

Sentencia T-939/09

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Clases de defectos

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por no existir defecto sustantivo ni defecto fáctico

Referencia: expediente T-2334724

Acción de tutela instaurada por FRANCISCO ALBERTO MONSALVE contra el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Mauricio González Cuervo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca y el Consejo Superior de la Judicatura.

I. ANTECEDENTES

Francisco Alberto Monsalve Hernández, interpone acción de tutela en contra del Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá y la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad, en procura de obtener el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad y a la presunción de inocencia, los cuales considera

vulnerados al proferirse en su contra las sentencias condenatorias de primera y segunda instancia dentro del proceso adelantado por omisión de agente retenedor.

1. Hechos

-La Sociedad Imayinis Comunicación Global S.A. fue constituida por escritura pública 0393 extendida el 9 de febrero de 1998 en la Notaría 35 de Bogotá, documento que en relación con la gerencia consagra en el artículo 52 del Capítulo VI, que el Gerente será el “Representante Legal de la misma y como tal el ejecutor de los negocios y asuntos sociales”, indicando que ante la falta absoluta, temporal o accidental del Gerente su reemplazo sería ejercido por el subgerente.

-La escritura de constitución se reformó por la número 3649 signada el 15 de octubre de 1998. Por renuncia del gerente de la empresa, tal encargo fue entregado a Alberto Monsalve Hernández, figurando en la respectiva inscripción ante la Cámara de Comercio desde el 24 de marzo de 1999.

-Durante el período en el cual actuó como representante legal principal de la sociedad Imayinis Comunicación Global S.A., esto es, entre el 24 de marzo de 1999 y el 24 de mayo de 2001, se desempeñó como representante legal suplente el señor Gonzálo Ardila Castro.

- Afirma el accionante, que el 7 de noviembre de 2006, el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, profirió sentencia condenatoria en su contra por el delito de omisión de agente retenedor, al considerar que la sociedad Imayinis Comunicación Global de la cual fungió como su representante legal en el período indicado, no canceló a la DIAN los valores correspondientes a las retenciones en la fuente e IVA.

-Sostiene el peticionario que en esa decisión, que ahora demanda por vía de hecho, se ignoró que no sólo él actuó como representante legal; en las pruebas arrimadas al proceso se muestra, que fue el señor Gonzálo Ardila Castro quien presentó las respectivas declaraciones de impuestos en su calidad de representante legal, debidamente inscrito en Cámara de Comercio como suplente, lo cual además, constaba en la DIAN.

- El Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, sostuvo que para la época de la omisión atribuida, el señor Monsalve era quien ejercía como representante legal de la sociedad IMAYINIS, por constar así en el respectivo certificado de existencia y representación legal. Sin embargo, indica el actor, pese a existir evidencia de que sólo atendía la parte publicitaria de la empresa y que las funciones administrativas estaban en cabeza del subgerente y representante legal suplente Gonzálo Ardila Castro, el Juzgado le impuso condena por el delito de omisión de agente retenedor. Añadió que si el impuesto no fue consignado por la sociedad Imagynis, la DIAN nunca lo requirió ni como representante legal principal ni como persona natural para que consignara los dineros declarados por la sociedad en cabeza de Ardila Castro.

-Afirma que si bien es cierto en el proceso obra copia de un requerimiento a la sociedad con el fin de consignar el valor declarado, la misma fue remitida a una dirección donde no funcionaba y no hay evidencia dentro del expediente de su recibo o de haberse hecho el requerimiento al lugar donde se encontraba funcionando la misma; tampoco existe envío alguno a las direcciones personales de los representantes legal principal y suplente, que constan en la DIAN.

2. Razones de la demanda

Sostiene el accionante, que las sentencias objeto de tutela concluyen que por no haberse dado el aviso respectivo de la delegación expresa a Gonzálo Ardila Castro para presentar la declaración de impuestos, recaudar y consignar la retención en la fuente y el IVA a la DIAN, la responsabilidad por la omisión debía asumirla él, “ignorando en tal consideración la permisión y facultad dada por la ley en relación con la presencia de dos representantes legales de una misma empresa (artículo 556 del Estatuto Tributario), los cuales pueden actuar indistintamente, supuesto acaecido en el caso bajo examen, por cuanto yo asumí unas funciones y Ardila Castro otras”.

-Por lo tanto, los fallos se abstuvieron de aplicar el contenido del artículo 556 del Estatuto Tributario que reconoce la posibilidad del ejercicio de la representación legal de la sociedad a quien se desempeña como subgerente y que a la letra reza “(...) ARTICULO 556. Representación de las personas jurídicas .La representación legal de las personas jurídicas será ejercida por el Presidente, el Gerente o cualquiera de sus suplentes, en su

orden, de acuerdo con lo establecido en los artículos 372, 440, 441 y 442 del Código de Comercio, o por la persona señalada en los estatutos de la sociedad, si no se tiene la denominación de presidente o gerente. Para la actuación de un suplente no se requiere comprobar la ausencia temporal o definitiva del principal, sólo será necesaria la certificación de la Cámara de Comercio sobre su inscripción en el registro mercantil. La sociedad también podrá hacerse representar por medio de apoderado especial. (...)"

-Aclara que no existe evidencia alguna en el plenario de que la sociedad IMAYINIS o él mismo hubieran recaudado y tomado para sí las sumas de dinero recibidos para la DIAN. La sola presentación de las declaraciones no "hace presumir el recaudo y apropiación de algunos impuestos, el Estado estaba en la obligación de demostrar el recaudo efectivo de los valores y no lo hizo, pues si se revisa la evidencia acopiada, ella esta ausente dentro del plenario."

-Indica que existe prueba irrefutable en el expediente en cuanto a que nunca manejó los dineros de la empresa, lo cual estaba en cabeza del subgerente Ardila Castro, quien a la vez era el autorizado para manejar las cuentas bancarias, bienes y recursos de la sociedad y además "ejercía la suplencia de la representación legal en todos los temas administrativos de la empresa, entre los cuales se encontraba la presentación de las declaraciones a la DIAN y la consignación de los recursos recaudados."

-Por esas consideraciones, estima que "no es posible hablar de tipicidad objetiva de la conducta, porque existe prueba clara y contundente dentro del plenario de que la representación de la sociedad a su cargo, estuvo dirigida a la consecución de negocios y relaciones públicas, y la parte administrativa estaba en manos del subgerente Gonzálo Ardila Castro, circunstancias respaldadas en las evidencias acopiadas". Por ello, afirmó, que atribuirle responsabilidad en el hecho, con fundamento en la prueba obrante, sería tanto como endilgarle responsabilidad objetiva cuando ella esta proscrita de la legislación penal. Si se definiera la existencia de tipicidad objetiva, frente a la subjetiva, sería necesario sostener que la conducta atribuida por los falladores de primera y segunda instancia, es esencialmente dolosa y en el "plenario no hay prueba indicativa de mi actuación bajo tal forma de culpabilidad, por tanto no fue desvirtuada la presunción de inocencia que otorgan la ley y la Constitución Política en mi favor."

