



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

Cartagena de Indias D. T. y C., diecinueve (19) de enero dos mil dieciocho (2018)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Impugnación de Tutela
Radicado	13001-33-33-006-2017-00289-01
Demandante	Alexander Rafael Rodríguez Núñez
Demandado	Dirección de Impuestos y Aduanas –DIAN- y Migración Colombia.
Magistrado Ponente	Edgar Alexi Vásquez Contreras
Tema:	Procedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos que deciden solicitud de revocatoria directa.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación presentada por la parte demandante contra la sentencia proferida el 20 de noviembre del 2017, mediante la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena rechazó por improcedente la solicitud de tutela incoada por el señor Alexander Rafael Rodríguez Núñez.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demanda (FLS. 1-9)

a. Pretensiones.

El señor Alexander Rafael Rodríguez Núñez solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso y la defensa, presuntamente violados por la DIAN y U.E.A. Migración Colombia y, en consecuencia, se declare la nulidad de la Resolución N°. 260 del 23 de junio de 2017, por medio de la cual se resolvió la revocatoria directa contra la Resolución N°124 del 26 de marzo de 2015, y se reinicie nuevamente el trámite de revocatoria directa.

b. Hechos.

El accionante afirmó, en resumen, lo siguiente:



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

Laboró en la Sociedad CBI Colombia S.A desde el 18 de junio de 2013 hasta el 12 de junio de 2014.

El 13 de agosto de 2014 presentó su declaración del impuesto a la renta del año gravable 2013 ante la DIAN, mediante formulario N°2104300784697, generándose un saldo a su favor por valor de trece millones ochocientos ochenta y cuatro mil pesos (\$13.884.000).

Mediante petición radicada con el N° DI20132014791 del 29 de octubre de 2014, solicitó a la DIAN la devolución del saldo.

Mediante oficio N° 01-06-238-416-122, el Jefe G.I.T Autoría Tributaria le infirmó al Jefe de Grupo Interno de Trabajo de Devoluciones, que conforme a la certificación expedida por Migración Colombia, solo reportaba 32 días de permanencia en Colombia durante el año 2013 con 4 movimientos migratorios.

La DIAN, mediante Resolución No. 124 de 26 de marzo de 2015, negó la solicitud de devolución aduciendo que al momento de la declaración de renta el accionante no era residente fiscal en Colombia porque, según el informe de migración, no había permanecido más de 183 días en el país.

Contra esta Resolución no se presentó ningún recurso, porque no tenía argumento jurídico ni fáctico para hacerlo.

Mediante Resolución N°. 20167060003896 del 06 de junio de 2016, Migración Colombia le impuso una sanción cuando intentaba salir del país por el puesto terrestre de Paraguachón – La Guajira.

La sanción fue producto de la omisión del reporte de 2 movimientos migratorios; esto es, por la entrada irregular a Colombia el 19 de julio de 2013 y por la salida irregular de Colombia el 05 de enero de 2015.

Con la inclusión de los movimientos migratorios omitidos, acumulaba en el año gravable 2013 una permanencia en Colombia de 197 días, contados desde la primera entrada al país -17 de junio de 2013- hasta el fin del año fiscal -31 de julio de 2013-, por lo cual debía ser considerado como residente fiscal y obligado a declarar renta.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

El 04 de agosto de 2016 Migración Colombia expidió certificación de que tenía 9 movimientos migratorios, siendo el primero el 17 de junio de 2013.

El 19 de agosto de 2016 solicitó la revocatoria directa de la Resolución No. 124 de 26 de marzo de 2016, teniendo en cuenta la inclusión de los movimientos no registrados, adjuntando para tal efecto la certificación de los movimientos migratorios y la Resolución No. 20167060003896 del 06 de junio de 2016, por medio de la cual Migración Colombia lo sancionó.

