

Radicado: 250002337000-2012-00391-01 (21876)

Demandante: FAJOBE S.A.S.



**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

**Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho
(2018)**

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 250002337000-2012-00391-01 (21876) ACUMULADO
CON

EL PROCESO NRO. 250002337000-2012-00402-00

Demandante: FAJOBE S.A.S.

Demandado: UAE – DIAN

Temas: Impuesto sobre las ventas del 6º bimestre de 2008.
Silencio administrativo positivo. Extemporaneidad en la
notificación de la resolución que decidió el recurso de
reconsideración. Conteo del término de los 10 días
previsto en el artículo 565 del ET

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), proferida por la Sección Cuarta – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que en su parte resolutive dispuso lo siguiente:

PRIMERO. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No se condena en costas.

TERCERO. En firme, archívese el expediente previa devolución de los antecedentes administrativos a la oficina de origen y del excedente de gastos del proceso. Déjense las constancias del caso.

I. ANTECEDENTES

1. Los hechos

Mediante la **Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412011000019 de 27 de mayo de 2011**, la UAE – DIAN modificó la declaración privada correspondiente al impuesto sobre las ventas del sexto bimestre del año 2008, porque la sociedad FAJOBES S.A.S. solicitó impuestos descontables por el IVA de las importaciones causadas contablemente en noviembre de 2008 (\$7.257.989.000), impuesto que no fue pagado en su totalidad.

La Administración determinó una diferencia de \$7.140.396.000 entre lo liquidado y lo efectivamente pagado, en consecuencia, determinó que el impuesto descontable por operaciones de importación correspondía a la suma de \$117.593.000, lo que condujo a que se pasara de un saldo a favor declarado por la sociedad contribuyente de \$6.219.201.000 a un saldo a pagar de \$12.345.829.000, de los que \$11.424.634.000 corresponden a la sanción por inexactitud impuesta en los actos de determinación oficial del tributo.

La anterior liquidación oficial de revisión se confirmó con la **resolución nro. 900.112 de 25 de junio de 2012**, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad contribuyente el 29 de julio de 2011. Decisión que se notificó por edicto fijado el 11 de julio de 2012 y desfijado el 25 de julio siguiente.

Finalmente, con la **resolución nro. 900.007 de 9 de agosto de 2012**, la DIAN negó la solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo, porque el término de los 10 días para que el apoderado de la sociedad contribuyente compareciera a notificarse de manera personal de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, venció el 10 de julio de 2012. Término que se contabiliza a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación, que en este caso, se llevó a cabo el 26 de junio de 2012.

2. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte demandante solicitó lo siguiente:

2.1 Proceso nro. 250002337000-2012-00391-00

(...)

Son NULOS los siguientes actos administrativos proferidos por la Administración Especial de Impuestos de Personas Jurídicas de Bogotá, D.C.:

- 1. La Resolución No. 900.007 de agosto 09 de 2012, por medio de la cual no se accede a la solicitud del reconocimiento del silencio administrativo positivo respecto de la Liquidación Oficial de Revisión No. 312412011000019 del 27 de mayo de 2011.*
- 2. La Resolución No. 900.112 de junio 25 de 2012, por medio de la cual se decide un recurso de reconsideración, confirmando la Liquidación Oficial Impuesto sobre las Ventas - Revisión No. 312412011000019 de fecha mayo 27 de 2.011.*
- 3. La Liquidación Oficial de Revisión No. 312412011000019 del 27 de mayo de 2011, por medio de la cual se liquida el impuesto IVA correspondiente al periodo 6 del año 2008.*

A título de restablecimiento del derecho:

- 1. En virtud de lo dispuesto en los artículos 734 y 732 del estatuto tributario y demás normas vigentes, se declare el Silencio Administrativo Positivo, con respecto de la Resolución No. 900.112 de junio 25 de 2012, por medio de la cual se decide un recurso de reconsideración, confirmando la Liquidación Oficial Impuesto sobre las Ventas - Revisión No. 312412011000019 de fecha mayo 27 de 2.011, a favor de la sociedad FAJOBE S.A.S.*
- 2. Se declare, al tenor de lo consagrado en el artículo 734 del estatuto fiscal, que por haber transcurrido el término señalado en el artículo 732 del E.T., el recurso interpuesto el 29 de julio de año 2011, se entenderá fallado a favor del recurrente, la sociedad FAJOBE S.A.S.*

