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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª Instancia – 29 de mayo de 2018

Proceso: Penal – Condena y confirma

Radicación Nro.: 66001-6000-036-2012-04278-01

Procesado: DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA

Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador

Magistrado Ponente:  MANUEL YARZAGARAY BANDERA

**TEMA: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR / SERVIDOR PÚBLICO / CARGA PROBATORIA DE SU HIPÓTESIS DE FIRMA FALSA / CONFIRMA CONDENA -**  Visto lo anterior, se tiene que el tipo penal aquí analizado establece una conducta relacionada con el incumplimiento de una obligación legal por parte de una persona que está revestida de manera transitoria de facultades de servidor público, con el fin de que a nombre del Estado recaude los dineros que por retención en la fuente o impuestos sobre las ventas o prestaciones de algunos bienes o servicios, deben pagar los contribuyentes; esto es, el agente retenedor actúa como un tercero intermediario entre la Dirección de Impuestos y todas las personas que de manera permanente o transitoria se encuentren dentro del territorio nacional, y que al adquirir un bien o un servicio les corresponde asumir el pago del impuesto a las ventas.

Sobre las calidades especiales del sujeto activo del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, bien vale la pena traer a colación lo que en los siguientes términos ha dicho la Corte:

“El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 30170 , donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003…” .

La omisión por parte de ese particular de consignar a nombre del Estado los dineros que por concepto del IVA ha recaudado, faculta a este último, que en este caso es el titular del derecho, para iniciar en contra del deudor, diferentes acciones legales para lograr el efectivo pago de esas sumas que aquel ha declarado, a fin de evitar llegar a la acción penal, en busca de que se aplique una condena como castigo por apropiarse de dineros pertenecientes al erario público.

Con base en lo hasta acá dicho, se tiene que cuando el particular presenta su declaración tributaria, en este caso de recaudación del IVA, acción que hace voluntariamente según el ejercicio de comercio que haya efectuado dentro de los periodos correspondientes que asigna la DIAN, se presume que la información consignada allí está revestida de veracidad y que además tales documentos deben ser considerados como públicos; lo que a su vez ocasiona que los mismos, por su condición de públicos, se encuentren bajo la égida de la presunción de autenticidad, como bien se desprende de lo reglado por los artículos 425 C.P.P. y 243 C.G.P. por lo que es obvio que a la persona que quiera cuestionar dicha presunción le asiste la carga de aportar los elementos de juicio que considera que sean necesarios para desvirtuarla.

Para el caso en estudio se tiene que la Defensora apelante, en todo momento ha cuestionado la autenticidad de la firma plasmada por el señor DLVS, en la declaración tributaria del periodo 04 del año 2007, señalando para ello que no basta solo con que exista una declaración firmada por una persona obligada a recaudar dineros pertenecientes al erario público, para que se profiera una sentencia de carácter condenatorio en su contra, si no que se hace necesario verificar que la rúbrica allí plasmada realmente pertenece a ese declarante. Frente a esa tesis, cabe decir por parte de esta Colegiatura, que si bien es cierto el artículo 7º del C.P.P establece que por regla general le corresponde al estado demostrar la responsabilidad penal del acusado y de tal manera derrumbar la presunción de inocencia de quien está siendo procesado, no se puede desconocer que el esquema adversarial, que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige, y según los postulados que orientan el denominado principio de «la incumbencia probatoria» , le corresponde a la Defensa, en los eventos en los cuales pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, traer al juicio aquellos medios de prueba pertinentes para demostrarlo, lo que en este caso serían aquellas que permitan advertir que las signaturas fueron hechas por alguna otra persona diferente al acusado.

Revisado el presente asunto a la luz de lo anterior, vemos que se echan de menos tales pruebas de la Defensa, y lo que se tiene es que ella no cumplió con dicha carga, razón por la que se puede concluir que todo lo dicho, en tales términos por la apelante, para cuestionar la autenticidad de los documentos de marras, son unas simples y meras especulaciones que en nada afectan la presunción de autenticidad que ampara a la enunciada declaración tributaria.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por Acta No. 451 del 29 de mayo de 2018. H: 2:00 p.m.

Pereira, treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 8:38 a.m.

Procesado: DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA

Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador

Rad. # 66001-6000-036-2012-04278-01

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de fallo condenatorio

Decisión: Confirma fallo opugnado.

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la sentencia proferida el 31 de julio del año 2017 por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta localidad, en la cual se declaró la responsabilidad penal del acusado **DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA** por incurrir en la comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.

**ANTECEDENTES:**

Los hechos que originaron la presente actuación procesal tuvieron su génesis en denuncia penal que formulara la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, el 26 de agosto del 2014, toda vez que logró establecer que el señor **DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA**, como responsable del cumplimiento de la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto del IVA, generadas por la actividad económica de mantenimiento y reparación de vehículos automotores, incumplió con el deber legal que le correspondía de consignar al erario público las sumas recaudadas por tal concepto durante el periodo 04 del 2007 por valor de $661.000.oo más los intereses de mora.

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. La Fiscalía, en las calendas del 12 de octubre del 2016, ante el Juzgado 7º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, previo emplazamiento del señor DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA, solicitó su declaratoria de persona ausente. Posteriormente en esa misma oportunidad el Ente Acusador le enrostró cargos al Sr. VANEGAS SALDARRIAGA por incurrir en la presunta comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.
2. El escrito de acusación data del 10 de enero del 2017, cuyo conocimiento le fue asignado al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, ante el cual el 27 de febrero de esa misma anualidad se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, vista pública en la que la Fiscalía le endilgó cargos al acusado en iguales términos a los establecidos en la audiencia de imputación.
3. La audiencia preparatoria se celebró el 24 de abril del 2017, mientras que la audiencia de juicio oral se efectuó el 24 de julio de ese mismo año. Al finalizar dicha vista pública, la *A quo* anunció el sentido del fallo, el cual resultó ser de carácter condenatorio.
4. El 31 de julio del 2017 se dictó la sentencia en la que declaró la responsabilidad penal del acusado, en contra de la cual se interpuso recurso de apelación por la Defensa, el cual fue sustentado de manera oral en ese mismo acto.

**EL FALLO CONFUTADO:**

Como ya se dijo en el parágrafo anterior, se trata de la sentencia proferida por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de esta localidad, el 31 de julio del año 2017, en la cual se declaró la responsabilidad penal del acusado DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA por incurrir en la comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.

Como consecuencia de dicha declaratoria de responsabilidad criminal, el señor VANEGAS SALDARRIAGA fue condenado a la pena de 48 meses de prisión y a pagar una multa equivalente a $1.322.000.oo. Así mismo, en dicho fallo se le negó el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la condena y la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria.

Los argumentos invocados por la *Jueza A quo* en la sentencia opugnada, se fundamentaron en aseverar que las pruebas habidas en el proceso acreditaban más allá de toda duda la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal del procesado para de esa manera poder proferir un fallo de condena en contra del mismo, por lo siguiente:

