

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

SP10545-2015

Radicación N° 45194

Aprobado Acta N° 276

Bogotá D.C., once (11) de agosto de dos mil quince (2015).

Decide la Sala acerca de la admisibilidad de la demanda de casación presentada en nombre de LUIS GUILLERMO POSADA CÓRDOBA contra el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), que confirmó el emitido en el Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, por medio del cual fue condenado como autor responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

I. SÍNTESIS FÁCTICA Y PROCESAL

1. La sociedad Industrias Colibrí S.A., (con sede en Medellín) el 9 de marzo de 2001, mediante oficio N° 155-2001-01-010740, fue admitida por la Superintendencia de Sociedades a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración según lo previsto en la Ley 550 de 1999, el cual, fue concretado el 2 de abril de 2002 y

registrado ante aquella autoridad el 9 del mismo mes, a través de escrito radicado con el N° 2002-02-003523.

Como en la ejecución del Acuerdo de Reestructuración persistieron las causas que originaron la crisis¹ y las mismas determinaron que la citada industria incumpliera las obligaciones pactadas y las surgidas en su desarrollo, el 6 de julio de 2005 el respectivo Comité de Vigilancia celebró una reunión con los acreedores para reformar el acuerdo, junta en la que se decidió terminarlo al considerar que la empresa ya no era viable, motivo por el que mediante escrito radicado con el N° 2005-02-012347 de 14 de julio de ese año, se dio traslado a la Superintendencia de Sociedades con el fin de iniciar el proceso concursal de liquidación obligatoria, autoridad que con sujeción a las normas pertinentes de la Ley 222 de 1995 en efecto convocó a ese trámite a Industrias Colibrí S.A., mediante auto N° 155-012444 de 16 de agosto de 2005.

La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) hizo parte como acreedora en el Acuerdo de Reestructuración, y para procurar la satisfacción de las deudas fiscales con ocasión de la liquidación obligatoria de Industrias Colibrí S.A., mediante oficio N° 8311065-174-1105-0442 de 26 de septiembre de 2005 comunicó a la Superintendencia de Sociedades que la referida empresa "...figura con créditos de administración de carácter fiscal dentro de la promoción del acuerdo de reestructuración a favor de la DIAN ... por concepto de ventas, retención en la fuente y una inversión forzosa por bonos de paz..." en relación con los períodos 1, 5 y 6/2002, 1, 2, 5, y 6/2003, 1 a 6/2004, y 1 a 4/2005 del impuesto a las ventas, y en cuanto al de Retención en la Fuente los periodos 4, 7 a 12/2004 y 1 a 8/2005; además, también informó de los créditos fiscales pendientes de pago anteriores a la reestructuración, por los mismos conceptos, en relación con distintos períodos de los años 1996 a 2001.

No obstante, el 28 de abril de 2006 la DIAN formuló denuncia penal por el incumplimiento de parte de Industrias Colibrí S.A., en el pago de los recaudos efectuados en el impuesto a las ventas y retención en la fuente en los períodos respectivos de los años 1998 a 2005, y señaló como probables responsables de tal omisión a LUIS GUILLERMO POSADA CÓRDOBA, Gabriel Jaime López D., César Darío Meneses, Edwin Halaby Uribe y Ángela María Pérez Osorio².

2. A la acción penal iniciada con base en lo anterior fue vinculado mediante indagatoria LUIS GUILLERMO POSADA CÓRDOBA, atendida su condición de Gerente General de Industrias Colibrí S.A., desde el 12 de enero de 1999, y por ser él, según la denunciante, quien presentó las declaraciones de Impuesto a las Ventas y de Retención en la Fuente en los años 2002 a 2005, persona contra la cual, perfeccionado el ciclo instructivo, el 31 de septiembre de 2008 la Fiscalía General de la Nación profirió resolución de acusación como autor del delito de omisión de agente retenedor cometido en concurso homogéneo, de conformidad con los artículos 31 y 402 de la Ley 599 de 2000, pliego de cargos parcialmente confirmado el 28 de julio de 2009, al encontrar el Fiscal ad-quem prescritas algunas de las omisiones imputadas³, y en consecuencia dejó vigente la atribución para el impuesto del IVA en los períodos 6/2003, 1 a 6/2004 y 1 a 3/2005, y para el de Retención en la Fuente en los períodos 2 a 4 y 7 a 12/2004 y 1 a 5/2005⁴.

3. La fase de la causa se inició en el Juzgado Once Penal del Circuito de Medellín, pero por redistribución de funciones debido a la implementación del Sistema Penal Acusatorio, la actuación fue asignada al Juzgado Noveno Penal del Circuito de esa ciudad, cuyo titular, el 28 de marzo de 2014 emitió sentencia condenatoria contra el procesado por el delito endilgado en el pliego de cargos, y en tal virtud le impuso las penas principales de cuarenta y cinco (45) meses de prisión y multa en cuantía de cuatro mil doscientos noventa millones setecientos cuarenta y cuatro mil pesos

(\$4.290'744.000), así como a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual lapso de la privativa de la libertad; lo gravó con la obligación civil consistente en pagar la suma dejada de cancelar a la DIAN (\$2.145.372.000), y le concedió el subrogado de la prisión domiciliaria, decisión contra la cual el defensor del acusado interpuso recurso de apelación⁵.

4. El 1 de septiembre 2014 la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, resolvió la alzada en el sentido de confirmar integralmente la referida providencia, fallo de segunda instancia contra el cual el mismo sujeto procesal interpuso y sustentó en tiempo el recurso extraordinario de casación⁶.

II. LA DEMANDA

5. El recurrente acude al mecanismo extraordinario de impugnación por vía excepcional (artículo 205, inciso tercero, Ley 600 de 2000), y desde tal perspectiva propone los siguientes reproches:

5.1. Con carácter principal e invocando la causal tercera de casación (artículo 207, numeral 3, ibídem), denuncia la violación del debido proceso, pues considera que para cuando se emitió el fallo de segundo grado el Estado había perdido la facultad de sancionar la conducta penal atribuida a su prohijado, en razón de la prescripción de la acción penal.

Para sustentar tal propuesta indica que el juzgador de segunda instancia incurrió en interpretación indebida de los artículos 20 y 402 del Estatuto Penal Sustantivo, al considerar que el sujeto activo del delito de omisión de agente retenedor, si bien puede ser un particular, cuando así ocurre a éste debe considerársele como prestador de una función pública transitoria, por virtud de lo cual el término de prescripción debe extenderse en una tercera parte de conformidad con el artículo 83, inciso quinto, de la citada obra.

Destaca que aun cuanto es verdad que tal criterio lo apoyó expresamente el ad-quem en pronunciamientos de esta Corporación originados a partir de la decisión de 27 de julio de 2011, dentro del radicado N° 30170, no lo es menos que antes de esa decisión la doctrina de la Sala Penal era otra y prohijaba una opuesta, esto es, que el particular que incurría en el delito de omisión de agente retenedor no se equiparaba a un servidor público, como en efecto era la tesis no solo vigente al tiempo de los hechos, sino la acogida por las fiscalías de primera y segunda instancia para extinguir la acción penal por prescripción respecto de algunas de las omisiones endilgadas a su representado, providencias en las que en respaldo son citados los autos de esta Corporación de 26 de septiembre de 2007 dentro del radicado N° 28412 y 18 de junio de 2008, en la radicación N° 29629 (en la demanda el actor reseña otros posteriores que coinciden en igual sentido).

Por lo anterior el recurrente solicita a la Corte casar el fallo atacado con base en el “instituto de la aplicación ultra activa favorable de la jurisprudencia como fuente de derecho”, aspecto frente al cual, en el mismo reproche, argumenta el memorialista la necesidad de un pronunciamiento de la Sala para desarrollar la jurisprudencia en relación con tal figura.

5.2. Con carácter subsidiario, al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, (Ley 600 de 2000, artículo 207, numeral 1º), refiere el censor la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de errores de hecho, consistentes en falsos juicio de existencia por omisión, los cuales habrían determinado la exclusión de la garantía de in dubio pro reo consagrada en el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal y la consecuente aplicación indebida del artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

En esencia, luego de una larga lista de documentos adosados a la actuación, el actor asegura que los mismos valorados en conjunto y con referencia a las explicaciones

que suministró su prohijado en la indagatoria, permiten concluir que éste a pesar de su cargo de gerente general de la empresa Industrias Colibrí S.A., tal designación era simplemente nominal porque ninguna facultad tenía aquél para controlar los ingresos de la sociedad y disponer la forma en que debían invertirse, pues esas prerrogativas las detentaba, ejercía y conservaba de manera rigurosa la Junta Directiva de esa persona jurídica, integrada por los miembros de la familia Hálaby, propietaria de la compañía, cuyos designios o mandatos el enjuiciado se limitaba a acatar.

