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: OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD Y CERTEZA DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS Y LA INSCRIPCIÓN EN EL RUT / CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA A CARGO DE LA DEFENSA SI PRETENDE IMPUGNAR TALES DOCUMENTOS.**

… esta Colegiatura debe decidir si se acreditó la calidad de sujeto activo calificado (comerciante) en cabeza de DMGP y si las declaraciones de impuesto sobre las ventas, así como el RUT a nombre de esta persona, son suficientes para atribuirle responsabilidad penal por la omisión de transferir al Estado las sumas de dinero recaudadas por ese concepto, sobre lo cual se hace el siguiente análisis:

En primer lugar hay que manifestar que el tipo penal de “Omisión de agente retenedor o recaudador” consagrado en el artículo 402 del CP sanciona una conducta punible omisiva que lesiona el bien jurídico de la administración pública, la cual se configura cuando los encargados del recaudo de dineros del Estado, bien sea por concepto de retención en la fuente, tasas, contribuciones públicas o impuestos sobre las ventas (como ocurre en el caso en estudio), no cumplen con su deber de consignar las sumas percibidas, a favor del erario público dentro del término legal. (…)

El Estatuto Tributario establece que los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en sus correcciones o en las respuestas a los requerimientos administrativos, se consideran ciertos, salvo que se solicite una comprobación especial, o la ley la exija. En esa norma se indica también, que el impuesto sobre las ventas se causa en materia de ventas, en la fecha de emisión de la factura o documento equivalente y a falta de estos, en el momento de la entrega, aunque se haya pactado reserva de dominio, pacto de retroventa o condición resolutoria, estableciendo más adelante como responsables de este impuesto -IVA-, a los comerciantes.

Aunado a lo anterior el sujeto pasivo de este tipo penal es calificado, puesto que se requiere que tenga el deber de recaudar o retener esas sumas, que en este caso se derivó de la realización de actos de comercio por parte de la señora DMGP, que por tal causa y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 20 del CP, tenía la condición de ser una particular que cumplía transitoriamente una función pública.

En la presente actuación esta Sala considera que si resultó probado con la prueba documental que ingresó al juicio, que la señora GP efectuaba actos en calidad de comerciante (…)

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA – RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro.693 del cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:08 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 036 2010 03254 01 |
| Procesado | DMGP |
| Delito | Omisión del agente retenedor o recaudador |
| Juzgado de conocimiento | Quinto Penal del Circuito (Risaralda) |
| Asunto | Resolver la apelación interpuesta en contra de la sentencia emitida el 13 de octubre de 2016 |

**1. ASUNTO A DECIDIR**

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la delegada de la FGN y el representante de la víctima contra la sentencia del 13 de octubre de 2016 del Juzgado Quinto Penal del Circuito, por medio de la cual se absolvió a DMGP, por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador.

**2. ANTECEDENTES**

2.1 De conformidad con el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente[[1]](#footnote-1):

*“De acuerdo con la denuncia penal formulada por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira el día 11 de junio del año 2010, se pudo establecer que la señora DMGP como persona natural y siendo responsable en su condición de comerciante de la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de impuesto al valor agregado a las ventas -IVA- que generó la actividad económica que explota, consistente en el alojamiento en hoteles, hostales y aparta hoteles, incumplió con dicho deber, puesto que no consignó a órdenes del erario las sumas relacionadas en sus declaraciones privadas a título de pago del impuesto a las ventas IVA, dentro de los dos meses siguientes a las fechas señaladas por el Gobierno Nacional para su presentación y pago, impuestos adeudados correspondientes a los siguientes periodos y valores: periodo 06 de 2008 por $ 1.640.000 y periodo 05 de 2008 por $ 4.143.000 por un valor total de $ 5.783.000, más intereses de mora.*

*La Fiscalía cuenta con las respectivas copias de las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas IVA aludidas y el correspondiente RUT Registro Único Tributario, elementos que evidencian con claridad que las mismas fueron presentadas sin pago por la imputada, sin que hubiera consignado dichas sumas dentro del término señalado en el estatuto tributario.*

*Se tiene establecido entonces, que la señora DMGP en su condición de comerciante, tenía la obligación de consignar las sumas retenidas en desarrollo de su actividad económica, sin embargo, presentó sin pago varias declaraciones bimestrales correspondiente al impuesto al valor agregado a las ventas IVA, sin pago, absteniéndose de consignar a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, esas sumas de dinero.*

*Los dineros que se recaudan por concepto de impuestos pertenecen al tesoro público y se constituyen en basamento indefectible para la materialización de los fines del Estado y por ende para servir a la comunidad, luego el incumplimiento a las obligaciones que por ley han sido impuestas a los contribuyentes recaudadores, producen un evidente menoscabo a la administración pública al dejar de percibir los dineros recaudados y esa omisión tiene sanciones de carácter penal.*

*Se encuentran reunidos los requisitos del artículo 336 del C. de P.P. por cuanto, de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legal mente obtenida, se puede afirmar con probabilidad de verdad que la conducta investigada existió y que la imputada DMGP es la presunta autora de la misma.*

*Consecuente con lo anterior, la Fiscalía General de la Nación, por conducto de la Fiscalía Veinte Seccional de Administración Pública delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Pereira, Risaralda, presenta ESCRITO DE ACUSACIÓN en contra de la señora DMGP como presunta autora del delito de "OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR", conducta que describe y sanciona el código penal, libro segundo, Título XV "Delitos contra la administración pública", capítulo primero, artículo 402, con el aumento de pena previsto en la ley 890 de 2004, artículo 14, que consagra una pena de prisión de 48 a 108 meses y multa equivalente al doble de lo no consignado, al 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 meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.”*

2.2 La audiencia de formulación de imputación se celebró el 14 de mayo de 2015[[2]](#footnote-2), acto en el cual la delegada de la FGN le comunicó cargos a DMGP por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador previsto en el artículo 402 del CP. La imputación de cargos se surtió una vez la investigada fue declarada persona ausente. La defensa no manifestó oposición.

2.3 El Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), asumió el conocimiento de la presente causa. La audiencia de formulación de acusación se realizó el 1 de octubre de 2015[[3]](#footnote-3). La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 29 de febrero de 2016[[4]](#footnote-4). El juicio oral tuvo lugar el 3 de agosto de 2016[[5]](#footnote-5) y el 15 de septiembre de 2016[[6]](#footnote-6). La sentencia fue proferida el 13 de octubre de 2016[[7]](#footnote-7).

2.4 La delegada de la FGN y la representante de la DIAN apelaron la decisión de primera instancia.

**3. IDENTIDAD DE LA ACUSADA**

Se trata de DMGP, identificada con cédula de ciudadanía No. 42.010.912 expedida en Dosquebradas (Risaralda), nació en Versalles (Valle) el 10 de octubre de 1971. Declarada persona ausente.