-Reitera que fue condenado con base en una investigación donde no existía prueba en su contra, y se dejó de aplicar el artículo 556 del Estatuto Tributario, configurándose una ostensible violación del debido proceso y del derecho de defensa, por lo que la actuación de los jueces equivale a una vía de hecho. Afirma que “los funcionarios en sus providencias no aplicaron el artículo 556 citado, el apoyo probatorio de las mismas fue absolutamente inadecuado y además omitieron analizar las pruebas que me eran favorables”.

-Indicó que la condena se emitió por los falladores de instancia, sin tener en cuenta que la responsabilidad de presentación de las declaraciones de impuestos no radicaba en él, sino que la misma fue asumida por el representante legal suplente quien estaba facultado por la ley para hacerlo y estaba inscrito como tal tanto en la Cámara de Comercio como en la DIAN.

No obstante la evidencia obrante en las diligencias, los operadores judiciales en sus providencias desconocieron que la sociedad Imayinis actuaba bajo la representación legal de dos personas, una que ostentaba tal condición como principal y otra como suplente, y adelantaron la investigación ignorando el contenido del artículo 556 del Estatuto Tributario, que permite actuar en tal forma.

- Anota que la investigación sólo fue seguida en su contra, “cuando en verdad aunque la DIAN solo instauró la denuncia en tal forma, los juzgadores estaban obligados a vincular a quien fungía como representante legal suplente y quien tenía el manejo administrativo de la sociedad, pues, insiste, esa tarea administrativa, no era su responsabilidad conforme quedó estatuido en la escritura pública.”

-Afirma el accionante, que las sentencias objeto de tutela constituyen una vía de hecho, si se tiene en cuenta que la condición de agente retenedor en este caso no puede estar dada sólo por la calidad de gerente o representante legal principal, pues la evidencia demuestra que tal obligación recaía en el subgerente o representante legal suplente, señor Gonzálo Ardila Castro, situación desconocida por los falladores de instancia. La consideración de los funcionarios, tuvo apego a una condición meramente objetiva desvirtuada con las pruebas obrantes en el proceso, pues como agente retenedor actuó Ardila Castro quien estaba inscrito ante la Cámara de Comercio e

igualmente ante la DIAN como Subgerente o representante legal suplente según constaba en las escrituras públicas allí existentes.

-Considera que no se desvirtuó la presunción de inocencia con la cual lo amparan la Constitución y la Ley, pues la prueba allegada muestra que no obstante objetivamente hubiera tenido la condición de representante legal principal de la Sociedad Imayynis Comunicación Global S.A., Gonzálo Ardila Castro era el suplente facultado ante la DIAN. La normatividad tributaria permite actuar en tal forma sin formalidad de ninguna naturaleza, según lo dispone el artículo 556 del Estatuto Tributaria.

-Agrega que las providencias acusadas de vía de hecho, presentan un grave defecto sustantivo, por cuanto en ellas no se tuvo en cuenta una norma aplicable al caso concreto, esto es el artículo 556 del Estatuto Tributario; presentan además un flagrante defecto fáctico, porque el apoyo probatorio fue absolutamente inadecuado, y se omitió analizar las pruebas de su inocencia.

-En suma, sostiene, que los Juzgadores no actuaron conforme a los lineamientos trazados en el ordenamiento jurídico en relación con la prueba allegada al plenario, hubo error en su apreciación, violentando con ello la presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho de defensa, “vulneración grave e inminente en tanto se encuentra en juego el derecho a la libertad, sin que exista otra vía de defensa judicial para obtener la nulidad de las decisiones relacionadas, pues la acción de revisión, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata de los derechos fundamentales violados.” Asegura que fue condenado por unos hechos que no le eran atribuibles, pues no obstante encontrarse claramente demostrada su condición de representante legal de la sociedad IMAYINIS, igualmente se evidenciaba en el expediente que la omisión tributaria estuvo a cargo de Gonzálo Ardila Castro, quien de conformidad con la ley era el representante legal suplente de la citada sociedad y debía cumplir con las obligaciones administrativas, por permitirlo así expresamente el artículo 556 del Estatuto Tributario, norma que no fue aplicada por las autoridades demandadas y por tanto se le imputó responsabilidad objetiva, proscrita de la legislación penal.

3. Pretensiones de la tutela

Solicita que se tutelen de manera definitiva los derechos al debido proceso, la

igualdad y a la presunción de inocencia. En consecuencia, que se disponga la nulidad de decisiones atacadas por constituir una vía de hecho, al haberse adoptado sin existir en su contra, prueba que desvirtuara la presunción de inocencia. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita que se disponga el pronunciamiento de la providencia que debe reemplazar a las anuladas.

4. Pruebas allegadas

Son relevantes las siguientes pruebas arrimadas al proceso.

1. Estatutos de la sociedad Imagynis Comunicación Global S.A.
2. Certificado de existencia y representación legal de la Sociedad Imagynis Comunicación Global S.A.
3. Copia del proceso adelantado por omisión de agente retenedor en el cual constan las sentencias de primera proferida el 7 de noviembre de 2006 por el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, y de segunda instancia emitida, el 6 de febrero de 2007, por la Sala Penal del Tribunal Superior de esta ciudad, con ponencia de la doctora María del Rosario González de Lemus.
5. Intervención de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

En escrito de 5 de diciembre de 2008, la DIAN se manifestó en contra de la presente tutela, evidenciando la "actitud desconsiderada del tutelante para con la administración de justicia, ya que sus reiteradas solicitudes de tutela comportan una utilización desmedida de tan importante acción constitucional, puesto que el tema que plantea de fondo ya ha sido sometido al escrutinio de múltiples jueces".

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

Proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca el 19 de febrero de 2009, niega el amparo solicitado luego de sostener que (i) el accionante ha debido esgrimir sus pedimentos en sede de casación, donde

realmente lo hizo, pero la demanda no fue admitida, luego perdió la oportunidad de acudir a la jurisdicción competente, lo que torna en improcedente la acción de tutela. (ii) Para estudiar las decisiones de tutela, es preciso tener en cuenta el factor "oportunidad". En el presente caso, se advierte que el accionante no cumplió con el presupuesto de la "inmediatez" dispuesto por la jurisprudencia constitucional como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, en tanto demandó por vía de hecho providencias judiciales fechadas en 2006 y 2007, lo cual deja ver la extemporaneidad de la demanda, su falta de oportunidad y por ende, las razones de su rechazo. En consecuencia, el fallador de primera instancia, declara improcedente la tutela de la referencia.

2. Impugnación del fallo

Con escrito de 27 de febrero de 2009, el accionante impugnó el fallo de tutela de primera instancia, argumentando que en el proceso se conoce a cabalidad que ha existido inmediatez y diligencia en la defensa de sus derechos y que la demanda de casación, que efectivamente presentó, fue negada con el argumento de la "discrecionalidad" más no por razones de fondo. Por ello, estima que deben estudiarse los cargos contra las sentencias del Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá y del Tribunal Superior de la misma ciudad, las cuales infringen su debido proceso y la presunción de inocencia.

3. Sentencia de segunda instancia

La sentencia de segunda instancia fue dictada por el Consejo Superior de la Judicatura mediante providencia del 1° de abril de 2009, en la que confirma en todas sus partes la decisión del a-quo. A juicio del fallador de segundo grado, la incuria del accionante en la presentación de la respectiva demanda de casación, no se puede subsanar presentando una tutela, en tanto, no es ésta una tercera instancia para abrir un debate adicional cuando han "transcurrido más de seis meses desde cuando quedó ejecutoriada la providencia del Tribunal Superior." Así, dando aplicación al principio *nemo auditur propian turpitudinem allegans*, la sentencia niega las pretensiones del accionante

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Pretende básicamente el peticionario que por la vía de tutela, se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y presunción de inocencia, alegando que los mismos fueron vulnerados en el trámite y decisión del proceso penal que se siguió en su contra por el delito de omisión de agente retenedor, en el cual resultó condenado por sentencia del Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá, decisión confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad. Las decisiones judiciales que conocieron del amparo, Salas Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de Cundinamarca y Superior de la Judicatura denegaron la protección de los derechos invocados. En primera instancia se señaló, que la acción no cumple con el presupuesto de inmediatez y en la segunda se anotó, que debido a la incuria del accionante, éste había perdido la oportunidad de acceder al recurso extraordinario de casación, lo que hacía improcedente la acción de tutela.

Por tratarse de una pretendida tutela contra decisiones judiciales y debido a los fundamentos empleados por las sentencias de instancia para negar el amparo deprecado- inmediatez e incuria del accionante- debe la Corte en primer lugar, verificar plenamente que la solicitud de amparo reúna rigurosamente los requisitos generales y específicos de procedibilidad de la tutela y en segundo lugar, analizar si se estructuran en los fallos demandados los supuestos defectos sustantivo y fáctico alegados por el accionante.

3. La acción de tutela procede de manera excepcional contra providencias judiciales

Ha reiterado la Corte en decisión de esta misma Sala¹ que los jueces forman parte de la categoría “autoridades públicas” de la que habla el artículo 86 de la Constitución Política, cuando establece que la acción de tutela es un mecanismo ordenado a “la

protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Es entonces la Constitución la que autoriza directamente a las personas a recurrir al juez constitucional para solicitar el amparo de sus derechos cuando las sentencias, entendidas como actos emanados de un juez o tribunal, desconozcan o amenacen con vulnerar algún derecho fundamental².

Ha señalado igualmente, que esta posibilidad no riñe con el reconocimiento de la autonomía e independencia otorgada a todas las jurisdicciones, el valor de la cosa juzgada que adquieren los fallos dictados por los jueces, la garantía del principio de seguridad jurídica, y el reconocimiento de que el espacio ordinario para la realización de los derechos fundamentales es el proceso judicial³. Antes bien, armoniza la protección de estos principios con la primacía de los derechos fundamentales estableciendo que la tutela tiene un carácter excepcional y subsidiario⁴. Incluso, en lo que tiene que ver con la seguridad jurídica, ha señalado que la acción de tutela se convierte en una garantía adicional por cuanto permite que un solo ente –en este caso la Corte Constitucional- unifiquen los lineamientos bajo los cuales deben interpretarse los derechos fundamentales, de forma que este criterio sea usado por todos los encargados de administrar justicia.

Adicionalmente, frente a quienes sostienen que la sentencia C-543/92 declaró inexecutable la tutela contra providencias judiciales⁵, la Corte ha señalado que en dicha sentencia se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991 que afirmaban la procedencia de la acción de tutela contra sentencias como regla general, pero no la excluyó como excepción en el caso de omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales. Esta posición ha sido confirmada en otras sentencias con efecto erga omnes, como la C-590/05, lo que permite afirmar que “tanto la motivación de ese pronunciamiento como de la interpretación que la Corte ha hecho del mismo y del desarrollo de su jurisprudencia” constatan “que la acción de tutela procede contra decisiones judiciales en los supuestos que la misma Corte ha indicado”⁶.

Los supuestos mencionados tienen que ver con el carácter excepcional y subsidiario de la acción de tutela contra providencias judiciales, que se concretan en la exigencia

de que el juez constitucional verifique que la solicitud de amparo reúne rigurosamente los requisitos generales y específicos de procedibilidad. Los primeros, que están relacionados con los requerimientos procedimentales que habilitan la instauración de la tutela, fueron sistematizados en los siguientes términos por la sentencia C-590/05:

- i. “Que la cuestión que se discuta tenga una evidente relevancia constitucional (...);
- ii. Que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable (...);
- iii. Que se cumpla con el requisito de la inmediatez (...);
- iv. Que, tratándose de una irregularidad procesal, quede claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. (...)
- v. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible (...); y
- vi. Que no se trate de sentencias de tutela (...)”⁷.

El segundo tipo de requisitos, fruto de una evolución jurisprudencial que comenzó por la enumeración de algunas causales para considerar una sentencia “vía de hecho”, pero que hoy en día está consolidada en torno al concepto de causales específicas de procedibilidad, precisan de la plena demostración de la ocurrencia de al menos uno de los siguientes vicios o defectos que constituyen vulneraciones o amenazas a los derechos constitucionales fundamentales:

- “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente

al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales⁸ o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado⁹.

h. Violación directa de la Constitución”¹⁰.

4. Requisitos generales de procedibilidad en el caso concreto

Al hacer una revisión de los requisitos planteados en el acápite anterior, la Sala encuentra que la solicitud de tutela presentada por el señor Alberto Monsalve Hernández cumple con aquellos requerimientos de carácter general, a saber:

1. La cuestión que se discute resulta de clara relevancia constitucional, en tanto se alega una violación al debido proceso ante la existencia de una causal de procedibilidad de la acción de tutela, concretamente un supuesto defecto sustantivo y fáctico en las providencias del Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de la misma ciudad.