Por auto N°. 583 del 7 de septiembre de 2016, el Jefe de División Jurídica de la DIAN solicitó a la Unidad Administrativa Migración Colombia una certificación de sus movimientos migratorios, quien respondió el 18 de octubre de 2016, afirmando que solo contaba con 8 registros de viaje, omitiendo así la primera entrada al país que había sido incluida en certificaciones anteriores.

Mediante Resolución No.260 de 23 de junio de 2016, la DIAN confirmó la Resolución No.124 del 26 de marzo de 2015, teniendo en cuenta que en el último informe de Migración, el actor contaba solo con 165 días de permanencia en Colombia, por lo cual no ostentaba la calidad de residente fiscal y no había estado obligado a declarar.

La anterior resolución se profirió omitiendo la primera certificación emitida por Migración Colombia, donde constaba que su primera entrada fue el día 17 de junio de 2013 y salió el 18 de julio de 2013, lo que vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa.

Alegó que, de acuerdo con el artículo 95 del CPACA, contra esta última Resolución no procede ningún recurso ni es susceptible de control ante la jurisdicción contencioso administrativa y, por tanto, no contaba con otra herramienta jurídica para lograr la protección de sus derechos fundamentales.

c. Contestación (fls.134-203)

La Unidad Administrativa de Migración Colombia (fls.134-141), manifestó que mediante oficio N°. 106-000-201-000294, la DIAN solicitó verificar el ingreso y permanencia del accionante en el país, solicitud resuelta mediante oficio N°. 20147042419001 el día 21 de noviembre de 2014 por el Coordinador Grupo de Extranjería Regional Caribe.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

El 3 de mayo de 2016 el accionante solicitó certificado de movimientos migratorios, solicitud que fue resuelta mediante certificado N°. 20167040167551 de 3 de mayo de 2016 en el que se le reportaban 7 movimientos migratorios.

El 6 de junio de 2016, el Coordinador Migratorio Regional Guajira, mediante Resolución N°. 20167060003896, le impuso sanción de multa por la infracción al artículo 2.2.1.11.2.4, numeral 2 Decreto 10687 de 2015.

El 6 de julio de 2017, el accionante solicitó "que se envíen a la DIAN los movimientos migratorios reales conforme a la base de datos", solicitud que fue resuelta mediante oficio N°. 065812570, en el que se informó que una vez efectuada la búsqueda alfabética y por número de pasaporte, se reportan 9 movimientos migratorios.

El 7 de octubre de 2016 la DIAN nuevamente solicitó certificación de movimientos migratorios del accionante, solicitud que fue resuelta el 10 de octubre de 2016 en el que se reporta 8 registros de viaje.

Afirmó no haber vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante y solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa teniendo en cuenta que ellos emitieron la información requerida conforme a su base de datos y que el procedimiento administrativo era de competencia de la DIAN.

- **La DIAN (Fls. 142-203)** manifestó que el 24 de octubre de 2014 recibió solicitud de devolución de saldo a favor del accionante, producto de su declaración de renta del año gravable 2013.

Mediante Auto N°. 062382014000791 dio apertura al expediente DI 2013 2014 0791 en el que se ordenó investigar al solicitante con el fin de evaluar la procedencia o no de la devolución, trámite que se suspendió hasta por 90 días tal como se ordenó en el Auto de Suspensión de Termino N° 0044 del 13 de enero de 2015 con el fin de continuar la investigación.

El 18 de febrero de 2015, la División de Fiscalización Tributaria profirió el Auto de Archivo No. 062382015000002 en el que manifestó que la declaración presentada por el accionante carecía de validez, pues el mismo no se encontraba en obligación de declarar ya que no era considerado residente fiscal, por lo tanto, dicha declaración no surtía efecto legal alguno conforme a lo establecido en el artículo 594-2 del estatuto tributario.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

Mediante Resolución N°. 124 del 26 de marzo de 2016, negó por improcedente la solicitud de devolución de saldo, teniendo en cuenta el concepto de residencia para efectos tributarios, contenido en la Ley 1607 de 2012, y contra esa decisión el accionante no presentó recurso.

