

Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Señores

Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

E. S. D.

Referencia: Acción de tutela formulada por **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** en contra del **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala de Decisión Penal** – Sentencia (122.17) del dos (02) de junio del dos mil veinte (2020)

MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, identificado como aparece al finalizar este escrito, actuando en nombre propio, respetuosamente interpongo **acción de tutela** en contra de la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Penal del **DOS (02) DE JUNIO DE DOS MIL VEINTE (2020)**, con el propósito de que se me proteja mi *derecho fundamental del debido proceso* (artículo 29 de la Constitución Política), conculcado.

Para tal fin, seguiré con la siguiente estructura: Primero, mencionaré los hechos en los que fundamento esta demanda de tutela. Segundo, indicaré la procedencia de la tutela frente a las sentencias judiciales. Tercero, indicaré la competencia que tiene el juez para conocer la acción de tutela. Cuarto, mencionaré el soporte jurídico por el cual considero que se me vulneró el derecho fundamental del debido proceso. Quinto, presentaré los errores que considero que existieron en la sentencia de primera instancia. Sexto, expondré los errores que se cometieron en la sentencia de segunda instancia. Finalmente, me referiré sobre las pruebas que me permito incorporar, efectuando el juramento de rigor y suministrando las direcciones de notificaciones respectivas.

I. Hechos relevantes

1. El **QUINCE (15) DE MARZO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016)**, ante el Juzgado 18 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación realizó audiencia de formulación de imputación en contra **MAURICIO GUTIÉRREZ**

VALDERRAMA por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador – artículo 402 del Código Penal, cargo que no fue aceptado.

2. El **PRIMERO (01) DE JULIO DE DOS MIL DIECISÉIS (2016)** se radicó el escrito de acusación, el cual le correspondió al Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, donde se incurrió en los siguientes errores:

I. *Manifiesta que en la denuncia presentada el 19 de diciembre de 2014 se dio a conocer que el señor Mauricio Gutiérrez Valderrama, identificado con la C.C 79.147.250, en su condición de Gerente y Representante Legal de la sociedad Arte Público Exterior S.A “no consignó en las fechas establecidas previamente por el Gobierno Nacional, los dineros recaudados por Impuesto sobre las ventas y retenidos por retención en la fuente”.* (subrayado fuera del texto).

Esta afirmación no es cierta, pues en la denuncia, en ningún momento se manifestó que las sumas no consignadas por el acusado hayan sido efectivamente RETENIDAS o RECAUDADAS por el contribuyente. En la denuncia se afirmó que “*las obligaciones que se denuncian se originan en Declaraciones Privadas presentadas sin el pago total*”. Siendo así, lo puesto en conocimiento a la Fiscalía fue que se presentaron declaraciones del impuesto sobre las ventas y de retención en la fuente que no fueron pagadas. En ningún momento se manifestó al ente acusador que las cifras no consignadas hayan sido efectivamente dineros recaudados por el Impuesto sobre las ventas o retenidos por retención en la fuente. Esta diferencia entre los hechos mencionados resulta ser un aspecto muy importante para corregir, pues efectivamente se declararon los impuestos, pero no se recaudaron o retuvieron los dineros correspondientes al impuesto sobre la venta y la retención en la fuente. Al no realizar el recaudo o la retención, no se incurrió en el delito imputado ya que la conducta no se ajusta al tipo penal.

II. *Que la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos, “mediante oficios persuasivos enviados al contribuyente Fidelissa Marketing LTDA, en calidad de agente recaudador y recaudador, para que efectuara el pago, solicitara compensación o facilidad de pago de las sumas recaudadas,*

retenidas, declaradas y no consignadas, por los conceptos antes mencionados, sin que tal requerimiento fuera atendido”. (subrayado fuera del texto).

Frente a este hecho, se hace evidente que la Fiscalía no tiene claro en su acusación quien es el contribuyente que incurrió en el delito. Sin perjuicio de lo anterior, lo que se debe tener en cuenta, es que la Fiscalía no hizo ninguna descripción de los supuestos facticos delictivos realizados por el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ**, por ello, al no existir una conducta clara que se enmarque dentro del tipo penal, no se puede imputar el delito a la persona.

III. *Que el acusado incurrió el delito previsto en el artículo 402 del Código Penal debido a que “el contribuyente no dio respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias”.*

Esta es la única manifestación del escrito de acusación en la que la Fiscalía hace una descripción de alguna conducta realizada por el acusado, la cual consiste en no dar respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias. Al ser la única conducta descrita por la Fiscalía en su acusación, hay que tener en cuenta que la misma no se ajusta a la tipificada en el artículo 402 del Código Penal y, por tanto, no hay ninguna descripción en la acusación de hecho alguno que sea constitutivo de delito. Como la Fiscalía no describe ningún hecho realizado por el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** que se encuentre tipificado y si se tiene en cuenta el artículo 448 de la Ley 906, no es procedente proferir sentencia condenatoria alguna.

3. El **SIETE (07) DE JULIO** y **VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017)**, se realizó el debate probatorio en el juicio oral. En esta parte probatoria, no se presentaron ningún tipo de pruebas que pudieran demostrar el pleno conocimiento de la responsabilidad penal del contribuyente. No hubo prueba alguna de que la sociedad hubiera efectivamente practicado la RETENCIÓN o los RECAUDOS. A pesar de no haber probado los hechos y tener la certeza de la comisión del delito, se emitió el sentido de fallo de naturaleza condenatoria.

4. En el debate probatorio, la fiscalía presentó un único testigo el cual preciso en el juicio oral lo siguiente:

“La razón por la que hay diferencias en algunos casos del valor declarado inicialmente y el valor objeto de denuncia es que en el lapso transcurrido entre la declaración y el momento de la denuncia pudo haber habido pagos parciales abonos que no son causal para no formular la denuncia pero si son explicativos para diferenciar lo inicial...”

Frente a esta declaración y teniendo en cuenta la parte de los considerandos de la sentencia en primera instancia, se evidencia que el juez no hizo un debido análisis probatorio. Pues a su criterio, cuando se genera la duda sobre la inconsistencia de alguno de los valores declarados con los valores objeto de denuncia, resuelve la duda y la inconsistencia con el hecho de que la testigo manifestara que *“pudo haber habido pagos parciales”*. Concluyendo que *“es claro que los motivos por los cuales existen diferencias entre los valores denunciados y los que se avizoran en las declaraciones no es otro que durante el transcurrir del tiempo entre las declaraciones y el momento en el que se originó la denuncia algunos de estos saldos fueron parcialmente cancelados.”* Sin tener en cuenta que cuando la testigo usa la palabra *“pudo”* es porque no hay certeza de lo que está diciendo y se entiende como que *“quizás”* realizó los pagos. Esta afirmación, no puede hacerse sin tener la certeza y los medios probatorios para sustentarla.

Este hecho y análisis, resulta importante mencionarlo, no por su carácter probatorio, sino para demostrar la indebida valoración probatoria que hizo el juez de primera instancia. Pues si para dicho juez es suficiente con que un testigo le diga que quizás ocurrió algo para concluir que así fue, no es de extrañar que concluya que las sumas no consignadas por el acusado fueron efectivamente retenidas o recaudadas porque quizás así fue.

5. El **VEINTITRÉS (23) DE NOVIEMBRE DEL DOS MIL DIECISIETE (2017)** se interpuso recurso de apelación frente a la sentencia condenatoria del **(27) DE**

SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECISIETE (2017), pues el juez emitió una sentencia condenatoria sin haber tenido el material probatorio necesario para poder tener certeza de la comisión del delito del artículo 402 del Código Penal. El material probatorio presentado no prueba que efectivamente existió el recaudo o retención de los impuestos sobre la venta y la retención de la fuente; no probando que la conducta se ajustará al tipo penal y por esta razón no podía condenar al acusado.

6. El **TREINTA (30) DE JULIO DEL DOS MIL VEINTE (2020)**, el Tribunal Superior de Bogotá, sala de decisión penal, resuelve el recurso de apelación. En su análisis no resolvió los puntos críticos expuestos, a pesar de la clara vulneración al debido proceso, la cual fue probada, y los errores que fueron descritos y sustentados. El juez de segunda instancia fallo en el mismo sentido de primera instancia, sin haber realizado un análisis minucioso de lo descrito en el recurso de apelación presentado.

II. Procedencia de la Tutela contra Sentencias Judiciales

La jurisprudencia ha mencionado que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, cuando hay una vulneración evidente y eminente a un derecho fundamental de una persona, como se presenta con el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, por la gran violación del debido proceso que existió en su proceso. Así mismo, plantea una *nueva dimensión que abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico.*¹ Los requisitos de carácter general son aquellos que constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo. Por otro lado, los requisitos específicos aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela. Esos fueron denominados *“causales especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”.*²

¹ Sentencia SU 116/18. MP.

² Sentencia SU 116/18. MP.

Dicho lo anterior y teniendo en cuenta los requisitos generales, procede la acción tutela pues ostenta una *relevancia constitucional*, ya que existe una clara violación al debido proceso del señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, al emitir una sentencia condenatoria sin haber tenido el sustento probatorio para poder tener certeza de la comisión de la conducta punible. Además de la vulneración al derecho fundamental del debido proceso, al no respetar la presunción de inocencia del acusado pues *para ser desvirtuada se requiere la convicción o certeza, más allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado*³. El juez de primera instancia falla en contra del acusado, a pesar de que la fiscalía no logró establecer los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado, pues durante el proceso se generaron dudas razonables sobre los hechos relacionados con el RECAUDO y RETENCIÓN de los impuestos sobre la venta y la retención de la fuente, que no fueron resueltas. El artículo 7 de la Ley 906 del 2004 en el último párrafo establece que *“para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.”*, a partir de este artículo, podemos evidenciar una clara vulneración al mismo, pues a pesar de no tener un convencimiento de la responsabilidad del acusado y tener dudas de la conducta, se falla de manera desfavorable al acusado ignorando la ley penal y adicionalmente la Constitución Política (artículo 29).

En segundo lugar, se evidencia *una irregularidad procesal* que vulnera el derecho fundamental del debido proceso, establecido en el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional, al ignorar el principio de congruencia y la presunción de inocencia. El principio de congruencia hace parte de las garantías del debido proceso que cobijan al procesado, consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*. Principio que fue vulnerado al ser declarado culpable en el fallo de primera instancia del juez, sin que en el escrito acusación existiera el hecho sobre el RECAUDO y la RETENCIÓN del Impuesto sobre la Venta y la retención

³ Sentencia C-003/17. MP. AQUILES ARRIETA GÓMEZ

en la fuente. Dentro del escrito de acusación se establece que “*las obligaciones que se denuncian se originan en Declaraciones Privadas presentadas sin el pago total*”, conducta que no se encuentra tipificada dentro del tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador, pues el declarar y no pagar no hacen parte de la conducta típica. La conducta típica es no consignar las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente o el impuesto sobre la venta.

Frente a la presunción de inocencia que está consagrada en el artículo 7 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 29 de la Constitución Política, se afecta pues a pesar de no tener la certeza de la comisión de la conducta punible, se le atribuye responsabilidad penal al acusado sin tener el fundamento probatorio necesario para sustentar el tipo penal, afectando la presunción de inocencia a la cual tiene derecho el acusado.

En tercer lugar, se cumple con los requisitos de **inmediatez y de agotamiento de otros medios de defensa judicial**, pues la acción de tutela se interpone en un tiempo razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración y se agotaron los medios ordinarios de defensa, ya que se apeló la sentencia en primera instancia, más el fallo de segunda instancia incurrió en la misma vulneración del debido proceso y no subsanó la violación y el daño causado.

Por último, procede la acción de tutela pues la sentencia demandada **no se trata de un fallo de tutela previo**. La decisión judicial a la cual se hace referencia es el fallo condenatorio de segunda instancia del (02) de junio del dos mil veinte (2020) donde se confirma la condena impuesta al señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** por el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador (artículo 402 del Código Penal), sin tener el material probatorio pertinente para demostrar la conducta punible.

La acción de tutela procede, pues también se cumplen los requisitos específicos, pues las afectaciones causadas por la decisión judicial fueron; primero, un **defecto procedimental absoluto**, que se originó cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido en el artículo 448 de la Ley 906 y vulneró la presunción de inocencia, al

cambiar la carga probatoria. Segundo, *una decisión sin motivación*, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional, pues en el fundamento de la acusación, la Fiscalía no describe ningún hecho realizado por el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** que se encuentre tipificado, de acuerdo con el artículo 448 de la Ley 906, no es procedente proferir sentencia condenatoria alguna. Por último, existe una *violación directa de la Constitución*, al vulnerar el principio de congruencia en el derecho del debido proceso del procesado.

III. Competencia del Juez para conocer la Acción de Tutela

La Corte Suprema de Justicia tiene la competencia para conocer de esta acción de tutela pues según el Decreto 1983 del 2017, en el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1, “*las acciones de tutela dirigidas contra los Jueces o Tribunales serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, al respectivo superior funcional de la autoridad jurisdiccional accionada.*”.

La presente acción de tutela va dirigida contra la decisión judicial injustificada de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual se confirmó la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, en la cual existió una clara vulneración al derecho fundamental del debido proceso y la presunción de inocencia, aspectos que fueron presentados en el recurso de apelación, pero la segunda instancia omitió las vulneraciones probadas y los errores del fallo de primera instancia.

Siendo así, el superior funcional de la autoridad accionada es la Corte Suprema de Justicia, pues la decisión judicial en contra de la cual va dirigida esta acción, es la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal. La Corte Suprema de Justicia es la máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria, que está conformada por Tribunales Superiores de Distrito Judicial, juzgados civiles, laborales, penales, penales para

adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley. Este órgano se encarga de dar solución a los conflictos o problemas en asuntos penales, laborales y civiles que tengan los ciudadanos.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia para dirimir el conflicto presentado en materia penal, frente a la afectación al derecho fundamental mencionado del procesado y para resolver la vulneración del mismo.

Por último, según el artículo 2.2.3.1.2.5 del Decreto previamente enunciado, *“las reglas contenidas en el presente capítulo sólo se aplicaran a las solicitudes de tutela que se presenten con posterioridad al 30 de noviembre de 2017. Las solicitudes de tutela presentadas con anterioridad a esta fecha serán resueltas por el juez a quien hubieren sido repartidas, así como la impugnación de sus fallos.”*. Así las cosas, la competencia del órgano para conocer de la acción de tutela presentada, están regulada por el Decreto 1983 de 2017 y por ello en este caso la Corte Suprema de Justicia es quien debe tutelar la vulneración al derecho fundamental expuesto en esta acción.

IV. Vulneración al Debido Proceso

Para poder desarrollar y probar la vulneración al debido proceso causado por el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó el fallo condenatorio proferido por el juez del juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento, se seguirá con la siguiente estructura: primero se definirá el derecho al debido proceso y se demostrará cómo se ve afectado este derecho por las decisiones judiciales de primera y segunda instancia. Segundo, se definirá la presunción de inocencia y se determinará cómo se afectó este derecho y la relación que guarda el mismo con el material probatorio presentado y analizado por los jueces. Tercero, se expondrá cuando opera la vinculación de la jurisprudencia y por qué no es aplicable a este caso. Por último, se expondrán las garantías procesales que deben existir en el proceso penal y por qué no se garantizaron estas en el proceso contra **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**.

En primer lugar, el debido proceso que está consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política establece que *se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...) En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable.*

Teniendo como fundamento el mencionado artículo y la premisa sobre la aplicación a toda persona del debido proceso en cualquier tipo de actuaciones, éste no fue aplicado al presente caso pues no se tuvo en cuenta para la decisión del fallo, el principio de congruencia, consagrada en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004 y tampoco la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, establecida en el artículo 7 de la Ley 906 del 2004.

En primer lugar, el principio de congruencia hace parte de las garantías del debido proceso que cobijan al procesado, el cual establece que *“el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”*. Este principio ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo el Radicado 20134 del 2014, de la siguiente manera:

“La concordancia entre la sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o variación de la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del Estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar los mecanismo de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí”.

De acuerdo con el principio mencionado, para poder condenar al acusado es necesario que los hechos por los cuales se le condena consten en la acusación. Al mirar con detenimiento

la acusación formulada por la Fiscalía, se evidencia que no se manifiesta que el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** hubiera incurrido en la conducta descrita en el artículo 402 del Código Penal. A pesar de que en el escrito de acusación la Fiscalía califica la conducta del señor **MAURICIO GUTIÉRREZ** dentro del delito de omisión de agente retenedor, no se hace ninguna descripción de una conducta por él realizada que se encuadre dentro de este tipo.

En el escrito de acusación, la Fiscalía hace las siguientes tres cosas, en las cuales en ninguna de ellas describe ninguna conducta típica realizada por el señor Mauricio Gutiérrez.

1. *“Manifiesta que en la denuncia presentada el 19 de diciembre de 2014 se dio a conocer que el señor Mauricio Gutiérrez Valderrama, identificado con la C.C 79.147.250, en su condición de Gerente y Representante Legal de la sociedad Arte Público Exterior S.A “no consignó en las fechas establecidas previamente por el Gobierno Nacional, los dineros recaudados por Impuesto sobre las ventas y retenidos por retención en la fuente”.*

Esta manifestación es falsa ya que, como se puede ver de la denuncia, en ningún momento se manifiesta que las sumas no consignadas por el acusado hayan sido efectivamente retenidas o recaudadas por el contribuyente. En la denuncia se manifiesta que “las obligaciones que se denuncian se originan en Declaraciones Privadas presentadas sin el pago total”. De esto se desprende que lo que se puso en conocimiento de la Fiscalía es que se presentaron declaraciones del impuesto sobre las ventas y de retención en la fuente que no se pagaron, pero en ningún momento se le manifestó al ente acusador que las cifras no consignadas hayan sido efectivamente dineros recaudados por el Impuesto sobre las ventas o retenidos por retención en la fuente.

2. *“Que la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos, “mediante oficios persuasivos enviados al contribuyente Fidelissa Marketing LTDA, en calidad de agente recaudador y recaudador, para que efectuara el pago, solicitara compensación*

o facilidad de pago de las sumas recaudadas, retenidas, declaradas y no consignadas, por los conceptos antes mencionados, sin que tal requerimiento fuera atendido”.

Con respecto a este hecho, la Fiscalía no tiene claro en su acusación quien es el contribuyente que incurrió en el delito. Si bien es cierto que la misma, junto con el juez de primera instancia, alegan que esta situación fue subsanada en la audiencia de formulación de acusación, no es menos cierto que la acusación es una pieza escrita y que, por tanto, sus correcciones deben ser escritas y no verbales como pretende la Fiscalía. Sin perjuicio de lo anterior, lo importante es que acá la Fiscalía tampoco hizo ninguna descripción de los supuestos hechos delictivos realizados por el señor Mauricio Gutiérrez.

3. Que el acusado incurrió el delito previsto en el artículo 402 del Código Penal debido a que *“el contribuyente no dio respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias”.*

Esta es la única parte del escrito de acusación en la que la Fiscalía hace una descripción de alguna conducta realizada por el acusado, la cual consiste en no dar respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias. Siendo que esta es la única conducta descrita por la Fiscalía en su acusación, hay que tener en cuenta que la misma no se ajusta a la tipificada en el artículo 402 del Código Penal y, por tanto, no hay ninguna descripción en la acusación de hecho alguno que sea constitutivo de delito.

