SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Referencia:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación:	25000-23-37-000-2015-01355-01 (22833)
Actor:	AMERICAFLOR FUSIONADA SAS
Demandado:	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN
Temas:	CADUCIDAD. ACTO QUE NIEGA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

APELACIÓN DE AUTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto interlocutorio proferido el 24 de agosto de 2016 por la Subsección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual rechazó la demanda porque operó el fenómeno de la caducidad.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Cultivos del Caribe (hoy absorbida por la sociedad Americaflor Fusionada SAS) presentó la declaración del impuesto sobre las ventas (IVA) correspondiente al periodo gravable 2 del año 2010, en el cual determinó un saldo a favor de $23.772.000. Posteriormente, presentó la declaración de corrección del mismo periodo, en la que disminuyó el saldo a favor a $23.508.000.

2. La DIAN profirió el Requerimiento Especial 312382011000107 del 21 de diciembre de 2011, que determinó un saldo a pagar de $196.800.000.

3. Previa respuesta al requerimiento especial, la DIAN profirió la Liquidación Oficial de Revisión 312412012000042 del 14 de septiembre de 2012, modificando la declaración en los términos propuestos en el requerimiento especial.

4. La sociedad actora interpuso recurso de reconsideración contra la anterior decisión, la cual fue resuelta por la DIAN mediante la Resolución 900.456 del 15 de octubre de 2013.

5. La resolución que resolvió el recurso de reconsideración fue, según el actor, indebidamente notificada mediante edicto desfijado el 13 de noviembre de 2013, pues la citación para surtir la notificación personal enviada a la dirección procesal suministrada por la sociedad fue devuelta con la anotación de que el "contribuyente se trasladó", lo cual no es cierto.

6. El 1 de octubre de 2014, la sociedad contribuyente solicitó a la DIAN declarar la ocurrencia del silencio administrativo positivo por no haber dado respuesta a su recurso dentro del término de un año.

7. La DIAN negó la petición mediante la Resolución 900.004 del 21 de octubre de 2014 por considerar que la respuesta al recurso fue

debidamente notificada mediante edicto desfijado el 13 de noviembre de 2013.

8. La Sociedad Americaflor Fusionada SAS, como absorbente de la sociedad Cultivos del Caribe, interpuso demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la DIAN, con el fin de obtener las siguientes declaraciones y condenas:

"2.1. ***Principales:***

Que por los motivos de ilegalidad que se expondrán en la sección séptima de esta demanda, se anulen los siguientes actos administrativos:

2.1.1. Resolución 900.004 del 21 de octubre de 2014, por medio de la cual se decide la petición de silencio administrativo positivo, por la indebida notificación de la Resolución 900.456 del 15 de octubre de 2013, que resuelve el recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión 312412012000042 del 14 de septiembre de 2012.

2.1.2. La Resolución 900.456 del 15 de octubre de 2013, que resuelve el recurso de reconsideración contra la Liquidación Oficial de Revisión contra la Liquidación Oficial de Revisión (sic) *312412012000042 del 14 de septiembre de 2012.*

Que como consecuencia de lo anterior, se declare la existencia del silencio administrativo positivo en el proceso de la referencia y por tanto:

2.1.3. Se reconozca que la Resolución No. 312412012000042 del 14 de septiembre de 2012 fue revocada al haber operado el silencio administrativo positivo consagrado en el artículo 734 del Estatuto Tributario.

2.1.4. Que como consecuencia de lo anterior, declaración del Impuesto sobre las Ventas – IVA- correspondiente al bimestre 2 del año gravable 2010 presentada por CULTIVOS DEL CARIBE se encuentra en firme.

2.1.5. Se archive todo proceso abierto con fundamento en la Resolución No. 312412012000042 del 14 de septiembre de 2012 y/o Resolución 900.456 del 15 de octubre de 2013.

2.2. ***Subsidiarias***

Como pretensiones subsidiarias se solicita se declare:

2.4.3.1. (sic) *Que es nula la actuación administrativa contenida en la Liquidación Oficial de Revisión No. 312412012000042 del 14 de septiembre de 2012, proferida por la División de Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; y en la Resolución No. 900.456 del 15 de octubre de 2013 proferida por la Subdirección de Gestión de Recursos*

Jurídicos de la Dirección de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en donde se resolvió el recurso de reconsideración; mediante las cuales se determinó y confirmó un mayor impuesto sobre las ventas correspondiente al periodo 2 del año 2010, y se impuso sanción por inexactitud, por haberse expedido con clara violación de las normas legales en que debió fundamentarse, tal y como se explicará en la sección séptima de esta demanda.

2.4.3.2. (sic) *Que como consecuencia de la declaración anterior, se restablezca en su derecho a la sociedad CULTIVOS DEL CARIBE, declarando que no está obligada a pagar el mayor valor del impuesto determinado por la Administración Tributaria concepto del Impuesto sobre las ventas del periodo gravable del año 2010, ni la sanción que* (sic) *por inexactitud impuesta en los actos demandados; y por lo tanto se declare que la declaración del impuesto sobre las ventas correspondiente al bimestre en mención, presentada por CULTIVOS DEL CARIBE se encuentra en firme.*

2.4.3.3. Sólo en caso de no prosperar las pretensiones establecidas en los numerales 2.2.1 y 2.2.2., solicito se revoque la sanción por inexactitud, dado que la modificación efectuada por la DIAN en la declaración del impuesto sobre las ventas en mención, obedece a una clara diferencia de criterios respecto de la interpretación del derecho aplicable"[1]*.*

PROVIDENCIA APELADA

[1] Folios 13 a 15 del expediente.

La Subsección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 24 de agosto de 2016, rechazó la demanda porque consideró que operó el fenómeno de la caducidad.

La Resolución 900.004 del 21 de octubre de 2014 no es un acto ficto o presunto, sino que es una decisión sobre una petición en donde la administración manifestó expresamente su voluntad.

Debido a que dicha resolución fue notificada personalmente a la sociedad actora el 11 de noviembre de 2014, el término para presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho inició el día 12 del mismo mes y año y finalizó el 12 de marzo de 2015. Debido a que la demanda fue interpuesta el 2 de julio de 2015, caducó el medio de control.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de apelación, la sociedad actora manifestó que el tribunal no tuvo en cuenta que la Resolución 900.004 del 21 de octubre de 2014 fue producto del silencio administrativo positivo por la indebida notificación del acto que resolvió el recurso de reconsideración.

Como consecuencia de lo anterior, la demanda puede ser presentada en cualquier momento, según lo dispone el literal d) del numeral primero del artículo 164 del CPACA.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la liquidación oficial y la resolución que resolvió el recurso de reconsideración deben ser declarados nulos por haber operado el silencio administrativo positivo.

El momento adecuado del proceso para resolver sobre la existencia del silencio administrativo positivo es la sentencia de mérito y no el rechazo de la demanda, so pena de desconocer el derecho al debido proceso de la sociedad demandante.

La jurisprudencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado ha indicado que no es posible rechazar la demanda cuando existe duda razonable frente a la caducidad del medio de control[2].

Así las cosas, al existir duda razonable sobre la notificación de la Resolución 900.456 del 15 de octubre de 2013, el Tribunal debió admitir la demanda contra dicho acto administrativo.

---

[2] La parte demandante cita los siguientes autos: (i) del 23 de octubre de 2009, expediente: 17811; (ii) del 13 de abril de 2005, expediente: 14960, Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz; y (iii) del 1 de diciembre de 2000, expediente: 11326, Consejero Ponente: Daniel Manrique Guzmán.

CONSIDERACIONES

1. Impedimento de la doctora Stella Jeannette Carvajal Basto

La Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, manifestó su impedimento para conocer de este proceso, por encontrarse incursa en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del CGP[3], porque integró la Sala del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que profirió el auto objeto de apelación. En consecuencia, solicitó que se acepte el impedimento y se le separe del conocimiento del asunto de la referencia.

En consideración a las razones expuestas por la Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto para declararse impedida y con fundamento en el numeral 2 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 130 del CPACA[4], la Sala encuentra fundada la solicitud de impedimento, motivo por el cual, la acepta

---

[3] "*Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente*".
[4] "*Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil* [actual Código General del Proceso] *y, además, en los siguientes eventos: […]*"

y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente proceso.

2. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala determinar si la demanda fue presentada dentro de la oportunidad legal para controvertir la legalidad de las resoluciones 900.456 del 15 de octubre de 2013 y 900.004 del 21 de octubre de 2014.

3. Análisis del caso

3.1. La caducidad es "*(…) la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos*"[5].

[5] Sentencia C-115 de 1998, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

Por ello, el Legislador ha señalado unos plazos objetivos para que opere dicha institución, como ocurre en el artículo 164 de la Ley 1437 que regula el término en el cual debe ser presentada una demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dependiendo de la naturaleza de las pretensiones. Así, tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el numeral segundo del literal d) dispone que la demanda debe presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso.

3.2. En las pretensiones de la demanda, la sociedad demandante solicita que se declare la nulidad de la Resolución 900.004 de 2014, mediante la cual fue negada la petición de declaración del silencio administrativo positivo por la indebida notificación del acto que resolvió el recurso de reconsideración; y la Resolución 900.456 del 2013, mediante la cual fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial del IVA por el periodo gravable 2 del año 2010.

3.3 El literal d) del numeral primero del artículo 164 del CPACA dispone que la demanda podrá ser presentada en cualquier momento cuando se dirija contra actos administrativos producto del silencio administrativo.

La no exigencia de un determinado término para demandar tiene fundamento en el hecho de que el administrado queda a la espera de obtener una respuesta o la resolución de un recurso oportunamente, pero si la administración sobrepasa los términos sin decidir, ese silencio equivale a un pronunciamiento negativo [art. 83 CPACA]. Excepcionalmente, el silencio tendrá efectos positivos, solo en los casos expresamente previstos en la ley [art. 84 CPACA].

Por esto, solo los actos presuntos o fictos, entendidos como la presunción que tiene el administrado de una decisión negativa o positiva de la administración, respecto de una petición o recurso, son los que pueden encuadrarse en el presupuesto del literal d) del numeral 1 del artículo 164, porque dichos actos son producto del silencio (no respuesta o resolución de un recurso). Entonces frente a estos no puede exigirse un término para atacarlos ante esta Jurisdicción, precisamente porque no existe una decisión expresa que se les haya notificado para efectos de contabilizar el plazo general de caducidad (4 meses).

3.4 En materia tributaria, el artículo 734 del Estatuto Tributario[6] expresamente indica que si el recurso de reconsideración no se resuelve en término se entiende decidido a favor del recurrente,

---

[6] ***ARTICULO 734. SILENCIO ADMINISTRATIVO.*** *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.*

para lo cual es necesario que la administración lo declare de oficio o a petición de parte.

En este punto debe precisarse que el acto que se dicte como consecuencia de la solicitud de declaratoria de la ocurrencia del silencio administrativo positivo, sea que lo declare o que lo niegue, es una manifestación **expresa** de la administración.

Es decir que la autoridad resuelve sobre la solicitud mediante un acto administrativo definitivo que, como tal, es susceptible de control judicial siempre que sean cumplidos los presupuestos procesales, como el de la oportunidad de la demanda (caducidad)[7].

En este orden de ideas, para admitir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución 900.004 del 2014 es necesario determinar si la demanda fue oportuna, es decir que no haya operado la caducidad del medio de control.

Al respecto, en el expediente consta que esa resolución fue notificada personalmente a la sociedad demandante el día 11 de

[7] En este sentido ver el auto del 5 de octubre de 2016 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Radicado: 25000-23-37-000-2015-01352-01 (22516). Actor: Floramerica SAS. Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia. Reiterado en el auto del 13 de octubre de 2016 proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Radicado: 25000-23-37-000-2015-01350-01 (22103). Actor: Splendor Flowers SAS. Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

noviembre de 2014[8], por lo que el término para presentar la demanda inició el día 12 del mismo mes y año y finalizó el día 12 de marzo de 2015. Comoquiera que la demanda fue presentada el 2 de julio de 2015[9], operó el fenómeno de la caducidad, motivo por el cual será confirmada la decisión de primera instancia.

3.5 En lo que respecta a la Resolución 900.456 de 2013, la sociedad demandante controvierte su legalidad por considerar que fue indebidamente notificado mediante edicto.

El acto que negó el silencio administrativo positivo tuvo sustento en que la Resolución 900.456 de 2013 fue notificada de forma correcta. La jurisprudencia de esta Sala ha indicado que en estos eventos el interesado debe presentar la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación del acto que niega el silencio administrativo positivo[10] (en el asunto de referencia la Resolución 900.004 de 2014), puesto que se trata de un acto administrativo expreso que declara que la resolución que resolvió el recurso de reconsideración surte plenos efectos.

---

[8] Folio 163 del expediente.

[9] Folio 65 del expediente.

[10] En este sentido ver el auto proferido el 13 de octubre de 2016 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. Radicado: 25000-23-37-000-2015-01350-01 (22103). Actor: Splendor Flowers SAS. Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

En otras palabras, si el actor deseaba controvertir la legalidad de la Resolución 900.456 de 2013 por su indebida notificación, debió primero obtener la nulidad de la Resolución 900.004 de 2014 que negó la declaración del silencio administrativo positivo, puesto que de lo contrario éste último acto continuaría surtiendo plenos efectos y, por tanto, seguiría considerándose debidamente notificado el primero.

Así pues, como fue expuesto anteriormente, el actor presentó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de forma inoportuna, por lo que se configuró el fenómeno de la caducidad. En consecuencia, la Sala confirmará el auto apelado.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta,

RESUELVE

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por la Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto. En consecuencia, **SEPÁRASE** del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: CONFIRMAR el auto interlocutorio proferido el 24 de agosto de 2016 por la Subsección A de la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

TERCERO. DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

MILTON CHAVES GARCÍA

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ

RAMÍREZ