El 19 de agosto de 2016 el accionante radicó solicitud de revocatoria directa de la Resolución anterior, anexando certificado expedido por el Coordinador Grupo de Extranjería de la U.A.E Migración Colombia.

Para corroborar la información contenida en el certificado aportado, la DIAN mediante Auto N°. 583 abrió a pruebas el proceso y solicitó a la Dirección de Migración Colombia el 27 de septiembre de 2016 nuevamente la certificación de los movimientos Migratorios del accionante, solicitud resuelta el 18 de octubre de 2016, en la que se señaló lo siguiente:

	FECHA DE INGRESO	FECHA DE SALIDA	PERMANENCIA EN DIAS
1	NO SEÑALA	18/07/2013	0
2	19/07/2013	17/04/2014	272
3	21/14/2014	5/01/2015	259
4	25/05/2015	25/05/2015	0
5	1/05/2016		
	TOTAL, DIAS PERMANENCIA EN EL PAIS DETERMINADOS		531

Al decidir acerca de la solicitud de revocatoria, se tuvo en cuenta también la residencia fiscal del solicitante basándose en el artículo 9° de la Ley 1607 de 2012, que modificó el concepto de residencia para efectos tributarios establecida en el artículo 10° del Estatuto Tributario.

Por lo anterior, adujo que no existe violación al debido proceso del tutelante, pues la solicitud de revocatoria directa del accionante se fundamentó en las certificaciones proferidas por Migración Colombia.

-Parte Accionante (Fl.205)

El accionante mediante memorial allegado al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 20 de noviembre de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

2017, manifestó su rechazo de forma categórica al informe rendido por Migración Colombia teniendo en cuenta que al proporcionar información incompleta, acomodada y sesgada, intentó hacer incurrir en error al Juez.

Afirmó que Migración Colombia omitió informar sobre el oficio expedido el día 4 de agosto de 2016 en el que le fueron certificados nueve (9) movimientos migratorios, documento en el que se basó para solicitar la revocatoria directa a la DIA, y por ello la DIAN expedir la resolución que negó la revocatoria directa pedida, se basó en la certificación errada.

Por lo anterior, el 6 de julio de 2017 solicitó a la Migración que expidiera nuevamente certificación de movimientos migratorios y, que lo remitirán a la DIAN.

Como respuesta a la petición, migración Colombia expide una última certificación en la que se reportan 9 movimientos migratorios y no 8 como le habían certificado erróneamente a la DIAN, sin embargo, omitieron enviar copia a la DIAN de este último certificado.

III.- FALLO IMPUGNADO (Fis. 211-216).

El A-quo, mediante sentencia de 20 de octubre de 2017, rechazó por improcedente la tutela incoada por el accionante.

Para sustentar su decisión sostuvo que el accionante pudo interponer el recurso de reconsideración, pero no lo hizo. Si lo hubiera interpuesto y la Dian lo hubiera desestimado, y confirmado su decisión inicial, el accionante pudo demandar los actos proferidos en su contra en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término de caducidad que trata el artículo 164 numeral 2 literal d del CPACA.

La falta de presentación del recurso de reconsideración impide que el accionante pueda acceder a la jurisdicción constitucional con las pretensiones formuladas en la acción de tutela.

El actor no puede utilizar la acción de tutela para solicitar la nulidad de la Resolución N°. 206 del 23 de junio de 2017, porque la jurisprudencia y la doctrina han aceptado que excepcionalmente es viable demandar los actos que resuelven solicitudes de revocatoria directa, pero solo cuando



decidan situaciones nuevas de carácter particular y concreto, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

Sostuvo que el accionante no demostró que la causa de haber dejado caducar las acciones no le eran imputables a él, pues él mismo afirmó no haber interpuesto recurso alguno por no tener fundamento jurídico ni factico para hacerlo.