Teniendo en cuenta que el escrito de acusación, en el fundamento la Fiscalía no describe ningún hecho realizado por el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA que se encuentre tipificado, de acuerdo con el artículo 448 de la Ley 906, no es procedente proferir sentencia condenatoria alguna. Por esta razón, la sentencia apelada, al condenar al acusado, vulnera el principio de congruencia y, por tal motivo, la decisión adoptada es ilegal.

En segundo lugar, la presunción de inocencia, contemplada en el artículo 7 de la Ley 906 del 2004, se establece que *toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal (...)* En consecuencia, *corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria. Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.* Siendo así, la carga de la prueba le correspondía a la fiscalía y era función de ésta probar la responsabilidad penal del acusado frente a los hechos presentados. En ningún caso se podía invertir la carga probatoria pues no está a cargo del procesado probar la no responsabilidad penal.

El juez de primera instancia no se sometió a la ley pues le impuso la carga probatoria a la defensa cuando era obligación del ente acusador, la fiscalía, probar los hechos que planteaba en el escrito de acusación para que así superar cualquier duda de la culpabilidad del procesado, situación que no paso en el proceso. Pues a pesar de existir dudas frente a la comisión de la conducta punible, el juez falló en contra del acusado y, además, invirtió la carga de la prueba, vulnerando lo establecido en la norma procesal.

Por otro lado, la presunción de inocencia es una garantía fundamental dentro del debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la constitución Política el cual establece que *“toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*. Este principio y derecho fundamental también se encuentra consagrado en tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución. De este modo la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el Artículo 11, que *“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Esta garantía fue vulnerada por los jueces en sus fallos, pues a lo largo del proceso nunca se probó la culpabilidad y no se otorgaron las garantías necesarias en la defensa pues a

pesar de demostrar que las pruebas no eran el medio idóneo para probar la conducta punible el juez falló en contra del procesado. El material probatorio aportado no fue el idóneo para probar la conducta y, además, la interpretación y el análisis no fue el adecuado pues no se probó que efectivamente se hubiera practicado recaudos o retenciones. Además, existió una indebida interpretación frente al testimonio presentado por el testigo aportado por la fiscalía, ya que se asumió como cierta y verdadera una manifestación cuando no se tenía la certeza de la misma, incluso el mismo testigo afirmó que quizás pudo existir un pago parcial o no, sin embargo, el juez al analizar este testimonio aseguro que existieron estos pagos a pesar de que el testigo no estaba seguro de dicho hecho. Esto nos permite evidenciar que si para el juez es suficiente con que un testigo le diga que quizás ocurrió algo para concluir que así fue, no es de extrañar que concluya que las sumas no consignadas por el acusado fueron efectivamente retenidas o recaudadas porque quizás así fue.

La jurisprudencia constitucional también ha señalado que la presunción de inocencia está constituida por tres garantías básicas como son: *(i) nadie puede ser considerado culpable hasta que haya sido demostrada su responsabilidad en un proceso respetuoso de las garantías constitucionales; (ii) la carga de la prueba sobre la responsabilidad recae en la acusación; y (iii) las personas sometidas a procedimiento deben ser tratadas de conformidad con los contenidos de este principio.* (Sentencia C-121 de 2012).

Tanto la ley como la jurisprudencia establecen que es obligación del juez otorgarle al procesado el cumplimiento de todas las garantías y de sus derechos. Adicionalmente, establecen que el ente acusador o quien presente la acusación tiene la obligación de probar lo la responsabilidad penal del acusado y la carga probatoria no se invertirá en ninguna circunstancia, como lo afirma la ley procesal penal. Por ello, el juez que está sometido a la ley, no podía invertir la carga de la prueba y debía garantizar el cumplimiento del derecho fundamental del debido proceso, la presunción de inocencia y las garantías mínimas que deben existir en los procesos. Garantías y derechos que no fueron protegidos por el juez de primera instancia al emitir un fallo condenatorio cuando no se superó la duda razonable frente a la comisión de la conducta y por el tribunal en segunda instancia al confirmar el fallo a pesar de las violaciones.

En tercer lugar, el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces están sometidos bajo el imperio de la ley y la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la interpretación judicial. La Corte Constitucional afirma que la “ley” a la que se refiere el artículo 230 de la Constitución comprende únicamente el conjunto de normas (a) expedidas por autoridades a las que previamente les ha sido asignada una competencia para ello y (b) siguiendo un procedimiento preexistente y dirigido inequívocamente a su adopción⁴. Es por ello, que el juez debía cumplir tanto con la norma constitucional sobre el debido proceso, la norma procesal sobre la presunción de inocencia y la ley 906 del 2004 sobre el principio de congruencia.

Según el artículo 4 de la Constitución Política, la constitución es norma de normas y por ello va por encima de la jurisprudencia o de los precedentes judiciales. Entonces el juez en su decisión debía cumplir con el debido proceso, el cual afirma que se debe juzgar al procesado bajo las normas preexistentes al acto y por ello en este caso se debía aplicar el principio de congruencia y la presunción de inocencia. Además, para poder condenar al acusado es necesario superar cualquier duda que se pueda presentar frente a la comisión de la conducta punible, premisa que no se cumplió en el proceso, pues a pesar de las dudas que no fueron resueltas el juez emitió un fallo condenatorio.

Dicho lo anterior la jurisprudencia es un *criterio abstracto para la aplicación del derecho* y para llenar vacíos normativos, no una norma jurídica vinculante en forma directa para las partes de un proceso. Siendo así, el sentido de una específica jurisprudencia no modifica la esfera jurídica de las partes dentro de un proceso, pues puede afectar los derechos ya establecidos en la ley, por la decisión de un órgano jurisdiccional que aplicó.

Por otro lado, a pesar de que el precedente judicial se ha definido como *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las*

⁴ Sentencia C-284/15

autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”⁵. No aplica en todos los casos, pues el precedente es vinculante cuando se presentan los mismos hechos de la sentencia que se quiere aplicar y además se debe cumplir con la jerarquía de las fuentes de derecho establecida en la Constitución Política, esto quiere decir que siempre que exista una norma constitucional o una ley aplicable al caso estas prevalecen. Pues, la jurisprudencia es la interpretación de la norma o la que llena los vacíos normativos que puedan existir. Además, no se puede equiparar el presente caso con la sentencia citada por el juez de primera instancia. Esto en cuanto a que, en la sentencia del 25 de mayo de 2011 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se resolvía un caso por el delito de homicidio mientras que al señor Mauricio Gutiérrez se le acusa por el delito de omisión de agente retenedor.

Incluso existiendo la sentencia del 13 de mayo de 2009 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 31147, no se puede concluir que en el juicio del señor Mauricio Gutiérrez aplicaba el principio de carga dinámica de la prueba. Esto en cuanto a que no se puede equiparar al caso estudiado en dicha sentencia con el del señor Mauricio Gutiérrez porque en el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, el acusado, en el juicio oral, confesó “haber recibido algunos de los dineros provenientes del recaudo del impuesto a las ventas y haberles dado un tratamiento diferente”. En nuestro caso, el señor Mauricio Gutiérrez, quien ni siquiera declaró en el juicio oral, jamás confesó haber practicado ninguna retención ni haber realizado ningún recaudo. Por lo tanto, hay una gran diferencia entre lo que se probó en el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia y lo que se probó en este caso, motivo por el cual no se puede considerar dicha sentencia como un precedente, al ser muy distintos los supuestos facticos.

Vale la pena recordar, que el juez siempre debe mantener la superioridad de la constitución sobre cualquier decisión judicial y debe garantizar los derechos fundamentales establecidos en ella. Siendo así, la carga de la prueba no podía ser invertida, pues existe una norma que establece la obligatoriedad de la carga probatoria sobre el ente acusador y además guarda relación directa con el derecho fundamental del debido proceso.

⁵ Sentencia SU354/17

Es por ello que no existe en este modelo de enjuiciamiento el principio de carga dinámica de la prueba. El artículo séptimo de la Ley 906 de 2004 establece, textualmente, que: “corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. *En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria*”. Por lo tanto, si el legislador manifestó que en ningún caso se puede invertir la carga probatoria, mal hace el juez en entender que “en este modelo de enjuiciamiento existe el principio de carga dinámica de la prueba”.

Finalmente, el juez de primera instancia entendió que la fuente para que en este procedimiento penal aplicará el principio de la carga dinámica de la prueba es la decisión del 25 de mayo de 2011 Rad. 33660 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Al hacer esto, el juez desatendió el artículo 230 de la Constitución Nacional, el cual establece que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Por último, dentro del proceso penal en Colombia, existen normas rectoras que deben ser garantizadas y protegidas siempre a lo largo del proceso. Los principios rectores están consagrados en el Código Penal en el título I y son: la dignidad humana, integración, principio de las sanciones penales, establecer la función de la pena y de la medida de seguridad, legalidad, igualdad, prohibición de doble incriminación y finalmente, la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la conducta.

A lo largo del proceso penal contra **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, se afectaron ciertas normas rectoras establecidas en la ley al emitir la sentencia condenatoria. Primero, se vulneró el principio rector de legalidad, consagrado en el artículo 6 del Código Penal, que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. El juez faltó a este principio, pues no tuvo en cuenta las normas relacionadas con la carga de la prueba para emitir el fallo y además ignoró que

la ley establece que cuando existe duda sobre la comisión de los hechos no se puede fallar en contra del procesado pues no existe certeza de la comisión del delito; a pesar de que existiera una duda sobre la conducta punible, el juez falló en contra del acusado.

Segundo, el juez faltó a la norma del artículo 9 del mencionado código, el cual afirma que para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. La tipicidad, hace referencia a que el delito se encuentre definido de manera inequívoca, expresa y clara, con las características básicas estructurales del tipo penal. La antijuricidad, hace referencia a una efectiva lesión del bien jurídico tutelado por la ley penal. Por último, la culpabilidad supone la irreprochabilidad del hecho. El juez faltó a esta norma pues si bien el delito se encuentra establecido en la ley, no se pudo probar la antijuricidad y culpabilidad del mismo pues la conducta realizada y descrita en el escrito de acusación no se adecua al tipo penal de omisión.

Por último, se vulnera el artículo 13 del Código Penal que establece la fuerza normativa de las normas rectoras establecidas en el presente código. El juez de primera instancia, en el fallo condenatorio que emitió contra **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** faltó a este artículo pues vulneró los principios rectores penales previamente mencionados, lo que genera una falta a la esencia y orientación del sistema penal.

Dicho lo anterior, se hace evidente la vulneración al debido proceso del acusado al no aplicar el principio de contravención, no cumplir con la presunción de inocencia imponiendo la carga probatoria al acusado cuando no le correspondía ni le era posible probar los hechos. Adicionalmente, se vulnera las normas rectoras del código y la aplicación de la constitución al desconocer el imperio de la ley y aplicar la jurisprudencia cuando no se ajusta al caso.

V. Los errores de las consideraciones de la sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia es de carácter condenatorio, a pesar de que la Fiscalía no logró probar la existencia de todos los elementos del delito para llegar a la

conclusión de que había responsabilidad penal, la sentencia incurrió en seis errores que señalamos a continuación:

I. Primer error

En el acápite de hechos⁶ se señala lo siguiente:

*“El 19 de diciembre de 2014, Gloria Amparo Ramírez Peñuela, en calidad de Jefe del Grupo Interno de la Unidad Penal de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá puso en conocimiento que el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** identificado con la cedula de ciudadanía 79.147.250 en calidad de Gerente y Representante Legal de la sociedad **ARTE PÚBLICO EXTERIOR S.A.**, no consignó en las fechas preestablecidas los dineros de recaudo de impuesto sobre las ventas y aquellos de retención en la fuente”. (Subrayado fuera del texto)*

Esta manifestación realizada por la sentencia de primera instancia es completamente falsa. Tan solo con leer la denuncia presentada por la funcionaria **GLORIA AMPARO PEÑUELA**, se hace evidente que lo que puso de presente no fue que no se hubieran consignado “los dineros de recaudo”. Lo que se puso de presente en la denuncia fue, textualmente, lo siguiente:

*“El La Los aquí denunciada(os) en calidad de Representante legal de la sociedad **ARTE PUBLICO EXTERIOR S.A.**, con NIT: 800.234.018-9, siendo la(s) persona(s) obligadas por concepto de Impuesto sobre las Ventas (IVA), tenía la obligación de consignar las sumas declaradas dentro de los plazos fijados por el Gobierno Nacional para ello tal como se describe a continuación”.*

De lo anterior se desprenden dos cosas. 1. La denunciante nunca hizo referencia alguna a dineros “RECAUDADOS”; 2. La denunciante nunca describió ninguna conducta realizada por el acusado. Esta realidad es fácilmente constatable con tan sólo leer la denuncia.

⁶ Folio 1 de la sentencia de primera instancia.

II. Segundo error

En el último párrafo del acápite de hechos, la sentencia de primera instancia consagra lo siguiente:

“El contribuyente no dio respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias penalizables por tanto el acusado incurrió en el delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR”⁷.

En este apartado de los hechos, el juez incurrió en el mismo error que la Fiscalía en el escrito de acusación, pues no dar respuesta a los oficios enviados por la DIAN no es delito. El delito es practicar retenciones o realizar recaudos del impuesto sobre las ventas y no consignar las sumas retenidas o recaudadas al gobierno nacional, como lo establece el artículo 402 de la Ley 906 del 2004 el cual afirma que el *“agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente”* incurrirá en el delito de omisión del agente retenedor o recaudador. Lo cual, como ya se dijo, no se probó en el proceso y al no ser probado no puede declararse como cierto.

III. Tercer error

En el folio quinto de la sentencia de primera instancia, el juez transcribió el tipo penal de omisión de agente retenedor, tal y como se encuentra redactado hoy en día con la reforma hecha por la Ley 1819 de 2016. Esta situación no tiene en cuenta que las declaraciones por las cuales se judicializó al acusado fueron presentadas con anterioridad a la expedición de dicha Ley. Este hecho deja ver que el juez de primera instancia fue poco riguroso en el análisis realizado para proferir una sentencia condenatoria. Pues se debe aplicar la ley vigente en el momento en que ocurrieron los hechos, que fue el año **DOS MIL CINCO (2005)** y **DOS MIL SIETE (2007)**. Siendo así, la ley vigente en el momento de la comisión de los hechos es la Ley 906 del 2004.

⁷ Folio 2 de la sentencia apelada.

IV. Cuarto error

En los folios 7 y 8 de la sentencia, el Juez de primera instancia hace la valoración de las pruebas presentadas en juicio. En el folio 7, la sentencia apelada manifiesta lo siguiente:

*“La Fiscalía aportó el testimonio de **GLORIA AMPARO RAMÍREZ PEÑUELA**, funcionaria de la DIAN quien formuló la denuncia en contra de **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, por la conducta punible de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR**, ello por cuando el mencionado ciudadano había presentado declaraciones sobre las ventas y retenciones en la fuente de la Sociedad Arte Público Exterior S.A, de la cual fungió como Representante Legal, sin embargo, transcurrido el tiempo y pese a ser requerido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no efectuó los pagos por los conceptos correspondientes a ventas del año 2005 periodos 3, 4, 5, y 6 retención en la fuente del año 2005 periodos 9, 11 y 12, impuesto sobre las ventas del año 2006 periodos 3, 4 y 6, retención en la fuente del año 2006 periodo 7, ventas del año 2007 periodos 5 y 6, ventas del año 2008 periodos 2 y 3, sobre el particular se tiene que en juicio oral la testigo reconoció una a una las declaraciones firmadas y presentadas por el acusado”*. (Subrayado fuera del texto)

De la mencionada declaración, se deduce que el juez de primera instancia entendió que la conducta de omisión de agente retenedor consiste en presentar declaraciones del impuesto sobre las ventas y retenciones en la fuente, y no en efectuar los pagos correspondientes por dichos conceptos. Sin embargo, es necesario aclarar que en esto no consiste la conducta punible por el delito de omisión de agente retenedor. Esta conducta consiste en practicar retenciones en la fuente o efectuar recaudos del impuesto sobre las ventas, y posteriormente no consignarlos al gobierno nacional. Esta última conducta no es descrita por el juez de primera instancia, ni probada por la fiscalía.

Posteriormente a esto, el juez de primera instancia manifiesta lo siguiente⁸:

⁸ Folios 7 y 8 de la sentencia apelada.

*“En este punto vale la pena aclarar que se aportó certificado de existencia y representación legal de la sociedad con NIT 800234018-9 documento en el que se corrobora que el señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** ostenta la calidad de Gerente y Representante Legal de la compañía Arte Público Exterior S.A., desde el año 1996, luego entonces es palpable que a la fecha de los periodos declarados del impuesto sobre las ventas y retenciones en la fuente tenía bajo su responsabilidad la representación legal de la sociedad”.*

Frente a lo anterior vale la pena exponer dos cosas. Primero, en ningún momento del juicio se puso en duda que el acusado ostentara la condición de representante legal de la sociedad. Segundo, no basta con acreditar la condición de representante legal para que se pueda imputar responsabilidad penal.

Luego, el juez de primera instancia señaló lo siguiente:

“Ahora bien, los anteriores valores referenciados se debe hacer énfasis en que corresponden a los valores que obran en las declaraciones firmadas, tramitadas y presentadas por el enjuiciado, que en algunos casos no se corresponden con los valores objeto de denuncia, sin embargo, tal situación fue aclarada en juicio oral por parte de la mencionada testigo quien sobre el particular precisó:

“La razón por la que hay diferencias en algunos casos del valor declarado inicialmente y el valor objeto de denuncia es que en el lapso transcurrido entre la declaración y el momento de la denuncia pudo haber habido pagos parciales abonos que no son causal para no formular la denuncia pero si son explicativos para diferenciar lo inicial...”

Teniendo en cuenta lo mencionado, es claro que los motivos por los cuales existen diferencias entre los valores denunciados y los que se avizoran en las declaraciones no

es otro que durante el transcurrir del tiempo entre las declaraciones y el momento en el que se originó la denuncia algunos de estos saldos fueron parcialmente cancelados”.⁹

Esta parte de los considerandos de la sentencia, deja ver la carencia en el análisis probatorio hecho por el juez de primera instancia. Pues al juez le genera la duda de por qué no corresponden algunos valores declarados con los valores objeto de denuncia y considera completamente resuelta esta inconsistencia con el hecho de que la testigo manifestara que “pudo haber habido pagos parciales”. Cuando la testigo usa la palabra “pudo” se entiende que es un sinónimo de “quizás”. Entonces, para el juez de primera instancia, si el testigo le dice que quizás hubo pagos parciales es suficiente para que el concluya que “es claro que los motivos por los cuales existen diferencias entre los valores denunciados y los que se avizoran en las declaraciones no es otro que durante el transcurrir del tiempo entre las declaraciones y el momento en el que se originó la denuncia algunos de estos saldos fueron parcialmente cancelados.”

Si bien es cierto que lo puesto de presente en el párrafo anterior es irrelevante para probar o desvirtuar la comisión del delito de omisión de agente retenedor, es importante mencionarlo para demostrar la indebida valoración probatoria que hizo el juez de primera instancia. Si para dicho juez es suficiente con que un testigo le diga que quizás ocurrió algo para concluir que así fue, no es de extrañar que concluya que las sumas no consignadas por el acusado fueron efectivamente retenidas o recaudadas porque quizás así fue.

V. Quinto error

En el folio noveno de la sentencia apelada, el juez de primera instancia manifiesta lo siguiente:

“En este punto, es importante recordarle al señor defensor quien en sus alegatos postuló la duda de los valores recaudados que en este modelo de enjuiciamiento existe el principio de carga dinámica de la prueba, con base

⁹ Folio 8 de la sentencia apelada.

en el cual no basta con esbozar eventuales circunstancias sin allegar algún fundamento que las acredite, sino que recae la obligación de la parte interesada de su demostración, al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en decisión de 25 de mayo 2011. 33660, indicó:”

Con respecto a la anterior afirmación, vale la pena manifestar lo siguiente.

En primer lugar, ninguna de las pruebas practicadas en juicio fue suficiente para probar que se existieran todos los elementos del tipo penal de omisión de agente retenedor. Esto es, que ninguna de las pruebas demostraba que los dineros dejados de consignar por el acusado, fueran sumas efectivamente retenidas o recaudadas.

En segundo lugar, no es cierto que en este modelo de enjuiciamiento exista el principio de carga dinámica de la prueba. El artículo séptimo de la Ley 906 de 2004 establece, textualmente, lo siguiente: *“corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”*. Por lo tanto, si el legislador manifestó que en ningún caso se puede invertir la carga probatoria, mal hace el juez en entender que *“en este modelo de enjuiciamiento existe el principio de carga dinámica de la prueba”* y más aún cuando el acusado no puede probar los hechos presentados, así que le corresponde al ente acusador.

En tercer lugar, el juez de primera instancia entiende que la fuente para que en este procedimiento penal aplique el principio de la carga dinámica de la prueba es la decisión del 25 de mayo de 2011 Rad. 33660 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Al hacer esto, el juez desatendió el artículo 230 de la Constitución Nacional, el cual establece que *“los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*.

Además, no se puede equiparar al caso estudiado en la sentencia citada por el juez de primera instancia con el caso del señor Mauricio Gutiérrez. Esto en cuanto a que, en la sentencia del 25 de mayo de 2011 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se resolvía un caso por el delito de homicidio mientras que al señor Mauricio Gutiérrez se le acusa por el delito de omisión de agente retenedor.

Llama la atención que, en la audiencia de juicio oral, cuando el juez de primera instancia dio el sentido del fallo, haya hecho referencia a la sentencia proferida el 13 de mayo de 2009 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 31147, la cual, si estudiaba un caso de omisión de agente retenedor, y que en la sentencia hubiera pretendido usar como precedente una sentencia de homicidio que nada tenía que ver con el caso bajo estudio. Consideramos que este hecho muestra, nuevamente, la falta de rigurosidad en el fallo apelado.

Es importante manifestar que, incluso existiendo la sentencia del 13 de mayo de 2009 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 31147, no se puede concluir que en el juicio del señor Mauricio Gutiérrez aplicaba el principio de carga dinámica de la prueba. Esto en cuanto a que no se puede equiparar al caso estudiado en dicha sentencia con el del señor Mauricio Gutiérrez porque en el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, el acusado, en el juicio oral, confesó “haber recibido algunos de los dineros provenientes del recaudo del impuesto a las ventas y haberles dado un tratamiento diferente”. En nuestro caso, el señor Mauricio Gutiérrez, quien ni siquiera declaró en el juicio oral, jamás confesó haber practicado ninguna retención ni haber realizado ningún recaudo. Por lo tanto, hay una gran diferencia entre lo que se probó en el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia y lo que se probó en este caso, motivo por el cual no se puede considerar dicha sentencia como un precedente, al ser muy distintas los supuestos facticos.

VI. Sexto error

El juez de primera instancia, en los folios 10 y 11 de la sentencia de primera instancia, manifestó que “el acusado contó con las oportunidades procesales correspondientes para aclarar y modificar las declaraciones presentadas, lo cual tampoco realizó, sin que pueda en este punto venir a cuestionar los valores y conceptos de las mismas, por cuanto tal y como mencionó la testigo ya han cobrado firmeza y gozan de presunción de veracidad”. Además, el juez cita unas sentencias del Consejo de Estado que manifiestan que las declaraciones tributarias tienen una presunción de veracidad.

Con respecto a lo dicho por el Juez, es necesario aclarar que la defensa, en ningún momento, cuestionó los valores y conceptos de las declaraciones tributarias. Lo que se hizo fue manifestar que dichas declaraciones tributarias no tenían la facultad de probar que las sumas declaradas hubieran sido efectivamente retenidas o recaudadas. Esto en cuanto a que, como ya se mencionó con anterioridad en la sustentación del recurso de apelación, de acuerdo con los artículos 370 y 429 del Estatuto Tributario, las declaraciones de retención en la fuente y del impuesto sobre las ventas se tienen que presentar cuando se realiza el hecho generador del tributo, así no se hayan practicado las retenciones o realizado los recaudos.

Llama la atención, que el juez de primera instancia haya manifestado en el folio sexto de la sentencia que el delito de omisión de agente retenedor afirma que “*es un tipo penal de los denominados en blanco, por cuando su contenido debe ser entendido en el marco de las normas tributarias que rigen la materia*” y no haya mencionado ninguna sola norma de carácter tributario para sustentar la decisión de su fallo. Sin embargo, los artículos 370 y 429 del Estatuto Tributario, guardan relación con los hechos y el juez hubiera podido constatar que las declaraciones presentadas por el acusado no eran suficientes para demostrar que las sumas declaradas y no consignadas hubieran sido efectivamente retenidas o recaudadas.

VI. Los errores en las consideraciones de la sentencia de segunda instancia

I. Primer Error

En el folio 1, en la presentación inicial se plantean mal los hechos, pues establece textualmente lo siguiente:

“Corporación “(...) los hechos que tuvieron origen a la presente actuación tuvieron ocurrencia entre los años dos mil cinco (2005) y dos mil siete (2007), cuando presuntamente, Mauricio Gutiérrez Valderrama en calidad de representante legal de la sociedad Arte Publico Exterior S.A., omitió consignar de forma oportuna los valores recaudados por concepto de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente y tampoco lo hizo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha señalada por el Gobierno Nacional, a pesar de que se efectuaron los requerimientos por la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos – DIAN, a efecto, de que cumpliera dichas obligaciones.”

Este hecho se encuentra mal planteado, pues el tribunal afirma que se omitió pagar los valores recaudados, cuando en el escrito de acusación no se afirma que efectivamente existió el recaudo. Por ello, el tribunal cometió el error de formular mal el hecho y asegurar una conducta que no fue probada y en ningún momento se estableció en el escrito de acusación de la fiscalía. Al analizar lo dispuesto en el escrito de acusación de la fiscalía, se hace evidente que la entidad no manifestó que hayan sido efectivamente retenidas o recaudadas por el contribuyente los valores de la retención en la fuente y los impuestos sobre la venta, si no que fueron declaradas y no consignadas. Con esta afirmación dentro del escrito no se puede demostrar que la conducta fue realmente cometida y mucho menos asumirla como cierta. Además, en la denuncia no se manifiesta como relevante este hecho tal y como lo planea el tribunal, entonces existió una indebida formulación del mismo.

II. Segundo Error

El Tribunal en el folio 4 en el primer párrafo, se refiere al testimonio de **GLORIA AMPARO RAMÍREZ PEÑUELA**, donde manifiesta lo siguiente:

“Luego refirió, que la Fiscalía aportó el testimonio de Gloria Amparo Ramírez Peñuela, funcionaria de la DIAN, quien formuló la denuncia inicial en tanto el encartado presentó las declaraciones correspondientes a los impuestos sobre las ventas y retenciones en la fuente de la Sociedad Arte Publico, sin embargo, no efectuó los pagos pese a haber sido requerido.”

Frente a esta prueba a la que se refiere el Tribunal, los hechos mencionados por la testigo hacen referencia a las sumas declaradas y no a las sumas retenidas o autorretenidas. En ninguno de los hechos denunciados se manifiesta que las cifras dejadas de consignar al Gobierno Nacional hayan sido sumas efectivamente retenidas o recaudadas. De este hecho, no se presentó ninguna prueba que verdaderamente demostrará que se retuvieron o cobraron los valores mencionados en relación al IVA y a la retención en la fuente. Siendo así, no se puede afirmar que la conducta cometida se adecua al tipo penal, pues el hecho de declarar los valores correspondientes a los impuestos y no cancelarlos no constituye delito y mucho menos el delito imputado. Además, este medio probatorio no tiene la facultad de probar que el acusado haya retenido o recaudado ninguna de las sumas no consignadas.

III. Tercer Error

El Tribunal en el folio número 12, afirma que al ser la acusación un acto complejo puede ser corregida a lo largo del proceso.

Frente a este punto, el Tribunal, establece que conforme a la jurisprudencia, en tanto se encuentre clara la formulación como un acto complejo, al momento de la radicación del escrito y culmina con el desarrollo de la audiencia, misma en donde es posible realizar adecuaciones y/o aclaraciones. Sin embargo, si bien es cierto, como lo menciona el tribunal, que puede ser subsanado a lo largo del proceso, no quita que la acusación es un documento escrito y por ello, sus correcciones deben ser escritas y no verbales.

Este hecho es una clara muestra de que la Fiscalía no tiene claro en su acusación quien es el contribuyente que incurrió en el delito. Adicionalmente, la fiscalía no solo identificó mal al procesado, sino que tampoco fue clara en especificar los hechos constitutivos del delito.

IV. Cuarte Error

En el folio 13, el tribunal cita textualmente que en el escrito de acusación se consignó lo siguiente:

“(…) se dio a conocer que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, identificado con la c.c. 79.147.250, en su condición de Gerente y Representante Legal de la Sociedad ARTE PUBLICO EXTERIOR S.A., teniendo la obligación legal de hacerlo, no consignó en las fechas establecidas previamente por el Gobierno Nacional, los dineros recaudados por IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS y retenidos por RETENCIÓN EN LA FUENTE, que se detallan a continuación, obligaciones que se originan en declaraciones privadas de impuestos presentados por el mismo acusado en nombre de la mencionada sociedad.”

El tribunal teniendo como base la mencionada manifestación, afirma que la descripción fáctica se adecuó al tipo penal. Sin embargo, es claro que la DIAN presentó la denuncia contra **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** y la fiscalía se basó en la denuncia para presentar el escrito de acusación. En el mencionado escrito el ente acusador nunca afirmó que existió la comisión un delito, sino que estableció que la DIAN manifestó en la denuncia que se había cometido un delito. Siendo así, la fiscalía en su escrito no estableció que efectivamente existiera la comisión de un delito y mucho menos lo probó. Por último, en la denuncia presentada no se menciona que hubiera existido el recaudo o retención de los valores sino que se declararon y no se consignaron. Conducta que no se adecúa al tipo penal imputado.

Esta manifestación hecha por la testigo es completamente falsa porque las declaraciones de IVA no contienen ninguna manifestación del contribuyente de que haya recaudado suma de dinero alguna. Las declaraciones del impuesto sobre las ventas contienen una manifestación del contribuyente de un hecho generador que da lugar al nacimiento de una obligación tributaria, pero, en ningún caso, un reconocimiento de que se haya recaudado dinero alguno. Esto tan es así que las declaraciones de IVA se presentan a la administración de impuestos independientemente de que se le haya pagado suma alguna al agente recaudador. Por lo tanto,

estamos ante una testigo, que es la única persona que testificó en juicio, que faltó a la verdad y, por tanto, no se puede tomar como cierto el hecho mencionado.

V. Quinto Error

El folio 18, el tribunal afirma lo siguiente:

“La Doctora Gloria Amparo señaló que las diferencias de dinero entre las declaraciones iniciales y las cifras señaladas en la denuncia, derivan de pagos parciales o abonos, mismos que no son causales para no iniciar la denuncia.”

El desarrollo que le da el tribunal a esta cuestión es muy vago y no resuelve de fondo este punto que fue expuesto en el recurso de apelación, siendo un tema de gran importancia y no tema menor, al ser un eje central en la discusión a lo largo del proceso y del recurso. Pues el juez por medio de un acto doloso cambió lo que dijo la testigo. Generando una violación a los principios penales de legalidad, pues la testigo dijo que pudo haber habido un pago parcial y el juez asumió que existió ese pago. La juez afirmó que hubo pagos parciales cuando el testigo no dijo eso, si no que quizás pudo haber existido algún pago. Pasó por alto la defensa y asumió que fue verdad sin que la testigo lo afirmara.

VI. Sexto Error

En el penúltimo párrafo del folio 18, el tribunal mencionó lo siguiente:

“De forma concreta, los elementos probatorios dan certeza que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA actuó para los años 2005, 2006, 2007 y 2008 como gerente y representante legal de la sociedad Arte Publico Exterior S.A., de la cual, tenía calidad de agente retenedor y recaudador. Asimismo, que omitió consignar los dineros concernientes a la retención en la fuente e impuesto sobre las ventas en el término fijado por el Gobierno y los 2 meses siguientes.”

Si bien es cierto que lo mencionado en esta manifestación prueba los hechos descritos, la conducta referida no constituye un delito. Ya que, la conducta punible en el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, consagrado del artículo 402 del Código

Penal, establece que para que exista el delito debe existir el recaudo y la retención de los impuestos. Hecho que no fue probado y por esto no se ajusta al tipo penal, como lo afirma el Tribunal. Pues como se ha mencionado a lo largo del documento, el delito no se produce cuando se declara y no se consignan los valores, si no cuando efectivamente se produjo la retención o recaudación.

VII. Séptimo Error

El párrafo tres del folio 19, afirma lo siguiente:

“En otras palabras, respecto al primer reproche, es preciso indicar que si el estrado defensivo pretendía desvirtuar la teoría de la Fiscalía General de la Nación aduciendo el no recaudo de las sumas referidas en las declaraciones, cuyos datos están revestidos de presunción de veracidad, debió aportar elemento material probatorio que deslegitimara la postura asumida por el Ente acusador, hecho que evidentemente no aconteció.”

Frente a esta manifestación, la defensa nunca afirmó que las declaraciones fueran falsas, lo que solicitó fue que se probara la efectiva comisión del delito, pues como lo establece la ley corresponde al ente acusador la carga de la prueba, hecho que nunca pasó pues la fiscalía no logró demostrar la comisión de la conducta punible con el material probatorio aportado. Es por ello, que la presunción de veracidad, no se cuestionó ni se desvirtuó, sino que las declaraciones no tenían el sustento probatorio para acreditar que los dineros hubieran sido retenidos y recaudados.

Al no pretender desvirtuar la teoría de la fiscalía, no le corresponde a la defensa probar nada, pues lo que se busca es que el ente acusador pruebe los hechos que ha descrito en su escrito de acusación ya que con el material probatorio aportado no se logra adecuar el tipo penal a la conducta que ha planteado a lo largo del proceso. Además, es obligación del ente acusador probar los hechos planteados y ajustarlos al tipo penal, como lo ha establecido la ley.

VIII. Octavo Error

En el primer párrafo del folio 20, el juez del Tribunal afirma lo siguiente:

“Por otro lado, en punto a lo argüido referente a carencia de suficiencia demostrativa en los documentos y la versión de Gloria Amparo Ramírez Peñuela como testigo de cargo, se considera que esto se debió a un incorrecto análisis desarrollado por el opugnador, pues en su recurso estudió por separado los medios de convicción traídos al escenario del juicio oral, obviando que los mismos deben ser examinados en conjunto y con ello, determinar si desvirtúan la presunción de inocencia que le asiste al enjuiciado.”

De esta afirmación se desprende una falacia argumentativa, pues afirma que al presentar el recurso no se analizó las pruebas en conjunto, sino que se analizaron por separado; pero en ningún momento explica como las pruebas en conjunto pueden demostrar la comisión del delito, más si se miran por separado no. De ninguna manera, sean analizadas las pruebas de manera conjunta o no, se puede probar que los dineros fueron efectivamente recaudados y retenidos.

VII. PETICIONES

PRIMERO. **TUTELAR** mi derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, y por lo tanto dejar sin valor ni efecto la Sentencia de 2ª Instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el pasado 30 de julio de 2.020, dentro del proceso con número de radicación 11001 6000 049 2014 14557 02.

SEGUNDO. **ORDENAR** a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá proferir, dentro del proceso con radicado 11001600004920141455702, un fallo de segunda instancia, en el que, respetando mi derecho al debido proceso, se superen los errores señalados en la presente acción, o bien los que sean indicados por la Corte Suprema de Justicia como Juez de Tutela.

VIII. Pruebas

A. Documentales. Comedidamente solicito a los Honorables Magistrados, tener como pruebas los documentos que se a continuación se relacionan y que se allegan con el presente escrito:

- I. **Sentencia de primera instancia.**
- II. **Recurso de apelación interpuesto el 23 de noviembre del 2017.**
- III. **Sentencia de segunda instancia.**

B. Comedidamente solicito a los honorables Magistrados, oficiar a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que remitan una copia del expediente con número de radicado 11001 6000 049 2014 14557 02, a fin de que todas las actuaciones allí surtidas sean objeto de una inspección judicial.

IX. Juramento

De conformidad con lo establecido en el artículo 37 del Decreto 2591 de noviembre 19 de 1.991, declaro bajo gravedad de juramento que no he interpuesto directamente o por intermedio de algún tercero, otra demanda de tutela que se edifique en los mismos hechos y pretensiones que la estudiada.

X. Anexos

Me permito agregar como anexos dos copias físicas de la demanda de tutela con sus pruebas y anexos; la primera para el archivo y, la restante, para el traslado respectivo.

XI. Notificaciones

La entidad demandada puede ser notificada a través del correo electrónico secsptribsupcund@cendoj.ramajudicial.gov.co, y/o en la dirección Avenida de la Esperanza, Calle 24 No. 53 – 28, Oficina 306, Torre C, de la ciudad de Bogotá.

Por mi parte, puedo ser enterado de todo trámite a través del correo electrónico mauriciogutierrez.apoutdoor@gmail.com; en la dirección: Carrera 1 # 13-32 Conjunto Rio Grande, Vereda El Misterio, del municipio de Cajicá (Cundinamarca); y en el celular 315 699 7641.

Atentamente,

Mauricio Gutiérrez Valderrama

Cédula de Ciudadanía: 79.147.250 de Bogotá

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO VEINTE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE
CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., Diecisiete (17) de Noviembre de dos mil diecisiete (2017).

1. ASUNTO POR RESOLVER:

Proferir sentencia condenatoria en contra del señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, por el delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO** (Artículo 402 y 31 del C.P.) luego de agotado el juicio oral y surtido el traslado fijado en el artículo 447 del C.P.P.

2. HECHOS:

El 19 de diciembre de 2014, Gloria Amparo Ramírez Peñuela, en calidad de Jefe del Grupo interno de la Unidad Penal de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá puso en conocimiento que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA identificado con cedula de ciudadanía 79.147.250 en calidad de Gerente y Representante Legal de la sociedad ARTE PUBLICO EXTERIOR S.A., no consignó en las fechas preestablecidas los dineros de recaudo de impuesto sobre las ventas y aquellos de retención en la fuente, aun cuando estaba en la obligación legal de hacerlo, obligaciones que se originan en declaraciones privadas de impuestos presentadas por el mismo acusado en nombre de la sociedad en mención, las cuales corresponden a:

Esto es
el verdad

IMPUESTO	AÑO	DECLARACIÓN	FECHA	VALOR DEL IMPUESTO
VENTAS	2005-3	11001101074847	12-07-2005	8.490.000
VENTAS	2005-4	7046299002363	12-09-2005	8.748.000

VENTAS	2005-5	716728003817	10-11-2005	21.975.000
VENTAS	2005-6	1001101075862	11-01-2006	17.610.000
VENTAS	2006-3	2324401202346	11-07-2006	12.110.000
VENTAS	2006-4	160503057710	12-09-2006	32.071.000
VENTAS	2006-6	1605011064620	10-01-2007	23.956.000
VENTAS	2007-5	91000012630825	14-11-2007	13.712.000
VENTAS	2007-6	91000014604847	14-01-2008	18.906.000
VENTAS	2008-2	91000053834716	14-05-2008	10.625.000
VENTAS	2008-3	91000056435022	10-07-2008	6.494.000
RTE. FUENTE	2005-9	703227004196	11-10-2005	2.785.000
RTE. FUENTE	2005-11	719127002121	12-12-2005	2.353.000
RTE. FUENTE	2005-12	1001101075861	11-01-2006	5.377.000
RTE. FUENTE	2006-7	5199306000174	09-08-2007	3.498.000

Transcurrido el término de dos meses, contados a partir de la fecha fijada en el calendario tributario de cada año, como vencimiento del plazo para declarar y consignar los valores determinados en las declaraciones privadas de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, sin que se cumpliera con el pago, la división de cobranzas de la administración de impuestos dio cumplimiento al procedimiento previo que señalan las órdenes administrativas 007 del 2000, modificada por la 004 del 2004, mediante oficios persuasivos enviados al contribuyente, en calidad de agente recaudador y retenedor, con el fin que efectuara los pagos, solicitara compensación o facilidad de pago de las sumas recaudadas, retenidas, declaradas y no consignadas, por los conceptos ya mencionados, sin que tales requerimientos fuesen atendidos.

