El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / COMPENSACIÓN ANTE LA DIAN / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / DEBEN UTILIZARSE LOS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA, SALVO QUE EXISTA UN PERJUICIO IRREMEDIABLE / CUANDO HAY PROCESO EN CURSO, LO DISCUTIDO DEBE PLANTEARSE DENTRO DE ÉL.**

En este caso lo que pretende el accionante es que por este mecanismo constitucional se ordene a la DIAN compensar los saldos que por concepto de impuestos ha pagado la sociedad Émerson Jaimes y Cia Ltda, con el fin de que se declare cumplida la obligación y se termine la acción penal contra el señor Émerson Edilberto Jaimes, en su condición de representante legal de dicho establecimiento.

Frente a las pretensiones que hace el accionante, debe reiterarse que en principio la tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable…

Sobre el particular en la sentencia T-313/05, la H. Corte Constitucional indicó:

“[…] La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales cuyas características y condiciones son definidas por la misma Carta Política. Dentro de estos requisitos se encuentran la subsidiariedad y la inmediatez.

El primero está relacionado con la necesidad que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, dicho instrumento pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional y transitoria”.

La Corte Constitucional también ha señalado que es en el interior de cada proceso donde se deben ventilar las presuntas vulneraciones a los derechos y garantías fundamentales que se reclaman, por cuanto: “no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso” .

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

SALA N º 2 DE ASUNTOS penales

para adolescentes

Magistrado Ponente

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Pereira, diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Acta de Aprobación N° 441

1.- VISTOS

Desata la Sala por medio de este proveído la impugnación interpuesta por el representante legal de la sociedad **ÉMERSON JAIMES y CIA LTDA**, frente al fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Pereira (Rda.), con ocasión de la acción de tutela presentada contra la DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -en adelante DIAN-

2.- DEMANDA

Lo narrado en el escrito de tutela por el representante legal de la sociedad,se puede concretar así: (i) la DIAN por intermedio de apoderado presentó denuncia en contra del representante legal de la sociedad **ÉMERSON JAIMES y CIA LTDA** por el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, denuncia que cursa ante la Fiscalía 10 Seccional de Pereira por la suma de $14’034.000.oo; (ii) la sociedad, muy a pesar del proceso de liquidación en que se encuentra, realizó abonos a la citada obligación de la siguiente manera: “IVA 2016 período 2 de marzo 04 de 2019 por $1’070.000.oo”, al igual que “IVA 2016 período 3 de mayo 07 de 2019 por valor de $7’776.000.oo”; (iii) en la página de internet de la DIAN observó que solo se encuentra pendiente la obligación por ventas del año 2017, período 1, por valor de $8’333.000.oo; (iv) la sociedad presenta a favor los siguientes saldos: “obligación 100217013035300 del año gravable 2017, período 2, por valor de $3’680.000.oo” y “obligación 100217013035325, año gravable 2017, período 3, por valor de $5’148.000.oo”; (v) el saldo a favor de la empresa **ÉMERSON JAIMES y CIA LTDA** satisface con creces las obligaciones que dieron lugar a la denuncia; (vi) radicó ante la Fiscalía solicitud de aplicación de la figura de la compensación contemplada en el Estatuto Tributario, para que se diera lugar al cese de procedimiento dentro del proceso penal de acuerdo con el artículo 402 C.P.; igualmente (vii) por medio de un derecho de petición dirigido a la DIAN en julio 03 de 2019, se solicitó dicha compensación y la cancelación de las obligaciones; y (viii) la DIAN resolvió de forma negativa la solicitud de compensación.

Pidió la protección de sus derechos fundamentales a la libertad y debido proceso, y a consecuencia de ello se ordene a la DIAN que compense el saldo a favor y declare cumplida la obligación que dio lugar a la denuncia ante la Fiscalía, con el consiguiente archivo definitivo de la acción penal.

3.- TRÁMITE Y FALLO

**3.1.-** El funcionario de primera instancia asumió el conocimiento, corrió traslado de la tutela a la DIAN, y vinculó oficiosamente al GESTOR II DIRECCIÓN SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE PEREIRA, a cuyo efecto la apoderada judicial de la DIAN informó lo siguiente: (i)- si bien los hechos relacionados por el accionante son parcialmente ciertos, de todas formas la realidad enseña que sí existen obligaciones fiscales pendientes de pago y ello dio lugar a que se instaurara la correspondiente denuncia; (ii)- mediante oficio 1.16.242.448.003049 de julio 09 de 2019, se le explicó al accionante el procedimiento a seguir para atender la petición de devolución y/o compensación de conformidad con la normativa tributaria vigente; (iii)- el plazo para solicitar la devolución de saldos, de acuerdo con el artículo 850 del Estatuto Tributario, es de dos años, y se debe contar desde la fecha en que vencía el plazo para presentar la declaración que arrojó el saldo a favor; (iv)- si el contribuyente no presenta la solicitud de devolución de saldos en el plazo establecido, naturalmente pierde el derecho a la devolución, y tendrá como opción la imputación en la siguiente declaración; (v)- el procedimiento para solicitar devolución o compensación se hace desde la plataforma de la DIAN; (vi) para iniciar el procedimiento se requiere una acción por parte del interesado, concretamente hacer la solicitud formal y que la misma quede radicada en el aplicativo de la entidad, pero no por medio de un derecho de petición como aquí sucedió; (vii) el contribuyente es quien puede activar cada una de las acciones y no queda a la liberalidad de la administración, pero a la fecha el señor ÉMERSON EDILBERTO JAIMES no se ha acercado a la dependencia competente con el fin formalizar su solicitud de compensación o devolución en el aplicativo correspondiente, y (viii) la DIAN no ha vulnerado, por tanto, ningún derecho fundamental en el presente asunto.

**3.2.-** Vencido el plazo constitucional, el a quo mediante sentencia de agosto 08 de 2019 declaró improcedente la acción de tutela. Para llegar a la anterior determinación consideró que el medio idóneo para resolver la controversia es la vía administrativa, sin que sea justificación que la tutela es la acción más expedita y ágil por su informalidad, ya que si tal ejercicio se fundara exclusivamente en dicho criterio, la tutela desplazaría por completo a la jurisdicción ordinaria en virtud a los principios que la rigen y los reducidos términos establecidos para decidir.

4.- IMPUGNACIÓN

**4.1.-** El representante legal de la sociedad **ÉMERSON JAIMES y CIA LTDA** señaló: (i) la respuesta que se dio a su petición merece reproche, y así lo debió valorar el juez de primera instancia; (ii) el a quo analiza que efectivamente se dio una respuesta de fondo por parte de la DIAN, y que dicho acto administrativo debe ser atacado ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pero se desconoció que de manera excepcional se puede interponer la tutela para evitar un perjuicio irremediable; (iii) la DIAN no se debió limitar a indicar el procedimiento existente para realizar la compensación, toda vez que lo puso ad portas de la audiencia de imputación en el proceso penal, con las consecuencias que de allí se derivan; (v) si bien es cierto el acto administrativo se puede atacar por medio de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el no tutelar sus derechos fundamentales le causará potencialmente un perjuicio irremediable porque la acción penal continuará y podrá dar lugar incluso a una pena privativa de la libertad; y, finamente (vi) no existe un medio de defensa judicial eficaz, de carácter ordinario, que le permita cuestionar la decisión adoptada por la DIAN.

Solicita en consecuencia se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se protejan sus derechos fundamentales a la libertad y debido proceso, con la consiguiente orden a la DIAN de compensar el saldo que la sociedad registra a su favor con ocasión de los pagos ya realizados, y con fundamento en ello se extinga la obligación que dio lugar a la denuncia.

**4.2.-** La Corporación mediante auto de septiembre 12 de 2019 puso de presente a la Fiscalía 10 Seccional de esta ciudad el artículo 137 C.G.P. -advertencia de nulidad-, a consecuencia de lo cual la delegada del ente acusador manifestó: (i) que la pretensión del accionante la debe resolver única y exclusivamente la DIAN, en cuanto no le corresponde a la Fiscalía suspender o dar por terminado el proceso penal sin tener un certificado oficial de la DIAN acerca del pago de esa obligación; (ii) que así se lo había manifestado expresamente al interesado en una comunicación de fecha julio 15 del año que transcurre, la cual adjunta; y (iii) que aquí no hay lugar por tanto a decretar una nulidad para efectos de disponer la vinculación de la Fiscalía que a su juicio resulta improcedente, pero que de considerarse necesaria entonces estima que tal irregularidad debe entenderse saneada.

5.- POSICIÓN DE LA SALA

Se tiene competencia para decidir la impugnación incoada contra el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de esta capital, de acuerdo con las facultades conferidas en los artículos 86 y 116 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591/91, y 1º del Decreto 1382/00, modificado por los Decretos 2591/91 y 1983/17.

**5.1.- Problema jurídico planteado**

Corresponde al Tribunal determinar el grado de acierto o desacierto de la decisión contenida en el fallo impugnado, en cuanto declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el representante legal de la sociedad **ÉMERSON JAIMES y CIA LTDA**. De conformidad con el resultado, se procederá a tomar la determinación pertinente, ya sea para convalidar la determinación, para revocarla como lo pide el apelante, o para modificarla o aclararla si hay lugar a ello.

**5.2.-** **Solución a la controversia**

Como anotación previa corresponde decir que la Sala vislumbró una posible nulidad por la no vinculación de la Fiscalía 10 Seccional al trámite de esta acción de tutela. Situación que se entiende saneada con la intervención oportuna de la titular de ese despacho en el trámite de la segunda instancia, acorde con lo establecido en el artículo 137 CGP. Se pasa por tanto a resolver de fondo el recurso de alzada interpuesto por el accionante.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona podrá acudir a la tutela para reclamar la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, y procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o particulares según se trate, siempre que: “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La acción de tutela ha sido por excelencia el medio más expedito en materia de protección de derechos fundamentales, y gracias a ella el Estado Colombiano logró optimizarlos y hacerlos valer a todas las personas sin discriminación alguna.

En este caso lo que pretende el accionante es que por este mecanismo constitucional se ordene a la DIAN compensar los saldos que por concepto de impuestos ha pagado la sociedad **ÉMERSON JAIMES y CIA LTDA**, con el fin de que se declare cumplida la obligación y se termine la acción penal contra el señor ÉMERSON EDILBERTO JAIMES, en su condición de representante legal de dicho establecimiento.

Frente a las pretensiones que hace el accionante, debe reiterarse que en principio la tutela no procede cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, caso en el cual se debe demostrar la premura de la situación y la importancia del auxilio constitucional; es decir, que no puede utilizarse como forma de evadir los procesos ordinarios debidamente establecidos en la ley.

Sobre el particular en la sentencia T-313/05, la H. Corte Constitucional indicó:

“[…] La acción de tutela es un mecanismo de protección de derechos fundamentales cuyas características y condiciones son definidas por la misma Carta Política. **Dentro de estos requisitos se encuentran la subsidiariedad** y la inmediatez.

El primero está relacionado con la necesidad que en cada caso concreto se acredite que el afectado no cuenta con otro mecanismo de protección de sus derechos o que, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, dicho instrumento pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional y transitoria.[[1]](#footnote-1)

**El fundamento constitucional de la subsidiariedad, bajo esta perspectiva, consiste en impedir que la acción de tutela, que tiene un campo restrictivo de aplicación, se convierta en un mecanismo principal de protección de los derechos fundamentales**. En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones.”

Debe recordarse igualmente, que han sido varios los pronunciamientos en los cuales la Sala de Decisión de tutelas[[2]](#footnote-2) de la H. Corte Suprema ha reiterado que al juez constitucional no le es permitido inmiscuirse en “procesos en curso”, tal como se expresó en el radicado 68111 de julio 18 de 2013, así:

“Adicionalmente, observa la Sala que **el proceso seguido en contra de XXX se encuentra en curso, luego será en ese escenario donde a través de los medios de defensa judicial podrá reclamar el amparo de las garantías fundamentales que considera conculcadas**, pues como reiteradamente lo ha dicho la Corte al juez de tutela tampoco le es permitido intervenir en procesos en curso, no sólo porque desconoce la independencia y la autonomía de que está revestido el juez natural para tramitar y resolver los asuntos de su competencia, sino porque, tal proceder desnaturaliza la filosofía que inspiró el mecanismo de amparo para la protección de derechos superiores, mas no para su declaración.” -negrillas de la Sala-

Del mismo modo, en la sentencia de tutela proferida por la Sala de Casación Penal, con radicación 79314 de mayo 6 de 2015, también se sostuvo que el juez ante el cual se solicita el amparo no puede inmiscuirse cuando está en curso un proceso, y concretamente se dijo:

“Ha sido criterio definido y reiterado de la Sala de Casación Penal de la Corte que no es procedente acudir a la solicitud de protección constitucional para intervenir dentro de procesos en curso, no sólo por cuanto ello desconoce la independencia de que están revestidas las autoridades judiciales para tramitar y resolver los asuntos de su competencia, sino porque tal proceder desnaturaliza la filosofía que inspiró la acción de amparo como mecanismo residual de defensa de los derechos superiores, mas no para su declaración. […]

En el asunto bajo examen, la actuación penal se encuentra en trámite. Es en ese escenario procesal, ante el funcionario natural, donde debe la parte actora, por sí misma o a través de su apoderado, presentar las solicitudes encaminadas a remediar cualquier situación que estime desconocedora de sus garantías; sin que el juez constitucional deba interferir en ese asunto porque, se recalca, el proceso está en curso.

**Al interior de dicho diligenciamiento, los accionantes podrán ejercer todas las potestades que la ley les confiere para satisfacer su pretensión, a través de los mecanismos ordinarios con que cuentan, tales como las solicitudes de nulidad, el ejercicio de los medios de impugnación, etc.**

**En consecuencia, al existir un escenario natural de discusión sobre el asunto sometido al conocimiento del juez constitucional, la tutela demandada se torna improcedente, en los términos previstos por el artículo 6-1 del Decreto 2591 de 1991.**

[…]

Asumir una postura como la pretendida por la parte actora, implicaría desconocer y pretermitir las decisiones que en ejercicio de sus funciones emiten las autoridades competentes en el trámite de los procesos adelantados conforme la normativa aplicable en cada caso; y abordar, en abierta contraposición a la finalidad y alcance de la tutela, el estudio de la naturaleza de las supuestas irregularidades acaecidas en una actuación todavía en curso.” -negrillas de la Sala-

La Corte Constitucional también ha señalado que es en el interior de cada proceso donde se deben ventilar las presuntas vulneraciones a los derechos y garantías fundamentales que se reclaman, por cuanto: “no obstante la posible irregularidad que se hubiere presentado en el trámite del proceso correspondiente, al no estar culminada la actuación, existen normas en el procedimiento para que el afectado alegue oportunamente estas deficiencias, bien sea, pidiendo nulidades, interponiendo recursos, interviniendo en el proceso, todo con el fin de defender sus derechos. Es decir, la improcedencia de la acción de tutela, en estos casos, radica en la existencia de otro medio de defensa judicial, dentro del propio proceso”[[3]](#footnote-3).

La jurisprudencia ha aceptado la eventual intromisión del juez de tutela cuando esté de por medio la presencia de una situación que implique la necesidad de amparo frente a una determinación judicial que conlleve una afectación injusta a un derecho constitucional, con respecto de la cual no cuente el afectado con mecanismos judiciales idóneos para abogar por la vigencia de dicha prerrogativa[[4]](#footnote-4).

En el asunto que concita la atención de la Sala, se debe precisar que el actor cuenta con dos procedimientos expeditos para resolver lo que por vía de tutela solicita. Obsérvese:

*- Vía administrativa*

Desde ya se dirá que es errada la interpretación que el accionante hizo de la respuesta que le ofreció la DIAN a su solicitud de compensación y terminación de la obligación por concepto de impuestos, porque si bien la entidad no accedió a su pretensión, ello ocurrió por cuanto el interesado estaba en el deber de adecuar su solicitud a un correcto trámite interno. Respuesta que si bien no resolvió de fondo la reclamación, sí fijó las pautas para que procediera en debida forma y lograra el objetivo deseado, en el sentido que debía acudir directamente al Grupo Interno de Trabajo de Devolución de la Dirección Seccional de la misma entidad DIAN, y diligenciar el formulario de solicitud de devolución y/o compensación.

En ese orden de ideas, hasta tanto se agote el trámite establecido y se dé el pronunciamiento de fondo que se espera por parte de la DIAN, no hay lugar a sostener que la entidad oficial obró en forma arbitraria o con violación de garantías fundamentales.

*- Vía ordinaria penal*

El actor señala que la urgencia de la acción de tutela radica en que la Fiscalía procederá a imputarle cargos por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, cuando lo anterior no es necesario y se puede evitar ya que la deuda por impuestos se debe declarar cumplida por compensación.

No obstante, es sabedor el accionante, como quiera que ya había acudido mediante derecho de petición a la Fiscalía General de la Nación e incluso ya se le había ofrecido con buena anticipación la condigna respuesta, que allí el trámite preliminar que se adelanta en materia penal solo puede concluir si la DIAN expide una constancia oficial de cancelación de la obligación, ya sea esta por pago o por compensación. Demostrado lo anterior podrá disponerse la preclusión de la acción penal a voces de lo dispuesto en el parágrafo único del artículo 402 C.P.[[5]](#footnote-5)

Y si esos mecanismos de solución existen y se pueden utilizar en cualquier tiempo, entonces la única conclusión admisible es que en el presente asunto no hay prueba ni siquiera sumaria que acredite que con acudir al trámite administrativo sugerido ante la DIAN se le cause un perjuicio irremediable, por cuanto el accionante solo mencionó que de no suspenderse el referido cobro proseguiría la acción penal en su contra. Precisamente sobre ello ha referido la Corte Constitucional:

"[…] es importante indicar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado como condición necesaria para establecer la procedencia de la acción de tutela, que el perjuicio irremediable se encuentre acreditado en el expediente, así sea en forma sumaria. No obstante, la Corporación ha aclarado que el accionante puede cumplir con esta carga, mencionando al menos los hechos que le permitan al juez deducir la existencia de un perjuicio irremediable, en consideración a la jerarquía de los derechos cuyo amparo se solicita mediante la acción de tutela y a la naturaleza informal de este mecanismo de defensa judicial"[[6]](#footnote-6)

Así las cosas, ninguna circunstancia excepcional se percibe que haga necesaria la intervención de la justicia constitucional en este caso específico, toda vez que no se dan los requisitos de inminencia, urgencia y gravedad.

La Colegiatura confirmará la decisión del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Pereira en los términos en que fue proferida.

6.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión N° 2 de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Constitución y la ley,

FALLA

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia de tutela emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pereira (Rda.).

**SEGUNDO:** Por secretaría se remitirá el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

1. En relación con la subsidiariedad de la acción de tutela pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-297/97, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-449/98, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y T-300/04, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver también los radicados T-45900/10, T-53421/11 y T-70719/13 [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, T-418 de 2003. [↑](#footnote-ref-3)
4. CSJ STP, 29 ago. 2013, Rad. 68927 [↑](#footnote-ref-4)
5. “El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el estatuto tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia T-061 de 2017. [↑](#footnote-ref-6)