* Evidentemente por parte del señor VANEGAS SALDARRIAGA existe una declaración por concepto de impuestos a las ventas recaudadas por esa persona, para el periodo 04 del año 2007 en desarrollo de su actividad económica, de la cual hasta la fecha no se ha presentado el pago del valor declarado al erario público.
* El testigo NAUDIN ANTONIO GÓMEZ introdujo al proceso el oficio persuasivo penalizable que la DIAN le remitió al Procesado, como la constancia emanada de la Jefatura de la División de recaudos y cobranzas por valor de $661.000.oo con lo cual se demostraba que el acusado no había cumplido con la obligación de consignar los dineros recaudados por concepto del IVA, ni había realizado abonos del mismo. Igualmente mediante el testimonio de la Dra. DIANA LORENA RÍOS IDÁRRAGA se confirmó la existencia de dicha obligación y explicó el procedimiento realizado por la entidad para ejercer el cobro de esa obligación.
* No podían ser de recibo las dudas presentadas por la Defensa para cuestionar: primero, la necesidad de que se hubiera incorporado al juicio el certificado de Cámara de Comercio a efectos de determinar si esta persona fungía como representante legal, y segundo, la autenticidad de la firma que a nombre del Procesado aparecía consignada en la declaración tributaria. Lo anterior, en cuanto a que no era necesario la incorporación del certificado, ya que con la introducción del RUT (Registro Único tributario) quedaron consignados los datos de cámara de comercio y quedó señalado, a diferencia de lo manifestado por la Defensa, que el Acusado fungía como Persona Natural; y en cuanto a lo relacionado con la firma, dicha declaración no podía provenir de otra persona debido a que el contenido de la misma era información que solo podía conocer el declarante, en este caso el señor DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA.
* De igual forma, tal y como lo menciono la Fiscalía en sus argumentos, el Estatuto Tributario establece que las declaraciones presentadas por los sujetos retenedores y recaudadores se tienen como ciertos, debido a que son formulados de acuerdo a las ventas y la prestación de servicios que hubiesen realizado.
* En lo que tiene que ver con la tasación de la pena, la *A quo* partió de la mínima contemplada en el artículo 402 del Código Penal, esto es 48 meses de prisión, teniendo en cuenta que en el presente asunto no aparecían circunstancias de mayor punibilidad.
* De igual forma la Juez de primer nivel decidió no reconocerle al Procesado el disfrute del subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria, en atención a que el delito por él cometido se encuentra dentro de aquellos que por expresa prohibición legal no pueden gozar de esos beneficios, razón por la cual libró la correspondiente orden de captura.

Frente a lo anterior, la Abogada Defensora manifestó su deseo de apelar esa decisión, sustentando el recurso de manera verbal en la misma audiencia.

**LA APELACIÓN:**

La tesis de la discrepancia propuesta en la alzada interpuesta por la Defensa, tiene como fundamento los siguientes:

* La *Jueza A quo* para dictar una sentencia de carácter condenatorio consideró que era suficiente que existiera una declaración de impuestos con una firma, sin embargo tal y como ella lo manifestó desde los alegatos finales del juicio oral, era importante verificar la autenticidad de la suscrita declaración, lo que a su juicio indica que nunca se probó por parte de la Fiscalía quién fue la persona que presentó la declaración del periodo 04 del año 2007, es decir, nunca se estableció si la firma plasmada allí, corresponde a la persona acusada en este proceso.
* Hace alusión a que si bien es cierto el testigo de la Fiscalía manifestó que existió un acuerdo de pago entre el señor Vanegas Saldarriaga y la DIAN, fue una situación que nunca se probó, quedándose en un simple dicho del Abogado de la entidad denunciante.
* Refiere que no hay certeza de que el Procesado tuviese conocimiento de la denuncia y de los avisos de cobro realizados por la DIAN, debido a que desde el inicio del proceso fue declarado como persona ausente, razón por la cual no entiende la Defensa los dichos del Apoderado de la entidad al indicar que existió un acuerdo de pago.
* Contrario a lo manifestado por la Fiscalía al indicar que en el RUT está señalado que el señor VANEGAS SALDARRIAGA fungía como una persona natural, considera necesario que se hubiese incorporado al proceso el certificado de cámara de comercio, con el fin de verificar que efectivamente esa persona se dedicaba a esa actividad, y de igual forma poder determinar en cabeza de quien estaba la actividad específica de la cual tenía obligación de recaudar dineros al erario público.
* Igualmente señala que nunca se probó el ingreso de esos dineros en el patrimonio del Procesado, tampoco se demostró el dolo para afectar la administración pública, ni mucho menos se allegaron facturas que brindaran un soporte de los servicios prestados a efectos de determinar si la empresa había recaudado los impuestos por conceptos de IVA.

Con base en lo anterior, solicita la apelante que se revoque la condena impuesta al señor VANEGAS SALDARRIAGA por considerar que hay ausencia de los elementos subjetivos para la configuración del tipo penal, debido a que no se probó que ese recaudo se haya realizado por parte del aquí Procesado, ni mucho menos que haya sido él quien presentó la declaración de los impuestos retenidos en razón a la actividad de comercio que desempeñaba.

**LA RÉPLICA:**

Durante el traslado para alegar como no recurrente, la Fiscalía se opuso a la pretensión del apelante y en consecuencia solicitó que el fallo opugnado sea confirmado con base en los siguientes argumentos:

* Se logró demostrar que efectivamente fue el señor DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA quien presentó y firmó dicha declaración correspondiente al valor agregado IVA, que estaba obligado a retener, en relación a la actividad comercial de mantenimiento y reparación de vehículos automotores.
* Considera necesario analizar en contexto las pruebas que en el presente caso se tienen, primero el RUT, en el que se indica que el procesado se registró como comerciante, registró cuál era su actividad comercial e igualmente allí quedó obligado a pagar impuestos, entre los cuales se encuentra la obligación de recaudar IVA a las personas que hicieran uso de sus servicios, existiendo claridad que ese impuesto pertenece al Estado y por lo tanto está obligado el retenedor después de recaudarlo, devolverlo al erario público.
* No tienen el testigo razón para mentir cuando manifestó que tenía conocimiento de que esta persona si se acercó a ponerse al día en sus pagos pero no lo hizo.
* La apoderada de la víctima manifestó que se probó la responsabilidad y quedó plenamente probado que el señor presentó la declaración y efectivamente tiene su firma, no hay prueba alguna que demuestre que hubiese sido otra persona quien firmó tal documento; de igual forma señaló que la declaración es un documento autentico y por lo tanto se presume que su contenido es verdadero.
* En cuanto al certificado, indica que si bien es cierto no se incorporó, ello lo suplió el RUT, así como lo resaltó la Jueza de primera instancia, en donde indicó que no se necesita certificado de la cámara de comercio, porque no todo comerciante tiene la calidad de agente retenedor, por lo tanto ese documento no probaba nada importante en el proceso.

* Por ultimo reitera que la defensa no demostró que esa firma fuera suplantada por otra persona, obligación que le correspondía a efectos de corroborar su teoría de falta de configuración de los elementos del tipo penal.

Finalmente solicitó la confirmación de la sentencia de primer nivel.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una Sentencia proferida por un Juzgado Penal que hace parte de uno de los Circuitos que integran este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión Penal, según las voces del numeral 1º del artículo 34 C.P.P. es la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma no se avizoran la ocurrencia de irregularidades que de una u otra forma puedan viciar de nulidad la actuación procesal.

**- Problema jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso esgrimidos por el recurrente y lo que a su vez dijo la Fiscalía como sujeto no apelante, considera la Sala que debe entrar a determinar si en el presente asunto están dadas las condiciones para concluir que la conducta atribuida al aquí acusado era o no configurativa del tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador.

**- Solución:**

Antes de dar solución al problema aquí planteado y teniendo en cuenta que el sujeto recurrente presentó sus argumentos en dirección a demostrar que ni la DIAN ni la Fiscalía probaron que efectivamente el acusado fue quien presentó dicha declaración, ni tampoco que hubiese sido él quien se apropiara de dichos dineros, toda vez que nunca se demostró que esos dineros hubiesen entrado al patrimonio del señor VANEGAS SALDARRIAGA, debe iniciar esta Sala recordando lo que establece el Código Penal respecto a la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador, de la que dice:

***“ARTICULO 402. OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.****El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.*

*En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.*

*Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.*

***PARAGRAFO.****El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas 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 hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.*

Visto lo anterior, se tiene que el tipo penal aquí analizado establece una conducta relacionada con el incumplimiento de una obligación legal por parte de una persona que está revestida de manera transitoria de facultades de servidor público, con el fin de que a nombre del Estado recaude los dineros que por retención en la fuente o impuestos sobre las ventas o prestaciones de algunos bienes o servicios, deben pagar los contribuyentes; esto es, el agente retenedor actúa como un tercero intermediario entre la Dirección de Impuestos y todas las personas que de manera permanente o transitoria se encuentren dentro del territorio nacional, y que al adquirir un bien o un servicio les corresponde asumir el pago del impuesto a las ventas.

Sobre las calidades especiales del sujeto activo del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, bien vale la pena traer a colación lo que en los siguientes términos ha dicho la Corte:

“El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 30170 , donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003…”[[1]](#footnote-1).

La omisión por parte de ese particular de consignar a nombre del Estado los dineros que por concepto del IVA ha recaudado, faculta a este último, que en este caso es el titular del derecho, para iniciar en contra del deudor, diferentes acciones legales para lograr el efectivo pago de esas sumas que aquel ha declarado, a fin de evitar llegar a la acción penal, en busca de que se aplique una condena como castigo por apropiarse de dineros pertenecientes al erario público.

Con base en lo hasta acá dicho, se tiene que cuando el particular presenta su declaración tributaria, en este caso de recaudación del IVA, acción que hace voluntariamente según el ejercicio de comercio que haya efectuado dentro de los periodos correspondientes que asigna la DIAN, se presume que la información consignada allí está revestida de veracidad y que además tales documentos deben ser considerados como públicos; lo que a su vez ocasiona que los mismos, por su condición de públicos, se encuentren bajo la égida de la presunción de autenticidad, como bien se desprende de lo reglado por los artículos 425 C.P.P. y 243 C.G.P. por lo que es obvio que a la persona que quiera cuestionar dicha presunción le asiste la carga de aportar los elementos de juicio que considera que sean necesarios para desvirtuarla.

Para el caso en estudio se tiene que la Defensora apelante, en todo momento ha cuestionado la autenticidad de la firma plasmada por el señor DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA, en la declaración tributaria del periodo 04 del año 2007, señalando para ello que no basta solo con que exista una declaración firmada por una persona obligada a recaudar dineros pertenecientes al erario público, para que se profiera una sentencia de carácter condenatorio en su contra, si no que se hace necesario verificar que la rúbrica allí plasmada realmente pertenece a ese declarante. Frente a esa tesis, cabe decir por parte de esta Colegiatura, que si bien es cierto el artículo 7º del C.P.P establece que por regla general le corresponde al estado demostrar la responsabilidad penal del acusado y de tal manera derrumbar la presunción de inocencia de quien está siendo procesado, no se puede desconocer que el esquema adversarial, que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige, y según los postulados que orientan el denominado principio de «l*a incumbencia probatoria»*[[2]](#footnote-2)*,* le corresponde a la Defensa, en los eventos en los cuales pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, traer al juicio aquellos medios de prueba pertinentes para demostrarlo, lo que en este caso serían aquellas que permitan advertir que las signaturas fueron hechas por alguna otra persona diferente al acusado.

Revisado el presente asunto a la luz de lo anterior, vemos que se echan de menos tales pruebas de la Defensa, y lo que se tiene es que ella no cumplió con dicha carga, razón por la que se puede concluir que todo lo dicho, en tales términos por la apelante, para cuestionar la autenticidad de los documentos de marras, son unas simples y meras especulaciones que en nada afectan la presunción de autenticidad que ampara a la enunciada declaración tributaria.

De igual manera, se dice por la recurrente que en el presente asunto no se demostró el comportamiento doloso del señor VANEGAS SALDARRIAGA, debido a que en primer lugar, desconocía de la existencia de la obligación tributaria y segundo, desconocía de las notificaciones y avisos del proceso de cobro que se estaba adelantado en su contra; afirmaciones que para esta Sala no pueden ser de recibo en atención a que las mismas no corresponden con la realidad probatoria tal y como se demostrara a continuación:

* De los testimonios rendidos por los funcionarios de la DIAN, NAUDIN ANTONIO GOMEZ y DIANA LORENA RIOS IDARRAGA, se demuestra que la Dirección de Impuestos sí hizo todo lo que estuvo a su alcance para enterar al Sr. VANEGAS SALDARRIAGA del proceso de cobro que se adelantaba en su contra, como lo fue el envío a la dirección por él registrada, el 23 de enero de 2008, del oficio persuasivo mediante el cual se le informaba que adeudaba a esa Entidad un dinero correspondiente al pago del impuesto del IVA que recaudó y declaró por el período 4 de 2007, y que además de ello ya le estaban corriendo los intereses de mora, lo cual también se le notificó por aviso mediante publicación en el periódico “El Tiempo”, del 11 de febrero de 2008.
* Igualmente no se puede desconocer los dichos del abogado de la DIAN, Dr. NAUDIN ANTONIO GÓMEZ, quien manifestó que tenía conocimiento que esa persona al parecer si se había acercado a realizar un acuerdo de pago de sus obligaciones con esta entidad, razón que no puede desconocer esta Colegiatura para determinar que efectivamente el procesado si tenía conocimiento de su obligación tributaria insoluta y el deber que le asistía de hacer efectivo el pago de los impuestos recaudos en relación a la actividad comercial que desarrollaba.
* Asimismo, la Apelante desconoce que los dichos del testigo NAUDIN ANTONIO GÓMEZ obtienen eco en los diferentes documentos aportados por la Fiscalía al proceso, los cuales demuestran todas las actividades que la entidad y el Ente Acusador tuvieron que adelantar con la finalidad de poder vincular al ahora encausado al proceso[[3]](#footnote-3), las que resultaron vanas e infructuosas, ya que dicho ciudadano no pudo ser ubicado ni localizado, razón por la que se tuvo que acudir al acto ficto de la declaratoria de persona ausente, para de esa forma poder conseguir su vinculación al proceso.

De lo anterior se puede concluir, que si el Procesado DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA no fue enterado personalmente de los requerimientos efectuados por la DIAN para que cancelara los dineros que había recaudado por concepto del IVA, periodo 2007-4, tales cosas no se le pude endilgar a negligencia o desidia de la administración de impuestos, sino al mismo Procesado quien no pudo ser ubicado en el domicilio que había registrado como sede de sus actividades comerciales, sin que se tenga conocimiento de que haya inscrito uno nuevo.

Para concluir, tenemos que estamos frente a un caso en donde quedaron probados todos los elementos necesarios para configurar el tipo penal, debido a que el señor VANEGAS SALDARRIAGA dejó de cumplir con su obligación de consignar en favor del Estado, los dineros por él recaudados por concepto del Impuesto a las Ventas –IVA-, durante los meses de julio-agosto (periodo 4) del año 2007, en desarrollo de su actividad comercial, sin que la Defensa lograra desvirtuar la teoría del caso de la Fiscalía, a efectos de demostrar su inocencia.

Lo dicho hasta el momento es suficiente para concluir que no le asiste la razón a los reproches formulados por la parte recurrente en contra del fallo opugnado, ya que las pruebas allegadas al proceso si cumplían con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir en contra del procesado DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA un fallo de responsabilidad criminal, acorde con los cargos relacionados con la comisión del delito de omisión de agente retenedor.

Finalmente, quiere la Colegiatura indicar que fue acertada la decisión de la A-quo de no concederle al Procesado el subrogado penal de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sin que con ello la Sala esté contradiciendo su propio criterio, pues si bien es cierto en recientes pronunciamientos[[4]](#footnote-4) respecto a este tema, se dijo que no a todos los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, como lo es la violencia contra servidor público, le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 68 A del CP; en los mismos sí se dejó claro que esta sí opera para aquellos casos en los que el procesado es condenado por hechos que atentan contra el patrimonio público, como lo es la conducta desplegada por el señor VANEGAS SALDARRIAGA, quien dejó de consignarle al Estado unos dineros que él, en su calidad de comerciante y por ende de agente retenedor o recaudador del IVA, recaudo y declaró por determinado período.

Siendo así las cosas, la Colegiatura confirmará el fallo opugnado en todas sus partes.

Por el mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de julio del 2017 por parte del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pereira, en la cual se declaró la responsabilidad penal del acusado **DIEGO LUIS VANEGAS SALDARRIAGA** por incurrir en la comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.

**SEGUNDO**: Declarar que en contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SÁNZ**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de diciembre de 2.013. Rad. # 33468. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. [↑](#footnote-ref-1)
2. El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba *«le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico»*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folio 19 del cuaderno del proceso. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia del 29 de mayo de 2018, radicado 66001 60 00 035 2014 03062 01, procesada Eliana Marcela Ortiz Arredondo, M. P. Dr. Jairo Ernesto Escobar Sanz; y sentencia del 18 de mayo de 2018, radicado 66001 60 00 035 2017 00139 01, procesado Henry Jiménez Giraldo, M.P. Dr. Manuel Yarzagaray Bandera. [↑](#footnote-ref-4)