2. A pesar de las razones expuestas por las sentencias de instancia, las cuales apoyaron su negativa en el argumento de que el accionante había hecho un uso equivocado del requisito de subsidiariedad de la tutela, la Sala advierte que el accionante agotó todos los medios de defensa idóneos para lograr el amparo de la presunta vulneración de sus derechos. Efectivamente, tuvo la diligencia de tramitar los recursos que estaban a su alcance y presentó en tiempo el recurso extraordinario de casación, el cual fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia; inclusive contra tal rechazo interpuso también un acción de tutela que no fue concedida; en punto al recurso de revisión que podría pensarse cabe en este caso, se advierte claramente que no es una medida idónea para la defensa de los derechos invocados, dada la restricción de las causales impuestas para ese recurso. De acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, si los mecanismos alternativos de defensa al alcance del ciudadano no son lo suficientemente idóneos para proteger los derechos supuestamente conculcados, el accionante que acude a la tutela cumple así el requisito de procedibilidad de esta acción.¹¹

3. El otro presupuesto en discusión y que es motivo para negar las pretensiones del actor por parte de las sentencias de instancia, es el de dilucidar para este caso específico el tema de la inmediatez en la interposición de la tutela. Como se dijo en precedencia, uno de las exigencias previas al estudio de las demandas contra decisiones judiciales, es que se haya hecho un uso razonable en el tiempo de la presentación de la acción de tutela. En efecto, al tenor de la jurisprudencia, la acción de tutela es una acción ágil y apremiante, diseñada sobre un procedimiento urgente y célere, que permite la protección rápida de derechos fundamentales enfrentados a afectaciones reales y actuales de magnitud tal que el aparato jurisdiccional se ve obligado a hacer a un lado sus tareas ordinarias, a desplazar los procedimientos regulares que se someten a su consideración, para abordar de manera preferente el análisis del caso planteado.¹²

La jurisprudencia constitucional ha sido consciente de esta característica de la acción constitucional -calificada por la Corte como 'la inmediatez' del mecanismo de defensa- al advertir que la tutela debe interponerse en un término razonable, dentro del cual se presume que la afectación del derecho fundamental es inminente y realmente produce un daño palpable¹³.

Sobre dicho particular, valga citar algunas consideraciones de la primera sentencia que abordó de fondo el tema, la SU-961 de 1999:

“La posibilidad de interponer la acción de tutela en cualquier tiempo significa que no tiene término de caducidad. La consecuencia de ello es que el juez no puede rechazarla con fundamento en el paso del tiempo y tiene la obligación de entrar a estudiar el asunto de fondo. Sin embargo, el problema jurídico que se plantea en este punto es: ¿quiere decir esto que la protección deba concederse sin consideración al tiempo transcurrido desde el momento en que ha tenido lugar la violación del derecho fundamental?

“Las consecuencias de la premisa inicial, según la cual la tutela puede interponerse en cualquier tiempo, se limitan al aspecto procedimental de la acción, en particular a su admisibilidad, sin afectar en lo absoluto el sentido que se le deba dar a la sentencia. Todo fallo está determinada por los hechos, y dentro de estos puede ser fundamental el momento en el cual se interponga la acción, como puede que sea irrelevante.

“(…)

“Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción.

“(…)

“Si la inactividad del accionante para ejercer las acciones ordinarias, cuando éstas proveen una protección eficaz, impide que se conceda la acción de tutela, del mismo modo, es necesario aceptar que la inactividad para interponer esta última acción durante un término prudencial, debe llevar a que no se conceda. En el caso en que sea la tutela y no otro medio de defensa el que se ha dejado de interponer a tiempo, también es aplicable el principio establecido en la Sentencia arriba mencionada (C-543/92), según el cual la falta de ejercicio oportuno de los medios que la ley ofrece para el reconocimiento de sus derechos no puede alegarse para beneficio propio, máxime en los casos en que existen derechos de terceros involucrados en la decisión.”

De la misma manera, la jurisprudencia ha sostenido que el juez que conozca del caso concreto deberá analizar si a pesar de la no existencia de inmediatez, la tardanza en la interposición de la tutela está suficientemente justificada, entre otras razones por “existir una relación de causalidad entre la falta de interposición oportuna de la acción, en la medida de que se desconocen los motivos, y la presunta vulneración de los derechos de la accionante”¹⁴. Así entonces, para analizar este caso, la Corte recuerda que pueden presentarse situaciones en las cuales el cumplimiento del requisito de la inmediatez constituye una carga demasiado elevada para el tutelante en razón a sus circunstancias personales. Por eso, esta Corporación también ha establecido ciertos parámetros para determinar cuándo la tardanza no es un obstáculo a la procedibilidad del amparo. En la sentencia T-185 de 2007¹⁵ se reiteró:

“1. La existencia de razones válidas para la inactividad del actor;

“2. La posibilidad de que la inactividad injustificada del actor vulnere los derechos fundamentales de terceros afectados, si se llegase a adoptar una decisión por el juez de tutela;

“3. La existencia de un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los terceros interesados;

“4. La permanencia en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante, esto es, su situación desfavorable como consecuencia de la afectación de sus derechos continúa y es actual; y,

“5. La carga de la interposición de la acción de tutela resulta desproporcionada, dada la situación de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante.”¹⁷

En el presente caso, se advierte en el expediente que hay razones objetivas válidas para justificar la tardanza en la interposición de la tutela por lo siguiente:

Sostienen las sentencias objeto de revisión, que en tanto las providencias atacadas tienen fecha de 2006 y 2007, y la tutela se interpone en agosto de 2008, existe extemporaneidad en la presentación de la misma. Estima la Corte, que las sentencias erraron en la forma como valoraron dicho presupuesto, pues no tuvieron en cuenta que el juez

constitucional se pronuncia sobre las providencias judiciales cuando han puesto fin a la actuación procesal, y en este caso, la actuación que finiquitaba el proceso era la inadmisión del recurso de casación que presentó el accionante contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 40 Penal del Circuito de Bogotá.

En efecto, el día 5 de diciembre de 2007, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia decide no casar la sentencia y contra esa decisión inclusive, el accionante interpuso acción de tutela para que la Corte Suprema conociera del recurso extraordinario de casación; ésta tutela fue rechazada mediante providencia de febrero 7 de 2008. Luego, es claro que no existió inactividad del accionante en la defensa de sus derechos y que la tardanza en la interposición de la tutela está suficientemente justificada. Por tales razones, el tiempo para demandar en tutela se estima razonable y por ello, la solicitud de tutela no atenta contra el principio de inmediatez.

4. En cuarto lugar, tal como se describió en el capítulo de antecedentes, el accionante identifica los elementos de la providencia judicial que considera generaron la presunta vulneración de sus derechos y los presuntos derechos afectados, entre los que se encuentra el derecho al debido proceso.

5. En último lugar, las providencias cuestionadas son sentencias generadas en procesos ordinarios penales, no son fallos de tutela, de modo que tampoco se incumple el requisito que impide la procedencia de las acciones de tutela contra sentencias de la misma naturaleza.

Por estas razones, es procedente que la Sala entre a examinar frente al caso concreto, si las decisiones enjuiciadas evidencian la presencia de alguna causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

IV. CASO CONCRETO

1. Resumen de los hechos y del material probatorio

De las pruebas allegadas al expediente, y de los hechos expuestos en la demanda, se

tienen los siguientes datos importantes para decidir el presente asunto:

-La Sociedad IMAYINIS Comunicación Global S.A. fue constituida por escritura pública 0393 extendida el 9 de febrero de 1998 en la Notaría 35 de Bogotá. En el Capítulo III "De la administración y Control de la Sociedad" se establece -art. 31- que la Dirección, administración y representación serán ejercidas por los siguientes órganos principales: a) La Asamblea General de Accionistas; b) La Junta Directiva y c) La Gerencia.

-En el Capítulo VI se alude a "La Gerencia" y en el art. 52 de tal Capítulo se indica que la sociedad tendrá un Gerente" que será el representante legal de la misma y como tal, el ejecutor de los negocios y asuntos sociales". Se norma que en caso de falta absoluta, temporal o accidental del Gerente, lo reemplazará con iguales facultades o limitaciones el Subgerente y que el -período de ambos será de un año, pudiendo ser reelegidos indefinidamente.

-En el artículo 53 del capítulo VI, se establecen las funciones del Gerente. Además de las taxativamente dispuestas,¹⁸ se le confían las demás que le confieren las leyes, los estatutos y las que corresponden por la naturaleza del cargo.

-En la escritura de constitución se nombró como gerente al señor Juan Camilo Valencia y como Subgerente a Gonzalo Ardila Castro. La inscripción en la Cámara de Comercio sucedió el 20 de febrero de 1993 bajo el número 00623395 del libro 09 a nombre de IMAYINIS COMUNICACIÓN GLOBAL S.A.

-La escritura de constitución fue reformada por aumento de capital a través de la escritura pública 3649 del 15 de octubre de 1998; en la Asamblea General Extraordinaria de accionistas según acta número 9 de febrero 5 de 1999, se trató la renuncia del Doctor Juan Camilo Valencia y la aceptación a dicho cargo al doctor Alberto Monsalve Hernández.

-En septiembre de 2000, la División Jurídica Tributaria de la DIAN, denunció ante la Fiscalía General de la Nación que Francisco Alberto Monsalve, en su calidad de Representante Legal de la Sociedad IMAYINIS COMUNICACIÓN GLOBAL S.A., omitió consignar la suma de \$84.510.000, por concepto de retención en la fuente o IVA,

violando así el artículo 22 de la Ley 383 de 1997 modificado por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998 incorporado en el artículo 665 del Estatuto Tributario. En virtud de la anterior denuncia, el día 11 de octubre de 2000, la Fiscalía 219 Seccional, profirió resolución de apertura de investigación.

-Una vez abierta la investigación, la Fiscalía procedió a su vinculación, citándolo a una dirección en la que él no vivía, y lo declaró persona ausente el día 13 de marzo de 2002. El día 25 de abril de 2002, la Fiscalía profirió cierre de la investigación.

-El día 30 de julio de 2002, la Fiscalía profirió resolución de acusación en contra del accionante por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador- dispuesto en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000- en concurso homogéneo y sucesivo.

-El 29 de abril de 2003, se dio paso al juicio en el Juzgado 40 Penal del Circuito, en donde se alcanzó a adelantar la audiencia preparatoria y pública de juzgamiento. Sin embargo, el error en la notificación sirvió de fuente para presentar una acción de tutela por violación al debido proceso, la cual terminó con la nulidad de la actuación procesal.

- La actuación se adelantó nuevamente y el 28 de febrero de 2006 concluyó el juicio con sentencia condenatoria, la cual fue apelada por la defensa, por desconocer el juzgado el error de tipo en el que estaba incurso el imputado, es decir, por proferir el juzgado una sentencia con sustento en la proscrita responsabilidad objetiva.

-El día 6 de febrero de 2007, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resolvió el recurso de apelación, confirmando la decisión de primera instancia. Contra esa decisión se presentó recurso extraordinario de casación por violación del principio de legalidad.

-El día 5 de diciembre de 2007, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, decide no casar la sentencia por ser ésta discrecional. En consecuencia, el accionante interpuso una tutela contra esa decisión, la cual también fue decidida en febrero de 2008 de manera contraria a sus intereses.

-En agosto de 2008, presenta la acción de tutela de la referencia, alegando las siguientes razones: (i) fue condenado en una investigación donde no existió prueba en su contra, con ostensible violación al debido proceso al no haberse aplicado el artículo 556 del Estatuto Tributario; (ii) se desconoció la responsabilidad de presentar las declaraciones de impuestos, pues ésta no radicaba en su cabeza como representante legal principal, sino en la del representante legal suplente, quien nunca fue vinculado al proceso; (iii) que no tiene otro medio de defensa diferente al de la acción de tutela para la

reparación del daño que se le causó con la sentencia, pues el recurso de revisión no procede para su caso; (iv) que en el proceso nunca se desvirtuó la presunción de inocencia y sin embargo fue condenado, por lo que procede la acción de tutela ante la necesidad urgente e inmediata de restablecer sus derechos fundamentales.

2. Prolegómenos al estudio de las posibles causales de procedibilidad en las decisiones judiciales enjuiciadas

Sea lo primero reiterar que para que una interpretación judicial se constituya en una causal de procedibilidad de la acción de tutela, es indispensable que la misma defienda una lectura de las normas realmente contraria a su sentido lógico, manifiestamente opuesta a los principios de derecho y salida del cauce de la juridicidad.

La Corte advierte como prolegómeno al estudio detallado de los cargos de la demanda, que en sede de revisión de tutela, sólo analiza si la providencia acusada incurrió en uno de los tradicionales defectos que constituyan vía de hecho, o si se advierte en el fallo enjuiciado alguna de las causales de procedibilidad indicadas por la doctrina constitucional vigente, de tal manera que lo que debe realizar en este caso, es un

juicio de validez de la sentencia penal, y no un juicio de corrección, en tanto no obra el juez de tutela como una instancia más dentro del proceso penal.

El Consejo Superior de la Judicatura actuando como ad quem de tutela en el presente caso, consideró acertadamente, que mediante la acción de tutela no es viable impugnar sentencias judiciales cuando el ataque se refiere a la existencia de controversias frente al criterio jurídico del juez ordinario. La Sala comparte esta aseveración y agrega que el controversial manejo del amparo constitucional contra sentencias judiciales pasa en gran medida por la errónea creencia de que la tutela es una tercera instancia.

Por ello, es menester señalar que la procedibilidad de revisión constitucional de los fallos judiciales, atiende a una única posibilidad: que la decisión del juez ordinario vulnere la Constitución. Por esto, la revisión del juez de tutela en estos casos queda limitada a detectar que de la presencia de una causal de procedencia de tutela contra sentencias, se derive un perjuicio iusfundamental. De ahí, que los motivos que pueden esgrimir los tutelantes correspondan únicamente a la vulneración de un derecho fundamental desprendida de un fallo judicial¹⁹.

En punto a establecer el alcance y especialmente los límites que deben observarse para admitir la procedencia excepcional de la tutela contra decisiones judiciales, la jurisprudencia constitucional también se ha ocupado de establecer que el ejercicio de esta competencia no puede representar en modo alguno una invasión del ámbito propio de las funciones del juez ordinario, de tal manera que se haga prevalecer o imponer la interpretación normativa que efectúe el juez de tutela o la valoración que éste haga respecto de los hechos y de las pruebas. Por tal razón, este Tribunal ha sostenido que un proceder de estas características evidenciaría el desconocimiento del principio de la autonomía judicial, de manera que debe entenderse que las hipótesis de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales -como también se han denominado por la jurisprudencia constitucional reciente- remiten a la consideración de defectos objetivamente verificables, de tal manera que sea posible establecer que la decisión judicial, que debiera corresponder a la expresión del derecho aplicable al caso concreto, ha sido sustituida por el arbitrio o capricho del funcionario judicial que ha proferido una decisión que se muestra evidentemente incompatible con el ordenamiento superior.²⁰

Como se dijo en el acápite respectivo, si bien la acción de tutela es procedente por excepción contra las decisiones judiciales en donde se advierta una causal para su procedencia, el juez de tutela no puede convertirse en un funcionario de instancia en relación con las decisiones adoptadas por la autoridad jurisdiccional accionada, pues en estos casos su función se limita a determinar si se incurrió en una de tales causales. Dicho de otra forma, muy a pesar de que jurídicamente se pueda controvertir una providencia jurisdiccional en sede de tutela, el juez constitucional no debe conceder el amparo simplemente porque considere que su juicio o interpretación deba predominar sobre el del funcionario judicial accionado, ya que, en virtud de la autonomía de que goza éste último, la prosperidad de la acción de tutela queda restringida para aquellos casos en que la decisión carezca de tal grado de razonabilidad que no pueda predicarse ningún asidero en el derecho en correlación con la realidad procesal; o sea, cuando se trata de una manifestación del puro o antojadizo arbitrio del funcionario accionado²¹.

Así, pues, es en ese marco en donde debe estudiarse la existencia o no de las causales de procedibilidad de la presente tutela, recordando, como se indicó, que la aplicación de la doctrina constitucional en ese tópico, tiene un carácter eminentemente excepcional, por virtud del principio de independencia de la administración de justicia y del carácter residual de la acción de tutela. Por tal razón, las causales de procedibilidad deben ser capaces de desvirtuar la juridicidad del pronunciamiento judicial objeto de cuestionamiento²².

Delimitados así los términos de la presente revisión, se analizarán los cargos de la demanda que se concretan en sostener (i) que se dejó de aplicar una norma legal pertinente para el caso y se aplicó otra erradamente y (ii) no se observó en debida forma el material probatorio que le era favorable al accionante, derivando de contera en una condena por responsabilidad objetiva de la conducta penal.

Primer cargo: Se dejó de aplicar una norma pertinente para el caso:

Aunque la demanda no lo dice expresamente, ni define los contornos del defecto que se pretende alegar para encajar la conducta en él, al parecer el accionante intenta demostrar la existencia de un posible defecto sustantivo(aquel que se produce cuando la decisión

controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable) en las providencias atacadas al sostener que se ignoró el contenido del artículo 556 del Estatuto Tributario que reconoce la posibilidad del ejercicio de la representación legal de la sociedad a quien se desempeña como subgerente. Dice así la norma: "ARTICULO 556. Representación de las personas jurídicas. La representación legal de las personas jurídicas será ejercida por el Presidente, el Gerente o cualquiera de sus suplentes, en su orden, de acuerdo con lo establecido en los artículos 372, 440, 441 y 442 del Código de Comercio, o por la persona señalada en los estatutos de la sociedad, si no se tiene la denominación de presidente o gerente. Para la actuación de un suplente no se requiere comprobar la ausencia temporal o definitiva del principal, sólo será necesaria la certificación de la Cámara de Comercio sobre su inscripción en el registro mercantil. La sociedad también podrá hacerse representar por medio de apoderado especial". De la misma manera arguye, que se hizo una indebida aplicación del artículo 572 del Estatuto Tributario.

Estima la Corte, que en el presente caso, tanto la sentencia de primera instancia objeto de tutela, como la decisión del Tribunal Superior que la confirma, fueron consistentes con la normativa legal vigente en la materia y con la jurisprudencia constitucional sobre el tema, por lo que no incurrieron en los defectos alegados por el accionante.

-El cargo que presenta el accionante no tiene prosperidad alguna, por cuanto las sentencias atacadas, argumentaron precisamente lo que el demandante echa de menos, y es la existencia en la referida empresa, tanto de un gerente como de un subgerente pero de manera alternativa y no simultánea.

Así, dijo el fallo del Tribunal Superior:

"Según los estatutos consignados en escritura pública, la empresa comercial de que se habla, en las etapas conocidas, designó un solo gerente y un solo suplente de Gerencia con facultades para reemplazarlo en faltas absolutas, temporales o accidentales; esto es, quedó claro tratarse de una facultad alternativa y no simultánea.

En segundo lugar, la designación de FRANCISCO ALBERTO MONSALVE no generó variación estatutaria, pues sus deberes y obligaciones quedaron estipuladas en la escritura de constitución y en la de su reforma.

No puede ser de recibo la excusa según la cual el encargado de las obligaciones tributarias era el Departamento Contable cuya vigilancia corría por cuenta del contador, pues ni el Departamento citado ni el contador verifican el objeto social, siendo su función de contenido meramente técnico pero sin asumir la responsabilidad del Gerente.

-Las sentencias de primera y segunda instancia dentro del proceso penal ordinario se fundamentan en que las responsabilidades tributarias son asumidas directamente por el representante legal de la sociedad, compromiso que puede ser delegado, teniendo la obligación de informar debida y oportunamente a la DIAN pues de lo contrario se entiende que aquél asume las consecuencias que acarree el incumplimiento de las obligaciones. La norma que el accionante encuentra inaplicada, pero que fue ampliamente tratada por la sentencia de primera instancia, es una disposición de representación más no de responsabilidades que era el tema comprometido en las sentencias ordinarias, de allí, que el artículo 572 del Estatuto Tributario, contrario a lo que afirma el actor, era la norma perfectamente aplicable al caso y que dice lo siguiente:

“Representantes que deben cumplir deberes formales. Deben cumplir los deberes formales de sus representados, sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas:

“c) Los gerentes, administradores y en general los representantes legales, por las personas jurídicas y sociedades de hecho. Esta responsabilidad puede ser delegada en funcionarios de la empresa designados para el efecto, en cuyo caso se deberá informar de tal hecho a la administración de impuestos y aduanas correspondiente.

Igualmente, la sentencia avaló su postura en lo consignado por el artículo 164 del Código de Comercio que prescribe:

Por ese motivo, la sentencia del Juzgado 40 Penal del Circuito sostuvo:

...“ no hay duda de que Francisco Alberto Monsalve fungió como representante legal de la sociedad Imayinis durante los años 1999 a 2000 época en la que se causaron las omisiones que son objeto de juzgamiento.

Ahora bien, si como podemos razonablemente colegir, el acusado delegó las funciones administrativas propias de su cargo, y por ende, lo concerniente a la declaración de

impuestos, recaudo y consignación de IVA y retención en la fuente, en el subgerente GONZALO ARDILA, lo que echa de menos este despacho es el acto formal de delegación expresa de dichas funciones, con aviso oportuno a la DIAN, para que las responsabilidades derivadas de su incumplimiento se radicaran en cabeza del subgerente y no del representante legal, quien de antemano los tiene por ser parte de su órbita de competencia.

Igualmente consideró:

“Tan conciente fue de esta responsabilidad el señor MONSALVE, que en el paginario se observa su aceptación expresa al cargo de representante legal y gerente general de la firma Imayinis Comunicación Global, manifestación que aparece avalada con su propia rúbrica y que contradice lo que expresó en su alegato final, cuando dijo que nunca estuvo vinculado a la nómina de la empresa y que tampoco representó a la sociedad.

De igual manera, al tenor literal de lo consagrado en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad y en sus propios estatutos sociales, no se deduce de ninguna manera un ejercicio simultáneo de la representación legal en cabeza del gerente y del subgerente, sin o una subsidiariedad o suplencia en dichas funciones de éste respecto de aquél”.

Y avanzó diciendo:

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como quiera que no es el agente retenedor quien soporta la carga impositiva, es decir, no es el sujeto pasivo de la relación tributaria, se convierte entonces en intermediario entre los contribuyentes y el Estado, a efectos de lograr el recaudo de los tributos de aquellos con destino a éste. En tal virtud, la ley expresamente atribuyó a los representantes legales de las empresas recaudadoras, dada la naturaleza de sus funciones, una verdadera posición de garantes, respecto del bien jurídicamente tutelado de la administración pública para efectos específicamente tributarios, de suerte que si no delegan esa responsabilidad en los términos previstos en el Estatuto Tributario, deberá entenderse que no han renunciado a ella y que lógicamente la asumen íntegramente. En otras palabras, el Gerente nombrado e inscrito en la Cámara de Comercio, mantiene su posición de garante respecto del bien jurídico protegido - la administración pública- hasta tanto no surta el procedimiento

legal de delegación expresa de la función que le es inherente en virtud de su rol como representante legal de la empresa, y que hace parte integral de su ámbito de competencia por expresa disposición legal.”

En relación con el cargo endilgado, la sentencia del Juez 40 Penal del Circuito de Bogotá, indicó:

Que no se arguya un posible desconocimiento de este imperativo legal(el comunicar a la DIAN la delegación de las responsabilidades tributarias) toda vez que si el aquí procesado realmente pretendió desentenderse como representante legal de las obligaciones tributarias de la empresa, debió proceder de conformidad - informar oportunamente a la DIAN- sobre la identidad del encargado , con la constancia de su aceptación, obligación que bajo ningún pretexto le sería dado omitir, en el caso de querer delegar esas funciones- máxime en tratándose de una persona que asume la triple condición de representante legal de una compañía, experto en negocios y relaciones públicas corporativas, y de contera, abogado profesional y profesor universitario en derecho.

Según lo anterior, las sentencias motivo de tutela, no ignoraron, como lo quiere hacer ver el accionante, que la ley permite que la representación de la empresa podía estar en cabeza del gerente y del subgerente, pero advirtieron que si bien “es posible que la ley y la costumbre mercantil avalen la posibilidad de que una sociedad anónima sea legalmente representada por una pluralidad de personas naturales, tal como pudo suceder en este caso, lo cierto es que la voluntad de los socios de Imayinis no fue precisamente adoptar esa modalidad de representación conjunta, sino, como claramente se colige de las normas estatutarias, optaron por establecer una representación subsidiaria del Subgerente(como representante suplente) en caso de ausencia absoluta, temporal o accidental del gerente con iguales facultades y limitaciones”.

El tema de la delegación de funciones, fue paradójicamente, lo que ocupó toda la hermenéutica del fallo de primera instancia, aunque el accionante así no lo vea; de hecho, la sentencia sostuvo también que había existido una violación al deber de vigilancia que le competía claramente al accionante frente a las supuestas responsabilidades

delegadas al subgerente. Por eso anotó:

“cuando el procesado alega que hubo delegación verbal de las funciones administrativas del representante legal, y con ellas de las obligaciones tributarias de la empresa hacia el subgerente, tácitamente esta invocando el principio de confianza, para ubicar en la esfera de responsabilidad del señor ARDILA CASTRO, los deberes de recaudo y transferencia de tributos de la compañía (Monsalve confió en que ARDILA asumiría y cumpliría las obligaciones que le delegó). Pero ocurre que unas de las excepciones a la aplicación del principio de confianza estriba precisamente en el deber de vigilancia, cuando se tiene el control de otros que están bajo su dependencia, de suerte que quien tiene el deber de vigilar no puede alegar el principio de confianza. Por consiguiente al no ejercer su deber de vigilancia,(tal como lo reconoció el propio procesado) ni desprenderse de su posición de garante en la forma prevista en las normas tributarias, el acusado infringió sus obligaciones de custodia del bien jurídico que se encomendó, en tanto representante legal de la empresa IMAYINIS COMUNICACIÓN GLOBAL S.A. Luego, no puede alegar su inocencia por no ocuparse directamente de las obligaciones legales que le competían, habida cuenta que, en virtud de un principio general del derecho y de la vida práctica, nadie puede alegar a su favor su propia negligencia”

A las claras se observa, que lo que hicieron las sentencias atacadas en punto al primer defecto que le atribuyó el accionante, en nada se compadece con lo que resulta una “aplicación indebida de un precepto legal” ora por subsumir el caso en una norma evidentemente inaplicable ora por desconocer la norma cuyos efectos jurídicos se debían atribuir a la situación que en su momento dispuso el Juez natural para ello, en este caso el Juez 40 Penal del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de la misma ciudad, pues justificaron y motivaron razonadamente su decisión en la normativa pertinente, que a lo sumo, puede tener valoraciones o interpretaciones diversas, pero jamás constituyen decisiones caprichosas y violatorias del ordenamiento jurídico como lo supone la realización de una vía de hecho.

Segundo cargo. De las circunstancias expuestas en la demanda, podría colegirse otro cargo, que aunque tampoco es expreso, parecería estar en la siguiente dirección: existió vía de hecho, quizás un defecto fáctico, porque no se tuvo en cuenta el material

probatorio que sustentaba su presunción de inocencia, y se aplicó responsabilidad objetiva.

Con relación a este cargo, valga decir que las sentencias objeto de tutela, se fundamentaron razonablemente y tuvieron el cuidado de sustentar su argumentación en la jurisprudencia constitucional, y por ello no se aprecia arbitrariedad alguna por parte de los jueces ordinarios, ni tienen cabida los cargos endilgados. Cuando se ataca una sentencia en sede de tutela, lo que el juez analiza es si la providencia es inválida por violar protuberantemente el debido proceso, (lo que no sucede en este caso) sin entrar a determinar si la sentencia fue correcta o si el juez de tutela, de haber conocido del caso como juez penal, civil, laboral o contencioso, hubiera fallado en otro sentido o fundándose en argumentos diferentes. El juez de tutela no sustituye al juez de instancia civil, penal, laboral, sino que juzga la validez constitucional de su actuación. Por su parte, el juez ordinario, que se basa en la jurisprudencia constitucional, contenciosa, civil, penal o laboral aplicable al caso, no incurre en una vía de hecho, salvo que ésta sea manifiestamente contraria a un derecho fundamental.²³

Así, se aprecia en este caso, que la sentencia de primera instancia cuya anulación se solicita por tutela, está apoyada en la jurisprudencia constitucional que declaró la exequibilidad de la norma que regulaba la responsabilidad penal por omitir la consignación de las retenciones en la fuente y del IVA, y trató precisamente el punto del cual se queja el accionante, el de la posible responsabilidad objetiva en los casos de agentes retenedores. En efecto, la sentencia traída con pertinencia por el juez ordinario, señaló que al radicar esa carga en cabeza de los representantes legales, no se está asumiendo un criterio de responsabilidad objetiva. Así, la sentencia del Juzgado 40 Penal del Circuito citó la sentencia C-1140 de 2000 en lo pertinente dijo:

En consecuencia, mal puede afirmarse que la norma está sancionando al representante legal de la sociedad por el sólo hecho de ostentar dicha condición, ya que su implicación deviene del hecho de no observar el deber impuesto por la ley a la entidad que legítimamente representa, el cual conlleva, como se dijo, a un apoderamiento arbitrario de dineros de naturaleza fiscal y, por contera, a un enriquecimiento ilícito. Que

la ley considere responsable al representante legal de la sociedad cuando no se ha informado a la autoridad el nombre de la persona delegado para actuar como agente retenedor, no es asunto que viole la Constitución, pues, en sentido estricto, es al representante legal a quien compete asumir directamente esa función y, por contera, la responsabilidad penal derivada de su incumplimiento. Ello es consecuente, si se tiene en cuenta que, en el ámbito de sus competencias legales y estatutarias -lo ha dicho la Corte-, es deber de los administradores o representantes legales “gestionar las empresas evitando que al abrigo de su objeto social se violen las normas penales y se generen daños a la sociedad”.

Por lo demás, el material probatorio allegado al expediente, fue con detalle analizado en las sentencias objeto de tutela, y no se advierte el posible defecto fáctico, (aquel que implica, falta de valoración o defectuosa valoración del material probatorio). La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, inclusive, discrimina cada una de las piezas procesales del proceso ordinario para concluir que (i) conforme los estatutos de la empresa, Ardila reemplazaba al gerente en sus faltas, sin que de ello se pueda generar el entendimiento de que los deberes de aquél los asumía éste, mucho menos los tributarios; (ii) sostuvo la sentencia del Tribunal que a la luz de las pruebas allegadas al expediente, los estatutos de la empresa no fueron modificados en el momento de asumir Monsalve y por ello es necesario concluir, que a éste le correspondían los mismos deberes de su antecesor, quien en el plenario sostuvo que las obligaciones tributarias eran de su mayor prioridad; (iii) entendió igualmente la sentencia que dada la connotación del cargo que ostentaba y la ausencia de comunicación a la DIAN sobre quién ejercitaría las funciones de agente retenedor, las excusas sobre los acuerdos internos de la empresa no pueden oponerse a la administración de impuestos.

En suma, la Corte concluye que en las providencias cuestionadas no se evidencia ninguna causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Como se demostró, aquéllas no son el producto de un actuar caprichoso de los jueces, sino de la conjunción de la apreciación de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y la interpretación legal de las normas aplicables al caso concreto, que le permitieron llegar a la convicción de que se estructuraban los elementos del tipo penal endilgado al accionante.

Se confirmarán entonces las sentencias de instancias, pero por los argumentos expuestos en este fallo.

V.- DECISIÓN.

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR, pero por las razones expuestas en este fallo, la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura con fecha del 1° de abril de 2009, que había negado la tutela por la falta de inmediatez en la presentación de la demanda y por no cumplirse el presupuesto de subsidiariedad.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T- 296 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

2 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-389/07, T-907/06, SU-881/05, C-590/05, T-642/05, T-1042/04, T-701/04, SU-159/02, SU 1184/01, T-1030/01 y T-231/94.

3 Al respecto, ver las sentencias C-590/05, T-701/04

4 Sobre este carácter ver las sentencias T-055/08, T-593/07.

5 Ver, entre otras, las sentencias C-800A-02, SU-1184/01, T-983/01, T-231/94 y T-173/93

6 Ibídem.

7 Ver sentencia C-590/05.

8 Sentencia T-522/01.

9 Cfr. Sentencias T-462/03; SU-1184/01; T-1625/00 y T-1031/01.

10 Ibídem.

11 T-942 de 2007

12 T-519 de 2006.

13 Lo anterior en nada pugna con el principio según el cual, la acción de tutela puede interponerse en cualquier tiempo y no tendrá término de caducidad, pues el hecho de que la tutela no pueda rechazarse por el simple paso del tiempo no significa que al analizar la vulneración del derecho fundamental el juez considere que el daño ya no es actual o que el perjuicio no es inminente. Así lo reconoce la jurisprudencia constitucional desde la Sentencia SU-961 de 1999.

14 Sentencia T-570 de 2005.

15 En la sentencia T-185 de 2007 (MP: Jaime Araújo Rentería) la Corte conoció de un caso en el que un ex docente del municipio de Pueblo Nuevo-Córdoba reclamaba la vulneración a su derecho a la igualdad toda vez que el municipio no le había cancelado

prestaciones sociales por los servicios prestados en el año 2002 bajo una orden de prestación de servicios. Lo anterior ya que en sentencias de esta Corporación de los años 1997 y 1999 se había determinado que el pago de dichas prestaciones era procedente en los casos de contratación bajo órdenes de prestación de servicios en los casos en que se constatará una relación de subordinación y dependencia del contratista frente a la administración. La Corte determinó que la acción de tutela no era procedente toda vez que no cumplía con los requisitos de inmediatez y subsidiaridad establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

16 Estos criterios aparecen claramente referenciados, entre otras, en las sentencias T-905 de 2006 y SU-961 de 1999.

17 Sentencia T-185 de 2007 MP: Jaime Araújo Rentería. Ver, entre otras, las sentencias T-1000 de 2006 MP: Jaime Araujo Rentaría, T-1050 de 2006 MP: Jaime Araújo Rentería, T-1056 de 2006 MP: Jaime Araújo Rentería.

18 Representar a la sociedad judicial y extrajudicialmente y usar la firma social; ejecutar y hacer cumplir los acuerdos de la asamblea general y de la junta directiva y convocarlos a reuniones ordinarias o extraordinarias; nombrar y remover libremente los empleados de la sociedad; constituir los apoderados judiciales o extra judiciales necesarios para la adecuada representación delegándoles las funciones que estime convenientes; enajenar o gravar totalmente la empresa previa autorización de la asamblea general de accionistas; ejecutar por sí mismo los actos cuyos contratos tiendan al desarrollo del objeto social pudiendo comprar o adquirir en cuantía igual o inferior a 50 salarios mínimos legales diferentes negocios taxativamente indicados; presentar a la asamblea general de accionistas informe detallado de la marcha de los negocios y las reformas necesarias; presentar a la asamblea general de accionistas el balance e inventarios generales y el estado de perdidas o ganancias.

20 T-907 de 2006.

21 T- 555 de 2008

22 Sentencia T-933 de 2003.

23 T-1042 de 2004