

PERJUCIO IRREMEDIABLE - Características

El perjuicio irremediable, por su parte, ha sido entendido como aquél que presente las características de: inminente, esto es que amenaza o está por suceder; urgente, en relación con las medidas a adoptar para evitar la consumación del mismo aplicando para el efecto un criterio de proporcionalidad; grave, relacionado con el bien jurídico protegido por el ordenamiento y que es objetivamente [determinado o determinable] relevante para el afectado; e, impostergable, lo que determina que la tutela sea adecuada para el restablecimiento del orden social justo en su integridad.

ACCION DE TUTELA CONTRA DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD EN SUPRESION - Procedencia

En razón a que lo pretendido en esta instancia es la materialización de un derecho ya reconocido y que nos encontramos ante un institución que se encuentra en proceso de supresión, se concluye que la acción de amparo constitucional resulta procedente y en ese sentido, procederá al estudio de fondo del asunto puesto en consideración.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - Alcance

Por su parte, y en atención a que el derecho en estudio es aplicable a todas las actuaciones de la administración, debe resaltarse que el derecho al debido proceso administrativo, cuya garantía -como derecho fundamental- parte de la consagración establecida -de manera general- en el artículo 29 de la Constitución Política, tiene relación directa con el complejo espectro de garantías que permiten el curso de un trámite previamente establecido, en el que a las partes se les respete el derecho de defensa en una clara sujeción de las autoridades estatales al principio de legalidad.

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO - Devolución de las retenciones en la fuente practicadas en exceso a trabajadores independientes

Así entonces, pese a que se reconoce el derecho que le asiste al accionante de obtener la devolución de lo descontado en exceso, no se ha concretado el pago acudiendo a argumentos que, en consideración de la Sala, generan una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues, se reitera, el accionante no está en la obligación de soportar inconvenientes financieros y/o presupuestales de la entidad, máxime cuando los conceptos reclamados por aquél derivan del reconocimiento de unos honorarios por la prestación de sus servicios personales en calidad de contratista... En ese sentido y dado que la entidad se encuentra a la espera de un concepto de la DIAN, por medio del cual se establezca el procedimiento a seguir a efectos de realizar la devolución de las retenciones en exceso, considera la Sala oportuno conminar a la DIAN a efectos de que de trámite a la referida petición, en tanto de ello depende que el DAS, en proceso de supresión, tenga la posibilidad de concretar el pago de los conceptos que, tal y como lo manifestó en el informe rendido, debe cancelarle a la parte actora.

FUENTE FORMAL: LEY 1450 DE 2011 - ARTICULO 173

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00020-01(AC)

Actor: JORGE ENRIQUE COLLAZOS RAMIREZ

Demandado: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS, EN PROCESO DE SUPRESION

Decide la Sala la impugnación presentada por el señor Jorge Enrique Collazos Ramírez contra la Sentencia de 23 de julio de 2012 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que rechazó, por improcedente, las súplicas de la acción de tutela incoada por él contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión.

EL ESCRITO DE TUTELA

JORGE ENRIQUE COLLAZOS RAMIREZ interpuso acción de tutela por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la libertad y al mínimo vital.

Como consecuencia de la protección incoada, solicitó:

1. Amparar los derechos fundamentales invocados.
2. Ordenar *“al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD EN PROCESO DE SUPRESION, la devolución inmediata a todos y cada uno de los contratistas de todas las retenciones percibidas en exceso a la mayor brevedad posible”*.
3. Ordenar *“al DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD EN PROCESO DE SUPRESION, a nivel nacional la difusión de la información*

en medios masivos públicos (no solo en su intranet) para que los dolientes o directos afectados puedan reclamar sus dineros, por todos los medios publicitarios posibles, y se amplíe el margen de tiempo para reclamar”.

4. Ordenar que *“Se consigne en las respectivas cuentas a los afectados, sin tramitomanía, una vez se hallan adjuntado las pruebas respectivas, tal y como lo estipula la ley”.*
5. Disponer que *“No se nos haga efectivo el año fiscal, ya que la ley fue realizada en junio, pero sancionada en octubre y mientras lo contrastaban con el Estatuto Tributario y normalizaba al interior de las entidades, se demoraron en conceptos jurídicos”.*
6. Disponer *“Que el DAS, saque de sus arcas y no espere a realizar cruce de cuentas con la DIAN, pues en ese juego, nos han tenido todo un año y ya la Dian se pronunció, con respecto al vencimiento de términos, que espera el DAS”*
7. Ordenar al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, *“que no se dilate, ni entorpezca el pago de mi emolumento como contratista del mes de junio, mediante el contrato 088 de 2011, finalizado el 30/06/2012 con el DAS EN PROCESO DE SUPRESION, en represalia, por haber reclamado mis derechos, que debe ser cancelado a mediados del 20 de julio”.*

Como fundamento de su acción expuso:

El 7 de junio de 2011, en su calidad de *“Técnico Profesional en Archivística”*, suscribió un contrato con el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, Seccional Valle del Cauca, cuya cuantía ascendía a la suma de \$8.840.000, los cuales debían ser cancelados en mensualidades de \$1.300.000, aplicando los respectivos descuentos de RETEFUENTE y RETEICA.

El Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión - Seccional Valle del Cauca, efectuó los pagos correspondientes a los meses de junio, julio y agosto y realizó los descuentos legales con destino a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, pese a que estaba próxima la expedición de la Ley 1450 de 16 de junio de 2011, que contemplaba la posibilidad de que a los trabajadores independientes que devengaran menos de 300 UVT mensuales se les aplicara la misma tasa de retención en la fuente que a los asalariados [esto es el 0 por ciento].

En el mes de junio de 2011 el valor de la deducción, por concepto de RETEFUENTE ascendió a la suma de \$59.800; así mismo, en los meses de julio y agosto se descontó \$78.000, por mes, es decir un total de \$215.800, suma que si bien, en principio, parece irrisoria, al multiplicar la misma por el número de contratistas a quienes debían efectuarles las deducciones con destino a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN resulta cuantiosa.

El Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, pese a la expedición de la Ley 1450 de 2011 no ha formulado una política para la devolución de los conceptos deducidos por RETEFUENTE y RETEICA; en efecto, desde el mes de junio de 2011 ha evadido las solicitudes formuladas por los contratistas esperando tal vez a que se produzca un vencimiento de términos para no devolver dichos conceptos.

Considera vulnerados sus derechos fundamentales pues en la actualidad no tiene empleo, es padre cabeza de familia y los dineros que debe devolverle el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, fruto de su trabajo, le son útiles para su subsistencia y la de sus hijas.

INFORMES RENDIDOS EN EL PROCESO

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Seccional Cali.

En Oficio visible a folios 47 a 49 la señora Aydee Correa Amortegui, en su calidad de apoderada judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, Seccional Cali, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción con base en los argumentos que, a continuación, se sintetizan:

La Ley 1450 de 16 de junio de 2011, en su artículo 173, contempló la posibilidad de que la retención en la fuente aplicable a los trabajadores independientes fuera más flexible, en el sentido de disponer que a aquellos que devengaran menos de 300 UVT mensuales les fuera aplicable la misma tabla de retención de los asalariados, es decir, la contemplada en el artículo 383 del Estatuto Tributario.

Sobre la aplicación de dicho beneficio, debe indicarse que la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, profirió el Oficio N° 050051 de 8 de julio de 2011, mediante el cual condicionó la aplicabilidad del artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 a la reglamentación que para el caso expidiera el Gobierno Nacional.

La aplicación del artículo 173 estuvo suspendida hasta el 28 de septiembre de 2011, fecha en la cual se expidió el Decreto 3590 de 2011, que reglamentó el mismo y estableció el procedimiento que permitiera garantizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los agentes retenedores.

Con la consagración del artículo 173, se reitera, se abrió la posibilidad para que los trabajadores independientes que tengan contratos de prestación de servicios que no excedan de 300 UVT mensuales - equivalentes a \$7.539.600 (año gravable 2011)- se les aplique la misma tasa de retención que a los asalariados. Para la aplicación de esta retención el contratista al momento de suscribir el respectivo contrato, deberá, mediante declaración escrita, manifestarle al contratante que cumple con los requisitos para la aplicación de la tasa de retención para asalariados, ya que durante el respectivo mes no ha celebrado otros contratos de prestación de servicios cuyas cuantías sobrepasan los 300 UVT, pues al pagador le queda imposible determinar si dicho trabajador cumple o no con los requisitos para la aplicación de la norma.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el contrato del accionante se celebró el 7 de junio de 2011 y solamente hasta el 28 de septiembre se reglamentó el artículo 173, la retención en la fuente que efectuó el agente retenedor con base en la normativa que hasta ese momento regulaba la materia resulta ajustada a derecho, por lo que no hay lugar a acceder a las súplicas de la demanda.

Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión.

En Oficio visible a folios 70 a 76 la señora Martha Lucía Gómez Galves, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, presentó informe sobre el asunto en litigio oponiéndose a la prosperidad de la acción con base en los argumentos que, a continuación, se sintetizan:

Luego de hacer un recuento de los hechos: i) aclaró que el actor prestó sus servicios para el Fondo Rotatorio del DAS, entidad totalmente diferente al DAS, con personería y patrimonio propio; y, ii) señaló que en la medida en que, de conformidad con lo expuesto por la DIAN en el Oficio 1-2011-041435 de 8 de junio de 2011, se consideró que la aplicación del beneficio contemplado en el artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 se encontraba supeditada a la expedición de un decreto reglamentario por parte del Gobierno Nacional, resultaba procedente efectuar las deducciones por retención en la fuente a los contratistas en atención a lo dispuesto en el Estatuto Tributario.

Ahora bien, como quiera que la DIAN aclaró el concepto emitido y señaló que para la aplicación del artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 no se requería que el Gobierno Nacional expidiera reglamentación alguna, el DAS señaló que se debían efectuar algunas devoluciones por los conceptos retenidos en un mayor valor a los contratistas por los meses de junio, julio y agosto de 2011, advirtiendo, en todo caso, que el Fondo Rotatorio del DAS no cuenta con los recursos necesarios para efectuar dichos desembolsos.

En efecto, la Subdirección Financiera del DAS informó a los contratistas independientes que el FONDAS carecía de fondos para efectuar las devoluciones, por lo que las peticiones que fueran a formularse en ese sentido debían elevarse directamente ante la DIAN o *“aplicar dicha retención a su Declaración de Renta si para su caso procedía”*; no obstante lo anterior, la DIAN señaló que era el agente retenedor quien debía realizar la devolución de las retenciones practicadas en exceso.

En atención a lo expuesto por la DIAN, el DAS (entiéndase Fondo Rotatorio) manifestó que procederá a efectuar la devolución de la Retención en la Fuente practicada en mayor valor a los contratistas, por los meses de julio y agosto, una vez esta entidad presente saldos por pagar a la DIAN por este concepto y lo pueda descontar de la declaración a presentar.

El inconveniente que tiene la entidad es que a la fecha no tiene saldo por pagar por este concepto, ni ha firmado contratos que permitan descontar retenciones para poder realizar la devolución.

Por último señaló que: *“actualmente el Fondo Rotatorio del DAS, no posee rubro presupuestal por honorarios, ni por remuneración de servicios técnicos para efectuar las devoluciones de retenciones en la fuente practicadas al demandante para efectuar las devoluciones de retenciones en la fuente a los contratistas que como el actor han elevado solicitudes de reintegro mediante derechos de petición, ni es posible para la presente vigencia hacer contrataciones por esa entidad, por lo tanto no se podrían hacer las compensaciones. (...) No obstante se están haciendo ingentes esfuerzos para efectuar las devoluciones a que haya lugar. La intención del Fondo Rotatorio del DAS en proceso de supresión es hacer todas las devoluciones a que haya lugar, en ningún momento su intención ha sido la de apropiarse de dichos dineros como equivocadamente lo manifiesta el actor”*.

LA SENTENCIA DE TUTELA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la Sentencia de 23 de julio de 2012, rechazó, por improcedente, las súplicas de la acción de tutela incoada por el señor Jorge Enrique Collazos Ramírez contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión. Baso su decisión en los siguientes argumentos (fl. 33 a 35):

La presente acción de tutela deviene improcedente por cuanto el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales y, así mismo, porque no se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable que haga procedente el amparo de manera transitoria.

Al respecto, debe indicarse que si bien el demandante aseveró que, como cabeza de familia y desempleado, necesita la devolución de los valores pretendidos (la suma de \$215.800) para solventar sus gastos de manutención, no allegó siquiera prueba sumaria al proceso de la cual sea posible inferir el estado de vulnerabilidad en el que manifiesta encontrarse.

Lo reclamado por el accionante no constituye un ingreso regular y periódico que genere una expectativa razonable y definitiva de cuya ausencia derive la lesión del

derecho al mínimo vital, por el contrario, se trata de un ingreso ocasional sobre el cual no hay certeza jurídica de su procedencia, lo cual refuerza que es el juez administrativo en sede de la acción contenciosa a quien le corresponde evaluar tal asunto.

