



SALA PENAL

Medellín, diez (10) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicado:	05001-60-00718-2010-00164
Procesado:	NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR
Delito:	OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR
Asunto:	APELACIÓN DE AUTO

Magistrado Ponente
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.

Proyecto aprobado en Sala del cinco (05) de abril de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro. 15 y leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el Dr. Luis Horacio Osorio Echavarría, en su calidad de representante de la **DIAN**, contra la decisión proferida por el Juez Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, el 12 de octubre de 2017, que decretó la preclusión de la investigación en favor de **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR** por el delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR**.

2. HECHOS

El 16 de marzo del año 2010, la Dra. María Magdalena López Bedoya, abogada de la División Jurídica de la **DIAN**, formuló denuncia penal en contra de la señora **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR**, representante legal de la **PREOPERATIVA DE DISTRIBUCIONES TRIPLEX Y AGLOMERADOS**, quien supuestamente presentó las

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

declaraciones tributarias del periodo 5 del año 2007 por valor de \$3.459.014 pesos y de los periodos 1 y 2 del año 2008 por valor de \$15.509.000, sin haber efectuado el pago total equivalente a \$18.968.014 más los intereses moratorios y la actualización de la deuda hasta la fecha de pago.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

El 16 de agosto de 2017, la Fiscal 175 Seccional radicó escrito de preclusión, correspondiendo por reparto el asunto al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, quien fijó fecha para su realización el 12 de octubre de 2017, momento en el que el ente acusador sustentó la misma, invocando las causales 1 y 6 del artículo 332, esto es por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal e imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, sin embargo, la decisión del despacho solo vino a darse el 18 de octubre del año en curso, en la cual el *A quo* resolvió acceder a la petición de la Fiscalía, por acreditarse el pago del periodo 5 del año 2007 (numeral 1 del artículo 82 del CP) y por demostrarse que para el periodo del año 2008 ya no era representante legal de la empresa, pese a lo cual, se utilizó su firma digital para presentar las respectivas declaraciones. Esta decisión no fue acogida por el representante de la DIAN que interpuso recurso de apelación.

4. ARGUMENTOS DEL RECURSO

La representante jurídica de la DIAN manifestó que no está de acuerdo con la decisión del despacho de primer grado, argumentando que la señora **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR**, para el momento en que la entidad formuló la denuncia penal en su contra (año 2010), aún ostentaba el cargo de representante legal de la sociedad Precooperativa de Distribuciones Triplex y eso conlleva unos deberes y obligaciones tributarias, determinadas en la ley y la Constitución.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Dice que en este caso se presenta una situación de carácter formal y otra, de corte material. la primera de ellas, es que la señora CHAPARRO BETANCUR presentó renuncia a la cámara de comercio, pero nunca renunció ante la DIAN; en ese orden, durante su periodo como representante legal se causaron dos obligaciones tributarias por IVA, y siendo ella la encargada del manejo y dirección de la empresa, pues era su deber cumplir con el pago de dichas obligaciones.

Expone la apelante que, en este asunto, se presentaron dos declaraciones electrónicas que tenían la firma digital de la acusada como representante legal, de manera que esta persona estaba actuando material y realmente en nombre de la sociedad al momento de la causación de esos periodos. Así mismo, indica que no está probado en el proceso que su firma haya sido usurpada, menos podía inferirse este hecho, si provenía de la empresa donde ella laboró, eso sin mencionar que según la ley 527 de 1999, la firma digital reglamentada por el decreto 2364 de 2012, consagra frente a las obligaciones del firmante, que este debe mantener la custodia y control sobre los datos de la declaración y actuar con diligencia, para evitar el uso no autorizado de su firma, debiendo dar aviso oportuno a cualquier persona que reciba mensajes o textos firmados electrónicamente.

De otra parte, refiere que el artículo 12 de la resolución 1215 de 2005 establece la responsabilidad de los usuarios suscriptores del mecanismo para firma y certificado digital, expresando que estos se harán responsable por la falsedad, error u omisión en la información suministrada a la **DIAN** y por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones como usuarios. En ese entendido, expresa que la señora Nubia Emilce es responsable del manejo y utilización de la firma y si para cualquier circunstancia dejaba de serlo, debía informar de ello a la administración tributaria, no obstante, aún hoy sigue figurando ante la **DIAN** como representante legal de dicha sociedad y como responsable de

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

la firma digital. Insiste en que una cosa es la gestión comercial que se hace ante las Cámaras de comercio y otra en materia tributaria, por lo que la simple renuncia y su notificación a la primera de ellas, constituye en términos de la Fiscalía, como prueba determinante para concluir ausencia de responsabilidad.

