**OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / APLICACIÓN DE LA LEY EN EL TIEMPO / EFECTOS**

Teniendo en cuenta que los reproches que la parte recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, es menester recordar que en virtud del principio de legalidad, durante el proceso penal ha de aplicarse la norma vigente para el momento de la comisión de los hechos, entendiéndose esta prerrogativa en una triple vertiente, esto en el sentido de que no puede juzgarse a nadie por conductas que no estén establecidas como delito en el ordenamiento jurídico al momento de su comisión; el procedimiento y jurisdicción deben estar definidos previamente en la ley; y, la sanción a imponer será aquella que se encontraba prevista para la fecha de acaecimiento de la situación fáctica delictual.

**IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY / EXCEPCIONES / RETROACTIVIDAD / ULTRAACTIVIDAD**

Dicho principio se encuentra reconocido de manera taxativa en el artículo 6º tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal, estableciéndose en ambos como regla general la irretroactividad de la Ley, salvo en casos de favorabilidad, situaciones en las que aun tratándose de una norma emitida con posterioridad a la comisión de los hechos, es viable su aplicación en tanto represente una situación más favorable para el procesado frente a aquella que le supondría la normativa anterior. No obstante, la retroactividad no es la única figura que se presenta como excepción al principio de legalidad, si se tiene en cuenta que además, en virtud de este principio las normas jurídicas sólo rigen mientras se encuentran vigentes, sino que también es viable aplicar la ultraactividad, en tanto la aplicación de la norma “tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, siempre que tal proceder reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la acción penal”.

**ÉPOCA HECHOS DELICTUALES: 2012 Y 2015 / REESTRUCTURACIÓN EMPRESA: 1999 – 2006**

… en el presente caso los hechos materia de investigación y juzgamiento se presentaron entre los años 2012 y 2015, periodos en los cuales el señor DGH era presuntamente responsable del recaudo de dineros por concepto de IVA, como resultado de la explotación de su actividad económica, sin que haya cumplido con dicha obligación. Para aquel momento, respecto de tal conducta omisiva, se encontraban vigentes las siguientes disposiciones, de conformidad con las normas contenidas en las Leyes 633 de 2000 y 1066 de 2006, a saber: “Artículo 402. Omisión del agente retenedor o recaudador…” En ese orden de ideas, bajo la luz de dicha norma, no podía predicarse responsabilidad penal respecto de sociedades que fuesen admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, norma que fue reemplazada por la Ley 1116 del 2006…

**ANÁLISIS FÁCTICO / APLICA LA ULTRAACTIVIDAD DE LA LEY**

… se advierte que para el año 2.020 ya no se encontraba vigente la prerrogativa que permitía exonerar de responsabilidad penal a quienes se hayan sometido a un proceso concursal, lo que, en principio, podría dar pie a que, como lo refiere la recurrente en su escrito, se declarase como responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador al Sr. DGH. No obstante, de acuerdo con lo señalado en los acápites precedentes, es claro que si bien el proceso concursal no se dio en vigencia de la norma que permitía la exención de la responsabilidad penal por este hecho, la situación fáctica objeto de juzgamiento sí se desarrolló en vigencia de tal normativa, siendo entonces procedente para el caso concreto en virtud de la ultraactividad, y por ser una condición más beneficiosa para el procesado, dar aplicación a las disposiciones contenidas en las Leyes 633 de 2000 y 1066 de 2006.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL# 1**

Magistrado Ponente: **MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA**

Aprobada mediante acta #1100

Pereira, veintiuno (21) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Hora: 11:35 a.m.

Procesado: DGH

Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador.

Rad. # 66001600003620160254601

Proviene: Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la representación de la víctima en contra de sentencia absolutoria.

Temas: Aplicación ultraactiva de la Ley penal. Aplicación de la causal de improseguibilidad del ejercicio de la acción penal por sometimiento a un proceso concursal.

