



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO
Magistrado Ponente

SP1634-2024

Radicación No. 57356

(Acta No. 154)

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil veinticuatro (2024)

I. ASUNTO

Correspondería a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pronunciarse sobre la demanda de casación presentada por el apoderado de ISAIAS BUENAHORA ARENAS contra la sentencia del 5 de diciembre de 2019 por medio de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga confirmó la que el 2 de mayo de 2017 profirió el Juzgado 10° Penal del Circuito de Bucaramanga con la que lo condenó por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador en concurso homogéneo y sucesivo, si no fuera porque se advierte que operó la prescripción de la acción penal con anterioridad al fallo de segunda instancia.

II. HECHOS

1. Entre los años 2007 y 2008, ISAÍAS BUENAHORA ARENAS, en su condición de representante legal de la sociedad COMPAÑÍA DE SERVICIOS FARMACÉUTICOS S.A. (SEVIFARMA S.A.)¹, omitió consignar las sumas recaudadas y declaradas ante la DIAN por concepto de retención en la fuente dentro de los plazos establecidos por el Gobierno nacional. Concretamente, los dineros correspondientes a los siguientes periodos tributarios: 12 de 2007 y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, y 8 del año 2008, por un total de \$252.713.000, más intereses moratorios.

III. ANTECEDENTES PROCESALES

2. El 20 de abril de 2012, la Fiscalía General de la Nación le imputó a BUENAHORA ARENAS la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402 de la Ley 599 de 2000), en concurso homogéneo y sucesivo, ante el Juzgado 10º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga, Santander. El procesado no aceptó el cargo.

3. El 8 de mayo de 2012, la Fiscalía presentó escrito de acusación en contra del referido ciudadano por el mismo punible. Y, el 4 de diciembre de 2013, tuvo lugar la respectiva audiencia ante el Juzgado 10º Penal del Circuito de Bucaramanga.

¹ Esta sociedad está ubicada en la Carrera 29 N.º 55 - 09 Bucaramanga, Santander.

4. El 2 de abril de 2014, tuvo lugar la audiencia preparatoria², mientras que entre en las sesiones del 15 de febrero de 2016³ y el 2 de mayo de 2017 se desarrolló el juicio oral.

5. En esa misma fecha, el Juzgado condenó a BUENAHORA ARENAS por omisión del agente retenedor o recaudador en concurso homogéneo y sucesivo a la pena principal de 60 meses de prisión y a la multa de \$1.010.852.000, y a la pena accesoria de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la principal.

6. El *A quo* también le negó la suspensión condicional de la pena, por lo que ordenó librar la correspondiente orden de captura en su contra. Sin embargo, le concedió la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, previo pago de la respectiva caución.

7. La defensa del procesado apeló esta decisión, para lo cual presentó la sustentación oportunamente el 9 de mayo siguiente. Alegó la nulidad del trámite por violación a garantías fundamentales, debido a que con posterioridad de la audiencia preparatoria y de juicio oral (concretamente, en

² En esa oportunidad, las partes estipularon la plena identidad del procesado, así como que, en su condición de representante legal de SEVIFARMA S.A., dejó de efectuar los mencionados pagos en favor de la DIAN y por concepto de retención en la fuente en los periodos ya señalados. Adicionalmente, la defensa no descubrió ningún elemento material probatorio.

³ Previo a ello, el 31 de agosto de 2014, BUENAHORA ARENAS allegó un memorial al Juzgado en el que manifestó renunciar al fenómeno de la prescripción de la acción penal, ya que SERVIFARMA adelantaba los trámites administrativos tendientes a cancelar la deuda con la DIAN por concepto de retención en la fuente. Asimismo, se comprometió a comparecer ante el despacho cada vez que fuera requerido.

el año 2016) tuvo conocimiento de que la DIAN resolvió dar por no presentadas las declaraciones tributarias de retención de la fuente que ocasionaron este proceso. En este sentido, al ser inexistentes tales documentos, no había lugar a ninguna causa penal.

8. Subsidiariamente, expresó que no se probó, ni el *a quo* señaló, que su representado hubiera actuado dolosamente, lo que implicaba que la conducta resultaba atípica. En consecuencia, el procesado debía ser absuelto por duda razonable en virtud del principio “*in dubio pro reo*”.

9. El 5 de diciembre de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga resolvió: (i) no decretar la nulidad solicitada por la defensa del enjuiciado y (ii) confirmar el fallo condenatorio de primera instancia.

DEMANDA DE CASACIÓN

10. El censor presentó un cargo único contra la decisión de segunda instancia bajo la causal 2º de casación prevista en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004. Sin que en el planteara la prescripción de la acción penal.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

10. Tal y como se expresó arriba, sería del caso emitir un pronunciamiento sobre la demanda de casación presentada en este asunto, de no ser porque la Sala advierte que en este

asunto se configuró la prescripción de la acción penal antes de que el Tribunal profiriera el fallo de segunda instancia.

11. Esta Corporación ha precisado cómo proceder en sede de casación cuando ha operado la prescripción con anterioridad al proferimiento de la sentencia de segunda instancia⁴. En esos casos, deberá distinguirse si eso fue planteado por el casacionista en la demanda o si por el contrario es la Corte quien lo advierte oficiosamente, ya que en ese evento deberá casarse de oficio para anular el fallo e inadmitir la demanda por ausencia de objeto:

... Cuando la prescripción ocurre antes de la sentencia de segunda instancia, es necesario distinguir dos hipótesis:

a) Si el error ha sido planteado en la demanda, se debe admitir el libelo y definir el cargo mediante fallo de casación, con prescindencia de los restantes ataques si han sido planteados.

b) Si el recurrente no formuló el reproche, le corresponde a la Corte analizar la ocurrencia del fenómeno extintivo, casar de oficio para anular el fallo y, como consecuencia de ello, inadmitir la demanda por ausencia de objeto, sin que resulte, entonces, procedente, por innecesario y en virtud del principio de economía procesal, agotar el juicio de admisibilidad de los cargos contenidos en el libelo. Desde luego, en caso de haberse admitido la demanda, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre los cargos allí formulados. [...]"⁵.

12. Ahora bien, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 83 del Código Penal, durante la etapa de instrucción,

⁴ Por el contrario, si la acción penal prescribe con posterioridad al fallo de segunda instancia debe decretarse directamente y cesar el procedimiento con independencia del contenido de la demanda, prescindiendo del juicio de admisibilidad, pues en tales supuestos el fallo fue dictado en forma válida, en cuanto se hallaba vigente la facultad sancionadora del Estado. Cfr. CSJ AP1870-29, rad. 54551.

⁵ SP-1962-2019 de 05 de junio de 2019, Rad. 48384, reiterada en CSJ AP211-2022, rad. 58905.

la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20).

13. Por su parte, el art. 86 *ibidem*, modificado por el art. 6º de la Ley 890 de 2004, establece que la prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Interrumpido el término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83, sin que pueda ser inferior a 5 años ni superior a 10.

14. Sin embargo, el artículo 292 *ibidem* prevé que: “(l)a prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”.

15. Según se anotó arriba, la Fiscalía General de la Nación le imputó al procesado el delito de omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402 de la Ley 599 de 2000), en concurso homogéneo y sucesivo, ante el Juzgado 10º Penal Municipal con funciones de control de garantías de Bucaramanga, Santander.

16. Esa conducta punible contempla una pena de prisión de 48 a 108 meses de prisión, pero como quiera que la jurisprudencia de esta Sala ha explicado que el agente retenedor cumple funciones transitorias de servidor público, para efectos de contabilizar la prescripción de la acción penal se le aplica el incremento dispuesto para ese sujeto, conforme

al inciso sexto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (*cfr.* CSJAP 5708–2016, rad. 47449; CSJ AP3235-2018, rad. 50284, CSJ AP960-2019, rad. 54594 y CSJ SP 3212-2020, rad. 56030).

17. Lo anterior lleva a que la pena máxima del delito ya referido se incremente en una tercera parte, conforme a lo previsto en el canon 83 original *ibidem*⁶, por lo que esta asciende a 144 meses. Ese *quantum*, debido a la interrupción del término por la formulación de imputación, se divide en dos y queda en 72 meses, esto es, seis años.

18. Esto demuestra objetivamente que el Estado había perdido su facultad punitiva para la fecha en la que la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga profirió el fallo confirmatorio: si la imputación contra **BUENAHORA ARENAS** tuvo lugar el 20 de abril de 2012, la sentencia de segunda instancia debía dictarse a más tardar el 20 de abril de 2018. Sin embargo, esa determinación se aprobó el 5 de diciembre de 2019, esto es, cuando ya la acción penal no podía proseguirse, pues ese fenómeno extingue la acción penal⁷.

19. La configuración del fenómeno prescriptivo en este caso entrañaba para el Tribunal la imposibilidad de continuar con el proceso por pérdida de la potestad sancionadora del Estado y, en consecuencia, la sentencia adoptada carece de validez. Por tal razón, la Corte, con arreglo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, casará

⁶ Ley 599 de 2000, art. 83, inc. 6: “Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”.

⁷Arts. 82 de la Ley 599 de 2000 y 77 de la Ley 906 de 2004.

oficiosamente el fallo de segunda instancia y anulará esa decisión. En su lugar **decretará la preclusión** de la actuación por haber operado la prescripción de la acción penal en relación con el delito de omisión del agente retenedor o recaudador por el que ISAÍAS BUENAHORA ARENAS fue acusado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

Primero. Casar oficiosamente el fallo proferido el 5 de diciembre de 2019 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga y **declarar su nulidad**, de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

Segundo. En su lugar, **decretar la preclusión** de la actuación por haber operado la prescripción de la acción penal en relación con el delito de omisión del agente retenedor o recaudador por el que fue acusado ISAÍAS BUENAHORA ARENAS.

Tercero. Devolver la actuación al juzgado de primera instancia, el cual procederá a cancelar las anotaciones, órdenes y cauciones que hubieren prestado con ocasión del fallo condenatorio de primera instancia.

Cuarto. Advertir que contra la decisión no proceden recursos.

Notifíquese y cúmplase



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

24

racio



GERARDO BARBOSA CASTILLO



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO



HUGO QUINTERO BERNATE



CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 8B5A61461A9DD89D85689B5A6E55DF376D8BDD2A80E5B6429D46A133A91C4863

Documento generado en 2024-07-15