Para el efecto, trae a colación el principio general del derecho, según el cual, ***“las cosas se hacen como se deshacen”***; por lo tanto, ella debió acercarse oportunamente a registrar esa novedad de renuncia como representante legal de dicha sociedad ante la división de gestión y asistencia al cliente de la DIAN, donde se tramita el RUT, la firma digital, entre otras. Así mismo, cita el artículo 164 del código de comercio cuyo texto reza: ***“Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción”***.

Para la DIAN no es admisible la causal de excluyente de responsabilidad que aduce la fiscalía, porque en su sentirse el momento de cometerse el delito es uno, pero el origen del mismo es otro y es anterior, lo que indica que la persona que debe responder por la omisión en la consignación de los dineros recaudados es Nubia Emilce Chaparro, a menos que la fiscalía demuestre que existía otra persona que tenía el manejo económico y el direccionamiento de los recursos de la empresa para el momento de la causación de la obligación. En virtud de lo anterior, la representante legal tenía la obligación de dejar saneado y al día las obligaciones tributarias, de lo contrario, esto es, de permitir con la sola renuncia esta omisión, se abriría una puerta para cualquier representante legal o quien tenga la firma electrónica autorizada, se sustraiga de las responsabilidades que

tiene con el Estado de recaudar y consignar dichos valores establecidos por la ley siendo su responsabilidad única y exclusivamente.

Por todo lo expuesto, la apelante solicita revocar la decisión de primera instancia y en su lugar se ordene a la Fiscalía continuar con la investigación penal.

5. SUJETOS NO RECURRENTES

La Fiscalía en condición de no recurrente expresa que la decisión del juez es muy clara, al explicar que no hay prueba o evidencia que permita iniciar o continuar la investigación en contra de la señora **CHAPARRO BETANCUR** y en ese orden, continuará la investigación respecto de los presuntos responsables que siguieron con la operatividad de la empresa, tal y como lo dispuso la judicatura en la compulsas de copias.

Reitera que esa delegada no pidió nunca exoneración de responsabilidad de la investigada, sino que explicó que carecía de elementos materiales probatorios para inferir su responsabilidad, además de que quedó claro que la obligación del periodo 2007-05 ya fue cancelada. La conducta analizada es la de los periodos 1 y 2 del año 2008, y quedó claro que, para esas fechas, la señora **NUBIA EMILCE** ya no era la representante legal de la empresa. En esa medida si lo que pretende la DIAN es recaudar esos dineros, deberá esperar que se concluya la investigación frente a las personas que quedaron encargadas de la sociedad en esas fechas, para lo cual, el ente instructor ya profirió una orden de trabajo a un investigador contable, en orden a verificar quien asumió y quien continuó con la operatividad de la misma, así como quien fue la persona que hizo uso de la firma electrónica de la indiciada, quien también deberá responder por este hecho, ya que se trata de un delito financiero.

Expone que, si bien hay una regulación legal para la firma electrónica, también se debe tener conciencia de que, en este país de incultos, hay

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

personas que utilizan esta firma para fraudes y, por ende, a pesar de ser titular de la acción penal y tener la carga de la prueba, ante falencias en el recaudo probatorio no tiene legitimidad para pedir condena. Insiste en que no hay prueba que la ciudadana denunciada sea culpable, la omisión en el pago de esas declaraciones no es atribuible a la señora Chaparro Betancur.

El representante del Ministerio Público solicitó confirmar la decisión, afirmando en los mismos términos que el ente acusador, que no hay prueba o bases suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia que cobija a la señora **CHAPARRO BETANCUR**, en especial porque se debe analizar primero quien fue la persona que hizo esos reportes a la **DIAN** porque fue la misma que se quedó con esos dineros. Expone que en este caso hay dos tipos de responsabilidad: la patrimonial o civil y la penal. Respecto a esta última, el artículo 402 del Código penal demanda una conducta eminentemente dolosa, es decir, un querer del ciudadano de realizar el ilícito. No obstante, en el asunto de marras, lo que se ve es que la señora **NUBIA EMILCE** ha tratado de desprenderse de esa condición de representante legal desde un inicio, tanto que informó a la cámara de comercio que había renunciado. Adicional a ello, dice que el artículo 164 del Código de comercio invocado por la DIAN no pueden ser interpretado de manera exegética, sino en los términos señalados por la Corte Constitucional en la sentencia C-621/03, en el entendido de que la responsabilidad de los representantes legales y revisores fiscales salientes de sus cargos mientras se registra el nuevo nombramiento no puede carecer de límites temporales y materiales.

Para finalizar, refiere que precisamente esa renuncia de la ciudadana al cargo demuestra su interés en no continuar con la representación legal de la entidad, y por ende no habría razón para tenerla como la persona que dominaba el hecho o la conducta, además pide que se mire la anotación hecha por la Cámara de comercio que dice que la sociedad está en

liquidación por lo que debe aplicarse las normas sobre la materia. Así mismo, llama la atención sobre el certificado que reposa en la carpeta donde dice que se canceló el periodo 5 del año 2007, para que se verifique que personas con posterioridad a la desvinculación de la indiciada siguieron manejando los destinos de la sociedad.

La defensa de la indiciada, refiere que cuando se recurre una decisión no basta con traer a colación un sinnúmero de normas y disposiciones, sino que se debe controvertir las evidencias aportadas y en este caso, la DIAN no cumplió con esa obligación, nunca se atacó su renuncia, o el hecho de que era la directora ejecutiva pero que no tenía funciones de ordenadora del gasto, que además la renuncia se presentó es ante la Cámara de comercio y el patrón, no ante la DIAN porque no es la entidad nominadora, que pese a entregar la renuncia la empresa no hizo nada para desvincularla, a pesar de que ella mostró preocupación por el retraso en el pago de las obligaciones.

Por otro lado, dice que las regulaciones de la firma digital son del año 2012 y los hechos datan del 2008, por lo que esas normas no eran aplicables a su representada, máxime si se tiene en cuenta que su defendida presentó una solicitud a la **DIAN** pidiendo que no tengan en cuenta esas declaraciones, diciendo que le habían utilizado su firma digital, que también la víctima no hizo nada desde el 2012 hasta el 2017 y que lo que pretende después de haber agotado el proceso coactivo en forma infructuosa, es revivir la deuda para poderla cobrar.

Para finalizar, trae a colación la declaración rendida en la Fiscalía por el presidente de la junta directiva de la empresa, quien refirió que quien decidía sobre los pagos, y disponía realmente del dinero entre julio de 2007 a julio de 2008 era la junta directiva; que recordaba que entre los socios se acordó dar cada uno la suma de \$2.000.000 de pesos para pagar los impuestos a la DIAN, pero que, transcurridos varios días, se dieron

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

unos imprevistos y la mayoría afirmó que no iban a pagar. En esta declaración, queda claro que era la junta la que tenía que pagar y no Nubia Emilce, además para esa fecha ya no estaba en la empresa, sino que estaba laborando en otra diferente. Por lo anterior, solicita declarar desierto el recurso de apelación o en su defecto, confirmar la decisión que decretó la preclusión de la investigación.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Medellín, de conformidad con lo establecido en el artículo 34.1 de la Ley 906 de 2004.

El problema jurídico que debe resolver la Sala en esta oportunidad, se contrae a examinar si la decisión de primer grado que decretó la preclusión de la investigación en favor de la señora **CHAPARRO BETANCUR** se encuentra ajustada a la ley y la constitución o, por el contrario, si le asiste razón a la **DIAN**, en el sentido que de que la indiciada debe responder por el delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR**.

Lo primero que debemos señalar es que, en este caso, hasta el momento no se ha formulado imputación a la señora **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR** por el precitado delito, lo que de entrada habilita a la Fiscalía para solicitar la preclusión de la investigación por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 332 de la ley 906 de 2004. Igualmente, debe recordarse que de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Política y el artículo 200 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía como titular de la acción penal tiene el deber de investigar hechos con connotación delictiva, siempre y cuando obtenga elementos de juicio suficientes sobre su probable configuración. De lo contrario, esto es, cuando no encuentre mérito para acusar o cuando de la investigación se

concluya que se configura en el caso una causal de ausencia de responsabilidad penal, debe acudir al juez de conocimiento para solicitar la preclusión de la investigación según las causales previstas en la ley¹.

Ahora bien, los artículos 331 a 335 de la ley 906 de 2004 son los encargados de regular el instituto jurídico de la preclusión, estableciendo que puede ser decretada por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, cuando se encuentre acreditada una de las situaciones contempladas en el canon 332:

“1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.

3. Inexistencia del hecho investigado.

4. Atipicidad del hecho investigado.

5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado.

6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.

7. Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código”.

También procede la preclusión en cualquier etapa del trámite cuando se verifique la configuración de los motivos de extinción de la acción penal del artículo 77 del Código Penal, a saber: muerte del imputado o acusado, prescripción, amnistía, oblación, caducidad de la querrela y desistimiento. Y en los previstos en el artículo 82 del Código Penal que, adicional a los anteriores, **prevé el pago**, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, tenemos que la Fiscalía General de la Nación a través de su delegada 175 Seccional solicitó la preclusión de la investigación por el delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR** en favor de la señora **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR**, invocando

¹ ver sentencias 39864 del 11 de febrero de 2015 y 44507 del 11 de marzo de 2015.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

para el efecto las causales contenidas en los numerales 1 y 6 del artículo 332 de la ley 906 de 2004. Para tal efecto, indicó que la obligación correspondiente al impuesto de ventas del periodo 5 del año 2007 por valor de \$3.459.014 pesos ya había sido cancelada, de manera que el pago total constituía una causal de extinción de la acción penal sobreviniente que imposibilitaba continuar con el ejercicio de la acción. Esta situación fue verificada efectivamente por el juez quien avaló la misma y en consecuencia frente a este hecho decretó la preclusión del caso, sin que ninguno de los intervinientes mostrase oposición alguna.