Decisión: Confirma el fallo confutado.

**VISTOS:**

Procede la Sala de Decisión Penal # 1 del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación que en forma oportuna fue interpuesto y sustentado por la representante de la víctima en contra de la sentencia absolutoria proferida el 11 de diciembre de 2.023 por parte del Juzgado 6° Penal del Circuito de Pereira dentro del proceso que se adelantó en contra del ciudadano DGH, quien fue acusado de incurrir en la presunta comisión del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

**ANTECEDENTES:**

De conformidad con lo señalado en el escrito de acusación, el ciudadano DGH se desempeñó como representante legal de la sociedad *Optima Temporales S.A.S.* la cual, como consecuencia de la actividad económica que ejercía, era responsable de recaudar el impuesto del valor agregado (IVA) y de consignar esas sumas al Gobierno Nacional, no obstante, pese a haber presentado la correspondiente declaración del IVA de los siguientes periodos, no procedió a su pago en las fechas establecidas para ello ni a lo largo de la investigación:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Periodo | Año | Valor |
| 4 | 2.012 | 12.398.000 |
| 5 | 2.012 | 62.821.000 |
| 6 | 2.012 | 76.241.000 |
| 6 | 2.013 | 16.548.000 |
| 1 | 2.014 | 26.119.000 |
| 2 | 2.014 | 26.575.000 |
| 3 | 2.014 | 29.033.000 |
| 4 | 2.014 | 13.259.000 |
| 5 | 2.014 | 5.885.000 |
| 6 | 2.014 | 4.760.000 |
| 1 | 2.015 | 1.221.000 |
| 2 | 2.015 | 509.000 |
| $271.369.000 |

**SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. La audiencia preliminar de formulación de imputación se llevó a cabo el 08 de abril de 2.019 ante el Juzgado 6º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en la que la Fiscalía le endilgó cargos al ciudadano DGH por incurrir en la presunta comisión del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.
2. Una vez radicado el escrito de acusación, el conocimiento de la actuación correspondió al Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual se adelantaron las siguientes audiencias: i) en las calendas del 5 de septiembre de 2.019 tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación, donde se enrostraron cargos al procesado en el mismo sentido de la formulación de imputación; ii) la audiencia preparatoria se llevó a cabo los días 16 de marzo y 7 de septiembre de 2.021; y, iii) la audiencia de juicio oral se realizó en sesión del 29 de mayo de 2.023.
3. El 20 de junio de 2.023, se presentó impedimento por parte de la titular del Juzgado 5º Penal del Circuito de esta municipalidad, razón por la cual, el 25 de octubre de 2.023, ante el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, se llevó a cabo la audiencia de sentido del fallo y, el 11 de diciembre de ese mismo año, se dio lectura a la sentencia absolutoria, frente a la cual, la representante de la DIAN se alzó de manera oportuna.

**LA SENTENCIA OPUGNADA:**

Como se sabe, se trata de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2.023 por parte del Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual, se absolvió al procesado DGH de los cargos de omisión del agente retenedor o recaudador que le habían sido endilgados.

Los fundamentos que tuvo en cuenta el Juzgado de primer grado para abstenerse de declarar la responsabilidad criminal del encartado se basaron en las estipulaciones probatorias realizadas por las partes y las pruebas practicadas en el desarrollo del juicio oral, de lo cual concluyó:

* Como quiera que una vez se admite y se da inicio al trámite concursal, el administrador del patrimonio afectado, que para el caso es el ciudadano DGH, tiene ciertas restricciones en el manejo del mismo, y para adelantar ciertos pagos, acuerdos o transacciones debe atender las órdenes de la autoridad judicial que conoce de la actuación, no resultaría lógico que quien se somete a dicho proceso pueda ser procesado por el delito de omisión de agente retenedor.

Por tanto, la Fiscalía General de la Nación está llamada a descartar el ejercicio de la acción penal en aquellos casos en los cuales el pago de los impuestos recaudados y retenidos se sale de las manos del deudor, en atención a que debe someterse de firma estricta a las órdenes y autorizaciones del Juez de insolvencia.

* Como el trámite de insolvencia impide a los administradores un manejo discrecional del patrimonio que se encuentra en crisis, resulta natural que el dinero recaudado por su condición de agente retenedor también se encuentre sometido a estas limitaciones, por lo que el cumplimiento de la obligación ya no se encuentra en sus manos, sino que depende de los términos y oportunidad que se establezca dentro del proceso concursal.
* La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha considerado viable aplicar la excepción de la ley # 633 de 2000 al nuevo régimen de insolvencia por dos razones: i) estima que las dos normas no son incompatibles, pues tienen la finalidad común de procurar la recuperación de la persona que tiene problemas financieros; ii) debido a que "el deudor ya no puede sin autorización del juez del concurso hacer arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas desde luego las deudas con la DIAN".
* El artículo 42 de la ley 633 de 2000 dispuso que las personas sometidas a trámites concursales instituidos por la ley # 550 de 1990 no serían procesados por el delito de omisión de agente retenedor, siendo posible extender actualmente la excepción en mención a los sujetos a quienes aplica la norma # 1116 de 2006.

**LA ALZADA:**

La tesis de la inconformidad propuesta por la apodera de la DIAN en la alzada, se fundamentó en expresar que se demostró que el Sr. DGH era responsable de recaudar el impuesto sobre las ventas en razón de su actividad económica, y que presentó declaraciones sobre el mismo sin pago, apropiándose así de dineros del Estado, pues las sumas no consignadas no salen del patrimonio del procesado sino de los pagos efectuados por los consumidores finales.

Precisó que en sentencia de la Corte Constitucional de fecha 4 de mayo de 2023 M.P. Dr ALEJANDRO LINARES CANTILLO, al analizar el tránsito normativo en la regulación del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, se verificó que el artículo 665 de la Ley 599 de 2000, que traía como excepción que las sociedades que se encontraran en procesos concursales o en negociación de acuerdo de reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999 en relación con el impuesto a las ventas y retenciones en la fuente causadas, no tenían los efectos o sanciones previstas en el artículo.

Asimismo, analizó que la Ley 1819 de 2016. en su artículo 339, hizo una modificación al artículo 402 de la dicha ley 599 de 2000, que no trae ninguna distinción ni tampoco excepciones, por lo que por ser esta posterior a la Ley 599 de 2000 la deja sin efectos.

Finalmente, adujo que el proceso de liquidación judicial al que se sometió la sociedad *Optima Temporales S.A.S.*, donde fungía como representante legal el señor DGH, inició en el año 2020, es decir que se tramitó en vigencia de la Ley 1819 de 2016, la cual no trae excepción alguna frente a dichos procesos, como si lo hacia la derogada Ley 599 del 2000, pues actualmente el artículo 402 del Código Penal expresa que la única forma de extinguirse la acción penal es con el pago de la obligación.

Con ello, deprecó revocar la sentencia absolutoria y en su lugar proceder a declarar como penalmente responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador al Sr. DGH.

**LAS RÉPLICAS:**

En sus alegatos de no recurrente, el señor Defensor solicitó confirmar la decisión confutada, bajo las siguientes premisas:

* La fecha de los hechos materia de investigación versa sobre periodos anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, esto es el 29 de diciembre de 2016, por lo que es plausible la aplicación de los presupuestos de la Ley 599 de 2000, vigente para la fecha de ocurrencia de los supuestos fácticos, en consideración y respeto a los principios de favorabilidad, legalidad y debido proceso.
* El artículo 402 del C.P. en su parágrafo, posibilita varias situaciones para extinguir la acción penal, esto es, el pago o compensación de obligaciones pecuniarias adeudadas, lo que a su vez conlleva al beneficiario a obtener una resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación del procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado.
* Una vez realizada la práctica probatoria, la Defensa logró acreditar la existencia de un proceso concursal con radicado 2020-05-005914, adelantado por la sociedad *Optima Temporales S.A.S.* ante la Superintendencia de Sociedades, donde finalmente se determinó la calificación y graduación de los créditos pendientes de los acreedores de la sociedad, entre los que se encuentra la DIAN por las acreencias que le fueron reprochadas en el ámbito penal. A este proceso, se vinculó a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, pudiendo participar activamente en él.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una sentencia proferida por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

De igual forma, no se avizora ningún tipo de irregularidad sustancial que pueda incidir para que esta Colegiatura de manera oficiosa proceda a decretar la nulidad de la actuación procesal.

**- Problemas Jurídicos:**

Acorde con el contenido de la tesis de la discrepancia propuesta por el recurrente en la alzada, de la misma, como problema jurídico, se desprenden los siguientes:

¿No se podía dar inicio a la acción penal por el delito de omisión de agente retenedor en contra del ahora procesado DGH, debido a que la sociedad Optima Temporales S.A.S. que era representada por él, de conformidad con la Ley # 633 de 2000, se sometió a un proceso concursal?

¿A fin de determinar el juicio de responsabilidad criminal pregonado en contra del procesado DGH, se debe precisar si se podría considerar beneficiario de las disposiciones consagradas en la Ley # 633 de 2000, o sí en su defecto la normatividad que se debía aplicar era la de la Ley # 1819 de 2016?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que los reproches que la parte recurrente ha formulado en contra del fallo confutado, están relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, es menester recordar que en virtud del principio de legalidad, durante el proceso penal ha de aplicarse la norma vigente para el momento de la comisión de los hechos, entendiéndose esta prerrogativa en una triple vertiente, esto en el sentido de que no puede juzgarse a nadie por conductas que no estén establecidas como delito en el ordenamiento jurídico al momento de su comisión; el procedimiento y jurisdicción deben estar definidos previamente en la ley; y, la sanción a imponer será aquella que se encontraba prevista para la fecha de acaecimiento de la situación fáctica delictual.

Dicho principio se encuentra reconocido de manera taxativa en el artículo 6º tanto del Código Penal como del Código de Procedimiento Penal, estableciéndose en ambos como regla general la irretroactividad de la Ley, salvo en casos de favorabilidad, situaciones en las que aun tratándose de una norma emitida con posterioridad a la comisión de los hechos, es viable su aplicación en tanto represente una situación más favorable para el procesado frente a aquella que le supondría la normativa anterior.

No obstante, la retroactividad no es la única figura que se presenta como excepción al principio de legalidad, si se tiene en cuenta que además, en virtud de este principio las normas jurídicas sólo rigen mientras se encuentran vigentes, sino que también es viable aplicar la ultraactividad, en tanto la aplicación de la norma *“tiene lugar cuando ya no se encuentra vigente, respecto de sucesos ocurridos cuando regía, siempre que tal proceder reporte tratamiento benéfico a la situación del sujeto pasivo de la acción penal”* [[1]](#footnote-1).

Es decir, bajo la figura de la retroactividad, es viable dar aplicación a una norma emitida de manera posterior, a un hecho acaecido en momento anterior a su entrada en vigencia, mientras que en virtud de la ultraactividad, se da uso a una normativa derogada o no vigente, al estimarse más beneficiosa para el procesado.

Precisado lo anterior, se tiene que en el presente caso los hechos materia de investigación y juzgamiento se presentaron entre los años 2012 y 2015, periodos en los cuales el señor DGH era presuntamente responsable del recaudo de dineros por concepto de IVA, como resultado de la explotación de su actividad económica, sin que haya cumplido con dicha obligación.

Para aquel momento, respecto de tal conducta omisiva, se encontraban vigentes las siguientes disposiciones, de conformidad con las normas contenidas en las Leyes 633 de 2000 y 1066 de 2006, a saber:

“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 cuarenta y ocho (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 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. 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.

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 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.” (Subrayas fuera del texto)

En ese orden de ideas, bajo la luz de dicha norma, no podía predicarse responsabilidad penal respecto de sociedades que fuesen admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, norma que fue reemplazada por la Ley 1116 del 2006 *“Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones”*.

En atención a tal cambio normativo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, señaló que pese a tratarse de dos normas diferentes, como quiera que su espíritu era similar, era viable aplicar el mencionado precepto de exención de responsabilidad penal en aquellos casos en que la sociedad o su representante legal se sometieran a procesos de liquidación o insolvencia.

Lo anterior, en los siguientes términos:

“El recorrido anterior deja claro que la Ley 550 de 1999, expedida para hacer frente a la crisis económica del sector productivo y cuya finalidad era proporcionarle a deudores y acreedores “mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas, que permitían a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y atender sus compromisos financieros”, fue reemplazada por la Ley 1116 de 2006, que en lo sustancial mantuvo sus mismas finalidades. Es decir, la recuperación de la empresa o la persona natural comerciante en casos de tener problemas de viabilidad financiera, a través de un compromiso con sus acreedores para la cancelación a largo plazo de las obligaciones con dificultades en su cubrimiento. Esos convenios entre deudores y acreedores para asegurar la subsistencia de la empresa, corresponden a los llamados en la Ley 550 de 1999 “acuerdos de reestructuración” y en la Ley 1116 de 2006 “acuerdos de reorganización”, cuyo incumplimiento, en los dos casos, se previó como causal de liquidación inmediata y obligatoria.

**Así las cosas, si esas dos leyes se identifican en su espíritu, si persiguen propósitos similares y si en su contenido nada hace deducir que la derogatoria de la primera (550) a través de la segunda (1116) signifique la revocatoria de la causal de improcedibilidad prevista en la parte final del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 (sociedades “admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999”), no estima la Corte que la circunstancia extintiva de la acción penal haya dejado de regir por el hecho de la referencia expresa al mecanismo transitorio de reactivación empresarial diseñado en 1999 y no al de vocación permanente que lo sustituyó en 2006.**

**En ambos procedimientos, 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**…”[[2]](#footnote-2).

Precisado lo anterior, es claro que tratándose de procesos de liquidación o insolvencia, tramitados bajo la luz de la Ley 1116 de 2006, también tienen la facultad de exonerar de responsabilidad penal a quienes se sometan a estas figuras, bajo el entendido de que al igual que en la legislación anterior, una vez admitida la solicitud de reestructuración o de reorganización, al deudor le está vetado disponer de su patrimonio sin autorización del Juez del concurso, lo cual incluye el pago de las obligaciones contraídas con la DIAN.

Ahora bien, durante el trámite del juicio oral, resultó probado lo siguiente:

* El señor DGH fungió como representante legal de la sociedad *Optima Temporales S.A.S.* y que, como consecuencia de ello, era responsable de recaudar el impuesto del valor agregado (IVA) y de consignar esas sumas al Gobierno Nacional.
* El ciudadano DGH, en su calidad de representante legal de la sociedad *Optima Temporales S.A.S.*, presentó las siguientes declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas IVA, sin haber procedido a su pago:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Periodo | Año | Valor |
| 4 | 2.012 | 12.398.000 |
| 5 | 2.012 | 62.821.000 |
| 6 | 2.012 | 76.241.000 |
| 6 | 2.013 | 16.548.000 |
| 1 | 2.014 | 26.119.000 |
| 2 | 2.014 | 26.575.000 |
| 3 | 2.014 | 29.033.000 |
| 4 | 2.014 | 13.259.000 |
| 5 | 2.014 | 5.885.000 |
| 6 | 2.014 | 4.760.000 |
| 1 | 2.015 | 1.221.000 |
| 2 | 2.015 | 509.000 |
| $271.369.000 |

* Mediante Auto No. 670-000804 del 17 de diciembre de 2.020 bajo el radicado con el No. 2020-05-005914, la Superintendencia de Sociedades regional Manizales, decretó la apertura de la Liquidación judicial Simplificada de los bienes, haberes y negocios de la sociedad *Optima Temporales S.A.S.*, en los términos previstos en la Ley 1116 de 2006 y normas concordantes, en especial el Decreto 772 de 2020.
* Dentro de la calificación y graduación de los créditos llevada a cabo dentro del proceso concursal, se determinó como crédito de primera clase a la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por el concepto de las sumas adeudadas por los periodos 4, 5 y 6 de 2.012; 6 de 2.013; 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 2.014 y; 1 y 2 de 2.015.

De lo dicho, se advierte entonces que el proceso concursal fue iniciado en el año 2.020, esto es, de manera posterior a los hechos, y cuando la Ley 633 de 2000 ya había dejado de regir en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 1819 de 2016, por medio de la cual, se modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, quedando bajo el siguiente tenor:

“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 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 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.

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 la ventas, el impuesto nacional al consumo 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 hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.*” (Subrayas fuera de texto)

De texto, se advierte que para el año 2.020 ya no se encontraba vigente la prerrogativa que permitía exonerar de responsabilidad penal a quienes se hayan sometido a un proceso concursal, lo que, en principio, podría dar pie a que, como lo refiere la recurrente en su escrito, se declarase como responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador al Sr. DGH.

No obstante, de acuerdo con lo señalado en los acápites precedentes, es claro que si bien el proceso concursal no se dio en vigencia de la norma que permitía la exención de la responsabilidad penal por este hecho, la situación fáctica objeto de juzgamiento sí se desarrolló en vigencia de tal normativa, siendo entonces procedente para el caso concreto en virtud de la ultraactividad, y por ser una condición más beneficiosa para el procesado, dar aplicación a las disposiciones contenidas en las Leyes 633 de 2000 y 1066 de 2006.

En consecuencia, como acertadamente lo dispuso el Juzgado *A Quo*, existe lugar a absolver al procesado DGH de los cargos que, como autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador le fueron endilgados, al haberse probado que se inició y culminó un proceso concursal de la sociedad *Optima Temporales S.A.S.*, configurándose así, la causal de improseguibilidad del ejercicio de la acción penal contenida en el inciso segundo del parágrafo del artículo 402 del C.P., de conformidad con las Leyes 633 de 2000 y 1066 de 2006.

Lo dicho hasta ahora es suficiente, para que la Sala decida confirmar el fallo opugnado en todo aquello que fue objeto de la tesis de inconformidad plasmada por la parte apelante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal # 1, administrando justicia en nombre de la República y por mandato de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 6º Penal del Circuito de Pereira, el 11 de diciembre de 2.023, por medio de la cual, se absolvió al procesado DGH de los cargos de omisión del agente retenedor o recaudador que le fueron endilgados.

**SEGUNDO: ORDENAR** que por Secretaría se proceda a notificar a las partes y demás intervinientes del contenido de esta providencia de 2ª instancia mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal como lo regula el artículo 8º de la ley # 2.213 de 2.022 que avala ese tipo de notificaciones, razón por la cual la Colegiatura se abstendrá de llevar a cabo la correspondiente audiencia de lectura de la presente decisión.

**TERCERO: DECLARAR** que en contra de la presente sentencia de 2ª instancia procede el recurso de casación, el cual deberá ser interpuesto y sustentado dentro de las oportunidades de ley.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal: Providencia del 16 de diciembre de 2.008. Proceso No. 28476. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 18 de marzo de 2015. SP-3001-2015. Rad. # 42822. (Negrillas fuera del texto original), [↑](#footnote-ref-2)