IV. - IMPUGNACIÓN (FLS. 223-226)

El accionante impugnó la sentencia de primera instancia, afirmando que el A- quo se centró exclusivamente en determinar la procedencia de la tutela, teniendo en cuenta que no se interpuso recurso alguno ni ejerció medio de control judicial.

Manifiesta que no busca por vía de tutela atacar el acto administrativo inicial, pues reconoce que la decisión tomada inicialmente obedecía a la situación migratoria que estaba reportada en Migración Colombia, y nada había que reprochar, y por ello, no interpuso recurso de reconsideración, ya que era consciente de su situación migratoria irregular.

Con la sanción interpuesta por Migración Colombia y consciente de su nueva situación migratoria, solicitó la revocatoria directa de la Resolución que le negó la devolución de saldo, consagrado en el artículo 736 del Estatuto Tributario, y aunque el mismo no es, en principio, susceptible de control judicial, no implica que se desconozcan sus derechos fundamentales, pues la administración debe apegarse a la legalidad, a las pruebas aportadas y al debido proceso con tal de evitar decisiones caprichosas.

El segundo acto administrativo, se falló en base a un error inducido por Migración Colombia, configurándose la vulneración a su derecho al debido proceso, por lo que la tutela resulta procedente.

Concluyó que no es errada la decisión del juez de primera instancia, pues que la vía de hecho que se alega se presentó en el trámite de la revocatoria directa.

V. - CONTROL DE LEGALIDAD



La presente acción de tutela no adolece de vicios o nulidades procesales que afecten el correcto trámite de la misma.

VI.- CONSIDERACIONES

Competencia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia la impugnación de la sentencia de tutela de la referencia.

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si es procedente la acción de tutela para solicitar la nulidad de un acto administrativo que resuelve una solicitud de revocatoria directa. En caso afirmativo, se deberá analizar si las entidades demandadas han vulnerado los derechos fundamentales alegados por el actor al decidir la solicitud de revocatoria directa.

Tesis de la Sala

La Sala estima que la administración, al decidir solicitudes de revocatoria directa está sujeta al principio de legalidad y obligada a respetar el derecho al debido proceso, y que en el presente caso violó esos derechos del accionante, porque omitió pronunciarse sobre el mérito probatorio de una prueba relevante para decidir.

VII.- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

-Procedencia de la acción de tutela

La acción de tutela es un medio para reclamar ante los jueces la protección de los derechos fundamentales cuando quiera que estos se vean amenazados o vulnerados por las autoridades o los particulares en los casos que la ley señala. Esta acción tiene un carácter residual, es decir, solo procede cuando no se disponga de otro medio de defensa para exigir la protección de los derechos fundamentales vulnerados o cuando a pesar de la existencia de un mecanismo de defensa judicial este no es idóneo o no resulta ágil para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-731 de 2014 de la siguiente manera:

"Por su propia naturaleza, esta acción tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual *procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección*". Precisamente, en atención a su naturaleza eminentemente subsidiaria, esta Corporación ha establecido que el amparo constitucional no está llamado a prosperar cuando a través de él se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial.

Con sujeción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela es procedente en tres ocasiones específicas, a saber: (i) cuando no se disponga de otro medio de defensa judicial para exigir la protección de los derechos fundamentales que han sido amenazados o vulnerados; (ii) cuando a pesar de la existencia formal de un mecanismo alternativo, él mismo no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral; o (iii) cuando, a partir de las circunstancias particulares del caso, pese a su aptitud material, el mismo no resulta lo suficientemente expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, evento en el cual, procede el otorgamiento de un amparo transitorio, mientras el juez natural de la causa dirime la controversia".

-Requisito de subsidiariedad e inmediatez de la acción de tutela.

Para la procedencia de la acción de tutela es necesario que cumpla con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez.

La subsidiariedad, consiéntete en la ausencia de vías judiciales ordinarias o existiendo la mismas, carecen de idoneidad para la protección de los derechos fundamentales, y se invoca la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

En efecto, la Corte constitucional ha determinado que *"el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela responde al carácter expansivo de la protección de los derechos fundamentales respecto de las instituciones que conforman el aparato estatal y, de manera particular, las instancias que ejercen la función pública de administración de justicia. En efecto, la exigencia de este requisito, lejos de disminuir el ámbito de exigibilidad judicial de dichos derechos, presupone que los procedimientos judiciales ordinarios son los escenarios que, por excelencia, están diseñados para garantizar su efectividad, a través de órdenes con contenido coactivo.*

La inmediatez, consiste en establecer si ha transcurrido un lapso razonable, entre el hecho que se acusa como vulnerador de los derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela.



- Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

Como se señaló anteriormente, el artículo 86 de la Constitución Política, establece que la acción de tutela sólo tiene cabida en aquellos casos en que no existe otro medio de defensa judicial.

Sin embargo, se ha reconocido que, aun existiendo los mecanismos judiciales, es procedente, de forma excepcional, cuando sea evidente que dichos medios no son idóneos para la defensa de los derechos fundamentales que se pretenden garantizar o cuando se evidencia el posible acaecimiento de un perjuicio irremediable; tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional:

"En concordancia con lo anterior, en principio, la acción de tutela resulta improcedente contra actos administrativos, puesto que la persona dispone de otro medio de defensa judicial, esto es la acción de nulidad simple y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según la naturaleza del acto, consagradas en los artículos 137 y 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, respectivamente. Igualmente, se ha considerado que la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo, consagrada en el artículo 230 del mismo código, es también un medio judicial que puede utilizar la persona para evitar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, esta Corporación ha sostenido que cuando a una persona, por medio de un acto administrativo, se le desconozcan derechos fundamentales, y se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio. En este sentido, se estableció que "procederá el amparo transitorio contra las actuaciones administrativas, cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual el juez constitucional podrá suspender la aplicación del acto administrativo, mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo."

Igualmente, se ha dicho que, cuando el mecanismo judicial en comento no sea idóneo, ni eficaz para la protección de los bienes jurídicos en juego, la tutela podrá ser utilizada como mecanismo definitivo. "Para lo que interesa a la presente causa, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en tratándose de actos administrativos, antes de acudir al mecanismo de protección constitucional se deben agotar las vías ordinarias, salvo que el juez determine que tales mecanismos no proporcionan una eficaz y pronta protección a los derechos que se pretenden salvaguardar (...) En estos casos se ha establecido que las acciones ordinarias como son la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, retardan la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

protección de los derechos fundamentales de los actores, así mismo se ha señalado que éstas acciones carecen, por la forma como están estructurados los procesos, de la capacidad de brindar un remedio integral para la violación de los derechos del accionante¹¹², razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para dar protección inmediata y definitiva a los derechos (...)"

La misma Corporación señaló que *por regla general la acción de tutela es improcedente cuando el ordenamiento jurídico dispone otro medio judicial para la defensa de los derechos fundamentales. En el caso de conflictos presentados a partir de un acto administrativo particular y concreto, el mecanismo ordinario de defensa judicial se ha de presentar ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Sin embargo, cuando se verifique que hay derechos fundamentales en juego, y se esté ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable o queda demostrado que el mecanismo ordinario es ineficaz o inapropiado para la protección de los derechos constitucionales, la tutela se vuelve procedente para conceder un amparo transitorio o definitivo, según las circunstancias del caso concreto."*¹

VIII. – PRUEBAS RELEVANTES PARA DECIDIR.

- Copia de certificado de movimientos migratorios expedido el 04 de agosto de 2016 por el Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Cartagena en el que se reportan 9 registros de viaje del accionante (Fl.10).
- Copia de la declaración de renta del año gravable 2013 realizada por el accionante (Fls. 21-25).
- Copia de memorial presentado por el actor ante la DIAN del 29 de octubre de 2014, mediante el cual solicitó la devolución y compensación por excedente a favor de la anterior declaración (Fls.13-15 y 26).
- Copia de oficio sin fecha, suscrito por la Directora Seccional de Impuestos de Cartagena, en el que solicitó a Migración Colombia certificación de ingresos y permanencia en el país del accionante y otros extranjeros (Fl.33).
- Copia de auto de apertura N°. 062382014000791, proferido por la DIAN el 13 de noviembre de 2014, por medio del cual se inicia la investigación de solicitud de devolución de impuesto tributario (Fl.40).

¹ Corte Constitucional, Sentencia T- 232 del 18 de abril de 2013 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

-Copia de requerimiento ordinario No. 062382014001179, mediante el cual la DIAN solicitó a CBI COLOMBIANA S.A., expedir copia del contrato suscrito con el actor, incluyendo los pagos en especie o auxilios ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados por mera libertad o en forma extracontractual, así como los descuentos practicados, mes a mes del año 2013, y certificado de entrega del mismo (Fls.46-50).

-Copia del oficio suscrito el 02 de diciembre de 2014, por medio del cual CBI COLOMBIANA S.A dio respuesta al anterior requerimiento y da cuenta que el accionado laboró en la entidad desde el 13 de junio de 2013 hasta el 13 de diciembre de 2013 (Fls.52-54).

-Copia de informe suscrito el 8 de enero de 2015 por el Grupo Interno de Trabajo de Auditoria Tributaria I – División de Gestión de Fiscalización, en la que se concluyó que el actor no era residente fiscal para el año gravable 2013, por lo que resultaba improcedente la devolución puesto que no estuvo obligado a declarar (Fls.55-56).

-Copia de Auto de trámite de suspensión de termino N°. 0044 del 13 de enero de 2015, en el que la DIAN suspendió el termino de tramite a la solicitud hasta por 90 días y delegó a la División de Fiscalización de la Dirección Seccional de Cartagena para que continuara la investigación (Fls.63-65).

-Copia de Auto de Apertura de investigación N° 062382015000053 del 19 de enero de 2015 (Fl.73).

-Copia de auto archivo con recurso N°. 06238202015000002, suscrito el 18 de febrero de 2018 por le DIAN (Fl.75)

-Copia del anexo explicativo de auto de archivo N°. 06238202015000002 suscrito por la DIAN (fs.76-83).

-Copia de la Resolución N°. 124 del 26 de marzo de 2015, suscrita por el Jefe G.I.T Devoluciones División Gestión Recaudo y Cobranzas de la DIAN, mediante la cual negó por improcedente la solicitud de devolución de impuesto del actor (fs. 88-91).

-Copia de solicitud de revocatoria directa de la Resolución N°. 124 de 26 de marzo de 2015, suscrita por el accionante el 18 de agosto de 2016 y recibido en la entidad el 04 de agosto de 2016(fs.96).



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

-Copia del formato de movimientos migratorios suscrito el 03 de mayo de 2016, que da cuenta de las entradas y salidas del actor en el país del periodo comprendido entre 24 de mayo de 2001 al 3 de mayo de 2016. (Fls.98-99).

-Copia de Resolución N°.2016706540100394E del 6 de junio de 2016 emitida por la Unidad Administrativa Espacial Migración Colombia, por medio de la cual se sancionó al accionante por realizar movimientos migratorios irregulares (Fls.100-107).

-Copia de auto de pruebas sin fecha, por medio del cual la DIAN ordenó a Migración Colombia certificación de movimientos migratorios del actor (Fl.108).

-Copia del oficio suscrito el 18 de octubre de 2016 por el Coordinador del grupo de Extranjería de U.A.E. Migración Colombia, por medio del cual da respuesta a la solicitud anterior.(Fls.111-112).

-Copia de la Resolución N°. 260 de 23 de junio de 2017, suscrita por el Jefe de División de la DIAN, por medio de la cual se resuelve la solicitud de revocatoria directa de la Resolución N°. 124 de 26 de marzo de 2015 (Fls.118-122).

-Copia de petición presentada el día 06 de julio de 2017 por el accionante ante la U.A.E. Migración Colombia, con el objeto de que enviara a la DIAN los movimientos migratorios reales conforme a su base de datos (fls.207-208).

-Copia de respuesta a la anterior solicitud, suscrita por el Coordinador Grupo de Extranjería de Migración Colombia el 12 de julio de 2017 (fs. 209-210).

IX.- CASO CONCRETO

Antes de abordar el estudio de fondo del asunto, la Sala deberá precisar si en el presente caso procede la acción de tutela para dejar sin efecto el acto administrativo que resolvió una solicitud de revocatoria directa.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional, y el Decreto 2591 de 1991 por el cual se regula el trámite de la acción de tutela, esta requiere para su procedencia el cumplimiento de ciertos presupuestos, entre los que se encuentra la subsidiariedad.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

La subsidiariedad o residualidad se refiere a que la acción de tutela procede únicamente cuando no existe otro medio de defensa judicial para hacer valer los derechos fundamentales que se estimen vulnerados o amenazados, es decir, que se debe agotar las herramientas judiciales que el legislador haya establecido, para poder acudir ante el Juez Constitucional, a menos que se presente para evitar un perjuicio irremediable.

Contra el acto administrativo que decide una solicitud de revocatoria directa no procede recurso alguno, porque así lo establece el artículo 95 del CPACA, y tampoco es susceptible de control judicial de legalidad, porque no contiene una manifestación de voluntad de la Administración que incluya nuevas decisiones en relación con el acto definitivo cuya revocatoria se solicitó, único caso en que jurisprudencialmente se admite dicho control.²

Por lo anterior, la acción de tutela se convierte en el único mecanismo de defensa del accionante para controvertir la resolución por medio de la cual la DIAN resolvió la solicitud de revocatoria directa a que se refiere la demanda.

El Juez A-quo fundó la decisión de declarar la improcedencia de la presente acción de tutela aduciendo que el actor pudo haber interpuesto recurso de reconsideración contra la Resolución No. 124 del 26 de marzo de 2015 y haberla demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, y como no lo hizo no puede utilizar la tutela para cuestionar la legalidad del acto que pretende revocar.

La Sala estima errado el argumento en que se apoya la sentencia impugnada porque, como afirma el actor, su pretensión no se orienta a obtener la nulidad de la Resolución No. 124 del 26 de marzo de 2015 que negó la solicitud de devolución y/o compensación de salado a favor, sino a dejar sin efecto la Resolución No. 260 del 23 de junio de 2017 que resolvió la solicitud de revocatoria directa, por considerar que esta última decisión viola sus derechos fundamentales de defensa y debido proceso, al fundarse en una información errada dada por la U.A.E. Migración Colombia en el trámite de solicitud, pese a que obraba en el expediente un certificado de la misma entidad que contiene una información

² Ver Sentencia del 27 de agosto de 2009, del CONSEJO DE ESTADO, - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA - C. P. HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ, Rad. 47001-23-31-000-2006-01180-01.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

diferente, la cual no fue tomada en cuenta.

Para decidir la impugnación en estudio conviene anotar que el procedimiento seguido por la administración al decidir una solicitud de revocatoria directa está sujeta al principio de legalidad y debe respetar el derecho al debido proceso y a la defensa del solicitante, y que en ningún caso se puede justificar la arbitrariedad.

El Estatuto Tributario establece que sólo procederá la revocatoria directa prevista en el Código Contencioso Administrativo, cuando el contribuyente no hubiere interpuesto los recursos por la vía gubernativa³ y se podrá interponerse dentro de los 2 años siguientes a partir de la ejecutoria del correspondiente acto administrativo⁴, como ocurrió en el presente caso.

