

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
SALA DE DECISIÓN PENAL
MAGISTRADO PONENTE
JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Pereira, tres (03) de noviembre de dos mil once (2011).

Aprobado por Acta No.0743
Hora: 8:10

1.- VISTOS

Corresponde a la Sala desatar el recurso de alzada presentado por el apoderado de la DIAN y el defensor de la judicializada, contra el fallo proferido el Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta capital, por medio del cual condenó a la acusada **YANETH CRISTINA MARÍN GALLO** por el cargo que como autora en el delito de *omisión del agente retenedor o recaudador* le adjudicó la Fiscalía General de la Nación.

2.- HECHOS

Da cuenta la actuación, que la involucrada presentó 9 declaraciones de impuesto a las ventas, correspondientes a los períodos 04, 05 y 06 del año 2003 y 01, 02, 03, 04, 05 y 06 del año 2004, las cuales fueron recibidas SIN PAGO en esta ciudad y por un valor equivalente a \$34 650.000.00.

La DIAN inició el procedimiento administrativo de cobro coactivo persuasivo en el que fue citada la hoy judicializada y en su lugar compareció su esposo GABRIEL JAIME RAMÍREZ quien indicó que su cónyuge presentaría un acuerdo de pago, compromiso que no fue cumplido.

Por parte de la Jefe de la División de Cobranzas se certificó que la señora **MARÍN GALLO** no registró pago alguno por los conceptos materia de denuncia. A consecuencia de la demostrada obligación y del consiguiente incumplimiento, el Jefe de la Unidad Penal de la División Jurídica de la Administración Local de Impuestos y Aduanas Nacionales -Dr. LUIS VICENTE MORA REBOLLEDO-

formuló denuncia penal en contra de la señora **YANETH CRISTINA**, al observar la infracción al canon 402 del Código Penal, por medio del cual se tipifica el delito de *omisión del agente retenedor o recaudador*.

3. - IDENTIDAD

Se trata de **YANETH CRISTINA MARÍN GALLO**, titular de la cédula de ciudadanía No. 43.610.788 expedida en Medellín (Antioquia.), natural de esa misma ciudad donde nació el 12-02-77, hija de Guillermo y Rosalba, casada con GABRIEL RAMÍREZ BUSTAMANTE, tiene tres hijas y para la época en que fue vinculada a la presente investigación se encontraba desempleada.

4. - CARGOS

El 29-10-08 la Fiscalía Veinte Delegada ante los señores Jueces Penales del Circuito de Pereira (Rda.), profirió Resolución de Acusación¹ en contra de **MARÍN GALLO**, como presunta autora material de la conducta descrita como punible en el artículo 402 del Código Penal, bajo el rubro de *omisión del agente retenedor o recaudador*.

5. - FALLO

La Juez Quinto Penal del Circuito de esta capital profirió un fallo de carácter absolutorio² pese a que mediaba una aceptación de cargos para sentencia anticipada por parte de la procesada, motivo por el cual esta Colegiatura decretó la nulidad de la decisión con el objeto de que dicha funcionaria dictara una nueva determinación en los términos del allanamiento a cargos.

En virtud de lo anterior, la juzgadora procedió a dictar el fallo correspondiente, y condenó a la judicializada a la pena principal de 18 meses de prisión, multa de \$34´650.000.00, la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de de derechos y funciones públicas por igual lapso, y le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia. Así mismo, se abstuvo de ordenar el pago de perjuicios por cuanto consideró que no había mérito suficiente para tasarlos.

6. - RECURSO

¹ Fls. 180-185 C.O.I

² Fls. 191-196 C.O.I

6.1.- Apoderado de la DIAN -recurrente-

Sustenta su pretensión revocatoria así:

- El planteamiento esbozado por la señora juez en cuanto a que no condenó al pago de perjuicios porque resulta imposible tasarlos, carece de motivación, ya que no indica en qué consiste esa supuesta imposibilidad o qué ejercicio o actividad efectuó para dicho fin, lo cual hace que la decisión en tal sentido sea violatoria del derecho de defensa y contradicción que le asiste a la parte que representa, pues es desequilibrado sustentar un recurso haciendo un esfuerzo por intentar dilucidar el alcance de un pensamiento que no fue plasmado en la sentencia.

- La falladora hizo caso omiso a las pretensiones impetradas en la demanda de constitución de Parte Civil que fue admitida por ese mismo Despacho el 30-04-08, las cuales son claras e indicativas del querer de la administración tributaria de ser resarcida por los perjuicios ocasionados por la conducta punible realizada por la judicializada, y que corresponden a lo declarado y no consignado por concepto de IVA por la señora **MARÍN GALLO**, esto es, la suma de \$34 650.000.00, más los intereses de ley.

- Lo expresado en la parte motiva de la sentencia resulta discordante con lo consignado el numeral tercero de la resolutive ya que allí se señaló que: “no se condena al pago de perjuicios por lo que no hay mérito suficiente para tasarlos”, lo que genera como pregunta: ¿es imposible tasar los perjuicios o no hay mérito suficiente para ello?

- Las cantidades acreditadas en el expediente debieron ser consideradas por la juez de instancia para fijar los perjuicios materiales a favor de la DIAN, a título de daño emergente las correspondientes al impuesto dejado de consignar y de lucro cesante los intereses, pues son demostrables y tienen sustento en la demanda, en las certificaciones emanadas por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas, así como en las declaraciones privadas de IVA que fueron corregidas voluntariamente por el contador de la procesada; por lo que no puede afirmarse que nos encontremos ante un “imposible”, palabra definida por la Real Academia de la Lengua como algo que no tiene facultad ni medios para llegar a suceder.

- La Corte Constitucional en las sentencias T-275 de 1994, C-1149 de 2001 y 228 de 2002, precisó que el sentido indemnizatorio dentro del proceso penal no está limitado a garantizar la justicia y la verdad, sino también contempla el

pago de los perjuicios materiales que se valoren y reconozcan por el juzgador, lo cual no tuvo ocurrencia en el presente caso.

- Pide que sean desestimados los planteamientos realizados por el señor defensor en el sentido de que las correcciones hechas por su patrocinada a las declaraciones de IVA de los periodos 04,05,06 de 2003 y 01,02,03, 04, 05 y 06 de 2004, fueron consecuencia de la coacción por parte de los funcionarios de la DIAN, afirmación que según él no fue desvirtuada por esa entidad, por cuanto en el primer escrito de apelación presentado por esa Dirección Impuestos, se explicó ampliamente las circunstancias en las cuales la señora **YANETH CRISTINA** efectuó las aludidas correcciones de manera voluntaria, tomando como base las actas de visitas realizadas por esa entidad y la anuencia de su contador, que fue quien las presentó.

Itera que por parte de la DIAN no se realizaron las actuaciones ilegales que cita el togado, el cual muestra desconocimiento acerca de los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario, se torna impreciso y ligero con sus comentarios, llegando incluso a afirmar, con grado de certeza, hechos que desconoce, y pretende crear confusión manifestando que la esa entidad iba a cerrar el Establecimiento de Comercio o en el término perentorio de tres días procedería a la aprehensión material de las herramientas de trabajo y mobiliario, cuando ese tipo de sanciones proceden cuando existe falta de facturación de ingresos o en desarrollo de un proceso aduanero, en el evento que las mercancías del establecimiento fueran de origen extranjero y no se acreditara su legal introducción al país ; además se muestra irrespetuoso con la administración tributaria al asegurar que la prueba fue constituida con abusos y extralimitación de funciones por parte de los funcionarios que allí laboran.

- Recuerda las facultades otorgadas el artículo 684 del Estatuto Aduanero, con el propósito de ganar el efectivo cumplimiento de las normas sustanciales, además solicita que se tenga en consideración los argumentos planteados al respecto en el primer recurso y que la corrección fue voluntaria por parte de la contribuyente con base en las actas de visita y no de otros factores externos como quiere hacer ver el defensor, con plena observancia y respeto de los respectivos procedimiento y los principios constitucionales del derechos de defensa y el debido proceso, de las cuales podía apartarse ésta habida cuenta que podía controvertirlas por la vía gubernativa o contenciosa si ese era su deseo.

- Se opone también a la revocatoria de la multa solicitada por el apoderado de la judicializada, dado que está prevista como pena principal con la de prisión,

por lo que al revocarla podría prevaricarse por omisión, por tanto, solicita que la decisión sea confirmada en ese aspecto.

- También pide que se desatienda el argumento final del defensor, ya que malinterpreta el concepto de parte civil con el de multa pues apoya que su representada no sea condenada en perjuicios porque la ley consagra para tal fin la pena de multa, y proceder de otra manera constituiría un abuso del derecho y un detrimento patrimonial al intermediario recaudador.

- Dentro del expediente existen pruebas que definen con certeza, tanto la responsabilidad de la judicializada como el daño causado, por lo que solicita se confirme el fallo en lo atinente a la condena y se revoque parcialmente en relación con la abstención de condenar en perjuicios materiales y en su defecto se ordene que la señora **JANETH CRISTINA MARÍN GALLO** pague por ese concepto la suma de \$34.650.000.00, más los intereses que se causen hasta la fecha en que se efectúe la cancelación.

6.2.- Defensor -recurrente-

También esboza su personal criterio contra el fallo, en los siguientes términos:

- La funcionaria a quo ha proferido dos decisiones opuestas con fundamento en los mismos elementos: la primera, se homologa a una improbación de la sentencia anticipada por cuanto fue de carácter absolutorio al considerar que no existir plena prueba; la segunda, de carácter condenatorio, al concluir que había plena prueba de la existencia del hecho y de la responsabilidad de la procesada, lo que constituye una grave contradicción y una total inseguridad jurídica.

- La denuncia instaurada por la DIAN se fundó en las correcciones de las declaraciones realizadas por la coacción de los funcionarios de esa entidad, respecto de los períodos 04, 05, 06 de 2003 y de todo el año 2004, no de las declaraciones iniciales, que fueron pagadas en la respectiva oportunidad.

- Es claro que la señora MARÍN GALLO fue la propietaria del establecimiento de comercio denominado SANTIPAN entre los años 2001 y 2005, cuyo objeto era la elaboración y comercialización de productos de panadería y pastelería, así como los servicios de cafetería, y que de manera oportuna y voluntaria presentó las declaraciones de impuesto sobre las ventas mientras estuvo en funcionamiento ese establecimiento, antes de que empezara la inexplicable persecución hacia ella por parte de la DIAN.

- Debe tenerse en cuenta que en el acta de visita 314 del 28-07-04 se consignó que la panadería SANTIPAN despachó para consumo externo el 50% de las ventas, a pesar de que la visita que fue realizada a las 3:30 p.m., hora pico para el consumo interno teniendo en cuenta la ubicación del negocio - zona centro-, y que el establecimiento estaba abierto al público desde las 7:30 a.m. hasta las 7:30 p.m. Ese proceder es el que dio origen a la incesante actuación ilegal e injusta por parte de la DIAN, con acciones que van desde requerimientos administrativos indicando que si no se cerraba el establecimiento en un término perentorio de 3 días se procedería a la aprehensión material de las herramientas de trabajo y mobiliario, hasta llamadas intimidantes anunciando ejecución de órdenes de arresto a ejecutarse en clínicas y hospitales de Medellín, ciudad donde se encontraba la encartada porque estaba siendo atendida debido a una intervención quirúrgica por razón de un tumor en las tiroides, afección que tomó una mayor magnitud por el estrés generado debido a la situación con la administración de impuestos.

- Es evidente y salta de bulto que el proveído recurrido no tienen sustento en las consideraciones y estimaciones reales del Despacho, sino que por el contrario se ciñe a los ordenado en el auto mediante el cual esta Corporación decretó la nulidad; sin embargo, estima que no siempre en estos casos el pronunciamiento debe ser condenatorio, ya que la Ley y la Constitución dan la facultad para improbar o aprobar la aceptación de cargos. Al respecto cita varias decisiones de la Corte Suprema y de la Constitucional.

- Sabe que el allanamiento no admite retractación, no obstante, ésta no sule la carga probatoria impuesta al ente acusador de recopilación de material probatorio suficiente que sustente los cargos aceptados y por eso concluye que a pesar de la aceptación no se tiene sustento legal de la acusación ni siquiera una duda razonable, por lo que la juez no podía dictar una sentencia de condena porque no había certeza del hecho; por tanto, solicita revocar la determinación adoptada, improbar el acogimiento a sentencia anticipada, y disponer que se continúe adelante con el proceso.

- Subsidiariamente, solicita que de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 600 de 2000, se redosifique la pena de multa de acuerdo con lo probado y soportado por la DIAN en la demanda de parte civil, ya que respecto a esas sumas no existe aceptación por parte de su representada. Así mismo, que no se reconozca ninguna suma por concepto de perjuicios, pues para tal fin la norma consagra la multa antes señalada y proceder de manera diferente sería un abuso del derecho y un detrimento patrimonial al intermediario recaudador.

7. – Para resolver, SE CONSIDERA

Corresponde a esta Corporación asumir por competencia territorial, objetiva y funcional el conocimiento de este asunto, en virtud a que la apelación fue oportunamente interpuesta, debidamente sustentada y adecuadamente concedida a dos de las partes legitimadas para hacerlo; además, no se aprecian irregularidades sustanciales en el trámite procesal de previo e imperativo pronunciamiento, ni violaciones a garantías fundamentales que obliguen a retrotraer la actuación.

De entrada advierte la Sala que la defensa desconoce en el caso sometido a estudio las consecuencias de la aceptación de cargos para sentencia anticipada que realizó su representada, a cuyo efecto resalta la inexistencia de pruebas que demuestren el delito por el cual ésta fue condenada.

Es bien cierto, como lo ha sostenido el Tribunal desde hace ya buen tiempo con asiento en la jurisprudencia nacional, y como lo argumenta con vehemencia el censor técnico de la procesada, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una decisión condenatoria.

La Corte Constitucional, inicialmente por medio de la Sentencia C-425 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, y posteriormente en la SU-1300 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con relación precisamente a la figura de la sentencia anticipada, señaló:

“El juez no puede fallar basado exclusivamente en el dicho o aceptación de los hechos por parte del procesado, sino en las pruebas que ineludiblemente lo lleven al convencimiento de que éste es culpable. La aceptación por parte del implicado de ser el autor o participe de los hechos investigados penalmente, aunada a la existencia de prueba suficiente e idónea que demuestre tal afirmación, permite desvirtuar la presunción de inocencia”.

En vigencia del nuevo estatuto contenido en la Ley 906 de 2004, el mismo órgano de cierre constitucional retomó el punto en su Sentencia T-091 del 10-02-06, M.P. Jaime Córdoba Triviño, para hacer un comparativo entre la sentencia anticipada y el nuevo allanamiento unilateral a cargos, a consecuencia de lo cual aseveró:

“La validez de estas opciones está condicionada, de manera general, a la existencia de prueba sobre la responsabilidad aceptada por el imputado o acusado y a que se preserven las garantías fundamentales.

[...]

En el nuevo sistema la carga de la prueba radica igualmente en el órgano de investigación penal. La aceptación unilateral de cargos conduce

necesariamente a una sentencia condenatoria que debe estar fundada en el “convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, mas allá de toda duda” (Art.7°). De manera que la sentencia condenatoria producida sin agotar el debate público debe contar con el presupuesto relativo a la existencia de evidencia o material probatorio sobre la responsabilidad aceptada del procesado. Mediante la aceptación de los cargos y la evidencia o elementos materiales de prueba, el procesado renuncia a controvertirlos en el juicio”.

Es claro por tanto para la Sala y así lo ha entendido desde siempre, que no puede ser suficiente la mera aceptación de cargos para proferir una condena, en cuanto el juez no es un autómatas, ni estamos ante un procedimiento mecánico, y el funcionario tiene que apersonarse de la situación a efectos de verificar, por lo menos, que el hecho atribuido sea en realidad típico y que existe una base seria de autoría y responsabilidad en la incriminación; de lo contrario, no podría proferir una declaración de culpabilidad por encima de preclaros preceptos legales y constitucionales.

De ese modo, cuando se asegura que el procesado no puede retractarse de lo ya admitido, ello se entiende sin perjuicio de que la evidencia demostrativa mínima esté garantizada y que, por supuesto, los hechos referidos como ciertos por el ente acusador –*imputación fáctica*- estén acordes, es decir, en congruencia con la adecuación legal del comportamiento –*imputación jurídica*-. Ocurre sin embargo, que esa posibilidad en cuanto a la exigencia de prueba para condenar se refiere, tiene también una limitante apenas obvia tratándose de las terminaciones abreviadas del proceso, puesto que la defensa no puede entrar a cuestionar los elementos probatorios que ha presentado la Fiscalía como soporte de la acusación.

En pronunciamiento de nuestro Tribunal de Casación (nos referimos a la sentencia del 08-07-09, radicación 31531), el cual es acorde con lo contemplado en el artículo 40 de la ley 600 de 2000, se concedió a la defensa un mayor derecho a apelar las sentencias que avalen los allanamientos a cargos o los preacuerdos y a interponer el recurso de casación, sin que esto signifique que las instancias superiores sirvan para que el procesado se retracte de su alegación de culpabilidad. Allí se dijo, que la posibilidad de apelar y de solicitar la casación por parte de la defensa se limita a controvertir la dosificación de la pena, a exigir mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, a controvertir alguna incongruencia entre lo acordado y lo resuelto y, desde luego, a alegar transgresiones a las garantías fundamentales del procesado. Sin embargo, si el defensor sostiene la vulneración de los derechos al debido proceso o a la defensa, no podrá concentrar su censura en cuestiones probatorias, como la omisión en la práctica de pruebas o la violación del derecho de contradicción.

Y lo anterior es totalmente lógico, porque precisamente el allanarse a los cargos implica necesariamente el despojo del derecho a la no autoincriminación y de la facultad de controvertir lo allegado en su contra.

En esos términos, la Colegiatura encuentra que no le es dable al defensor, como ocurre en el presente caso, elevar una impugnación con el ánimo de controvertir la pruebas que demuestran la existencia del delito por el que su prohijada aceptó los cargos, máxime cuando precisamente el fallo de carácter absolutorio proferido inicialmente por la funcionaria a quo, fue anulado por esta Sala por contener un vicio sustancial que afectaba el debido proceso e imponía retrotraer la actuación, por cuanto en virtud a ese allanamiento, la decisión adoptada debía ser necesariamente de carácter condenatorio ya que no tenía razón de ser una controversia de orden probatorio como la suscitada por ella, y que ahora infructuosamente pretende revivir el togado que representa los intereses de la judicializada.

Adicionalmente, no fue solo esa aceptación de cargos lo que motivó la medida extrema por parte de esta Magistratura, también lo fue la existencia de elementos de persuasión, legal y oportunamente allegados al proceso, que analizados en conjunto eran suficientes para proferir un fallo de condena, por cuanto demuestran la ocurrencia del ilícito por el que se procede y la responsabilidad de la enjuiciada.

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que no están dadas las condiciones para desatender, como lo solicita el asistente técnico, el allanamiento a los cargos que en forma libre, voluntaria, consciente y debidamente asistida hizo la acusada, y, en consecuencia, se impone el aval del proveído confutado en ese sentido.

Ahora, en lo que tiene que ver con la multa, se le recuerda igualmente al togado que representa los intereses de la judicializada, que ésta tiene la condición de pena principal que debe ser cancelada a favor del Consejo Superior de la Judicatura no de la DIAN, y que la misma nada tiene que ver con los perjuicios ocasionados con la conducta punible, como equivocadamente lo entiende éste. Por lo demás, observa la Colegiatura que la tasación efectuada por la primera instancia sobre este punto se encuentra ajustada a derecho, esto es, el doble de lo recibido, declarado y no pagado por impuesto a las ventas, con la correspondiente reducción por el allanamiento a cargo. En consecuencia, no se atenderá la petición realizada por defensa en ese sentido.

Finalmente, en lo tocante a la tasación de los perjuicios, respecto de lo cual se encuentra inconforme la Parte Civil en contraposición a lo concluido por la juez de primer nivel en cuanto estimó que no había mérito suficiente y por tanto era "imposible tasarlos", y acogiendo los planteamientos del apoderado de la víctima, considera la Sala que la conducta punible de *omisión del agente retenedor o recaudador* trae derivado un daño que se debe reparar por el directo responsable o por quienes tienen una obligación legal o contractual de responder patrimonialmente por el causante del perjuicio.

En nuestro caso, solo existe la opción de exigir la reparación del daño patrimonial y no de un potencial daño extrapatrimonial dada la índole del punible, la calidad del bien jurídico afectado, y la calidad que ostenta el ente público directamente perjudicado con la acción omisiva.

En esas condiciones, no había lugar a que la falladora se abstuviera de tasar los perjuicios cuando éstos corresponden precisamente a los impuestos sobre las ventas que no fueron cancelados por parte de la judicializada, tal como ella misma lo reconoció y que además se encuentra demostrado con las pruebas obrantes en el encuadernamiento, entre ellas, las declaraciones presentadas sin pago, la demanda de Parte Civil, y las certificaciones expedidas por la División de Gestión de Recaudo y Cobranzas.

Repetimos por tanto, que si la señora **MARÍN GALLO** recaudó los valores por concepto de -IVA- y no los consignó a favor de la DIAN como legalmente correspondía, lo más lógico es que al haber aceptado su responsabilidad por ese hecho y consecuentemente ser condenada, dicha sentencia también debe contemplar el reintegro de esas sumas a favor de esa entidad, toda vez que fue la afectada con la demostrada omisión.

Bajo ese entendido, para calcular el perjuicio acorde con el concepto de "reparación integral" y dar cumplimiento al principio rector del restablecimiento del derecho, se dirá que el daño material en el presente asunto está representado por lo correspondiente a los períodos 04, 05 y 06 del año 2003 y 01, 02, 03, 04, 05 y 06 del año 2004, que a la fecha la procesada no ha cancelado, monto que asciende a \$ 34´650.000.oo., cantidad que debe ser adicionada con los intereses que por ley corresponden a voces del artículo 804 del Estatuto Tributario, y permitir su actualización al momento de hacerse efectivo el pago, a cuyo efecto se deberá tener en consideración el certificado de recaudo y cobranzas de la DIAN.

8.- DECISIÓN

Por lo discurrido, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCA el numeral tercero del fallo objeto de recurso y en su lugar condena a la señora **YANETH CRISTINA MARÍN GALLO** a pagar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- por concepto de perjuicios materiales la suma de \$ 34.650.000.00., cantidad que debe ser adicionada con los intereses que por ley corresponden a voces del artículo 804 del Estatuto Tributario, y permitir su actualización al momento de hacerse efectivo el pago, a cuyo efecto se deberá tener en consideración el certificado de recaudo y cobranzas de la DIAN.

SEGUNDO: SE CONFIRMA el fallo objeto de recurso en todo lo demás.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

GLORIA AMINTA ESCOBAR CRUZ

El Secretario de la Sala,

JAIRO ALBERTO LÓPEZ MORALES