La División de Cobranza de la DIAN certifica que el mencionado contribuyente no tiene vigente, ni ha solicitado facilidad de pago de las obligaciones objeto de denuncia, así como tampoco existe compensación de saldos a favor.

El contribuyente no dio respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias penalizables por tanto el acusado incurrió en el delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR.

→ Esto no es delito

3. IDENTIFICACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DEL PROCESADO

De conformidad con la estipulación N° 1, se tiene que el procesado corresponde a **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, identificado con C.C. N°.79.147.250 de Bogotá D.C., oriundo de esta misma ciudad capital, nacido el 5 de mayo de 1959, grupo sanguíneo y factor RH O+.

4. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE:

El 15 de marzo de 2016, ante el Juzgado 18 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esta ciudad, se celebró audiencia de formulación de imputación, en contra de **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, por el punible de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO** (artículo 402 y 31 del C.P.), oportunidad en que el mismo no aceptó los cargos formulados.

Consecuentemente, el 1° de julio de 2016, la Fiscalía General de la Nación radicó escrito de acusación que le correspondió conocer a este Despacho, el 19 de agosto de 2016 se celebró audiencia de formulación de acusación, en la cual se mantuvo la calificación jurídica de la imputación.

El 4 de octubre de 2016, se llevó a cabo audiencia preparatoria, oportunidad en la que le señor defensor presentó recurso de apelación en contra de la decisión de decreto de pruebas, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

El 7 de febrero de 2017, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Penal, resolvió (i) rechazar por improcedente el recurso de apelación interpuesto, (ii) confirmó el auto del 4 de octubre de 2016, proferido por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad.

El juicio oral se surtió en sesiones del 7 de julio y 27 de septiembre de 2017, en esta última fecha se culminó con la fase probatoria, se emitió sentido del fallo de carácter condenatorio y se corrió el traslado del artículo 447 del C.P.P., oportunidad procesal en la que la Fiscalía manifestó que el procesado carece de antecedentes, tiene un arraigo determinado y por ende si bien se debe partir del cuarto mínimo para imponer la pena deprecó se realicen los aumentos respectivos por el concurso, oponiéndose a que se conceda la suspensión condicional, no así frente a la prisión domiciliaria, de otro lado, el defensor expuso que su defendido cuenta con un arraigo

determinado, se desempeña como publicista, es un hombre de bien por lo que deprecó se imponga la pena mínima y se conceda la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

6. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 36 numeral 2º y 43 de la Ley 906 de 2004, este Despacho es competente para emitir el presente fallo, dado el lugar de ocurrencia de los hechos, la naturaleza del delito y por tratarse de una actuación válida en la que se respetaron los derechos y garantías fundamentales a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA.

El artículo 381 del Código de Procedimiento Penal señala que para condenar se requiere el conocimiento, más allá de toda duda, acerca de la materialidad de la conducta punible y de la responsabilidad penal del acusado como autor o como partícipe, presupuestos a demostrar con base en las pruebas debatidas en el juicio, analizadas en conjunto y bajo los lineamientos de la sana crítica, en concordancia con los cargos atribuidos por el ente acusador.

Es decir, que para proferir fallo de condena se requiere el grado de conocimiento, al que se llega luego de apreciar de manera individual y mancomunada todos los elementos de juicio allegados válidamente al proceso.

Significa lo anterior, que la sentencia es el resultado del grado de convicción a que se llega después de haber percibido directa o indirectamente el caso, constitutivo de un hecho histórico; en el asunto materia de análisis, esa percepción llega del estudio del material probatorio, que es la percepción indirecta del hecho, que debe ser lógica por antonomasia, y si bien puede adolecer de todas las imperfecciones de los juicios de valores propios del intelecto humano, la tarea de análisis lógico-jurídico impone en tan delicado asunto el mayor grado de acierto.

Dentro del asunto sometido a juzgamiento de este Funcionario Judicial se tiene que la Fiscalía General de la Nación, concretó su acusación en contra de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, por el delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR

O RECAUDADOR EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO que establece lo siguiente:

"ARTICULO 402. 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...

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 siguiente 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 la 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.

ARTICULO 31. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. *El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas..."*

Delimitado el marco jurídico y fáctico que engloba el asunto puesto a consideración de este Servidor, se tiene que culminado el debate probatorio y estudiados los elementos materiales probatorios allegados a este Juzgado, debe realizarse un examen respecto a la tipicidad de la conducta punible endilgada por la Fiscalía General de la Nación, superado dicho estudio iniciaremos la valoración correspondiente a la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del procesado.

3
Cita la
norma
no aplicable
El análisis
está mal
hecho

En este punto, resulta necesario realizar algunas consideraciones en lo relativo a la naturaleza y finalidad de la conducta por la que se procede, esto es el tipo penal consagrado por el legislador en el artículo 402 del Estatuto Punitivo, sobre dicho canon legal la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 10 de junio de 2015, radicado 41053, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier, señaló lo siguiente:

"2.- Hermenéutica del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

Como se trata de un tipo penal en blanco, su contenido ha de ser llenado con las disposiciones de índole tributaria a fin de establecer qué se entiende por retenedor o autorretenedor, y cuáles son los términos fijados para rendir cuentas ante la administración de impuestos.

Al ser una obligación predicable del agente retenedor o autorretenedor y el responsable de recaudar el impuesto sobre las ventas (IVA), se está ante un sujeto activo cualificado y versa sobre una conducta omisiva, por no hacer los pagos de las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, o las que corresponden al impuesto sobre las ventas, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la respectiva declaración o no consignar dentro del término legal el dinero recaudado por tasas o contribuciones públicas.

En ese sentido, el agente retenedor o recaudador pese a ser particular, como la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, debe asumir las responsabilidades públicas en los ámbitos penales, disciplinarios, fiscales, etc..."

En consecuencia, se tiene que este punible es un tipo penal de los denominados en blanco, por cuanto su contenido debe ser entendido en el marco de las normas tributarias que rigen la materia con el fin de establecer lo que se entiende por retenedor y auto-retenedor, encontrando entonces que se entiende por ello, la persona revestida de la función pública de manera transitoria, para recaudar tasas o contribuciones públicas, en este asunto el impuesto sobre las ventas y la retención en la fuente, quien para efectos de esta conducta punible se trataría de un sujeto activo cualificado que omite el deber de efectuar el pago de las sumas de dinero retenidas o auto-retenidas, cuando debía haber efectuado dichas transacciones dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el ejecutivo para efectuar la respectiva declaración.

Aclarado lo anterior, se tiene que la configuración de la conducta punible de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, por la que fue acusado MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, se encuentra acreditada bajo los siguientes presupuestos:

A pesar
de esto,
no me parece
ninguna norma
tributaria
para tener el
varia.

→ primera prueba y valoración de prueba

La Fiscalía aportó el testimonio de GLORIA AMPARO RAMÍREZ PEÑUELA, funcionaria de la DIAN quien formuló denuncia en contra de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, por la conducta punible de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR, ello por cuanto el mencionado ciudadano había presentado declaraciones sobre las ventas y retenciones en la fuente de la de la Sociedad Arte Público Exterior S.A., de la cual fungía como Representante Legal, sin embargo, transcurrido el tiempo y pese a ser requerido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no efectuó los pagos por los conceptos correspondientes a ventas del año 2005 periodos 3, 4, 5, y 6 retención en la fuente del año 2005 periodos 9, 11 y 12, impuesto sobre las ventas del año 2006 periodos 3, 4 y 6, retención en la fuente del año 2006 periodo 7, ventas del año 2007 periodos 5 y 6, ventas del año 2008 periodos 2 y 3, sobre el particular se tiene que en juicio oral la testigo reconoció una a una las declaraciones firmadas y presentadas por el acusado en las cuales los valores declarados corresponden a:

IMPUESTO	AÑO	DECLARACIÓN	FECHA	VALOR DEL IMPUESTO
VENTAS	2005-3	11001101074847	12-07-2005	13.007.000
VENTAS	2005-4	7046299002363	12-09-2005	13.404.000
VENTAS	2005-5	716728003817	10-11-2005	33.774.000
VENTAS	2005-6	1001101075862	11-01-2006	17.610.000
VENTAS	2006-3	2324401202346	11-07-2006	18.569.000
VENTAS	2006-4	160503057710	12-09-2006	32.071.000
VENTAS	2006-6	1605011064620	10-01-2007	23.956.000
VENTAS	2007-5	91000012630825	14-11-2007	13.712.000
VENTAS	2007-6	91000014604847	14-01-2008	18.906.000
VENTAS	2008-2	91000053834716	14-05-2008	10.625.000
VENTAS	2008-3	91000056435022	10-07-2008	6.494.000
RTE. FUENTE	2005-9	703227004196	11-10-2005	4.272.000
RTE. FUENTE	2005-11	719127002121	12-12-2005	3.617.000
RTE. FUENTE	2005-12	1001101075861	11-01-2006	8.254.000
RTE. FUENTE	2006-7	5199306000174	09-08-2006	3.498.000

En este punto vale la pena aclarar que se aportó el certificado de existencia y representación legal de la sociedad con NIT 800234018-9 documento en el que se corrobora que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA ostenta la calidad

de Gerente y Representante Legal de la compañía Arte Publico Exterior S.A., desde el año 1996, luego entonces es palpable que a la fecha de los periodos declarados de impuesto sobre las ventas y retenciones en la fuente tenía bajo su responsabilidad la representación legal de la sociedad, ahora bien, los anteriores valores referenciados se debe hacer énfasis en que corresponden a los valores que obran en la declaraciones firmadas, tramitadas y presentadas por el enjuiciado, que en algunos casos no se corresponden con los valores objeto de denuncia, sin embargo, tal situación fue aclarada en juicio oral por parte de la mencionada testigo quien sobre el particular precisó:

Esto no
 prueba
 la retención
 o el recan

"La razón por la que hay diferencias en algunos casos del valor declarado inicialmente y el valor objeto de denuncia es que en el lapso trascurrido entre la declaración y el momento de la denuncia, pudo haber habido pagos parciales abonos que no son causal para no formular la denuncia pero si son explicativos para diferenciar lo inicial..."

pudo

Bajo tal entendido, es claro que los motivos por los cuales existen diferencias entre los valores denunciados y los que se avizoran en las declaraciones no es otro que durante el transcurrir del tiempo entre las declaraciones y el momento en el que se originó la denuncia algunos de estos saldos fueron parcialmente cancelados, sin que dichos pagos parciales desvirtúen la incuria en la que ha incurrido el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, al no efectuar las transacciones o consignaciones por concepto de retención en la fuente e impuesto sobre las ventas, resaltándose que tal fuente de obligación evidentemente surge de las declaraciones presentadas por el ciudadano, que al ser cotejadas por la dirección de Gestión de Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas, arrojó los siguientes valores que no han sido pagados pese haber sido declarados, conforme se extrae del memorial del 26 de enero de 2016, así:

Le da cates
 a algo que
 el testigo
 presenta
 como dolo

Nuevamente:
 Esto no es
 delito

↳ El delito no es declarar y no pagar.

IMPUESTO	AÑO	DECLARACIÓN	FECHA	VALOR DEL IMPUESTO
VENTAS	2005-3	11001101074847	12-07-2005	8.490.000
VENTAS	2005-4	7046299002363	12-09-2005	8.748.000
VENTAS	2005-5	716728003817	10-11-2005	21.975.000
VENTAS	2005-6	1001101075862	11-01-2006	17.610.000
VENTAS	2006-3	2324401202346	11-07-2006	12.110.000
VENTAS	2006-4	160503057710	12-09-2006	32.071.000
VENTAS	2006-6	1605011064620	10-01-2007	23.956.000
VENTAS	2007-5	91000012630825	14-11-2007	13.712.000

VENTAS	2007-6	91000014604847	14-01-2008	18.906.000
VENTAS	2008-2	91000053834716	14-05-2008	10.625.000
VENTAS	2008-3	91000056435022	10-07-2008	6.494.000
RTE. FUENTE	2005-9	703227004196	11-10-2005	2.785.000
RTE. FUENTE	2005-11	719127002121	12-12-2005	2.353.000
RTE. FUENTE	2005-12	1001101075861	11-01-2006	5.377.000
RTE. FUENTE	2006-7	5199306000174	09-08-2007	3.498.000

Bajo tales presupuestos, en todos los casos revisadas la fecha de presentación de las declaraciones es notorio que se ha superado el término de los dos (2) meses, de conformidad con lo preceptuado en la Ley Estatutaria que regula estos aspectos, teniendo entonces acreditado que se demostró que las obligaciones endilgadas a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA se originaron en declaraciones privadas presentadas por él en calidad de Representante Legal de la sociedad Arte Publico Exterior S.A, además, debiendo aclararse desde ya que él es el responsable del uso que proporciona a sus datos, códigos, cuentas e información electrónica, por demás que no se acreditó nada adicional en el sumario respecto a la existencia de un asaltó irregular de su información, por el contrario, la mencionada testigo fue clara en precisar que las declaraciones presentadas se encuentran revestidas de presunción de veracidad.

No se postuló la duda, se afirma que no quedó probado que hubiera retención o recuso.

En este punto, es importante recordarle al señor defensor quien en sus alegatos postuló la duda de los valores recaudados que en este modelo de enjuiciamiento existe el principio de carga dinámica de la prueba, con base en el cual no basta con esbozar eventuales circunstancias sin allegar algún fundamento que las acredite, sino que recae la obligación de la parte interesada de su demostración, al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en decisión de 25 mayo. 2011 Rad. 33660, indicó:

"La carga de la prueba implica la necesidad de aportar el medio de convicción que acredita un hecho, obligación que recae sobre quien lo alega en su favor, de donde pueden derivarse consecuencias adversas por la actitud procesal de las partes en caso de que en el trámite se extrañe la prueba del hecho que beneficia a una de ellas, pudiendo ser aportada por aquel al que favorece, ante la demostración de lo perseguido por el adversario.

→ No se alega el hecho a favor. Se alega que no se probó la condena

La carga de la prueba en el campo penal como manifestación del principio de presunción de inocencia y del derecho a la igualdad, no se torna absoluta como para que se avale la actitud pasiva de la parte acusada, pues en situaciones en las que emerge una dificultad en la parte acusadora para probar determinado hecho, pero la parte acusada cuenta con la facilidad de aportar el medio necesario para ello, siempre que beneficie sus intereses, se

→ En este caso no emerge dicha dificultad

hace necesario restablecer el equilibrio en procura que la prueba de la circunstancia controvertida, sea aportada por la parte que puede acceder al medio de convicción. Es lo que se conoce como la categoría de carga dinámica de prueba, inicialmente desarrollada en el derecho privado, pero ahora aplicable al derecho penal sin que se transgreda la presunción de inocencia."

En consecuencia, correspondía a la defensa desplegar la actividad probatoria necesaria para demostrar su hipótesis, pues; si lo pretendido por la defensa era cuestionar el recaudo de los valores debió haber probado ello con soportes contables que dieran cuenta de tales circunstancias, pero contrario a ello, renunció como estrategia defensiva a las pruebas que le habían sido decretadas, por lo que en este punto la discusión que pretende postular el defensor no encuentra asidero, máxime, si se tiene en cuenta que el acusado contó con las oportunidades procesales correspondientes para aclarar y modificar las declaraciones presentadas, lo cual tampoco realizó, sin que pueda en este punto venir a cuestionar los valores y conceptos de las mismas, por cuanto tal y como mencionó la testigo ya han cobrado firmeza y gozan de presunción de veracidad.

Así lo ha expuesto el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta al referirse sobre el artículo 746 del Estatuto Tributario que por principio de integración conviene resaltar en este punto, véase la decisión del 16 de noviembre de 2016, radicado 050012331000200602968-01, en la que se precisó:

Según el artículo 746 del ET, se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones o en las respuestas o requerimientos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial ni la ley la exija. La Sala ha precisado que esta norma establece una presunción legal, pues el contribuyente no está exento de demostrar los hechos que consignó en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las declaraciones o en las respuestas a los requerimientos administrativos. En el mismo sentido, la Sala ha señalado que la administración puede desvirtuar los hechos declarados por el contribuyente, pues tiene la facultad de comprobar la certeza, veracidad o realidad de los hechos, datos y cifras consignados en las declaraciones privadas, debido a sus amplias facultades de fiscalización para asegurar el cumplimiento de las normas sustanciales, conforme lo prevé el artículo 684 del ET. Que así, con fundamento en los artículos 746 y 684 del ET, y en razón de la presunción de veracidad de las declaraciones, la administración tiene la carga de desvirtuar dicha presunción. Que, no obstante, en ejercicio de la facultad de fiscalización que le otorga el ordenamiento jurídico, la carga probatoria se invierte automáticamente a cargo del contribuyente".

Posición reiterada de la mencionada Corporación que en decisión del 20 de septiembre de la presente anualidad, dentro del radicado 70001233100020110204001, estableció.

PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DE LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS DEL CONTRIBUYENTE - Alcance. No son ilegales si su contenido no fue desvirtuado → Nadie alega

(...)

↳ Son veraces y no muestran retención o recueta.

Igualmente se advierte que las pruebas en que se fundaron los actos administrativos demandados no son ilegales, pues se trata de las mismas declaraciones tributarias que el actor puso en conocimiento de la Administración, cuyo contenido no fue desvirtuado y gozan de presunción de veracidad, en los términos del artículo 746 del Estatuto Tributario."

Así las cosas, las obligaciones tributarias en cabeza del acusado ya mencionadas a la fecha no reportan los pagos correspondientes que se debieron efectuar a favor del Fisco Nacional, dineros de los cuales no se aportó justificación alguna válida, por lo que sin ser de su propiedad, se apropió indebidamente de ello, sustrayéndose de tal manera de su deber legal de consignar las sumas de dinero a las cuales ya se ha hecho referencia, toda vez, que éste ostentaba la calidad de agente retenedor, lo cual se traduce en la posición de intermediador entre el contribuyente y el Fisco Nacional.

En este orden de ideas y atendiendo la calidad de agente retenedor que ostentaba el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, al ser el representante legal de la empresa ARTE PUBLICO EXTERIOR S.A., al omitir consignar las sumas retenidas o auto-retenidas por concepto de retención en la fuente e impuesto sobre las ventas, se tiene acreditada la tipicidad objetiva del punible endilgado de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, más aun si se tiene en cuenta que las declaraciones presentadas por el acusado fueron debidamente introducidas como pruebas documentales en el juicio oral, las cuales se encuentran suscritas por éste en su condición de representante legal, denotándose de las mismas los sellos de no pago, impuestos por las entidades bancarias ante las cuales fueron presentadas.

Ahora bien, en punto de la tipicidad subjetiva del comportamiento a de señalarse que GUTIÉRREZ VALDERRAMA actuó con pleno conocimiento de la ilicitud de su comportamiento, pues omitió en reiteradas oportunidades, consignar las sumas retenidas a favor del Estado por concepto de Retención en la Fuente e impuesto sobre las ventas, por demás que se aclaró con el testimonio de la funcionaria de la DIAN, que el acusado fue requerido por la entidad con el ánimo que el mismo se pusiera al día con las obligaciones que le eran exigibles como declarante y representante legal de la sociedad ARTE PUBLICO EXTERIOR S.A., sin embargo, se mostró renuente a sustraerse de sus obligaciones, además, se aportaron

certificaciones que dan cuenta que el mismo no consignó ningún depósito judicial, tampoco presenta saldos a favor con la entidad que permitan una eventual compensación, además, no solicitó ninguna facilidad de pago, acreditándose en tal sentido, el elemento volitivo del tipo penal endilgado, por cuanto aun cuando es conocedor de las sumas de dinero retenidas, declaradas y adeudadas, aquél durante todos estos años se ha sustraído de la obligación de cancelar dichas sumas al tesoro público.

Siendo esto así, la conducta además de ser típica resulta antijurídica de manera formal y material, y sobre este punto debemos decir que la primera de ellas se cumple en la medida que el legislador consagró en el título XV de los delitos contra la Administración Pública, la protección y amparo a este bien jurídicamente tutelado, por cuanto dentro de los fines constitucionales del Estado colombiano se encuentra el brindar un amparo real y efectivo, a los derechos de la colectividad, como lo es el adecuado desarrollo de la actividad estatal, encontrando de tal forma, satisfecha la antijuridicidad formal de la conducta desplegada por **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, de igual modo, debe acreditarse la antijuridicidad material y para tal efecto, se tiene que se debe establecer si efectivamente el bien jurídico tutelado sufrió un menoscabo o lesión.

Encontrando que en este caso, se vio real y efectivamente lesionado el mismo, pues el enjuiciado flageló el adecuado recaudo de la retención en la fuente y el impuesto sobre las ventas encomendado, el cual es indispensable para el adecuado desarrollo de la función estatal y por ende vulneró el bien jurídicamente tutelado de la administración pública.

De otro lado, se estudiará la culpabilidad en el entendido que **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** es una persona imputable, capaz de determinar su actuar, sin ningún tipo de trastorno mental o discapacidad de la misma naturaleza, que le impidiese entender su proceder o determinarse respecto del mismo, sumado a ello, su conducta no se encuentra amparada en ninguna de las causales previstas en el artículo 32 del Código Penal, bajo esa realidad, sus actos son viables de un juicio de reproche, por cuanto aquél debió actuar conforme a la Ley Penal; máxime cuando se trata de una persona en pleno uso de sus facultades y sin exculpación alguna válida para justificar sus conductas. Significa lo anterior, que se encuentra plenamente demostrado el punible por el que fue llamado a responder el procesado, la antijuridicidad del mismo y su responsabilidad.

Corolario lo expuesto, son las anteriores consideraciones y el análisis probatorio efectuado los que permiten al Despacho inferir que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 381 del C.P.P. para proferir sentencia de condena en contra **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, por la conducta punible **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO** conforme a las consideraciones previamente efectuadas.

7. DOSIFICACIÓN PUNITIVA

De conformidad con lo establecido en los artículos 60 y 61 del C.P. al momento de individualizar la pena, el juzgador debe hallar el marco punitivo y posteriormente dividirlo en cuartos, uno mínimo, dos medios y uno máximo, para luego atendiendo las circunstancias genéricas de mayor y menor punibilidad, hallar el cuarto del que partirá para fijar la pena.

Bajo este panorama, se procede por la conducta punible de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR** prevista en el artículo 402 del C.P., el cual contempla una pena de prisión de 48 meses a 108 meses de prisión, extremos punitivos que se encontraban vigentes teniendo en cuenta que las conductas punibles que son endilgadas al procesado surgen luego de entrada en vigencia la Ley 890 de 2004. En el mismo sentido, se tiene que el punible contempla una pena de multa la cual equivalente al doble de lo **no consignado** sin que supere el equivalente a un millón veinte mil (1.020.000) Unidades de Valor Tributario,

Pues bien, la diferencia de los dos extremos antes relacionados es de 60 meses que debe dividirse en cuatro para obtener un cuarto de movilidad de 15 meses, por lo que realizada la operación matemática correspondiente, los cuartos quedan diagramados así:

CUARTO MÍNIMO	PRIMER CUARTO MEDIO	SEGUNDO CUARTO MEDIO	CUARTO MÁXIMO
48 meses a 63 meses de prisión	De 63 meses y 1 día a 78 meses de prisión	De 78 meses y 1 día a 93 meses de prisión	De 93 meses y 1 día a 108 meses de prisión

Para la selección del cuarto o cuartos dentro de los cuales puede moverse el sentenciador, el mismo artículo 61 del código penal, establece que dentro del cuarto mínimo sólo podrá hacerse cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva, posteriormente, establecido el cuarto de movilidad, se fija la sanción punitiva ponderando la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, temas estos respecto de los cuales la jurisprudencia ha sido reiterada y pacífica, como lo indicó la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. Sigifredo Espinosa Pérez en providencia del 30 de noviembre de 2006, dentro del radicado 26.227.

Ahora bien, como quiera que no fueron atribuidas circunstancias de mayor punibilidad de las que trata el artículo 58 del Código Penal, por el contrario concurre en su favor la circunstancia de menor punibilidad de carencia de antecedentes, como lo exaltó su defensor y la misma Fiscalía en el trámite del artículo 447 del C.P.P, razón por la que se partirá del mínimo; además, porque tampoco se reveló un daño adicional, por lo que teniendo en cuenta no solo la función de prevención general positiva, sino también la de prevención general negativa la sanción que se debe cumplir, en este caso, para individualizar la pena a imponer a **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, será de **48 MESES DE PRISIÓN**.

Quantum punitivo que en virtud del concurso homogéneo y sucesivo que se predica por la misma conducta se aumentará en **SEIS (6) MESES DE PRISIÓN**, resultando una pena definitiva a imponer a **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** de **CINCUENTA Y CUATRO (54) MESES DE PRISIÓN**, como autor penalmente responsable del delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, Y MULTA EQUIVALENTE AL DOBLE DE LO NO CONSIGNADO, ESTO ES TRECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL PESOS \$377.420.000**, suma que verificada la Unidad de Valor Tributario (UVT) no supera el tope señalado por el legislador.

Como pena accesoria, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 44 y 52 del C.P., se le impondrá la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.

Finalmente, el procesado deberá sufragar la multa en el término de dos años o el que disponga el juez executor a órdenes del Consejo Superior de la Judicatura en la Sección de Depósitos Judiciales del Banco Agrario, conforme lo señala el artículo 42 del código penal, o a la entidad que tenga en cuenta las disposiciones legal, quedando el juez de ejecución de penas habilitado para disponer sobre ese tema.

8. SUBROGADOS Y SUSTITUTOS DE LA PENA:

Lo primero que ha de señalarse es que el sistema penal colombiano en los últimos años ha tenido en varias ocasiones tránsitos legislativos, por lo que este despacho en aplicación al principio de favorabilidad o legalidad deberá entrar a analizar los siguientes aspectos (i) si existe una ley posterior a los hechos que prevea una regulación más favorable a los intereses del condenado, de ser así, la ley nueva debe aplicarse en el caso concreto, aunque los hechos que se imputen a aquél hayan ocurrido antes de su entrada en vigencia, o (ii) si por el contrario es la ley que es derogada la que prevé una regulación más benéfica, por lo que se procede en aplicación del principio de legalidad y favorabilidad teniendo en cuenta que los hechos datan de los años 2005 al 2008.

En consecuencia, procede el despacho a señalar que la suspensión condicional de la ejecución de la pena, art. 63 del C.P. original, señala que ésta tiene lugar cuando se procede por delito cuya pena de prisión no exceda de tres años y los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos que no existe necesidad de ejecución de la pena.

Resulta entonces evidente que no concurre el requisito de orden objetivo para el procesado, toda vez que la pena a imponer supera ostensiblemente los 3 años de prisión, lo cual releva al Despacho de hacer consideraciones de orden subjetivo, toda vez, que los requisitos deben concurrir simultáneamente para conceder el beneficio de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

En cuanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena, el artículo 63 del C.P. modificado por el artículo 29 de la Ley 1709 del 20 de enero de 2014, señala como requisitos para acceder a dicho sustituto:

"1. Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de cuatro (4) años.

2. Si la persona condenada carece de antecedentes penales y no se trata de uno de los delitos contenidos el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, el juez de conocimiento concederá la medida con base solamente en el requisito objetivo señalado en el numeral 1 de este artículo. (...)"

Resulta evidente que no concurre el requisito de orden objetivo, toda vez que la pena a imponer supera los 4 años de prisión, lo cual releva al Despacho de hacer mayores consideraciones al respecto.

Frente a la prisión domiciliaria contenida en el original artículo 38 del C.P., se tiene que este señala que la misma procede siempre y cuando la sentencia que se imponga sea por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de cinco (5) años de prisión o menos, requisito que en efecto se cumple en este asunto pues la pena mínima prevista en la ley para el punible de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR es de 48 meses.

Igualmente, la disposición impone que se verifique el desempeño personal, laboral, familiar o social del sentenciado, que permita inferir que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena, sobre el particular se tiene que se incorporó con la estipulación N.1 el informe investigador de campo FPJ- 11, fechado el 4 de mayo de 2015, en el que además de la plena identidad del procesado se consignó la diligencia de verificación de arraigo del mismo, teniendo que en este se obtuvo como resultado que el mencionado **reside en la Carrera 21-163-04**, donde habita con su esposa SANDRA DEL PILAR RIVEROS TALERO.

Igualmente, se tiene que el señor GUTIÉRREZ VALDERRAMA se desempeña como publicista, cuenta con una familia, un arraigo preestablecido y no representa un peligro eminente para la sociedad, por demás que el mismo ha comparecido ante los llamados de la administración de justicia en forma oportuna y por ende no se avizora que exista peligro de que pueda evadir la pena aquí impuesta.

Bajo tales presupuestos, **se concederá a favor de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, el subrogado de la prisión domiciliaria**, para lo cual deberá

garantizar las obligaciones contenidas en el numeral 3° del artículo 38 original del Código Penal. Dichas obligaciones, serán garantizadas con caución prendaria en cuantía igual a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, que deberá consignar en la cuenta que para tal efecto registre el Centro de Servicios Judiciales o mediante constitución de póliza judicial.

En consecuencia, se ordena al Centro de Servicios que una vez el condenado cumpla con las obligaciones que impone el numeral 3° del artículo 38 original del C.P., como garantizar mediante caución prendaria (i) no cambiar de residencia sin autorización previa del funcionario judicial, (ii) Observar buena conducta, (iii) que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito, salvo cuando se demuestre que está en incapacidad material de hacerlo. (iv) comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello, (v) permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión entre otras previstas por las autoridades penitenciarias y judiciales, se comunique esta determinación al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- para que se proceda al cumplimiento de la pena, en su lugar de residencia.

Corolario lo expuesto, teniendo en cuenta que el procesado se encuentra en libertad, se ordena que una vez en firme la sentencia, por el Centro de Servicios Judiciales a través de su Juez Coordinador se libere la correspondiente Orden de Captura ante la autoridad competente, en contra del señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, a fin que se dé cumplimiento a la pena aquí impuesta, en su lugar de residencia ya referida.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTE PENAL DEL CIRCUITO CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ, D. C.** Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA identificado con la C.C. No. 79.147.250, a la pena principal de **CINCUENTA Y CUATRO (54) MESES DE PRISIÓN Y MULTA DE TRECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$ 377.420.000)**, como autor responsable

del delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO**, conforme a lo consignado en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR a **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

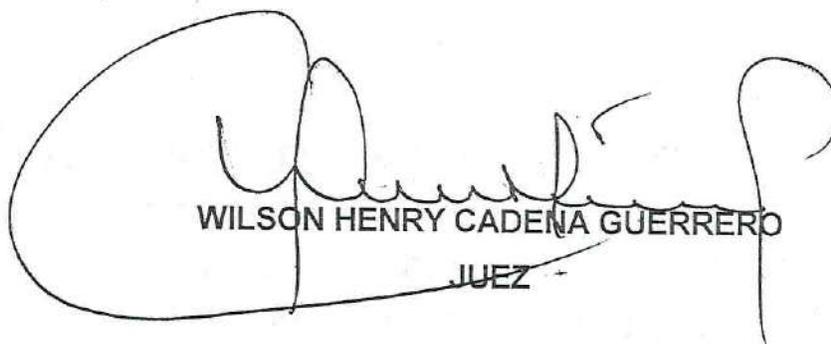
TERCERO: NEGAR a **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, por la circunstancias y motivos previamente reseñados en esta providencia.

CUARTO: CONCEDER a **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, la prisión domiciliaria en los términos y condiciones señalados en la parte motiva de esta providencia, debiendo suscribir el acta de compromiso y prestar caución prendaria equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, disponiéndose que una vez quede en firme la sentencia, por el Centro de Servicios Judiciales a través de su Juez Coordinador se libre la correspondiente Orden de Captura ante la autoridad competente, en contra del señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA**, a fin que se dé cumplimiento a la pena aquí impuesta, en su lugar de residencia en los términos ya referidos y luego del cumplimiento a las obligaciones que se le han impuesto.

QUINTO: Ejecutoriado este fallo, por el Centro de Servicios Judiciales comuníquese a las autoridades de que trata el artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

SEXTO: En contra de la presente sentencia, procede el recurso de apelación que debe incoarse en esta audiencia, se puede sustentar oralmente en la misma o dentro de los cinco días siguientes, surtido ello se correrá traslado a los no recurrentes, ello de conformidad a lo fijado en el artículo 179 del C.P.P. modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010, se notifica en Estrados, se corre traslado.

24 de noviembre
Secretaría de despacho


WILSON HENRY CADENA GUERRERO
JUEZ

226.4



Bogotá, 23 de noviembre de 2017

Señores
 Juzgado Veinte Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento
 E.S.D

JUZ. 20 PENAL CTO CON
 Cordero
 09241 23-NOV-17 13:58

Referencia	Recurso de apelación contra la sentencia del 17 de noviembre de 2017
CUI	110016000049201414557 N.I 240476
Procesado	Mauricio Gutiérrez Valderrama
Delito	Omisión de agente retenedor

HERNANDO RUEDA AMOROCHO, abogado titulado, identificado con la cédula de ciudadanía número 91.220.539 expedida en la ciudad de Bucaramanga y con tarjeta profesional número 82.966 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como abogado defensor del señor **MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA** dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito me permito SUSTENTAR el recurso de apelación interpuesto en la audiencia de fallo que tuvo lugar el 17 de noviembre del año en curso, de conformidad con el artículo 179 de la Ley 906 de 2004.

Para sustentar el presente recurso seguiré con la siguiente estructura. En primer lugar, manifestaré que me encuentro dentro de la oportunidad para presentar esta sustentación. En segundo lugar, manifestaré que la sentencia apelada vulnera el principio de congruencia contenido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal. En tercer lugar, manifestaré que el despacho profirió sentencia condenatoria sin que existiera convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda,



contrariando así lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 906 del 2004. En cuarto lugar, me pronunciaré sobre los errores en los que incurrió el Juez de primera instancia al proferir su sentencia. En quinto lugar, presentaré unas breves conclusiones. Finalmente, atendiendo a todo lo manifestado en los puntos anteriores, haré expresamente una solicitud.

1. Oportunidad para sustentar el recurso

De acuerdo con lo manifestado por el Juez de primera instancia en la audiencia de lectura de fallo, el termino de traslado empezó a contar el lunes 20 de noviembre y la oportunidad para presentar esta sustentación es hasta el viernes 24 de noviembre a las 5 de la tarde. Por lo tanto, me encuentro dentro de la oportunidad para presentar esta sustentación del recurso de apelación interpuesto en la audiencia que tuvo lugar el 17 de noviembre de 2017.

2. Vulneración al principio de congruencia

El debido proceso es un derecho de carácter constitucional contenido en el artículo 29 de nuestra Constitución Nacional. En materia penal, el principio de congruencia hace parte de las garantías del debido proceso que cobijan al procesado. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual establece que “el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”. Este principio ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia bajo el Radicado 20134 del 2014, de la siguiente manera:

“La concordancia entre la sentencia y acusación, cualquiera sea el acto en el cual se halle contenida ésta (resolución, formulación de cargos para sentencia anticipada, o variación de la calificación provisional durante el juzgamiento), constituye, de un lado, base esencial del debido proceso, en cuanto se erige en el marco conceptual, fáctico y jurídico, de la pretensión punitiva del Estado y, de otro, garantía del derecho a la defensa del procesado, en cuanto que a partir de ella puede desplegar



los mecanismo de oposición que considere pertinentes y porque, además, sabe de antemano que, en el peor de los casos, no sufrirá una condena por aspectos que no hayan sido contemplados allí”.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de congruencia, para condenar a un acusado es necesario que los hechos por los cuales se le condena consten en la acusación. Cuando se mira con detenimiento la acusación formulada por la Fiscalía, se puede ver que en la misma no se manifiesta que el señor Mauricio Gutiérrez Valderrama hubiera incurrido en la conducta descrita en el artículo 402 del Código Penal. Si bien es cierto que en el escrito de acusación la Fiscalía califica la conducta del señor Mauricio Gutiérrez dentro del delito de omisión de agente retenedor, no se hace ninguna descripción de una conducta por él realizada que se encuadre dentro de este tipo.

En el escrito de acusación, la Fiscalía hace las siguientes tres cosas, en las cuales en ninguna de ellas describe ninguna conducta típica realizada por el señor Mauricio Gutiérrez.

1. Manifiesta que en la denuncia presentada el 19 de diciembre de 2014 se dio a conocer que el señor Mauricio Gutiérrez Valderrama, identificado con la C.C 79.147.250, en su condición de Gerente y Representante Legal de la sociedad Arte Público Exterior S.A “no consignó en las fechas establecidas previamente por el Gobierno Nacional, los dineros recaudados por Impuesto sobre las ventas y retenidos por retención en la fuente”.

Esta manifestación es falsa ya que, como se puede ver de la denuncia, en ningún momento se manifiesta que las sumas no consignadas por el acusado hayan sido efectivamente retenidas o recaudadas por el contribuyente. En la denuncia se manifiesta que “las obligaciones que se denuncian se originan en Declaraciones Privadas presentadas sin el pago total”. De esto se desprende que lo que se puso en conocimiento de la Fiscalía es que se presentaron declaraciones del impuesto sobre



las ventas y de retención en la fuente que no se pagaron, pero en ningún momento se le manifestó al ente acusador que las cifras no consignadas hayan sido efectivamente dineros recaudados por el Impuesto sobre las ventas o retenidos por retención en la fuente.

En todo caso, acá la Fiscalía manifiesta que la DIAN interpuso una denuncia, pero no hace ninguna descripción de los supuestos hechos delictivos realizados por el señor Mauricio Gutiérrez.

