es otorgar al administrado la oportunidad de obtener una revisión de la decisión contenida en el acto administrativo, mediante su revocación, modificación o aclaración, y por ende, la satisfacción o protección de sus derechos o intereses individuales, sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial y, de otra parte, brindar a la Administración la oportunidad de examinar su determinación y subsanar las irregularidades y errores en que hubiere incurrido, para de encontrarla ilegal permitir su rectificación e incluso retirarla del mundo jurídico.

De la lectura de los artículos 63 del C.C.A. en concordancia con los artículos 51 y 62 ib. se advierte que se produce el agotamiento de la vía gubernativa (i) cuando el acto no es susceptible de recurso, ii) cuando los recursos han sido resueltos por acto expreso o presunto o iii), cuando se ha dejado de interponer el recurso de reposición y/o queja, que **no son obligatorios**.

Así las cosas, los eventos que dan lugar al agotamiento del debate en sede administrativa son:

¹ El artículo 135 del Código Contencioso Administrativo reza *“La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo”*.

i) Cuando el acto no es susceptible de recurso, lo que permite accionar directamente contra él.

ii) Cuando siendo susceptible únicamente de recurso de reposición, el interesado no lo interpone por vencimiento del término, renuncia o desistimiento del mismo, o una vez interpuesto es decidido con acto expreso o presunto originado en el silencio administrativo;

iii) Cuando es impugnado a través del recurso de apelación, y el interesado lo interpone directamente o de manera subsidiaria y es resuelto por actuación expresa o al configurarse el silencio administrativo; y

iv) Cuando la autoridad impide que el interesado haga uso de los recursos.

Entonces, cuando el acto administrativo es susceptible de ser controvertido con el recurso de apelación, para que ocurra el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto previo e indispensable para demandarlo ante la justicia administrativa, es **obligatorio interponerlo** directamente o como subsidiario del de reposición [arts. 51 y 62 numeral segundo del C.C.A.].

En el caso en estudio, la Sala observa que la sociedad DISCOLENTES LTDA elevó petición el 30 de junio de 2004 (fls. 42 y 44 c.a.) para

acogerse a la figura de “terminación por mutuo acuerdo” que consagraba el artículo 39 de la Ley 863 de 2003, reglamentada por el Decreto 412 del mismo año, en relación con sanciones impuestas en las Resoluciones números 02081 y 03735 de marzo 20 y mayo 7 de 2003 respectivamente, por infracciones al régimen cambiario.

El Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración de Aduanas de Bogotá mediante el Acta No. 31 de julio 27 de 2004 (fls. 46 a 58 c.a.), rechazó la transacción por estar en firme las actuaciones administrativas, en donde la Sala advierte que si bien en el artículo segundo omitió notificar la actuación a la sociedad demandante, en el tercero dispuso que debía advertirse *“al interesado que contra la presente decisión proceden los Recursos de Reposición ante el Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá y **Apelación ante el Comité de Defensa Judicial y de Conciliación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el Nivel Central**, los que deberán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del presente proveído, de acuerdo a lo establecido por el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo.”* (Negrilla fuera de texto).

Ante la omisión en la notificación, el ente fiscal adicionó el Acta mencionada con el Auto 48651 [octubre 8/04, fl. 64 ib), notificado personalmente a la sociedad actora el 15 de octubre de 2004, en donde en los mismos términos le informó de los recursos de reposición

ante el Comité de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo de la Administración de Aduanas de Bogotá y el de **apelación** ante el “Comité” de la DIAN del nivel central.

Lo anterior en cumplimiento de lo normado en el artículo 12 inciso quinto del Decreto 412 de 2004, que a la letra dice:

*“Conforme al Título II del Libro Primero del Código Contencioso Administrativo, contra la decisión negativa del Comité de Defensa Judicial y de Conciliación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el Nivel Central procede únicamente el recurso de reposición; **contra la decisión negativa del Comité Especial de Conciliación y Terminación por Mutuo Acuerdo en el Nivel Local proceden los recursos de reposición y apelación, este último ante el Comité de Defensa Judicial y de Conciliación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en el Nivel Central.**”* (Negrilla fuera de texto).

En el sub lite la Sala observa que la sociedad Distribuidora Comercial de Lentes- DICOLENTES LTDA- interpuso **solamente recurso de reposición** el 25 de octubre de 2004 (fl. 34 e. radicado 0975) contra el Acta No. 31 de julio 27/04, adicionada por el Auto 48651 [8-oct-04] para su debida notificación personal el 15 de octubre del mismo año, sin que se advierta la interposición directa o subsidiaria del recurso de apelación.

Por tanto, a pesar de la irregularidad cometida por la entidad demandada de omitir mencionar a la actora entre las entidades a quienes se les debía notificar el Acta que decidió la terminación por mutuo acuerdo, a través de un segundo acto administrativo [Auto] para

garantizarle el derecho de contradicción y el debido proceso [art. 29 C.P.] corrigió esa falencia e informó sobre los medios de defensa con los que contaba para desvirtuar su legalidad, entre ellos, **el recurso de apelación**, que por su carácter obligatorio, al prescindir interponerlo acarrea que se configure la excepción de *falta de agotamiento de la vía gubernativa* e impida emitir un pronunciamiento de fondo en relación con las pretensiones de la demanda.

De manera que la falta de incoar el recurso de apelación como requisito para finiquitar el trámite administrativo, da lugar a que se declare la excepción de “falta de agotamiento de la vía gubernativa” por lo que en este aspecto la Sala modificará la sentencia de primer grado, que la declara probada por “indebido agotamiento” de la misma.

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

F A L L A:

MODIFICASE el numeral primero de la sentencia apelada así:

1. Declarar probada de oficio la excepción de “*falta de agotamiento de la vía gubernativa*”.

En lo demás se confirma la providencia impugnada.

RECONOCESE personería para actuar a nombre de la entidad demandada a la abogada BIVIANA NAYIBE JIMENEZ GALEANO en los términos del poder conferido.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

HECTOR J. ROMERO DIAZ
Presidente de la Sección

LIGIA LOPEZ DIAZ

MARIA INES ORTIZ BARBOSA