En este orden, el asunto a debatir se contrae a analizar si la indiciada, incurrió en el delito de omisión de agente retenedor al evadir el pago del impuesto de ventas correspondiente a los periodos 1 y 2 del año 2008 por valor de \$15.509.000, más los intereses moratorios y la actualización de la deuda hasta la fecha de pago, como quiera que la apoderada judicial de la víctima, insiste en que la señora **CHAPARRO BETANCUR** es la responsable de la cancelación de esos emolumentos.

Previo a ello, lo primero que debe señalarse es que, para la fecha en que el proceso se recibió en el despacho del ponente a fin de que se diera trámite al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la víctima, la acción penal adelantada por la Fiscalía ya había prescrito, toda vez que el máximo de la pena para el delito de omisión de agente retenedor cometido en el año 2008 (antes de que entrara en vigencia el artículo 14 de la ley 1474 de 2011 que incrementó el término de prescripción en la mitad cuando la conducta es cometida por un particular que ejerce como recaudador) es de 9 años, o mejor dicho de 108 meses (artículo 402 del Código Penal).

En ese orden, como quiera que en este caso no hubo interrupción de la acción penal, porque hasta el momento no se ha formulado imputación, partiendo de que las conductas omisivas se configuraron el 18 de mayo y el 20 de julio de 2008 respectivamente, tenemos que estas prescribieron el 18

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

de mayo y el 20 de julio de 2017, y en ese orden, podría decirse en principio, que el Estado perdió la potestad de continuar con la persecución penal.

No obstante, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia² ha sostenido que la declaración de inocencia prevalece sobre la prescripción de la acción penal, toda vez que ***“... a la luz de los preceptos constitucionales y de los principios básicos que conforman la normatividad penal, toda decisión debe consultar efectivamente la justicia y preservar adecuadamente los derechos del procesado, en cuanto devenga injusta condena. Lo anterior, por cuanto según el alto tribunal, el pronunciamiento de la inocencia emerge mucho más valioso en el cometido de restablecer el buen nombre, la honra y la dignidad del procesado, que uno simplemente formal, donde se advierta la incompetencia de la justicia para seguir adelantando el proceso, como consecuencia de la prescripción, pues esto último, nada dice acerca de la intervención concreta del procesado y de la responsabilidad que pueda o no caberle en los hechos”.***

De todas maneras, se debe tener sumo cuidado en la aplicación de este principio sustancial, resaltamos este solo opera cuando no existe delito o cuando el imputado no cometió la conducta y hay suficiente prueba de ello. En eventos en los cuales se debate duda probatoria sobre la responsabilidad del imputado no es procedente hacerlo pues el juez faltaría a la verdad sobre lo que conoce del caso. En otras palabras, solo cuando es “evidente”, probatoriamente hablando, la ausencia de responsabilidad o la inexistencia del hecho es que es válido hacer el pronunciamiento de fondo. Se discute si se aplica este criterio solo a sentencias o también a autos de preclusión o, en general, a los que ponen fin al proceso, somos del criterio que si se analiza técnicamente el punto, todas las decisiones que se toman por prescripción tienen la naturaleza de autos, de todas maneras al tener la

² CJS, Sala de Casación Penal. Sentencias 24374 del 26 de mayo de 2007; 22.660 del 21 de enero de 2008, 27.980 del 8 de agosto de 2007, 29.832 del 17 de septiembre de 2008, 38571 del 16 de mayo de 2012, y 43.448 del 21 de enero de 2015.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

sentencia o esta clase de autos la virtualidad de poner fin al proceso y generar el efecto de cosa juzgada material, se debe hacer esta valoración, de ser, repetimos, procedente.