Agrega que ese órgano de la citada sociedad discernió la responsabilidad del pago de tributos en la gerente financiera, Ángela María Pérez Osorio, y que el acusado exclusivamente se ocupaba de la parte técnica y de mercadeo de los productos mano facturados en la referida industria, de suerte que si los falladores de primero y segundo grado hubiesen apreciado las mencionadas pruebas habrían concluido que el encausado carecía del dominio del injusto, esto es, que no tenía libertad para elegir el cumplimiento o no del deber de pagar los rubros adeudados a la DIAN.

Consecuente con tal exposición solicita casar la sentencia impugnada y en su lugar absolver a su representado de los cargos formulados como autor del delito de omisión de agente retenedor.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6. De manera reiterada ha dicho esta Sala que, en cualquier régimen, la casación sirve a unos fines superiores cuales son la reparación de los agravios inferidos a las partes con la sentencia censurada, la incolumidad del derecho material y de las garantías fundamentales de los intervinientes en la actuación, y la unificación de la jurisprudencia.

Empero, con el mismo énfasis ha puntualizado que ello de ninguna manera significa que la naturaleza de este mecanismo sea de libre configuración, desprovisto de todo rigor, y que tenga como objetivo abrir un espacio procesal semejante al de las instancias para prolongar el debate respecto de los puntos que han sido materia de controversia, pues ha de resaltarse que al proponer el recurso el censor debe sujetarse a las causales taxativamente señaladas en el ordenamiento procesal, y con observancia de los presupuestos de lógica y argumentación inherentes a cada motivo extraordinario, persuadir a la Corte de que a raíz de la decisión cuestionada urge hacer efectiva alguna de aquellas finalidades.

Tales exigencias no rinden tributo a un insustancial formalismo, sino que guardan armoniosa dependencia con el carácter restringido de este instrumento de impugnación extraordinario, en cualquiera de sus modalidades, en el que la pretensión de examinar la legalidad y constitucionalidad del fallo atacado no puede quedar comprendida en un escrito de libre factura, sino que, por el contrario, debe estar respaldada por un contenido mínimo de claridad y coherencia que permita entender los vicios denunciados, así como la identificación de sus consecuencias.

7. En el presente asunto, es pertinente advertir que debido al máximo de pena de prisión con el que se halla sancionado el delito de omisión de agente retenedor o recaudador en el artículo 402 del Código Penal (6 años), y de acuerdo con lo dispuesto acerca de la procedencia del recurso de casación en el artículo 205 de la Ley 600 de 2000 (estatuto procesal que gobernó el desarrollo de este caso), el ejercicio de ese mecanismo, tal y como lo advirtió el demandante, sólo resulta posible por vía discrecional, con el objeto de que la Corte desarrolle la jurisprudencia o restaure determinada garantía fundamental conculcada.

Sin embargo, pese tal acierto en la postulación del cargo principal, el recurrente imbricó de manera ambigua los fines que hacen viable la censura en esa modalidad.

En efecto, el demandante parte del supuesto, equivocado, de la configuración de un vicio in procedendo determinante de la nulidad de lo actuado, pues estima que la sentencia de segunda instancia se emitió a pesar de que antes de la misma se estructuró la prescripción de la acción penal como fenómeno jurídico extintivo de la potestad punitiva del Estado, y aduce que el argüido yerro tuvo origen en la interpretación errada por parte del ad-quem de las normas citadas en la correspondiente censura.

Empero, tal argumento lo controvierte el propio actor al reconocer que el criterio expuesto por el Tribunal goza de indiscutible respaldo en doctrina jurisprudencial reiterada y actualmente vigente de éste Corporación, de suerte que si el objeto fundamental de la casación por vía discrecional con sustento en la causal tercera, era corregir la vulneración de la garantía al debido proceso expresamente invocada por el actor, pues ocurre que en realidad no se configuró un atentado de esa estirpe, y por lo mismo la queja deviene infundada.

Ahora bien, si lo pretendido era el desarrollo de la jurisprudencia, como también de manera simultánea lo alegó el censor, en relación con el llamado por aquél “instituto de la aplicación ultra activa favorable de la jurisprudencia como fuente de derecho”, la Sala debe destacar que desde tal perspectiva la réplica tampoco es afortunada. De una parte, porque no se trata de conciliar o armonizar tesis jurisprudenciales subsistentes respecto de un mismo punto, las cuales se adviertan ambiguas, oscuras o contradictorias y que estén propiciando la solución desigual de asuntos en detrimento, en este evento, del sujeto pasivo de la acción penal.

De la amplia disertación plasmada en el reproche emerge irrefutable que no se trata de un supuesto semejante al atrás aludido, sino, por el contrario, de la natural y consustancial función de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, pues simplemente el criterio que de antaño tenía acerca de

la naturaleza del “particular” que incurre en el delito de omisión de agente retenedor, rememorado por el demandante en las decisiones que cita⁷, fue expresamente recogido en pronunciamientos posteriores para sostener desde entonces y hasta la fecha, de manera uniforme y pacífica⁸, que respecto de esa hipótesis delictiva el “particular” cumple una función pública transitoria, y en consecuencia le son anejas las consecuencias que el ordenamiento penal sustantivo, para efectos de la prescripción de la acción penal, le deriva al servidor público que en ejercicio de su cargo, de sus funciones o con ocasión de estas, realiza una conducta punible.

Y, por otra parte, en cuanto a que el depuesto criterio jurisprudencial, debe ser aplicado a los supuestos facticos del asunto estudiado, pretensión que el actor apoya, básicamente, en que como la jurisprudencia es fuente de derecho, le es predicable el efecto ultra activo favorable reputado de las leyes sustanciales, la Corte encuentra que a pesar de los argumentos ofrecidos en la demanda, los mismos no la persuaden de la necesidad de un pronunciamiento al respecto.

El carácter de fuente del derecho del precedente judicial de los órganos de cierre se predica es de su doctrina probable vigente en relación con un determinado aspecto legal, circunstancia que es la que dota de fuerza vinculante a aquélla en cuanto a los efectos o alcances frente a un precepto determinado, y la hace obligatoria u observable tanto para el órgano de cierre como para las demás autoridades judiciales subordinadas funcionalmente, lo que de suyo hace inaceptable la tesis por la que aboga el memorialista.

Además, el demandante incumplió el inexcusable deber de reseñar y enfrentar, los reiterados pronunciamientos de esta Sala en los que, al contrario de lo asegurado por aquél, se ha ocupado de precisar que los efectos del principio de favorabilidad no es posible alegarlos en relación con la jurisprudencia.

Sobre el particular la Corte en decisión del 13 de marzo de 2013 —anterior inclusive al fallo de segundo grado—, plasmó las siguientes consideraciones que por su pertinencia con el tema vale la pena rememorar para ilustración del actor:

[Al] plantear la tesis jurídica según la cual el principio de favorabilidad es aplicable respecto de precedentes, el actor se sustrae a contrastarla con la uniforme postura de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema, a cuyo tenor dicho axioma fundamental no es aplicable en relación con criterios jurisprudenciales. Así, en decisión del 19 de agosto de 2008 expresó la Corte lo siguiente:

“... el casacionista olvida que, como también lo ha señalado la Sala, la favorabilidad no opera respecto de criterios jurisprudenciales, habida cuenta que, según el artículo 29 de la Constitución Política, se trata de una garantía que cobra vigencia ante la sucesión de normas en el tiempo, las cuales regulan un mismo supuesto de hecho, y no ante diversas posiciones jurisprudenciales. Así lo ha dicho la Corte:

La favorabilidad, tal como la regla el artículo 29 de la Carta Política, al lado de la legalidad, la defensa, la presunción de inocencia, la cosa juzgada, etc. es un ingrediente o un componente del genérico debido proceso. Asimismo cabe predicar que (tal como lo concibe el texto superior y el entendido que le ha dado la Corte) aquel fenómeno encuentra asiento en el tránsito de legislaciones, esto es, de cara a la sucesión de leyes en el tiempo y más específicamente cuando el operador judicial se enfrenta a una conducta punible cometida en vigencia de una ley, pero que debe decidir (o resolver un asunto atinente a ella) cuando otra normatividad regula de manera distinta el mismo problema jurídico.

Debe recordarse igualmente, que la favorabilidad encuentra espacio de aplicación alrededor o frente a la legislación positiva —y en el específico campo de la

sucesión de leyes en el tiempo— mas no de cara a la jurisprudencia (cfr. casación nov 29/02 Rad 17358), como que es aquél el alcance que se colige de la simple lectura del texto constitucional.⁹

“De manera que el reproche del casacionista encaminado a solicitar que se dé aplicación a una cierta tesis jurisprudencial favorable, como si se tratara de una norma sustancial, no es idónea para demostrar una violación a la garantía fundamental del debido proceso”¹⁰.

En decisión posterior, con cita incluso de autorizada doctrina foránea, la Sala ratificó esa postura al señalar en decisión del 28 de octubre de 2009:

“Sobre el tema la doctrina alemana enseña:

‘Respecto de la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprud. anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que solo ahora ha sido correctamente reconocida. Frente a esto, una opinión minoritaria, pero creciente, pretende subsumir en el art. 103 II GG el supuesto de modificación de una jurisprud. constante y que parecía garantizada; pues sostiene que el ciudadano confía en una jurisprud. firme lo mismo que en la ley y no se puede defraudar esa confianza. Pero esta posición no se puede compartir, por ser contraria a la idea básica del principio de legalidad, ya que equipararía legislación y jurisprud., a pesar de que el art. 103 II GG parte precisamente de la separación de ambos poderes y limita la labor del juez a colmar el marco de la regulación legal (nm. 28) que es el único por el que se debe orientar el ciudadano¹¹’.

“[D]esde luego, que no se está en presencia de la aplicación de una nueva ley, sino de la interpretación corregida, si se quiere, de la misma norma cuya vigencia operaba de

antaoño, pero con diversa hermenéutica, por lo que no hay lugar a hablar de alcances desfavorables de la misma, por no tratarse de un fenómeno de sucesión de leyes en el tiempo o coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho y con relación a normas instrumentales, siempre que de ellas se deriven efectos sustanciales”¹².

En armonía con lo anterior se ha pronunciado también la Corte en decisiones, entre otras, de 12 de mayo de 2004¹³, 4 de junio de 2008¹⁴, 31 de julio de 2009¹⁵, 12 de enero¹⁶ y 7 de abril de 2010¹⁷, 18 de julio de 2011¹⁸ y 18 de abril de 2012¹⁹”²⁰.

En conclusión, como no fue controvertida la reseñada posición jurisprudencial por parte del actor y la Sala no advierte necesario la reconsideración de tal criterio, el cargo analizado será inadmitido.

8. No es más afortunado el reproche subsidiario propuesto por el demandante al amparo de la causal primera de casación, cuerpo segundo, en el cual advierte acerca de la violación indirecta de la ley sustancial a consecuencia de un eventual falso juicio de existencia por omisión de una larga lista de documentos allegados en la fase del juicio.

El falso juicio de existencia por omisión, como especie de error de hecho, exige de quien lo alega no solo la indicación del medio o medios de prueba que se encuentran efectivamente adjuntos al expediente por haber sido aportados de manera legal y oportuna, sino la remisión fiel a su exacto contenido con el objeto de evidenciar que las circunstancias fácticas acreditadas inciden de alguna manera sustancial en la objetividad del comportamiento o en la responsabilidad del procesado, o mudan, en general, de alguna manera favorable la situación de este frente a la imputación penal.

Se limitó en esta réplica el actor a suministrar una extensa lista de documentos que

asegura fueron allegados de manera oportuna, y si bien indicó los folios en los cuales aparecen glosados, ningún ejercicio hizo para determinar su fidedigno tenor, sino que luego de esa material enunciación precisó las deducciones que según su particular interés se extraen de la valoración conjunta de tales documentos, ejercicio con el cual el memorialista no pasa de plantear una tesis estimativa simplemente distinta de la expuesta en las instancias, la cual, dicho sea de paso, fue alegada ante los falladores de primero y segundo grado, y desestimada por los respectivos funcionarios.

Además la precariedad de la censura también se revela en la insuficiencia de los cuestionamientos, pues de la misma manera que al operador jurídico se le exige la valoración conjunta de los medios de prueba, el sujeto procesal que se halle inconforme con el juicio estimativo del fallador y pretenda derruirlo en casación, tiene la inaplazable carga de enfrentar y abatir todos sus fundamentos probatorios, ya que si deja alguno incólume y este sustenta la decisión reprochada ninguna posibilidad de éxito tendrá en su queja

Es esa fatal omisión incurre el libelista ya que ningún argumento, en términos de este mecanismo de impugnación, estructuró frente a los testimonios de Ángela María Pérez Osorio y Martha Cecilia Martínez Correa, cuyos relatos fueron sustento del sentido de la decisión confutada, como que ambas coincidieron en señalar que el acusado hacía parte del comité de pagos de Industrias Colibrí S.A., en el cual se fijaba la prioridad en la cancelación de las deudas de la empresa.

Lo anterior permite adverar la inadmisibilidad del cargo subsidiario, pues la inconformidad planteada por el recurrente se reduce a una simple disparidad de criterios y desde esa perspectiva el recurso extraordinario por vía discrecional resulta impertinente como mecanismo instituido para preservar garantías fundamentales, ya que, cuando se trata de simples discrepancias probatorias, como en este caso, la demanda no tiene ninguna posibilidad de ser admitida, dado que, como de tiempo atrás lo ha

sosteniendo la Sala (CSJ. AP, 27 Mar 2007, Rad. 26651 y AP, 9 Nov. 2009, Rad. 29155):

[L]os reparos relacionados con la apreciación de la prueba, (...) por cuanto no significan una afrenta directa a los derechos fundamentales del debido proceso y de defensa, pues el agravio se mediatiza por el establecimiento de los errores de juicio en la estimación de las pruebas, no pueden tenerse como sustentación válida del recurso de casación discrecional. Este medio de impugnación excepcional, sólo se justifica por la urgencia de proteger los derechos fundamentales conculcados, si el daño se pone en evidencia con la sola indicación descriptiva del escrito de sustentación.

Los giros de fundamentación por la apreciación de la prueba, dada la indeterminación de los resultados por la posibilidad de meras discrepancias valorativas, no pueden ser argumento suficiente para reclamar una casación sujeta a tan singulares necesidades.

Y por lo tanto:

[E]n principio, las posibilidades reconocidas en la jurisprudencia para acceder a la casación discrecional no se extienden a las hipótesis planteadas en la demanda, es decir, a discutir la valoración judicial de los elementos de convicción, porque en esa labor los jueces cuentan con la relativa libertad que se desprende de la sana crítica, a no ser que se proponga que sus deducciones son producto de una motivación aparente, falsa o ausente, supuesto que determinaría, en caso de que se demuestre y aparezca concretado, la consolidación de un quebranto a las garantías, en cuanto obedecerían tales deducciones a la arbitrariedad —ajena a un estado democrático y constitucional— y no a la razón y a la justicia. (CSJ. AP 7 Feb. 2007, Rad. 26493 y AP 20 Feb. 2008, Rad. 29008).

IV. CASACION DE OFICIO

9. No obstante lo anterior, la Sala debe precisar que en este concreto asunto resulta necesario hacer uso de la facultad conferida para reparar los agravios cometidos con el fallo, pues en la fase de juicio se allegó prueba documental idónea que permite predicar la acreditación de una causal de improcedibilidad de la acción penal respecto del delito por el que fue condenado el acusado.

9.1. En efecto, para la época en que se predica la configuración de las omisiones reprochadas al procesado, esto es, entre noviembre de 2003 y mayo de 2005, respecto del delito de omisión de agente retenedor la legislación en vigor era la que a continuación se refiere:

En primer lugar, el tipo penal concebido en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, es del siguiente tenor:

“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 tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“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.

“Parágrafo. 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”.

Y en segundo lugar, en relación con el mismo comportamiento delictivo, cuya génesis se encuentra en el artículo 665 del Estatuto Tributario²¹, mediante la Ley 633 de 2000, artículo 42, los dos párrafos establecidos en ese precepto, fueron refundidos en uno solo, con dos incisos, así:

“Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

“Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”.

Lo antes puntualizado permite observar que uno era el texto del parágrafo del artículo 665 del Estatuto Tributario —el cual correspondía al artículo 42 de la Ley 633 de 2000— y

otro el del artículo 402 del Código Penal, ambigüedad normativa que fue objeto de debate y aclaración final por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-009 de 2003, en la que se concluyó que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, al ser posterior, derogó tácitamente el párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Por lo tanto, de acuerdo con lo atrás reseñado, el texto del artículo 402 del Código Penal en vigor para la época de los hechos debatidos, es decir, entre noviembre de 2003 y mayo de 2005 —sin atender el aumento de pena previsto en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004—, era el siguiente:

“Omisión 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 tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“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.

“Párrafo. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y

sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma²².

“Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”.

9.2. En consecuencia, de acuerdo con el “Parágrafo” de la norma vinculante transcrita en precedencia, en su inciso segundo el legislador estableció las siguientes circunstancias como causales de improcedibilidad de la acción penal respecto de sociedades que, en relación con el impuesto sobre las ventas y la retención en la fuente causadas, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: i) en procesos concordatarios; ii) en liquidación forzosa administrativa; iii) en proceso de toma de posesión en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria; o iv) admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración con sujeción a la Ley 550 de 1999.

Justamente en esta última situación se hallaba la empresa Industrias Colibrí S.A., desde el 9 de marzo de 2001, fecha en la que fue admitida a la “...negociación de un Acuerdo de Reestructuración, en los términos y con las formalidades previstas en la Ley 550 del 30 de diciembre de 1999”, hasta el 16 de agosto de 2005, cuando al persistir las causas que originaron la cesación de pagos que llevaron al aludido trámite, le fue imposible cumplir las obligaciones inherentes al mismo y las

surgidas durante su vigencia, por lo que fue convocada al proceso concordatario de liquidación obligatoria de conformidad con la Ley 222 de 1995.

Tales circunstancias se encuentran debida e indiscutiblemente probadas con los documentos anexos al oficio N° 00104593 de 9 de diciembre de 2009, remitido por la Cámara de Comercio de Medellín, a solicitud del juzgado de conocimiento, en particular con la copia del auto N° 155-012444 de 16 de agosto de 2005 emitido por la Superintendencia de Sociedades²³, acto administrativo en el que se reseña todo lo antes puntualizado, y en el que además se decretó el embargo, secuestro y avalúo de todos los bienes, haberes y derechos de Industrias Colibrí S.A., para ser destinados dentro del trámite de liquidación obligatoria al pago de las deudas con los distintos acreedores de esa sociedad, entre ellos la DIAN, entidad que en efecto se hizo parte en esa actuación, como se desprende del oficio N° 8311065-174-1105-0442 de 26 de septiembre de 2005, remitido por ésta a la Superintendencia de Sociedades²⁴.

Las instancias permitieron esos medios de prueba de carácter documental, incurriendo así en falso juicio de existencia por omisión, lo cual determinó la violación indirecta de la ley sustancial por exclusión o falta de aplicación de la circunstancia de improcedibilidad de la acción penal aquí comentada, prevista en el inciso segundo del párrafo de la norma que para la época de los hechos consagraba el delito de omisión de agente retenedor.

10. La anterior conclusión no es novedosa, a la misma ya se había referido la Corte en la SP 13 feb. 2007, rad. 24065, y fue reiterada en la SP3001-2015, 18 mar. 2015, rad 42822, con algunos ajustes frente a la situación fáctica allí ventilada, no obstante lo cual, por también acomodarse al supuesto de hecho aquí debatido, vale la pena traer a colación las siguientes reflexiones finales:

“El recorrido anterior deja claro que la Ley 550 de 1999, expedida para hacer frente a la crisis económica del sector productivo y cuya finalidad era proporcionarle a deudores y acreedores ‘mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas, que permitían a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y atender sus compromisos financieros’, fue reemplazada por la Ley 1116 de 2006, que en lo sustancial mantuvo sus mismas finalidades. Es decir, la recuperación de la empresa o la persona natural comerciante en casos de tener problemas de viabilidad financiera, a través de un compromiso con sus acreedores para la cancelación a largo plazo de las obligaciones con dificultades en su cumplimiento. Esos convenios entre deudores y acreedores para asegurar la subsistencia de la empresa, corresponden a los llamados en la Ley 550 de 1999 ‘acuerdos de reestructuración’ y en la Ley 1116 de 2006 ‘acuerdos de reorganización’, cuyo incumplimiento, en los dos casos, se previó como causal de liquidación inmediata y obligatoria.

“Así las cosas, si esas dos leyes se identifican en su espíritu, si persiguen propósitos similares y si en su contenido nada hace deducir que la derogatoria de la primera (550) a través de la segunda (1116) signifique la revocatoria de la causal de improcedibilidad prevista en la parte final del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 (sociedades ‘admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999’), no estima la Corte que la circunstancia extintiva de la acción penal haya dejado de regir por el hecho de la referencia expresa al mecanismo transitorio de reactivación empresarial diseñado en 1999 y no al de vocación permanente que lo sustituyó en 2006.

“En ambos procedimientos, una vez admitida la solicitud de reestructuración o de reorganización, entre muchas otras prohibiciones, el deudor ya no puede —sin autorización del Juez del concurso— hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas desde luego las deudas con la DIAN. Esta, sin duda, fue la

razón para marginar de responsabilidad penal por la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal a los gerentes o representantes legales de las sociedades ‘admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración’, la cual, bajo el liderazgo de un promotor ajeno a la empresa, tenía como finalidad poner de acuerdo a deudor y acreedores en relación con un plan de normalización de la actividad productiva y de atención a los compromisos financieros. No lograr el acuerdo o incumplirlo conducía —sin escapatoria— a la liquidación del negocio.

”Así las cosas, si admitir a la compañía a la negociación del acuerdo de reestructuración traía consigo la imposibilidad de pagarle o compensarle las sumas adeudadas a la DIAN —como acreedora la entidad debía concurrir al proceso para la satisfacción de la deuda a su favor—, resulta explicable la decisión legislativa de exonerar de proceso penal en una circunstancia como esa a los gerentes o representantes legales responsables de no consignar los impuestos retenidos o autorretenidos en la fuente.

”Y si se tiene en cuenta la lógica similar del procedimiento regulado en la Ley 1116 de 2006, para la Corte es incuestionable que la iniciación del proceso de insolvencia o de reorganización, cuyos efectos son semejantes a los de admisión a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que se refiere la Ley 550 de 1999, configura la causal de extinción de la acción penal objeto de examen”.

En conclusión, de acuerdo con lo acreditado en el caso sometido a estudio, con sujeción a lo dispuesto en el inciso segundo del parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 42 de la Ley 633 del mismo año, y en armonía con el artículo 39 de la Ley 600 de 2000, la Corte casará la sentencia impugnada y cesará el presente procedimiento seguido al acusado por la conducta punible de omisión de agente retenedor.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

1. NO ADMITIR la demanda de casación interpuesta por el defensor del procesado LUIS GUILLERMO POSADA CÓRDOBA.
2. CASAR DE OFICIO la sentencia de 1 de septiembre de 2014 emitida en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín (Antioquia), mediante la cual el antes citado fue declarado autor responsable del delito de omisión de agente retenedor.
3. CESAR PROCEDIMIENTO en favor de LUIS GUILLERMO POSADA CÓRDOBA, por concurrir en su favor la circunstancia de improcedibilidad de la acción penal consagrada en la parte final del inciso 2º del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, por el cual se adicionó el artículo 402 de la Ley 599 del mismo año.
4. PRECISAR que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento.

Contra esta providencia no proceden recursos.

Notifíquese y devuélvase al Despacho de origen.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

PRESIDENTE

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 "...debido a: a) la reducción de la demanda en el sector textil; b) la revaluación de peso con respecto al dólar que ha tenido como repercusión la caída de los ingresos por exportaciones, y c) el incremento en el precio del petróleo que afectó a la deudora por cuanto sus principales materias primas [dritex y alpaca] son derivados del petróleo...". Cuaderno # 2, folio 492 vto.

2 Cuaderno # 1, folios 1-23 y Cuaderno # 2, folios 490-532.

3 Como igual lo resolvió el Fiscal a-quo respecto de otros períodos.

4 Cuaderno # 1, folios 261, 264-273, 274, 284, 291-296, 341, 343-345, 356, 364-367, 380-401, 405-419 y 423-440.

5 Cuaderno # 1, folios 451 y 483-487; Cuaderno # 2, folios 533, 683, 687, 693, 694,

695-703 y 708-721.

6 Cuaderno # 2, folios 734-743, 754 y 762-797.

7 CSJ. AP 26 sep. 2007, rad. 28412; AP 18 jun. 2008, rad. 29629; AP 24 nov. 2008, rad. 30486; SP 4 feb. 2009, rad. 26888; AP 27 jul. 2009, rad. 31802; SP 6 may. 2009, rad. 30513, y AP 11 nov. 2009, rad. 32116.

8 CSJ. SP 27 jul. 2011, rad. 30170; AP 5 dic. 2012 rad. 38640; AP 12 dic. 2012, rad. 40353; AP 11 dic. 2013, rad. 33468; AP193-2014, 29 ene. 2014, rad. 41984; AP6408-2014, 22 oct. 2014, rad. 42635; SP002-2015, 14 ene. 2015, rad. 37938, y AP2220-2015, 29 abr. 2015, rad. 44033.

9 CSJ SP 12 may. 2004, rad 17151

10 CSJ. AP. 19 agt. 2008, rad. 29806.

11 Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Claus Roxin, págs. 164-166.

12 CSJ. AP. 28 oct. 2009, rad. 32764.

13 Radicación 17151.

14 Radicación 28547.

15 Radicación 27443.

16 Radicación 35089.

17 Radicación 32214.

18 Radicación 35598.

19 Radicación 38421.

20 CSJ. AP 28 agt. 2013, rad. 41111.

21 La creación de ese tipo penal surgió por primera vez con la Ley 38 de 1969, artículo 10; luego fue reproducido en el artículo 665 del Decreto Presidencial 624 de 1989 (Estatuto Tributario), norma declarada inexecutable mediante la CC C-285/96; la Ley 383 de 1997, mediante su artículo 22, adicionó de nuevo el artículo 665 al Estatuto Tributario, y los dos párrafos de dicho precepto fueron modificados por la Ley 488 de 1998, artículo 71, canon a su vez reformado por el artículo 42 de la ley 633 de 2000. (La Sala Penal en las SP 1 agt. 2007, rad. 25747 y SP 13 feb. 2008, rad. 24065, hizo un estudio acerca de la evolución legislativa del referido delito).

22 Se ha subrayado y retirado la letra cursiva a este apartado para destacar que, con posterioridad a los hechos, el mismo fue derogado mediante la Ley 1066 de 29 de julio de 2006, artículo 21.

23 Cuaderno # 2, folios 490-500.

24 Cuaderno # 1, folios 9-12.