DE LA IMPUGNACION

Mediante escrito radicado el 27 de julio de 2012, visible a folios 111 y 112 del expediente, el peticionario, Jorge Enrique Collazos Ramírez impugnó el fallo de primera instancia reiterando lo expuesto en el escrito inicial y señalando que el juez constitucional incurrió en un error al determinar que la suma de dinero reclamada por concepto de retención en la fuente no tiene la potencialidad de afectar su mínimo vital, pues por ahora se encuentra desempleado y dicha suma le permitiría sufragar algunos gastos.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la Carta Política reguló la acción de tutela para reclamar ante los Jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública [o incluso de particulares bajo determinados supuestos]. A su turno, según lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, este mecanismo procede: (1) cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz e idóneo; o, (2) cuándo teniéndolo, se utilice como mecanismo transitorio para **evitar un perjuicio irremediable**, en cuyo caso surgiría esta acción como mecanismo alternativo de protección. Ahora bien, la existencia de un mecanismo alternativo no es resultado de un mero análisis objetivo de la normatividad pertinente sino de la valoración de la situación concreta planteada al funcionario judicial, con el objeto de concluir que bajo las circunstancias específicas el mecanismo ordinario es idóneo y eficaz para proteger la presunta violación de los derechos constitucionales fundamentales.

Esta situación, vale la pena resaltar, se encuentra acorde con la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela configurada a partir del artículo 86 de la Constitución Política, pues su operancia no puede convertirse en un recurso sustitutivo de defensa judicial.

El perjuicio irremediable, por su parte, ha sido entendido como aquél que presente las características de: **inminente**, esto es que amenaza o está por suceder; **urgente**, en relación con las medidas a adoptar para evitar la consumación del mismo aplicando para el efecto un criterio de proporcionalidad; **grave**, relacionado con el bien jurídico protegido por el ordenamiento y que es objetivamente [determinado o determinable] relevante para el afectado; e, **impostergable**, lo que determina que la tutela sea adecuada para el restablecimiento del orden social justo en su integridad¹.

Bajo el anterior hilo argumentativo, a continuación, corresponde a la Sala en un primer momento determinar: (i) si en el presente asunto hay o no un mecanismo alternativo de defensa eficaz e idóneo; y, (ii) en caso de demostrarse que sí existe, si es probable analizar el asunto como mecanismo transitorio o, incluso, como mecanismo definitivo. Con tal objeto, es pertinente realizar un recuento de los hechos acreditados dentro del expediente.

Supuestos acreditados.-

- El 7 de junio de 2011 el señor Jorge Enrique Collazos Ramírez suscribió contrato de prestación de servicios con el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS.

- La cuantía del referido contrato ascendía a la suma de \$ 8.840.000.

¹ Al respecto, ver las Sentencias T- 300 de 2010, T-1316 de 2001; T.225 de 1993, entre otras. La primera se refirió al concepto es estudio en los siguientes términos: “que (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.”.

- Entre el Fondo Rotatorio del DAS y el accionante se acordó que dicho pago se efectuaría en mensualidades de \$1.300.000, monto sobre el cual se efectuarían las correspondientes deducciones por concepto de retención en la fuente.

- El 16 de junio de 2011 fue proferida la Ley 1450, la cual, en su artículo 173, contempló la posibilidad de que a los trabajadores independientes que tuvieran contratos de prestación de servicios al año que no excedieran a trescientos (300) UVT mensuales se les aplicaría la misma tasa de retención de los asalariados estipulada en la tabla de retención en la fuente contenida en el artículo 383 del Estatuto Tributario, es decir el 0 por ciento².

- No obstante lo anterior, de conformidad con el Oficio 50051 de 18 de julio de 2011 de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, '*... el artículo 173 de la Ley 1450 de 2011, será objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades contempladas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, motivo por el cual su aplicación se encuentra supeditada a la expedición de la correspondiente regulación*' (fl. 11).

² **“ARTICULO 383. TARIFA.** <Artículo modificado por el artículo 23 de la Ley 1111 de 2006. El nuevo texto es el siguiente:> La retención en la fuente aplicable a los pagos gravables, efectuados por las personas naturales o jurídicas, las sociedades de hecho, las comunidades organizadas y las sucesiones ilíquidas, originados en la relación laboral, o legal y reglamentaria, será la que resulte de aplicar a dichos pagos la siguiente tabla de retención en la fuente:

TABLA DE RETENCIÓN EN LA FUENTE PARA INGRESOS LABORALES GRAVADOS

<u>RANGOS EN UVT</u>		<u>TARIFA</u>	<u>IMPUESTO</u>
<i>DESDE</i>	<i>HASTA</i>	<u>MARGINAL</u>	
>0	95	0%	0
>95	150	19%	(Ingreso laboral gravado expresado en UVT menos 95 UVT)*19%
>150	360	28%	(Ingreso laboral gravado expresado en UVT menos 150 UVT)*28% más 10 UVT
>360	En adelante	33%	(Ingreso laboral gravado expresado en UVT menos 360 UVT)*33% más 69 UVT

PARÁGRAFO. Para efectos de la aplicación del Procedimiento 2 a que se refiere el artículo 386 de este Estatuto, el valor del impuesto en UVT determinado de conformidad con la tabla incluida en este artículo, se divide por el ingreso laboral total gravado convertido a UVT, con lo cual se obtiene la tarifa de retención aplicable al ingreso mensual (...)"

- El 26 de julio de 2011 el accionante elevó derecho de petición ante el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS, Seccional Valle del Cauca, solicitando que se le diera aplicación al beneficio contemplado en el artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 (fl. 6).

- A través del Oficio DAS-SVAC-GAFH-2011-76211-689907-0 de 26 de julio de 2011, el Pagador del DAS - Seccional Valle del Cauca le informó al accionante que las retenciones en la fuente se debían continuar efectuando conforme a lo dispuesto en el Estatuto Tributario hasta tanto no se expida el Decreto Reglamentario para la aplicación del artículo 173 de la Ley 1450 de 2011 (fl, 7).

- Mediante concepto N° 57364 emitido el 2 de agosto de 2011, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, aclaró el concepto de 18 de julio del mismo año, en el sentido de indicar que no era un requisito obligatorio que el Gobierno proferiera un Decreto Reglamentario para poder dar aplicación al artículo 173 de la Ley 1450 de 2011.

- A través del Decreto 3590 de 28 de septiembre de 2011 se reguló la aplicación del artículo 173 de la Ley 1450 de 2011.

- El 10 de noviembre de 2011 el accionante y otros contratistas del Fondo Rotatorio del DAS solicitaron la devolución de los dineros retenidos durante los meses de junio, julio y agosto de 2011, lo anterior en atención a lo dispuesto en los artículos 173 de la Ley 1450 y 6° de la Ley 1198 de 1988 (fl. 8).

- El 21 de noviembre de 2011 la Subdirectora Financiera del DAS, en proceso de supresión, elevó petición ante la DIAN solicitando que le indicara cuál era el trámite correspondiente para efectuar la devolución de las retenciones en la fuente practicadas en exceso, lo anterior bajo el entendido de que a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4057 de 31 de octubre de 2011 únicamente podía ejecutar actuaciones tendientes a adelantar el proceso de supresión (fl. 9 y 10).

- El 23 de abril de 2012 la Subdirectora Financiera del Das le informó a los contratistas del Fondo Rotatorio del DAS que:

“(...) desafortunadamente el Fondo Rotatorio no cuenta con saldos pendientes para pago ante la DIAN, con el fin de poder deducir y devolver los valores de retención practicados en exceso, al igual no se estima que lo pueda realizar en un futuro, ya que a partir de la vigencia 2012 no cuenta con presupuesto del Gobierno Nacional para efectos de contratación de Servicios profesionales y técnicos. Todos los contratos por este concepto se han venido realizando por el DAS siendo esta una Entidad con personería jurídica y NIT diferente para que proceda el descuento y la devolución. Que por lo anterior, se informa a los contratistas independientes que se les practicaron retenciones en exceso durante los meses de julio y agosto de 2011, que la entidad no tiene forma de realizar estas devoluciones y por lo tanto deberá elevar su petición directamente ante la DIAN, o aplicar dicha retención a su declaración de renta si para el caso procede”.

- La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, por medio del Oficio de 18 de mayo de 2012, le informó al accionante que: *“es el AGENTE RETENEDOR quien debe realizar la devolución de las retenciones practicadas en exceso (...)”* (fl. 23).

- El 25 de mayo de 2012 el accionante le solicitó al DAS, en proceso de supresión, que, en atención a lo dispuesto en el artículo 589 del Estatuto Tributario, presentara una liquidación oficial de corrección ante la DIAN, a efectos de que se efectúe la devolución de los valores deducidos por concepto de retención en la fuente.

- Mediante el Oficio de 8 de junio de 2012 la Subdirectora Financiera del DAS le informó al accionante que: *“tal como lo dispone la DIAN en su comunicación 105243437-403 de 18 de mayo de 202 (sic) el DAS procederá a efectuar las devoluciones de la Retención en la Fuente practicados en mayor exceso, por los meses de julio y agosto de 2011 a contratistas, una vez esta entidad presente saldos por pagar a la DIAN por este concepto y lo pueda descontar de la declaración a presentar. El inconveniente que tiene la entidad es que a la fecha no*

tiene saldo por pagar por este concepto, ni ha firmado contratos que permitan descontar retenciones para poder realizar la devolución (...)”.

- El 5 de julio de 2012 la Subdirección Financiera del DAS elevó petición ante la DIAN solicitando que expidiera un concepto en el sentido de indicar cuál es el procedimiento que debe surtir a efectos de devolver los valores retenidos en exceso a los contratistas del Fondo Rotatorio del DAS por concepto de retención en la fuente.

- A la fecha la DIAN no ha dado trámite a dicha solicitud, por lo que no se ha concretado el pago del dinero adeudado a favor del accionante.

Establecido lo anterior, el asunto será resuelto en el siguiente orden: (I) de la existencia o no de un mecanismo de defensa en el presente asunto; (II) marco normativo y jurisprudencial aplicable; y, (III) del caso en concreto:

I) De la existencia de un mecanismo de defensa en el presente asunto.

En el caso objeto de estudio, concretamente, pretende el accionante que por vía de tutela, como consecuencia de la protección de sus derechos fundamentales, se ordene al Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, que disponga la devolución inmediata de los valores descontados en exceso de los honorarios por él devengados por concepto de retención en la fuente durante los meses de junio, julio y agosto de 2011, época para la cual prestó sus servicios personales al Fondo Rotatorio del DAS.

Lo anterior por cuanto: i) el artículo 173 de la Ley 1450 de 16 de junio de 2011, contempló la posibilidad de que a los trabajadores independientes que devengaran menos de 300 UVT mensuales, se les aplicara la retención en la fuente que opera para los asalariados, esto es el 0 por ciento de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 383 del Estatuto Tributario; y, ii) la entidad accionada, en su calidad de agente

retenedor, pese a la entrada en vigencia de dicha norma, durante los meses de junio, julio y agosto de 2011 efectuó los descuentos en un mayor valor.

Previo a abordar de fondo el asunto planteado, considera la Sala oportuno resaltar que el derecho a la devolución de lo descontado por los meses de junio a agosto de 2011 por concepto de retención en la fuente³ no se encuentra en discusión, pues aunque el DAS negó tal petición en un comienzo con fundamento en un primer concepto expedido por la DIAN, posteriormente modificó su posición como consecuencia de un concepto de esta última entidad. Con fundamento en ello, entonces, el DAS no debate el derecho sino la forma de devolver lo pagado en exceso, máxime cuando el directo empleador del accionante [Fondo Rotatorio del DAS] no cuenta con el rubro para el efecto.

De cara a lo anterior, entonces, el objeto de estudio en esta instancia se contrae a establecer si es dable que, al amparo de derechos tales como el debido proceso, aspectos presupuestales y/o financieros impidan al DAS, en proceso de supresión, adelantar la devolución de lo debido a una persona que prestó sus servicios profesionales a una entidad del Estado, bajo el argumento, se reitera, de que ello es así por asuntos administrativos que son, en principio, ajenos al particular.

También, se considera pertinente aclarar que, aunque no se desconoce que la vinculación contractual del peticionario se presentó frente al Fondo Rotatorio del DAS, desde el primer derecho de petición presentado por el señor Collazos Ramírez ante el Fondo Rotatorio (fl. 6) fue la Pagaduría del DAS (fl. 7) quien lo atendió, y, posteriormente, ha sido ésta última entidad la que se ha encargado de exponer al accionante los motivos por los cuales presupuestal y financieramente la devolución a la que tiene derecho presenta inconvenientes⁴, por lo que, para efectos de esta acción, se concluye que el amparo se estudiará frente al DAS, en proceso de supresión.

Así mismo, es oportuno referir que aunque el accionante incoó la presente acción con el objeto de lograr el amparo de los derechos de todos los que se encuentran

³ Del 6% por servicios, cuando debió ser del 0% de conformidad con la nueva normativa.

⁴ Ver los Oficios de 26 de julio de 2011, de 21 de noviembre de 2011, de 23 de abril de 12 y de 8 de junio de 2012, relacionados en el acápite de pruebas.

en igualdad de condiciones no allegó poder alguno para ejercer su representación, por lo que este estudio se adelantará exclusivamente sobre su situación particular; sin perjuicio de que, en todo caso, las decisiones que aquí se adopten sirvan de instrumento para definir asuntos similares en virtud del principio y derecho a la igualdad.

Finalmente, en razón a que lo pretendido en esta instancia es la materialización de un derecho ya reconocido y que nos encontramos ante un institución que se encuentra en proceso de supresión, se concluye que la acción de amparo constitucional resulta procedente y en ese sentido, procederá al estudio de fondo del asunto puesto en consideración, en los siguientes términos:

II) Marco normativo y jurisprudencial aplicable.

El debido proceso ha sido definido como *“la regulación jurídica que (...) limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley”*⁵, premisa construida con fundamento en el principio superior de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, que, según el artículo 29 de la Constitución Política, *“... se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*.

El objetivo fundamental del referido derecho, entonces, no es otro que la preservación del valor material de la justicia, situación que demanda de las autoridades públicas que sus actuaciones estén destinadas a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la ley.

En sentido amplio, el referido planteamiento encierra a su vez la protección de ciertas garantías mínimas que la jurisprudencia constitucional ha enlistado de la siguiente manera: *“(i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones*

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-641 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.”⁶.

Por su parte, y en atención a que el derecho en estudio es aplicable a todas las actuaciones de la administración, debe resaltarse que el **derecho al debido proceso administrativo**, cuya garantía -como derecho fundamental- parte de la consagración establecida -de manera general- en el artículo 29 de la Constitución Política, tiene relación directa con el complejo espectro de garantías que permiten el curso de un trámite previamente establecido, en el que a las partes se les respeta el derecho de defensa en una clara sujeción de las autoridades estatales al principio de legalidad. Al respecto, en la providencia T-928 de 2010, la Corte Constitucional expresó:

“Refiriéndose específicamente a la naturaleza del derecho al debido proceso administrativo, la jurisprudencia de esta Corporación lo definió como “(...) la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley”⁷. Así las cosas, el debido proceso administrativo se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión⁸. Por lo tanto, se debe indicar que tal derecho no existe

⁶ *Ibidem*.

⁷ Sentencia T-982 de 2004.

⁸ La Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia C-1189 de 2005, señaló que “[e]l debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende a todos los tipos de juicios y procedimientos que conlleven consecuencias para los administrados, de manera que a éstos se les debe garantizar la totalidad de elementos inherentes a este derecho fundamental. De otra parte, y específicamente en lo que hace relación con los procedimientos administrativos, es necesario precisar que el derecho con que cuentan los ciudadanos, relativo a la posibilidad de controvertir las decisiones que se tomen en dicho ámbito es consubstancial al debido proceso. Si bien ambas son garantías que se derivan del principio de legalidad, son dos caras de la misma moneda, esto es, mientras que el derecho a cuestionar la validez de las decisiones funge como garantía posterior, las garantías propias del derecho fundamental al debido proceso, tales como (i) el acceso libre y en igualdad de condiciones a la justicia; (ii) el acceso al juez natural; (iii) la posibilidad de ejercicio del derecho de defensa (con los elementos para ser oído dentro del proceso); (iv) la razonabilidad de los plazos para el desarrollo de los procesos; y, (v) la imparcialidad, autonomía e independencia de los jueces y autoridades, son elementos que deben ser garantizados durante el desarrollo de todo el procedimiento, y apuntan, principalmente, a brindar garantías mínimas previas. En efecto, los elementos del debido proceso

solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación”.

III) Caso Concreto:

Del material probatorio antes referido, se encuentra que el tutelante ha elevado varias peticiones ante el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, con el ánimo de que, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 de la Ley 1450 de 2011, efectúe la devolución de los valores que descontó en un mayor valor por concepto de retención en la fuente durante los meses de junio, julio y agosto de 2011.

Así mismo, se evidencia que el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, a través de su Subdirección Financiera [como se desprende de los Oficios de 21 de noviembre de 2011, 23 de abril de 2012, 8 de junio de 2012 y 5 de julio del mismo año] es quien ha asumido la vocería para atender la reclamación de reconocimiento y pago de las deducciones referidas, advirtiendo, que aunque el derecho no se encuentra en discusión existen dos inconvenientes: el primero, relacionado con el hecho de que el Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS no cuenta con rubro presupuestal por honorarios ni por remuneración de servicios para efectuar la devolución de las retenciones realizadas en exceso; y, el segundo, que el DAS no tiene a la fecha liquidaciones por presentar de las que sea dable obtener el rubro requerido para la devolución pluricitada, máxime cuando la deuda lo corresponde, en principio, al Fondo.

Así entonces, pese a que se reconoce el derecho que le asiste al accionante de obtener la devolución de lo descontado en exceso, no se ha concretado el pago acudiendo a argumentos que, en consideración de la Sala, generan una vulneración del derecho fundamental al debido proceso, pues, se reitera, el accionante no está en la obligación de soportar inconvenientes financieros y/o presupuestales de la entidad, máxime cuando los conceptos reclamados por aquél

arriba enumerados buscan garantizar el equilibrio entre las partes, previa la expedición de una decisión administrativa. Por el contrario, el derecho a cuestionar la validez de la misma, hace parte de las garantías posteriores a la expedición de la decisión por parte de la autoridad administrativa, en tanto cuestiona su validez jurídica”

derivan del reconocimiento de unos honorarios por la prestación de sus servicios personales en calidad de contratista.

Ahora bien, debe indicarse que el 5 de julio de 2012, el DAS, en proceso de supresión, por conducto de la Subdirección Financiera, a efectos de dar trámite a la petición del accionante, elevó una solicitud ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, en los siguientes términos:

“(...) considerando que el Presidente de la República (...) expide el Decreto N° 4057 de 31 de octubre de 2011 “Por el cual se suprime el Departamento Administrativo de Seguridad - Das, se reasignan unas funciones y se dictan otras disposiciones”, y que a partir de la publicación del mencionado decreto no podrá iniciar ni continuar desarrollando sus funciones salvo para lo dispuesto en el régimen de transición conservando su capacidad jurídica únicamente para efectos, expedir los actos y adelantar las acciones necesarias para la supresión (...)

Ante lo anterior, se solicita su valiosa orientación de indicarnos el procedimiento a seguir con el fin de cumplir con los requerimientos efectuados por los diferentes contratistas para la devolución de sus dineros de la siguiente manera:

¿Es procedente devolver estos dineros por otros conceptos que se reflejan en la declaración mensual de retención en la fuente como: compras, servicios, arrendamientos, salarios y demás pagos laborales, retención por IVA y otras retenciones?

¿Es posible reintegrar retenciones en la fuente practicadas en exceso a los contratistas del Fondo Rotatorio con recursos de retenciones del Das, teniendo en cuenta que el Fondo Rotatorio no tiene rubro presupuestal por honorarios, ni por remuneración, servicios, por lo cual no podrá contratar por estos conceptos? (...)”

En ese sentido y dado que la entidad se encuentra a la espera de un concepto de la DIAN, por medio del cual se establezca el procedimiento a seguir a efectos de realizar la devolución de las retenciones en exceso, considera la Sala oportuno conminar a la DIAN a efectos de que de trámite a la referida petición, en tanto de ello depende que el DAS, en proceso de supresión, tenga la posibilidad de concretar el pago de los conceptos que, tal y como lo manifestó en el informe rendido, debe cancelarle a la parte actora.

Ponderando pues la voluntad de pago expuesta por el DAS, entidad que ha esgrimido una serie de inconvenientes para adelantar el pago diferentes a la titularidad del derecho en sí mismo considerado, así como a los bienes ius fundamentales del accionante, en especial al debido proceso, se considera oportuno acceder a las pretensiones de la demanda, si bien no ordenando un

pago inmediato⁹, si estableciendo órdenes concretas para la definición oportuna de la reclamación efectuada, en los términos que a continuación se expone.

Así las cosas, considera la Sala necesario revocar la Sentencia de 23 de julio de 2012 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y, en su lugar:

- i) conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso del señor Jorge Enrique Collazos Ramírez, en el sentido de ordenar a la DIAN que, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la presente providencia, responda de fondo la solicitud elevada el 5 de julio de 2012 por la Subdirección Financiera del DAS, en proceso de supresión, y le notifique a dicha entidad la respectiva contestación; y,
- ii) ordenar al DAS, en proceso de supresión, que dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que le sea notificada la contestación dada por la DIAN a su solicitud, informe al accionante cuál es el trámite a seguir para que, en el marco de sus competencias, se **efectúe** la devolución de los valores descontados en exceso por concepto de retención en la fuente en los meses de junio, julio y agosto de 2011 a los que tiene derecho el accionante.

DECISION

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Revócase la Sentencia de 23 de julio de 2012 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que rechazó, por improcedente, las súplicas de la acción de tutela

⁹ Respetando al máximo los procedimientos administrativos adelantados por el llamado a concurrir en la protección de los derechos del señor Collazos Ramírez.

incoada por Jorge Enrique Collazos Ramírez contra el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión. En su lugar,

Amparase el derecho fundamental al debido proceso del señor Jorge Enrique Collazos Ramírez vulnerado por el Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, en proceso de supresión, y, en consecuencia,

Ordenase: i) a la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN** que, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la presente providencia, responda de fondo la solicitud elevada el 5 de julio de 2012 por la Subdirección Financiera del DAS, en proceso de supresión, y notifique la respectiva contestación; y, **ii) al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en proceso de supresión**, que, dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que le sea notificada la contestación dada por la DIAN a su solicitud, informe al accionante **cuál** es el trámite a seguir para que, en el marco de sus competencias, se efectúe la devolución de los valores descontados en exceso por concepto de retención en la fuente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, remítase copia al Tribunal de origen y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

