



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

Cartagena de Indias D. T. y C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA
Radicado	13001-33-33-000-2018-00215-00
Accionante	HÉCTOR MIGUEL MUÑOZ
Accionada	U.A.E. DIAN y U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA
Tema	Vulneración derechos fundamentales al Debido proceso – derecho de defensa- Modifica sentencia de primera instancia-. Rechaza por improcedente.
Magistrada Ponente	CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Procede la Sala Fija de decisión N° 2 del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver la impugnación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó la solicitud de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

1.1. Hechos relevantes planteados por la parte accionante¹

1.1.1. Trabajó en la sociedad CBI COLOMBIANA S.A desde el 17 de octubre de 2012 hasta el 16 de septiembre de 2014.

1.1.2. El día 14 de agosto de 2014 por medio de formulario No. 2301600450469, presentó declaración anual del impuesto mínimo alternativo simple – IMAS- para empleados del año gravable 2013 ante la DIAN, generándose un saldo a favor de \$7.204.000.

1.1.3. El día 6 de octubre de 2014, por medio de solicitud No. DI20132014644 solicitó a la DIAN la devolución del saldo.

1.1.4. Por medio de documento interno de la División de Gestión de Fiscalización se determina la residencia para efectos tributarios del accionante, indicando que tiene un total de 354 días de permanencia y cumple con la condición de residencia fiscal, por permanecer más de 183 días en el país.

1.1.5. Por sugerencia de la DIAN, se presenta corrección de la declaración de renta del año gravable 2013, toda vez que a la fecha de presentación de la misma la entidad tenía un concepto errado que solo se debía declarar renta pasados los 184 días de permanencia en Colombia, por lo que se corrige y se presenta nuevo documento para devolver solo el saldo de la nueva declaración.

¹ Fls. 2-8





Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

1.1.6. Por medio de Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 proferida por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas de la DIAN, se decide devolver la suma de \$1.718.000 y rechazar el valor de 5.486.000.

1.1.7. Contra la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015, no se presentó recurso alguno, ya que no había argumento jurídico o fáctico para impugnar puesto que a la fecha de devolución de saldo a favor, todo estaba acorde a la Ley según la DIAN.

1.1.8. Concluyó que conforme al concepto 0007234 del 9 de marzo de 2015 emitido por la DIAN, su declaración de renta presentada inicialmente estaba conforme a la ley y con base en ello, cuando se profirió la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 cumplía con el requisito de la residencia fiscal y que, fue por esa razón que no pudo interponer recurso de reconsideración o agotar la vía gubernativa.

1.1.9. A raíz de los nuevos hechos y pruebas que se configuraron con la emisión del concepto No. 007234 del 9 de marzo de 2015, solicitó la revocatoria directa de la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015.

1.1.10. Por medio de auto del 8 de noviembre de 2017, el Jefe de la División jurídica de la DIAN, solicita a Migración Colombia, que expida certificación de los movimientos migratorios del accionante.

1.1.11. El día 14 de noviembre de 2017, por medio de oficio No. 201770404596341, Migración Colombia informa que el accionante cuenta con 18 registros de viaje. En esta certificación Migración Colombia incluye una salida del país el día 22 de agosto de 2013, que no había sido incluida en su primera y segunda certificación del 12 de enero de 2013.

1.1.12. Por medio de Resolución No. 563 del 28 de junio de 2017, proferida por la División de Gestión Jurídica de la DIAN, se confirma la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 por el supuesto hecho de que el accionante no es residente fiscal, ya que en la última certificación emitida por Migración Colombia, el actor solo contaba con 151 días de permanencia en Colombia, por tanto no era residente fiscal y no estaba obligado a declarar renta.

1.1.13. La resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017 se profirió omitiendo pruebas que reposaban en el expediente administrativo, contrariando supuestos de hecho ya probados e incluso contrariando la propia Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015. En la misma se omitió la certificación emitida por Migración Colombia en la que consta que entró a Colombia el día 06 de marzo de 2013 y salió el 23 de septiembre del mismo año.

1.1.14. Conforme a la Jurisprudencia del Consejo de Estado y a lo establecido por los artículos 95 y 96 del CPACA, contra el acto administrativo que resuelve una solicitud de revocatoria directa no procede ningún



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

recurso, por lo que manifiesta no contar con otro medio de defensa que permita salvaguardar sus derechos fundamentales.