Acogiendo los anteriores criterios, y aplicándolos al caso particular, la Sala, tras analizar los argumentos de todos los sujetos procesales, así como las pruebas aportadas por la Fiscalía como soporte de su solicitud de preclusión, considera que, en este caso, le asiste toda la razón al juzgado de primer grado, en el sentido de la ciudadana **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR** no cometió la conducta punible por la cual fue denunciada y por lo tanto no puede ser declarada penalmente responsable de la omisión del pago de ese tributo, por las razones que expondremos a continuación:

En primer lugar, tenemos que, según la DIAN, los saldos adeudados por impuesto de ventas corresponden a los siguientes periodos:

CONCEPTO	AÑO	BIMESTRE	IMPUESTO	FECHA DE VENCIMIENTO
VENTAS	2008	01 (enero-febrero)	\$13.699.000	18 de marzo de 2008
VENTAS	2008	02 (marzo-abril)	\$1.810.000	20 de mayo de 2008

De conformidad con el Estatuto Tributario, los pagos de este impuesto se deben realizar en las fechas señaladas por la DIAN, que conforme la tabla de vencimiento de declaraciones del IVA se hace con el último dígito del NIT de la empresa. Así, en el caso de la sociedad **PRECOPERATIVA DE DISTRIBUCIONES TRIPLEX Y AGLOMERADOS (COODISTRIPLEX)**, el pago del primer bimestre debía hacerse el 18 de marzo de 2008 y el del segundo bimestre el 20 de mayo de 2008. Así mismo, de acuerdo con las normas tributarias, la obligación del pago recae en el agente retenedor o recaudador, que normalmente es el representante legal de la entidad, tratándose de personas jurídicas.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Hasta este punto es bastante clara la normatividad. Sin embargo, en este proceso, se demostró fehacientemente que la señora **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR** ostentó el cargo de directora ejecutiva y al mismo tiempo de representante legal de esa empresa hasta el 12 de febrero de 2008, fecha en la cual presentó la renuncia, argumentando entre otras cosas, la falta de los asociados en el pago de las obligaciones y demás compromisos adquiridos por la Cooperativa. Esta renuncia fue notificada al Comité de Administración de la entidad, pero estos no designaron reemplazo alguno, solo se limitaron a liquidarla, cancelándole las respectivas prestaciones y dando por terminado el contrato el 29 de febrero de 2008 (ver folio 119 del cuaderno de anexos).

Liberada de su obligación como representante legal de **COODISTRIPLEX**, la señora **CHAPARRO BETANCUR** comenzó a laborar a partir del 13 de febrero de 2008 en la empresa **SEÑOR GOL S.A.S.** como administradora. No obstante, observando que la empresa no había hecho ninguna designación de reemplazo, en escrito del 21 de abril de 2008 dirigido a la Cámara de Comercio de Medellín y radicado en la misma fecha, les informa de su renuncia y solicita en consecuencia que la retiren como representante legal de esa entidad, Ante esa manifestación, la Cámara de Comercio en registro del 09 de mayo de 2008 bajo el número 2148 del libro 1 asentó la respectiva renuncia, tal y como verse en el certificado de existencia y representación legal obrante a folios 121 a 124 del cuaderno de anexos.

Por otro lado, se verificó en las entidades encargadas de las prestaciones sociales de la indiciada, encontrando un certificado del **FONDO DE PENSIONES PORVENIR** en el que indica que la señora **CHAPARRO BETANCUR** tuvo aportes a su pensión por parte de **COODISTRIPLEX** solo hasta enero de 2008, y que, a partir de febrero, quien hacía los aportes en calidad de empleador era la sociedad **SEÑOR GOL S.A.S.** (ver folio 138 a 147 del cuaderno anexos). Igual sucede con la afiliación en salud, toda vez

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

que según el documento que certifica los aportes, dicha empresa afilió a la señora desde el mes de febrero a la **EPS COOMEVA** como empleada y efectuó los respectivos pagos hasta que terminó la relación laboral en el año 2011 (ver folios 135 a 137).

De las anteriores evidencias, lo primero que se puede concluir con total certeza, es que para la fecha en que se debían realizar los pagos por los periodos 1 y 2 de IVA la señora **CHAPARRO BETANCUR** ya no hacía parte de la empresa **COODISTRIPLEX**, porque había renunciado y estaba laborando en otra entidad. Ahora bien, es cierto que todavía no se había actualizado el registro mercantil y aún figuraba como representante legal, circunstancia que en principio la haría responsable. No obstante, si interpretamos de manera sistemática el artículo 402 del C.P., podemos ver, que el punible de omisión de agente retenedor, se configura pasados 2 meses después de la fecha en que debía cancelarse la obligación, es decir, que la omisión se materializó el 18 de mayo y el 20 de julio de 2007, fechas en las cuales, la ciudadana NUBIA EMILCE ya no figuraba como representante legal en la Cámara de Comercio. Es más, en esos momentos, quienes estaban asumiendo la obligación de los pagos, según las diferentes entrevistas recaudadas, eran dos de los socios que hacían parte de la junta directiva e incluso según las declaraciones de la mayoría de los involucrados, la señora **CHAPARRO BETANCUR**, nunca tuvo el control del dinero ni de los pagos, ya que eso era autorizado directamente por el Comité de Administración de la cooperativa.

En efecto, si analizamos las diferentes declaraciones, podemos advertir en que todos los involucrados coinciden en afirmar que la señora **NUBIA EMILCE** renunció en el mes de enero, que nunca tuvo el control de los dineros y pagos que debían hacerse y que la liquidación de la Cooperativa obedeció al descuido y los problemas personales entre los socios directivos, pese a las advertencias que esta y el revisor fiscal de que debían cancelar las obligaciones pendientes con la DIAN.

Así lo ratificó el señor **SERGIO ANIBAL GARCIA**, revisor fiscal de la Cooperativa en entrevista del 09 de agosto de 2012 en la Fiscalía, donde manifestó que desde el año 2007 los cooperados abandonaron las obligaciones y compromisos de la sociedad y eso produjo un desbalance que llevó a la liquidación de la compañía. Dijo que el Comité de administración compuesto por **JOSE IGNACIO OSORIO VILLEGAS, EVER JAIRO ORTIZ VANEGAS, MARIO FERNANDO LONDOÑO MORALES, NELSON ESPINOSA PEREZ y ORLANDO DE JESUS PINEDA GIRALDO** eran las personas que tomaban las decisiones respecto a los pagos que debían hacerse; que luego de la renuncia de NUBIA por la desidia de estos, les sugirió liquidar la compañía y cancelar las deudas de la **DIAN**, incluso en reunión el 22 de febrero estos llegaron al acuerdo de hacer un aporte personal para cancelar la deuda pero luego se arrepintieron por los mismos conflictos entre ellos. Para finalizar, dice que según el literal j) del artículo 59 de los estatutos de la empresa, es el comité de administración el que debe nombrar y remover al director ejecutivo y que, en ausencia de este, ellos son los responsables³.

En el mismo sentido, declaró la señora **PIEDAD CRISTINA OCHOA GIRALDO**⁴, contadora de la empresa, quien explicó que luego de la renuncia como directora de la señora **NUBIA EMILCE**, los encargados de las cuentas, los recaudos y de los pagos eran los señores **JOSÉ IGNACIO y NELSON**, en su calidad de socios principales del Comité de Administración, así mismo recalca que en una de las reuniones que tuvo la junta, los socios morosos quedaron de ponerse al día en el pago de las deudas pero no lo hicieron, que ella y el revisor fiscal se fueron de la empresa, y que los únicos autorizados para presentar las declaraciones de renta eran Nubia y el revisor fiscal que tenían firma electrónica registrada.

³ ver folios 157 a 160 del cuaderno anexos.

⁴ ver entrevista obrante a folios 218 a 219 del cuaderno de anexos.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Por otra parte, la Fiscalía llamó a declarar a varios de los socios del Comité de Administración y esto fue lo que manifestaron: **NELSON ESPINOSA PEREZ**⁵, dijo simplemente que el encargado de los pagos de dinero a la **DIAN** era el representante legal, pero que los pagos los disponía la junta organizada para el efecto (de la cual hacía parte) de los dineros que aportaban ellos como socios; **EVER JAIRO ORTÍZ VANEGAS**⁶ tan solo manifestó que el hizo un aporte en dinero para cancelar la deuda en la **DIAN**, y que según las cuentas pagó más de lo que le correspondía; **DUVIAN DARÍO BURITICÁ**⁷ manifestó que el responsable de las compras y pagos que hacía la cooperativa era el comité de administración, que había un comité de vigilancia, y que Nubia solo era encargada de la administración; **JOSE IGNACIO OSORIO VILLEGAS**⁸ dijo que la cooperativa tenía una parte administrativa y otra contable, la primera la manejaba Nubia, pero era el comité de administración compuesto por Nelson, Jairo Ortiz y Antonio Carvajal quienes decidían a quien se hacían los pagos y como se distribuía el dinero, ya que **NUBIA** no podía disponer de los recursos a su amaño, los socios hacían el plan de pago y ella lo cumplía. Concluyó diciendo que Nubia no tuvo ninguna responsabilidad en la deuda porque eso era decisión de la Junta e incluso él y su socio Jairo se retiraron de la misma porque los socios no estaban cumpliendo las decisiones adoptadas. Finalmente, se escuchó a **JESUS ANTONIO CARVAJAL**⁹, quien dijo que todos los dineros de la Cooperativa los autorizaba el Comité e incluso las cuentas de los bancos tenían las firmas registradas con los miembros que los integraban.

