TRIBUNAL SUPERIOR
Medellín

SALA PENAL

Medellín, cinco de septiembre de dos mil veinticuatro

CUI:	05 001 60 00206 2012 01730
Procesado:	Jairo Rojas González
Delito:	Omisión del agente retenedor o recaudador
Asunto:	Apelación de interlocutorio que precluyó la investigación
Interlocutorio:	N° 75 aprobado por acta 149 de la fecha
Decisión:	Confirma

Magistrado Ponente
JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

ASUNTO

Se resuelve la impugnación presentada por el Ministerio Público contra la decisión proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín el 22 de septiembre de 2020, por la cual precluyó una investigación en favor de JAIRO ROJAS GONZÁLEZ por Omisión del agente retenedor o recaudador, de conformidad con la causal 1° del artículo 332 del CPP, esto es, imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal.

1. HECHOS

Según la denuncia penal instaurada por la abogada de la División de Gestión Jurídica Tributaria de la Dian (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales), JAIRO ROJAS GONZÁLEZ en representación de la Sociedad Universo 2000 LTDA. presentó declaración tributaria por concepto de retención en la fuente —año gravable 2007, periodo 9— por $950.000, pero no hizo el pago correspondiente

dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para el efecto, que se vencieron el 24 de octubre de 2007.

2. MOTIVACIÓN DE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

La Fiscalía General de la Nación presentó solicitud de preclusión de la investigación del presente caso, la cual fue asignada al Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, despacho que instaló la respectiva audiencia el 22 de septiembre de 2020, en la cual el ente acusador expuso los argumentos sustento de la pretensión, concretando que la causal de preclusión es la dispuesta en el numeral 1° del artículo 332 del CPP, esto es imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal al haber prescrito la misma.

Dijo el fiscal que JAIRO ROJAS GONZÁLEZ fue denunciado por la abogada de la Dirección Jurídica Penal Tributario de la DIAN - Unidad Penal, el 27 de diciembre de 2011, por Omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402 del CP) por haber presentado —en representación de Universo 2000 LTDA.— una declaración por concepto de retención en la fuente del año 2007, periodo 9, por valor de $950.000 y no consignó dicha suma dentro de los dos meses siguientes a la fecha señalada por el Gobierno Nacional para el efecto, cuya vencimiento fue el 24 de octubre de 2007, habiéndose consumado el delito el 24 de diciembre de 2007.

De acuerdo con lo anterior, señaló la Fiscalía que el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador tiene fijada una pena que oscila entre 48 y 108 meses (4 a 9 años) de prisión, y para la fecha de los hechos, esto es 2007, a la pena máxima se le aumentaba la tercera parte por la condición que el agente retenedor o recaudador ostenta como servidor público transitorio, ascendiendo así la pena máxima a 12 años de prisión, término que transcurrió y por ello prescribió la acción penal el 24 de diciembre de 2019.

Agregó el fiscal que se ha configurado entonces la extinción de la acción penal por prescripción de esta, de acuerdo con el artículo 77 del CPP, por lo tanto, debe precluirse la investigación adelantaba contra ROJAS GONZÁLEZ, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 332 del CPP, es decir, la imposibilidad que tiene la Fiscalía para adelantar o iniciar la acción penal.

3. DECISIÓN IMPUGNADA

El juez *a quo* accedió a la pretensión de la Fiscalía y, en consecuencia, decretó la preclusión de la investigación de este caso en favor de JAIRO ROJAS GONZÁLEZ por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, al considerar que efectivamente se configuró el fenómeno prescriptivo de la acción penal y por tanto la imposibilidad de iniciar o continuar su ejercicio.

La primera instancia, de cara a argumentar su decisión y pronunciarse frente a la oposición del Ministerio Público frente a la solicitud de preclusión, manifestó que el artículo 402 del CP, pone un límite específico para que se cometa la conducta punible, es decir que el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador se consuma cuando el ciudadano obligado a declarar el tributo presenta la declaración y no consigna esos dineros vencido los dos meses fijados por el Gobierno Nacional para ello. Es decir que es un delito omisivo al no pagarse los dineros recaudados, sin embargo el artículo 402 del CP establece un límite para que se perfeccione la conducta punible, la cual se comete no solo porque la persona no consigue los dineros sino porque deja vencer un plazo específico para hacerlo, es decir que la conducta punible no pervive mientras la persona no haya hecho la consignación o mientras el Estado tenga la facultad de cobrarle el dinero, sino que el legislador dispuso que tiene dos meses a partir de la declaración para consignar y si en ese lapso no lo hace, inmediatamente se tipifica la conducta que describe y sanciona el artículo 402 del CP, término que no debe soslayarse porque no solamente imprime connotación particular a este delito omisivo, al hacerlo de ejecución en un momento histórico o cronológico determinado y determinable, sino que *"está generando un mojón"* a partir del cual se empieza a contabilizar el término, porque aunque es cierto que el artículo 84, inciso tercero del CP dispone que en las conductas omisivas el término de prescripción comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar, también es claro que la Omisión del agente retenedor o recaudador se diferencia de los restantes delitos de omisión, toda vez que la ley penal dispone un límite para que se perfeccione.

Insistió el juez en que en la Omisión del agente retenedor o recaudador más allá de que persista el deber y la facultad del Estado de cobrar el dinero, el delito se materializa el día en que se cumplen los dos meses de no haber consignado lo correspondiente al impuesto, situación que *"lo saca del delito común y corriente de*

la omisión donde la persona está permanentemente cometiendo el delito mientras está ejecutando o dejando de actuar", pero en este caso el delito no se comete inmediatamente se presenta la declaración, sino cuando transcurridos los dos meses no ha hecho la consignación, por eso no puede aplicársele la regla de prescripción establecida en el inciso 3°, sino en el 1° del artículo 84 del CP, que señala que en las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación. Y este delito se consuma a los dos meses de no haberse hecho la consignación de la respectiva declaración.

Añadió la judicatura que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha insistido permanentemente, y de manera pacífica, en cuanto a que la Omisión del agente retenedor o recaudador es un delito de ejecución instantánea, por lo tanto debe aplicarse en relación con el término de prescripción el inciso 1° del artículo 84 del CP, pues de dos interpretaciones posibles frente a este asunto debe optarse por la más conveniente para el procesado de acuerdo con los principios *pro hómine* y *favor rei,* y comoquiera que en este evento efectivamente la Fiscalía demostró que habían pasado más de 13 años desde la consumación del delito endilgado a JAIRO ROJAS GONZÁLEZ por cuanto se consumó el 24 de diciembre de 2007 —cuando se cumplieron los dos meses de haber presentado la declaración tributaria sin que hubiera consignado ese dinero— de conformidad con el artículo 83, en concordancia con el artículo 402 del CP, prescribió la acción penal al haberse superado el término máximo de la pena de prisión dispuesta para el delito que es de 12 años.

4. ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

El Ministerio Público apeló la decisión de primera instancia al considerar que no ha prescrito la acción penal del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador y que, por eso, no procede precluir la investigación, pues en su criterio hay un indebido entendimiento de la normatividad y se ha pretendido, forzando los argumentos e interpretación, desconocer la disposición expresa que consagró el legislador en el inciso 3° del artículo 84 del CP, en torno a que en las conductas punibles omisivas el término comenzará a correr cuando haya cesado el deber de actuar.

Considera el apelante que, aunque es cierto que la norma trae un límite de dos meses para que el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador se cometa, eso se ha malinterpretado, porque ciertamente antes de ese término no se perfecciona el ilícito, porque el legislador otorgó un tiempo de gracia para que quien retenga los tributos de alguna manera los custodie por un lapso y a partir del momento en que vence el tiempo determinado nace la obligación de consignarlos. Allí, entonces, se estructura la conducta. Una cosa es que el legislador haya previsto que la persona tiene dos meses para consignar los dineros recaudados y que al vencerse ese término sin pagar se incurra en el delito, y otra muy distinta es concluir que allí cesa el deber de actuar, pues por el contrario nace el delito y pervive la obligación, es decir subsiste el deber de consignar los dineros, al punto de que el legislador establece en el parágrafo del artículo 402 del CP que de consignarse los dineros más los intereses se extingue la acción penal. Es decir que el agente retenedor sigue omitiendo hasta que paga el dinero recaudado y los intereses.

Argumentó el procurador que es un error creer que los dos meses que señaló el legislador para la comisión del delito equivalen a suprimir el deber. Es una gran paradoja, porque entiende la judicatura que el delito se comete porque se omite, pero al mismo tiempo considera que el retenedor queda sustraído de cumplir el deber que omitió por el hecho de ejecutar el punible, como si esto último le quitara a la persona la posibilidad de cumplir lo que omitió.

Dice el recurrente que tampoco es cierto que el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador se diferencie del resto de punibles de omisión porque este es el único caso en el que la ley fijó un tiempo para que se perfeccione el mismo, pues el legislador lo que hizo fue diferir en el tiempo el momento en que se comete el delito. Los dos meses que otorgó para su ejecución no son para eliminar el deber de actuar, sino para reprochar penalmente que no se actuó, es decir que el deber no es consignar dentro de los dos meses, sino efectivamente pagar; por lo tanto, el delito se comete si pasan los dos meses y no se ha consignado, pero el deber subsiste.

Agregó el procurador que efectivamente la Omisión del agente retenedor o recaudador es un delito instantáneo, pero ello no le quita la condición de ser omisivo, pues una conducta se comete por acción o por omisión y puede ser de carácter instantáneo o de carácter permanente. Y se equivoca la judicatura al pensar que, al tratarse de un delito de ejecución instantánea, entonces no hay deber de cumplir lo

omitido. El legislador quiso consagrar una disposición según la cual mientras el que omite un deber de actuar no lo haga, todavía no empieza a correr el término de prescripción, por lo tanto mientras subsista el deber, no corre el término de prescripción y eso nada tiene que ver con que el delito sea de ejecución instantánea, sino con la persistencia del deber, cuando se vencen los dos meses del término para consignar nace la obligación y subsiste hasta que al Estado le fenezca la posibilidad de cobrar.

Reiteró el apelante que el inciso 3° del artículo 84 del CP señala desde cuándo se empieza a contar el término de prescripción en los delitos de omisión y es muy claro al indicar que es cuando cesa el deber de actuar, lo que nada tiene que ver con que el delito sea de ejecución instantánea o permanente. Siendo este uno de los casos en que subsiste el deber de actuar, por lo que hay que esperar a que se cese esa obligación para iniciar la contabilización de los términos de prescripción.

Con sustento en lo anterior, el Ministerio Público pretende que se revoque la providencia proferida por el juez de primera instancia y en su lugar se niegue la preclusión de la investigación.

5. COMPETENCIA

Esta corporación es competente para conocer de la presente impugnación según lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de P. Penal —Ley 906 de 2004— toda vez que la providencia de primera instancia fue proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín, que hace parte de este distrito judicial.

6. CONSIDERACIONES

La Sala establecerá si acertó el funcionario *a quo* al precluir la investigación seguida contra JAIRO ROJAS GONZÁLEZ por Omisión del agente retenedor o recaudador, por imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, causal 1° del artículo 332 del CPP —por haber prescrito la acción penal—, en cuyo caso sería procedente confirmarla, o *a contrario sensu* revocar la decisión objeto de alzada, por no ajustarse a las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales aplicables al caso.

Desde antaño la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que la conducta punible de Omisión del agente retenedor o recaudador (artículo 402 CP) se tipifica ─objetivamente─ cuando:

> *"(…) pasados dos meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, el responsable no cumple con esta obligación. Es el transcurso de ese lapso de 2 meses sin pagar la obligación lo que delimita en el tiempo la ocurrencia de la conducta típica (en este caso omisiva), y es precisamente ese espacio temporal el que viene descrito en el tipo penal (…)*
>
> ***De allí, entonces, que los momentos de ejecución y consumación de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador coinciden en un acto único, cual es la no consignación de las sumas recaudadas dentro del plazo concedido, es decir, dos meses después de las fechas fijadas por la administración fiscal****"* (Destacado no original).

Y en Sentencia de Revisión en el radicado 33468 del 11 de diciembre de 2013. MP. Eugenio Fernández Carlier, explicó:

> *"De lo antepuesto se desglosa que la consumación de la infracción, no es concomitante con el período cuyo desembolso se omitió, toda vez que el tipo estipula que incurre en el referido punible el que "dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional" no haga las respectivas consignaciones. Luego, el comportamiento omisivo por parte del agente recaudador se torna ilícito en el tiempo posterior —2 meses— a la fecha límite de pago establecida por las autoridades, evidenciándose así, que* ***se trata de un delito de conducta instantánea y de resultado****"* (Destacado no original).

Habiéndose reiterado, entre otras, en Auto AP3166-2019 del 5 de agosto de 2019, radicado 53823, MP. Patricia Salazar Cuéllar, que el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador es una **conducta instantánea y de resultado** por lo cual se torna ilícita cuando vencidos los dos meses después de fenecido el término fijado por el Gobierno Nacional para hacer el pago, el agente no lo ha cumplido. Al punto indicó **"*(…) el tipo penal de omisión de agente retenedor o auto-retenedor, por tratarse de un delito de conducta instantánea y de resultado, permite concluir que la conducta se consuma y se torna ilícita cuando el pago del respectivo tributo no se verifica dentro de los dos meses siguientes a la fecha de exigibilidad establecida por el fisco****"* (Destacado no original).

Entonces, a pesar de ser un delito de omisión, en su descripción típica (artículo 402 del CP) se define el momento consumativo de dicho punible, de allí que no es razonable modificar el límite fijado por el legislador extendiéndolo en detrimento

del procesado, y mucho menos trasladar la "*cesación del deber de actuar"* como elemento de duración de la conducta delictiva en el tiempo, como si se tratara de un delito de ejecución permanente, cuando está claro que es de ejecución instantánea y de resultado.

En el caso concreto, la denuncia penal por parte de la DIAN contra JAIRO ROJAS GONZÁLEZ en representación de la Sociedad Universo 2000 LTDA, recayó sobre la obligación tributaria por concepto de retención en la fuente del año gravable 2007, periodo 9, por la suma de $950.000, que se venció el 24 de octubre de 2007, consumándose entonces el delito el 24 de diciembre de 2007.

Ahora bien, en lo que respecta a la prescripción de la acción penal, como sustento de la preclusión de la investigación, oportuno resulta destacar que el artículo 83 del Código Penal, vigente para el año en que se cometió la conducta punible (2007), en su inciso 5° disponía: *"Al servidor público que, en ejercicio de las 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****".* (Destacado no original). Y es asunto decantado que los agentes retenedores o recaudadores de impuestos ostentan la condición de servidores públicos, dada la labor que desempeñan en favor del Estado, de ahí que el término prescriptivo de la acción penal en estos casos se aumenta en una tercera parte, es decir que a la pena máxima fijada en la ley para el precitado ilícito —9 años— deben incrementarse 3 años, quedando así el término de prescripción en 12 años.

Así, atendiendo a que el tercer inciso del artículo 84 ibídem, establece que: ***"en las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación"****.* (Destacado no original), y teniendo en cuenta que la Omisión del agente retenedor o recaudador se materializó el 24 de diciembre de 2007, es claro que la acción penal en el caso bajo estudio prescribió el 24 de diciembre de 2019, es decir que se consolidó el fenómeno extintivo, de ahí que desde ese momento el Estado perdió la potestad punitiva para continuar la investigación y judicialización de JAIRO ROJAS GONZÁLEZ, de manera que fue acertada la decisión de primera instancia de precluir en su favor por la causal 1° del artículo 332 del CPP, esto es, imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal, en tanto se configuró la prescripción de la misma.

Luego entonces, no le asiste razón al apelante —Ministerio Público— puesto que la disposición legal es muy clara respecto de cuándo se consuma el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, el cual es de ejecución instantánea y por lo tanto según el artículo 84 del CP, primer inciso: "***en las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación",*** (Destacado no original), de acuerdo con lo cual en este caso dicho termino empezó a correr desde el 24 de diciembre de 2007, y de ahí que el fenómeno extintivo tuvo lugar el 24 de diciembre de 2019 —12 años después—. Por lo tanto, se reitera, fue acertada la decisión del juez *a quo* y por ello se confirmará.

En mérito de lo expuesto la Sala Once de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín,

RESUELVE

PRIMERO CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín de precluir la investigación en favor de JAIRO ROJAS GONZÁLEZ por Omisión del agente retenedor o recaudador.

SEGUNDO Contra la presente decisión no procede recurso alguno y por lo tanto se ordena la devolución del expediente al juzgado de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase

Esta providencia está suscrita en forma electrónica por los Magistrados

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO **LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

LC

Firmado Por:

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
Funcionario
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **590731fb3d79b36111b1302cc2a4b416c557504b04fabecb0d1f62e18ccb9fc7**
Documento generado en 05/09/2024 03:28:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica