

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

AP3166-2019

Radicación n.º 53823

Aprobado acta n.º 194

Bogotá, D. C., cinco (5) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Decide la Corte acerca de la admisión de la demanda de casación presentada en nombre de LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA, contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá), que confirmó la condena proferida en su contra por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, como autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

ANTECEDENTES

1. Fácticos

LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA, representante legal de la empresa SERVIMECÁNICOS NOBSA LTDA.,

identificada con NIT 900032524, dejó de consignar a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas, seccional Sogamoso, la suma de \$176.185.000, correspondiente al impuesto de ventas de los periodos 02 y 03 de 2013 y 01 y 02 de 2014, obligación que ascendió al monto de \$387.126.132.

1. Procesales

El 10 de agosto de 2014 se realizó en el Juzgado Promiscuo Municipal de Nobsa (Boyacá) con Función de Control de Garantías de Bogotá, la audiencia de formulación de imputación en contra de LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA, como coautor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, previsto en el artículo 402 del Código. Cargos que fueron aceptados por el imputado.

La fiscalía presentó el escrito de acusación con allanamiento, respetando las situaciones fácticas y jurídicas comunicadas en la audiencia de imputación, así como los términos de la aceptación de cargos.

El conocimiento le correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama (Boyacá), que en audiencia realizada el 9 de noviembre de 2017 verificó el allanamiento, evacuó la audiencia prevista en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004 y leyó el fallo condenatorio mediante el cual se impusieron a LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA las siguientes penas: (i) 24 meses de prisión; (ii) multa de doscientos veinticinco millones trescientos diecinueve mil ciento cuarenta y dos pesos (\$225.319.142), e (iii) inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

públicas por el mismo término de la pena de prisión. Lo anterior, producto de la rebaja del 50% de las penas, otorgada por la aceptación de los cargos en la audiencia de formulación de imputación.

El fallador de primer grado consideró improcedentes la suspensión de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por tratarse de un delito enlistado en el artículo 68A de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1709 de 2014. Para el cumplimiento de la pena ordenó librar captura, una vez ejecutoriado el fallo.

El defensor interpuso el recurso de apelación en cuya sustentación solicitó al tribunal revocar el fallo de primer grado en lo concerniente a la negativa a conceder alguno de los subrogados penales.

El 12 de julio de 2018, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo (Boyacá) confirmó la sentencia apelada. Inconforme con lo decidido, el defensor del procesado interpuso y sustentó el recurso extraordinario de casación.

LA DEMANDA

El demandante postula un cargo único al amparo de la causal primera prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, indicando que el tribunal omitió aplicar el artículo 11 del Código Penal (antijuridicidad), error a partir del cual desconoció que el delito de omisión de agente retenedor consagra como circunstancia que extingue la acción penal el pago de la

obligación tributaria, cuyo cobro coactivo feneció en virtud a la prescripción de la acción fiscal que tiene un término máximo de cinco años, según lo dispuesto por el artículo 817 del Estatuto Tributario.

Como consecuencia de la prescripción de la acción de cobro, concluye el demandante, decayó la afectación del bien jurídico que tutela el delito de omisión de agente retenedor por el cual se condenó a LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA, razón por la cual, solicita casar parcialmente el fallo recurrido.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la admisión de la demanda de casación supone la debida presentación, correspondiendo al censor la obligación de consignar tanto las causales invocadas, como sus fundamentos. Ello implica acreditar la afectación de derechos fundamentales y justificar la necesidad del fallo de casación, de cara al cumplimiento de alguno de sus fines (efectividad del derecho material, respeto de las garantías de los intervinientes, reparación de los agravios inferidos a éstos y unificación de la jurisprudencia).

En el mismo sentido, dispone el inciso 2 de la norma mencionada, que el libelo se inadmitirá cuando el demandante carezca de interés, prescinda de señalar la causal o no desarrolle adecuadamente los cargos de sustentación. También, si se advierte la irrelevancia del fallo para cumplir los propósitos del recurso.

