



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, trece (13) de septiembre de dos mil doce (2.012)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	2012 00011 01
Actor	HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada	EMPRESA TERRITORIAL PARA LA SALUD ETESA y DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA No. 072

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 01 de agosto de 2.012, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en la que se negó el amparo tutelar al accionante.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por el señor HEBERTO ANOTONIO GONZALEZ HERRERA, quien actúa en nombre propio.

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra de la EMPRESA TERRITORIAL PARA AL SALUD ETESA y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

La accionante presentó acción de tutela en contra de la EMPRESA TERRITORIAL PARA AL SALUD ETESA y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al Debido Proceso, al no haber sido notificado en debida forma sobre actuaciones iniciadas por accionadas en su contra.

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el actor narra los siguientes:

Que para el año 1997, en asocio con su padrastro, señor José Gabriel Buelvas Olivera, montó un negocio que consistía en un juego de bingo, en el Municipio de San Marcos, Sucre, vendiéndole posteriormente para el año 2000 sus acciones al citado señor Buelvas Olivera, retirándose inmediatamente del negocio.

Que para el año 2003, la accionada ETESA, realizó visitas a las instalaciones del negocio y lo sella, iniciando un proceso coactivo en su contra mediante Resolución No. 0947 del 26 de mayo de 2006, resolución que nunca le fue notificada ni personalmente ni por ningún otro medio, violándose su derecho al Debido Proceso.

Que en la Resolución 0947 antes mencionada, se le declaró como operador ilegal, por explotar sin la debida autorización de ETESA, un negocio de Bingo, y consecuentemente, haber evadido el pago de los derechos de explotación y gastos de administración a los cuales se encuentra sujeto por el ejercicio de dicha actividad, generándose con ello, la obligación de cancelar a favor de ETESA, la suma de Seis Millones Seiscientos Sesenta y Dos Mil Trecientos Treinta y Cuatro Pesos M/Cte (\$6.662.334), por concepto de liquidación de aforo por los derechos de explotación no declarada (\$2.213.400), gastos de administración (\$22.134) y por concepto de sanción de aforo equivalente al 20% de los derechos de explotación causados por la operación en las condiciones y durante los periodos descritos en la parte motiva de la resolución (\$4.426.800).

Que en la mentada resolución se dispuso librar mandamiento de pago con la consecuente medida cautelar de embargo y secuestro de su cuenta corriente No. 206060024315, del Banco Davivienda de Sincelejo, Sucre, ordenándose notificar dicha de manera personal, lo cual nunca sucedió.

Que la DIAN, para la fecha 13 de junio de 2012, ordenó el embargo de los dineros depositados en su cuenta corriente antes citada, limitándolo a la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000), situación que resultó ilegal, por cuanto para esa fecha la obligación se encontraba prescrita, por haber transcurrido 05 años desde la expedición de la Resolución de ETESA inicialmente mencionada.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

V. LO QUE SE PIDE

Mediante escrito obrante en el folio 1 y ss del cuaderno de 1ª instancia, recibido por el Juzgado 2º Administrativo del día 18 de julio de 2012, el accionante solicita al juez de tutela de primera instancia, se tutelen los derechos fundamentales invocados y como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la EMPRESA TERRITORIAL PARA AL SALUD ETESA y la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN, la terminación del proceso ejecutivo coactivo y el desembargo de su cuenta corriente del banco Davivienda, solicitando que subsidiariamente se decrete la prescripción de la acción ejecutiva, base del recaudo.

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La entidad demanda DIAN, contestó en termino la presente demanda, apareciendo escrito de contestación con fecha de recibido, de 25 de julio de 2012, de donde se establece, que fue ETESA, quien inició y culminó la actuación administrativa sancionatoria que dio origen a la Resolución 0974 de mayo 26 de 2006, que el expediente reposa en dichas instituciones y que la DIAN solo avocó el conocimiento de dicho proceso con base en el artículo 19 de la ley 1393 de 2000, que además existen otros mecanismos de defensa del contribuyente, como lo es la Revocatoria Directa conforme a lo preceptuado en la ley 1437 de 2011.

Por su parte, ETESA, estando dentro de término de ley, presentó escrito de contestación, en el que manifiesta, que el proceso de cobro coactivo No. 258 en contra del Señor Heberto González Herrera, fue remitido el 14 de marzo de 2011 en la caja No. 141 a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, para que esta asumiera el conocimiento de la misma. Por lo que expresa, que en este proceso existe una falta de legitimación por pasiva, puesto que las acciones que pretende el accionante, se encuentran por fuera de la competencia de esa entidad, y cualquier fallo sería inocuo y de imposible cumplimiento.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Escrito de tutela recepcionado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo.¹
- Copias simples del proceso ejecutivo por cobro coactivo No. 1354, iniciado por la accionada ETESA, en contra del actor.²
- Copia Simple de la Resolución numerada 0974 de fecha mayo 26 de 2006 emanada de la accionada ETESA, por medio del cual se declara Responsable al actor, por haber operado juegos de suerte y azar sin la debida autorización de la autoridad competente.³

¹ Folios 1 a 3 C. Ppal.

² Folios 4 a 97 C. Ppal.

³ Folios 16 a 22 C. Ppal.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

- Copia del edicto para notificación al actor de la terminación de la actuación administrativa iniciada en su contra.⁴
- Copia del auto de mandamiento de pago No. 1215 que emitiera la accionada ETESA, en contra del actor.⁵
- Copia del auto de embargo número 289 emanado de la accionada ETESA en contra del actor, específicamente de una cuenta bancaria de este último citado.⁶
- Copia del Decreto número 175 de 2010, por el cual se suprime la empresa territorial para la salud ETESA, se ordena su liquidación y se dictan otras disposiciones.⁷

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.⁸

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 01 de agosto de 2012, resolvió conceder el amparo constitucional solicitado, por considerar que en el presente asunto, se debió proceder de conformidad a lo establecido en el artículo 565 del E.T., es decir mediante la publicación de la actuación en un periódico de circulación nacional. Manifiesta, que el principio de la publicidad de las actuaciones judiciales o administrativas, no se surtió con base a derecho, por lo que se concluye la vulnerabilidad del derecho fundamental para esta unidad judicial, que de no dársele importancia y aplicación, se perdería la razón de ser de este artículo constitucional.

Por otra parte manifiesta, que las causales de nulidad contempladas en el artículo 730 del E.T., o las del cobro coactivo al decretar embargo, secuestro o remate, no contiene el asunto tratado en la presente acción, ni tampoco remite para aplicarse las del C.G.P., o C.P.C., por lo que no le quedaba otro camino a la accionante para proteger el derecho a la contradicción y defensa.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La parte accionada DIAN, impugna en término, el fallo de fecha agosto 01 de 2012, bajo el argumento de que esa entidad pierde cualquier competencia en atención a lo normado en el artículo 20 y S.S. del Decreto 4141 de 2011, para adelantar lo ordenado por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo. Informa que mediante Resolución 136 del 25 de julio de 2012, se dispuso en el artículo 1º de la parte resolutive, la suspensión de los términos en las actuaciones administrativas de fiscalización y de los procesos de cobro coactivo, entregados a la DIAN, a COLJUEGOS. La mencionada disposición en el artículo segundo, dispuso que solo a partir del 02 de noviembre de 2012, se reinicia el mencionado trámite por parte de COLJUEGOS.

⁴ Folios 24 y 25C. Ppal.

⁵ Folios 30 a 32 C. Ppal.

⁶ Folios 82 a 83 C. Ppal.

⁷ Folios 130 a 167 C. Ppal.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

La parte accionante impugnó la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia, para que se revise y se revoquen los numerales segundo y tercero, disponiendo la revocación del auto del mandamiento de pago y de las medidas cautelares, por parte de la DIAN de Sincelejo, por establecer, que la obligación para con las demandadas, se encuentra prescrita.

X. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

10.1. La competencia

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 32, en **SEGUNDA INSTANCIA**.

10.2. Problema jurídico

¿Se presenta vulneración del derecho al Debido Proceso de una persona contribuyente inscrita en el RUT, cuando solo se le notifica de la existencia de actuaciones iniciadas en su contra, en la dirección registrada por este mismo en dicho documento, y sin que se persiga el logro de la misma notificación, por otros medios?

¿Puede predicarse la solicitud de prescripción de un acto administrativo, por vía de esta acción constitucional?

10.3 Procedencia de la acción de tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario, es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

10.4. Procedencia de la Acción de Tutela por violación al Debido Proceso Administrativo.

Para este asunto, la Corte Constitucional, en su sentencia T-119 de 2011, y con ponencia del magistrado JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se ha pronunciado frente al tema del Debido Proceso, por lo que ha manifestado:

(“...”).

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

“4.2.2. Procedencia de la acción de tutela para garantizar el derecho al debido proceso administrativo. Reiteración de jurisprudencia.

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Carta Política como un mecanismo de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la Ley.

El artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que el debido proceso debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituyéndose en garantía en las actuaciones surtidas contra los particulares. En este sentido, se ha pronunciado la corte Constitucional:

El debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician para ejercer un derecho ante la administración o con el objeto de cumplir una obligación.

El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso. [6]

Entendido el derecho al debido proceso administrativo como la garantía a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que la afectación o la privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado, no pueda hacerse con detrimento de sus derechos fundamentales.

Así, ha indicado esta Corporación: *si bien la preservación de los intereses de la administración y el cumplimiento de los fines propios de la actuación estatal son imperativo de todos los procedimientos que se surtan a este nivel, en cada caso concreto debe llevarse a cabo una ponderación que armonice estas prerrogativas con los derechos fundamentales de los asociados. [7]*

La Corte ha entendido que forman parte de la noción del debido proceso y se consideran como garantías constitucionales que presiden toda actividad de la Administración desde su inicio hasta su culminación, los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas, de publicidad, entre otros, los cuales se extienden a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

De esta manera, la notificación, en cualquier clase de proceso, se constituye uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso mediante la vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada, es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones

En la sentencia T- 982 de 2004, la Corte explicó que la existencia del derecho al debido proceso administrativo, como mecanismo de protección de los administrados, se concreta en dos garantías mínimas, a saber: (i) en la obligación de las autoridades de informar al interesado acerca de cualquier medida que lo pueda afectar; y (ii) en que la adopción de dichas decisiones, en todo caso, se sometan por lo menos a un proceso sumario que asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción e impugnación.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Existe una relación inescindible entre el derecho al debido proceso y el derecho de defensa. En tal sentido ha dicho también la Corte:

El derecho de defensa en materia administrativa se traduce en la facultad que tiene el administrado para conocer la actuación o proceso administrativo que se le adelante e impugnar o contradecir las pruebas y las providencias que le sean adversas a sus intereses. La administración debe garantizar al ciudadano interesado tal derecho y cualquier actuación que desconozca dicha garantía es contraria a la Constitución. En efecto, si el administrado no está de acuerdo con una decisión de la administración que le afecte sus intereses tiene derecho a ejercer los recursos correspondientes con el fin de obtener que se revoque o modifique. [8]

También ha dicho esta Corporación[9], que el debido proceso administrativo comprende las garantías necesarias para sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades judiciales o administrativas, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales. Así mismo, es desarrollo del principio de legalidad, según el cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y el trámite a seguir antes de la adopción de determinadas decisiones. Igualmente, el principio de legalidad impone a las autoridades el deber de comunicar adecuadamente sus actos y el de dar trámite a los recursos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico.

En la Sentencia C-1114 de 2003, la Corte afirmó que tratándose de las partes o terceros interesados en la actuación, el principio de publicidad se realiza a través de las notificaciones como actos de comunicación procesal; es decir, del derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción.

Sobre la notificación, ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación:

La notificación es el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria. [10]

(“...”).

10.5. El caso concreto.

En el presente asunto, solicitó el actor, el amparo de tutela por la violación de su derecho fundamental al Debido Proceso, en atención a que se adelantaron actuaciones administrativas en su contra por parte de las accionadas, sin que se le hiciera una real notificación de las mismas, vulnerándose por consiguiente su derecho de defensa. Manifiesta el actor, que hacía tiempo había terminado una relación negocial que tenía con un padrastró, y que al parecer la accionada notificaba sobre las mencionadas actuaciones a la dirección de su negocio que registraba en el RUT, que nunca recibió citación o escrito alguno de la accionada. Por su parte, las accionadas en su contestación a esta acción, manifiestan que las actuaciones que iniciara en contra del actor, se dieron en debida forma, a la luz de lo establecido en el artículo 563 del E.T., y que no contrarían el artículo 29 Constitucional.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Debe dejarse sentado, que el hecho que afirma el actor de haber cedido sus acciones sobre un negocio de Bingo que tenía a medias con su padrastro, y que esta negociación se realizó de manera verbal, deja claro, que este actuó en su inicio, contrario a derecho, pues está dentro de sus obligaciones como contribuyente o declarante, el actualizar sus datos en el RUT, especificar la dirección en donde quiere ser notificado, y no resulta lógico, que el demandante de una manera puntual, manifieste evadir sus obligaciones, cuando manifiesta que dejó su negocio y luego pretenda en esta acción, manifestar que desconocía cualquier actuación en su contra por parte de las accionadas, intentando con esta acción, lograr situaciones que son de único conocimiento del proceso de jurisdicción coactiva, pues lo único que podría este Tribunal, sería revisar aspectos eminentemente procesales, pero se observa, que las accionadas, procedieron de conformidad con lo establecido en el Estatuto Tributario, notificando las actuaciones administrativas, a la dirección del negocio que figura a nombre del actor, en la municipalidad de San Marcos, Sucre, dirección que fuera la indicada por el mismo demandante, fijándose además los edictos correspondientes, razones para que no se compartan las apreciaciones de la falladora de primera instancia, pues no se observa en estas actuaciones, la trasgresión del derecho fundamental reclamado en la forma señalada por el actor.

El actor pretende que se deje sin efectos, la resolución número 0974 del 26 de mayo de 2006, seis (6) años después de haber quedado en firme, lo que a prima facie, resulta contrario a lo atinente al principio de inmediatez y no puede ser excusa, sin prueba alguna en este plenario, la afirmación que “ellos sabían que yo no vivía en el Municipio de San Marcos sino en Ovejas”, porque en el folio 56 del expediente, aparece una consulta de datos de domicilio realizada por un banco de la ciudad, a quien se le comunicó las medida cautelares y en esa parece la información de vivir en el Municipio de San marcos, carrera 25 No. 18 A 70. Luego la negligencia en la actuación del RUT no puede servir de excusa para alegar la violación del Debido Proceso mediante esta acción subsidiaria, dicha petición debe ser alegada dentro del proceso de jurisdicción coactiva y la acción de tutela no es un medio para revivir términos judiciales.

De otra parte, debe precisarse, que si el actor pretende que se reconozca la prescripción de la resolución de la accionada ETESA, en la cual se le impone la sanción correspondiente, a lo mejor en la vista de un posible decaimiento de dicho acto administrativo, para establecer que no se puede atacar una obligación prescrita, se hace necesario manifestar, que no es esta acción el mecanismo para lograr dichos fines, pues el mismo actor, debe solicitar su reconocimiento ante la misma entidad administrativa y someterse al procedimiento que para dichos fines ha diseñado la misma normatividad administrativa, por lo que no se requiere mayor pronunciamiento al respecto.

La juez de primera instancia, se inmiscuye en el proceso ejecutivo y no se concentra en los hechos del actor, quien afirma haber realizado una cesión de derechos, sin la prueba dentro de este plenario ni dentro del proceso administrativo realizado por ETESA; por lo tanto tenía que desvirtuar que el acta de visita (Folios 9 y 10), lo consignado en ella no era cierto, es decir que él no era el propietario, ni el

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

responsable del establecimiento Bingo Club Las Vegas y a pesar de haberle comunicado la iniciación de la investigación en diciembre de 2004, mediante oficio número 9481, es decir un año después de haberle practicado la visita, nunca contestó a tal investigación, todo esto sin tener en cuenta, que jamás tuvo autorización para funcionar tal establecimiento. Luego al ser responsable de la actividad como dueño, tenía que ejercer su derecho de defensa en tiempo.

Por lo expuesto, esta sala revocará la decisión del Juez de primera instancia, teniendo en cuenta, que la actuación administrativa fue adelantada conforme al código contencioso administrativo y no al Estatuto Tributario, que es norma especial para la DIAN y los proceso de jurisdicción coactiva, pero en el caso de la resolución 0974 de 2006, debe notificarse conforme a las normas generales del decreto 01 de 1984, ya que ETESA no tiene norma especial que regule su procedimiento administrativo.

La afirmación anterior, tiene sustento en el artículo 44 de la ley 643 de 2001, que para una mejor ilustración transcribimos:

“ARTÍCULO 44. Sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar y de las sanciones administrativas que impongan otras autoridades competentes, y la responsabilidad fiscal, las entidades públicas administradoras del monopolio podrán imponer las siguientes sanciones:

a) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio detecten personas operando juegos de suerte y azar sin ser concesionarios o autorizadas proferirán, sin perjuicio de la suspensión definitiva del juego, liquidación de aforo por los derechos de explotación no declarados e impondrá sanción de aforo equivalente al doscientos por ciento (200%) de los derechos de explotación causados a partir de la fecha en que se inició la operación. Además, podrá cerrar sus establecimientos y deberá poner los hechos en conocimiento de la autoridad penal competente. Las personas a quienes se denuncie por la operación ilegal de juegos de suerte y azar podrán ser suspendidas mientras se adelanta la respectiva investigación, y no podrán actuar como tales durante los cinco (5) años siguientes a la sanción por parte del Estado, si efectuada la correspondiente investigación hubiere lugar a ella;

b) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio, detecten que los concesionarios o personas autorizadas omiten o incluyen información en su liquidación privada de los derechos de explotación de las cuales se origine el pago de un menor valor por concepto de los mismos, proferirá liquidación de revisión y en la misma impondrá sanción por inexactitud equivalente al ciento sesenta por ciento (160%) de la diferencia entre el saldo a pagar determinado por la administración y el declarado por el concesionario o autorizado;

c) Cuando las entidades públicas administradoras del monopolio de juegos de suerte y azar, detecten errores aritméticos en las declaraciones de derechos de explotación presentadas por los concesionarios o autorizados, y cuando tales errores hayan originado un menor valor a pagar por dichos derechos, los corregirán, mediante liquidación de corrección. En este caso, se aplicará sanción equivalente al treinta por ciento (30%) del mayor valor a pagar determinado.

El término para proferir las liquidaciones de revisión y de corrección aritmética y las sanciones correspondientes será, de tres (3) años contados a partir del momento de presentación de las declaraciones.

La administración podrá proferir liquidaciones de aforo e imponer la correspondiente sanción por las actividades de los últimos cinco (5) años.

Las sanciones a que se refiere el presente artículo se impondrán sin perjuicio del cobro de las multas o la indemnización contemplada en la cláusula penal pecuniaria pactada en los contratos de concesión, cuando a ello hubiere lugar y sin perjuicio del pago total de los derechos de explotación adeudados. (las subrayas no son del texto).

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

En el caso en cuestión, lo que le aplicaron fue el literal a de este artículo, junto con los dos últimos incisos, por eso afirmamos en el párrafo anterior, que se sometía a las normas del C.C.A., que en su artículo 1 inciso 2 establece que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se aplicarán de preferencia a este código, al no tener ETESA ese procedimiento especial que aplicar, se aplican estas normas y concretamente el artículo en cita y siguientes, tano es así que el artículo 8 de la resolución 974, establece el recursos de reposición dentro de los 5 días siguientes y por esa razón le enviaron citación para que se notificara de loa misma y al no hacerlo, se le fijó edicto conforme lo ordena esta normatividad.

Otra cosa es si el mandamiento proferido, debe notificarse conforme al artículo 826 del E.T., esos será motivo de ser alegado dentro de ese proceso, pero no es el hecho que origina la presente acción.

XII. CONCLUSIONES

La empresa ETESA, al notificar la resolución 0974 del 26 de mayo de 2006, no violó el Debido Proceso, porque se ajustó a lo dispuesto en el C.C.A. (Decreto 01 de 1984), y por lo tanto, no hay lugar a proteger el derecho invocado y las peticiones sobre mandamiento de pago deben ser resueltas al interior del proceso ejecutivo de cobro coactivo.

Así mismo, no hay inmediatez en la presente acción cuando se pretende revivir términos de actuaciones administrativas terminadas 6 años atrás, y además de utilizar la acción de tutela como mecanismo para esa misma finalidad.

Por todo lo expuesto, debe revocarse el fallo de instancia anterior.

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, Sala Tercera de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCASE la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo, Sucre, del 01 de agosto de 2012, dentro de la acción de tutela promovida por el señor Heberto Antonio González Herrera, quien actúa en nombre propio contra ETESA y la DIAN y en consecuencia denieganse las suplicas de la acción, por lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

TERCERO: Envíese copia de este proveído al Juzgado de Primera Instancia.

Expediente: 2012 00011 00
Actor: HEBERTO ANTONIO GONZALEZ HERRERA
Demandada: DIAN
Acción: TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Apelación: SENTENCIA DEL 01 DE AGOSTO DE 2012
Procedencia: JUZGADO 2º ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

CUARTO: Dentro de los 10 días siguientes a la notificación, envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia, fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 022.

MOISES RODRIGUEZ PEREZ

Magistrado

LUIS CARLOS ALZATE RIOS

Magistrado

HECTOR ENRIQUE REY MORENO

Magistrado