2. Que la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos, “mediante oficios persuasivos enviados al contribuyente Fidelissa Marketing LTDA, en calidad de agente recaudador y recaudador, para que efectuara el pago, solicitara compensación o facilidad de pago de las sumas recaudadas, retenidas, declaradas y no consignadas, por los conceptos antes mencionados, sin que tal requerimiento fuera atendido”.

Con respecto a este hecho, es claro que la Fiscalía no tiene claro en su acusación quien es el contribuyente que incurrió en el delito. Si bien es cierto que la misma, junto con el juez de primera instancia, alegan que esta situación fue subsanada en la audiencia de formulación de acusación, no es menos cierto que la acusación es una pieza escrita y que, por tanto, sus correcciones deben ser escritas y no verbales como pretende la Fiscalía. Sin perjuicio de lo anterior, lo importante es que acá la Fiscalía tampoco hizo ninguna descripción de los supuestos hechos delictivos realizados por el señor Mauricio Gutiérrez.

3. Que el acusado incurrió el delito previsto en el artículo 402 del Código Penal debido a que “el contribuyente no dio respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias”.



Esta es la única parte del escrito de acusación en la que la Fiscalía hace una descripción de alguna conducta realizada por el acusado, la cual consiste en no dar respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias. Siendo que esta es la única conducta descrita por la Fiscalía en su acusación, hay que tener en cuenta que la misma no se ajusta a la tipificada en el artículo 402 del Código Penal y, por tanto, no hay ninguna descripción en la acusación de hecho alguno que sea constitutivo de delito.

Teniendo en cuenta que el escrito de acusación, en el fundamento de la acusación, la Fiscalía no describe ningún hecho realizado por el señor Mauricio Gutiérrez Valderrama que se encuentre tipificado, de acuerdo con el artículo 448 de la Ley 906, no es procedente proferir sentencia condenatoria alguna. Por esta razón, la sentencia apelada, al condenar al acusado, vulnera el principio de congruencia y, por tal motivo, la decisión adoptada es ilegal.

3. Inexistencia del convencimiento de la responsabilidad penal del acusado

Para que se pueda dictar sentencia condenatoria por la comisión del delito de omisión de agente retenedor, de acuerdo con el artículo 402 del Código Penal, es necesario que se prueben dentro del proceso penal las siguientes tres cosas:

- I. Que el acusado es un sujeto activo calificado para incurrir en esta conducta. En otras palabras, que el acusado es un agente retenedor o autorretenedor o que recauda el impuesto sobre las ventas;
- II. Que el acusado haya retenido a terceros el impuesto de retención en la fuente o que haya recaudado a terceros el impuesto sobre las ventas;



- III. Que después de haber incurrido en los verbos rectores señalados en el numeral anterior, haya omitido consignar los dineros retenidos o recaudados a la administración de impuestos.

En este caso, no se probó que el acusado haya retenido a terceros la retención en la fuente o que haya recaudado de terceros el impuesto sobre las ventas.

Es importante manifestar que el único testimonio que se practicó en la audiencia de juicio oral fue el de la Doctora Gloria Amparo Ramírez Peñuela, quien fue la persona que presentó la denuncia ante la Fiscalía. Con respecto a este único testimonio, es necesario manifestar lo siguiente:

- I. Cuando se le preguntó a la testigo sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que el acusado hizo las supuestas retenciones y recaudos que dieron lugar a la supuesta comisión del delito de omisión de agente retenedor, NO CONTESTÓ LA PREGUNTA. Esto da a entender que la testigo no conocía de las condiciones en las que se realizaron las retenciones y recaudos. Así pues, el juez de primera instancia profirió sentencia condenatoria sin que la única testigo hubiera dado cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se realizaron algunas conductas que eran necesarias para que se perfeccionara el delito.
- II. cuando se le pregunto a la testigo si bastaba que la declaración tenga los elementos económicos del tributo y la relación tributaria sustancial, para que la administración haya podido confirmar que se retuvo y se recaudó, la testigo manifestó que “la declaración lo que contiene es una manifestación del contribuyente de que ha recaudado esas sumas de dinero”. (Minuto 40:48 del audio de la audiencia). Esta manifestación hecha por la testigo es completamente falsa porque las declaraciones de IVA no contienen ninguna manifestación del contribuyente de que haya recaudado suma de dinero alguna. Las declaraciones del impuesto sobre las ventas contienen una manifestación del contribuyente de un hecho generador que da lugar al nacimiento de una obligación tributaria, pero, en ningún caso, un reconocimiento



de que se haya recaudado dinero alguno. Esto tan es así que las declaraciones de IVA se presentan a la administración de impuestos independientemente de que se le haya pagado suma alguna al agente recaudador. Por lo tanto, estamos ante una testigo, que es la única persona que testificó en juicio, que faltó a la verdad y, por tanto, todo su testimonio se pone en tela de juicio.

III. Cuando se le preguntó a la testigo si verificó al momento de la denuncia los elementos de recaudación y retención, ella contestó que lo hizo mediante la verificación de las declaraciones. (Minuto 47 del audio de la audiencia). Nuevamente, en esta declaración la testigo faltó a la verdad porque en las declaraciones no se manifiesta ni se reconoce que se haya realizado recaudo alguno, ya que sólo se reconoce la existencia de un hecho generador y, por tanto, no es posible verificar los elementos de recaudo y retención mediante la revisión de las declaraciones.

IV. Además de lo anterior, esta testigo, en calidad de denunciante, no describió ninguna conducta delictiva en su denuncia, ni en su testimonio, motivo por el cual no hay lugar a proferir sentencia condenatoria tomando como prueba este único testimonio.

En relación a las otras pruebas practicadas en juicio, vale la pena manifestar que ninguna de ellas es idónea para probar la comisión del delito de omisión de agente retenedor. A pesar de esta realidad, el juez profirió sentencia condenatoria. A continuación, presentó las razones por las cuales ninguna de estas pruebas resulta idónea para probar la comisión del delito:

I. Denuncia presentada por Gloria Amparo Ramírez Peñuela: en los hechos hace referencia a las sumas declaradas y no a las sumas retenidas o autorretenidas. En ninguno de los hechos denunciados se manifiesta que las cifras dejadas de consignar al gobierno nacional hayan sido sumas retenidas o recaudadas.



- II. Copia de certificado de existencia y representación legal e la sociedad Arte Público Exterior S.A:** no tiene la facultad de probar que el acusado haya retenido o recaudado ninguna de las sumas no consignadas.
- III. RUT Arte Público Exterior S.A:** no tiene la facultad de probar que el acusado haya retenido o recaudado ninguna de las sumas no consignadas.
- IV. Copias auténticas de las declaraciones del impuesto sobre las ventas y retención en la fuente:** prueban que el contribuyente y el agente retenedor están reconociendo unas obligaciones tributarias, pero no que las sumas de dinero no consignadas hayan sido efectivamente retenidas o recaudada.

En este punto es necesario advertir lo establecido por los artículos 370 y 429 del Estatuto Tributario. De acuerdo con el primero, “no realizada la retención o percepción, el agente responderá por la suma que está obligado a retener o percibir”. Por esta razón, el agente retenedor debe presentar la declaración de retención en la fuente, independientemente de si efectivamente practicó o no la respectiva retención. Por lo tanto, una declaración de retención en la fuente no tiene la facultad de probar que efectivamente se haya practicado la retención.

El artículo 429 del Estatuto tributario, por su parte, establece el momento en el que se causa el impuesto sobre las ventas. De acuerdo con esta norma, para que se cause este impuesto no es necesario que se haya realizado el pago o el abono en cuenta. Por lo tanto, los responsables del IVA, al presentar su declaración, le están manifestando al Estado que el impuesto se causó, pero no están reconociendo que efectivamente hubieran practicado el recaudo. Por lo tanto, una declaración del impuesto sobre las ventas no tiene la facultad de probar que el responsable declarante, efectivamente, haya realizado recaudos del impuesto.

- V. Oficio persuasivo penalizable 2011505600678 del 11 de agosto de 2011:** invita al contribuyente a ponerse al día con algunas obligaciones y advierte que, de no hacerlo, se interpondrá una denuncia por omisión de agente retenedor. Sin embargo,



esto no prueba que las cifras dejadas de consignar por concepto de retención en la fuente e impuesto sobre las ventas, hayan sido efectivamente retenidas o recaudadas.

VI. Comunicaciones internas de la DIAN de fechas 26 de agosto de 2014 suscrita por Pilar Alexandra Reyes Tinjaca, de 28 de agosto de 2014 suscrita por Myriam Zenaida Valbuena Correa, de 1 de septiembre de 2014 suscrita por Luis Hernando Pinilla Bernal, de 3 de septiembre de 2014 suscrita por Miguel Ramón Brito Castañeda. Estas comunicaciones prueban que, a la fecha de su emisión, el contribuyente Arte Público Exterior S.A, no tenía títulos judiciales, procesos especiales, solicitudes de compensación o devolución ni facilidades de pago. Sin embargo, esta prueba tampoco tiene la capacidad de probar que las cifras dejadas de consignar por concepto de retención en la fuente e impuesto sobre las ventas, hayan sido efectivamente retenidas o recaudadas.

VII. Certificación de obligaciones denunciadas del 4 de agosto de 2016: esta prueba demuestra que el contribuyente no ha consignado algunas obligaciones a la DIAN, pero no prueba que las sumas no consignadas hayan sido retenidas o recaudadas.

VIII. Informe de Investigador de Campo del 4 de mayo de 2015 rendido por el patrullero Yefferson Fabian Medina Suarez: esta prueba sólo fue conducente para demostrar la identidad, arraigo y antecedentes del acusado. Esta prueba no dice nada con respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que supuestamente se incurrió en el delito de omisión de agente retenedor.

Así pues, ninguna de las pruebas practicadas en juicio tiene la idoneidad para demostrar que las sumas no consignadas por el señor Mauricio Gutiérrez, fueron efectivamente retenidas o recaudadas. Por lo tanto, no hay prueba de que en este caso estemos frente a todos los elementos del tipo penal, motivo por el cual no hubo dentro del juicio oral elementos que dieran el convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda. Así pues, el juez de primera instancia profirió sentencia condenatoria sin que



existiera convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, contrariando así lo establecido en el artículo 7 de la Ley 906 del 2004.

4. Los errores de las consideraciones de la sentencia apelada

Tal y como vimos con anterioridad, la sentencia apelada es de carácter condenatorio a pesar de que la Fiscalía no logró probar la existencia de todos los elementos del delito. Para llegar a la conclusión de que había responsabilidad penal, la sentencia incurrió en seis errores que señalamos a continuación:

I. Primer error

En el acápite de hechos¹ se señala lo siguiente:

“El 19 de diciembre de 2014, Gloria Amparo Ramírez Peñuela, en calidad de Jefe del Grupo Interno de la Unidad Penal de la Dirección Seccional de Impuestos de Bogotá puso en conocimiento que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA identificado con la cedula de ciudadanía 79.147.250 en calidad de Gerente y Representante Legal de la sociedad ARTE PÚBLICO EXTERIOR S.A, no consignó en las fechas preestablecidas los dineros de recaudo de impuesto sobre las ventas y aquellos de retención en la fuente”. (Subrayado mío)

Esta manifestación hecha por la sentencia de primera instancia es completamente falsa. Basta con leer la denuncia presentada por la funcionaria Gloria Amparo Peñuela para ver que lo que se puso de presente no fue que no se hubieran consignado “los dineros de recaudo”. Lo que se puso de presente en la denuncia fue, literalmente, lo siguiente:

¹ Folio 1 de la sentencia apelada.



“El La Los aquí denunciada(os) en calidad de Representante legal de la sociedad ARTE PUBLICO EXTERIOR S.A., con NIT: 800.234.018-9, siendo la(s) persona(s) obligadas por concepto de Impuesto sobre las Ventas (IVA), tenía la obligación de consignar las sumas declaradas dentro de los plazos fijados por el Gobierno Nacional para ello tal como se describe a continuación”.

De lo anterior se desprenden dos cosas. 1. La denunciante nunca hizo referencia alguna a dineros “RECAUDADOS”; 2. La denunciante nunca describió ninguna conducta realizada por el acusado. Esta realidad es fácilmente constatable con tan sólo leer la denuncia.

II. Segundo error

En el último párrafo del acápite de hechos, la sentencia apelada consagra textualmente lo siguiente:

“El contribuyente no dio respuesta a los oficios enviados a la dirección registrada ante la DIAN para acreditar la cancelación de sus obligaciones tributarias penalizables por tanto el acusado incurrió en el delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR”².

En este apartado de los hechos, el juez incurre en el mismo error que la Fiscalía incurrió en el escrito de acusación. No dar respuesta a los oficios enviados por la DIAN no es delito. El delito es practicar retenciones o realizar recaudos del impuesto sobre las ventas, y no consignar las sumas retenidas o recaudadas al gobierno nacional. Lo cual, como ya se dijo, no se probó en el proceso.

III. Tercer error

² Folio 2 de la sentencia apelada.



En el folio quinto de la sentencia apelada, el juez de primera instancia transcribe el tipo penal de omisión de agente retenedor, tal y como se encuentra redactado hoy en día con la reforma hecha por la Ley 1819 de 2016. Esta situación no tiene en cuenta que las declaraciones por las cuales se judicializó al acusado fueron presentadas con anterioridad a la expedición de dicha Ley. Este hecho deja ver que el juez de primera instancia fue poco riguroso en el análisis realizado para proferir una sentencia condenatoria.

IV. Cuarto error

En los folios 7 y 8 de la sentencia, el Juez de primera instancia hace la valoración de las pruebas presentadas en juicio. En el folio 7, la sentencia apelada manifiesta lo siguiente:

“La Fiscalía aportó el testimonio de GLORIA AMPARO RAMIREZ PEÑUELA, funcionaria de la DIAN quien formuló la denuncia en contra de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, por la conducta punible de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR, ello por cuando el mencionado ciudadano había presentado declaraciones sobre las ventas y retenciones en la fuente de la Sociedad Arte Público Exterior S.A, de la cual fungió como Representante Legal, sin embargo, transcurrido el tiempo y pese a ser requerido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no efectuó los pagos por los conceptos correspondientes a ventas del año 2005 periodos 3, 4, 5, y 6 retención en la fuente del año 2005 periodos 9, 11 y 12, impuesto sobre las ventas del año 2006 periodos 3, 4 y 6, retención en la fuente del año 2006 periodo 7, ventas del año 2007 periodos 5 y 6, ventas del año 2008 periodos 2 y 3, sobre el particular se tiene que en juicio oral la testigo reconoció una a una las declaraciones firmadas y presentadas por el acusado”. (Subrayado mío)



De la anterior manifestación, pareciera que el juez de primera instancia entendiera que la conducta de omisión de agente retenedor consistiera en presentar declaraciones del impuesto sobre las ventas y retenciones en la fuente, y no efectuar los pagos correspondientes por dichos conceptos. Sin embargo, es necesario aclarar que en esto no consiste la conducta penalizada por el delito de omisión de agente retenedor. Esta conducta consiste en practicar retenciones en la fuente o efectuar recaudos del impuesto sobre las ventas, y posteriormente no consignarlos al gobierno nacional. Esta última conducta no es descrita por el juez de primera instancia.

Posteriormente, el juez de primera instancia manifiesta lo siguiente³:

En este punto vale la pena aclarar que se aportó certificado de existencia y representación legal de la sociedad con NIT 800234018-9 documento en el que se corrobora que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA ostenta la calidad de Gerente y Representante Legal de la compañía Arte Público Exterior S.A., desde el año 1996, luego entonces es palpable que a la fecha de los periodos declarados del impuesto sobre las ventas y retenciones en la fuente tenía bajo su responsabilidad la representación legal de la sociedad.

Frente a estas manifestaciones basta decir dos cosas. Por un lado, en ningún momento del juicio se puso en duda que el acusado ostentara la condición de representante legal de la sociedad. Por otro lado, no basta con acreditar la condición de representante legal para que se pueda imputar responsabilidad penal.

Luego, el juez de primera instancia señaló lo siguiente:

³ Folios 7 y 8 de la sentencia apelada.



“Ahora bien, los anteriores valores referenciados se debe hacer énfasis en que corresponden a los valores que obran en las declaraciones firmadas, tramitadas y presentadas por el enjuiciado, que en algunos casos no se corresponden con los valores objeto de denuncia, sin embargo, tal situación fue aclarada en juicio oral por parte de la mencionada testigo quien sobre el particular precisó:

“La razón por la que hay diferencias en algunos casos del valor declarado inicialmente y el valor objeto de denuncia es que en el lapso transcurrido entre la declaración y el momento de la denuncia pudo haber habido pagos parciales abonos que no son causal para no formular la denuncia pero si son explicativos para diferenciar lo inicial...”

Bajo tal entendido, es claro que los motivos por los cuales existen diferencias entre los valores denunciados y los que se avizoran en las declaraciones no es otro que durante el transcurrir del tiempo entre las declaraciones y el momento en el que se originó la denuncia algunos de estos saldos fueron parcialmente cancelados”.⁴

Esta parte de los considerandos de la sentencia, deja ver el pobre análisis probatorio hecho por el juez de primera instancia. A él se le genera la duda de porque no corresponden algunos valores declarados con los valores objeto de denuncia y considera completamente resuelta esta inconsistencia con el hecho de que la testigo manifestara que “pudo haber habido pagos parciales”. Cuando la testigo usa la palabra “pudo” se entiende que es un sinónimo de “quizás”. Entonces, para el juez de primera instancia, si el testigo le dice que quizás hubo pagos parciales es

⁴ Folio 8 de la sentencia apelada.



suficiente para que el concluya que “es claro que los motivos por los cuales existen diferencias entre los valores denunciados y los que se avizoran en las declaraciones no es otro que durante el transcurrir del tiempo entre las declaraciones y el momento en el que se originó la denuncia algunos de estos saldos fueron parcialmente cancelados.

Si bien es cierto que lo puesto de presente en el párrafo anterior es irrelevante para probar o desvirtuar la comisión del delito de omisión de agente retenedor, es importante mencionarlo para demostrar la indebida valoración probatoria que hizo el juez de primera instancia. Si para dicho juez es suficiente con que un testigo le diga que quizás ocurrió algo para concluir que así fue, no es de extrañar que concluya que las sumas no consignadas por el acusado fueron efectivamente retenidas o recaudadas porque quizás así fue.

V. Quinto error

En el folio noveno de la sentencia apelada, el juez de primera instancia manifiesta lo siguiente:

“En este punto, es importante recordarle al señor defensor quien en sus alegatos postuló la duda de los valores recaudados que en este modelo de enjuiciamiento existe el principio de carga dinámica de la prueba, con base en el cual no basta con esbozar eventuales circunstancias sin allegar algún fundamento que las acredite, sino que rece la obligación de la parte interesada de su demostración, al respecto la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en decisión de 25 de mayo 2011. 33660, indicó:”

Con respecto a la anterior afirmación, vale la pena manifestar las siguientes tres cosas.



En primer lugar, como abogado defensor no postulé la duda sobre los valores recaudados esbozando eventuales circunstancias sin allegar algún fundamento que las acredite. En los alegatos de conclusión manifesté, tal y como lo hago en la sustentación del presente recurso, que ninguna de las pruebas practicadas en juicio era suficiente para probar que se hubieran dado todos los elementos del tipo de omisión de agente retenedor. Esto es que ninguna de las pruebas demostraba que los dineros dejados de consignar por el acusado, fueran sumas efectivamente retenidas o recaudadas.

En segundo lugar, no es cierto que en este modelo de enjuiciamiento exista el principio de carga dinámica de la prueba. El artículo séptimo de la Ley 906 de 2004 establece, textualmente, lo siguiente: “corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado. En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria”. Por lo tanto, si el legislador manifestó que en ningún caso se puede invertir la carga probatoria, mal hace el juez en entender que “en este modelo de enjuiciamiento existe el principio de carga dinámica de la prueba”.

En tercer lugar, el juez de primera instancia entiende que la fuente para que en este procedimiento penal aplique el principio de la carga dinámica de la prueba es la decisión del 25 de mayo de 2011 Rad. 33660 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Al hacer esto, el juez desatendió el artículo 230 de la Constitución Nacional, el cual establece que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

Además, no se puede equiparar al caso estudiado en la sentencia citada por el juez de primera instancia con el caso del señor Mauricio Gutiérrez. Esto en cuanto a que, en la sentencia del 25 de mayo de 2011 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se



resolvía un caso por el delito de homicidio mientras que al señor Mauricio Gutiérrez se le acusa por el delito de omisión de agente retenedor.

Llama la atención que, en la audiencia de juicio oral, cuando el juez de primera instancia dio el sentido del fallo, haya hecho referencia a la sentencia proferida el 13 de mayo de 2009 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 31147, la cual, si estudiaba un caso de omisión de agente retenedor, y que en la sentencia hubiera pretendido usar como precedente una sentencia de homicidio que nada tenía que ver con el caso bajo estudio. Consideramos que este hecho muestra, nuevamente, la falta de rigurosidad en el fallo apelado.

Es importante manifestar que, incluso existiendo la sentencia del 13 de mayo de 2009 proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso 31147, no se puede concluir que en el juicio del señor Mauricio Gutiérrez aplicaba el principio de carga dinámica de la prueba. Esto en cuanto a que no se puede equiparar al caso estudiado en dicha sentencia con el del señor Mauricio Gutiérrez porque en el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia, el acusado, en el juicio oral, confesó “haber recibido algunos de los dineros provenientes del recaudo del impuesto a las ventas y haberles dado un tratamiento diferente”. En nuestro caso, el señor Mauricio Gutiérrez, quien ni siquiera declaró en el juicio oral, jamás confesó haber practicado ninguna retención ni haber realizado ningún recaudo. Por lo tanto, hay una gran diferencia entre lo que se probó en el caso analizado por la Corte Suprema de Justicia y lo que se probó en este caso, motivo por el cual no se puede considerar dicha sentencia como un precedente, al ser muy distintas los supuestos facticos.

VI. Sexto error

El juez de primera instancia, en los folios 10 y 11 de la sentencia apelada, manifiesta que “el acusado contó con las oportunidades procesales correspondientes para aclarar y



modificar las declaraciones presentadas, lo cual tampoco realizó, sin que pueda en este punto venir a cuestionar los valores y conceptos de las mismas, por cuanto tal y como mencionó la testigo ya han cobrado firmeza y gozan de presunción de veracidad”. Además, el juez cita unas sentencias del Consejo de Estado que manifiestan que las declaraciones tributarias tienen una presunción de veracidad.

Con respecto a lo dicho por el Juez, es necesario aclarar que la defensa, en ningún momento, cuestionó los valores y conceptos de las declaraciones tributarias. Lo que la defensa hizo fue manifestar que dichas declaraciones tributarias no tenían la facultad de probar que las sumas declaradas hubieran sido efectivamente retenidas o recaudadas. Esto en cuanto a que, como ya se mencionó con anterioridad en la presente sustentación del recurso de apelación, de acuerdo con los artículos 370 y 429 del Estatuto Tributario, las declaraciones de retención en la fuente y del impuesto sobre las ventas se tienen que presentar cuando se realiza el hecho generador del tributo, así no se hayan practicado las retenciones o realizado los recaudos.

Llama la atención de este recurrente que el juez de primera instancia haya manifestado en el folio sexto de la sentencia que el delito de omisión de agente retenedor “es un tipo penal de los denominados en blanco, por cuando su contenido debe ser entendido en el marco de las normas tributarias que rigen la materia” y no haya mencionado ninguna sola norma de carácter tributario para sustentar la decisión de su fallo. Seguramente si el juez de primera instancia hubiera revisado las normas tributarias en relación al impuesto sobre las ventas y la retención en la fuente, particularmente los artículos 370 y 429 del Estatuto Tributario, hubiera podido constatar que las declaraciones presentadas por el acusado no eran suficientes para demostrar que las sumas declaradas y no consignadas hubieran sido efectivamente retenidas o recaudadas.

5. Conclusiones



De todo lo puesto de presente en este escrito, se pueden concluir que la sentencia de primera instancia es ilegal por las siguientes cuatro razones:

- I. Profirió una condena a pesar de que en el escrito de acusación no había una descripción clara de los hechos por los cuales se acusaba, y los hechos descritos no se adaptaban a ningún tipo penal, transgrediendo así el principio de congruencia contenido en el artículo 448 del Código de Procedimiento Penal.
- II. Profirió sentencia condenatoria sin que se hubiera probado que se daban todos los elementos del tipo penal. Esto en cuanto a que se probó que el acusado presentó unas declaraciones de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente que no pago, pero no se probó que las cifras no consignadas hubieran sido efectivamente retenidas o recaudadas.
- III. Profirió una sentencia condenatoria sin valorar correctamente las pruebas y desatendiendo que, de acuerdo con el artículo séptimo de la ley 906 de 2004, es a la Fiscalía a la que le corresponde probar la presencia de todos los elementos del delito, sin que se pueda invertir dicha carga de la prueba.
- IV. Profirió una sentencia condenatoria poco rigurosa y sin hacer el análisis necesario de todas las normas relevantes para el caso.

6. Solicitud

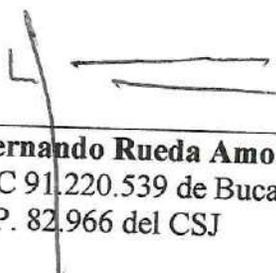
Teniendo en cuenta que la sentencia apelada profirió una condena en contra del acusado vulnerando el principio de congruencia y sin que existiera convencimiento de su responsabilidad penal, solicito lo siguiente:

1. Al Honorable Juez Veinte Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento, que de trámite establecido en el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 17 de noviembre de 2017.



2. A la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que revoque el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Veinte Penal del Circuito Con Funciones de Conocimiento.
3. A la Honorable Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que profiera sentencia absolutoria en favor del señor Mauricio Gutiérrez Valderrama.

Del señor juez,



Hernando Rueda Amorocho
C.C 91.220.539 de Bucaramanga
T.P. 82.966 del CSJ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrada Ponente: SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

Radicación:	110016000049201414557 02 (122.17)
Procedencia:	Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento
Procesados:	MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA
Delito:	Omisión de agente retenedor
Apelación:	Sentencia condenatoria
Decisión:	Confirma
Aprobado:	Acta No. 66
Fecha:	2 de junio de 2020
Lectura:	30 de julio de 2020

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el defensor de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, contra la sentencia del 17 de noviembre de 2017, mediante la cual, el Juzgado 20 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá lo declaró penalmente responsable del delito de omisión de agente retenedor. Para resolver es preciso hacer una síntesis de los siguientes

II. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme se reseñó en pretérita oportunidad por esta Corporación “(...) los hechos que tuvieron origen a la presente actuación tuvieron ocurrencia entre los años dos mil cinco (2005) y dos mil siete (2007), cuando presuntamente, Mauricio Gutiérrez

Valderrama en calidad de representante legal de la sociedad Arte Público Exterior S.A., omitió consignar de forma oportuna lo valores recaudados por concepto de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente y tampoco lo hizo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha señalada por el Gobierno Nacional, a pesar de que se efectuaron los requerimientos por la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos – DIAN, a efecto, de que cumpliera dichas obligaciones”¹

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

3.1. El 15 de marzo de 2016, ante el Juzgado 18 Penal Municipal de Control de Garantías de Bogotá, la Fiscalía General de la Nación realizó audiencia de formulación de imputación en contra MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador – artículo 402 del Código Penal – en concurso homogéneo y sucesivo, cargo que no fue aceptado.

No se impuso medida preventiva alguna en tanto el Ente acusador no la solicitó.

3.2. El 1° de julio de 2016 se radicó escrito de acusación. Correspondió por reparto al Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad y la audiencia se efectuó el 19 de agosto de 2016.

3.3. La diligencia preparatoria se desarrolló para el día 4 de octubre de 2016.

3.4. El debate probatorio en el juicio oral se realizó los días 7 de julio y 27 de septiembre de 2017, en esta última se surtieron las alegaciones finales, se emitió el sentido de fallo de naturaleza condenatoria y se corrió traslado conforme el artículo 447 del Código de Procedimiento Penal.

¹ Ver folio 28 y 29 Carpeta No. 1 Tribunal.

3.5. La sentencia condenatoria se emitió el 17 de noviembre de 2017 y contra ésta se interpuso recurso de apelación por parte del defensor del procesado.

Definido el objeto de la impugnación, procede esta Sala a desatar la alzada, para lo cual se conocerá inicialmente el contenido de la providencia censurada.

IV. FALLO DE PRIMER GRADO

Como se reseñó, en providencia del 17 de noviembre de 2017, el Juzgado 20 Penal del Circuito con función de Conocimiento declaró penalmente responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, representante legal de la Sociedad Arte Público S.A., al considerar demostradas las exigencias contenidas en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004. Consecuente, lo condenó a 54 meses de prisión y multa de \$377.420.000, así como a la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y concedió la prisión domiciliaria, debiendo suscribir acta de compromiso y prestando caución prendaria equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente; a su vez ordenó, una vez quede en firme la sentencia, se libere la correspondiente orden de captura a fin de que se dé cumplimiento a la pena impuesta en el lugar de residencia a través del Centro de Servicios Judiciales.

Para arribar a la anterior determinación, sintetizó el A quo los hechos, la actuación procesal relevante, la identidad del acusado y reiteró el cargo imputado y acusado a GUTIÉRREZ VALDERRAMA.

Luego refirió, que la Fiscalía aportó el testimonio de Gloria Amparo Ramírez Peñuela, funcionaria de la DIAN, quien formuló la denuncia inicial en tanto el encartado presentó las declaraciones correspondientes a los impuestos sobre las ventas y retenciones en la fuente de la Sociedad Arte Público, sin embargo, no efectuó los pagos pese a haber sido requerido.

Igualmente, con la testigo se incorporó al escenario del juicio oral el certificado de existencia y representación de la sociedad, donde consta que MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA ostentaba la calidad de gerente y representante legal de la empresa desde el año 1996; además, la deponente clarificó que las diferencias en los valores inicialmente presentados en la denuncia respecto a las declaraciones firmadas y presentadas por el enjuiciado, devienen de posibles pagos parciales o abonos, hecho que no desvirtúa la comisión de la conducta punible.

Concretó la primera instancia que se probó por el Ente acusador, mediante la testigo de cargo y la prueba documental introducida, que el señor GUTIÉRREZ VALDERRAMA omitió cancelar dentro del lapso de 2 meses siguientes a la presentación de las declaraciones, las obligaciones concernientes al impuesto sobre las ventas y retención en la fuente.

Contrario sensu, no dio credibilidad al argumento defensivo referente a la duda en los valores recaudados, esto en razón a la carencia de elemento material probatorio que soportara su argumento y la presunción de veracidad de las declaraciones.

Respecto a la dosificación punitiva, se indicó por el juzgador de primera instancia, que la pena para el delito contenido en el artículo 402 del Código Penal, va desde los 48 a 108 meses de prisión y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

Consiguiente, se fijó los cuartos de la siguiente forma: **cuarto mínimo:** de 48 meses a 63 meses; **segundo cuarto:** de 63 meses y 1 día a 78 meses; **tercer cuarto:** de 78 meses y 1 día a 93 meses; y **cuarto máximo:** de 93 meses y 1 día a 108 meses. Luego, indicó que al concurrir circunstancia de menor punibilidad, como lo es la carencia de antecedentes, aunado a que no se reveló un daño adicional y teniendo en cuenta los fines de la pena, se fijó como sanción a imponer a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA 54 meses de prisión.

Quantum punitivo que se aumentó en 6 meses en virtud del concurso homogéneo acusado, dejando como pena final a imponer 54 meses de prisión, así como una multa de \$377.420.000; adicional, consignó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la principal.

En punto a la suspensión condicional de la pena, refirió no cumplir el presente con el criterio objetivo fijado en el artículo 63 del Código Penal. Y finalmente concedió, en virtud del artículo 38 – original – ib., la prisión domiciliaria debiendo garantizar una caución equivalente a 1 smlmv y suscribir acta de compromiso, ordenando librar orden de captura una vez quede en firme la sentencia.

V. EL RECURSO

En la oportunidad procesal pertinente, interpuso recurso de apelación la defensa técnica del enjuiciado; asimismo, corrido el traslado a los no recurrentes, se pronunciaron frente al mismo los representantes de la DIAN y del Ministerio Público.

5.1. Recurso presentado por el defensor de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA.

El representante judicial de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA interpuso recurso vertical; al efecto solicitó revocar la sentencia de primera instancia y proferir decisión absolutoria.

Para ello, propuso como argumentos la vulneración al principio de congruencia y la inexistencia de convicción respecto a la responsabilidad penal.

Sobre la primera tesis sostuvo el opugnador que, en el escrito de acusación no se manifestó que su prohijado hubiera incurrido en el delito descrito en el artículo 402 del Estatuto Penal, en tanto no se indicó conducta desarrollada por el procesado que se pueda enmarcar en el tipo penal.

Para ello sintetizó: (i) en la denuncia no se refirió que las sumas no consignadas hayan sido retenidas o recaudadas; (ii) la Fiscalía General de la Nación erró al redactar en el escrito de acusación que el contribuyente es Fidelissa Marketing LTDA, hecho que si bien se corrigió en la audiencia, no sucedió así en el escrito; y (iii) el único hecho cierto es que GUTIÉRREZ VALDERRAMA no dio respuesta a los oficios de la DIAN, situación que no se compagina con el reato enrostrado.

Ahora, en lo atinente a la segunda censura, manifestó que ninguna de las pruebas debatidas en el juicio oral tienen la idoneidad para demostrar que las sumas no consignadas por MAURICIO GUTIÉRREZ fueron efectivamente retenidas o recaudadas.

Continuó advirtiendo los errores cometidos por el A quo en la providencia impugnada, mismos que resaltó existieron en los hechos narrados, en la trascripción del tipo penal y en la valoración de las pruebas introducidas al escenario de debate, los cuales soportan, en su consideración, la falta de análisis hecha por el Juez de Conocimiento y con lo cual, debe primar su petición de absolución.

5.2. Intervención del Ministerio Público como no recurrente.

El agente del Ministerio Público, en calidad de no recurrente, solicitó a esta Sala de Decisión Penal confirmar la sentencia condenatoria emanada del Juzgado 20 Penal del Circuito con función de Conocimiento de Bogotá.

Para ello, resaltó que el recurso presentado por la defensa se basó en tres tesis: (i) violación al principio de congruencia; (ii) se condenó con base a las declaraciones de impuestos presentadas por el acusado las cuales reconocen una obligación tributaria no cancelada, más no que los dineros hayan sido recaudados; y (iii) el Despacho solventó su providencia en el principio de la carga dinámica de la prueba.

Sobre la primera postura, advirtió que esta no fue objeto de debate durante el trámite de la primera instancia, sorprendiendo al A quo en sede de apelación cuando no puede realizar pronunciamiento alguno de tal reparo. Además, indicó que no se observa tal incongruencia, pues el marco fáctico se mantuvo frente a la imputación jurídica.

Respecto al segundo argumento, citó que a consideración del libelista, para la consumación del delito acusado se requiere: (i) un sujeto calificado; (ii) que efectivamente se haya retenido o recaudado las sumas correspondientes a impuestos sobre las ventas; y luego

(iii) se haya omitido consignarlos. Extrañando el segundo elemento en cita; sin embargo dicho disenso contravía lo expuesto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en proveído radicado 33.605.

Sintetizó que el acusado era el representante legal de la Sociedad, por lo tanto, el encargado de recaudar y retener las sumas correspondientes a los tributos, aspecto comprobado y no debatido, adicional, que éste presentó las declaraciones sobre retenciones e impuesto sobre las ventas que a la postre resultaron no canceladas, siendo entonces suficiente para tipificar el reato de omisión del agente retenedor o recaudador.

Adicionó sobre este punto y referente al tercer argumento planteado en la alzada que, cuando el Estado, a través de la Fiscalía General de la Nación, ha demostrado su postura acusatoria mediante las pruebas aportadas, le corresponde a la contraparte, defensa o procesado, desvirtuar a través de medios suasorios, esto es entendido como carga dinámica de la prueba.

Preceptuó conforme a jurisprudencia traída a colación que, en el caso objeto de estudio se presentaron declaraciones por el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, las cuales contienen manifestaciones del contribuyente que ha recaudado las sumas, conclusión alcanzada de la deposición de la testigo, hecho que no fue controvertido por el defensor y por lo cual deja sin sustento su tesis respecto que las declaraciones no significa el recaudo de dinero por concepto de retención e impuesto a la venta.

5.3. Intervención del representante de la DIAN como no recurrente.

El representante de víctimas, solicitó confirmar la decisión condenatoria emanada de la primera instancia, en tanto la decisión

proferida por el A quo se ajusta a derecho, no se ha vulnerado derecho alguno y los argumentos planteados por el estrado defensivo no tienen asidero alguno.

Dio como comprobado que MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, como representante legal de la Sociedad Arte Público Exterior recaudó el impuesto sobre las ventas en 11 oportunidades y retuvo retenciones en la fuente en 4 ocasiones, sin haber consignado las sumas, conducta tipificada en el artículo 402 del Código Penal.

Reseñó que el recurso presentado por la defensa carece de carga argumentativa, pues en ningún momento se demostró por el opugnador que el procesado declaró y consignó lo manifestado como recaudado, obviando la presunción de veracidad contenida en el artículo 746 del Estatuto Tributario y a su vez, tampoco se acudió a los recursos existentes dentro del proceso de tributación.

Y contrario, refirió que la Fiscalía General de la Nación mediante los medios de convicción practicados, demostró la materialidad del ilícito y la responsabilidad penal del encartado.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Sobre la competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la ley 906 de 2004², este Tribunal es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, contra el fallo condenatorio del 17 de noviembre de 2017, proferido por el Juzgado 20 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad.

² ARTÍCULO 34. DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito

Bajo esa premisa, estudiará la Sala la impugnación propuesta, aclarando que, por tratarse de la segunda instancia, la competencia está restringida a los aspectos objeto de inconformidad y a los que resulten inescindiblemente ligados a los mismos, en virtud del principio de limitación.

6.2. De la omisión del agente retenedor o recaudador.

Conforme la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación, se le atribuyó responsabilidad a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador, conducta descrita en el artículo 402 del Código Penal, en concurso homogéneo y sucesivo, vigente para la época de los hechos, así

“ARTÍCULO 402. 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 y ocho (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 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.

PARAGRAFO. 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.”

6.3. Sobre el caso en concreto

Teniendo en cuenta los reproches planteados por el apelante, esta Sala se ocupará inicialmente del argumento relativo a la vulneración del principio de congruencia y, luego abordará las censuras a la valoración de los medios suasorios debatidos en el juicio oral.

6.3.1. Principio de congruencia.

El principio de congruencia, consignado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004³, obtiene relevancia en tanto guarda estrecha relación con los derechos al debido proceso y a la defensa, en tanto delimita la condena a aquellos cargos formulados respecto de los cuales el procesado tuvo la posibilidad de controvertir.

En otras palabras, es un límite impuesto al poder punitivo del Estado al momento de definir el proceso penal, en tanto se garantiza que solo puede condenarse a una persona por los delitos que le fueron enrostrados en la acusación, ya que esta demarca los aspectos fácticos y jurídicos en los que se desarrollará el juicio.

“No cabe duda, por tanto, de la importancia que comporta dicho principio, en cuanto, expresión del debido proceso y sus correlativas garantías de defensa y contradicción, toda vez que a la parte acusada se le hace indispensable, no solo conocer los cargos por los cuales se convoca a juicio, sino defenderse adecuadamente de los mismos, de modo que resulta contrario a tales derechos que se le condene por un supuesto fáctico diferente al objeto de controversia.”⁴

Ahora, tal precepto debe mantenerse en tres aspectos fundamentales: el personal, el fáctico y el jurídico, siendo la

³ ARTÍCULO 448. CONGRUENCIA. El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena.

⁴ SP1714-2019, radicado 45718, MP Luis Guillermo Salazar Otero.

coherencia absoluta para los primeros, en tanto se ha avalado por la jurisprudencia la posibilidad de modificar la calificación jurídica endilgada al procesado.

“Si bien no se exige perfecta armonía entre la acusación y la sentencia, sí implica que ésta guarde una adecuada relación de conformidad con aquella en sus tres componentes básicos: personal –correspondencia entre los sujetos acusados y los que versa la sentencia-, fáctico – identidad de los hechos de la acusación y los que sirven de sustento al fallo- y jurídico –consonancia en la regulación jurídica de uno y otro acto- (cfr. CSJ SP, 4 abr. 2001, rad. 10868).

(...)

En igual sentido, la jurisprudencia ha sostenido que solo es absoluta la congruencia personal y fáctica, en tanto que la jurídica es relativa, puesto que el juez puede absolver o condenar de manera atenuada o por una conducta distinta a la imputada, siempre que no agrave la situación del encartado y respete el núcleo central de la imputación.

Así las cosas, el fallador no puede sustentar su decisión de condena incluyendo acciones, comportamientos o circunstancias que, aunque se encuentren probadas en el plenario, jamás hayan hecho parte de la imputación fáctica contenida en la calificación del mérito del sumario”⁵

Por otro lado y para dar solución al presente tópico, es menester precisar que la acusación ha sido definida como un acto complejo, conformado por la radicación del escrito de acusación y la posterior audiencia de formulación ante el Juez de Conocimiento.

“La jurisprudencia ha decantado con suficiencia que la acusación es un acto complejo que se estructura con el escrito y la formulación que la Fiscalía hace en la audiencia respectiva. Se ha agregado que ese acto complejo puede extenderse hasta el alegato final en el juicio oral, pero este postulado es relativo, pues apunta solamente a la imputación jurídica, no a la fáctica, toda vez que esta queda fijada definitivamente en la audiencia de formulación de acusación (sentencias del 25 de abril de 2007, radicado 26.309; del 8 de junio de 2011, radicado 34.022).”⁶

Postura que ha sido aceptada por la Corte Constitucional en tanto:

⁵ SP029-2019, radicado 52326, MP Eyder Patiño Cabrera.

⁶ Proceso radicado 38256, MP José Luis Barceló Camacho.

“La Corte Constitucional, por su parte, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que la formulación de la acusación es un acto complejo, que se conforma por dos oportunidades procesales: (i) por una parte, el escrito que presente la fiscalía ante el juez del conocimiento y (ii) por otra, la formulación oral de la acusación que se haga dentro de la Audiencia del mismo nombre. Tal acto complejo se traduce a su vez en un procedimiento formalizado que se desarrolla a través de: (i) la presentación del escrito de acusación ante el juez competente, (ii) dentro de los tres días siguientes a la recepción del escrito, la fijación de la fecha para la audiencia de formulación de acusación y (iii) la realización de la audiencia.”

Descendiendo al caso objeto de estudio, el opugnador refirió la violación al principio de congruencia en tanto, el escrito de acusación no relató hecho alguno que se acomodara a la conducta punible por la cual se condenó a MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, e igualmente, exaltó el yerro cometido por el Delegado Fiscal al confundir la Sociedad Contribuyente.

No obstante, para esta Corporación la tesis esgrimida por el impugnante no tiene asidero, en tanto, el escrito de acusación radicado el día 1° de julio de 2016 consignó:

“(…) se dio a conocer que el señor MAURICIO GUTIERREZ VALDERRAMA, identificado con la c.c. 79.147.250, en su condición de Gerente y Representante Legal de la Sociedad ARTE PÚBLICO EXTERIOR S.A., teniendo la obligación legal de hacerlo, no consignó en las fechas establecidas previamente por el Gobierno Nacional, los dineros recaudados por IMPUESTOS SOBRE LAS VENTAS y retenidos por RETENCIÓN EN LA FUENTE, que se detallan a continuación, obligaciones que se originan en declaraciones privadas de impuestos presentados por el mismo acusado en nombre de la mencionada sociedad”⁷

Descripción fáctica que se adecuó a la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal, y la cual, se reiteró en la correspondiente audiencia de formulación de acusación desarrollada el día 19 de agosto de 2016.

⁷ Ver folio 56, Cuaderno Juzgado.

Además, dicha génesis fue sostenida durante el curso del proceso adelantado por la Fiscalía General de la Nación, replicada en la teoría del caso esbozada el día 7 de julio de 2017 y en los alegatos de clausura durante la sesión de juicio oral del día 27 de septiembre de 2017.

Asimismo, es sobre este acontecer que el Juzgado 20 de Conocimiento soportó su providencia condenatoria, en la cual se efectuó un análisis de lo descrito por el Ente Persecutor como hechos, los cuales adecuó a la descripción típica del delito de omisión del agente retenedor o recaudador y concluyó en la responsabilidad de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA.

Por otro lado, si bien en el escrito radicado se erró en la identificación de la sociedad, pues el Fiscal del caso narró, en el párrafo siguiente al cuadro donde relacionó las declaraciones,⁸ que la Sociedad contribuyente era *FIDELISSA MARKETING LTDA*, este yerro fue corregido en la audiencia ya que esgrimió el funcionario:

“(...) la División de Cobranzas de la Administración de Impuestos dio cumplimiento al procedimiento previo que señalaban las órdenes administrativas 007 de 2000, modificada por la 004 de 2004, mediante oficios persuasivos penalizables que fueron enviados al contribuyente ARTE PÚBLICO EXTERIOR S.A., hay un error ahí que pena, lo corrijo, ARTE PÚBLICO EXTERIOR S.A., en calidad de agente recaudador y retenedor (...)”⁹

Situación plausible conforme la jurisprudencia en cita, en tanto, quedó claro que la formulación de acusación como acto complejo inicia al momento de la radicación del escrito y culmina con el desarrollo de la audiencia, misma en donde es posible realizar adecuaciones y/o aclaraciones, además, que esta situación, corrección del nombre de la sociedad, no fue advertida por el libelista que representa los intereses del enjuiciado.

⁸ Ib.

⁹ Cd audiencia de formulación de acusación del 19 de agosto de 2016, récord 8.18.

En ese orden de ideas, y tal como se dijo en párrafos previos, no se advierte vulneración al principio de congruencia, en tanto desde la formulación de acusación, hasta el proveído emanado por la primera instancia, se mantuvo la identidad de los hechos y correspondencia con el sujeto acusado; en consecuencia, la censura desarrollada en el recurso de apelación frente a este tópico, no está llamada a prosperar.

6.3.2. Análisis de los medios de prueba.

Previo dar inicio al estudio de los elementos materiales probatorios debatidos en el escenario del juicio oral, es menester traer a colación lo que ha expuesto al respecto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en SP7253-2015, radicado 41053, MP Eugenio Fernández Carlier, sobre el delito de omisión del agente retenedor.

“Como se trata de un tipo penal en blanco, su contenido ha de ser llenado con las disposiciones de índole tributaria a fin de establecer qué se entiende por retenedor o autorretenedor, y cuáles son los términos fijados para rendir cuentas ante la administración de impuestos.

Al ser una obligación predicable del agente retenedor o autorretenedor y el responsable de recaudar el impuesto sobre las ventas (IVA), se está ante un sujeto activo cualificado y versa sobre una conducta omisiva, por no hacer los pagos de las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, o las que corresponden al impuesto sobre las ventas, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la respectiva declaración o no consignar dentro del término legal el dinero recaudado por tasas o contribuciones públicas.”

En ese sentido, el Estatuto Tributario dispone quién es agente retenedor, agente autorretenedor y el responsable del impuesto sobre las ventas o IVA, igualmente, es de resaltar la presunción de veracidad que ostentan las declaraciones tributarias presentadas.

“ARTICULO 746. PRESUNCIÓN DE VERACIDAD. Se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos

administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija.”

Postura que ha sido reiterada por la jurisprudencia del Consejo de Estado en tanto dicha Corporación se pronunció:

“La Sala ha precisado que esta norma establece una presunción legal, pues el contribuyente no está exento de demostrar los hechos que consignó en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las declaraciones o en las respuestas a los requerimientos administrativos”¹⁰

Contextualizado lo anterior, al descender al caso objeto de análisis, se tiene que la Fiscalía General de la Nación únicamente llamó como testigo de cargo a la señora Gloria Amparo Ramírez Peñuela, funcionaria de la DIAN, quien rindió versión el día 27 de septiembre de 2017.

En esta, inicialmente se puso de presente la denuncia radicada por Ramírez Peñuela, se reconoció, leyó y se enfatizó en los períodos gravables de los cuales se presentó declaraciones por MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA, sin que los mismos se hubiesen pagado en el término fijado por el Gobierno ni posterior.

Luego, se puso de presente a la declarante el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la Sociedad Arte Público Exterior, donde consta que el gerente y representante legal de dicha empresa para la fecha de los hechos es el acá procesado.

Más adelante, se visualizó por la deponente el Registro Único Tributario, el cual contiene la información de la sociedad así como de las responsabilidades, de las cuales, es factible concluir que Arte Público Exterior S.A. tenía la calidad de agente retenedor y

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, radicado 25000-23-27-000-2012-00600-01(20822), MP Martha Teresa Briceño De Valencia.

recaudador. Posterior, se puso igualmente de presente a la testigo el oficio persuasivo penalizable, mediante el cual la DIAN invitó al contribuyente a ponerse al día en el pago y advierte que de no hacerlo se vería abocado a afrontar un proceso de cobro coactivo y uno penal.

Por último, se allegaron al juicio oral copias de las declaraciones privadas sobre las ventas y retención en la fuente, presentadas por MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA en nombre de la sociedad Arte Público Exterior S.A., oficios de comunicaciones internas de la DIAN y el estado de cuenta del contribuyente.

Ahora, es menester aducir que los documentos arriba citados, fueron incorporados en debida forma al debate procesal.

En la oportunidad procesal pertinente, se practicó el conainterrogatorio de la defensa, en la cual se enfatizó el desconocimiento efectivo de las sumas recaudadas, aduciendo que no se precisaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizaron estas, cuestionamiento que fue absuelto por la Doctora Gloria Amparo Ramírez Peñuela, de la siguiente forma:

“Es importante mencionar que las declaraciones privadas que presentan los contribuyentes en general con respecto a todos los impuestos y todos los recaudos, pues están plasmadas en la información contenida en las declaraciones que están cubiertas por una presunción de veracidad y por supuesto esa es la fuente formal y suficiente para obtener la información suministrada (...) señor Juez, la declaración lo que contiene es una manifestación del contribuyente que ha recaudado esa suma de dinero, por consiguiente si una declaración, repito por última vez, cubierta de la presunción de veracidad (...) las declaraciones que se traen a un proceso penal son declaraciones que se encuentran en firme, que no han sido ya objeto de ninguna discusión ante el procedimiento administrativo que contempla el estatuto tributario (...)”¹¹

En el redirecto, ante cuestionamiento hecho por el representante de la Fiscalía, la testigo de cargo sintetizó la posibilidad que trae el

¹¹ Cd audiencia de juicio oral del 27 de septiembre de 2019, récord 38:40.

Estatuto Tributario de realizar correcciones a las declaraciones presentadas ante la DIAN.

Y finalmente, ante pregunta hecha por el Juez en sus facultades oficiosas, la Doctora Gloria Amparo señaló que las diferencias de dinero entre las declaraciones iniciales y las cifras señaladas en la denuncia, derivan de pagos parciales o abonos, mismos que no son causales para no iniciar la denuncia.

Acto seguido, la Fiscalía General de la Nación y la defensa técnica del procesado renunciaron a la práctica de los demás medios probatorios que les fueron decretados en la audiencia preparatoria.

Ahora, del análisis de los elementos documentales incorporados, así como la versión ofrecida por la única testigo, esta Corporación considera que la decisión emitida por el Juzgado 20 Penal del Circuito se encuentra conforme a lo acreditado a través de los medios de convicción incorporados al debate oral.

De forma concreta, los elementos probatorios dan certeza que el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA actuó para los años 2005, 2006, 2007 y 2008 como gerente y representante legal de la sociedad Arte Público Exterior S.A., de la cual, tenía calidad de agente retenedor y recaudador. Asimismo, que omitió consignar los dineros concernientes a la retención en la fuente e impuesto sobre las ventas en el término fijado por el Gobierno y los 2 meses siguientes.

La anterior conclusión deriva, en primera medida, del Registro Único Tributario, el certificado de representación de la Cámara de Comercio de Bogotá y las declaraciones privadas presentadas por el mismo encartado.

En ese orden de ideas, quedó corroborado durante el juicio oral la sustracción de la obligación del contribuyente en consignar los dineros referentes a: (i) impuesto de ventas del año 2005, periodos 3, 4, 5 y 6; año 2006 periodos 3, 4 y 6; año 2007 periodos 5 y 6; y año 2008 periodos 2 y 3. Y (ii) retención en la fuente año 2005 periodo 3, 11 y 12; y 2006 periodo 7.

Ahora, si bien los reparos alegados en el recurso van enfocados a, primero, reseñar que no se corroboró la efectiva recaudación de los dineros y, segundo, que los elementos suasorios no desvirtúan la presunción de inocencia, esta Colegiatura encuentra que dichas censuras se alejan del trámite acaecido en el desarrollo del juicio oral.

En otras palabras, respecto al primer reproche, es preciso indicar que si el estrado defensivo pretendía desvirtuar la teoría de la Fiscalía General de la Nación aduciendo el no recaudo de las sumas referidas en las declaraciones, cuyos datos están revestidos de presunción de veracidad, debió aportar elemento material probatorio que deslegitimara la postura asumida por el Ente acusador, hecho que evidentemente no aconteció.

Lo anterior es conocido como la carga dinámica de la prueba, que si bien no significa que el procesado deba asumir el deber que le corresponde al Estado, sí se traduce en una carga de parte por acreditar con medios suasorios legalmente establecidos, el supuesto de hecho que se alega; esto es, traer al debate suficientes pruebas que soporten los argumentos esbozados y, además, que tengan la fortaleza de derrotar la hipótesis investigativa asumida por el delegado de la Fiscalía, situación que para el *sub judice* no se evidenció.

Por otro lado, en punto a lo argüido referente a carencia de suficiencia demostrativa en los documentos y la versión de Gloria Amparo Ramírez Peñuela como testigo de cargo, se considera que esto se debió a un incorrecto análisis desarrollado por el opugnador, pues en su recurso estudió por separado los medios de convicción traídos al escenario del juicio oral, obviando que los mismos deben ser examinados en conjunto y con ello, determinar si desvirtúan la presunción de inocencia que le asiste al enjuiciado.

En consecuencia, para esta Sala de Decisión Penal no existe duda alguna que el comportamiento desplegado por el señor MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA se acomoda a la descripción normativa hecha para el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, teniendo además que se logró demostrar la materialidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del acusado.

Corolario, conforme se adujo en párrafos precedentes del presente proveído, la decisión que en derecho corresponde es la de confirmar la sentencia condenatoria del 17 de noviembre de 2017, emanada del Juzgado 20 Penal del Circuito de Bogotá, ya que se llegó al conocimiento más allá de toda duda razonable de la responsabilidad penal de MAURICIO GUTIÉRREZ VALDERRAMA sobre el delito que le fue enrostrado.

Como no existe reparo alguno por esta Sala en cuanto al proceso de dosificación punitiva, y a la negativa en el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y a la concesión de la prisión domiciliaria, misma que en el proveído de primer grado se encargó de disponer lo pertinente para dar cumplimiento una vez obtenida la firmeza del fallo, se abstiene esta Colegiatura de realizar cualquier consideración al respecto.

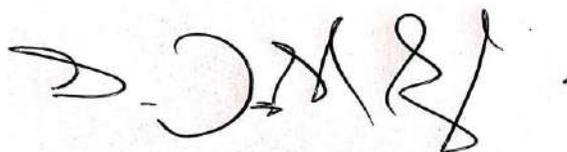
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia condenatoria del 17 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado 20 Penal del Circuito con función de Conocimiento de esta ciudad, conforme lo expuesto en el cuerpo motivo de este fallo.

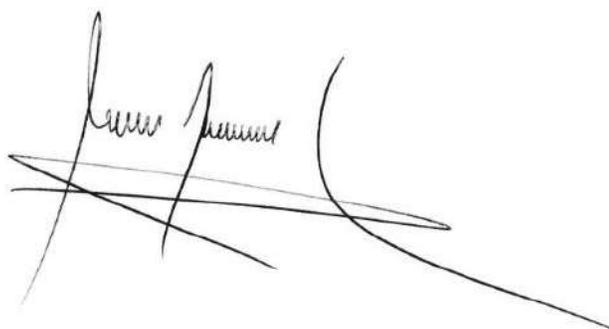
SEGUNDO. ADVERTIR que contra la presente sentencia procede el recurso de casación, en la forma y términos contemplados en los artículos 181 y siguientes de la Ley 906 de 2004, modificada por la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



SUSANA QUIROZ HERNÁNDEZ

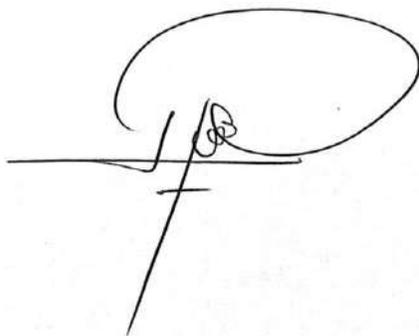
Magistrada



RAMIRO RIAÑO RIAÑO

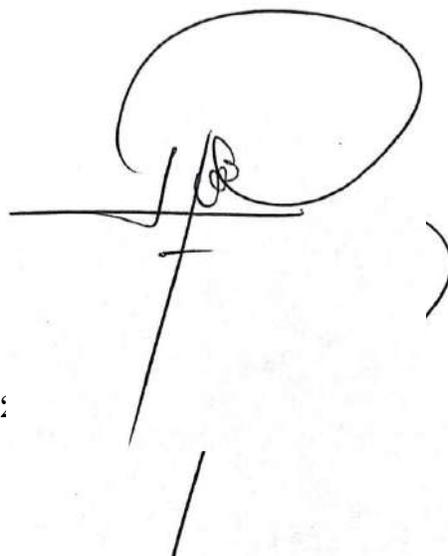
Magistrado

Radicación: 110016000049201414557 02 (122.17)
Procesados: Mauricio Gutiérrez Valderrama
Delito: Omisión del agente retenedor

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, rounded loop at the top, a horizontal line, and a vertical line extending downwards.

JULIÁN HERNANDO RODRÍGUEZ PINZÓN

Magistrado

A handwritten signature in black ink, identical to the one above, consisting of a large, rounded loop at the top, a horizontal line, and a vertical line extending downwards.