2.2 Proceso nro. 250002337000-2012-00402-00¹

¹ Mediante el auto de 25 de septiembre de 2013, la Magistrada Sustanciadora del proceso nro. 250002337000-2012-00391-00, decretó la acumulación del proceso nro. 250002337000-2012-00402-00, teniendo en cuenta que existe identidad en dos de los actos administrativos demandados (los de determinación oficial del tributo) y existe identidad de partes. Fls. 205 a 209 del c.p.

(...)

Son NULOS los siguientes actos administrativos proferidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Bogotá D.C.:

- 1. La Resolución No. 900.112 de junio 25 de 2012, por medio de la cual se decide un recurso de reconsideración, confirmando la Liquidación Oficial Impuesto sobre las Ventas - Revisión No. 312412011000019 de fecha mayo 27 de 2.011.*
- 2. La Liquidación Oficial Impuesto sobre las Ventas - Revisión No. 312412011000019 de fecha mayo 27 de 2.011, por medio de la cual se liquidó un Total Saldo a Pagar de \$12.345.829.000 y Sanción por Inexactitud de \$11.424.634.000.*

A título de restablecimiento de derecho:

- 1. Decretada la nulidad de la Resolución No. 900.112 de junio 25 de 2012 y decretada la nulidad de la Liquidación Oficial Impuesto sobre las Ventas - Revisión No. 312412011000019 de fecha mayo 27 de 2.011, se declarará que en virtud de lo dispuesto por la norma especial, la ley 1116 de 2006 y el ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN No. 430-011239 de fecha Junio 29 de 2010, suscrito entre la sociedad actora, la DIAN y la Superintendencia de Sociedades, toda vez que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales dentro del ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN aceptó el pago, el monto determinado en la Resolución No. 03-236-408-607-001015 de noviembre 23 de 2009, expedida por la Directora Seccional de Aduanas, correspondiente al IVA del Sexto (6) bimestre del año 2008, en la suma TOTAL de **\$6.317.730.000**, quedando suspendida la competencia para que la DIAN practicara la Liquidación Oficial de Revisión de que trata el artículo 702 y siguientes del estatuto tributario.*
- 2. Se declare la novación de la obligación fiscal inicial del impuesto IVA del Sexto (6) bimestre del año 2008 y en su defecto es sustituida por la suma TOTAL de **\$6.317.730.000** suscrita y aceptada en pago por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales dentro del ACUERDO EXTRAJUDICIAL DE REORGANIZACIÓN, confirmando el monto determinado en la Resolución No. 03-236-408-607-001015 de noviembre 23 de 2009, expedida por la Directora Seccional de Aduanas.*

3. Las normas violadas y el concepto de la violación

Para la parte demandante, la actuación de la UAE – DIAN vulneró los artículos 29 de la Constitución Política (CP), 5 de la Ley 57 de 1887, 1687, 1689, 1692, 1693, 1699, 1708 y 1709 del Código Civil (CC), 429, 485, 496, 565, 588, 647, 683, 702, 730-3, 732, 734 y 745 del Estatuto Tributario (ET), 488 del Código de Procedimiento Civil (CPC), 44, 48 y 68 del Código Contencioso Administrativo (CCA), 19 de la Ley 6 de 1992, 34 del Decreto 2685 de 1999, 3 del Decreto 4136 de 2004, y 17, 34 y 50 de la Ley 1116 de 2006.

El concepto de la violación se sintetiza así²:

Se configuró el silencio administrativo positivo, porque la Administración excedió el término previsto en la norma para notificar la resolución que decidió el recurso de reconsideración.

Si se acredita que el 25 de junio de 2012, la DIAN introdujo al correo el aviso de citación para que el apoderado de la sociedad contribuyente se notificara de manera personal de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, es claro que la DIAN violó el artículo 44 del CCA, norma que exige que el envío de dicha citación se debe surtir dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición, es decir, en este caso, a partir del 26 de junio del mismo año.

Esta irregularidad, a su vez, afectó la notificación por edicto, por pretermisión de términos legales.

² Fls. 7 a 30 del c.p. nro. 1 y 102 a 150 del c.p. nro. 2.

Y si se tiene en cuenta que el aviso de citación se introdujo al correo el 26 de junio de 2012, la actuación demandada, igualmente, está viciada de nulidad, por irregularidad en su notificación (art. 48 CCA), porque el término de los diez (10) días previstos en el artículo 565 del ET, ya sea que se contabilice a partir del día siguiente de la introducción al correo de la correspondiente citación o a partir de su recibo (28 de junio), vencían el 11 y el 13 de julio de 2012, respectivamente. Sin embargo, la fijación del edicto se surtió el 11 de julio del citado año.

En consecuencia, procede la nulidad de los actos administrativos demandados, en los términos del artículo 730-3 del ET.

En lo que tiene que ver con la determinación oficial del tributo, la parte actora afirmó que no existe certeza de la obligación, porque la Administración la ha determinado mediante diferentes actos administrativos y por distintas cuantías³, lo que contraviene el derecho al debido proceso.

Con la actuación de la DIAN se está imponiendo una doble tributación, porque con la resolución nro. 03-236-408-607-001015 de 23 de noviembre de 2009, expedida con ocasión del acuerdo extrajudicial de reorganización, la sociedad está pagando unas cuotas por el impuesto y periodo en discusión, que a su vez, se pretende cobrar con la liquidación

³ Resoluciones nros. 03-241-201-1911 de 27 de agosto de 2009, 03-236-408-607-001015 de 23 de noviembre de 2009, 689-2220-00-1922 de 28 de agosto de 2009 y la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412011000019 de 27 de mayo de 2011.

oficial demandada en este proceso, lo que desconoce el espíritu de justicia al que se refiere el artículo 683 del ET y el artículo 34 de la Ley 1116 de 2006.

Contrario a lo afirmado por la Administración, el Decreto 4136 de 2004 (norma especial) no exige que el impuesto se deba pagar como condición *sine qua non* para que proceda el descuento tributario, de esta manera, la actuación demandada está fundamentada en una conducta que no está tipificada como causal de rechazo del descuento, con lo que a su vez, se desconoce que la sociedad contribuyente actuó conforme con dicho decreto y con lo previsto en el artículo 496 del ET.

Finalmente expuso que no procede la sanción por inexactitud, porque en la declaración privada no se presentan datos o factores falsos, incompletos o desfigurados

4. La contestación de la demanda

La UAE – DIAN se opuso a las pretensiones de la demanda⁴, por las razones que se resumen a continuación:

No se configuró el silencio administrativo positivo porque el acto administrativo por el que se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la liquidación oficial de revisión demandada, se expidió

⁴ Fls. 98 a 124 del c.p. nro. 1 y 170 a 206 del c.p. nro. 2.

y notificó dentro del término legal, que en el caso concreto vencía el 29 de julio de 2012.

Precisó que el aviso de citación para que se surtiera la notificación personal de la resolución nro. 900-112 de 25 de junio de 2012, se introdujo al correo al día siguiente; por lo tanto, el término de los diez (10) corrió desde el 26 de junio de 2012 hasta el 10 de julio del mismo año⁵.

Como no se pudo llevar a cabo la notificación personal de la resolución en cita, procedía la notificación por edicto, que se fijó el 11 de julio y se desfijó el 25 de julio de 2012, es decir, esa notificación se llevó a cabo en los términos de los artículos 565 del ET y 45 del CCA.

En lo que tiene que ver con la legalidad de los actos de determinación del tributo, la DIAN aclaró que existe un único proceso de determinación del impuesto en discusión (IVA 6º bimestre de 2008), el adelantado por la División de Gestión de Fiscalización de la Dirección Seccional de Impuestos de Grandes Contribuyentes de la DIAN, que no se puede confundir con el proceso por el que se declaró el incumplimiento de la obligación aduanera a FAJOBES S.A.S., como usuario aduanero permanente UAP, por el no pago de los tributos aduaneros del mes de noviembre de 2008, razón por la cual, no es cierto que se haya configurado la doble imposición.

⁵ Al respecto, transcribió apartes de la sentencia de la Corte Constitucional C-929/05, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. De igual manera, trajo a colación las sentencias del Consejo de Estado de 19 de agosto de 2010, radicado nro. 16988, C.P. William Giraldo Giraldo, de 12 de abril de 2012, radicado nro. 18613, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y de 10 de mayo de 2012, radicado nro. 18836, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Aclaró que si bien es cierto que en el mes de noviembre de 2008 la sociedad contabilizó 7.257.989.000, por concepto del IVA liquidado en importaciones, no se puede desconocer que tan solo pagó \$117.593.000, por lo que procede el desconocimiento del excedente, conforme con lo previsto en los artículos 485 y 493 del ET.

5. La sentencia apelada

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda. En primer lugar, determinó que el aviso de citación para la notificación personal de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, se introdujo al correo el 26 de junio de 2012, fecha a partir de la cual, se comenzó a contabilizar el término de los 10 días previsto en el artículo 565 del ET, que venció el 10 de julio del mismo año; por lo tanto, procedía la notificación por edicto, que se fijó el 11 de julio de 2012 y se desfijó el 25 de julio del mismo año, es decir, la notificación de dicha resolución se realizó en debida forma y dentro del término legal.

En consecuencia, descartó la nulidad de los actos administrativos demandados, relacionados con la indebida notificación y la configuración del silencio administrativo positivo.

Respecto a la procedencia del impuesto descontable, el Tribunal aclaró que los procedimientos de carácter aduanero son independientes de los de orden tributario; por lo tanto, no es cierto que se hayan adelantado dos

procesos de fiscalización por un mismo hecho y que se exija un doble pago por un mismo impuesto.

Precisó que el acuerdo de reorganización al que se sometió la sociedad, no impide que la DIAN ejerza su poder de fiscalización y que verifique la procedencia del beneficio tributario en discusión, es decir, el pago de los tributos causados con las importaciones, como lo prevé el artículo 485 del ET.

En lo que tiene que ver con la sanción por inexactitud, concluyó que esta es procedente, porque la sociedad contribuyente consignó datos equivocados relativos a impuestos descontables a los que no tenía derecho y que no correspondían a los legalmente autorizados.

Descartó la diferencia de criterios en cuanto al derecho aplicable, porque lo que se presenta en este caso es la ausencia de acreditación del requisito legal para que proceda el beneficio tributario.

Finalmente, se abstuvo de condenar en costas, en consideración a que la controversia que se ventila es de interés público (art. 188 CPACA).

6. El recurso de apelación

La parte demandante interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia, porque en este caso concreto sí

se configuró el silencio administrativo positivo, en la medida en que conforme con la sentencia del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2013⁶, el término de los 10 días previsto en el artículo 565 del ET se comienza a contabilizar a partir del día hábil siguiente a la introducción en el correo del aviso de citación, lo que a su vez, evidencia la pretermisión de términos legales y, por ende, la violación al debido proceso.

Afirmó que no procede la sanción por inexactitud impuesta por la DIAN, porque la conducta de la sociedad no se adecúa a los supuestos previstos en el artículo 647 del ET, además, las diferencias entre las partes surgen en torno a la interpretación del alcance de los conceptos del descuento y de la exigencia del pago del tributo.

Respecto de los demás cargos de ilegalidad analizados por el Tribunal, la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

7. Los alegatos de conclusión

7.1 La **parte demandante** insistió en lo manifestado en la demanda, en los alegatos de conclusión de primera instancia y en el recurso de apelación.

7.2 La **parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en sus anteriores intervenciones.

8. El concepto del Ministerio Público

⁶ Radicado nro. 17980, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

El Procurador Sexto Delegado ante esta Corporación rindió concepto y solicitó que se confirme la sentencia apelada, porque concuerda con el Tribunal, en que el término para que se surta la notificación personal de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, se debe contabilizar a partir de la introducción al correo del aviso de citación, como lo dispone el artículo 565 del ET.

Por otra parte, afirmó que el artículo 485 del ET especifica que el impuesto pagado en la importación de bienes corporales, es descontable; por lo tanto, descartó la existencia de una diferencia de criterios que dé lugar a que se levante la sanción por inexactitud impuesta por la Administración en los actos de determinación oficial del tributo.

Y precisó que del contenido de la “*conciliación*” no se desprende que se haya incluido el impuesto que se discute en este proceso y, que por el contrario, no cabe duda de que la misma se refiere a actos administrativos expedidos por la Dirección Seccional de Aduanas.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Cuestión previa. Impedimento de la doctora Stella Jeannette Carvajal Basto

La Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto, manifestó su impedimento para conocer de este asunto, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del CGP⁷, porque conoció en primera instancia del proceso de la referencia. En consecuencia, solicitó que se acepte el impedimento y que se le separe del conocimiento del mismo.

Teniendo en cuenta las razones que fundamentan el citado impedimento y con fundamento en el numeral 2 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 160 del CCA⁸, la Sala, integrada por tres Consejeros de Estado, quienes conforman el *quórum* decisorio⁹, encuentra fundada la solicitud de impedimento, motivo por el cual, lo acepta y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente proceso.

⁷ "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".

⁸ "Serán causales de recusación e impedimento para los Consejeros, Magistrados y Jueces Administrativos, además de las señaladas en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, [actual Código General del Proceso] las siguientes: (...)".

⁹ Numeral 3 del artículo 131 del CPACA. "Cuando en un Magistrado concurra alguna de las causales señaladas en el artículo anterior, deberá declararse impedido en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el impedido es este, expresando los hechos en que se fundamenta tan pronto como advierta su existencia, para que la sala, sección o subsección resuelva de plano sobre la legalidad del impedimento. Si lo encuentra fundado, lo aceptará y sólo cuando se afecte el *quórum* decisorio se ordenará sorteo de conjuez".

2. Notificación de la resolución que resuelve el recurso de reconsideración. Conteo de términos. Reiteración¹⁰

2.1 El inciso segundo del artículo 565 del ET, modificado por el artículo 45 de la Ley 1111 de 2006¹¹, dispone que la notificación de la resolución que decide el recurso de reconsideración se debe intentar, de manera principal, en forma personal.

Por lo tanto, solo en el evento en el que la notificación personal no se pueda llevar a cabo, procede la notificación supletoria, es decir, por edicto.

Aunque, también se puede surtir la notificación en forma electrónica, que se realizará cuando el interesado opte de manera preferente por esta forma de notificación (art. 566-1), cuando entre en operación esta clase de notificación¹².

¹⁰ Cfr. la sentencia de 19 de abril de 2018, radicado nro. 230012333000-2014-00040-01 (21761), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

¹¹ *“Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, 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. En este evento también procede la notificación electrónica”.*

¹² Dicha norma dispone que la notificación electrónica de los actos administrativos se realizará al correo electrónico asignado por la DIAN en las condiciones establecidas en el reglamento. Para el efecto, se dispuso que “[e]l Gobierno Nacional señalará la fecha a partir de la cual será aplicable esta forma de notificación”, que aún no ha sido fijada, por lo que esta clase de notificación no ha entrado en operación. En este sentido, cfr. la providencia de 5 de julio de 2018, radicado nro. 250002337000-2017-00682-01 (23412), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

2.2 Para efectos de realizar la notificación personal, en debida forma, se requiere que la Administración le remita una citación por correo al contribuyente, a la dirección para notificaciones correspondiente, para que este comparezca a notificarse.

El contribuyente cuenta con el término de diez (10) días para notificarse personalmente de la decisión de la Administración, que comienza a contarse a partir del primer día hábil siguiente al de la introducción al correo del aviso de citación.

2.3 Es preciso aclarar que si bien es cierto que la Sección profirió las sentencias citadas por la DIAN en sus diferentes intervenciones, la tesis expuesta en esos pronunciamientos no ha sido la única, si se tiene en cuenta que en la sentencia de 28 de agosto de 2013, la Sala dijo que “[e]l término para que la demandante comparezca a notificarse personalmente se empieza a contar a partir del día hábil siguiente a la **fecha de introducción al correo** y no de la **entrega del aviso de citación**, como lo sugirió la demandante. Son dos momentos diferentes que no deben confundirse, pues la norma es clara en este aspecto”¹³ (negrilla original).

Y, en pronunciamiento más recientes, la Sala ha afirmado que el término del artículo 565 del ET establece que la notificación personal debe practicarse dentro de los **10 días siguientes**, contados desde el envío de la citación y, teniendo en cuenta que el artículo 59 del Código de Régimen

¹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, radicado nro. 760012331000-2006-03387-01 (17980), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Político y Municipal dispone que los términos señalados en días se cuentan hábiles, debe entenderse que dicho plazo empieza a correr a partir del primer día hábil siguiente a la introducción de correo del aviso citatorio¹⁴.

2.4 Ahora bien, si transcurridos los diez (10) días, contados a partir del primer día hábil siguiente al de la introducción al correo del aviso de citación, el contribuyente no se notifica de manera personal del acto administrativo que resuelve el recurso de reconsideración, se deberá notificar de manera subsidiaria, por edicto.

2.5 La fijación del edicto se debe hacer una vez haya transcurrido el término de los diez (10) días previstos por el legislador para que se surta la notificación personal de la resolución que decide el recurso de reconsideración, porque de lo contrario, se estaría pretermitiendo un término legal, con las consecuencias que esto trae para efectos del derecho al debido proceso y a la defensa.

La inobservancia de este término acarrea una irregularidad en la notificación, que conduce a que aquella no produzca efectos. Esto es, que no sea eficaz.

¹⁴ Cfr., entre otras, las sentencias de 13 de noviembre de 2014, radicado nro. 250002327000-2006-00956-01 (17776), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 19 de febrero de 2015, radicado nro. 250002327000-2006-00953-01 (17044), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, de 21 de mayo de 2015, radicado nro. 050012331000-2006-02904-01 (20406), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 8 de septiembre de 2016, radicado nro. 760012331000-2006-03700-01 (18945), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, de 20 de septiembre de 2017, radicado nro. 150012333000-2013-00035-01 (20890), C.P. (E) Stella Jeannette Carvajal Basto, de 19 de octubre de 2017, radicado nro. 760012333000-2014-01259-01 (22283) C.P. Milton Chaves García, de 6 de diciembre de 2017, radicado nro. 17001-23-33-000-2013-00319-01 (21308), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto y de 19 de abril de 2018, radicado nro. 230012333000-2014-00040-01 (21761), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

Es necesario mencionar que la notificación por edicto se entiende surtida el día en el que este se desfija, siempre y cuando, haya permanecido fijado por el término legal y respetado las demás formalidades previstas en la ley.

3. El caso concreto

3.1 En el presente asunto está probado que la DIAN profirió la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412011000019 de 27 de mayo de 2011, por la que se modificó de manera oficial la declaración del impuesto sobre las ventas por el sexto bimestre del año 2008, presentada por la sociedad FAJOBE S.A.S.

Que contra dicha actuación, el 29 de julio de 2011, el apoderado de la sociedad interpuso recurso de reconsideración; por lo tanto, en los términos del artículo 732 del ET, la Administración tenía hasta el 29 de julio de 2012 para decidir y notificar la resolución que desató el recurso de reconsideración.

3.2 Mediante la resolución nro. 900.112 de 25 de junio de 2012, la DIAN decidió el recurso de reconsideración y, para efectos de notificar al apoderado de la sociedad actora, el **martes 26 de junio de 2012**¹⁵ le remitió por correo **aviso de citación**, para que compareciera a notificarse de manera personal¹⁶.

¹⁵ Así lo estableció el Tribunal conforme con los medios de prueba que obran en el expediente, cuestión que no fue controvertida con ocasión del recurso de apelación.

¹⁶ Guía de Servientrega nro. 040892. Fl. 73 del c.p. nro. 1.

3.3 Conforme con lo expuesto en el acápite anterior, desde el **miércoles 27 de junio de 2012 hasta el miércoles 11 de julio de 2012**, el apoderado de la sociedad FAJOBÉ S.A.S. podía comparecer ante la Administración para **notificarse de manera personal** de la resolución que decidió el recurso de reconsideración.

3.4 En este orden de ideas, la **notificación por edicto** se debía surtir entre el **jueves 12 de julio de 2012 y el jueves 26 de julio del mismo año**¹⁷, pero, en este asunto, la Administración realizó la fijación del edicto el 11 de julio de 2012¹⁸, es decir, el último día con el que el contribuyente contaba para notificarse de manera personal de la resolución que decidió el recurso de reconsideración, irregularidad que desconoció el procedimiento previsto en el inciso segundo del artículo 565 del ET y que tornó ineficaz dicho acto de notificación.

3.5 Si bien, la DIAN tenía hasta el 29 de julio de 2012 –hecho no controvertido–, para expedir y notificar la resolución por la que se resolvió el recurso de reconsideración, la notificación de este acto administrativo, realizada por edicto, fue irregular y, por ende, violatoria del derecho a la defensa y del debido proceso.

¹⁷ El lunes 2 de julio y el viernes 20 de julio fueron días feriados.

¹⁸ La fijación del edicto se surtió el 11 de julio de 2012 y la desfijación el 25 de julio del mismo año. Fl. 71 del c.p. nro. 1.

3.6 Ante la falta de notificación, en debida forma, de la citada resolución y, sin que la parte actora se haya dado por notificada dentro del término del año previsto en el artículo 732 del ET, que en este caso corresponde al 29 de julio de 2012, hecho no controvertido por las partes, se configuró el silencio administrativo positivo, en consecuencia, se entiende que el recurso de reconsideración se resolvió a favor del recurrente (art. 734 Ib.).

3.7 Ahora bien, como el término previsto en el artículo 732 del ET es de carácter preclusivo, la Sala ha dicho que al vencimiento del mismo, la Administración pierde competencia para manifestar su voluntad y, en consecuencia, el acto deviene nulo¹⁹.

3.8 En este orden de ideas, se concluye que **los actos administrativos de determinación oficial del tributo** están viciados de nulidad, porque la Administración incurrió en la causal 3 del artículo 730 del citado ordenamiento²⁰, según la cual, los actos de resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos, cuando no se

¹⁹ Cfr. las sentencias de 21 de octubre de 2010, radicado nro. 760012331000200404214 01 (17142) C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, reiterada en las sentencias de 9 de julio de 2015, radicado nro. 760012331000-2008-01252-01 (21053), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 13 de julio de 2017, radicado nro. 680012333000-2013-00451-01 (21188), C.P. Milton Chaves García, de 20 de septiembre de 2017, radicado nro. 150012333-000-2013-00035-01 (20890), C.P. (E) Stella Jeannette Carvajal Basto, de 13 de diciembre de 2017, radicado nro. 170012333000-2013-00218-01 (21072), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, de 8 de febrero de 2018, radicado nro. 080012333001-2013-00699-01 (22469), C.P. Milton Chaves García y de 19 de abril de 2018, radicado nro. 230012333000-2014-00040-01 (21761), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez. entre otras.

²⁰ Cfr. la sentencia de 26 de mayo de 2016, radicado nro. 13001233-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

notifiquen dentro del término legal, en concordancia con la causal de nulidad de falta de competencia prevista en el artículo 137 del CPACA.

3.9 En lo que tiene que ver con la **resolución nro. 900.007 de 9 de agosto de 2012**, por la que la DIAN negó la solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo, la Sala advierte que la parte actora presentó la petición de aplicación del silencio administrativo positivo el 24 de julio de 2012²¹, es decir, antes del 29 de julio de 2012, fecha límite para que la Administración expidiera y notificara, en debida forma, el acto administrativo con el que se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la sociedad contribuyente contra la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412011000019 de 27 de mayo de 2011.

3.10 Revisado dicho escrito, no se advierte que la parte demandante se haya dado por notificada, por cualquier medio, incluida, la conducta concluyente, de la resolución nro. **900.112 de 25 de junio de 2012**, que resolvió el recurso de reconsideración.

Por el contrario, todos los argumentos expuestos desde esa oportunidad, al igual que se hizo en las demandas de los procesos acumulados, se han encaminado a poner en evidencia irregularidades en la notificación de dicho acto administrativo y, por ende, a probar que la notificación del acto, de ninguna manera, se podía realizar dentro del término legal, conduciendo, ineludiblemente, a la configuración del silencio administrativo positivo.

3.11 De esta manera, si bien es cierto, para la fecha en la que se presentó la solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo -24 de julio de 2012-, este aún no se había configurado, cuestión que no

²¹ Fls. 41 a 47 del c.p.

fue objeto de pronunciamiento por parte de la DIAN en la resolución nro. 900.007 de 9 de agosto de 2012, la Sala no puede pasar por alto que para cuando se expidió ese acto administrativo, ya había transcurrido el término legal previsto en el artículo 732 del ET, y que pese a que en esa oportunidad la Administración analizó los argumentos expuestos por la sociedad actora, que guardan correspondencia con los estudiados en esta providencia, concluyó, contrario a lo expuesto con anterioridad, que *"NO SE CONFIGURA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO"*²².

3.12 Lo anterior, conduce a que necesariamente se declare la nulidad de la resolución nro. 900.007 de 9 de agosto de 2012, por la que se negó la solicitud del reconocimiento del silencio administrativo positivo por extemporaneidad en la notificación de la resolución nro. 900.112 de 25 de junio de 2012, que confirmó la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412011000019 de 27 de mayo de 2011, actos administrativos que como se analizó con anterioridad, están viciados de nulidad²³, conforme con la causal 3 del artículo 730 del ET.

²² En esa oportunidad, la DIAN afirmó que se *"surtió el trámite de notificación en debida forma de acuerdo con lo señalado en el artículo 565 del Estatuto Tributario y 45 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto, NO SE CONFIGURA EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO del acto administrativo que invoca el solicitante"*. Fl. 39 del c.p.

²³ La Sala ha dicho que las decisiones que nieguen el derecho a que la Administración reconozca la existencia del silencio administrativo positivo pueden controvertirse ante esta jurisdicción. Cfr. las sentencias de 21 de octubre de 2010, radicado nro. 760012331000-2004-04214-01 (17142), de 19 de enero de 2012, radicado nro. 850012331000-2007-00120-01 (17578), C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, de 12 de septiembre de 2013, radicado nro. 760012331000-2009-00513-01 (19515), de 9 de julio de 2015, radicado nro. 76001233100020080125201 (21053), C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, de 13 de septiembre de 2017, radicado nro. 050012331000-2011-00984-01 (21514), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez y de 6 de diciembre de 2017, radicado nro. 17001-23-33-000-2013-00319-01(21308), C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, entre otras.

3.13 En consecuencia, y sin que sea necesario estudiar los demás cargos de ilegalidad propuestos en la demanda y analizados por el Tribunal, la Sala revocará la sentencia apelada, en cuanto negó las pretensiones de la demanda. En su lugar, se declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y la firmeza de la declaración privada.

4. Las costas

No se condena en costas (gastos o expensas del proceso y agencias del derecho), en esta instancia, porque en el expediente no se probó su causación, como lo exige el numeral 8 del artículo 365 del CGP, aplicable al caso concreto por expresa remisión del artículo 188 del CPACA.

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

FALLA

Primero: ACÉPTASE el impedimento manifestado por la Consejera de Estado doctora Stella Jeannette Carvajal Basto. En consecuencia, **SEPÁRASELE** del conocimiento del presente asunto.

Segundo: REVÓCASE la sentencia de veintiséis (26) de marzo de dos mil quince (2015), proferida por la Sección Cuarta – Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Radicado: 250002337000-2012-00391-01 (21876)

Demandante: FAJOBES S.A.S.

En su lugar, se declara la nulidad de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 312412011000019 de 27 de mayo de 2011, de la resolución nro. 900.112 de 25 de junio de 2012, que decidió el recurso de reconsideración, y de la resolución nro. 900.007 de 9 de agosto de 2012, por la que la UAE – DIAN negó la solicitud de reconocimiento del silencio administrativo positivo.

En consecuencia, se declara en firme la declaración privada, presentada por la sociedad FAJOBES S.A.S. por concepto del impuesto sobre las ventas del sexto bimestre del año gravable 2008.

Tercero: SIN CONDENA EN COSTAS en esta instancia.

Cuarto: RECONÓCESE PERSONERÍA a la doctora Angie Alejandra Corredor Herrera, como apoderada de la UAE – DIAN, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible en el folio 601 de este cuaderno.

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

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

Radicado: 250002337000-2012-00391-01 (21876)

Demandante: FAJOBE S.A.S.

MILTON CHAVES GARCÍA

Presidente de la Sección

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