Respecto a la acción de tutela contra actos administrativos como mecanismo definitivo, ha precisado la Corte que *"aunque el acto administrativo sea expedido bajo la presunción de legalidad, no se excluye su análisis por parte del Juez constitucional, siempre y cuando de sus efectos se perciba una clara afectación o amenaza a un derecho fundamental, con plena observancia de las particularidades de cada caso. (...) entre los derechos susceptibles de amparo mediante este instrumento constitucional se encuentra el derecho al debido proceso administrativo, entendido como '(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones, (ii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados"*

La jurisprudencia constitucional ha definido el debido proceso como el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben relacionar al adelantar todo proceso judicial o administrativo, como el principio de legalidad, el derecho al acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos, el principio del juez natural, **la garantía de los derechos de defensa y contradicción**, el principio de doble instancia, el derecho de la persona a ser escuchada

³ Ver artículo 736 del Estatuto Tributario.

⁴ Ver artículo 737.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

y la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en esos procedimientos.

En el presente caso, la Resolución cuestionada indica que con la solicitud de revocatoria, el accionante anexa certificado de movimientos migratorios expedido por el Coordinador Grupo de Extranjería de la U.A.E. Migración Colombia, y con el objeto de verificar lo señalado, el 27 de septiembre de 2016 abrió a prueba el proceso, solicitándole a la Dirección de Migración Colombia la misma información.

El 18 de octubre de 2016 la U.A.E. Migración Colombia, al responder la solicitud de la DIAN informó que el actor reportaba 8 registro de viajes (f. 119 respaldo), información que no corresponde a la suministrada al actor el 04 de agosto de 2016, pues en esa oportunidad le indicaron que reportaba 9 movimientos migratorios (f. 10).

Para la Sala la DIAN violó el derecho de defensa del actor, y por ello el debido proceso porque solo tuvo en cuenta en certificado que reportaba 8 movimientos migratorios del accionante, en vez del certificado que reportaba 9, y no explicó las razones que tuvo para atribuirle mérito probatorio a uno de los documentos descritos, pese a que contiene información contradictoria respecto del otro. Y tampoco desplegó ninguna actividad probatoria orientada a despejar la duda que surge de los documentos referidos.

Esta omisión en modo alguno es irrelevante, pues las pruebas mencionadas son precisamente las que sirven a los fines de definir la condición de residente fiscal del actor y el éxito o fracaso de la solicitud de revocatoria suscrita por el actor.

Por lo expuesto, la Sala revocará la decisión impugnada y dejará sin efecto la Resolución No. 260 del 23 de junio de 2017, decisión que en modo alguno entraña orden alguna de acceder o negar lo pretendido por el actor ni de atribuir un mérito específico a las pruebas, sino la de hacer explícitas las razones o motivos que tiene para atribuirle el mérito que les asigne, en caso de que pretenda fundar en ellas su decisión.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No 03/2018
SALA DE DECISIÓN No. 002

SIGCMA

Rad. 13001-33-33-007-2017-00289-01

VI.- FALLA

PRIMERO.- Revocar la providencia del 20 de noviembre del 2017, por medio de la cual el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Cartagena rechazó por improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar:

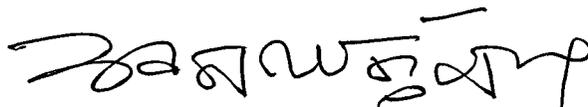
1.1. Amparar los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del accionante, vulnerados por la DIAN, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2.2. Como consecuencia de lo anterior, se deja sin efecto la Resolución No. 260 del 23 de junio de 2017 proferida por la DIAN, a quien se ordena que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia proceda a decidir de fondo la solicitud de revocatoria directa formulada por el actor, o a decretar las pruebas que estime necesarias para proferir decisión. En caso de que la DIAN opte por decretar nuevas pruebas, la solicitud de revocatoria directa debe pronunciarse dentro de los diez días siguientes a la notificación de este fallo de tutela.

En uno u otro caso, la DIAN deberá cumplir los parámetros descritos en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO.- Enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
LOS MAGISTRADOS,


EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Ausente con incapacidad

LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ
