

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

EYDER PATIÑO CABRERA

Magistrado ponente

SP9961-2015

Radicación n° 43.855

(Aprobado Acta No. 266)

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015).

MOTIVO DE LA DECISIÓN

La Corte decide el recurso de casación, en cuanto fue admitido, interpuesto por el defensor de Carlos Antonio Vanegas Mera contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, que revocó la de carácter absolutorio proferida el 26 de septiembre de 2013 por el Juzgado Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento de dicha ciudad, respecto de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo, en calidad de autor.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. La cuestión fáctica fue sintetizada por el Tribunal de la siguiente forma:

La sociedad INDUSTRIAS MECÁNICAS DE COLOMBIA VANEGAS & CIA. S.C.A. – INMECOL, cuyo representante legal era el señor Carlos Antonio Vanegas Mera, presentó

sin pago las declaraciones de impuesto al valor agregado sobre las ventas -IVA- correspondientes a los bimestres 3º, 4º de 2006, 1º al 6º de 2007 y 1º, 2º, 4º y 6º de 2008, las cuales ascendían a la suma de trescientos sesenta millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$360.845.000.00).¹

2. El 26 de octubre de 2010, ante el Juzgado Quince Penal Municipal con funciones de control de garantías de Cali, el Fiscal 100 Seccional de esa ciudad le imputó a Carlos Antonio Vanegas Mera el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo y sucesivo², previsto en el artículo 402 del Código Penal, en calidad de autor, cargo que no fue aceptado. El mismo funcionario se abstuvo de solicitar la imposición de medida de aseguramiento³.

3. Al día siguiente se presentó el escrito de acusación⁴ y la audiencia de formulación correspondiente se llevó a cabo el 4 de marzo de 2011, a instancia del Juez Once Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cali⁵.

4. La audiencia preparatoria se surtió el 11 del mes siguiente⁶.

5. El juicio oral se desarrolló en varias sesiones (23 de julio⁷ y 1º de octubre⁸ de 2012 y 17 de enero⁹, 19 de julio¹⁰, 1º de agosto¹¹ y 26 de septiembre¹² de 2013), al cabo de las cuales la falladora anunció que el sentido del fallo era absolutorio.

6. El último día mencionado, la Juez de conocimiento emitió la respectiva sentencia¹³.

7. Apelada la decisión por la representante de la Fiscalía fue revocada el 17 de febrero de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, en el sentido de condenar a Carlos Antonio Vanegas Mera, en calidad de autor del injusto de omisión del agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo, a las penas principales de cincuenta

(50) meses de prisión y multa en cuantía de setecientos veintiún millones seiscientos noventa mil pesos (\$721.690.000), a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por idéntico término que la sanción privativa de la libertad y al pago, a favor de la DIAN, de trescientos sesenta millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$360.845.000), más los intereses de mora calculados conforme al Estatuto Tributario, por concepto de perjuicios materiales. En todo caso, le concedió la prisión domiciliaria.¹⁴

8. El defensor interpuso¹⁵ y sustentó¹⁶ oportunamente el recurso extraordinario de casación.

9. Mediante auto AP296-2015 del 28 de enero del año en curso la Corte inadmitió el primer y tercer cargos de la demanda y admitió el segundo¹⁷.

10. Agotado el trámite del mecanismo de insistencia intentado por la defensa ante la Procuraduría Tercera Delegada ante la Corte, sin resultados favorables, el pasado 26 de mayo se llevó a cabo la audiencia de sustentación oral correspondiente¹⁸.

EL CARGO ADMITIDO

Con fundamento en la causal segunda denuncia la incongruencia entre la acusación y la sentencia.

Para el efecto, explica que aunque el fiscal solicitó en el alegato de cierre, condena contra el acusado, también precisó que la suma de \$9.853.000 con sus intereses de mora, correspondiente al período 1º del 2008 adeudado por INMECOL -incluido en la acusación-, fue pagado, lo que equivale a un retiro de cargos.

En ese orden, es del criterio que su representado no podía ser sancionado por un delito por el que no se pidió condena, pues ello no solo viola el principio de

congruencia, sino el de reformatio in pejus.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN ORAL

1. La defensa

Previo invocación del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal, el apoderado de Carlos Antonio Vanegas Mera advierte que en el escrito de acusación se hace referencia a los 12 períodos del impuesto al IVA que, según la denuncia, no fueron pagados por su representado, pero también se indica que en la audiencia de formulación de imputación «se especificó que con posterioridad a la presentación de la denuncia, el ahora imputado canceló la obligación correspondiente al período 1 del 2008 por lo cual respecto del mismo no se formuló imputación»¹⁹.

Como este cargo, entonces, fue retirado, la sentencia impugnada no debió haber comprendido dicho período, en cuantía de \$9.853.000.

Por lo tanto, solicita casar parcialmente dicho fallo y modificar lo resuelto en sus numerales segundo y cuarto.

1. La Fiscalía.

La Fiscal Séptima Delegada ante la Sala de Casación Penal es del criterio que la pretensión del demandante está llamada a prosperar.

Al respecto, inicia su disertación señalando que la violación de la consonancia entre la acusación y la sentencia no solo transgrede la estructura lógica del proceso sino que

vulnera el derecho de defensa y el postulado de lealtad procesal.

Luego de citar el canon 448 de la Ley 906 de 2004 y jurisprudencia de la Corte (rad. 40.982, sin más datos) en torno al principio de congruencia, concluye que éste fue desconocido por el Tribunal porque dedujo un delito no atribuido ni fáctica ni jurídicamente a Carlos Antonio Vanegas Mera en la acusación, en la medida que el hecho relativo a la falta de pago del primer período de 2008 no le fue imputado ni se pidió condena por él.

En consecuencia, reclama absolver a Vanegas Mera por el punible de omisión del agente retenedor o recaudador, exclusivamente, en lo concerniente a la obligación fiscal de ventas 2008-1, redosificar la pena, disminuir el valor que aquel debe cancelar a favor de la DIAN y reducir el monto de la multa.

1. El Ministerio Público.

La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal se apoya en la sentencia CSJ SP, 27 julio 2007, rad. 26468, acerca de «la posibilidad de calificación de los hechos, variación de la calificación y congruencia», para abordar éste último concepto, estableciendo que corresponde a un límite del Estado, en tanto lo que se imputa sujeta al juzgador y no puede ser desbordado por el fallo.

En ese sentido, es de la idea que entre la imputación en cabeza de la Fiscalía y la sentencia existe un «nexo de causa y efecto vinculante» que exige identidad fáctica, en cuanto a los sujetos, los hechos, la modalidad delictiva y las agravantes específicas y genéricas, configurando, entonces, un trípode entre la acusación, las alegaciones de conclusión y la sentencia.

Así, recuerda que no se puede proferir sentencia por hechos que no consten en la acusación o por los que no se haya solicitado condena.

Descendiendo al caso concreto, previa cita de los hechos consignados en la acusación, destaca que en el minuto 6:54 del alegato de cierre, la Fiscalía dio cuenta acerca del único valor cancelado por el procesado, en cuantía de \$9.853.000, con sus intereses; así mismo, que en el minuto 19:19 especificó que tal valor corresponde a un descuento en la cuantía y que en el 19:53 solicitó condena por el delito de omisión del agente recaudador o retenedor, en concurso homogéneo y sucesivo, haciendo la advertencia de que el procesado canceló capital e intereses del período 1 de 2008.

Enseguida, escudriña el fallo de segunda instancia observando que en varios apartes de la providencia, especialmente, en el relativo a la tasación de la pena, tuvo en cuenta el período excluido por el ente acusador.

En ese orden, concluye la Delegada que la sentencia demandada incluye una suma denunciada por la administración de impuestos pero no imputada por la Fiscalía, la correspondiente al período anotado, por la cual no se formuló acusación ni se pidió condena y, por consiguiente, es del criterio que se debe casar parcialmente el fallo, para redosificar la pena.

Por último, requiere nulitar lo referente a la condena en perjuicios materiales decretados a favor de la DIAN, toda vez que no se había agotado el trámite del incidente de reparación, situación que generó una violación al debido proceso. Esto, con el propósito de que el fallo frente a este tópico se dicte «una vez se agote la etapa procesal contingente respectiva, bien por la vía penal en el incidente de reparación o por la correspondiente vía extrapenal».

CONSIDERACIONES

1. De tiempo atrás, en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal, la ley y la jurisprudencia han sido consistentes en establecer que entre la conducta punible definida en el pliego de cargos y la de la sentencia debe existir perfecta armonía personal -en cuanto al sujeto activo-, fáctica -en torno al hecho humano investigado con todas sus circunstancias y motivos de agravación o atenuación- y jurídica -en punto de las normas transgredidas con la conducta-, de tal suerte que, la imputación concebida por el órgano acusador corresponda al límite dentro del cual el juez debe verificar si hay lugar o no a atribuir responsabilidad al presunto infractor.

Este postulado, emerge como una clara garantía inmanente a los derechos al debido proceso y a la defensa en su componente de contradicción, toda vez que impone el deber de informar al sujeto pasivo de la acción penal el objeto concreto de persecución, a fin de que pueda tener completa claridad acerca de los hechos jurídicamente relevantes que se le imputan y, de este modo, logre establecer la estrategia defensiva, que durante el juzgamiento, resulte ser más favorable a sus intereses.

En vigencia del sistema de procesamiento penal con tendencia acusatoria el postulado de consonancia no solo involucra el acto complejo comprendido por el escrito de acusación y la formulación verbal de la misma en la audiencia convocada para tal fin, sino que abarca, también, los alegatos finales pronunciados por el funcionario acusador al cierre del debate oral, en tanto es allí donde, con carácter definitivo, una vez practicadas las pruebas, se formula la petición de condena, a voces del artículo 448 de la Ley 906 de 2004.

En ese orden, la alteración por el juzgador de la cuestión fáctica en la medida que no corresponda a la atribuida en la acusación, o de las conductas tipificadas como delito y sometidas a petición de condena por el fiscal -salvo que, siendo de menor entidad, de manera concurrente, sea de igual género que el formulado en la acusación, guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y no implique

desmedro para los derechos de las partes e intervinientes (CSJ SP6354-2015)- quebranta la estructura del proceso e impide el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, en cuanto contrae la configuración de un nuevo e inoportuno motivo de persecución respecto del cual el acusado no podría ejercer adecuadamente su contradicción.

En el mismo sentido, al acusado no se le pueden desconocer las circunstancias favorables que tuvieron incidencia en la determinación de la pena.

2. En el caso de la especie, se tiene que, tal como lo argumentó el casacionista y lo averaron los delegados de la Fiscalía y del Ministerio Público ante la Corte, hay lugar a casar parcialmente la sentencia impugnada porque, de manera flagrante, vulneró el principio de congruencia al condenar al acusado por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, respecto del valor del recaudo de uno de los períodos fiscales del impuesto al IVA, no incluido en la acusación y por el que tampoco, se pidió condena.

Repárese cómo, si bien en la formulación de imputación la fiscal del caso, al relacionar los montos insolutos denunciados por la Dirección Seccional de Impuestos de Cali, División Jurídica del Grupo Unidad Penal, incluyó el período 1 de 2008²⁰, en cuantía de \$9.853.000²¹, enseguida, señaló:

Con posterioridad, a la presentación de la denuncia el señor Carlos Antonio Vanegas canceló el período correspondiente al año 2008-01 por \$9.853.000, más los correspondientes intereses, por lo cual, este período, en esa cuantía, no será objeto de esta imputación.²²

En consonancia con lo anterior, el escrito de acusación, de nuevo enlistó todos los valores denunciados, entre ellos, el equivalente al período 1 de 2008, pero aclaró que en la audiencia anterior, «se especificó que con posterioridad a la presentación de la denuncia, el ahora imputado canceló la obligación correspondiente al período 1 del 2008 por lo cual respecto del mismo no se formuló imputación.»²³

Por su parte, en la formulación verbal de la acusación, luego de que la defensa solicitara aclaración del escrito, por estimar que daba lugar a confusión que en dicho documento se relacionara como obligación adeudada a la DIAN el período 1 de 2008, la funcionaria instructora precisó:

La tercera observación que ha hecho la defensa es en cuanto al período 1 del 2008 y dice que no hay coincidencia entre ello y lo manifestado en la audiencia de formulación de imputación de lo cual se hace aclaración, en la parte, en el último párrafo del acápite de hechos. Pues bien su señoría, esto se explica de una manera muy sencilla, cuando yo inicio haciendo la relación de los hechos, empiezo refiriéndome a la existencia de la denuncia y a la presentación de la denuncia, es decir, la relación que de concepto, año gravable, período y valor aparece en el cuadro impreso en el escrito de acusación hace referencia tal cual fue presentado la denuncia. Esos hechos, no se pueden variar, Así es como se presentó en la denuncia. Efectivamente, en la audiencia de formulación de imputación y previa certificación de la DIAN donde nos da cuenta que el período 1 de 2008, que no existe otro allí sino por ventas, pues toda la denuncia, todo el proceso se ha referido al impuesto de ventas fue cancelado; es por eso que se aclara que en la audiencia de formulación de imputación se especificó que con posterioridad a la presentación de la denuncia el imputado canceló la obligación correspondiente al período 1 del 2008, por lo cual respecto del mismo no se formuló la imputación. Quiere decir ello su señoría que no habría, no veo, cuál es la posible confusión que pueda generar ello, pues solamente existe denunciado e imputado un período o referido en la audiencia un período del 2008 y que exclusivamente corresponde a ventas. De todos modos, queda claro que ese período 1 de 2008 por concepto de ventas en valor de nueve millones ochocientos cincuenta y tres mil pesos no fue imputado.²⁴

Luego, durante la vista pública de juzgamiento tanto en la teoría del caso²⁵, como en sus alegatos de cierre, la representante del órgano acusador, al paso que solicitó condena por el delito de omisión del agente recaudador o retenedor en

concurso homogéneo y sucesivo, insistió, en advertir que «en la última certificación expedida por la DIAN aparece que el señor Vanegas Mera, representante de la empresa INMECOL canceló capital e intereses, en su totalidad del período 1 de 2008»²⁶, por lo que excluyó de su pretensión el injusto respectivo.

En efecto, obra en el expediente certificación expedida el 22 de octubre de 2009 por la Dirección Nacional de Impuestos Nacionales –DIAN-, en la que, en lo pertinente, se destaca:

Es preciso dejar constancia que la obligación fiscal de ventas 2.008 BTE. 1 se encuentra cancelada.²⁷

Además, el mismo documento es claro en deducir del monto total adeudado, declarado en la sentencia (\$360.845.000) el correspondiente al pagado por el acusado (\$9.853.000), determinando que el valor definitivamente debido a la administración de impuestos es de \$350.992.000.

En ese orden, el Tribunal no solo incurrió en falso juicio de existencia por omisión al desechar este medio de prueba documental que daba cuenta del pago correspondiente al referido tributo por el mencionado período fiscal, sino que también recayó en violación directa de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.

3. A fin de restablecer las garantías conculcadas al procesado por la emisión de condena por un punible respecto del cual ni siquiera se realizó imputación, se impone casar parcialmente la sentencia impugnada, para anular todo lo actuado en relación con el referido delito, excluir dicho comportamiento del juicio de reproche y redosificar la pena impuesta.

Con ese propósito, se debe partir por recordar que Vanegas Mera fue sentenciado por

el ad quem a la pena de cincuenta (50) meses de prisión y setecientos veintiún millones seiscientos noventa mil pesos (\$721.690.000) de multa.

Para llegar a esos valores, la colegiatura, por el delito base, le impuso el mínimo punitivo de 48 meses de prisión, a los que le agregó otros 2, por razón del concurso homogéneo con 11 conductas más y, en cuanto a la sanción pecuniaria duplicó la cantidad total adeudada de \$360.845.000.

Al eliminar del juicio de reproche uno de los injustos, es claro que la suma correspondiente a los punibles concursantes se debe reducir para quedar en 1 mes y 24 días²⁸, que sumados a los 48 meses del reato principal, arroja un monto total de 49 meses y 24 días de prisión, mismo tiempo al que se disminuye la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Ahora, en punto de la multa, a los \$360.845.000 equivalentes al monto total de la obligación imputada por el ad quem, se ha de mermar \$9.853.000 -cantidad efectivamente pagada-, para un valor de \$350.992.000, que multiplicados por 2, en los términos del artículo 402 del Código Penal, asciende definitivamente a \$701.984.000.

4. Por último, es cierto, como lo argumentó la delegada de la Procuraduría, que el juez plural, igualmente, erró al condenar a Vanegas Mera al pago de perjuicios materiales a favor de la DIAN, consistentes en «el monto dejado de consignar, esto es, trescientos sesenta millones ochocientos cuarenta y cinco mil pesos (\$360.845.000.00), más los intereses de mora calculados de conformidad con el Estatuto Tributario, hasta que se efectúe el correspondiente pago»²⁹.

Lo anterior, toda vez que, ignoró, para tal efecto, que la tasación de los perjuicios causados sólo será posible, una vez tramitado el incidente de reparación integral, al tenor del artículo 102 de la Ley 906 de 2004, esto es, después de que alcance ejecutoria

la sentencia condenatoria, a solicitud expresa de la víctima, el fiscal o el Ministerio Público.

Así las cosas, la Sala también casará de oficio y de forma parcial el fallo impugnado, a efecto, de excluir de esa decisión la aludida condena en perjuicios materiales.

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

Primero. Casar parcialmente la sentencia proferida el 17 de febrero de 2014 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, en el sentido de declarar la nulidad de la actuación, exclusivamente, en cuanto se refiere al delito de omisión del agente retenedor o recaudador, respecto del período 1 de 2008, correspondiente al recaudo del impuesto del IVA, en cuantía de \$9.853.000, a efecto de excluir dicho comportamiento del juicio de reproche.

En consecuencia, fijar la pena de prisión, que debe descontar Carlos Antonio Vanegas Mera, en 49 meses y 24 días, mismo término al que se reduce la sanción accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. La pena de multa, por su parte, se tasa en \$701.984.000.

Segundo. Casar de oficio y de forma parcial el fallo impugnado, a efecto, de excluir de esa decisión la condena en perjuicios materiales dispuesta a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-.

En lo demás, el fallo permanece incólume.

Tercero. Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase

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 Cfr. folio 280 de del cuaderno principal

2 Haciendo salvedad en el sentido que se abstenía de imputar el referido punible, respecto del período 1 de 2008.

3 Cfr. folios 12-13 ibidem.

4 Cfr. folios 20-24 ibidem.

5 Cfr. folios 40-41 ibidem.

6 Cfr. folios 43-44 ibidem.

7 Cfr. folios 58-59 ibidem.

8 Cfr. folios 77-78 ibidem.

9 Cfr. folios 140-141 ibidem.

10 Cfr. folios 167-168 ibidem.

11 Cfr. folios 169-170 ibidem.

12 Cfr. folios 172-173 ibidem.

13 Cfr. folios 187-174 ibidem.

14 Cfr. folios 216-237 ibidem.

15 Cfr. folio 259 ibidem.

16 Cfr. folios 295-311 ibidem.

17 Cfr. folios 4-32 del cuaderno de la Corte.

18 Cfr. folios 78-79 ibidem.

19 Cfr. minutos 9:25

20 También por los períodos 3 y 4 de 2006, 1 al 6 de 2007 y 2, 4 y 6 de 2008.

21 Cfr. minutos 06:27-06:31 del CD de la audiencia de formulación de imputación.

22 Cfr. minutos 6:49-7:15 ibidem.

23 Cfr. folio 22 del cuaderno principal.

24 Cfr. minutos 26:04-27:57 del CD de la audiencia de formulación de la acusación.

25 Cfr. minutos 16:35-16:38

26 Cfr. minutos 20:13-

27 Cfr. folio 135 del cuaderno principal.

28 La operación aritmética es la siguiente: $2 \text{ meses} \times 10 \text{ meses} \div 11 \text{ meses} = 1.81 \text{ meses}$.

29 Cfr. folio 216 del cuaderno principal.