Tales exigencias derivan de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, enraizada en la presunción de acierto y legalidad inherente al fallo de segunda instancia. A partir de esta presunción, se asigna al censor la carga de acreditar que con la sentencia se causó un agravio, apoyándose para ello en las causales taxativamente consagradas en la ley.

Además, en conexión con la exigencia de acreditación de la afectación de derechos fundamentales, la *idoneidad sustancial* de la demanda significa que sus cargos no sólo han de estar debidamente sustentados desde la perspectiva formal. Los reproches deben ser fundados, esto es, *tener aptitud para propiciar la invalidación total o parcial de la sentencia*, en el entendido que, de no haberse materializado el yerro, otra habría sido la decisión, o mostrarse idóneos para convocar a la Corte a asumir una postura jurisprudencial unificada alrededor del tema debatido, en cuanto logren evidenciar la violación de una norma sustancial o una garantía procesal.

Si la demanda incumple con las aludidas exigencias formales para estudiarla de fondo o se establece de entrada su falta total de idoneidad, de cara a los fines inherentes a la casación, la decisión debe ser la inadmisión.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 181-1, la casación procede por falta de aplicación, aplicación errónea, o aplicación indebida de una norma del bloque de constitucionalidad, constitucional o legal, llamada a regular el caso.

Esta causal en la que el recurrente inscribe el único cargo, conlleva la carga de precisar si el reparo obedece a: i) la falta de aplicación o exclusión evidente, que ocurre cuando el juez no da aplicación a la norma que regula el caso concreto, porque la ignora o la desconoce; ii) la aplicación indebida, que tiene lugar cuando los supuestos que contempla el precepto no coinciden con la situación fáctica procesalmente reconocida o iii) la interpretación errónea, que se presenta cuando el funcionario judicial acierta en la selección de la disposición, pero le da un alcance que no tiene.

Encuentra la Corte que la disertación ofrecida como sustento de la inconformidad no evidencia objetivamente vicios determinantes de una declaración contraria a derecho, requisito lógico formal sin el cual la Sala carece de habilitación legal para revisar los fundamentos del fallo censurado en procura de hacer efectivos los fines inherentes a este recurso extraordinario, según reiterada jurisprudencia de la Corporación.

Sea lo primero señalar que habiendo terminado la actuación por el allanamiento del procesado, quien contó con la asesoría de quien hoy hace las veces de demandante, éste no propuso en las instancias ninguna solicitud acerca de la antijuridicidad de la conducta imputada a MONTAÑA ACUÑA. Solo en la demanda de casación menciona en forma ambigua e imprecisa tal situación, haciéndola consistir 'en la prescripción de la acción de cobro fiscal'.

En efecto, aunque el actor anuncia la violación directa de la ley por omisión en la aplicación del artículo 11 del Código Penal, denominándolo falta de lesión al bien jurídico que ampara el tipo penal de omisión de agente retenedor, no presenta argumento alguno a partir del cual demuestre que la conducta aceptada por LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA en la audiencia de formulación de imputación es atípica ante la ausencia de lesión al bien de la administración pública.

Si bien al principio de su alegato parece que la queja se dirige a la violación directa de la mencionada norma, su reclamo se desvía hacia el reconocimiento de la prescripción de la acción penal, aduciendo unos presupuestos que no guardan fidelidad con la actuación procesal, y menos con los requisitos previstos en la ley sustantiva en relación con la extinción de la potestad punitiva del Estado debido al transcurso del tiempo.

En todo caso, la propuesta del actor, según la cual, producto de la *'prescripción de la acción de cobro coactivo'*, surge la antijuridicidad del tipo penal, lejos de demostrar que estructura un yerro del fallo que deba corregirse en sede de casación, solo representa su opinión personal, sin que tan particular postura encuentre sustento en la teoría dogmática de la conducta punible, ni en la noción de lesividad, puesto que el impacto en el bien jurídico que se afecta con el accionar, ninguna relación guarda con el fenómeno jurídico de la prescripción.

Más aún, confunde los términos de la prescripción de la acción de cobro coactivo administrativa o judicial¹ que como

¹ Estatuto Tributario, artículo 817, 825 y 823.

facultad exorbitante ostenta la DIAN frente a las acreencias fiscales de las que es titular, tal y como se estudió por esta Sala en la SP8463- 2017 (radicación 47446), con la prescripción de la acción penal derivada en general de los delitos y que se encuentra regulada en los artículos 83 y sucesivos de la Ley 599 de 2000.

El mecanismo de cobro coactivo, cuya finalidad se asemeja a la acción ejecutiva, es un instrumento del cual la ley dotó a algunas entidades de la administración pública, entre ellas a la DIAN, para ejercer directamente el cobro forzoso de las deudas fiscales que tiene el deber de recaudar, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria. (CSJ SP8463-2017, 14 jun. Radicado 47446).

Este mecanismo autónomo que encuentra regulación en el Estatuto Tributario, tiene como fin el cobro de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales (art. 823 E.T), mientras que la acción penal investiga la conducta desplegada por el agente retenedor o recaudador. Así lo ha reconocido esta Corporación:

Distinta es la situación cuando se trata de diferenciar entre la acción de cobro coactivo administrativo y la acción penal, respecto de lo cual la Sala (CSJ AP, 28 sep. 2011, rad. 37369) señaló que aquél “de ninguna manera enerva lo actuado dentro del proceso penal, pues, huelga recordar, ese mecanismo apenas se encamina a obtener los dineros que dejó de consignar por impuestos el procesado, al tanto que el trámite hoy examinado tiene como objeto la comisión del delito inserta en esa omisión»; pero aclaró,

a la vez, la imposibilidad de que «tanto en el proceso penal, a partir de la demanda de constitución en parte civil, como en trámite civil o administrativo diferente, se persiga el pago de ese daño ocasionado con el ilícito, como claramente lo disponen los artículos 48 y 52 del C. de P.P.» (CSJ SP8463-2017, 14 jun. Radicado 47446)

En consecuencia, siendo acciones diferentes, autónomas e independientes, cada una cuenta con su regulación. Para el caso del proceso penal, se extingue en un tiempo igual, cuando es privativa de la libertad, al máximo de la pena prevista para el delito, sin que en tal caso pueda ser inferior a cinco años ni exceder de veinte, salvo los casos expresamente excepcionados en la norma (Ley 599 de 2000, artículo 83, incisos 2º y 3º).

Además, según el aludido precepto, cuando la conducta punible es cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, o por un particular que ejerza de manera transitoria o permanente aquéllas —como para este delito lo es el agente retenedor—² ese lapso se incrementa en una tercera parte (esto según el citado artículo, vigente al tiempo de los hechos, antes de la reforma de la Ley 1474 de 2011, artículo 14).

El comentado lapso ha de computarse con sujeción a las reglas establecidas en el artículo 84 del Código Penal, las que aplicadas al tipo penal de omisión de agente retenedor o auto-retenedor, por tratarse de un delito de conducta instantánea y de resultado, permiten concluir que la conducta se consuma y

² Cfr. SP 27 jul. 2011, Rad. 30170. En el mismo sentido SP 5 dic. 2012, Rad. 38640 y SP 12 dic. 2012, Rad. 40353.

se torna ilícita cuando el pago del respectivo tributo no se verifica dentro de los dos meses siguientes a la fecha de exigibilidad establecida por el fisco³.

En ese orden de ideas, en este asunto el período más antiguo en los que se omitió el pago del correspondiente recaudo de la retención, con base en la formulación de imputación, a la que se allanaron los procesados, es el 2º y 3º del año 2013, esto es, los meses de febrero y marzo de ese año, fecha a la que deben sumarse los dos meses de gracia señalados en el tipo penal (artículo 402 de la ley 599 de 2000) a fin de concretar el momento a partir del cual se consumó la acción omisiva, que para ese preciso evento sería el mes de junio de 2013.

De acuerdo con lo anterior, el delito en cuestión está sancionado con una pena privativa de la libertad de nueve (9) años, lapso que debe incrementarse en una tercera parte atendida la condición especial del sujeto activo, el término de prescripción es de doce (12) años, surge evidente que contabilizado ese lapso desde la fecha últimamente precisada hasta el momento de formulación de la imputación⁴, ocurrida el 26 de julio de 2017, para ese momento no se había cumplido el término previsto en la ley para el decaimiento de la potestad punitiva del Estado frente a ese específico acto omisivo, y menos respecto de los sucedáneos que por obvias razones se consumaron en fechas posteriores.

No sobra señalar que entre la fecha de la formulación de la imputación (26 de julio de 2017), momento en el que se

³ Cfr. SP 11 dic. 2013, Rad. 33468.

⁴ Ley 906 de 2004, artículo 292.

interrumpe el cómputo del plazo prescriptivo de la acción penal y comienza a correr de nuevo por un período igual a la mitad del inicialmente indicado (6 años), y el del fallo de segunda instancia (proferido el 25 de abril de 2018), tampoco se alcanzó el límite temporal para la configuración del fenómeno que infundadamente reclamó el censor a través de la demanda estudiada.

En síntesis, advierte la Sala que el demandante, además de no demostrar la existencia de yerro alguno en el fallo recurrido, pretende desconocer los efectos vinculantes del allanamiento a cargos, mediante la presentación sesgada de la actuación y los supuestos facticos aceptados por su prohijado, incurriendo de esa manera en una inaceptable y proscrita retractación.

De otra manera, no se explica que después de que su representado aceptara la responsabilidad en la comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, en sede de casación presente argumentos dirigidos a desvirtuar la antijuridicidad material de la conducta.

Conforme con lo expuesto, el recurrente no demostró la configuración de vicios con la capacidad de enervar la declaración de justicia contenida en las sentencias de primera y segunda instancias, las cuales, al coincidir en el mismo sentido forman una unidad jurídica inescindible que solo puede ser resquebrajada en virtud de la acreditación de yerros manifiestos y graves que dejen sin efecto la doble presunción de legalidad y acierto que la cobija, razón por la cual, se impone la inadmisión de la demanda, como lo dispone el artículo 184,

inciso 2, de la Ley 906 de 2004, determinación contra la cual procede el mecanismo de insistencia, en los términos concretados por la Corte a partir del fallo de 12 de septiembre de 2005 (radicación 24322).

Lo anterior sin perjuicio de señalar que la Corte no advierte situación alguna que legalmente la habilite para superar los defectos del libelo con el fin de decidir de fondo, ni observa violación alguna de las garantías fundamentales del procesado LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA con ocasión del procedimiento cumplido o en el fallo impugnado, como para que sea necesario el ejercicio de la facultad oficiosa que le asiste a fin de asegurar su protección.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal,**

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor de LUIS EDUARDO MONTAÑA ACUÑA contra la sentencia que en segunda instancia confirmó la condena emitida en su contra como autor del delito de omisión de agente retenedor.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 184, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, es facultad del recurrente elevar petición de insistencia.

Notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.



EYDER PATIÑO CABRERA



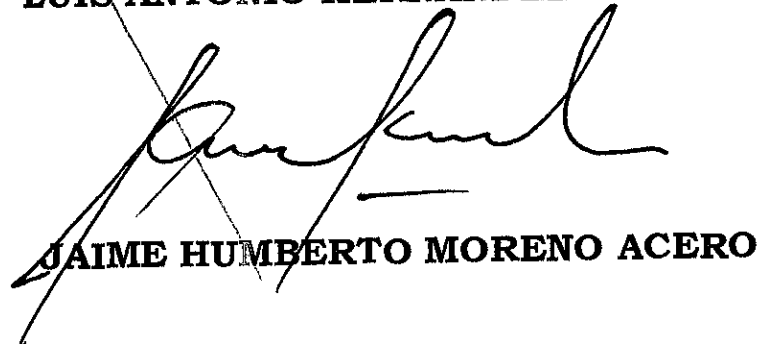
JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



JAIME HUMBERTO MORENO ACERO



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria