



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE VILLAVICENCIO - META
SALA PENAL N° 6**

Magistrado Pte:	Diego Alvarado Ortiz
Radicación:	50001 60 00 567 2016 01941 01
Procedencia:	Juzgado 1° Penal del Circuito de Vcio.
Acusado:	Jaime Eduardo Serna Montoya
Delito:	Omisión de agente retenedor
Motivo:	Apelación sentencia ordinaria
Decisión:	Confirma
Aprobado Acta N°:	029 de 05 de marzo de 2024
Lectura:	14 de marzo de 2024 H: 10:00 a.m.

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO.

Derrotada la ponencia presentada por el magistrado Jorge Velásquez Niño, la Sala Mayoritaria resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Villavicencio-Meta, por medio de la cual condenó a JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA, por el delito de *omisión de agente retenedor*.

2. SITUACIÓN FÁCTICA

Según la Fiscalía, JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA es el representante legal la empresa TRANSPORTES ESPECIALES J Y V S.A.S. y, como tal, omitió, sin justificación alguna, el pago de \$11'258.000.00, más intereses moratorios, que corresponde a las sumas declaradas por concepto de *impuestos sobre las ventas*, para los años gravables 2014 y 2015: dicho valor corresponde a la declaración N°. 300160751312 de 15 de enero de 2015, por \$ 7'064.000 y la N°. 3001619387869 de 25 de abril de 2016, por \$ 4'194.000.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 4 de febrero de 2020, ante el Juzgado 9° Penal Municipal de Control de Garantías, la Fiscalía le imputó a JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA la posible comisión del delito de *omisión de agente retenedor o recaudador*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 402 del Código Penal. No aceptó los cargos. El ente acusador no solicitó la imposición de medida de aseguramiento.

3.2. El 12 de abril de 2020 la Fiscalía radicó el escrito de acusación. Su conocimiento le correspondió al Juzgado 1° Penal del Circuito de esta ciudad: el 19 de septiembre de 2021 se hizo una adición al escrito.

3.3. El 22 de marzo y el 26 de octubre de 2022 ese despacho llevó a cabo las audiencias de formulación de acusación y preparatoria, respectivamente.

3.4. El 16 de junio y el 13 de julio de 2023 el Juzgado tramitó el juicio oral, así: i) el acusado no compareció a la primera sesión de audiencia; ii) la Fiscalía presentó su teoría del caso y la defensa se abstuvo de hacerlo; iii) las partes no realizaron estipulaciones; no obstante, en virtud de lo previsto en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004 se incorporaron varios documentos¹ iv) la Fiscalía presentó el testimonio de Ricardo Gutiérrez Pachón; v) la defensa, por su parte, presentó el del procesado.

Finalizada la etapa probatoria la Fiscalía y el representante de víctimas solicitaron la emisión de un fallo condenatorio, mientras que la defensa uno absolutorio. El Juzgado emitió uno en sentido condenatorio y, en consecuencia, corrió el traslado del que trata el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

¹ 1. Acto 200020155056-000320 Expediente 215-601152.

2. Transportes especiales JYV SAS invitación de pago 91000268721408.

3. Acto 2016-5056-000-79 Expediente 201501400.

4. Transportes especiales JYV SAS invitación de pago 910003311717088.

5. Registro único social Cámara y comercio.

6. Certificado de existencia y representación legal.

7. Certificado especial de personería jurídica.

8. Folio de registro único tributario.

9. Certificado de tradición.

10. Resolución 012970.

3.5. El 9 de agosto de 2023 el Juzgado dictó sentencia. La Fiscalía y el apoderado de la víctima apelaron. No obstante, solo esta sustentó el recurso.

3.6. El asunto fue repartido al Despacho 006 de este Tribunal el 7 de diciembre de 2023.

3.7. El 18 de enero de 2024 el magistrado Jorge Velásquez Niño presentó y se discutió el proyecto de decisión en este proceso con los demás integrantes de la Sala. No obstante, aquel fue derrotado.

3.8. El 6 de febrero de 2024 el magistrado Jorge Velásquez Niño remitió la actuación para la elaboración de la ponencia sustitutiva. Esta fue ingresada en esa misma fecha al Despacho del nuevo ponente.

4. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

- Los medios de conocimiento debatidos e incorporados en el juicio oral acreditan la ocurrencia de los hechos y la responsabilidad que le asiste a JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA: aquellos prueban que este recaudó dineros de impuestos sobre las ventas, los cuales debía consignar a favor del Estado y no lo hizo; solo presentó las respectivas declaraciones de los años gravables 2014 y 2015, sin consignar las sumas respectivas, sin ninguna justificación razonable.

- No es viable considerar el argumento del procesado -quien decidió declarar en su propio juicio- en cuanto a que no canceló las sumas debidas, en razón al delito de hurto del que fue víctima, pues el recaudo de los dineros por concepto de IVA se efectuó con antelación a ese hecho, por lo que, al tratarse de dineros públicos, lo que tenía que hacer era su consignación y no lo hizo.

- En conclusión, la Fiscalía probó que la conducta desplegada por JAIME EDUARDO es típica, antijurídica y culpable y, por tanto, hay lugar a proferir una sentencia condenatoria en su contra por el delito de *omisión de agente retenedor*.

Por lo anterior, el Juzgado declaró la responsabilidad penal de aquel y lo condenó a 50 meses de prisión, multa de \$22'516.000.00 e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 20 años. Le negó la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.

5. FUNDAMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO.

5.1. La defensa le hizo las siguientes solicitudes al Tribunal:

5.1.1. Revocar la decisión de primer grado y, en su lugar, emitir una sentencia absolutoria. Razonó de la siguiente manera:

- Contrario a lo expuesto por el Juzgado, de la valoración de los medios de conocimiento debatidos e incorporados en el juicio oral, no dan cuenta de la responsabilidad penal que le asiste a JAIME EDUARDO SERNA MONTROYA, pues no logró probarse la actitud dolosa del acusado, frente al incumplimiento del pago de los valores recaudados a favor del Estado en los años gravables 2014 y 2015.

- JAIME EDUARDO pagó oportunamente sus obligaciones tributarias hasta el 2015, año en que su actividad económica se vio afectada en razón del hurto del cual fue víctima. Por ende, no es cierto que no exista justificación alguna por el no pago, pues, además de lo aludido, realizó las declaraciones respectivas de las sumas correspondientes para los años aludidos, para ser pagadas, las cuales no se efectuaron por el siniestro acaecido.

- El acusado buscó llegar a un acuerdo de pago con la DIAN sin que ello fuera posible. Además, según él, al interior de esa dirección existen saldos a favor que pueden compensar el valor adeudado, en aras de disminuir la deuda.

5.1.2. Conceder la prisión domiciliaria. Argumentó que JAIME EDUARDO no tiene antecedentes penales, está pasando por una precaria situación económica y está a cargo del cuidado y manutención de su progenitora, quien tiene 80 años. Por ende, como quiera que este es quien le provee el alimento y cuidado personal esencial que requiere, es viable la concesión del sustituto.

5.2. El apoderado de víctimas, *como no recurrente*, solicitó confirmar la decisión de primer grado. Lo anterior por cuanto, la Fiscalía probó que el acusado recaudó dineros derivados de impuestos sobre las ventas, los declaró y no pagó en el término legal. Además, no es viable considerar su tesis explicativa, pues el hurto fue posterior a las sumas recaudadas.

6.- CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

Con base en el artículo 34 número 1° de la Ley 906 de 2004 el Tribunal es competente para conocer de este proceso, pues se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia proferida por un juzgado penal del circuito de conocimiento de este distrito judicial, dentro de un proceso penal adelantado por hechos ocurridos en esta sede.

Tal competencia la ejercerá con estricto respeto del principio de limitación, que habilita a la Corporación para pronunciarse sobre lo que fue objeto de apelación y lo inescindiblemente relacionado con ello.

6.2. Validez de la actuación

De la revisión de la actuación cumplida, la Sala advierte que la determinación de primer grado fue adoptada por funcionario competente, se respetó la estructura lógica proceso penal regido por la Ley 906 de 2004, sin que se observe irregularidad alguna en su trámite, se garantizaron los derechos del procesado y a las partes e intervinientes se les permitió el cumplimiento de su rol procesal.

Por lo anterior, no existen fundamentos para cuestionar la legitimidad de la actuación y, por tanto, se trata de un proceso válido y, por ello, hay lugar a una decisión de fondo en este asunto.

6.3. De los presupuestos para la emisión de un fallo condenatorio y la conducta por la que se procede

Según los artículos 7°, 372 y 381 del Código de Procedimiento Penal, para proferir sentencia condenatoria debe existir un convencimiento, más

allá de toda duda razonable, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

En relación con el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, el artículo 402 del Código Penal prevé que²:

ARTÍCULO 402. OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR. <Artículo modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> 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 cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo 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.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal prevista en este artículo. 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, el impuesto nacional al consumo 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 hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

En este contexto, se trata de una conducta que:

i) contiene un sujeto activo calificado -agente retenedor o autorretenedor y/o el responsable de recaudar tasas o contribuciones

² La Corte Constitucional en sentencia C-009 de 2009, en sede de control de constitucional de la norma referida, estableció las diferencias entre cada uno de los sujetos activos que concurren en la estructura típica del delito, sus funciones y obligaciones tributarias, entre otros.

públicas-. Este, en términos de la jurisprudencia, funge como *servidor público*, ya que transitoriamente, a quien le asiste el deber de recaudar y retener, cumple funciones públicas³.

ii) en términos jurídicos, es de las denominadas en blanco, pues su contenido debe entenderse a partir de los postulados de la normatividad tributaria, pues es allí donde se define, entre otros, lo que se entiende por un agente retenedor o recaudador y se determina cuáles son los plazos fijados para rendir cuentas ante quien administra los impuestos.

iii) desde el punto de vista objetivo, tiene que ver con una obligación incumplida por el sujeto agente, que se concreta en la omisión de hacer pagos de las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, o las que corresponden al impuesto sobre las ventas.

iv) establece un límite temporal de concreción, esto es, que dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional no se efectúen las consignaciones respectivas⁴.

v) en los supuestos aludidos, es de resultado.

6.4. Planteamiento del problema jurídico y estructura de la decisión

En este asunto, el panorama es el siguiente: la Fiscalía General de la Nación, por intermedio de su delegado, acusó a JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA por haber ejecutado una conducta constitutiva del delito de omisión de agente retenedor o recaudador. Concluido el juicio, el Juzgado le dio la razón a esa parte procesal y, en consecuencia, profirió un fallo condenatorio. La defensa no está de acuerdo con esa determinación, pues desde su punto de vista, en este caso no se acreditó el estándar fijado en la ley para la emisión de una sentencia condenatoria en contra del acusado.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP4685-2021, Rad. 59256 de 15 de septiembre de 2021. Criterio reiterado en los proveídos CSJ AP 5708-2016, rad. 47449; CSJ AP3235-2018, rad. 50284, CSJ AP960-2019, rad. 54594; y, CSJ SP 3212-2020, rad. 56030, entre otros.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP590, Rad. 59923 de 8 de marzo 2023.

En este orden, la Sala determinará si la prueba practicada en el juicio demuestra, más allá de toda duda razonable, la comisión de ese delito por parte de JAIME EDUARDO y la responsabilidad que pueda asistirle. Para esos fines, valorará la prueba practicada en el juicio.

6.5. Valoración de la prueba practicada en el juicio.

6.5.1. Para la Sala, en primer lugar, es menester indicar que los siguientes hechos no están en discusión, pues no fueron objeto de controversia alguna por las partes y el juzgado no los desconoció:

i) JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA para la fecha de los hechos era el representante legal de la empresa Transportes Especiales J Y V S.A.S., por medio de la cual prestaba los servicios de transporte y alquiler de vehículos. En esa labor, era responsable de recaudar el IVA.

ii) En el año 2015 sufrió un hurto de vehículos y, en virtud de ello, la empresa que aquel representaba entró en quiebra.

iii) El 15 de enero de 2015 JAIME EDUARDO presentó la declaración N°. 300160751312, en la que advirtió el recaudo del IVA por \$7'064.000, para el periodo 1 del año 2014.

iv) El 25 de abril de 2016 el acusado presentó la declaración N°. 3001619387869, en la que informó el recaudo del IVA por \$ 4'194.000, para el periodo 1 del año 2015.

v) De acuerdo con el área de gestión de cobranzas de la DIAN, esa suma y los intereses por concepto de mora no ha sido cancelados.

vi) En razón de lo anterior, se adelantó un proceso de cobro y, con posterioridad, el 28 de septiembre de 2016, Ricardo Gutiérrez Pachón, en calidad de director seccional de la DIAN, instauró una denuncia con la cual se inició la presente actuación.

En el anterior contexto, para la Sala es evidente que no existe reparo alguno en cuanto a que el procesado, teniendo la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de IVA, para los primeros periodos de

los años 2014 y 2015, se abstuvo de hacerlo. De allí que la discusión se centre en punto a si esa acción fue dolosa o no -aspecto subjetivo del tipo-

6.5.2. Pues bien. En torno al tópico aludido, la Sala Mayoritaria considera lo siguiente:

- De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 del Código Penal, una conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. Por ende, desde un primer punto de vista, fácilmente se colige que aquel está compuesto por dos elementos: i) el cognitivo, que comprende el saber y ii) el volitivo, que es el querer. Es decir, el individuo realiza el comportamiento típico sabiendo qué hace y por qué, ya que es esta precisamente, su voluntad. A esto se le conoce doctrinaria y jurisprudencialmente como dolo directo.

- En el caso presente, no hay duda alguna en cuanto a la concreción del supuesto aludido. Al respecto:

i) aparece como hecho cierto e incontrastable que JAIME EDUARDO no consignó a favor del Estado, las sumas derivadas del recaudo por concepto de IVA correspondiente a los años gravables 2014 y 2015. Ello presupone, en términos de la jurisprudencia penal⁵, la apropiación por parte del procesado de dineros públicos y el quebrantamiento de la confianza que este depositó en él, en relación con el traslado de recursos que, en su nombre, había recaudado en desarrollo de la actividad comercial que ejecutaba.

ii) el procesado sabía de la obligación que le asistía de consignar las sumas derivadas de aquellos conceptos en el término legal y que abstenerse de hacer el pago correspondiente, constituía un comportamiento antijurídico. No obstante, de manera consciente y voluntaria omitió el pago.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP142-2021, Rad. 56542 de 20 de enero de 2021.

iii) de ninguna manera se desconoce el hecho de que el acusado sufrió un hurto de vehículos y, en razón de ese ilícito, la situación económica de su empresa entró en crisis; pero aún, con todo ello, esa explicación no constituye una circunstancia que deba tenerse en cuenta para exonerarlo del pago y, menos aún, para excluir la responsabilidad penal que le asiste. Y esto es razonable: el sujeto agente en este tipo de eventos funge como servidor público, para recaudar dineros a favor del Estado; lo que significa que esos dineros son públicos, no hacen parte de su patrimonio, y, por consiguiente, nada tienen que ver con la iliquidez que pudo tener la empresa en razón del supuesto hecho que le ocurrió. Por tanto, su justificación, en ese sentido, es inadmisibles.

Así lo ha previsto la jurisprudencia penal⁶:

106. Súmese, también, que, de cualquier manera, los demandantes no especificaron la relevancia de la falta de decreto del documento a través del cual se acreditaba la concesión de un crédito por \$1.000.000.000 por parte de Colpatria a Hyundai del Valle Ltda., sobre todo cuando la Corte ha tenido oportunidad de precisar que (CSJ AP 23 mar. 2011, rad. 35802):

(...) la iliquidez de la empresa no la exonera del pago de los dineros recaudados por estos conceptos, ni dispensa de responsabilidad penal al encargado de cumplir este deber, porque la empresa, en estos casos, no actúa como contribuyente, sino como servidor del Estado en la función de recaudar los impuestos, y que la omisión de consignar sus valores nada tiene que ver con su estado de iliquidez, porque los dineros no provienen de su patrimonio, sino del patrimonio de terceros. De suerte que si no los consigna es porque ha dispuesto ilegalmente de ellos. (Negrillas del Tribunal)

En este orden, si se parte de la base de que el procesado recibió o recaudó dineros públicos, que no entraron a su patrimonio y no podía disponer de ellos a su arbitrio, y que, bajo esos postulados, la justificación en que funda la omisión es inaceptable, fácilmente puede colegirse la voluntad de aquel en la realización del delito por el cual fue convocado a juicio.

iv) JAIME EDUARDO tenía la posibilidad de comportarse conforme a derecho, pues dadas las condiciones de comerciante, era conocedor de sus obligaciones, tenía la posibilidad de proceder de manera compatible con el ordenamiento jurídico y, como no lo hizo, su conducta es penalmente reprochable.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP590-2023, Rad. 59923 de 8 de marzo de 2023.

6.5.3. En el anterior contexto, para la Sala Mayoritaria emerge diáfano que, en este caso, no solo se acreditó la comisión del delito a título de dolo, sino el estándar fijado en la ley para la emisión de una sentencia condenatoria por la conducta punible prevista en el artículo 402 del Código Penal: el procesado se abstuvo de consignar, de manera injustificada, dentro de los dos meses siguientes a las fechas señaladas por el Gobierno Nacional, el valor recaudado por concepto de IVA, correspondiente a los periodos 1° de 2014 y 1° de 2015, más intereses moratorios.

6.5.4. Ahora bien. De manera compatible con lo aludido, la Sala Mayoritaria no comparte los razonamientos efectuados por la defensa, los cuales, son similares a los que se tuvieron en cuenta en la ponencia inicial, que fue derrotada, pues contrario a lo que exponen, la tipicidad subjetiva, se reitera, sí se encuentra acreditada.

- Pretender justificar la ausencia de dolo -en su aspecto volitivo- en el hecho de que declaró renta, en la que puso de presente el valor del recaudo del IVA, y que si no pagó es porque entró en una crisis económica, son argumentos que, como se dijo, son impertinentes: i) que hubiera declarado renta nada desdice de la configuración de la conducta punible, pues ese era un deber legal que tenía que llevar cabo; y ii) en cuanto a su iliquidez, es más que claro que no justifica su actuar doloso, ya que los dineros recaudados, se reitera, son dinero públicos y, por ende, no podía dársele ninguna destinación, más que su consignación a favor del Estado en el término legal. Sin embargo, como se ha expuesto, JAIME EDUARDO no procedió a ello.

- Asumir que la actitud del procesado no fue dolosa -en su elemento volitivo- por el hecho de que, inclusive, buscó llevar a cabo un acuerdo de pago, tampoco es de recibo.

Para la Sala Mayoritaria, esa manifestación, que fue aducida por el procesado en el juicio, no encuentra ningún soporte, como si lo está la que da cuenta que a JAIME EDUARDO se le envió a su dirección registrada en la DIAN, dos oficios persuasivos penalizables, en donde se le indicó el monto adeudado por concepto de obligaciones derivadas de impuestos y las consecuencias del no pago, los cuales recibió. Sin embargo, según las certificaciones del área de gestión de cobranzas de la DIAN, no ha

cancelado esa obligación, no ha suscrito acuerdo de pago alguno y no tiene pendientes por resolver solicitudes de acuerdo de pago, devolución y/o compensación. Esto, contrario a lo que podría pensarse, constituye una base fiable para inferir que aquel, pese a que era consciente de su obligación, simplemente no quiso pagarla o consignarla.

- Las posturas asumidas en este caso -por la defensa y por el magistrado cuya ponencia fue derrotada- afirmaron que existe *duda* en cuanto a las razones de la omisión en el pago.

No obstante, la Sala Mayoritaria no está de acuerdo con ello. Con todo, si bien pueden estar convencidos de la existencia de dudas razonables que deben ser resueltas a favor de aquel, emerge diáfano que ese particular convencimiento no tiene apoyo en las pruebas practicadas: no existen dudas en lo acontecido en este caso, y ellas -las dudas- no logran extraerse de la valoración *crítica y detenida* que se les dio a los medios de prueba. Esta -el análisis de la prueba-, contrario al particular punto de vista de aquellos, permite concluir que está probado, no solo el presupuesto subjetivo del tipo que echan de menos, sino la responsabilidad penal del acusado, y que lo está más allá de toda duda razonable.

6.5.5. De acuerdo con las consideraciones expuestas, la conclusión a la que se arriba no es otra que la Fiscalía aportó medios de conocimiento que confirman la hipótesis que planteó en la acusación, atinente a la responsabilidad que le asiste al procesado en el delito de omisión de agente retenedor o recaudador; además, que la defensa aportó una prueba que no crea una teoría razonablemente admisible excluyente de la responsabilidad de aquel o generadora, al menos, de una duda razonable que haya de resolverse en su favor.

En estas condiciones, emerge diáfano que se satisface el estándar fijado en la ley para la emisión de un fallo condenatorio. En tal virtud, la Sala Mayoritaria confirmará la sentencia de primer grado.

6.6. De la prisión domiciliaria.

6.6.1. En torno a este tópico, la defensa advierte que JAIME EDUARDO SERNA MONTTOYA no tiene antecedentes penales, su situación

económica es crítica y es el encargado de la manutención y cuidado de su progenitora, quien tiene 80 años y le ayuda en aspectos básicos de su vida. No obstante, para la Sala es claro que tales fundamentos son insuficientes para la concesión del sustituto aludido.

6.6.2. En primer lugar, como el recurrente lo sabe, el delito por el que se procede, es uno de aquellos que atenta contra la administración pública, por lo que, en virtud de las previsiones del artículo 68A del Código Penal, no hay lugar a la concesión de la prisión domiciliaria -artículo 38B numeral 2° del Código Penal-.

En este orden, el hecho de que el procesado carezca de antecedentes -situación que influyó en la sanción impuesta- y que, en la actualidad atraviese por una precaria situación económica, no son asuntos que deban considerarse. Y esto explicación: las causales previstas en la norma citada son de índole objetivo, es decir, no está sujeta a análisis subjetivo alguno como los que propone la defensa, habida cuenta de que fue el legislador, en ejercicio de sus facultades y por razones de política criminal, el que estableció los presupuestos para su concesión, los cuales, se insiste, no se cumplen en este caso.

6.6.3. En segundo, lugar, y aunque la defensa no lo precisa en su fundamentación, es evidente que alude a la condición de cabeza de familia que, desde su punto de vista, ostenta el acusado, con el argumento que tiene a cargo el cuidado de su progenitora de 80 años.

A este planteamiento, el Tribunal responde de la siguiente manera.

- La Ley 750 de 2002 estableció la viabilidad de sustituir la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario por prisión domiciliaria para la mujer cabeza de familia, siempre que su desempeño permita determinar que i) no colocará en peligro a la comunidad o personas a cargo, ii) no se trate de los delitos expresamente excluidos de tal sustitución -artículo 1°- y iii) se garantice mediante caución el cumplimiento de las obligaciones allí previstas.

De otro lado, el artículo 2° de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 1232 de 2008, previó que es cabeza de familia, la

mujer que, siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina del hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar. En relación con la calidad de madre cabeza de familia, cuando se tiene bajo su cargo a personas incapaces o incapacitadas para trabajar, la jurisprudencia⁷ ha reconocido esa calidad a mujeres, por el hecho de tener a cargo a uno de sus padres, dada la ancianidad y el precario estado de salud de este, y por estar a cargo de su pareja, la que padecía una grave afectación mental.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha precisado que no basta con que la mujer tenga a cargo la dirección del hogar para ser considerada cabeza de familia; además, es indispensable que demuestre: i) tener a cargo la responsabilidad de hijos menores o *de otras personas incapacitadas para trabajar*; ii) que esa responsabilidad sea de carácter permanente; iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental o, como es obvio, la muerte; y v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar⁸.

En sentencias C-184 de 2003 y SU-839 de 2005, la Corte unificó el concepto de madre o padre cabeza de familia y los requisitos y beneficios que son aplicables a estos. Precisó que el *hombre* que reclame tal condición, además de demostrar los presupuestos que la ley ha establecido, debe acreditar que:

i) Sus hijos propios, menores o mayores en condición de discapacidad, estén a su cuidado; que vivan y dependan económicamente de él; que realmente sea una persona que les brinde el cuidado y el amor

⁷ Corte Constitucional, sentencias SU 388 de 2005 y T-200 de 2006; Corte Suprema de Justicia, sentencia del 12 de febrero de 2014, radicado 43118.

⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-388 de 2005.

que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento y que sus obligaciones de apoyo, cuidado y manutención sean efectivamente asumidas y cumplidas.

ii) No tenga alternativa económica, es decir, que se trate de una persona que tiene el cuidado y la manutención exclusiva de los niños y que, en el evento de vivir con su esposa o compañera, esta se encuentre incapacitada física, mental o moralmente, sea de la tercera edad, o su presencia resulte totalmente indispensable en la atención de hijos menores enfermos, en situación de discapacidad o que médicamente requieran su presencia.

En suma, quien afirme esta calidad deberá acreditar que tiene a cargo el cuidado de sus hijos y que su presencia en el contexto familiar es necesaria dado que les brinda protección y apoyo en los diversos ámbitos de su formación -salud, afecto, cuidado, económico, etc.- y en general en los diversos aspectos inmersos en las relaciones familiares protectoras y no de una excusa para evadir el cumplimiento de la pena intramural. De allí que el sustituto por el cual se procede, no fuere instituido para los padres o madres⁹, sino para aquellos que por *“ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del compañero o compañera permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar”* deben asumir necesaria y coetáneamente el rol de padre y madre de sus descendientes -o personas incapacitadas a su cargo-, de tal forma que la privación de la libertad en centro de reclusión desequilibraría un sistema familiar protector¹⁰.

⁹ Sentencia SU-386 de 2005 *“3.3.3. Si bien esta jurisprudencia analizó el artículo 1° de la Ley 750 de 2002, norma relativa al especial apoyo que se le brindaría a la mujer cabeza de familia en materia de prisión domiciliaria y trabajo comunitario, en esa oportunidad la Corte también consideró la situación del hombre que tuviese a su cargo el cuidado de los hijos y actuase en ese evento como padre cabeza de familia. Mas la importancia de reconocer el derecho a la detención domiciliaria no tiene por finalidad principal favorecer a uno u otro padre, sino la efectiva protección de quienes se encuentran en especial condición de vulnerabilidad y dependencia de sus padres.”*

¹⁰ Sentencia SU-386 de 2005 *“...Por ende, debe acotar esta Corporación, que el concepto padre o madre cabeza de familia no debe limitarse a que se considere como tal a quien se encuentre al cuidado de los hijos o soporte económicamente al hogar. Estos factores no deben sopesarse aisladamente sino de forma integral, valorando también si el progenitor que reclama tal condición les brinda el afecto, la formación y la educación que su especial condición de indefensión exige y si es realmente ineludible su presencia en el núcleo familiar, para que con ella, los menores obtengan el bienestar necesario, que debe ser garantizado por sus progenitores.*

Tales circunstancias es menester que sean valoradas por el Juez al momento de considerar si se reúnen los requisitos para que se le reconozca la condición de cabeza de familia al solicitante, de forma

- En este orden, teniendo los medios de conocimiento debatidos e incorporados a la actuación y la normatividad legal y jurisprudencia referidas, para esta Sala de Decisión es evidente que no hay lugar a la concesión de la prisión domiciliaria en los términos que fue solicitada.

Lo anterior, por cuanto se evidencia el afán de la defensa de querer, con un argumento diferente al aludido inicialmente, que se conceda el sustituto:

i) en principio, fundamentó la concesión de la prisión domiciliaria porque, al parecer, se encargaba de manera exclusiva del cuidado de José Ángel Ruiz Churión; no obstante, pese a las tres declaraciones extrajuicio que se allegaron, el Juzgado no encontró probada esa situación y, en relación con ese tópico, la defensa no presentó ningún reparo.

ii) por vía de apelación, el recurrente ahora indica que se encarga de manera exclusiva de su progenitora, quien tiene 80 años y padece la disminución de sus capacidades físicas propias de su edad; sin embargo, nada más alejado de la realidad tal circunstancia, pues es el mismo acusado el que, en el juicio oral, precisó que, en razón de su situación económica, su madre vive en Medellín con una de sus hermanas y que su hija se fue a vivir con su exesposa.

En este orden, las consideraciones expuestas son más que suficientes para concluir que, en este caso, no hay lugar a la concesión de la prisión domiciliaria a favor del acusado: no se demostró que este sea el único que puede asumir el cuidado de su progenitora en el orden afectivo o aquellas de orden material de tal forma que sin su presencia quede en desamparo por la ausencia de otros allegados. Por ende, la Sala confirmará en este punto la sentencia recurrida.

integral, valorando el interés superior del menor y la protección que el Estado debe brindarle a éste, atendiendo a la familia, constitucionalmente consagrada como institución básica de la sociedad. CSJ STP, 14 mayo 2013 rad, 66.744

Radicación: 50001 60 00 567 2016 01941 01
Acusado: Jaime Eduardo Serna Montoya
Delito: Omisión de agente retenedor
Motivo: Apelación sentencia ordinaria
Decisión: Confirma

7. DECISIÓN

Con base en los argumentos expuestos, la Sala Mayoritaria de Decisión Penal N°. 6 del Tribunal Superior de Villavicencio – Meta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2023 por el Juzgado 1° Penal del Circuito de Villavicencio-Meta, por medio de la cual condenó a JAIME EDUARDO SERNA MONTOYA, por el delito de *omisión de agente retenedor*.

SEGUNDO.- Esta sentencia queda notificada por estrados. Procede el recurso extraordinario de casación que deberá ser interpuesto en los cinco días siguientes.

CÚMPLASE,



DIEGO ALVARADO ORTIZ

Magistrado



RICARDO MOJICA VARGAS

Magistrado



SALVAMENTO DE VOTO
JORGE VELÁSQUEZ NIÑO

Magistrado



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
VILLAVICENCIO
SALA DE DECISIÓN PENAL 06

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación: 50001 60 00567 2016 01941 01
Procedencia: Juzgado 1° Penal Circuito Villavicencio
Motivo: Apelación sentencia absolutoria
Procesado: Jaime Eduardo Serna Montoya

Siempre respetuoso de las decisiones de la mayoría, presento las razones que me llevan a apartarme de lo resuelto, las que, en esencia, radican en que por más esfuerzo dialécticos que se hacen, realmente se acude a condenar desde una responsabilidad objetiva, como que el único sustento probatorio para acreditar los elementos cognoscitivo y volitivo del dolo están dados por el hecho objetivo de no pagar el impuesto.

Como lo sostuve en un caso anterior, con el simple documento de declaración de impuesto y su no pago se demuestra la primera parte del dolo (el conocer), pero jamás la segunda (el querer, la voluntad). Si se condena con solo eso, es evidente que sobrarían los juicios porque con ese documento se condenaría. Eso estructura responsabilidad objetiva. Luego, persistiendo la duda, no sobre el conocimiento, sino sobre la voluntad, el camino es absolver.

El tema de debate propuesto en la primera instancia y en sede de apelación apunta exclusivamente a que no se acreditó la tipicidad subjetiva, esto es, que el acusado hubiese obrado con

dolo, pues, para el defensor su voluntad no se encaminó a violar la ley.

De las pruebas testimoniales y documentales allegadas por la Fiscalía, incluso con la versión del acusado, no queda duda que, estando el último autorizado para descontar el impuesto sobre las ventas, IVA, en el periodo señalado en la acusación, teniendo la obligación de hacerlo, no consignó las sumas allegadas a favor del Estado dentro de los dos meses siguientes.

En esas condiciones, aparece acreditado con suficiencia que objetivamente se incurrió en el delito de omisión de agente retenedor o recaudador (en este caso recaudador), definido en el inciso 2° del artículo 402 del Código Penal.

Ahora, en términos de la norma señalada, en armonía con el artículo 22 de la Ley 599 de 2000, en el campo subjetivo la conducta porque se procede solo admite la modalidad dolosa, que lo es cuando “el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización”.

De la definición legal deriva que quien actúa con dolo pone en movimiento sus esferas cognoscitiva y volitiva, esto es, conoce que lo realizado estructura una definición legal delictiva y quiere y realización.

De las pruebas allegadas, se insiste, surge la acreditación del tipo objetivo. No ocurre lo propio con el subjetivo en lo que se relaciona con que el acusado, conociendo que no consignar los dineros recaudados constituía infracción a la ley penal, quiso su realización. La esfera volitiva no se demostró con la suficiencia

reclamada para condenar. Es más, el fallo de condena no dedicó una sola frase a relacionar y valorar los medios de convicción que acreditaban ese elemento.

Así, los medios probatorios solo apuntan a demostrar que el procesado no consignó los dineros que recaudó por concepto del IVA.

De las actuaciones realizadas por el acusado, que explica en su testimonio, deriva que no fue que no quisiera cubrir la obligación, sino que no pudo hacerlo, que es diferente (significa que no tuvo capacidad o no estaba en condiciones de hacerlo) y, de todas formas, descarta la intención, lo cual se refuerza con la circunstancia de que tuvo que someter sus bienes a remate para cubrir lo adeudado, pues la común ocurrencia de las cosas indica que voluntariamente nadie quiere perder su patrimonio. Por lo demás, se dirigió a la DIAN buscando un “cruce de cuentas” para que saldos a su favor se abonaran como pago de lo no consignado, lo cual, otra vez, parece descartar la intención delictiva.

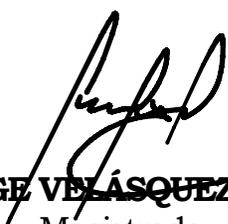
El acusado declaró que no pudo cumplir con sus obligaciones tributarias porque, producto del hurto de los vehículos que utilizaba en su actividad (hecho que fue denunciado), hubo de declararse en quiebra en el año 2015. Por ello, declaró los impuestos con pago pendiente, conducta que, en el contexto de lo que se analiza, parece indicar precisamente que no era la intención evadir la obligación, porque, de lo contrario, parecería que se hubiera omitido rendir esa declaración.

En esas condiciones, frente a la ausencia de prueba sobre la intención delictiva por parte de la Fiscalía, se opuso la tesis de que, si bien se conocía la carga, no pudo cumplirse con ella, lo cual genera dudas sobre la intención del agente, porque no basta con la ausencia de consignación del dinero para deducir, sin más, el dolo, porque ello comportaría condenar solo con base en responsabilidad objetiva, lo cual está proscrito.

Así, lo que surge es un estado de incertidumbre sobre el querer del acusado, el cual, en la instancia procesal presente, no puede ser dilucidado y debe resolverse en favor del sujeto pasivo de la acción penal.

La jurisprudencia que se cita en modo concluyó, como no podía hacerlo, que el dolo no debe probarse y esa prueba competía aportarla a la Fiscalía que, se repite, solo demostró que no se canceló el dinero recaudado, pero no allegó ningún elemento que apuntara a verificar el conocimiento y la voluntad con que actuó el acusado y la mayoría acude a elaborar argumentos que solo dan vueltas a lo mismo: como no pagó, eso demuestra el tipo subjetivo.

Villavicencio, 5 de marzo de 2024.


JORGE VELÁSQUEZ NIÑO
Magistrado