



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

CONSEJERO PONENTE: WILSON RAMOS GIRÓN

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Referencia: Nulidad simple (adecuado a nulidad y restablecimiento del derecho)
Radicación: 54001-23-33-000-2023-00116-01 (27995)
Demandante: Aluminios ONOVA SAS
Demandado: DIAN

Tema: Caducidad del medio de control.

Auto que resuelve apelación contra rechazo de demanda

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por Aluminios ONOVA S.A.S. en contra del auto del 06 de julio de 2023, dictado por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que rechazó la demanda.

ANTECEDENTES

1. Aluminios ONOVA SAS presentó demanda de nulidad simple contra el emplazamiento previo por no declarar 2021007020000043 del 17 de marzo de 2021 y la Resolución 2021007060000037 del 10 de agosto de 2021, que le impuso sanción por no presentar la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2017, ambos proferidos por la DIAN. Como argumento principal de la demanda se propone la indebida notificación de los actos demandados *“toda vez que este se realizó por medio electrónico, sin haber “acuse de recibo” ni tampoco una notificación personal en el domicilio de la mencionada empresa”*.

2. Por auto del 06 de julio de 2023, el tribunal rechazó la demanda respecto al emplazamiento por no declarar, señaló que no es susceptible de control judicial al ser un acto de trámite. En cuanto a la resolución sanción, explicó que, al tratarse de un acto administrativo de carácter particular, el medio de control adecuado para cuestionarlo es el de nulidad y restablecimiento del derecho y no, el de nulidad simple.

Adecuado el medio de control, el *a quo* determinó que había operado la caducidad conforme con el artículo 164 del CPACA, en razón a que la resolución sanción fue notificada el 11 de agosto de 2021 y la demanda fue interpuesta el 06 de junio de 2023, esto es, con posterioridad a los cuatro meses siguientes a su notificación.

3. El 17 de julio de 2023, la demandante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión. Argumentó que los actos demandados no fueron notificados en debida forma por la DIAN. Específicamente, respecto a la resolución sanción afirmó que *“...solo se obtuvo conocimiento a través de petición presentada por la parte en fecha septiembre de 2022”*, lo que, a su juicio, no puede entenderse como una notificación por conducta concluyente, por cuanto, no cumple los requisitos previstos en el artículo 72 del CPACA.



Además, señaló que como en la demanda se cuestiona la efectiva notificación de los actos demandados, conforme con la jurisprudencia de esta Corporación¹ el *a quo* debía admitir la demanda y en la sentencia resolver el asunto.

4. El 04 de agosto de 2023, el tribunal concedió el recurso de apelación ante esta Corporación.

5. El despacho sustanciador, previo a resolver el presente asunto, por auto del 06 de septiembre de 2023, ordenó requerir a la DIAN para que aportara las constancias de notificación de (i) la Resolución 2021007060000037 de 10 de agosto de 2021, que le impuso a la sociedad demandante sanción por no declarar el impuesto de renta y complementarios del año 2014 y (ii) del Oficio 107272555-5390 de 5 de octubre de 2022, dirigido al señor Javier Tabares Medina en calidad de representante legal de Aluminios Onova SAS.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con los artículos 125, 150 y 243-1 del CPACA, la Sala es competente para decidir el recurso de apelación formulado contra la providencia que rechaza la demanda.

2. De manera preliminar se advierte que el apelante no discute la decisión del *a quo* en cuanto a que el emplazamiento previo para declarar no es un acto susceptible de control judicial ni frente a la adecuación del medio de control al de nulidad y restablecimiento del derecho. En consecuencia, atendiendo el contenido del recurso de apelación, corresponde a la Sala establecer si era procedente el rechazo de la demanda.

3. La Sala advierte que, pese a que el tribunal rechazó la demanda por caducidad del medio de control, lo cierto es que se encuentra que la sociedad demandante no agotó en debida forma la actuación administrativa, pues no presentó el recurso procedente contra la resolución sanción. Veamos:

El artículo 161-2 del CPACA establece que la presentación de la demanda que pretenda la nulidad de un acto administrativo particular está sujeta, entre otros requisitos, a que se hayan ejercido y decidido los recursos que, de acuerdo con la ley, son obligatorios.

Frente al tema, esta sección ha considerado que el agotamiento de los recursos de la actuación administrativa constituye un requisito previo para acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, para que la administración revise su actuación antes de que sea llevada a juicio, con el fin de que la aclare, modifique o revoque. Es el denominado privilegio de la decisión previa, en cuanto es la facultad de la administración para ejercer un control jurídico previo frente a su propia decisión.

Ahora, el artículo 720 del ET establece que contra las resoluciones que impongan sanciones, entre otros actos, procede el recurso de reconsideración, que debe interponerse en los dos meses siguientes a la notificación del acto.

¹ El demandante realizó la siguiente cita “Exp. 25000-23-41-000-2013-01801-01, C.P. María Elizabeth García González”.



Si el recurso es oportuno y reúne las formalidades exigidas en el artículo 722 del ET, la administración lo decidirá. De llegar a resolverse desfavorablemente, se entiende concluida la actuación administrativa tributaria, y el afectado queda habilitado para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vía de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

4. En el caso concreto, el recurrente en el escrito de demanda señaló que la notificación de la resolución sanción no es válida por cuanto la autoridad tributaria no expidió el acuse de recibo del mensaje de datos remitido para surtir la notificación. Por su parte, en el recurso de apelación, únicamente insistió en que no se notificó en debida forma el acto y, que como era un cargo planteado en la demanda dicho asunto debía resolverse en la sentencia.

Ahora, para efectos de surtir la notificación de los actos administrativos proferidos por la DIAN, el artículo 563 del ET, en concordancia con el artículo 555-2 *ibidem*, indica que deberá utilizar la dirección que haya sido informada por el contribuyente en el RUT. Además, el artículo 564 del ET, dispone que el contribuyente podrá suministrar de forma expresa una dirección física o electrónica de notificación en sus intervenciones ante la autoridad tributaria, la cual deberá ser utilizada de forma preferente como dirección procesal.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 566-1 *ibidem* establece que la dirección electrónica se entenderá surtida, para todos los efectos legales, en la fecha de su envío. Además, precisa que “*los términos legales para el contribuyente, responsable, agente retenedor, declarante o su apoderado para responder o impugnar en sede administrativa, comenzarán a correr transcurridos cinco (5) días a partir de la entrega del correo electrónico*”.

Conforme con la norma citada, para la Sala el argumento del recurrente no es de recibo, por cuanto el citado artículo 565 vigente para la época de notificación de la resolución sanción, estableció la notificación electrónica como una forma de comunicar los actos administrativos proferidos por la entidad demandada, así que, para efectuarla, no debía previamente agotar el procedimiento de notificación personal a través de correo certificado, pues la notificación electrónica es también principal y no subsidiaria. Adicionalmente, el artículo 566-1 del ET, no exige la constancia de acuse de recibo como requisito de validez de la notificación.

En el *sub lite*, la DIAN expidió certificado² de notificación electrónica en el que consta que la Resolución Sanción por no Declarar 2021007060000037 de 10 de agosto de 2021, fue notificada en forma electrónica a la demandante y a su apoderado judicial a los correos aluminiosonava_contabilidad@hotmail.com y ddtj74@hotmail.com el 11 de agosto de 2021³ y recibido en la misma fecha. Certificado cuya autenticidad no fue desvirtuada por el demandante quien limitó su argumento a la inexistencia de constancia del acuse de recibo.

² La certificación se expide en virtud del parágrafo 4º del artículo 4º de la Resolución 038 de 30 de abril de 2020², “*por la cual se implementa la notificación electrónica en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en cumplimiento de lo establecido en los artículos 563, 564, 565 y 566-1 del Estatuto Tributario*” dictada por la DIAN, que señala «*Con fundamento en la constancia que emita la herramienta tecnológica, la Coordinación de Notificaciones o quien haga sus veces a Nivel Nacional deberá expedir una certificación de notificación en la que se determine de manera inequívoca la Fecha de Envío del Correo Electrónico y la Fecha de Entrega del Correo Electrónico, o la imposibilidad de entrega del correo electrónico al Administrado*»

³ Índice 10 de SAMAI



En ese orden se juzga válida la notificación de la resolución sanción, ya que se hizo al correo electrónico suministrado y autorizado expresamente por la demandante. Así, sobra pronunciamiento adicional en torno a la notificación por conducta concluyente.

Por tanto, la actora debió interponer el recurso de reconsideración contra la Resolución 2021007060000037 de 10 de agosto de 2021, que le impuso a la sociedad demandante sanción por no declarar el impuesto de renta y complementarios del año 2014. Al no haberse agotado el recurso obligatorio ante la administración, no se cumplió con el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 161-2 del CPACA, y, en consecuencia, procedía el rechazo de plano de la demanda.

En consecuencia, se confirmará, pero por las razones aquí expuestas, el auto del 06 de julio de 2023, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Por lo expuesto, la Sección Cuarta del Consejo de Estado

RESUELVE

Confirmar el auto del 06 de julio de 2023, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al tribunal de origen.

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

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA

(Firmado electrónicamente)
MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO

(Firmado electrónicamente)
WILSON RAMOS GIRÓN

La validez e integridad de este documento puede comprobarse acudiendo a la siguiente dirección electrónica:
<https://samai.consejodeestado.gov.co/Vistas/documentos/validador>