**4. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

4.1 Los fundamentos del fallo de primera instancia se pueden sintetizar así:

* La responsabilidad de la procesada respecto de la omisión de consignar a las arcas del Estado los dineros que motivaron la denuncia en su contra, no se podía deducir a partir de simples suposiciones sobre su responsabilidad.
* Para el efecto se debía tener en cuenta que no se aportó al juicio el certificado de la Cámara de Comercio de esta ciudad, en el cual constara que la señora DMGP en su condición de comerciante desarrollara la actividad económica de brindar alojamiento en hoteles, hostales y aparta hoteles.
* Si una persona ejerce la actividad de comercio, es decir, si tiene una empresa, o incluso si es una persona natural y presta servicios, debe inscribirse ante la Cámara de Comercio, y renovar su matrícula anualmente e igualmente se debe inscribir ante la DIAN para cumplir con el registro del RUT.
* El certificado de la Cámara y Comercio, mejor conocido como Certificado de Existencia y Representación Legal, informa a los usuarios si la empresa está activa, quien es su representante legal, quienes conforman su junta directiva, cuál es su objeto social, qué duración tiene la empresa, su domicilio, la fecha de creación y si se han realizado cambios a la estructura de la empresa.
* En el presente caso no se sabe con certeza sí la acusada explotaba la referida actividad económica, si la misma se encontraba vigente y tenía esa obligación que permitiera establecer que se encontraba obligada a tributar, ya que el RUT, como lo dijo la Jefe de Cobranzas de la DIAN, no es más que un registro o una base de datos de las personas que se inscriben voluntariamente ante la DIAN, pero no constituye la prueba idónea para demostrar la representación legal de una empresa y en este caso no se anexó el documento de la Cámara de Comercio, que es el único que generaba la certeza de que para la fecha de la conducta omisiva la señora García fuera realmente la representante legal de su propia empresa, lo que genera una situación de duda que impide condenar a la procesada, máxime si se tiene en cuenta la pena prevista para el delito investigado.
* Así la firma plasmada en las declaraciones de IVA sin pago fuera la de la señora DMGP, no existe un documento de contraste que permita asegurar que la acusada fue la persona que firmó las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas IVA, ya que esto lo pudo haber hecho un tercero.
* En estos delitos el dolo se puede inferir cuando las personas que han recibido el recaudo del impuesto del IVA firman la declaración tributaria en cero, pero como las que se presentaron al juicio no se sabe si corresponden a la acusada ya que se trata de unas fotocopias y no se demostró que la procesada fuera la autora de esos documentos al haber sido declarada persona ausente, no tuvo la oportunidad de dar una explicación al respecto.
* La DIAN aportó el RUT del 2008, pero nada se aportó con respecto al mismo registro para los años 2009 y 2010, cuando se presentó el cobro persuasivo y se presentó la denuncia, por lo que se desconoce si ese documento refleja la realidad de la acusada, ya que era posible que tuviera otro tipo de empresa.
* Por esas falencias probatorias no se acreditó que la procesada hubiera tenido el conocimiento y la voluntad frente al delito que se le imputó, fuera de que tampoco se acreditó su calidad de comerciante, y que el artículo 402 del CP, exige la concurrencia de un sujeto activo cualificado, es decir de alguien que desarrolle actos de comercio y por tal causa incurra en ese tipo de omisión.
* En consecuencia, si bien es cierto que puede operar algún tipo de presunción en materia tributaria, la misma no es suficiente para fundar la responsabilidad penal porque en este caso no se demostró, como lo exige el Código de Comercio, que la acusada estuviera a la cabeza de su propia empresa, que los valores reclamados hubieran ingresado a su patrimonio y que de manera dolosa hubiera omitido entregarlos al Estado.
* Pese a que a la declaración tributaria se le puede otorgar el carácter de ser una “confesión tácita” para efectos tributarios, en materia penal se tiene que demostrar la responsabilidad individual, ya que el artículo 9 del Código Penal, proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, la causalidad por sí sola no es suficiente para imputar jurídicamente un resultado, y se encuentra establecida la prohibición de regreso, lo que significa que por el hecho de que una persona haya estado en el camino de una actividad delictiva, por ese solo hecho no debe responder por el resultado que se haya generado, ya que se tiene que demostrar que actuó dolosamente para no cumplir con el deber de entregar al Estado los dineros que recaudó como responsable del IVA .
* Fuera de lo anterior no se cuenta con el listado de facturas que acreditaran el ejercicio de una actividad comercial o las ventas o servicios prestados por la señora DMGP, para establecer el monto de las sumas que recaudó, lo que debió hacer la DIAN en ejercicio de sus deberes de revisión o inspección tributaria.
* La presunción que establece el Estatuto Tributario sobre la veracidad de esos datos admite prueba en contrario, por lo cual era necesario demostrar no solo que esos documentos estaban bien confeccionados, sino que las obligaciones tributarias existían.
* Al no existir prueba de la responsabilidad impositiva de la procesada, no se reunían los requisitos del artículo 381 del CP, para dictar una sentencia condenatoria en su contra ante la prevalencia del principio de presunción de inocencia que implica resolver las dudas en su favor, por lo cual lo procedente era dictar una sentencia absolutoria.

**5. SOBRE LOS RECURSOS PROPUESTOS.**

**5.1 Delegada FGN (Recurrente)**

Su argumentación se sintetiza así:

* No comparte el argumento del juez de primer grado en el sentido de que exista duda sobre la conducta omisiva atribuida a la procesada, ya que en este caso compareció al juicio una servidora pública como la Dra. Diana Lorena Ríos Idárraga, funcionaria de la DIAN en Pereira, quien rindió declaración bajo juramento y con ella se introdujeron todos y cada uno de los documentos que acreditaron la presentación de las declaraciones de IVA suscritas por quien se identificó como DMGP, incluido el Registro Único Tributario.
* El trámite de obtención del RUT debe hacerlo el contribuyente de manera personal, para lo cual debe identificarse debidamente y en este caso ese registro no era una prueba insular ya que estaba aunada a otros EMP que acreditaban que la titular del mismo era la señora DMGP, que constituyen documentos públicos, aportados por servidores públicos y ratificados por estos.
* Respecto de la falta de documentación que permitiera contrastar las firmas de DMGP que aparecen en las declaraciones bimestrales del Impuesto sobre las Ventas, las mismas no fueron cuestionadas en cuanto a su autenticidad por la defensa, que tenía la carga de desvirtuarlas a través de pruebas de refutación, y no existe evidencia que demuestre que fueron firmadas por un tercero o que se tratara de una suplantación. Tampoco se controvirtió la veracidad de la información contenida en los documentos ingresados para el juicio.
* Como se discute que la acusada fuera la representante legal de la empresa obligada a consignar las sumas recaudadas, se debe tener en cuenta que la calidad de comerciante no es requisito *sine quanon* para la existencia jurídica del delito descrito en el artículo 402 del CP, que sanciona al responsable del impuesto sobre las ventas que teniendo la obligación legal de hacerlo no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto en el término legalmente determinado.
* No hay duda sobre la existencia de la conducta delictiva, porque la acusada actuando en nombre propio y no como representante legal de ninguna persona jurídica, declaró el impuesto sobre las ventas recaudado durante los periodos 05 y 06 del año gravable 2008, pero no lo consignó en la fecha establecida para el efecto por el Gobierno Nacional, cuando legalmente estaba obligada a hacerlo, incurriendo con su conducta en el punible previsto en el artículo 402 CP, ya que se comprobó que la inculpada tenía a su cargo el pago de esa suma que fue percibida por los actos de comercio que realizó, lo que le generaba las obligaciones que estaban claramente detalladas en su Registro Único Tributario, admitido como prueba en este caso, por lo cual se acreditó que presentó las declaraciones de IVA 2008/05 el 24 de noviembre de 2008 y 2008/06 el 23 de enero de 2009, con su firma y sello del banco Santander con la leyenda recibido sin pago, pruebas que fueron aportadas legalmente al proceso y no fueron desvirtuadas por la defensa.
* En el juicio se probó que las declaraciones fueron presentadas por la señora DMGP y además como consta en el sello del Banco presentadas “SIN PAGO”, la de IVA 2008/05 distinguida con el adhesivo No. 06116440680435 donde se liquida un total de saldo a pagar por valor de $4.143.000, y la de IVA 2008/06 con No. 06116440682345 liquidándose un saldo a pagar de $1.640.000, ambas suscritas por la misma señora DMGP, quien actúa en calidad de declarante como persona natural, sin que resulte de recibo el argumento del *A quo,* según el cual se tenían que aportar además las facturas que demostraran los ingresos de la procesada, exigencia que no se podía cumplir ya que ni la FGN ni la DIAN podían tener acceso a las mismas, dado que la acusada fue juzgada como persona ausente.
* En consecuencia se debía otorgar valor probatorio a las declaraciones impagas del IVA presentadas por la enjuiciada, por lo cual solicita que se revoque la sentencia absolutoria toda vez que se satisfacen las exigencias del artículo 381 CPP, para dictar un fallo de condena contra la procesada.
	1. **Apoderada de la DIAN (Recurrente)**

(Síntesis)

* En lo esencial acudió a los mismos argumentos de la delegada de la FGN.
* Complementó su intervención manifestando que en este caso no era necesario aportar el certificado de la Cámara de Comercio para demostrar la representación legal, ya que la obligada a pagar las sumas que recaudó por concepto de IVA era una persona natural y no una persona jurídica y se demostró que ejercía un actividad que estaba gravada y que la obligaba a consignar las sumas que percibió, máxime si la señora DMGP se inscribió en el RUT de manera voluntaria y manifestó que era responsable de declarar el impuesto sobre las ventas.
* En la hoja del RUT, se hace igualmente mención a los datos registrados en el Certificado de Cámara de Comercio, acogiéndose a lo referido en el Decreto 2788 de 2004 y allí mismo se aprecian las responsabilidades tributarias que le son inherentes con ocasión a pertenecer al régimen común.
* No hay duda de que la acusada fue la persona que se presentó para que le expidieran el RUT, para lo cual tuvo que identificarse debidamente, lo que generaba su obligación de cumplir con los deberes tributarios que la ley exige, y en este caso no se desvirtuó que la firma impuesta en las citadas declaraciones no fuera de la señora DMGP.
* Se refirió al pronunciamiento de esta Corporación de fecha 14 de diciembre de 2009 dentro del radicado 660016000058200603454, concluyendo que en esa providencia se dijo que cuando una persona natural era la responsable de recaudar, declarar y poner a disposición del Estado los dineros que percibe a título de impuestos debía consignarlos en la oportunidad debida , ya que de no hacerlo incurriría en la conducta descrita en el artículo 402 del C.P., pues solamente esa persona era la responsable de relacionar los ingresos gravados y hacer las operaciones para liquidar ese tributo, con base en los soportes de sus operaciones comerciales.
* Se debe otorgar grado de certeza a las declaraciones presentadas por la acusada, que por disposición legal se encuentran revestidas de presunción de legalidad, conforme lo prevé el artículo 746 del ET. (lo que debió haber desvirtuado la defensa) adquirieron firmeza y correspondían al giro ordinario de los negocios de la señora DMGP, lo que indica que sí captó esas sumas y que se apropió indebidamente de ellas, afectando los recursos destinados al sostenimiento y la inversión que hace el Estado, frente a lo cual no se ofreció prueba en contrario ya que la acusada no compareció al proceso.
* El juez de primer grado no valoró debidamente las pruebas presentadas en el juicio oral, por lo cual incurrió en error al absolver a la procesada, en un caso en que no había lugar a aplicar el principio de la presunción de inocencia ante la claridad de la prueba presentada contra la acusada, que no fue controvertida por la defensa, con base en el concepto de “carga dinámica de la prueba”, fuera de que el *A quo* desconoció los precedentes contenidos en las sentencias D-4093 del 23 de enero de 2003 (sic) de la Corte Constitucional y T- 840 del 12 de octubre de 2016.
* Por lo tanto, solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar se dictara sentencia en contra de la señora DMGP por la conducta por la cual fue acusada.

**5.3. Defensor (No recurrente)**

* Hace un recuento de lo actuado en el proceso a partir de la audiencia de declaratoria de persona ausente de la procesada y la formulación de cargos por el punible de omisión de agente retenedor.
* Al referirse a la prueba practicada en el juicio oral consideró que del testimonio rendido por el Dr. Naudín Antonio Gómez, apoderado de la DIAN, se deduce que no hizo ninguna gestión para notificar a la señora DMGP, no sabía cuándo se le expidió el RUT, ni qué gestiones se hicieron para ubicar a la procesada para hacerle el cobro de la obligación tributaria.
* Del testimonio de la Dra. Diana Lorena Muñoz se deduce que pese a que se intentó notificar a la procesada y se buscó si tenía bienes para ser embargados, se le envió notificación a la dirección consignada en el RUT, pese a que su actividad comercial la adelantaba en Dosquebradas.
* En atención a los recursos propuestos, se debe tener en cuenta que una cosa es que se introduzcan unos documentos con una funcionaria de la DIAN y otra que esa situación de fe sobre su veracidad y autenticidad, lo que no ocurrió en el presente caso, ya que no se comprobó que las firmas de las declaraciones del impuesto del IVA correspondieran a la acusada, lo que le competía probar a la FGN, al igual que la calidad de comerciante de la incriminada, por lo cual no se podía dictar una sentencia de condena con base en las manifestaciones que hicieron en el juicio los funcionarios de la DIAN.
* Por lo anterior se hacía necesario presentar en juicio las facturas que sirvieron de soporte a los pagos recibidos de terceros que incluían las sumas correspondientes al impuesto que se debió recaudar, lo que no se podía probar con lo dicho por los funcionarios de la DIAN, fuera de que no existía certeza de que su representada fue la persona que percibió los dineros correspondientes a ese tributo, máxime si fue declarada persona ausente.
* No se allegó el certificado de existencia y representación que tiene como finalidad mencionar la actividad comercial que desarrolla la persona natural o jurídica y relacionar los establecimientos de comercio, información que no se podía suplir con el RUT, fuera de que este último documento fue aportado por la DIAN que precisamente es la entidad que aparece como víctima en la presente actuación.
* No puede aducirse que los documentos presentados por la DIAN tengan presunción de autenticidad, ya que esa presunción admite prueba en contrario, por lo cual en este caso no se satisfacían los requisitos previstos en el artículo 381 del CPP y se debían aplicar los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo,* como lo hizo acertadamente el juez de primer grado ya que no se pueden equiparar las disposiciones del Estatuto Tributario con los ordenamientos probatorios del CPP, por lo cual pide que se confirme la decisión de primera instancia.

**6. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**6.1 Competencia**

Esta Colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

**6.2 Problema jurídico**

En atención a la argumentación de los recurrentes, la Sala se ocupará de resolver lo concerniente a la responsabilidad de la procesada respecto del tipo penal imputado de omisión de agente retenedor, de conformidad con la denuncia presentada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, y las pruebas aportadas al juicio.

6.2.1 Para resolver lo anterior se debe tener en cuenta la prueba testimonial y documental que fue practicada y recaudada en el juicio oral, en el cual se escucharon las declaraciones del abogado externo de la DIAN Naudín Antonio Gómez y de la jefe de la división de gestión y cobranzas de la misma entidad Diana Lorena Ríos Idárraga, de los cuales se desprende lo siguiente:

6.2.1. El Dr. Naudín Antonio Gómez explicó en lo esencial lo siguiente en la declaración que rindió en el juicio: i) se presentó denuncia en contra de la acusada porque ella diligenció una declaración al impuesto sobre las ventas de los periodos 5 y 6 de 2008, y con ocasión a ello la división de recaudo y cobranzas remitió la documentación para el efecto, como las actuaciones de cobro persuasivo, las declaraciones de impuesto de IVA, el RUT de la señora DMGP y la constancia de la jefe de su dependencia sobre la no cancelación de esas obligaciones; ii) la actividad de la acusada era prestar servicios de alojamiento, en aparta hoteles y hostales, la cual se encuentra gravada, por lo cual la señora DM debía recaudar el impuesto a las ventas, y declarar el valor de lo percibido por impuesto de IVA; iii) relacionó los documentos que se aportaron con la denuncia; iv) dentro de sus funciones no estaba la de notificar los procedimientos de cobro, para lo cual se intenta inicialmente la comunicación personal al obligado y si la persona no comparece, se publica en la página web de la entidad, como lo ordena el Estatuto Tributario; y, v) no recuerda la fecha del RUT de la procesada, pero sabe que se debían dos periodos que datan de 2008.

6.2.2 Por su parte la Dra. Diana Lorena Ríos Idárraga en su calidad de jefe de la dirección de cobranza de la DIAN manifestó: i) explicó todos los pasos que se adelantan para hacer los procesos de cobro de obligaciones tributarias, que incluyen la fase de cobro persuasivo y la búsqueda de bienes para afectarlos con medidas cautelares; ii) en este caso no fue posible notificar a la acusada que tenía su RUT registrado ante la DIAN por ser comerciante ; iii) reconoció el formulario de RUT, indicando que se trataba de un documento donde el mismo contribuyente se registraba con sus datos, que era necesario para inscribirse como comerciante; iv) al haberse inscrito la señora DMGP ante el RUT adquiría la obligación de presentar sus declaraciones de pago por sumas percibidas por IVA o retención en la fuente; v) el RUT es el mismo NIT que corresponde a la cedula expedida a la acusada, quien estaba registrada desde el 7 de julio de 2008 y su última actualización fue realizada el 29 de julio de 2008 ; vi) la acusada presentó las declaraciones de ventas por los períodos 2008-5 y 2006-6 pero no las pagó según el soporte de declaración que la misma contribuyente radicó en un banco con su NIT; vii) se le puso de presente la evidencia No. 2 a la testigo la prueba No.2 correspondiente a dos declaraciones bimestrales del IVA de los períodos 2008-5 y 2008-6, por las sumas de $4.143.000 presentada el 24 de noviembre de 2008 y $1.640.000, lo que indica que recaudó esas sumas por concepto del IVA pero no las consignó en favor del Estado; viii) el requerimiento de cobro a la denunciada fue enviado el 22 de febrero de 2010 a la dirección que tenía registrada en el RUT manzana j casa 17 barrio laureles II, de Pereira y luego se notificó por aviso publicado en el diario “El Tiempo”; ix) la testigo reconoció los documentos a que hizo referencia que fueron aceptados como prueba para el juicio y explicó que pese la empresa de la señora DMGP estaba inscrita en la Cámara de Comercio de Dosquebradas, se libraron las comunicaciones a la dirección que aparecía en el RUT.

6.3 En lo que concierne a la decisión controvertida por los censores, es decir lo referente a la absolución de la señora… DMGP por la conducta de omisión propia descrita en el artículo 402 del CP, hay que manifestar que el *A quo* consideró en lo esencial: i) que no se aportó el certificado de la Cámara de Comercio para demostrar que la señora DMGP hubiera ejercido la actividad comercial de prestar el servicio de hospedería, inscripción que era necesaria para que se le expidiera el RUT por parte de la DIAN, por lo cual no se sabía a ciencia cierta si la acusada se lucraba de esa actividad y si por tal causa era responsable del IVA que hubiera recaudado como consecuencia del desempeño de esos actos de comercio, lo que no se podía suplir con el RUT que no era más que un registro de las personas que se inscribían ante la DIAN; ii) existieron falencias investigativas que llevaban a concluir que no estaba comprobado que la acusada fuera la misma persona que firmó las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas anexadas como evidencia de la FGN ya que se presentaron unas fotocopias que no demostraban que había suscrito esos documentos, lo que no fue esclarecido en el proceso ya que no se logró la comparecencia de la señora GP y tampoco se probó que las sumas referidas en las declaraciones efectuadas sin pago, hubieran sido percibidas realmente por la procesada y que esta, actuando de manera dolosa, hubiera omitido consignar esos dineros en favor del Estado; y, iii) la FGN debió haber allegado al juicio las facturas por los servicios o ventas efectuados por la procesada sobre los cuales se liquidaba el porcentaje de IVA contenido en las declaraciones impagas que se afirma correspondían a lo percibido por la acusada, para lo cual se debía tener en cuenta que las presunciones del Estatuto Tributario, admitían prueba en contrario, por lo cual no se reunían los presupuestos para dictar una sentencia de condena en este caso.

6.4 Por su parte, los recurrentes se oponen a la decisión del fallador de primer grado por considerar que este incurrió en una indebida valoración probatoria, para lo cual la delegada de la FGN expuso que la prueba documental presentada por la FGN no fue tachada ni debatida en lo relativo a la veracidad de los datos allí consignados, ya que los documentos aportados para probar la existencia de la obligación tributaria a cargo de DMPG se presumen auténticos salvo prueba en contrario, que no se introdujo en la actuación.

Particularmente la apoderada de la DIAN, en su calidad de recurrente coadyuvó la sustentación de la delegada de la FGN y agregó que de conformidad con el artículo 746 del E.T. las declaraciones tributarias gozan de esa presunción, de modo que sí se demostró la responsabilidad de la acusada derivada del ejercicio de una actividad que generó el recaudo de caudales del Estado por concepto del impuesto del IVA que no fueron consignados por en la oportunidad debida, con lo cual se configuró la violación de la norma de mandato contenida en el artículo 402 del CP.

6.5 Para efectos de resolver el problema jurídico propuesto, que tiene que ver con el grado de acierto de la decisión de primera instancia en la cual se absolvió a la procesada por las razones enunciadas en el apartado 6.3 de esta decisión, hay que manifestar inicialmente que en este proceso la defensa no aportó ninguna prueba al juicio oral, por lo tanto los únicos EMP y EF que se tuvieron en cuenta por el *A quo* fueron aquellos que presentó la a FGN al juicio.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que el defensor no presentó oposición sobre las evidencias del ente acusador, relacionadas con la existencia de unas obligaciones tributarias a nombre de la acusada, por no pagar las sumas recaudadas por concepto de IVA causado por su actividad mercantil, pese a lo cual el representante de la señora GP considera que no se podía otorgar validez a esas evidencias porque se omitió acreditar la veracidad de las firmas allí aportadas y de la información contenida en esos documentos.

6.6 Sobre el tema hay que indicar que esta Colegiatura debe decidir si se acreditó la calidad de sujeto activo calificado (comerciante) en cabeza de DMGP y si las declaraciones de impuesto sobre las ventas, así como el RUT a nombre de esta persona, son suficientes para atribuirle responsabilidad penal por la omisión de transferir al Estado las sumas de dinero recaudadas por ese concepto, sobre lo cual se hace el siguiente análisis:

6.6.1 En primer lugar hay que manifestar que el tipo penal de “Omisión de agente retenedor o recaudador” consagrado en el artículo 402 del CP sanciona una conducta punible omisiva que lesiona el bien jurídico de la administración pública, la cual se configura cuando los encargados del recaudo de dineros del Estado, bien sea por concepto de retención en la fuente, tasas, contribuciones públicas o impuestos sobre las ventas (como ocurre en el caso en estudio), no cumplen con su deber de consignar las sumas percibidas, a favor del erario público dentro del término legal. Tal disposición establece lo siguiente:

*“Art. 402 Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente 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 un millón veinte mil (1.020.000) Unidades de Valor Tributario (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 (…)”*

6.6.2 Con respecto a ese tipo penal, la SP de la CSJ ha expuesto lo siguiente:

*“… Sin duda, la estructuración del ilícito de omisión del agente retenedor o recaudador tiene como fundamento el interés del Estado por salvaguardar sus bienes patrimoniales, representados en los dineros que tributan los ciudadanos a través de las personas encargadas de su cobro. Esos dineros quedan temporalmente bajo custodia del agente retenedor o recaudador, quien tiene la obligación de ponerlos a disposición del erario público. Si no lo hace dentro de los términos establecidos para el efecto, incurre en el mencionado delito.*

*Pero, desde luego, para materializarse esa conducta omisiva, es necesario que el tributo haya sido, efectivamente, percibido, pues sólo a partir de esa circunstancia podrá darse la apropiación; no antes porque para entonces los dineros no están todavía bajo control (jurídico o material) del retenedor o recaudador, por cuya razón le es imposible ejercer actos de dominio sobre algo que no detenta en ese momento. De ahí que si el agente decide abstenerse de cobrar el impuesto o la contribución, no podrá atribuírsele el punible, porque en ese caso no habrá percibido dinero alguno frente al cual surja la posibilidad de apropiación.*

*Si así procede, habrá desatendido la obligación legal que le impone retener o recaudar el tributo, haciéndose acreedor solamente a sanciones de carácter administrativo. En ese sentido, se observa cómo los artículos 370 y 437-3 del Estatuto Tributario establece al agente que no realiza la retención o percepción la carga de responder “por la suma que está obligado a retener o percibir, sin perjuicio de su derecho de reembolso contra el contribuyente, cuando aquél satisfaga la obligación”.[[8]](#footnote-8)*

6.6.3 El Estatuto Tributario establece que los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en sus correcciones o en las respuestas a los requerimientos administrativos, se consideran ciertos, salvo que se solicite una comprobación especial, o la ley la exija[[9]](#footnote-9) En esa norma se indica también, que el impuesto sobre las ventas se causa en materia de ventas, en la fecha de emisión de la factura o documento equivalente y a falta de estos, en el momento de la entrega, aunque se haya pactado reserva de dominio, pacto de retroventa o condición resolutoria, estableciendo más adelante como responsables de este impuesto -IVA-, a los comerciantes.[[10]](#footnote-10)

6.6.4 Aunado a lo anterior el sujeto pasivo de este tipo penal es calificado, puesto que se requiere que tenga el deber de recaudar o retener esas sumas, que en este caso se derivó de la realización de actos de comercio por parte de la señora DMGP, que por tal causa y como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 20 del CP, tenía la condición de ser una particular que cumplía transitoriamente una función pública.

6.7 En la presente actuación esta Sala considera que si resultó probado con la prueba documental que ingresó al juicio, que la señora GP efectuaba actos en calidad de comerciante, como pasa a explicarse así:

6.7.1 De conformidad con la prueba documental aportada la acusada estaba inscrita en el Registro Único Tributario – RUT[[11]](#footnote-11), y asumió entre sus responsabilidades el pago de impuesto de renta y complementario del régimen originario, ventas del régimen común y suministrar información exógena. En desarrollo de esa actividad comercial declaró durante el año 2008 el impuesto sobre las ventas – IVA, correspondiente a los periodos 05 y 06, declaraciones en las cuales indicó haber generado impuestos por valor de $4.143.000 y $1.640.000 respectivamente[[12]](#footnote-12). A su vez obra el oficio persuasivo penalizable No. 20105056000237 del 22 de febrero de 2010 que le dirigió la DIAN [[13]](#footnote-13) Y finalmente se anexó la constancia expedida por la División de Gestión de Recaudo Cobranzas de la DIAN, en el sentido de que la obligada no ha pagado esas sumas.[[14]](#footnote-14)

6.7.2 En oposición a la anterior prueba documental el juez de primer grado consideró que no se había acreditado la inscripción de la procesada en la Cámara de Comercio, y que tampoco se probó que el Registro Único Tributario y las declaraciones bimestrales de impuesto a las ventas, hubieran sido diligenciadas por la acusada, toda vez que debía probarse que la señora DMGP fue la misma persona que llevó a cabo los actos necesarios para obtener tal documentación y que hizo la declaración del impuesto del IVA, lo que a juicio de la Sala significó el desconocimiento de una evidencia documental que fue ingresada válidamente al juicio, sin oposición de la defensa, por lo cual esa información se debió tener como cierta.

6.7.1 Sobre el particular se advierte que en un pronunciamiento de esta colegiatura del 30 de octubre de 2018 en el radicado 660016000036201102223, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, se examinó el tema de la presunción de validez y autenticidad de la información contenida en el RUT y en los certificados expedidos por las Cámaras de Comercio y se dijo al respecto lo siguiente:

*“Las declaraciones privadas que con ocasión de ese trámite se surtan, están regidas por el principio de buena fe al tenor del artículo 85 Superior, y en consecuencia se presume su validez y autenticidad. Se trata de formularios que deben ser elaborados previa verificación de las operaciones contables con sus respectivos soportes, y no son por tanto de libre confección o configuración.*

*Los contadores son simples intermediarios en la elaboración de esos documentos públicos, y lo hacen con el conocimiento, aquiescencia y aprobación de los representantes legales llamados a responder por el destino del recaudo. (…)*

*En criterio de la Colegiatura, le asiste total razón a la letrada que impugna como quiera que, al menos para los fines a los cuales se contrae la presente actuación, los datos incorporados en el RUT, entre ellos por supuesto el nombre del responsable directo de esos aportes –en el caso que nos concita a esa persona en condición de representante legal se le asignó el NIT 91.322.093-, son plenamente válidos y deben tenerse como suficientes para demostrar la calidad y condición en que actuó el señor ERNESTO PERDOMO.*

*Así se entiende porque toda persona que se inscribe en el registro único tributario (RUT), como aconteció con el aquí procesado, es conocedora de cuáles son sus cargas tributarias, los deberes adquiridos con el Estado, y las consecuencias que generaría el no pago de los dineros que haya recaudado en ejercicio de las funciones de agente retenedor.*

*No se entiende en sana lógica que alguien que no está comprometido con el recaudo de impuestos haga una manifestación expresa ante ese organismo oficial en el sentido que adeuda sumas por concepto del IVA sin tener arte ni parte en el asunto. Es indiscutible por tanto que el citado tenía un vínculo con la COMERCIALIZADORA ANTRAM LTDA y que sabía lo que estaba manifestando.*

*Lo dicho es aún más fehaciente cuando se sabe que para la inscripción en el RUT se requiere presentar no solo la cédula de ciudadanía, sino además el referido certificado de existencia y representación de la entidad. De allí que de entrada deba descartarse la tesis basilar de la defensa en el sentido que su cliente ni siquiera estaba debidamente identificado. Y es así porque no solo el señor PERDOMO TRUJILLO fue apropiadamente individualizado al momento de las audiencias preliminares ante el juez de control de garantías, instante en el cual se le declaró persona ausente, sino que, repetimos, la documentación allegada válidamente al juicio enseña que efectivamente se trata de la misma persona involucrada.”*

Y en lo que tiene que ver con la autenticidad de las firmas que obran en las declaraciones de impuesto sobre las ventas sostuvo:

*“Se cuestiona la autenticidad de la declaración tributaria aportada al proceso por la Fiscalía con base en el argumento de no haberse establecido si en verdad la firma que allí aparece había sido estampada de puño y letra del acusado, con lo cual se genera la posibilidad de haber sido elaborada por persona diferente.*

*Como se aprecia, en el asunto están involucrados dos principios: el primero de ellos, el de la carga de probar coetáneo al denominado principio de incumbencia probatoria; y el segundo, lo atinente a la presunción de autenticidad y veracidad que ostentan los documentos públicos.*

*Con respecto a lo primero, es desde luego indiscutible que, en principio, la carga de probar los elementos configurativos del tipo, la autoría y la responsabilidad, atañen en forma personal y directa al delegado de la Fiscalía General de la Nación, como una derivación imperiosa de la presunción de inocencia que protege a todo ciudadano a voces del inciso 4º del artículo 29 Superior, y el artículo 7 C.P.P.*

*Empero, esa regla general tiene su excepción, y consiste en que bajo el esquema del proceso adversarial que está en la base del sistema penal con tendencia acusatoria que nos rige, tiene aplicabilidad el principio de incumbencia probatoria, según el cual: “[…] 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 […]”.[[15]](#footnote-15)*

*Con fundamento precisamente en ese argumento, esta misma Corporación desde tiempo atrás[[16]](#footnote-16) ya había sostenido situación similar en lo atinente al delito de omisión de agente retenedor, y recientemente lo reiteró en los siguientes términos:*

*“[…] si la Defensa pretendía cuestionar la autenticidad de las declaraciones tributarias aportadas por la Fiscalía al proceso con base en el argumento consistente en que las grafías que aparecían consignadas en las mismas no podían corresponder a las de la Procesada, acorde con lo preceptuado por el aludido principio de la incumbencia probatoria, era obvio que le asistía la carga de demostrar, mediante el empleo de los medios de conocimientos pertinentes, que las signaturas fueron hechas por alguna otra persona diferente a la acusada. Pero vemos que la realidad probatoria nos demuestra que la Defensa no cumplió con dicha carga, razón por la que se puede concluir que todo lo dicho, en tales términos, por los apelantes para cuestionar la autenticidad de los documentos de marras son unas simples y meras especulaciones que en nada afectan la presunción de autenticidad que amparan a las enunciadas declaraciones tributarias […]”. [[17]](#footnote-17)*

*La anterior afirmación guarda coherencia con la denominada carga dinámica de la prueba, en cuanto, una vez que el órgano de persecución penal cumple con el deber de demostrar los elementos básicos de la acusación, al procesado se le impone el compromiso de demostrar lo contrario en caso de que pretenda desvirtuar lo aseverado por medio de la denominada defensa activa o proactiva (consistente en intentar acreditar los supuestos de hecho en los cuales funda su medio de refutación). No se trata por tanto de invertir la carga de la prueba, sino de poner las cosas en su justa dimensión, como quiera que a la Fiscalía no se le puede atribuir la obligación de allegar prueba contraria a sus pretensiones procesales, aunque desde luego en virtud del principio de lealtad procesal sí está en el deber de poner al descubierto toda aquello que haya entrado a su conocimiento y que directa o indirectamente pudiera beneficiar al acusado”.*

6.7.2 Precisamente en aplicación de los anteriores presupuestos la Sala considera que el *A quo* incurrió en un yerro en la valoración probatoria, ya que durante el juicio la defensa de DMPG no se opuso al ingreso de esos documentos, ni cuestionó la veracidad de la información que contenían y por ellos se entiende que era deber del representante de la acusada haber solicitado las pruebas dirigidas a tachar de falsas las rúbricas de las declaraciones sobre recaudo del IVA o para probar que tanto el RUT como el certificado de Cámara de Comercio fueron obtenidos con documentos espurios o por una persona diferente a la señora DMPG.

Lo mismo sucede con el argumento según el cual el ente acusador omitió probar que los montos que fueron reportados como saldo a pagar por impuesto en las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas objeto de pronunciamiento efectivamente fueron percibidos por la acusada, para lo cual basta reiterar que esa manifestación no tiene ningún soporte probatorio, ya que se debe tener en cuenta al no existir evidencia que demuestre una falsificación en la firma de las declaraciones del IVA no hay duda de que la obligada a consignarlas era la señora DMGP ya que en el NIT de las declaraciones bimestrales sobre IVA aparece su cédula de ciudadanía y se certifican los saldos que debía cancelar, siendo presentadas esas declaraciones por valores de $4.143.000 y $1.640.000[[18]](#footnote-18), como “recibidas sin pago” de acuerdo al sello colocado por Banco Santander, oficina principal Caucasia.

6.7.3 Por lo tanto, no resultaba posible inferir sin ningún soporte probatorio que la acusada fue sustituida para efectos de diligencias y presentar las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas – IVA, correspondientes a los periodos 05 y 06 de 2008, por lo cual resulta claro que al percibir las sumas correspondientes al IVA en los períodos señalados por la DIAN, la ciudadana PG debía consignar esos dineros y al no hacerlo incurrió en la conducta descrita en el artículo 402 del CP.

6.8 En consecuencia, se considera que en el caso *sub examen,* se contaba con suficientes elementos probatorios que demostraban la violación de la norma de mandato contenida en el artículo 402 del CP, por lo cual se revocará la decisión de primera instancia y en su lugar se proferirá sentencia condenatoria contra la señora DMGP como responsable de esa conducta punible.

**7. DOSIFICACIÓN DE LA PENA**

Los cuartos punitivos quedan así:

|  |  |
| --- | --- |
|  | Pena de prisión |
| Cuarto mínimo | 48 a 63 meses |
| Cuartos Medios  | 63 meses 1 día a 93 meses |
| Cuarto máximo | 93 meses 1 día a 108 meses  |

|  |  |
| --- | --- |
|  | Multa |
| Doble de lo no consignado[[19]](#footnote-19) – Art. 402 inc 1º CP | $16.324.000 pesos |

Como no se advierte la existencia de causales de mayor o menor punibilidad, para fundamentar la individualización de la sanción, esta se fijara dentro del cuarto mínimo.

7.1 Teniendo en cuenta los factores contemplados en los incisos 2º y 3º del artículo 61 del C.P., se impondrá como pena principal la mínima de 48 meses de prisión y multa de $16.324.000 pesos correspondientes al doble del valor no consignado por la sancionada.

7.2 Como pena accesoria se impondrá la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal. Esta sanción se aplica con base en lo dispuesto en el artículo 53 del CP.

**8 SOBRE SUBROGADOS PENALES**

El artículo 63 del C.P. vigente para la época de los hechos tenía previsto que la pena privativa de la libertad se podría suspender siempre que concurrieran dos requisitos, el primero de los cuales exigía que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de 3 años, presupuesto que no se cumple en el presente caso.

Ahora, analizado por favorabilidad el mismo artículo con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 1709 de 2014, este establece que es posible suspender la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia de primera, segunda o única instancia, por un período de 2 a 5 años, de oficio o a petición del interesado, cuando concurran los siguientes requisitos:

i) que la pena impuesta no exceda de 4 años de prisión; ii) si la persona condenada carece de antecedentes penales y la conducta investigada no es una de las contenidas en el inciso 2º del artículo 68A del C.P., se concederá el subrogado con base solamente en el requisito objetivo del numeral 1º y iii) si la persona condenada tiene antecedentes penales por delito doloso dentro de los 5 años anteriores, se puede conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, cuando los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado indiquen que no es necesaria la ejecución de la pena.

Sin embargo en el caso *sub examine* se procede por un delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, el cual se encuentra consagrado en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599 de 2000 toda vez que se trata de un delito contra la administración pública, motivo por el cual no hay lugar a conceder tal beneficio.

**8.1 SUSTITUTOS PENALES**

Ahora bien, pese a que la prohibición de que trata el artículo 68A del C.P., resulta aplicable en igual sentido para la sustitución de la prisión intramural por la internación domiciliaria, se advierte que en este caso se debe aplicar por favorabilidad el artículo 38 del C.P. en su versión original, toda vez que era norma vigente para la época de los hechos. Así, se encuentran acreditados los requisitos para acceder al mencionado sustituto en el entendido que: i) la sentencia se impone por una conducta punible con pena mínima menor de 5 años (hoy 8 años) y ii) no hay información que permita concluir que la procesada pondrá en peligro a la comunidad o evadirá el cumplimiento de la pena, por tanto debe presumirse en su favor.

De conformidad con lo antedicho, deviene procedente conceder a la señora DMGP la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria para lo cual deberá garantizar mediante caución prendaria en monto equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente el cumplimiento de las obligaciones previstas en el numeral tercero del artículo 38 del C.P. en su versión original.

8.2 En lo que corresponde a la privación de la libertad de la procesada que fue declarada persona ausente en la audiencia preliminar adelantada el 14 de mayo de 2015, la Sala considera que pese a tratarse de la primera sentencia condenatoria dictada en el proceso, se debe ordenar la captura de la señora DMGP para que entre a descontar en prisión domiciliaria la pena impuesta, para lo cual se acoge lo expuesto por la SP de la CSJ en reciente decisión del 17 de julio de 2019, radicado 54848, donde se dijo lo siguiente:

*“1. La Fiscalía General de la Nación formuló imputación y acusó a RAÚL ALFREDO ARBOLEDA MÁRQUEZ en su condición de Ex Alcalde del Municipio de Palmira y FERNANDO MAURICIO ROJAS FIGUEROA en su calidad de Ex Secretario Jurídico de dicho municipio, entre otros, como presuntos autores responsables de los delitos de peculado por apropiación a favor de terceros y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con la circunstancia de mayor punibilidad referida a la «posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio», conforme los artículos 397 inciso 2º, 410 y 58 numeral 9º del Código Penal, respectivamente, con las modificaciones del canon 14 de la Ley 890 de 2004[[20]](#footnote-20).*

 *2. Adelantado el respectivo juicio oral, público y contradictorio, mediante sentencia del 28 de junio de 2018, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Palmira, los absolvió de los cargos formulados.*

 *3. Sin embargo, al resolver los recursos de apelación interpuestos por el Delegado de la Fiscalía General de la Nación y el Representante del Ministerio Público, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Buga, el 23 de enero de 2019, revocó parcialmente la mencionada sentencia, para en su lugar, condenar a RAÚL ALFREDO ARBOLEDA MÁRQUEZ y FERNANDO MAURICIO ROJAS FIGUEROA, como coautores responsables del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, imponiéndoles en consecuencia una pena principal de 64 meses de prisión y multa en el equivalente a 66.66 salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 80 meses.*

 *De otra parte, les negó los mecanismos sustitutivos de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, razón por la cual dispuso su captura inmediata. En lo demás el fallo fue confirmado*[[21]](#footnote-21).

 *4. La mencionada sentencia fue impugnada por la defensa de los acusados al tratarse de primera condena, recurso concedido ante esta Corte una vez ajustado el trámite procesal en la forma y términos que se indicó en la decisión CSJ AP1263-2019[[22]](#footnote-22),*

 *5. En memorial presentado por el apoderado de los procesados, solicitó de la judicatura «abstenerse de librar orden de captura en contra de los enjuiciados» atendiendo los efectos suspensivos de la sentencia, además que los procesados asistieron a todas y cada una de las diligencias a las cuales fueron citados.*

 *6. Al respecto, advierte la Sala que la petición resulta completamente improcedente, dado que la captura de FERNANDO MAURICIO ROJAS FIGUEROA y RÁUL ALFREDO ARBOLEDA MÁRQUEZ se ordenó por el Tribunal en la sentencia, para el cumplimiento de la pena impuesta, como lo dispone el artículo 450 de la Ley 906 de 2004.*

 *7. Sobre el punto, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que cuando en la sentencia se niegan los subrogados o penas sustitutivas, la orden de captura que sobrevenga debe ejecutarse de manera inmediata. Así se pronunció, por ejemplo, en auto CSJ. AP 30 enero 2008. Rad. 28918:*

*Ante las omisiones reiteradas de los jueces en materia de ejecución de la sentencia, recuerda la Sala que en la sistemática procesal anterior (Ley 600 de 2000, artículo 188) la pena privativa de la libertad se ejecutaba desde el momento en que se profería la sentencia, pero cuando se trataba de una persona a quien se le negaba el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y ésta se encontrabas gozando de una libertad provisional, era necesario esperar la ejecutoria del fallo para ordenar su captura.*

*La situación es diferente en el nuevo esquema procesal en el cual se ha advertido expresamente:*

*ARTÍCULO 450. ACUSADO NO PRIVADO DE LA LIBERTAD. Si al momento de anunciar el sentido del fallo el acusado declarado culpable no se hallare detenido, el juez podrá disponer que continúe en libertad hasta el momento de dictar sentencia.*

*Si la detención es necesaria, de conformidad con las normas de este código, el juez la ordenará y librará inmediatamente la orden de encarcelamiento.*

*Por mandato del anterior precepto se hace necesario que los jueces observen que en los términos de la Ley 906 de 2004 la ejecución de la sentencia y las órdenes que en ella se imparten, especialmente cuando se condena a un procesado a pena privativa de la libertad y se le niegan subrogados o penas sustitutivas, resulta imperativo que la privación de la libertad se ordene en el mismo momento en que se anuncia el sentido del fallo. Dicho en otras palabras: cuando un acusado en contra de quien se anuncia un fallo de condena que conlleva la imposición de una pena privativa de la libertad cuya ejecución no tienen que ser suspendida, los jueces deben cumplir la regla general consistente en disponer su captura inmediata para que empiece a descontar la sanción impuesta. Y si tal mandato lo incumple el a quo se debe impartir el correctivo por el ad quem.*

*8. Bajo ese marco conceptual, no se encuentra yerro alguno al ordenarse la aprehensión de los sentenciados y su internamiento en un centro penitenciario, pues el juzgador estaba habilitado para ello luego de emitir el fallo condenatorio, vale decir, era su deber adoptar los medios necesarios para que efectivamente se ejecutara la sanción impuesta, razón por la cual no se accederá a la petición del abogado defensor, pues la captura debe cumplirse inmediatamente, independientemente de la ejecutoria del fallo...”*

**9. CONSIDERACIÓN ADICIONAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA DOBLE CONFORMIDAD.**

9.1 En reciente pronunciamiento del 3 de abril de 2019, la SP de la CJS mediante providencia AP1263-2019 radicado al No. 54.215, M.P. Eyder Patiño Cabrera, refirió:

*“2.1. Con el Acto Legislativo 01 de 2018 se implementó en Colombia, además del principio de la doble instancia para los aforados, el derecho a impugnar la primera sentencia condenatoria. Fue así como en el artículo 3°, por el cual modificó el 235 de la Carta Política, atribuyó a la Sala de Casación Penal (numeral 7), la competencia para conocer de la solicitud de doble conformidad de la primera condena proferida por los tribunales superiores o militares. Obsérvese:*

*Artículo 235. Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: (…)*

*7. Resolver, a través de una Sala integrada por tres Magistrados de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y que no hayan participado en la decisión, conforme lo determine la ley, la solicitud de doble conformidad judicial de la primera condena de la sentencia proferida por los restantes Magistrados de dicha Sala en los asuntos a que se refieren los numerales 1, 3, 4, 5 y 6 del presente artículo, o de los fallos que en esas condiciones profieran los Tribunales Superiores o Militares. (Negrillas fuera del texto original).*

*2.2. Es claro que para la fecha no se ha expedido la ley prevista en la aludida reforma, en la que se concrete el procedimiento que se debe llevar a cabo para asegurar la garantía de la doble conformidad frente a la primera sentencia condenatoria en segunda instancia (términos y recursos).*

*Ese fue el motivo por el cual esta Sala consideró que, ante el vacío legal, el principio de doble conformidad podía garantizarse a través del recurso de casación, habida cuenta que, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a recurrir el fallo va encaminado a permitir que la decisión adversa a los intereses del procesado sea revisada por una autoridad judicial distinta, que asegure la realización de un «examen integral de la decisión recurrida»[[23]](#footnote-23).*

*2.3. Con ese propósito, flexibilizó los criterios para acceder al recurso y abrió paso para que, en sede extraordinaria, se estudiara la determinación de condena, conforme a las críticas formuladas por el impugnante. Fue así como, en algunas oportunidades, decidió inadmitir las demandas, pero en el mismo auto dedicó un acápite para examinar lo atinente a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP2250-2018, rad. 49849; CSJ AP2248-2018, rad. 49898 y CSJ AP407-2018, rad. 49114); en otras ocasiones, las inadmitió por falencias de técnica, aunque -tratándose de asuntos seguidos al amparo del Código de Procedimiento Penal de 2004 (Ley 906), dispuso que, agotado el trámite de insistencia, regresara el expediente para emitir sentencia de fondo y así asegurar el derecho a la doble conformidad (entre otros, CSJ AP5344-2018, rad. 51860; CSJ AP5323-2018, rad.50867 y CSJ AP5318-2018, rad. 50782). Y, en los demás eventos, las admitió sin reparar en formalidades de técnica casacional, para resolver en sentencia sobre el fondo del asunto planteado (entre otras CSJ SP650-2017, rad. 48377; CSJ SP3764-2017, rad. 48544; CSJ SP11437-2017, rad. 48952; CSJ SP15773-2017, rad. 49013 y CSJ SP587-2017, rad. 49615); al interior de este último grupo, hubo eventos en los que revocó la condena y absolvió al procesado (CSJ SP3168-2017, rad. 44599 y SP5330-2018, rad. 51692).*

*2.4. Ahora bien, aunque la Sala reconoce que el asunto debe ser regulado por el Congreso de la República, es consciente de la imperiosa necesidad de asegurar ese derecho de rango constitucional, hasta tanto se expida la ley. Por consiguiente, atendiendo la finalidad integradora de la jurisprudencia, adoptará medidas provisionales orientadas a garantizar, de mejor manera a como se ha venido haciendo al interior de los procesos regidos por los códigos de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) y de 2004 (Ley 906), el derecho a impugnar la primera condena emitida en segunda instancia por los tribunales superiores.*

*Para tal efecto, propenderá por la solución menos traumática y que implique una mínima intromisión en el ordenamiento jurídico vigente. En ese orden, dentro del marco procesal de la casación, resguardará así esa garantía:*

*(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.*

*(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.*

*(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.*

*(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación.*

*(v) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.*

*(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.*

*(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación.*

*(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.*

*(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría –según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.*

*(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.*

*Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 1996, rad. 9579).*

*(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad.”*

9.2 Por las razones antes mencionadas esta Corporación anuncia que de formularse el recurso de apelación contra el fallo adoptado por esta Sala en segunda instancia, se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 179 del CPP, en lo relativo a ese trámite.

**DECISIÓN**

Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito el 13 de octubre de 2016, donde se absolvió a la procesada por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, y en su lugar **CONDENAR** a DMGP, a la pena principal de 48 meses de prisión y de multa correspondiente a $16.324.000 como responsable del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador.

**SEGUNDO: IMPONER** como pena accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena principal, según el artículo 53 del C.P.

**TERCERO: NEGAR** a DMGP, la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión por lo expuesto en el acápite 8 de esta providencia.

**CUARTO: CONCEDER** a DMGP la sustitución de pena de prisión por domiciliaria para lo cual deberá depositar caución prendaria y suscribir acta de compromiso en los términos del apartado 8.1 de este pronunciamiento. Se dispone librar de inmediato la correspondiente orden de captura, para hacer efectiva la pena impuesta, conforme a lo explicado en el *ítem* 8.2 de esta decisión.

**QUINTO**: Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella proceden los recursos de apelación especial y de casación, conforme a lo explicado en el apartado 9 de esta providencia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Fls.1-4. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fl. 6 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fl. 9 [↑](#footnote-ref-3)
4. Fls. 12-13 [↑](#footnote-ref-4)
5. Fls. 29-30 [↑](#footnote-ref-5)
6. Fl. 31 [↑](#footnote-ref-6)
7. Fls.32-43 [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia del 30 de enero de 2008. Proceso Rad. 25.813. M.P. María del Rosario González de Lemos [↑](#footnote-ref-8)
9. Art. 746 Decreto 624 de 1989. [↑](#footnote-ref-9)
10. Art. 429 y 437 ibídem [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 19 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folios 21 y 23. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 24 [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 27 y 28 [↑](#footnote-ref-14)
15. C.S.J., S.P. sept. 8 de 2015, rad. 39419 [↑](#footnote-ref-15)
16. Cfr. T.S., S.P., jul 08 de 2010, rad. 6600131040052, M.P. Jorge Arturo Castaño Duque [↑](#footnote-ref-16)
17. Cfr. T.S.,S.P., mayo 11 de 2018, rad. 66201101129701, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 21 y 23 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 28 [↑](#footnote-ref-19)
20. C. 1, Fs. 16-22 y 23-36, respectivamente. [↑](#footnote-ref-20)
21. C. 1, fs. 332-384. [↑](#footnote-ref-21)
22. Así lo ordenó la Sala mediante auto AP165-2019 del 30 de abril. [↑](#footnote-ref-22)
23. *Cfr.* Sentencia del 23 de noviembre de 2012, caso Mohamed *vs.* Argentina. [↑](#footnote-ref-23)