



Radicado: 050016000248201808932
Procesado: Antonio del Cristo Martínez Suárez
Delito: Omisión del agente retenedor o
recaudador
Decisión: Confirma
Magistrado ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 144

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, veintinueve de octubre de dos mil veinticuatro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el defensor del señor **Antonio del Cristo Martínez Suárez**, en contra de la sentencia proferida el 1° de agosto de 2024, por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, mediante la cual se negó la preclusión solicitada y se declaró la responsabilidad penal del procesado en el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía acusó a **Antonio del Cristo Martínez Suárez** por cuanto presentó sin pago la declaración de IVA correspondiente al bimestre 1 del año 2013, como representante legal de la empresa Instituto Colombiano de Psicometría S.A.S.

En audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2019, se le formuló imputación por los mismos hechos ante el Juzgado 18 Penal Municipal de Medellín, tipificándolos en el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, previsto en el artículo 402 del Código Penal, cargo al cual no se allanó.

La Delegada de la Fiscalía, presentó el correspondiente escrito de acusación el 2 de marzo de 2020, asignándose el conocimiento de la actuación al Juzgado 23 Penal del Circuito de esta ciudad.

Tras múltiples aplazamientos solicitados por el procesado, el 23 de septiembre de 2021 se adelantó la audiencia de formulación de acusación, en la cual se le atribuyó la misma conducta punible.

Después de dos aplazamientos más causados por la defensa (procesado y defensor respectivamente), el 24 de mayo de 2022 se llevó a cabo la audiencia preparatoria.

Posterior a una solicitud de aplazamiento del procesado, y una de la Fiscalía, casi un año después -17 de marzo de 2023-, se logró iniciar la audiencia de juicio oral que, dados los

aplazamientos de la defensa, solo se pudo finalizar el 22 de mayo de 2024 en una segunda sesión.

En dicha fecha, se finalizó la práctica probatoria y se presentaron los alegatos de conclusión. En su intervención, el defensor pidió la preclusión de la actuación con fundamento en que i) el pasado 19 de mayo, prescribió la acción penal toda vez que para esa fecha se cumplió el término de la mitad de la pena del delito atribuido -108 meses- luego de la primera interrupción que se llevó a cabo con la formulación de imputación, y ii) el acusado llegó a un acuerdo de pago de la obligación con la DIAN.

El Juez determinó resolver la solicitud en la sentencia, a la cual daría lectura el mismo día del anuncio del sentido de fallo, diligencia que procedió a programar para el 1° de agosto de 2024.

Ese día, el Juez de primer grado recordó que, como lo avisó en la audiencia anterior, conforme con sus facultades de dirección dado todo el tiempo transcurrido en esta actuación, las dos solicitudes de preclusión las resolvería en la sentencia, adelantando en el anuncio del sentido de fallo, de carácter condenatorio, que las negó, así como las razones para ello.

Por tanto, inició la audiencia de individualización de pena, en la cual el defensor se abstuvo de pronunciarse, solicitando su aplazamiento porque estaba preparado para la decisión de la preclusión propuesta, y los efectos que tiene el recurso de apelación conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, en tanto es suspensivo.

Con fundamento en que desde la audiencia anterior, anunció que la decisión se difería a la sentencia, el *A quo* negó la solicitud de aplazamiento, reiterándole su decisión y que los recursos podría ejercerlos de forma conjunta, por lo que procedió a la lectura de la providencia que fue objeto de apelación.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Juez de primer grado negó la preclusión solicitada, toda vez el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, señala que el término prescriptivo de la acción penal se aumenta en la mitad cuando la conducta es cometida por particulares que ejerzan funciones públicas transitorias como ocurre en el caso de los agentes retenedores de IVA, lo cual no fue tenido en cuenta por el defensor; por ende, luego de la formulación de imputación, el término de prescripción es de 6 años y 9 meses, que aún no se ha cumplido.

Tampoco accedió a la otra solicitud, la de preclusión sustentada en haberse realizado un acuerdo de pago entre el acusado y la DIAN, pues en audiencia de juicio oral, el mismo procesado manifestó que lo celebró hace bastantes años y nunca lo cumplió.

Por otra parte, declaró acreditada la responsabilidad penal del procesado en el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, toda vez que, de acuerdo con la prueba documental existe una obligación por concepto de ventas que el acusado, como representante legal de una empresa, presentó sin pago en el periodo 1 del año 2013, por valor de \$14.116.000 pesos.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

La Defensa pidió decretar la nulidad de la actuación o, subsidiariamente, absolver al procesado, por considerar que se lesionaron sus derechos al debido proceso, al acceso a la Administración de Justicia, defensa y a la doble instancia.

Justificó que la providencia que negó la preclusión debía proferirse mediante auto, previo a la sentencia, que permitiera la interposición de recursos en el efecto suspensivo como lo establece el numeral 2 del artículo 177 del Código Procedimiento Penal, por lo que haber adelantado las audiencias de sentido de fallo, individualización de pena y lectura de sentencia fue ilegal, con mayor razón porque el Juez que resuelve la preclusión queda impedido para conocer el juicio.

También discutió que en el escrito de acusación no se atribuyó al procesado “el agravante” que aumenta el quantum punitivo de que trata el artículo 83 del Código Penal y, por tanto, no era posible que el Juez de primer grado lo aplicara, además, que no se tuvo en cuenta que el procesado suscribió un acuerdo de pago que constituye un título valor que puede extinguir la acción penal.

NO RECURRENTE

La apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales solicitó confirmar la decisión de primera instancia, con fundamento en que i) desde el inicio del proceso se evidencian las permanentes maniobras dilatorias por parte del procesado para impedir el adelantamiento de la actuación; ii) se demostró que, como representante legal del Instituto Colombiano de Psicometría S.A.S.,

declaró sin pago el periodo 1 del año 2013 por concepto de ventas; iii) han pasado más de 11 años sin que consigne el capital adeudado; iv) aunque suscribió un acuerdo de pago, no ha generado ningún abono, y tampoco cuenta con la posibilidad financiera para cancelarlo; v) la fecha de prescripción es el 20/08/2026, por lo que no se ha configurado tal figura; y vi) el Juez difirió la decisión de la solicitud de preclusión conforme al artículo 139 del Código de Procedimiento Penal en procura de la salvaguarda de los intereses de la víctima.

CONSIDERACIONES

Le asiste competencia a esta Sala de Decisión para abordar el tema sometido a su consideración, atendiendo lo normado en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, que la faculta para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias proferidas por los Jueces del Circuito.

Dado que el libelista inicia por cuestionar la validez de la decisión de primer grado, al haberse diferido hasta ella la resolución de las solicitudes de preclusión que presentó en sus alegatos de conclusión; se debe examinar si procede la corrección o no de la actuación desde el anuncio del sentido del fallo, inclusive, para que se profiera antes el auto correspondiente.

Se adelanta desde ya que, como no se accederá a lo solicitado, de acuerdo con los fundamentos de la apelación, la Sala también debe determinar si el *A quo* erró al emitir una sentencia condenatoria por cuanto, según se alega, ya prescribió la acción penal y, adicionalmente, se hizo un acuerdo de pago de la

obligación, situaciones que generarían la preclusión de la actuación.

En la sistemática de la Ley 906 de 2004, se disponen tres causales de ineficacia de los actos procesales, dispuestas en los artículos 455 a 457 del Código de Procedimiento Penal: i) Cuando la nulidad se derive de prueba ilícita, ii) Por incompetencia del juez en razón de su fuero o que estuviere asignado a los jueces del circuito especializados y iii) Por violación de garantías fundamentales en el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales.

Al estudiar la afectación de las garantías mínimas que establecen la Constitución y la ley para las actuaciones procesales, se debe valorar si dicha situación atenta de manera grave contra el debido proceso y desconoce la garantía de los derechos e intereses de las personas que intervienen en el mismo, siempre teniendo en cuenta que las nulidades se rigen por los principios de taxatividad, protección, convalidación, trascendencia, instrumentalidad y residualidad, y que ante la evidencia de la insignificancia de un yerro o frente a la posibilidad de subsanarlo, sin incidir en la etapa procesal siguiente, no se hace necesario rehacerla, teniendo en cuenta que no existe un resultado negativo para los intervinientes en el proceso.

Todo ello en procura de preservar la garantía de otros principios y derechos, como los de legalidad, igualdad, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho de defensa y los derechos de las víctimas, entre otros, a fin de alcanzar un adecuado acceso a la Administración de Justicia, sustento esencial de una sociedad democrática.

En sentir del recurrente, dichas garantías fueron transgredidas por el Juez de primer grado porque no debía diferirse la decisión de la solicitud de preclusión solicitada, toda vez que debe ser resuelta mediante auto frente al cual procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, lo que impediría continuar con la actuación, y porque, sobre todo, el Juez de Conocimiento ni siquiera podría seguir conociéndola.

Es cierto que el proceso penal –dada su estructura formal y conceptual– es una secuencia lógica y sucesiva de etapas, regidas por el principio antecedente-consecuente, graduales y continuas de actos jurisdiccionales de carácter progresivo, revestidas del principio de preclusividad de los actos. La alteración o pretermisión de estas etapas procesales implica un desconocimiento total de las garantías fundamentales al afectar de manera directa el debido proceso en sus aspectos sustanciales, pues la misma norma establece como un requisito *sine qua non* para poder llevar a cabo la etapa que continúa, y a la postre deriva en un defecto procedimental absoluto, pues conlleva una actuación al margen de la manera que legalmente fue establecido¹.

También lo es que de acuerdo con el numeral 2 del inciso 1° del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal establece que contra el auto que resuelve acerca de la solicitud de preclusión, cabe el recurso de apelación que deberá concederse en el efecto suspensivo; no obstante, también es cierto que, de acuerdo con el artículo 446 ibidem, la sentencia “*deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales*”, como en efecto lo hizo el Juez de primer grado, pues el defensor presentó la solicitud de preclusión de la actuación en sus alegatos de conclusión.

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005.

Pero, adicionalmente, en el mismo momento, el *A quo* advirtió que, de conformidad con sus facultades direccionales, la decisión de la solicitud presentada la diferiría a la sentencia, dado el largo tiempo transcurrido en la actuación sin que se concluyera, para lo que, ciertamente, está autorizado.

Y, aunque se tratara de una irregularidad en el procedimiento, para que se configure una nulidad, la alteración debe ser trascendente en la afectación de la estructura del proceso o de las garantías de las partes o intervinientes, y así debe acreditarlo el interesado. En este sentido se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

“...la nulidad es un remedio extremo que busca revertir el derecho quebrantado y dejar incólume la estructura del proceso; entonces, es compromiso del abogado demandante argumentarlo en ilación con las pautas expuestas y demostrar objetivamente la existencia material de la infracción junto con la correspondiente consecuencia, pues no cualquier falencia que se alegue rompe el equilibrio jurídico previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

(...)

Ellas, además, se rigen por el postulado de trascendencia en sus diversas connotaciones epistemológicas; por un lado, la exclusiva irregularidad o menoscabo a la ley, no es presupuesto dominante para su configuración; se requiere, en segundo lugar, el efectivo detrimento, perjuicio o lesión de los derechos y garantías adquiridas por los intervinientes o partes en la dinámica judicial; en tercer término, es obligación del jurista mostrar en interés legal de su representado las bondades, beneficios y ventajas² del ataque propuesto.” (Auto del 27 de febrero del 2013, Rd. 37.228, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz)

Entiende la Sala, en extrema benevolencia con el recurrente, que fundó la trascendencia del acto en dos circunstancias: i) el juez que dictó la sentencia sería incompetente para emitirla porque si conoce la solicitud de preclusión estaría impedido para conocer el juicio; y ii) como se difirió la decisión de

² Corte Suprema de Justicia, mismo sentido, ver sentencia 15.223 de 12 de febrero de 2002.

preclusión a la sentencia, se desarrolló la audiencia de individualización de pena en la cual no pudo presentar las condiciones socio familiares del acusado, pues lo que seguía era la presentación del recurso de apelación de la decisión que negó la preclusión y que se debía conceder en el efecto suspensivo.

Sin embargo, frente al primer aspecto, en decisión AP3273-2024, radicado 66552 del 19 de junio de 2024, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, reiteró lo que ha dicho la jurisprudencia en repetidas ocasiones sobre el asunto:

*“Sin embargo, expresa el artículo 335 inc., 2º con claridad que «el juez que conozca de la preclusión quedará impedido **para conocer del juicio**» y el numeral 14 del art. 56 de la Ley 906 que la reproduce en casi idénticos términos, señala que «el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y **la haya negado**, caso en el cual **quedará impedido para conocer el juicio en su fondo**».*

*Dicha premisa no es absoluta. Pacíficamente ha advertido la Corte al respecto que se requiere para la configuración de la causal, que el juez haya comprometido su criterio **respecto al fondo del asunto**, porque de lo contrario no se estructura el impedimento, ya que la independencia e imparcialidad, en manera alguna serían puestas en cuestión si no hay una evaluación que comprometa el criterio del servidor judicial (CSJ AP, 6 de mayo de 2020, Rad. 227).*

Al respecto indicó la Sala:

(...)

*Y la razón aparece evidente, en tanto, como se anotó atrás, **en la generalidad de los casos ya el funcionario ha evaluado los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes recopilados por las partes, arriesgando una consideración concreta respecto de sus efectos en punto de la materialización del delito y la participación en este del procesado sobre el cual se continúa el trámite**, así que mal podría entenderse imparcial para que adelante la más crucial de las etapas del proceso, que en su decurso reclama de intervención profunda del funcionario en las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y del juicio oral” (CSJ AP, 22 agosto 2012, Rad. 39687, reiterada, entre otras, en CSJ AP1521-2019, Rad. 55125 y CSJ AP896 – 2020).*

La referida causal es procedente, como bien se ve, cuando al momento «de conocer de la apelación de la negativa de preclusión, los Magistrados [...] comprometieron de alguna manera su criterio sobre la posible responsabilidad del procesado» (CSJ AP, 15 may. 2008, rad. 29779 reiterada en CSJ AP629 – 2015).

De igual manera, la Corte Constitucional, en decisión de constitucionalidad C-881/11 advirtió sobre la circunstancia impeditiva bajo análisis, que:

*6.5.1. La causal de impedimento prevista en el numeral 14 del artículo 56 C.P.P., la cual coincide con la establecida en el inciso final del artículo 335 ib. objeto del reproche, **tiene como finalidad preservar la imparcialidad e independencia del funcionario judicial –juez de conocimiento– encargado de adoptar una decisión de particular relevancia dentro del proceso penal como es la preclusión de la investigación.** Esta decisión tiene consecuencias de la mayor trascendencia para el proceso comoquiera que da lugar cesación, con efectos de cosa juzgada, de la persecución penal en contra del imputado, y a la revocatoria de todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto. **El impacto de una decisión de esta envergadura exige que se encuentre rodeada de todas las garantías adscritas al debido proceso como son la imparcialidad, el equilibrio y la independencia del funcionario que debe adoptar, con carácter vinculante, tal determinación.***

6.5.2. Una postura previa al juicio oral, asumida por el juez de conocimiento acerca de la proyección de la acción penal, la responsabilidad del imputado, la tipicidad del hecho, la materialidad fáctica del mismo, o la intervención del investigado en el hecho, afecta de manera significativa la posición de neutralidad y equilibrio que debe mantener el juez dentro del modelo adversarial. Por ello resulta razonable y necesaria, en procura de preservar su imparcialidad, la preceptiva que obliga a que se margine de un proceso en el que se ha pronunciado negativamente sobre una solicitud de preclusión del fiscal.

*En esa línea y en sintonía con lo expuesto por el Alto Tribunal Constitucional, la Corte, en auto CSJ AP629 – 2015 (reiterado en CSJ AP3006 – 2021) dijo que con la formulación de la causal de impedimento invocada «lo que se procura es garantizar la independencia e imparcialidad del juez; cuando al momento de resolver una solicitud de preclusión de la investigación, **se anticipan conceptos sobre aspectos precisos del caso, se efectúa un análisis de los medios de conocimiento** y se ofrece respuesta a la teoría que las partes proponen, resultando sensato en esos casos sustraer al funcionario judicial, en aras de preservar la garantía de un juez imparcial».*

En esas condiciones, ha de evaluarse el impedimento expresado.”

En este caso, las dos causales de preclusión planteadas –preclusión por prescripción y por pago- son de carácter objetivo, lo que implica que al resolverlas, de ninguna forma el juez de primer grado podría anticipar su criterio acerca de la responsabilidad penal del procesado y, por tanto, no sería incompetente para continuar conociendo la actuación penal.

Respecto de la falta de preparación de la defensa para presentar las condiciones socio familiares del acusado, porque en ese momento no cabía adelantar la audiencia de que trata el artículo 447 de la Ley 906 de 2004, lo cierto es que, como se anticipó en los antecedente, inmediatamente después de presentada la solicitud de preclusión, el Juez de primer grado advirtió que i) la resolvería al momento de la sentencia, y ii) en la próxima sesión de audiencia, además de anunciar el sentido de fallo, de ser el caso, también realizaría la audiencia de individualización de pena y de lectura de fallo; de modo que no es posible deducir que la defensa resultara sorprendida con la continuación del proceso penal o que no se le hubiera dado el tiempo suficiente para que alegara y sustentara lo que pretendiera.

Ante este panorama, no hay lugar a hablar de la existencia de una afectación de garantías fundamentales, que incluya el debido proceso, en los términos planteados por la defensa, pues el trámite se llevó a cabo conforme a la pluralidad de normas aplicables al momento procesal. En consecuencia, no hay afectación a la validez o eficacia del acto procesal que haga necesario la declaratoria de la nulidad planteada.

Ahora, en cuanto al motivo de apelación relacionado con la preclusión por prescripción, el libelista alega que el Juez de primera instancia se equivocó al aplicar “el agravante” consagrado en el inciso 6° del artículo 83 del Código Penal, que aumenta la pena del delito atribuido, pese a que así no le fue atribuido en la acusación; no obstante, de ninguna forma los términos de prescripción pueden ser considerados como un agravante.

No entiende la Sala si se trata de un argumento desesperado del censor, o si desconoce la ley; pero, en todo caso, cabe precisar que el artículo 83 del Código Penal no establece circunstancias de agravación punitiva, sino que, como su nombre lo indica, estipula los diferentes términos de prescripción de la acción penal que el Legislador ha consagrado en su libre poder de configurador de la ley.

Así, expresamente para el caso de los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria “*y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores*”, como sucede con el procesado, a quien se acusó por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, el término de la prescripción de la acción penal, es “*un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley*”, conforme al inciso 1° del referido artículo 83, aumentado en la mitad, según el inciso 6° del mismo.

El artículo 402 del Código Penal, establece para el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador una pena máxima de 108 meses de prisión, de manera que, este término, aumentado en la mitad -162 meses-, es el de prescripción hasta antes de la formulación de imputación.

Según lo dispuesto en el artículo 292 del Código de Procedimiento Penal, luego de dicho acto procesal, el término de prescripción se reduce a la mitad, es decir, 6 años y 9 meses, por lo que, considerando que la audiencia de imputación se realizó el 20 de noviembre de 2019, acierta la no recurrente en señalar que en el caso del señor **Antonio del Cristo Martínez Suárez**, la acción penal prescribiría el 20 de agosto de 2026 y, por tanto, aún no se encuentra prescrita.

Entonces, dado que no ha transcurrido el tiempo para decretar la prescripción de la acción penal, no podrá revocarse la decisión de primera instancia que negó la preclusión.

Tampoco existe motivo legal alguno para revocar lo decidido por la primera instancia en relación con la solicitud de preclusión por la suscripción del acuerdo de pago del procesado con la DIAN, pues se equivoca el recurrente al pretender la terminación de la actuación con dicho convenio, en tanto esa causal fue expresamente derogada por el artículo 21 de la Ley 1066 de 2006, y como máximo, por favorabilidad, podría darse aplicación al último inciso del artículo 83 del Código Penal, adicionado por la Ley 2277 de 2022, para suspender la actuación hasta lograr la cancelación de toda la obligación, único momento en el cual se podría extinguir la acción conforme lo consagrado en el parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000; sin embargo, en el juicio se acreditó, y así lo reiteró la apoderada de la DIAN, que el acusado nunca ha cumplido con lo pactado.

En consecuencia, no se accederá a lo propuesto por el recurrente y, por tanto, se confirmará integralmente la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia mediante la cual se condenó al señor ***Antonio del Cristo Martínez Suárez*** por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador.

Segundo: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de Ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
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

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

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: **931e0305cc8de967bb8b64cd997d8f89e5d1c0b510a9b43482540efaf03053cd**

Documento generado en 29/10/2024 03:40:42 PM

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