1.1.15. La DIAN y MIGRACIÓN COLOMBIA incurrieron en vías de hecho por lo que violaron su derecho al debido proceso, al no apreciar la totalidad de las pruebas que reposaban en el expediente y al contrariar hechos que ya habían sido tenidos como ciertos con anterioridad, además de suministrar información de forma incompleta y errada haciendo incurrir en error a un tercero.

1.2. Pretensiones².

Solicita que se declare que la U.A.E. DIAN y U.A.E. Migración Colombia vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa y que en consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017, expedida por el Jefe de la División Jurídica de la DIAN, por medio de la cual se resolvió la solicitud de revocatoria directa contra la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015.

De igual forma pide que se ordene a la U.A.E. DIAN que reinicie el trámite de la solicitud de revocatoria directa contra la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015, tomando en cuenta la totalidad de pruebas que reposan en el expediente.

También solicita que se ordene a la U.A.E. Migración Colombia, remitir al expediente administrativo en poder de la DIAN, la información completa y real de los movimientos migratorios del demandante.

2. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

2.1. Admisión y notificación.

La solicitud de amparo se admitió mediante auto de fecha catorce (14) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)³, en el cual se dispuso notificar a las entidades accionadas – U.A.E. DIAN y U.A.E. MIGRACION COLOMBIA – concediéndoles el término de dos (02) días para rendir un informe amplio y detallado sobre los hechos que sirvieron de fundamento a la petición de la tutela. El anterior auto fue notificado por correo electrónico, al buzón institucional de notificaciones judiciales de ambas entidades⁴.

3. INFORMES RENDIDOS.

3.1. U.A.E. MIGRACIÓN COLOMBIA⁵

² Folio 1.

³ Folio 228

⁴ Folios 229-238

⁵ Folios 239-240



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

Manifestó que, en atención al requerimiento efectuado mediante el auto admisorio de la demanda, se realizó búsqueda en los archivos de la entidad de manera alfabética y por número de identidad, a nombre del señor Héctor Miguel Muñoz, identificado con pasaporte venezolano, y se encontraron 18 registros de viaje. Allegaron como prueba la planilla contentiva de los movimientos migratorios del accionante desde el 24/05/2001 hasta el 18/09/2018.

3.2. U.A.E. DIAN⁶

Solicita que se declare la improcedencia de la solicitud de tutela de la referencia y en consecuencia se nieguen las pretensiones del accionante ya que indica que los actos administrativos fueron expedidos conforme al procedimiento establecido para ello. Manifiesta que luego de realizar un estudio a la certificación emitida por la UAE migración Colombia, se determinó que el señor Héctor Miguel Muñoz no cumplía con los requisitos para ser considerado residente fiscal en Colombia, puesto que de conformidad con la información suministrada por la entidad antes mencionada, durante el año gravable 2013 la permanencia del accionante en el país fue de 151 días.

Señala que, para efectos tributarios, en especial frente al impuesto de renta, la residencia de las personas naturales es un factor importante para determinar si una persona está sujeta o no al referido impuesto. Al respecto, trae a colación la nueva definición de residencia para efectos tributarios establecida con la Ley 1607 de 2012.

Resalta que, con el objeto de verificar lo solicitado por el accionante a la entidad, la División Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena, abrió a pruebas el proceso, determinándose una permanencia discontinua en el país por 151 días calendario incluyendo días de entrada y salida en el año 2013. Expresa que, con esta respuesta, quedó confirmado que el actor no cumplía con la condición del término de residencia establecida en el numeral 1 del artículo 10 de dicha Ley, para efectos de considerarse residente fiscal para el 2013.

Por otra parte, afirma que de las normas indicadas puede decirse que la obligación de declarar se encuentra supeditada a la condición de residencia antes descrita; así las cosas, el accionante no está obligado a declarar.

De igual forma, señala que de acuerdo al artículo 6º del estatuto tributario, modificado por la ley 1607 de 2012, las personas naturales no obligadas a declarar pueden optar por presentar declaración de renta, siempre y cuando hayan sido sometidas a retención en la fuente y ostenten calidad de residente, la cual no cumplió el recurrente en el presente caso, por lo que concluye que la declaración objeto de devolución se presentó por un no obligado, por lo cual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 594-2 del

⁶ Folios 241-256



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

Estatuto Tributario, razón por la que la declaración no surte efecto legal alguno.

Es por esto que, de conformidad con lo anteriormente explicado, manifiesta que la tutela de la referencia es improcedente ya que los aspectos aquí debatidos debieron ser discutidos a través de los mecanismos legalmente consagrados, esto es, las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Es por esto que indica que las actuaciones fueron realizadas en debida forma, sin cercenar los derechos al debido proceso y a la defensa del actor, ya que está demostrada la garantía de los mencionados derechos toda vez que se expedieron los actos conforme a las pruebas recaudadas, es decir, conforme a lo certificado por Migración Colombia, quien es el único organismo que puede certificar los movimientos migratorios de las personas, como en efecto se hizo, brindándole la oportunidad de ejercer el derecho de defensa de sus intereses, tanto en sede administrativa como en las instancias jurisdiccionales ejerciendo las acciones que conforme al Código Contencioso Administrativo proceden contra los actos administrativos proferidos por la Administración.

Por lo anterior, concluye que el accionante no puede ahora revertir las consecuencias de su actuación pretendiendo a través de la acción de tutela revivir términos legales, utilizando una figura que por su naturaleza no es procedente, como tampoco es el escenario adecuado para ventilar pretensiones propias de otras acciones legales establecidas por el legislador.

Finaliza manifestando que también se observa que la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que fue presentada 9 meses después de expedido el acto por la DIAN.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.⁷

Mediante providencia de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), la Juez Décimo Tercera Administrativa del Circuito de Cartagena negó el amparo de tutela elevado por el señor Héctor Miguel Muñoz contra la U.A.E. DIAN y la U.A.E Migración Colombia con fundamento en los siguientes argumentos:

Respecto de las certificaciones de movimientos migratorios expedidos por la U.A.E. Migración Colombia, en la cual se incluye, de acuerdo a lo afirmado por el actor una salida del país el día 22 de agosto de 2013, la cual no fue incluida en anteriores certificaciones, se interpreta inconformismo por parte del accionante más no una negativa de que dichos movimientos realmente hayan sido efectuados, pues tampoco aporta pasaporte que demuestre sus ingresos y salidas del país, y si por alguna razón no se hicieron y la certificación expedida por parte de Migración Colombia se encontraba errada debió hacer uso del recurso de reconsideración a efectos de desvirtuar los movimientos allí reportados, dado que si tenemos en cuenta

⁷ FI 409-415





Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

dichos movimientos no alcanza a cumplir con los requisitos para acreditar la residencia fiscal en el país.

Señala que de acuerdo con certificación aportada por migración Colombia se evidencia un total de 18 movimientos por parte del accionante de los cuales 7 corresponden al período gravable que se encuentra en estudio a través de la acción de tutela de la referencia. Expresa que, en efecto, de los movimientos migratorios certificados, se encuentra un ingreso en fecha 6 de marzo de 2013 sin reportar salida y una salida el 29 de septiembre del mismo año sin reportar ingreso, por lo que tales movimientos no se pueden contabilizar dado que no existe certeza de la manera en que el accionante está ingresando y saliendo del país.

Por tanto afirma que, de conformidad con la certificación expedida por Migración Colombia, sí se valoraron las pruebas allegadas al proceso administrativo por el actor y que al compararse la certificación aportada por Migración Colombia por petición de la DIAN con la allegada a esta acción constitucional, las mismas son concordantes, y por tanto, hay sustento para adoptar la decisión por parte de la DIAN.

Reitera que, si el accionante consideraba que existía una inconsistencia en la información remitida por la U.A.E. Migración Colombia a la U.A.E DIAN, debió entonces recurrir la decisión adoptada por la autoridad tributaria mediante el uso del recurso de reconsideración y en el evento que se mantuviera la decisión concurrir a la jurisdicción contenciosa administrativa para cuestionar la legalidad de la misma, y no hacerlo por vía de tutela, ya que este es un mecanismo residual y ante el vencimiento de las oportunidades legales dadas por el legislador de forma ordinaria, no puede hoy el accionante pretender se reviva la controversia y sea este juez constitucional el que defina un asunto que es legal, y no de derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, considera que no ha existido trasgresión de los derechos fundamentales del accionante.

4. IMPUGNACIÓN⁸.

El accionante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia toda vez que la juez efectúo estudio inadecuado de la solicitud de tutela, en la medida en que se centró únicamente en determinar su procedencia al no interponer recursos en la vía gubernativa ni ejercer el medio de control judicial.

Precisó que no pretendió atacar por vía de tutela el acto administrativo inicial, ya que reconoce que la decisión tomada en ese momento obedecía a la situación migratoria que efectivamente estaba reportada en Migración Colombia y nada había que reprochar frente a eso, por lo que no se interpuso recurso de reconsideración ya que en ese momento las pruebas

⁸ Folios 420-423





Rod. 13001-33-33-013-2018-00215-00

eran las aportadas y ninguna de las dos entidades accionadas habían actuado fuera de derecho.

Afirma que, debido a conceptos emitidos por la DIAN y por solicitud de un funcionario corrigió la declaración de renta, toda vez que no podía solicitar la totalidad de saldo a favor sino solo en relación, con el periodo posterior a 184 días de permanencia en el país. Por ello, no interpuso recurso de reconsideración; sin embargo, al conocer el concepto 007234 del 9 de marzo de 2015 y al darse cuenta que en la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 si cumplía con la calidad de residente fiscal, solicitó la revocatoria directa de la misma, ya que, para él, está claro que el período de la declaración de renta es de un año, el cual empieza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre y que a partir de cumplirse la residencia se debe declarar renta por el período de un año y no a partir de los 183 días de permanencia.

Manifiesta que la Resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017 que resolvió la solicitud de revocatoria directa se profirió omitiendo pruebas que reposaban en el expediente administrativo, contrariando supuestos de hecho ya probados e incluso contrariando la propia Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015.

Al respecto, indica que el hecho de que el acto administrativo que resuelva la revocatoria directa no sea susceptible de control judicial en principio, no implica la vulneración de derechos ni que se actúe en forma caprichosa frente al peticionario, puesto que la Administración está obligada a apegarse a la legalidad, a las pruebas y a respetar el debido proceso en aras de evitar decisiones caprichosas.

Es por ello que, en la Resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017 se incurrió en vía de hecho, por error inducido y con ocasión de la negligencia cometida por Migración Colombia al no aportar certificados de ingresos y salidas del país con la verdad, lo cual condujo a la vulneración de sus derechos fundamentales.

De igual forma, considera que no es de recibo la decisión de la Juez de primera instancia al exigirle para la procedencia de la acción de tutela haber agotado la vía gubernativa, porque ello equivaldría a pedirle que predijera el futuro, reiterando que la violación de derechos se produjo con la Resolución 563 de fecha 28 de noviembre de 2017 que resolvió la solicitud de revocatoria directa, por lo que solicita la protección de sus derechos fundamentales en este momento.

También insiste en que dentro del trámite de revocatoria directa no existe ningún medio de defensa, no puede acudir a la nulidad y restablecimiento del derecho, y no hay recursos contra el acto administrativo, por lo que el único mecanismo idóneo para la protección de sus derechos es la acción de tutela.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA





1. COMPETENCIA.

Conforme lo establecen el artículo 86 de la Constitución Política, el Decreto Ley 2591 de 1991 y el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena.

2. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

2.1. Por activa.

El señor HÉCTOR MIGUEL MUÑOZ, titular de los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa, invocados como vulnerados en la tutela de la referencia, está legitimado en la causa por activa para acudir en sede de tutela a fin de reclamar su protección, conforme lo faculta el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Por pasiva.

La accionada U.A.E. DIAN está legitimada en la causa por pasiva conforme al artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, por ser la entidad a la que se le endilga la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por la accionante, toda vez que emitió la resolución que resolvió la solicitud de revocatoria directa que el accionante pretende se deje sin efectos.

La accionada U.A.E. Migración Colombia también está legitimada en la causa por pasiva, toda vez que es la entidad encargada de emitir las certificaciones correspondientes a los movimientos migratorios realizados por el señor Héctor Miguel Muñoz.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS.

En consideración a las pretensiones del actor y los motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia presentados por la parte accionante, la Sala debería resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Resulta procedente la acción de tutela impetrada por el señor Héctor Miguel Muñoz para declarar la nulidad de la Resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017 que resolvió negativamente la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015?

En caso de ser afirmativo el anterior interrogante, determinará si:

¿Las accionadas vulneraron los derechos al DEBIDO PROCESO y LA DEFENSA del accionante al emitir la Resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017 que resolvió negativamente la solicitud de revocatoria directa de la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015?





Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

4. TESIS DEL TRIBUNAL.

La Sala sostendrá como tesis que en la presente solicitud de amparo no se cumplen con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, toda vez que el accionante contaba con otros medios de defensa judicial que resultan idóneos y eficaces para ventilar las peticiones aquí señaladas, tales como el recurso de reconsideración en sede administrativa y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en sede judicial y desde que se profirió la Resolución N° 190 de fecha 26 de marzo de 2015, por medio de la cual la DIAN resolvió la solicitud de devolución de saldos a favor dejó transcurrir más de tres (3) años para acudir a la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, la tutela de la referencia debe rechazarse por improcedente puesto que no cumple con los requisitos normativos y jurisprudenciales establecidos para el caso concreto; por lo tanto se modificará la sentencia de primera instancia por cuanto la misma negó las pretensiones de la solicitud.

5. Marco jurídico y jurisprudencial.

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala estudiará los siguientes temas:

5.1. Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo judicial para la protección de los derechos fundamentales de toda persona cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos taxativamente señalados en la ley, siempre y cuando el accionante no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo el caso que de no proceder el juez, se configure un perjuicio irremediable.

De lo anterior, se tiene como características de esta acción las siguientes:

- Está instituida para proteger derechos fundamentales.
- La subsidiariedad, por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio irremediable
- La inmediatez, porque se trata de un instrumento jurídico de protección inmediata que es viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza.

5.2. Procedencia de la acción de tutela frente a actos administrativos.



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

Atendiendo el carácter subsidiario de la acción de tutela, se concluye que en principio resulta improcedente esta acción para controvertir la legalidad de actos administrativos, pues para hacer efectivo ese tipo de pretensión se previeron los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de los cuales se deben discutir los vicios de ilegalidad que se predicán contra dichos actos. No obstante, es de señalar que en reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela puede resultar procedente para controvertir actos administrativos, siempre que se acredite sumariamente la existencia o inminencia de un perjuicio irremediable, en virtud del cual no sea viable someter a la persona al ejercicio de los medios ordinarios instituidos para la defensa de sus derechos fundamentales. En ese sentido, se ha expresado:

“ ...

En consonancia con lo anterior, esta Corporación en la sentencia T-514 de 2003, estableció que no es, en principio, la acción de tutela el medio adecuado para controvertir los actos administrativos proferidos por las entidades públicas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Atendiendo entonces al carácter subsidiario de la acción de tutela, la misma sólo procederá como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales invocados, cuando en la misma se demuestra la ocurrencia de un perjuicio irremediable. En este sentido la sentencia en cita preceptuó lo siguiente:

‘La Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.’”⁹

Quiere decir lo anterior, que el juez constitucional para determinar la procedencia de la acción, lo primero que debe entrar a analizar, es si para el caso concreto, existen otros medios ordinarios de defensa, pues de ser así, deberá declarar la improcedencia de la acción de amparo y, solo en el evento de resultar esos medios ineficaces o de acreditarse un perjuicio irremediable, procederá a conocer del amparo solicitado, como mecanismo transitorio, pudiendo suspender la aplicación de los actos administrativos, hasta tanto se surte el proceso ordinario respectivo.

Respecto de la idoneidad de los medios ordinarios existentes en la ley para controvertir los actos administrativos definitivos, la Corte Constitucional en sentencia T- 031 de 2013 señaló:

⁹ Ver sentencia T-175 de 2011.





Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

"En efecto, la ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", contempla en el artículo 138 que "Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se restablezca el derecho (...)". Por su parte, el literal B, del numeral 4º, del artículo 231 del mismo código, consagra la procedencia de la suspensión provisional cuando "existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios".

2.1.3 Ahora bien, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ha sido considerada, prima facie, como un mecanismo idóneo y eficaz para resolver conflictos jurídicos entre la administración y sus administrados. Aunado a ello, las posibles demoras en el tiempo debido al trámite normal de esa clase de procesos, fueron previstas y solventadas por el constituyente cuando estableció la posibilidad de solicitar la suspensión provisional del acto administrativo controvertido.

En efecto, el artículo 238 de la Carta dispone que "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial". Sobre el particular, en la sentencia T-1204 de 2001, esta Corporación indicó lo siguiente: "Sin desconocer que en la práctica los procesos contencioso administrativos pueden resultar prolongados en el tiempo, la Corte estima que, en todo caso, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sí constituye un mecanismo apto, jurídica y materialmente, para asegurar la protección de los derechos de las personas frente a eventuales excesos de la administración. Y ello ocurre, precisamente, porque la misma Constitución (artículo 238) contempla la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos, que es resuelta desde el momento mismo de admitirse la demanda (Artículos 152 y siguientes del C.C.A.) (...)".

Ahora bien, no obstante considerarse idóneos los medios ordinarios previstos por el legislador para controvertir los actos administrativos, se reiteró que la procedencia excepcional de la tutela está determinada por la existencia de un perjuicio irremediable el cual debe caracterizarse por "(i) (...) ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad." De allí que, el juez constitucional deba esclarecer los supuestos fácticos que rodean la situación que se le pone en conocimiento, a fin de determinar si se halla ante una circunstancia de la que pueda predicarse la aludida inminencia, gravedad, urgencia y la consecuente necesidad del amparo.

6. Caso Concreto.

6.1. Hechos relevantes probados.

6.1.1. El señor Héctor Miguel Muñoz es ciudadano venezolano con cédula de extranjería temporal No. 423344 (Fl. 12, 19) y pasaporte No. 102606285 (Fl. 13).





Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

6.1.2. El día 14 de agosto de 2014 presentó Declaración Anual de Impuesto Mínimo Alternativo Simple IMAS para el año gravable 2013 (Fl. 24)

6.1.3. A folio 26 consta radicación de solicitud de devolución y/o compensación ante la División de Recaudo y Cobranzas de la Dirección Seccional de Impuestos de Cartagena de fecha 06 de octubre de 2014.

6.1.4. Mediante oficio con radicado 20147042391651 del 31 de octubre de 2014 (Fl. 39 y 291), la coordinación del Grupo de Extranjería de la U.A.E Migración Colombia responde a solicitud del 21 de octubre del mismo año hecha por la U.A.E DIAN informando que a nombre del señor HÉCTOR MIGUEL MUÑOZ se encontraron siete (07) registros de viaje. Adjunto a esta comunicación reposa planilla de registro de viajes entre el 24/05/2001 hasta el 31/10/2014(Fl. 40).

6.1.5. Mediante certificado de movimientos migratorios- actividad migratoria expedido por el Grupo de Extranjería Regional Caribe de la U.A.E. Migración Colombia de fecha 12 de enero de 2016 (Fl. 14), se certifica que, verificado el sistema de control de entradas y salidas del país, el señor Héctor Miguel Muñoz registra 15 movimientos migratorios. En el certificado se anota que por Cali, no es posible suministrar información de pasajeros ingresando del 01 al 22 de mayo de 2002, ni por Cartagena ingresando y saliendo del 30 de noviembre al 07 de diciembre de 2008. Adjunto al certificado, reposa planilla de movimientos registrados desde el 16 de octubre de 2012 hasta el 09 de marzo de 2015 (Fl. 15).

6.1.6. A folio 383 reposa planilla de movimientos migratorios expedida por Migración Colombia de fecha 14/11/2017 donde se registran 18 movimientos migratorios a nombre del señor Héctor Miguel Muñoz.

6.1.7. A folio 226 reposa planilla de movimientos migratorios expedida por Migración Colombia de fecha 18/09/2018 donde se registran 18 movimientos migratorios a nombre del señor Héctor Miguel Muñoz.

6.1.8. A folio 99 y 385 reposa documento de determinación de residencia para efectos tributarios expedido por la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN de fecha 06/10/2014 donde se establecen los días de permanencia en el país del accionante con base en la información aportada por el Grupo de Extranjería de Migración Colombia.

Se relacionan los movimientos de la siguiente manera:

	Fecha de ingreso	Fecha de salida	Permanencia en días	30. Si/no	31. observaciones
1	16/10/2012	22/12/2012	67		
2	2/01/2013	2/03/2013	59		
3	6/03/2013	NO REGISTRA	-		
4	18/08/2013	22/08/2013	4		
5	NO REGISTRA	29/09/2013	-		
6	4/10/2013	6/07/2014	275		
7	11/07/2014	24/07/2014	13		



Rod. 13001-33-33-013-2018-00215-00

8	1/08/2014	10/10/2014	70		
9	23/10/2014	16/12/2014	54		
10	13/01/2015	NO REGISTRA	-		
11	9/03/2015	NO REGISTRA	-		
	TOTAL DE DÍAS DE PERMANENCIA EN EL PAÍS DETERMINADOS		542		
	Sí Condición de Residencia Fiscal, por permanecer más de 183 días en el País				

A folios 83 y 341 reposa documento de determinación de residencia para efectos tributarios expedido por la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN de fecha 23/10/2014 donde se establecen los días de permanencia en el país del accionante con base en la información aportada por el Grupo de Extranjería de Migración Colombia.

Se relacionan los movimientos de la siguiente manera:

	Fecha de ingreso	Fecha de salida	Permanencia días en	30. Si/no	31. observaciones
1	02/01/2013	02/03/2013	59		VUELO 081-142
2	23/09/2013	29/09/2013	6		VUELO 141 Y 142
3	04/10/2013	31/12/2013	88		VUELO 141 Y 142
4					
5					
6			0		
7					
8					
9			0		
10			0		
	TOTAL DE DÍAS DE PERMANENCIA EN EL PAÍS DETERMINADOS		153		
	NO TIENE RESIDENCIA				

A folios 84 y 349 reposa documento de determinación de residencia para efectos tributarios expedido por la División de Gestión de Fiscalización de la DIAN de fecha 30/10/2014 donde se establecen los días de permanencia en el país del accionante con base en la información aportada por el Grupo de Extranjería de Migración Colombia.

Se relacionan los movimientos de la siguiente manera:

	Fecha de ingreso	Fecha de salida	Permanencia días en	30. Si/no	31. observaciones
1	02/01/2013	02/03/2013	59		ENTRADA VUELO 081
2	06/03/2013	29/09/2013	207		TRAMITE A TRAVES DE PARAGUACHON
3	04/10/2013	31/12/2013	88		TRAMITE A TRAVES DE PARAGUACHON
4					
5					
6					
7			0		
8			0		
9			0		
10			00/01/1900		



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

	TOTAL DE DÍAS DE PERMANENCIA EN EL PAÍS DETERMINADOS	354		
	Sí Condición de Residencia Fiscal, por permanecer más de 183 días en el País			

6.1.6. El día 11 de marzo de 2015 el accionante presenta copia de declaración IMAS corregida (Fl. 350, 351). A folio 353 obra informe de gestión de corrección de la declaración IMAS y a folio 354 se ordena el archivo del expediente.

6.1.7. Mediante Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 se resuelve la solicitud de devolución y compensación realizada por el accionante donde se ordena devolver la suma de 1.718.000 y rechazar la suma de 5.486.000 (fl. 367).

6.1.8. El día 01 de diciembre de 2016, el señor Héctor Miguel Muñoz solicita la revocatoria directa de la resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 (Fl. 374-377). Mediante Resolución No. 563 del 28 de noviembre de 2017 se resuelve la solicitud de revocatoria directa presentada por el accionante, negando la misma y confirmando la resolución 190 del 2015 (Fl. 396-401).

6.2. Valoración de los hechos probados de cara al marco jurídico.

Aplicado el marco jurídico arriba expuesto a la situación fáctica de la solicitud de amparo, encuentra la Sala que la acción de tutela impetrada resulta improcedente, por cuanto no aparecen demostrados los supuestos de hecho y de derecho que desdibujen la naturaleza subsidiaria del mecanismo tutelar e impongan la intervención del juez constitucional dirigida a prevenir la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, tal como se desprende de los antecedentes expuestos, lo que pretende el accionante es que por la vía de tutela se ordene la nulidad del acto administrativo que resolvió la solicitud de revocatoria directa que impetró contra la Resolución N° 190 de fecha 26 de marzo de 2015, que le negó la devolución de saldos por el pago de impuesto mínimo alternativo simple para empleados.

Conforme a lo anterior, la petición del actor, debió ser canalizada a través de los medios ordinarios de defensa judicial previstos en el ordenamiento jurídico, cuya idoneidad y eficacia no se controvierte en el presente caso.

Además, en el caso concreto no se demostró que el accionante se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta, en una condición especial que lo haga merecedor de un trato preferencial por pertenecer a un grupo de la población; sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, ser discapacitado, de la tercera edad, padre cabeza de familia, etc. De tal manera que, acreditara un grave e inminente perjuicio que eventualmente se le causaría al omitirse por parte del juez Constitucional reconocer el derecho reclamado en sede de tutela.

En ese sentido, extraña la Sala la individualización sobre la situación



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

económica personal y familiar del accionante, lo que conlleva a no encontrar una circunstancia de debilidad manifiesta que amerite una protección reforzada, o que evidencie que afrontar su defensa dentro del trámite ante la autoridad judicial para dirimir el conflicto que pone en conocimiento de esta Sala de tutela, le represente una carga excesiva o cuya definición le pueda resultar tardía.

En este punto, se debe recordar al actor que tenía el deber de probar esas circunstancias, conforme lo ha venido reiterando la H. Corte Constitucional al señalar entre otras, en Sentencia T-131 de 2007 sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, que “el principio **“onus probandi incumbit actori”** que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez, obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho” y sin que en el caso concreto se evidencie una situación excepcional como lo serían, por ejemplo, los casos de personas que se encuentran en dificultad de probar como ocurre con los desplazados o que no cuentan con los documentos necesarios para acreditar los hechos en que fundan sus pretensiones, casos en los cuales se invierte la carga de la prueba a las entidades accionadas.

Además de lo anterior, se recalca que es a la autoridad judicial, y no el juez de tutela, a quien corresponde determinar si, conforme a la normatividad pertinente al caso concreto, los actos expedidos en materia tributaria adolecen de la nulidad que invoca el actor; de ahí que este caso no puede ser considerado como una situación excepcional que conduzca a la intervención indefectible del Juez Constitucional.

En virtud de las anteriores consideraciones se modificará la sentencia de primera instancia para rechazarla por improcedente, en la medida en que no era necesario entrar a estudiar el fondo de la controversia como lo hizo la A-quo, pues atendiendo, además, el término transcurrido, entre el proferimiento de la Resolución N° 190 de fecha 26 de marzo de 2015 a la fecha de interposición de la presente acción de tutela, no se cumple con el requisito de la inmediatez, dado que el actor, dejó transcurrir un término considerable y en lugar de atacar dicho acto, como era su deber a través del recurso de Reconsideración previsto en el estatuto tributario, decidió acudir a la Revocatoria Directa, cuando éste no es susceptible de revivir los términos para la persona interesada en hacer valer sus derechos por medio de las vías ordinarias de defensa judicial con que cuenta. Así lo establece el artículo 720 del Estatuto Tributario que dispone como requisito indispensable para acudir en sede judicial invocando el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, interponer de manera oportuna el recurso de reconsideración con la finalidad de agotar la vía administrativa, requisito indispensable para el conocimiento del proceso por la jurisdicción, el cual, sin embargo, dejó vencer.





Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

Por lo precedente, no resultan de recibo los argumentos expuestos por el actor en su recurso, relacionados con que no le resultó posible interponer el recurso de reconsideración contra el anterior acto administrativo, porque con el concepto 0007234 del 9 de marzo de 2015 emitido por la DIAN, entendió que su declaración de renta presentada inicialmente estaba conforme a la ley y con base en ello, cuando se profirió la Resolución No. 190 del 26 de marzo de 2015 cumplía con el requisito de la residencia fiscal y que, fue después de conocer el mismo, que interpuso la Revocatoria Directa.

Con esa afirmación deja entrever que, dejó vencer la oportunidad que tenía para desvirtuar la legalidad de los actos acusados, tanto en vía administrativa como judicial; sin que la expedición de tal concepto sirvan de excusa para que haya dejado vencer la oportunidad que tenía para atacarlos a través de las vías idóneas y eficaces que el legislador ha previsto y que el juez constitucional no se puede arrogar.

En suma, la Sala recalca que, el mecanismo idóneo para obtener la nulidad de la Resolución No. 190 del 23 de marzo de 2015 es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 138 de la Ley 1437 del 2011, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a través del cual resulta viable discutir los vicios de legalidad que se predicen contra los actos emitidos por la Administración. Dentro de dicho proceso, el actor podía solicitar medida cautelar de suspensión provisional del acto prevista en el artículo 238 del CPACA, pues el legislador al reglamentar esta medida, buscó ofrecer a los particulares un medio eficaz y oportuno para evitar que se materialicen perjuicios con ocasión de actos contrarios al ordenamiento jurídico.

Indica la Sala, que al existir dentro del ordenamiento jurídico mecanismos efectivos para la defensa judicial de los intereses deprecados por el actor, no es viable que se acuda a la acción de tutela para controvertir actos proferidos por la Administración, ya que se estaría desdibujando la labor subsidiaria del juez de tutela, imponiéndole resolver cuestiones que no son de su competencia, desplazando al juez de la causa. Es decir, que no puede arrogarse el juez constitucional la competencia del juez natural al existir mecanismos idóneos para la defensa de los derechos del accionante.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena **en el entendido que se rechaza por improcedente** conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Rad. 13001-33-33-013-2018-00215-00

SEGUNDO: Comuníquese la presente providencia al Juzgado de origen y, remítase el expediente dentro de los diez (10) días siguientes a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

MOISES RODRIGUEZ PEREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