Como puede verse de lo anterior, la señora **NUBIA EMILCE**, siendo la directora ejecutiva de la cooperativa, carecía del poder dispositivo que normalmente tiene un representante legal para proceder a cancelar los dineros que correspondía a la **DIAN** y que, a pesar de todos los esfuerzos

⁵ entrevista obrante a folios 206 y 207 cuaderno de anexos

⁶ entrevista obrante a folios 208 a 209 cuaderno de anexos.

⁷ entrevista obrante a folios 210 a 211 cuaderno de anexos.

⁸ entrevista obrante a folios 212 a 213 del cuaderno de anexos.

⁹ entrevista obrante a folios 214 a 215 del cuaderno de anexos.

que desplegó para que los socios y directivos se pusieran al día, estos hicieron caso omiso de sus recomendaciones, llevándola a tomar la decisión de renunciar y causando la liquidación de la entidad. Así mismo, durante el trámite de investigación, la ciudadana **CHAPARRO BETANCUR** presentó un derecho de petición a la DIAN el 26 de julio de 2012, donde le informa a la entidad tributaria que las declaraciones de IVA que hoy son motivo de cobro se tuvieron por no presentadas, explicando que fueron diligenciadas con su firma digital, por un tercero desconocido, sin su autorización y en forma inconsulta.

Analizando en conjunto todos los elementos descritos con anterioridad es sumamente claro que la señora **NUBIA EMILCE** no tiene ningún tipo de responsabilidad penal por la omisión en el pago de esas dos declaraciones de renta, en primer lugar, porque al momento de su presentación no tenía legitimación alguna para actuar, ya que dos meses antes había presentado su renuncia como representante legal; también informó a la autoridad competente, esto es, a la Cámara de comercio que asentaran su renuncia en el registro mercantil. Adicional a ello, denunció ante la DIAN que había sido objeto de suplantación, por parte de un tercero que utilizó su firma digital sin su consentimiento y ha procurador colaborar con las autoridades en la ubicación de los verdaderos responsables y la documentación pertinente.

Frente a ello, la **DIAN** argumenta que esa dama es responsable por ser la única obligada en su condición de representante legal, que nunca se notificó a la entidad de su renuncia y que la presentación de las dos declaraciones con su firma digital demuestra que estaba actuando materialmente en nombre de la sociedad, en especial porque no se probó que fue víctima de suplantación.

Al respecto, cabe recordar al apelante, que en materia penal está erradicada todo tipo de responsabilidad objetiva (artículo 12 del Código

Penal), que no puede atribuirse culpabilidad a una ciudadana, cuando no existe prueba alguna que refleje que esta se sustrajo voluntariamente de sus obligaciones tributarias, por el contrario, se demostró que todo fue producto de la indiferencia y desidia del Comité de administración de **COODISTRIPLEX**, entidad que tenía todo el dominio y el manejo de los dineros y cuyos integrantes se hicieron de la vista gorda, frente a los requerimientos de pago que ella solicitó; si además de eso, tenemos en cuenta que sabían de su renuncia y aun así tuvieron la indelicadeza de utilizar su firma digital sin consultarle para presentar unas declaraciones de renta, con el ánimo de perjudicarla, es claro que su actuar es eminentemente doloso, pues planearon todo con el fin de defraudar a la autoridad tributaria, evadiendo el pago del impuesto respectivo.

Para la Sala, es claro que los únicos responsables del manejo y la recaudación de los impuestos mencionados, así como de la omisión en su pago a la DIAN son los integrantes del Comité de administración de **COODISTRIPLEX**, de ahí que se comparta lo manifestado por el *A quo* sobre la necesidad de investigar los posibles ilícitos en que incurrieron estos ciudadanos, en especial porque no se trata solamente del punible contra la Administración Pública, sino que es evidente que se incurrió en otros delitos, como la falsedad personal y un fraude procesal. Aquí la apelante, dice que la investigada tenía la obligación de dejar todas las cuentas al día, pero olvida que esta no tenía el control del capital de la empresa, que su gestión en pro de conseguir el pago de esa deuda, permitió que al menos se hicieran abonos y se cancelara totalmente lo adeudado en el año 2007, pero no puede pretender que se llegue al extremo de sancionarla penalmente por una obligación que legalmente no tenía.

En cuanto a los argumentos de la firma digital, es claro que la señora **CHAPARRO BETANCUR** indicó a la **DIAN** invocando la normatividad legal pertinente que esas declaraciones presentadas usando su nombre

no podían ser tenidas en cuenta, porque ella no las autorizó, petición frente a la cual el ente tributario no hizo manifestación alguna, sino que optó por trasladarle la carga de la prueba a la Fiscalía, frente a un hecho que por su calidad de ente de control fiscal era de su competencia y por ende debía verificar directamente.

Resulta absurdo además que pretenda que se aplique la normatividad de la firma digital reglamentada en el año 2012 a unos hechos cometidos en el año 2008 cuando esta no existía, por ende, no podía pedirse a la indiciada que custodiara y controlara el uso de su firma por parte de una compañía en la que ya no laboraba y frente a la que había presentado renuncia expresa. Si se observa con detenimiento, todas las normas y reglamentos para el uso de esta rúbrica están reglamentados por normas muy posteriores a la comisión del hecho, y por lo tanto no pueden utilizarse como fundamento para la sanción penal, ello sería tanto como aplicar estas normas retroactivamente en perjuicio de la señora NUBIA EMILCE, algo inadmisibles en materia penal.

Por otro lado, no existe ninguna norma jurídica que indique que una persona al momento de renunciar a determinado puesto o cargo, tenga que radicar copia de la renuncia ante el ente fiscal, a menos que trabaje directamente con la entidad. En este caso, la señora **CHAPARRO BETANCUR** presentó la renuncia ante su nominador, esto es, el Comité de Administración de **COODISTRIPLEX** y estos lo aceptaron tácitamente al liquidarla y dejar de cancelar sus aportes a salud y pensión, y también solicitó que se registrara la misma en la Cámara de Comercio, por tratarse de una entidad comercial, luego en ninguna parte del ordenamiento jurídico se dice que un representante legal de una entidad debe renunciar ante la **DIAN** como lo promueve la apelante, basta con informar la novedad como en efecto lo hizo la señora **NUBIA EMILCE**.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

De otro lado, respecto a lo dispuesto en el artículo 164¹⁰ del Código de Comercio, es verdad que los representantes legales de las empresas ostentan dicha calidad mientras no se cancele la inscripción en el registro con un nuevo nombramiento o elección, sin embargo, esta norma fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-621/03 en el entendido de que la responsabilidad de los directores o representantes salientes de sus cargos no es intemporal, sino que está ligada a los siguientes requisitos, aplicados por remisión a las normas laborales sobre terminación del contrato de trabajo:

-El derecho a renunciar acarrea una obligación correlativa para os órganos sociales de proveer el reemplazo y registrar un nuevo nombramiento;

-Observar los estatutos para la provisión y registro del nuevo nombramiento;

-Si los estatutos no consagran un término para proveer el reemplazo, el órgano social encargado debe hacerlo dentro de los 30 días siguientes contados a partir de la renuncia,

-para efectos de la renuncia el saliente representante legal debe dar aviso a la Cámara de Comercio para que incorpore la información en el certificado de existencia y representación legal de la entidad;

Como podemos ver, mientras la señora **CHAPARRO BETANCUR** ha cumplido con todos los requisitos legales para la dejación del cargo como representante legal, los integrantes del órgano de dirección de la empresa COODISTRIPLEX correlativamente incumplieron todos sus deberes sociales, nunca designaron reemplazo en el término de ley. Ahora bien, la sentencia dice que en caso de que no se produzca un nuevo nombramiento, el representante saliente seguirá figurando en el registro mercantil en calidad de tal, pero únicamente para efectos procesales,

¹⁰ Artículo declarado EXEQUIBLE, en los términos de la consideración jurídica número 11. Corte Constitucional Sentencia C-621-03 de 29 de julio de 2003, M. Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

judiciales o administrativos, sin perjuicio de las acciones que pueda interponer en contra de la sociedad por los perjuicios que esta situación pueda irrogarle.

La anterior situación explica porque a pesar del transcurso del tiempo, la señora **NUBIA EMILCE** continúa figurando como representante legal de esa compañía, pese a la renuncia, pero este hecho como tal, no implica en modo alguno, que la responsabilidad y los errores que cometa el órgano directivo le sean atribuibles a esta, por el contrario, tiene el derecho de repetir contra **COODISTRIPLEX** por todos los daños y perjuicios causados hasta la fecha, incluido el presente proceso penal.

Lo que sí es claro, es que, frente a los hechos investigados, la ciudadana **NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR** es inocente, por ende, los argumentos de la **DIAN** para solicitar que se continué el proceso y se le declare penalmente responsable carecen de fundamento probatorio y legal, de ahí que la Sala considere pertinente **CONFIRMAR** en su integridad la decisión que accedió la preclusión de la investigación.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la providencia objeto de impugnación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede recurso alguno. Copia de la misma será enviada al Juez de instancia.

TERCERO: Luego de la lectura y la notificación en estrados de la misma, se enviará en forma inmediata la carpeta al Juez de instancia para lo de su competencia.

Apelación de auto

RADICADO: 05001-60-00718-2010-00164

PROCESADO: NUBIA EMILCE CHAPARRO BETANCUR

DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

CÚMPLASE



OSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado