

Proceso: 050016000248 **2012-05154**
Delito: Omisión de agente retenedor
Imputada: Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave
Procedencia: Juzgado Penal del Circuito de Caldas, Antioquia
Objeto: Auto que decreta nulidad parcial y
declara extinción de la acción penal
Decisión: Revoca
M. Ponente: Luis Enrique Restrepo Méndez
Auto Nro. 013-2024

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, nueve (09) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Proyecto aprobado según acta Nro. 057

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la Fiscalía y la representación de la Víctima-DIAN, contra la decisión proferida el 24 de enero de este año por el **Juzgado Penal del Circuito de Caldas, Antioquia**, que declaró la nulidad parcial de la formulación de imputación y decretó la prescripción de la acción penal respecto de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador del periodo 2010-6 en favor de la ciudadana **Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave**.

1. HECHOS Y ANTECEDENTES PROCESALES

Según el escrito de acusación, los primeros son los siguientes:

*“**BEATRIZ DEL SOCORRO MEJÍA DE ARROYAVE** actuando como representante legal de la empresa **FUNDICIÓN Y MECANIZADO FENIX LIMITADA** NIT: 900.012.033 omitió el pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional para la presentación y pago de las respectivas obligaciones por concepto de ventas, así:*

<i>Concepto</i>	<i>Año</i>	<i>Periodo</i>	<i>Impuesto</i>	<i>Vencimiento</i>	<i>Delito</i>
<i>Ventas</i>	<i>2010</i>	<i>06</i>	<i>48.848.000</i>	<i>21/01/2011</i>	<i>21/03/2011</i>
<i>Ventas</i>	<i>2011</i>	<i>03</i>	<i>644.000</i>	<i>12/07/2011</i>	<i>12/09/2011</i>
	Total: \$49.492.000				

1.1 El 21 de marzo de 2023, el Juzgado 3° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, declaró contumaz y celebró la audiencia de formulación de imputación de la ciudadana **Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave**, a quien la fiscalía le endilgó la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador por dos eventos, de conformidad con el art. 402 del C.P.

1.2 El 22 de marzo de 2023 la Fiscalía 50 Seccional de Medellín radicó el escrito de acusación, correspondiéndole su conocimiento, por reparto, al Juzgado 1° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, quien remitió la actuación por competencia territorial a su homólogo ubicado en el municipio de Caldas, Antioquia.

1.3 La formulación oral de los cargos se instaló el 24 de enero de 2024, fecha en que, luego de efectuarse el saneamiento de la actuación, la Juez de oficio declaró la nulidad parcial de la formulación de imputación y decretó la prescripción de la acción penal

respecto de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador del periodo 2010-6 en favor de la ciudadana **Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave**.

2. DECISIÓN RECURRIDA

Luego de hacer un recuento de la actuación la juez de primer grado dijo que advirtió una irregularidad en la audiencia de formulación de imputación que invalida la actuación de manera parcial, por esa razón sería declarada de oficio al encontrar una vulneración al debido proceso de conformidad con el art. 457 del C. de P.P.

Resaltó que la carpeta fue radicada en febrero de 2018 en el centro de servicios judiciales de Medellín para formulación de imputación, misma que fue reprogramada en múltiples oportunidades ante la reticencia de la indiciada. Finalmente, el 21 de marzo de 2023 la Juez 3ª Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, declaró contumaz a la ciudadana Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave y en presencia del defensor público realizó la audiencia de formulación de imputación. No obstante, para esa fecha había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal derivada de las obligaciones omitidas, tal cual le fueron imputadas.

Explicó que a la señora Mejía de Arroyave se le imputó un concurso de dos conductas delictivas de omisión de agente retenedor o recaudador por haber declarado y no pagado los impuestos sobre las ventas de los periodos 2010-06 por un valor de 48.800.000 y 2011-03 por valor de 643.000; respecto de la primera obligación refirió que su fecha de vencimiento era el 21 de enero de 2011 y como la conducta típica se configura a los 2 meses siguientes, quedaría entonces para el 21 de marzo de 2011, fecha a partir de la cual, empezó a correr el término de la prescripción de la acción penal.

Agregó que el art. 83 del Código Penal establecía, para la época de los hechos un aumento de una tercera parte en el término de prescripción para los particulares que cumplieran de manera transitoria funciones públicas, de ahí que el máximo de la pena para ese delito de omisión de agente retenedor o recaudador sea de 12 años. En consecuencia, si el delito ocurrió el **21 de marzo de 2011, 12 años calendario fenecieron el 20 de marzo de 2023**, pues éste va del 1º de enero al 31 de diciembre, es decir que, para este caso va del 21 de marzo de 2011 al 20 de marzo de 2023, es decir que para el 21 de marzo de 2023 fecha en que se celebró la audiencia de formulación de imputación era el primer día del año 13, lo que significa que la acción penal para ese momento ya estaba prescrita, situación que no fue advertida por ninguno de los sujetos procesales que participaron de la diligencia y cuyo control formal pasó por alto la Juez de Control de Garantías.

Así las cosas, al observar una vulneración al debido proceso por haberse formulado imputación por un delito ya prescrito, de oficio procedió a declarar la nulidad parcial de la formulación de imputación únicamente respecto al delito de omisión de agente retenedor a recaudador por el no pago del impuesto sobre las ventas del periodo 2010-6, y como consecuencia de lo anterior, decretó la preclusión de la investigación en favor de la ciudadana Mejía de Arroyave¹.

3. DEL RECURSO

3.1 La Fiscalía inconforme interpuso el recurso de apelación, para el efecto indicó que no compartía la tesis de la a quo porque *“le restó un día al periodo prescriptivo”*, sin que ello esté consagrado en alguna norma, por lo que, en su sentir, el periodo va del 21 de marzo de 2011 al 21 de marzo de 2023, tal y como lo dice la jurisprudencia (sin mencionar decisión alguna).

¹ Audiencia de formulación de acusación del 24 de enero de 2024. Minuto: 31:33

En ese sentido solicitó que se revisara el análisis efectuado por la juez de primer grado y se revoque su decisión².

3.2 La Representante de la Víctima-DIAN-, coadyuvó la petición del fiscal y señaló que el artículo 59 del Concepto 301391 del 2021 del Departamento Administrativo de la Función Pública señala cómo deben de ser contabilizados los términos así: *“todos los plazos, días, meses o años de que se haga mención legal se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los de calendario común y por días el espacio de 24 horas, pero la ejecución de las penas estará lo que se disponga en la ley penal”*.

Agregó que el Consejo de Estado en la Sala de lo Contencioso Administrativo dice que el art. 59 y ss del Régimen Político Municipal contiene las normas generales sobre la forma de contabilizar los términos establecidos en las leyes y demás actos oficiales y que los plazos corren de *“fecha a fecha, es decir, que en este caso, van del 21 al 21”*³. Pidió que la decisión fuera revocada.

5. DE LOS NO RECURRENTES

El delegado del Ministerio Público solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia, porque en días calendario el término de la acción penal estaba prescrito para el momento de la formulación de imputación⁴.

² Ídem. Minuto: 56:01

³ Ídem. Minuto: 1:09:13

⁴ Ídem. Minuto: 1:13:07

6. CONSIDERACIONES

1. Esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por la *a quo*, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la ley 906 de 2004.
2. El problema jurídico que deberá resolver, consiste en determinar si acertó la funcionaria de primer grado al declarar la nulidad parcial del acto de formulación de imputación y decretar la prescripción de la acción penal respecto al delito de omisión de agente retenedor o recaudador por el no pago del impuesto sobre las ventas del periodo 2010-6 a favor de Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave, o si por el contrario, como lo plantean los recurrentes, debe revocarse la decisión.
3. Pues bien, el delito imputado a Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave, fue el de omisión del agente retenedor descrito en el artículo 402 del C.P⁵., que dispone:

“El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses

⁵ Modificado por la Ley 890 de 2004.

siguientes a la fecha fijada por el Gobierno nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma pena prevista en este artículo”.

Conducta respecto de la cual, el término prescriptivo debe ser incrementado en una tercera parte, conforme con lo dispuesto en el artículo 83 ibídem, que indica:

“La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

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.

(...)”

Este incremento aplica para este tipo de conductas, en el entendido que los agentes retenedores o recaudadores son particulares a los que la ley les ha conferido la realización transitoria de una función pública, asunto que ha sido ampliamente decantado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁶. Por tanto, al tener tal calidad, procede el incremento de la pena para el conteo de la prescripción de la acción penal, dependiendo de la norma vigente para el momento en que se cometió el hecho.

⁶ CSJ SP, 27 jul. 2011, rad. 30170; CSJ SP, 5 dic. 2012, rad. 38640; CSJ SP, 11 dic. 2013, rad. 33468; CSJ SP159-2014, 22 en. 2014, rad. 37163; CSJ SP002-2015, 14 en. 2015, rad. 37938; CSJ SP11042-2016, 10 ag. 2016, rad. 48050; CSJ AP960-2019, 13 mar. 2019, rad. 54594, entre otras.

De esta manera es posible afirmar que en el *sub judice* el término prescriptivo para la conducta descrita en el artículo 402 del C.P., con el incremento como servidor público para la fecha de los hechos sería de 1/3 parte, por lo que la pena máxima es de 12 años antes de la formulación de imputación.

Para efectos de este recurso, a Beatriz del Socorro Mejía de Arroyave, representante legal de la “*Fundición y Mecanizado Fénix Ltda*” con Nit 900.012.033 se le reprochó, entre otros hechos, la no consignación del impuesto sobre las ventas por el periodo 6 del año 2010; esta obligación, de acuerdo con lo indicado en el escrito de acusación y en el calendario tributario de la DIAN⁷ debía ser cancelada el 21 de enero de 2011, por tanto, de acuerdo con la descripción del tipo penal ya citado el delito descrito anteriormente se habría configurado trascurridos 2 meses, es decir, el **21 de marzo de 2011**, fecha en que empezó a correr el término de prescripción para la fase de investigación, es decir los 12 años.

Ahora bien, en el *sub examine* la formulación de imputación se llevó a cabo el 21 de marzo de 2023, cuando, según la a quo, la acción penal para esa obligación ya estaba prescrita, pues al contar los términos por año calendario, estos fenecieron ese 20 de marzo de 2021, decisión que tanto la fiscalía como la representante de la DIAN, criticaron al indicar que la formulación de imputación se realizó antes de que prescribiera la conducta ya que los términos debían contarse hasta antes de la media noche de ese 21 de marzo de 2023.

Visto lo anterior y a efectos de desatar la alzada, le corresponde a la Sala hacerse la siguiente pregunta ¿hasta qué fecha podía la fiscalía imputar la obligación del periodo 2010-6 para que no se cumplieran los términos de prescripción de la acción penal?

⁷ Consultado en: <https://www.dian.gov.co/Paginas/CalendarioTributario.aspx>

Pues bien, a efectos de resolver el dilema atrás planteado, la Sala acudirá al principio de integración normativa de que trata el art. 25 de la Ley 906 de 2004 que refiere “*en materias que no estén expresamente reguladas en este código o demás disposiciones complementarias, son aplicables las del Código de Procedimiento Civil y las de otros ordenamientos procesales cuando no se opongan a la naturaleza del procedimiento penal*”.

En este sentido, el legislador, mediante los artículos 67, 68 y 70 C.C., subrogados y adicionados por los artículos 59, 60, 61 y 62 del Código de Régimen Político y Municipal, Ley 4ª de 1913, los artículos 117 a 121 del Código General del Proceso, estableció el tipo de plazos o términos que se pactan en las leyes y las reglas generales que determinan los criterios de cómputo.

Es así como el art. 59 de la Ley 4 de 1913 refiere que “*Todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderán que terminan a la medianoche del último día del plazo. Por año y por mes se entienden los del calendario común, y por día el espacio de veinticuatro horas...*” y el art. 60 ibídem señala que “*cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo*”.

Del mismo modo, el art. 118 del C. G. del P., establece que “*Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año...*” (Subraya de la Sala)

Aplicando los anteriores insumos al caso concreto, tenemos que el término de prescripción de la acción penal para la obligación del periodo correspondiente al 2010-6 **inició el 21 de marzo de 2011 y culminó el 21 de marzo de 2023**, empero, como la audiencia de formulación de imputación se celebró antes de la media noche de ese 21 de marzo de 2023 el término prescriptivo se interrumpió, conforme con el artículo 292 de la Ley 906 de 2004. Por tanto, dicha obligación no se encontraba prescrita, de

ahí que no había lugar a decretar la nulidad parcial de ese acto de comunicación realizado por la fiscalía y mucho menos decretar la prescripción de la acción penal, a la manera en que lo hizo la funcionaria de primer grado.

De otro lado, resulta válido mencionar que la Jurisprudencia la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al momento de referirse a los términos de prescripción tiene en cuenta el día en que inicia y termina el cómputo y éstos tiene el mismo día del año o del mes, es decir, ambos plazos, el inicial y el final corresponden a la misma fecha, al mismo día, numéricamente hablando⁸, lo que corrobora lo dicho por el legislador en las normas anteriormente referidas.

Por lo brevemente expuesto, encuentra la Sala que, contrario a lo señalado por la a quo, la acción penal no ha prescrito, razón por la cual se ha de revocar el auto objeto de censura.

Por causa de lo expuesto, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la decisión de la Juez Penal del Circuito de Caldas, Antioquia del 24 de enero de este año, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁸ “Así, la acción penal por el delito no prescribió en segunda instancia. Tampoco ello ocurrió en el trámite del recurso extraordinario de casación. En la medida en que la suspensión del término prescriptivo, que provoca la emisión del fallo de segundo grado, es por 5 años más (artículo 189 *ibídem*), y **esa decisión fue dictada el 16 de febrero de 2021, la acción solo se habría extinguido el 16 de febrero de 2026.** (AP5173-2022).

“En esa línea, si la obligación tributaria debía ser cancelada, como se dijo, el 13 de febrero, el delito de omisión del agente retenedor se habría configurado trascurridos dos meses, es decir, **el 13 de abril de 2006**, de acuerdo con la descripción del tipo penal ya citado. Así las cosas, para ese específico suceso, se recuerda, el atinente al período 1 del año 2006 en lo que corresponde a la obligación de consignar lo recaudado por retención en la fuente, el término de prescripción de la acción penal inicio en la referida calenda y culminó el **13 de abril de 2018**”. (SP126-2023).

“**La imputación se formuló el 27 de noviembre de 2015**, fecha desde la cual el término original empezó a correr nuevamente por la mitad, es decir, por 54 meses. Ese monto, sin embargo, debe incrementarse en una tercera parte (no en la mitad, se insiste) por lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 83 del Código Penal (se itera, en su redacción original), **con lo que el fenómeno extintivo habría ocurrido seis años después, es decir, el 27 de noviembre de 2021**” (AP2679-2023). (Negrillas de la Sala)

Contra esta decisión no procede recurso alguno, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

Firmado Por:

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

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellín - Antioquia

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 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: **a6ad3872bf3ed9e27919f0e428353ceebb968f186f78a94a9ed936990fda0fe6**

Documento generado en 09/05/2024 02:31:09 p. m.

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