



SALA PENAL

Medellín, jueves ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

Aprobado en la fecha, acta Nro.: 79

Radicado: 05-001-60-00206-2009-51631

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro.: 38

Delito: omisión del agente retenedor o recaudador

Acusado: Rogelio de Jesús Tamayo Acevedo

Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello

Lectura: viernes 9 de octubre de 2020. Hora: 02:00 p.m.

Conoce esta Sala de Decisión Penal del recurso de apelación interpuesto por el representante de la DIAN contra la decisión interlocutoria proferida el 24 de septiembre de 2020 por la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín, quien en cumplimiento de sus funciones de conocimiento accedió a la solicitud de preclusión elevada por el defensor del acusado ROGELIO DE JESÚS TAMAYO ACEVEDO, con fundamento en la causal primera del artículo 332 de la Ley 906/04, esto es, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

HECHOS

Al procesado ROGELIO DE JESÚS TAMAYO ACEVEDO, desde el punto de vista fáctico se le imputa, en su condición acreditada de representante legal de la empresa Rotama S.A.S., el delito de omisión del agente retenedor o recaudador consagrado en el art. 402 del C. Penal, al presentarse por el prenombrado declaraciones tributarias sin pago y sin consignar el dinero recaudado o retenido, dentro de los dos meses fijados por el gobierno

nacional para ello, respecto de los periodos 4, 5 y 6 del año 2007, 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del año 2008, y 1 y 2 del año 2009, tal como lo diera a conocer la funcionaria de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en adelante DIAN, YOLANDA CECILIA ROZO GIRALDO, mediante denuncia del 26 de agosto de 2009.

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- El 16 de junio de 2019, ante la Juez Segunda Penal Municipal de Medellín con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía le imputó cargos a Rogelio de Jesús Tamayo Acevedo como autor de un concurso homogéneo y sucesivo de once conductas constitutivas del delito de omisión del agente retenedor o recaudador de que trata el art. 402 del C. Penal, sin aceptación de cargos.

2.- El 25 de mayo de 2020 se realiza acusación en contra del prenombrado Tamayo Acevedo sin variaciones a la imputación jurídica y fáctica, ante la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín, a quien le correspondió el conocimiento del proceso en etapa de juicio.

3.- Con antelación a la audiencia preparatoria del juicio oral, la defensa técnica del acusado solicita audiencia de preclusión.

4.- En audiencia celebrada el 6 de agosto de 2020, la a quo accede a la pretensión elevada por el letrado con fundamento en la causal primera del art. 332 del C. Penal.

5.- La anterior decisión deja inconforme al representante de la DIAN, el cual interpone el recurso vertical de apelación que se apresta a decidir la Sala.

DE LA PETICIÓN DE PRECLUSIÓN

1.- El defensor del acusado, arguye como fundamento de su pretensión que las cuotas reclamadas como insolutas por la Administración de Impuestos se encontraban incluídas dentro del proceso de reestructuración y liquidación de la sociedad Rotama S.A.S., de la que su patrocinado era representante legal,

el cual se adelantó por la Superintendencia de Sociedades, señalando que, admitida la reorganización empresarial, su asistido estaría en imposibilidad de compensar de manera directa las sumas requeridas por la DIAN, o realizar sin autorización pagos o acuerdos relacionados con las obligaciones adeudadas a la entidad estatal, por lo que de cara a perseguir la satisfacción de la obligación la oficina de impuestos debía acudir como acreedora al precitado proceso como todos los demás.

2.- En traslado de la pretensión elevada por la defensa del acusado, el delegado del Ministerio Público manifiesta que de los elementos allegados por la defensa del acusado como soporte de su pretensión se evidencia la existencia del proceso de reestructuración y posterior liquidación societaria, de ahí que surja imposible definir responsabilidades de quienes han sido gerentes o representante legales de la empresa, pues independiente de si se realizó o no el pago de lo adeudado, dichos funcionarios no contaban con la posibilidad de realizar pagos a motu proprio con los capitales de la empresa.

3.- Por su parte la Fiscalía no se opone a la pretensión preclusiva.

4.- Finalmente el representante de la DIAN se opone a la pretension del letrado al estimar que se estaría premiando a quien simplemente no quiso pagar, agregando que las obligaciones insolutas fueron objeto de un acuerdo de pago que el acusado incumplió, quedando en evidencia que nunca estuvo interesado en cancelar lo adeudado, por lo que en su criterio se debe negar la preclusión para que continúe el trámite ordinario en contra del procesado.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

Estima la a quo que tras verificar que las obligaciones denunciadas por la DIAN como insolutas hicieron parte del proceso de reorganización empresarial de la sociedad Rotoma S.A.S., admitido por la Superintendencia de Sociedades mediante auto del 23 de marzo de 2012, y que dentro del prenombrado trámite le estaba prohibido al representante de la empresa realizar cualquier pago de las deudas sociales, a menos que contara con autorización expresa de la mencionada autoridad, estableciéndose además que la DIAN fue debidamente notificada del proceso de reorganización e hizo

parte del mismo, solicitando mediante oficio del 30 de abril de 2012 que fuera tenida en cuenta en el trámite, finalmente por auto del 26 de agosto de 2014 la Supersociedades liquidó definitivamente a la empresa y muchas de sus obligaciones económicas que tenía a su cargo, y entre otras las que tenía con la administración de impuestos quedó insoluta.

De ahí que se configure una causal de extinción de la acción penal conforme a lo resuelto en la sentencia 44.822/15, pues el ordenamiento jurídico que busca salvar a las empresas, y subsidiariamente lograr un pago equitativo de las acreencias mediante el procedimiento establecido en la ley 550 /99, y luego en la ley 1116/06, coloca al representante legal en una posición de imposibilidad de pago.

LA IMPUGNACIÓN

1.- El representante de la DIAN se opone a la preclusión aduciendo que el peticionario asimila el proceso de reestructuración o reorganización empresarial a la liquidación judicial, accediendo el despacho a lo pretendido por la defensa del acusado argumentando que al estar incurso la sociedad en el proceso de la ley 1116/06, ello se erige como causal eximente de responsabilidad penal. De otra parte señala el togado que la sociedad Rotamás entró de inmediato en liquidación tras no poder adelantar la reorganización empresarial, realizando un acuerdo de pago que incumplió el contribuyente, quedando las obligaciones tributarias insolutas sin que dicha circunstancia pueda derivar en una decisión preclusiva a favor del acusado.

INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

El delegado de la Fiscalía indica que no se opuso a la preclusión y no se pronunciará como no recurrente, en tanto el defensor del acusado solicita que se decrete desierto el recurso por indebida sustentación, en tanto estima que el apelante no señaló los errores en que pudo haber incurrido la primera instancia en la decisión criticada, a lo que se suma que la DIAN actuó de manera irresponsable al dejar prescribir las cuotas adeudadas por concepto de tributos en este caso.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

A la luz de lo normado en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es esta Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín la competente para decidir de fondo el recurso de alzada interpuesto por las partes.

Descendiendo en el caso de autos, es claro que el problema jurídico que se plantea a la Sala en esta oportunidad se contrae a examinar si la decisión de precluir la investigación adoptada por la primera instancia se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico, particularmente a la Constitución y a la ley, o como lo reclama el representante de la DIAN, el proceso debe continuar su senda ordinaria con miras a sancionar al acusado por el delito de que trata el art. 402 del Estatuto Represor. Así mismo, que la causal invocada por la defensa del acusado para deprecar la preclusión en esta oportunidad se contrae a la contenida en el numeral 1° del artículo 332 de la ley 906/04, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, causal objetiva que habilita el debate en sede de juicio en torno a la preclusión de la investigación, y como tal puede ser alegada por la Fiscalía, el representante del Ministerio Público o la defensa, conforme al párrafo del art. 332 ibíd.

Partiendo entonces de estos presupuestos se procede a realizar el análisis de rigor, siendo pertinente indicar como prolegómeno que al tenor de lo dispuesto en el artículo 250 de la Carta Política, a la Fiscalía General de la Nación le corresponde el ejercicio de la acción penal, en desarrollo de lo cual adelantará la investigación de los hechos que revistan las características de un delito y cuando haya lugar a ello formulará la respectiva acusación o, en su defecto, solicitará la preclusión de la investigación.

Por su parte la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene aquilatado que debido a los efectos de cosa juzgada material que produce el decreto preclusivo, art. 334 de la Ley 906/04, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada con un grado de certeza que supere cualquier duda razonable; de lo contrario, como se anunció, corresponde a la Fiscalía continuar con el trámite del proceso, tal como lo dispone el artículo 250 de la

Constitución Política¹, o, en todo caso, a la judicatura negar la petición de terminación extraordinaria del trámite, ante las dudas en la configuración de la causal preclusiva alegada.

A su vez: “la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite”².

Como puede discernirse de los argumentos esbozados y de la jurisprudencia traída a colación, en lo que a la preclusión atañe es exigencia indiscutida la cabal demostración de la causal invocada, y tal carga de acreditación, en el sub examine, excluye la posibilidad de dudas sobre la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal.

Despejados los anteriores puntos, cabe precisar lo que ha dicho la jurisprudencia sobre las causales genéricas y específicas, objetivas y subjetivas que la normatividad legal consagra como generadores del fenómeno jurídico de la preclusión de la investigación:

“De la norma transcrita se desprende que la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento únicamente pueden declararse con base en las causales genéricas o específicas taxativamente señaladas en la ley. Son genéricas la muerte del procesado, el desistimiento, la amnistía propia, la prescripción, la oblación, la conciliación, la indemnización integral, y la retractación y el pago en los casos previstos en la ley (artículo 82 Ley 599 de 2000, y 38 Ley 600 de 2000), y específicas, la inexistencia o atipicidad de la conducta punible, la demostración de alguna causal excluyente de responsabilidad, o la acreditación de que el procesado no fue quien realizó el comportamiento delictivo objeto de la actuación penal (artículo 39 Ley 600 de 2000).

Oportuno se ofrece agregar que la doctrina y la jurisprudencia han distinguido entre causales objetivas y subjetivas de preclusión de la investigación o cesación de procedimiento. Por las primeras se entienden, la muerte del procesado, la prescripción, etc., denominadas, comúnmente, de improseguibilidad de la acción, pues impiden a la administración de justicia continuar adelantando el proceso y debe declararlas el funcionario en el momento en que se manifiesten a la vida jurídica, sin condicionamientos valorativos de ninguna naturaleza. Las subjetivas, en cambio, se relacionan con fenómenos de tipicidad, ausencia de

¹CSJ, SP, radicado AP3724-2015 (43407) del 1 de Julio de 2015.

²CSJ, Auto del 30 de Julio de 2014, Rad. 44042.

responsabilidad (justificación e inculpabilidad), etc., y se erigen como motivo de improseguibilidad solamente cuando se hallan plenamente demostradas en el proceso.”³

También procede la preclusión en cualquier etapa del trámite por extinción de la acción penal, art. 77 del Estatuto Procedimental Penal, a saber, por la muerte del imputado o acusado, prescripción, aplicación del principio de oportunidad, oblación, amnistía, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados en la ley, como ocurre con las previsiones del art. 82 del C. Penal, que contempla el pago, la indemnización integral y la retractación en los casos previstos en la ley, como causales extintivas de la acción penal.

Pues bien, descendiendo al caso que concita la atención de la Sala, lo primero que debe advertir la Magistratura es que no le asiste razón al señor defensor del acusado cuando señala que la acción penal adelantada por la Fiscalía en el sub examine ya había prescrito, en tanto debe tenerse en cuenta el máximo de la pena previsto para el delito de omisión del agente retenedor para el año 2007, 2008, 2009, con el aumento genérico del art. 14 de la ley 890/04, quedó fijado en 9 años, y que frente al término prescriptivo: “De acuerdo con la naturaleza jurídica de los agentes retenedores, esto es, de particulares que de manera transitoria ejercen funciones públicas, el término prescriptivo de la acción penal debe aumentarse en una tercera parte a voces del inciso 5º del artículo 83 de la Ley 599 de 2000.”⁴, esto es, antes de la entrada en vigencia del art. 14 de la ley 1474/11.

De ahí que al haberse imputado cargos al acusado el 16 de junio de 2019, contrastada dicha calenda con los periodos más antiguos considerados insolutos, a saber: 4, 5 y 6 de 2007, que se corresponden a los meses de julio-agosto, septiembre-octubre y noviembre-diciembre, respectivamente, es evidente que no se había superado el término prescriptivo que para el caso es de 12 años, de conformidad con lo analizado más arriba.

Dígase, además, que la Sala observa que existe un mínimo argumentativo que permite entender las razones del disenso contrastadas de forma lógica

³CSJ, SP. Auto del 01/11/07, radicado 28.482, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴ CSJ, SP. SP002-2015, rad. 37938 del 14/01/2015. M. P. Luís Guillermo Salazar Otero.

con lo expuesto por la a quo, lo cual abre las puertas a la competencia de este cuerpo colegiado para abordar de fondo el estudio del recurso de apelación como juez de segunda instancia, por lo que tampoco encuentra eco la petición de desestimar y declarar desierta la alzada que realiza el letrado que representa los intereses del acusado.

Resueltos los anteriores cuestionamientos, es preciso señalar que para la época en que se predica la configuración de las omisiones reprochadas al procesado, esto es, entre los años 2007 y 2009, respecto del delito de omisión de agente retenedor la legislación en vigor era la que a continuación se refiere:

En primer lugar, el tipo penal concebido en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 que a su letra rezaba:

“Artículo 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 tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

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.

Parágrafo. *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.”*

En segundo lugar, en relación con el mismo comportamiento delictivo, cuya génesis se encuentra en el artículo 665 del Estatuto Tributario, mediante la Ley 633 de 2000, artículo 42, los dos párrafos establecidos en dicho precepto del compendio en materia de impuestos, fueron refundidos en uno solo, con dos incisos que a cuyo tenor se lee: “Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.”.

Por su parte la Corte Constitucional mediante la sentencia C-009 de 2003, concluyó que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, al ser posterior, derogó tácitamente el párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Consecuencialmente, enseña la jurisprudencia especializada que: “de acuerdo con el “Parágrafo” de la norma vinculante transcrita en precedencia, en su inciso segundo el legislador estableció las siguientes circunstancias como **causales de improcedibilidad de la acción penal** respecto de sociedades que, en relación con el impuesto sobre las ventas y la retención en la fuente causadas, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: i) en procesos concordatarios; ii) en liquidación forzosa administrativa; iii) en proceso de toma de posesión en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria; o **iv) admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración**

con sujeción a la Ley 550 de 1999.”⁵ (Negrillas fuera del texto original).

Pues bien, no subsiste duda ni se discute que la empresa Rotama S.A.S. se encontraba en esta última situación, por lo que acogiendo los anteriores preceptos, también es claro y así lo pone de presente el máximo tribunal de la justicia ordinaria en su jurisprudencia que tanto en el procedimiento previsto en la ley 550/99, como el recogido en la ley 1116/06:

“...una vez admitida la solicitud de reestructuración o de reorganización, entre muchas otras prohibiciones, el deudor ya no puede -sin autorización del Juez del concurso— hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas desde luego las deudas con la DIAN. Esta, sin duda, fue la razón para marginar de responsabilidad penal por la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal a los gerentes o representantes legales de las sociedades "admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración", la cual, bajo el liderazgo de un promotor ajeno a la empresa, tenía como finalidad poner de acuerdo a deudor y acreedores en relación con un plan de normalización de la actividad productiva y de atención a los compromisos financieros. No lograr el acuerdo o incumplirlo conducía -sin escapatoria— a la liquidación del negocio.

Así las cosas, si admitir a la compañía a la negociación del acuerdo de reestructuración traía consigo la imposibilidad de pagarle o compensarle las sumas adeudadas a la DIAN -como acreedora la entidad debía concurrir al proceso para la satisfacción de la deuda a su favor—, resulta explicable la decisión legislativa de exonerar de proceso penal en una circunstancia como esa a los gerentes o representantes legales responsables de no consignar los impuestos retenidos o autorretenidos en la fuente.

Y si se tiene en cuenta la lógica similar del procedimiento regulado en la Ley 1116 de 2006, para la Corte es incuestionable que la iniciación del proceso de insolvencia o de reorganización, cuyos efectos son semejantes a los de admisión a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que se refiere la Ley 550 de 1999, configura la causal de extinción de la acción penal objeto de examen.”⁶

Justamente en esta última posición se hallaba el acusado en su calidad de representante legal de la sociedad Rotama S.A.S., desde el 23 de marzo de 2012, fecha en la que dicha unidad productiva fue admitida en proceso de reorganización estructural, y hasta el 26 de agosto de 2014, calenda en la que al persistir las causas que originaron la cesación de pagos que llevaron al

⁵ CSJ, SP. SP10545/15 del 11/08/2015, rad. 45194, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

⁶ CSJ, SP. SP 3001-2015 del 18/03/2015, rad. 42822, M. P. Patricia Salazar Cuellar. A su vez pueden consultarse las sentencias 24.065 del 13/02/07, 25.903 del 24/10/07, 45.194 del 11/08/15.

aludido trámite, le fue imposible cumplir las obligaciones inherentes al mismo y las surgidas durante su vigencia, entre otras, los pagos insolutos ante la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, la cual solicitó en abril 30 de 2012 su inclusión en el respectivo proceso, el cual finalizó con la liquidación de la sociedad ante la imposibilidades en las que estaba incurso.

En conclusión, de acuerdo con lo acreditado y verificado en el caso sometido a estudio, una vez analizados los argumentos expuestos por el apelante, así como los esbozados por los no recurrentes y la a quo, y tras verificar la presencia en el mundo jurídico de una causal objetiva de improcedibilidad de la acción como lo es la consagrada por virtud del poder de configuración legislativo en el precepto normativo analizado, sin ninguna otra consideración o condicionamiento valorativo, pues como también lo tiene decantado la jurisprudencia especializada:

“Esta circunstancia configura la causal de inaplicabilidad prevista en el segundo inciso del párrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 -que no es más que un motivo de improcedibilidad de la acción penal- la cual modificó, como atrás se precisó, el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, para cuyo entendimiento se ha de partir de su expresión en sentido estricto, en cuanto resulta inequívoca, sin que sea viable, como procedieron los juzgadores de instancia, sustraerse a su reconocimiento a través de condicionamientos no contemplados en su texto fruto de su combinación con las demás causales contenidas en el inciso primero del mismo párrafo, desconociendo con ello su autonomía.

(...)

Corroborando lo anterior, entonces, de un lado, que la viabilidad de la circunstancia no está supeditada a los condicionamientos previstos en las otras situaciones del párrafo y, de otro, que basta para su reconocimiento con la demostración de la admisión del acuerdo en los términos de la Ley 550 de 1999.”⁷

Bajo el panorama y precisiones hechas, resta por indicar que con sujeción entonces a lo dispuesto en el inciso segundo del párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 42 de la Ley 633 del mismo año, debe confirmarse la decisión de precluir la investigación penal en el caso presente, y en consecuencia cesar el procedimiento en contra del acusado ROGELIO DE JESÚS TAMAYO ACEVEDO.

⁷ CSJ, SP. Rad. 25.903 del 24/10/07, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de Asuntos Penales del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

CONFIRMAR la decisión proferida en audiencia pública el 24 de septiembre de 2020 por la Juez Octava Penal del Circuito de Medellín, en virtud de la cual decretó la preclusión de la investigación a favor del acusado **ROGELIO DE JESÚS TAMAYO ACEVEDO**, acorde a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído que se notifica en estrados y contra el cual no procede recurso.

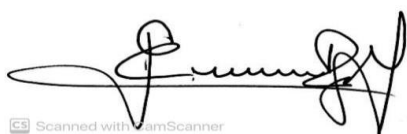
Devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO


Scanned with CamScanner

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ


JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
Magistrado

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE