**OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / SERVIDOR PÚBLICO TRANSITORIO / PRESCRIPCIÓN**

… el artículo 20 C.P., en punto de la descripción acerca de qué personas ostentan la condición de servidores públicos, es claro al indicar que, entre otros, se encuentran: “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria”, como lo sería precisamente el caso del señor CJSG, quien tenía la facultad de recaudar el impuesto del IVA anual… Así mismo, y concretamente en lo atinente a los agentes retenedores o recaudadores, a estos les serían aplicables los artículos 665 del Estatuto Tributario -Ley 624/89-, 56 del estatuto de la contratación -Ley 80 de 1993, y 14 de la ley 1474 de 2011. Lo anterior tiene soporte en el análisis efectuado por la Corte Constitucional en sentencia C-563/98, al no ameritar discusión alguna que los particulares en ciertas y determinadas circunstancias pueden ser considerados servidores públicos, con todas las consecuencias que ello conlleva, incluidos por supuesto los términos de prescripción establecidos para el ejercicio de la acción penal.

**OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / RESPONSABILIDAD / ACUERDO DE PAGO / EXIMENTE SI SE CUMPLE**

… en punto de la responsabilidad que en la comisión de la ilicitud le asiste al acusado CJSG, esta fue corroborada en el curso del juicio oral al haberse demostrado que para los años 2014 y 2015, pese a haber presentado las declaraciones anuales del impuesto del IVA atinentes a los aludidos años, con los cuales certifica que recaudó una importante suma de dinero como producto del impuesto a las ventas por su condición de servidor público de manera transitoria…, pero aun así omitió depositar los mismos a órdenes del fisco… en lo atinente al compromiso penal por no depositar al erario las retenciones en la fuente y el IVA, señalaba en su parágrafo único: “Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma”.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente: **CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, quince (15) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Acta de aprobación N° 439

Segunda instancia

Radicación: 66001600003620150563001

|  |  |
| --- | --- |
| Acusada:  | CJSG |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Omisión del Agente Retenedor o Recaudador |
| Bien jurídico tutelado: | Administración Pública |
| Procedencia: | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (Risaralda) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Defensa y el sentenciado contra la sentencia de condena de abril 04 de 2024. **Se confirma y aclara monto de la multa**. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la sentencia en los siguientes términos:

1.- hechos Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- Los hechos fueron plasmados por la funcionaria de primer nivel en el fallo confutado de la siguiente manera:

“Señaló el delegado de la fiscalía general de la nación, que la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira, el día 28 de septiembre de 2015, instauró denuncia penal en contra del señor CJSG, porque siendo el responsable de cumplir con la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de IVA -impuesto sobre las ventas- originadas por su actividad consistente en PUBLICIDAD, incumplió con dicho deber, puesto que no consignó a órdenes del erario las sumas relacionadas en sus declaraciones privadas de IVA, dentro de los dos meses siguientes a la fecha señalada por el gobierno nacional para su presentación.

El concepto, año, período y valor de la declaración presentada sin pago, objeto de la denuncia es el siguiente:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Concepto** | **Año** | **Período** | **Valor ($)** |
| Ventas | 2014 | 01 | 11.384.000 |
| Total |  |  | **11.384.000** |

Posteriormente, la DIAN adicionó la denuncia por el siguiente período y valor:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Concepto** | **Año** | **Período** | **Valor ($)** |
| Ventas | 2015 | 01 | 14.116.000 |
| Total |  |  | **14.116.000** |

Para un total de valor adeudado por impuesto, de $25.500.000, más intereses.”

1.2.- En septiembre 12 de 2017 se le formuló imputación al señor CJSG ante el Juzgado Séptimo Penal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), como autor a título de dolo de la conducta punible de omisión de agente retenedor o recaudador -art. 402 inciso 2º C.P.-, cargo que NO ACEPTÓ.

1.3.- En septiembre 20 de 2017 la Fiscalía radicó escrito de acusación, cuyo conocimiento fue asignado por reparto al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta ciudad, donde se le endilgó igual conducta, cuya titular se declaró impedida para conocer de la actuación, por ser la cónyuge del abogado defensor (septiembre 27 de 2017), lo que fuera aceptado por su homóloga del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, donde se llevaron a cabo las audiencias de formulación de acusación (noviembre 27 de 2017), y luego de múltiples aplazamientos se realizó la audiencia preparatoria (agosto 25 de 2021) y juicio oral (octubre 2 de 2023) al cabo del cual se emitió un sentido de fallo condenatorio y en abril 04 de 2024, cuando se daría continuación a la audiencia de individualización de pena y sentencia, por parte de la defensa se solicitó la preclusión por prescripción de la acción penal, a la que se opuso fiscalía y la apoderada de víctimas, misma que negó la juez al no haberse cumplido el lapso para tal declaratoria, ante lo cual se interpuso apelación por la defensa, pero dada la deficiente sustentación se declaró desierto, sin que en la reposición presentada se aclarara lo pertinente, manteniéndose la decisión adoptada. Concluida tal audiencia, la juez dictó fallo, por medio del cual: (i) se condenó al señor CJSG, al haber sido hallado responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, a una pena de cuarenta y ocho (48) meses de prisión y *“multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT”*; (ii) la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por similar término de la penal principal, y a la consagrada en el canon 122 C.N.; y (iii) se le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena por expresa prohibición legal y se dispuso librar la orden de captura, una vez en firme la sentencia.

1.4. Los fundamentos que tuvo en consideración la A-quo para proferir tal determinación, los hizo consistir en que en este asunto quedó demostrado que CJSG para la fecha de los hechos estaba inscrito ante la DIAN como responsable para consignar las sumas recaudadas por concepto del IVA, por su actividad en el área de publicidad, quien presentó las declaraciones correspondientes a los años 2014 y 2015, respectivamente, sin realizar el pago pertinente como era su obligación, en tanto tales sumas pertenecían al erario público, y ser precisamente CJSG el encargado de atender ese compromiso.

En ese orden no obra duda alguna sobre la materialidad de la ilicitud y la responsabilidad que al mismo le asiste en su comisión.

1.5-. El defensor del sentenciado se mostró inconforme con esa decisión y la impugnó, a cuyo efecto sustentó el recurso por escrito en debida forma.

2.- Debate

2.1.- Defensor -recurrente-

Pide se revoque la sentencia adoptada, lo que sustentó en lo siguiente:

Conforme lo consagra el Estatuto Tributario quienes son agentes de retención están obligados a realizarla, pues de no hacerlo se enfrentan a responsabilidad penal, que tiene un término de prescripción el cual pide se analice, dado que a se formuló imputación en septiembre 12 de 2017. Así mismo, señala que su defendido suscribió “acuerdo de pago” con la DIAN con lo que se mutó a una situación tributaria y civil más no penal, debiéndose archivar la sanción y precluir la actuación a favor del acusado, por lo cual el fallo debió ser absolutorio, en atención a los principios de antijuridicidad material, *última ratio* y principio *pro homine*, que deben aplicarse en su favor.

Al existir un acuerdo de pago se debe considerar tal circunstancia en su favor, es decir, aunque no es ajeno a la realidad procesal, en este momento carece de recursos para cubrir dicha deuda, y ello está probado con el compromiso pactado, y aunque haya sido acusado por omisión de agente retenedor, no evade su responsabilidad, sino que está a la espera de recibir el pago de una cantidad de dinero de sus ingresos provenientes del extranjero.

La pena impuesta atenta contra los principios aludidos y la dignidad humana, al ser un padre cabeza de familia, que ha emprendido diversas empresas en el extranjero, no es un delincuente, sino una persona que por diversas situaciones no ha podido cumplir tal obligación.

2.2.- Procesado -como no recurrente-

El señor **CJSG**, pese a no haber impetrado alzada en su oportunidad, en ejercicio de su defensa material allegó un escrito donde se pronuncia respecto al fallo en su conta, y en el cual refiere:

Le causó sorpresa la sentencia, por cuanto en noviembre 29 de 2023 llegó a un acuerdo de pago con la DIAN y por ende la causa penal ya tuvo solución amén de la conciliación que realizó y se estipuló por acta N° 2023162726538 5474; incluso, dada la proximidad de la prescripción, ante la propuesta de la DIAN aceptó renunciar a la misma y pagar la suma de $217.000.000 aproximadamente más sus intereses, como así lo informó al Juzgado.

Da cuenta de las acciones que emprendió para acreditar la intención de pago con la DIAN, y esgrime que ha laborado sin descanso para tener la solvencia necesaria para cancelar sus deudas, pero para que ello sea posible es fundamental que lo dejen trabajar en el área de tratamiento de residuos industriales y domésticos como una alternativa diferente a la disposición final de residuos en los rellenos sanitarios o su incineración. Agrega, que es una persona de 65 años, con esposa y dos hijos, padece de diabetes, es hipertenso, pero aun así tiene capacidad de conseguir con qué pagar y enmendar su error. Hace relación a los logros que ha alcanzado en desarrollo de la economía circular que propone, a los objetivos que con ella tiene y concluye por decir que su intención desde que se inició este asunto ha sido la de pagar, y por ello la DIAN aceptó el acuerdo. Pide en consecuencia se le permita continuar con sus investigaciones y desarrollos para pagar sus obligaciones.

2.3.- Sustentado el recurso, la juez lo concedió en el efecto suspensivo y ordenó el envío del expediente digital a la Sala para resolver la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004 -modificado este último por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010-, al haber sido oportunamente interpuesto y debidamente sustentado el recurso de apelación en contra de la sentencia condenatoria por parte del defensor.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si la providencia adoptada por el juzgado de instancia se halla ajustada a derecho; concretamente si las razones que se adujeron para emitir condena son atendibles, o si, por el contrario, la prescripción o el fallo absolutorio que solicita la parte recurrente encuentra respaldo en el haber probatorio.

**3.3.- Solución a la controversia**

No observa la Colegiatura la existencia de vicios sustanciales que afecten garantías fundamentales de las partes e intervinientes, puesto que el trámite de todas las etapas procesales se surtió con acatamiento del debido proceso, y los medios de conocimiento fueron incorporados en debida forma en consonancia con los principios que rigen el sistema penal acusatorio, por lo que se pasará a realizar el análisis correspondiente del fallo adoptado por parte de la primera instancia.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, para proferir una sentencia de condena es indispensable que el juzgador llegue al conocimiento más allá de toda duda, no solo respecto de la existencia de la conducta punible atribuida, sino también acerca de la responsabilidad de las personas involucradas, y que tengan cimiento en las pruebas legal y oportunamente aportadas en el juicio. Igualmente, en ejercicio del principio de limitación, la Sala únicamente se pronunciará en punto de los temas atacados por el apoderado en la sustentación de su recurso contra el fallo adverso.

La razón que motiva el examen de la sentencia de condena proferida por la A-quo en contra del señor **CJSG**, acorde con la sustentación elevada por su defensor e incluso por el mismo acusado, como no recurrente, no lo fue frente al tema de responsabilidad en la ilicitud por la cual la funcionaria de primer nivel emitió sentencia de condena, toda vez que sobre ese particular nada se dijo, sino que lo fue exclusivamente en lo concerniente a: **(i)** si se presentó el fenómeno de la prescripción de la acción penal, como de manera escueta lo esgrimió el defensor; o **(ii)** si por el hecho de que el señor **CJSG**, haya llegado a un “acuerdo de pago” con la DIAN, ello *per se*, es motivo suficiente para declarar la terminación del proceso en su favor, como así lo entiende la Sala.

Pues bien, en relación con lo primero, y pese a que en curso de la audiencia de individualización de pena y sentencia el defensor elevó similar petición que fuera despachada de forma desfavorable por la A-quo, la Sala no obstante a estar en total consonancia con lo que allí se argumentó, con el fin de darle claridad al letrado, al evidenciarse que su postura frente a la presunta prescripción de la acción penal es equívoca, dirá lo siguiente:

Debe empezar por decirse que el artículo 20 C.P., en punto de la descripción acerca de qué personas ostentan la condición de servidores públicos, es claro al indicar que, entre otros, se encuentran: “los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente **o transitoria**”, como lo sería precisamente el caso del señor **CJSG**, quien tenía la facultad de recaudar el impuesto del IVA anual correspondiente a los años gravables 2014 y 2015 y consignarlos dentro de los plazos de ley a favor del erario público.

Así mismo, y concretamente en lo atinente a los agentes retenedores o recaudadores, a estos les serían aplicables los artículos 665 del Estatuto Tributario -Ley 624/89-, 56 del estatuto de la contratación -Ley 80 de 1993, y 14 de la ley 1474 de 2011.

Lo anterior tiene soporte en el análisis efectuado por la Corte Constitucional en sentencia **C-563/98**, al no ameritar discusión alguna que los particulares en ciertas y determinadas circunstancias pueden ser considerados servidores públicos, con todas las consecuencias que ello conlleva, incluidos por supuesto los términos de prescripción establecidos para el ejercicio de la acción penal. En efecto, la Corte Constitucional en la mencionada sentencia había dilucidado que el particular que ejerciera funciones públicas en forma temporal o permanente, debía asumir las responsabilidades públicas y las implicaciones que de allí se derivan. A ese respecto, en tal proveído se dijo textualmente:

“Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan funciones públicas, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.

Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.

[…]

3.9. Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

[…]

**En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.**

[…]

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

[…]

La asimilación a servidor público de los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, se compadece con el sentido incito en el artículo 123 de la Constitución, en la medida en que objetivamente quien ejerce una función pública adquiere la condición de servidor público” -negrillas excluidas-

Puede asegurarse, por tanto, que está absolutamente decantado frente a la ley y la jurisprudencia, que un particular como lo es el señor **CJSG**, al ejercer la función de recaudar o retener dineros públicos por delegación del Estado para su ulterior entrega a la Administración de Impuestos, es una persona que también asume responsabilidades públicas al igual que cualquier servidor público.

De igual forma, han sido muchas las jurisprudencias[[1]](#footnote-1) donde la CSJ ha señalado de manera pacífica y reiterada, que el agente retenedor cumple funciones transitorias de servidor público, y tal condición debe tenerse en consideración para la contabilización de los términos prescriptivos; véase:

“Ese delito, según lo ha explicado la jurisprudencia de la Sala, es cometido por un agente calificado -servidor público-, en la medida de que, transitoriamente, quien tiene el deber de recaudar o retener, ejerce funciones públicas. Bajo ese orden, también, por **el hecho de catalogarse como servidor público, para efectos de contabilizar la prescripción de la acción penal, se le aplica el incremento dispuesto para los sujetos que tienen dicha calificación especial**[[2]](#footnote-2)”[[3]](#footnote-3)

Igualmente, la Sala de Casación Penal en el Radicado 30017 del 14 de julio de 2011 y en otros posteriores, ha sostenido que el delito de omisión de agente retenedor es un delito instantáneo, y para llegar a esa conclusión se parte de lo establecido en el artículo 26 C.P. cuando expresa: “*Tiempo de la conducta punible*: La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción **o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado**”.

De donde se debe colegir que en este evento el punible de omisión se cometió en el momento en que debió efectuarse el pago ante la DIAN, que no era otro, como se verá, en los meses de marzo 25 de 2015 y marzo de 2016.

Lo dicho, en cuanto en este caso en particular se tiene que el sentenciado **CJSG** omitió el pago del recaudo de **IVA anual** -dado el régimen al que pertenecía- por los años 2014 y 2015, cuyas declaraciones presentó en **enero 25 de 2015 y enero 21 de 2016**, fechas estas a las que deben sumarse los **dos meses** de gracia referidos en el canon 402 C.P., con miras a establecer el momento a partir del cual se empezaba a contar el término prescriptivo, que para este caso sería en **marzo 25 de 2015** y **marzo 21 de 2016,** respectivamente.

Por tanto, en el proceso que se tramitó en contra del acusado **CJSG**, la acción penal no se encontraba prescrita para cuando se le formuló imputación, ni a la hora de ahora se ha presentado tal fenómeno, ya que el delito de omisión de agente retenedor está sancionado con una pena privativa de la libertad de nueve (9) años, lapso que debía incrementarse en la mitad (1/2) atendida la condición especial del sujeto activo que poseía, conforme lo reglado en el inciso 6º del artículo 83 CP. Por consiguiente, el término de prescripción sería de trece (13) años y seis (06) meses, de lo cual surge evidente que contabilizado ese lapso desde la fecha más antigua -**marzo 25 de 2015-** hasta aquella en la cual le fueron enrostrados cargos **-septiembre 12 de 2017-,** aún no se había cumplido el lapso previsto en la ley para el decaimiento de la potestad punitiva del Estado.

Mucho menos se presentó el fenómeno prescriptivo desde la **formulación de imputación** hasta el instante en que se dictó el fallo de condena, por cuanto como se sabe la imputación interrumpe la prescripción y por ende correría un nuevo término, esto es, la mitad del señalado en el inciso 1º del artículo 83 CP, en concordancia con el canon 292 C.P.P., lo que equivaldría a **6 años, 9 meses,** o lo que es lo mismo 81 meses, plazo que en momento alguno se ha superado en este específico evento, toda vez que ello acontecería en **junio 12 de 2024.**

Habiéndosele aclarado nuevamente al abogado defensor, que en este caso no se ha presentado la prescripción de la acción penal, procederá la Sala a pronunciarse frente al otro pedimento, no sin antes empezar por decirse, que en desarrollo del juicio no fue objeto de cuestionamiento la calidad que ostenta el señor **CJSG**, con respecto al establecimiento comercial “RC SCREEN”, cuya actividad económica principal figura con código 7310[[4]](#footnote-4) -actividades de publicidad-, al ser quien se registró ante la DIAN mediante los RUT con formularios N° 14295856078 de julio 01 de 2014 y que fuera actualizado de oficio por la DIAN mediante formulario N° 14375439903 de junio 22 de 2016, como así aparece soportado.

Igualmente, con las pruebas documentales que se arribaron a juicio, se logró establecer que el señor **CJSG**, presentó sin pago las declaraciones derivadas del **impuesto de IVA anual**, por un valor total de $25.500.000,00 y que corresponde a los siguientes períodos:

1.- 01 de 2014 por valor de $11.384.000,00

2.- 01 de 2015 por valor de $14.116.000,00

En ese orden, debe decir el Tribunal que en punto de la responsabilidad que en la comisión de la ilicitud le asiste al acusado **CJSG**, esta fue corroborada en el curso del juicio oral al haberse demostrado que para los años 2014 y 2015, pese a haber presentado las declaraciones anuales del impuesto del IVA atinentes a los aludidos años, con los cuales certifica que recaudóuna importante suma de dinero como producto del impuesto a las ventas por su condición de servidor público de manera transitoria, como representante legal del establecimiento “RC SCREEN”, pero aun así omitió depositar los mismos a órdenes del fisco, por lo cual al hallarse debidamente configurados los elementos del tipo, se pregona su incursión en la comisión de la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador.

Ahora, por parte de la defensa, no se discutió el compromiso de su defendido en cuanto a sus obligaciones tributarias, esto es, que en efecto tales sumas por concepto del impuesto del IVA las haya recaudado y que aun así no consignó dicho gravamen al erario público en los plazos de ley, ni mucho menos que existiera alguna causa debidamente justificada para su no pago en el referido plazo; lo que el mismo plantea, como argumento de disenso, es que el señor **CJSG** suscribió un “acuerdo de pago” con la DIAN, por lo que se mutó lo adeudado, como así lo entiende la Sala, a una situación tributaria y civil, mas no penal, por lo que el asunto debió archivarse o precluirse a su favor o emitirse un fallo absolutorio, ya que dicho consenso debe tenerse como una circunstancia a su favor, toda vez que no quiere evadir su responsabilidad, sino que su condición económica le ha impedido atender esas acreencias. En similar sentido, el procesado **CJSG** refirió que informó al juzgado acerca del acuerdo que realizó donde se da cuenta de su intención de pago, pero debe dársele la posibilidad de laborar con el fin de obtener los recursos necesarios para saldar sus obligaciones, pues pese a su edad -65 años- y dolencias médicas aún tiene capacidad para trabajar.

Como quiera que tanto defensor como procesado, hicieron énfasis en que en este asunto se consolidó un acuerdo de pago, como soporte para pregonar que la acción penal no podía haberse proseguido, a ese respecto debe decirse que artículo **665 E.T**. o lo que es lo mismo el **Decreto 624 de 1989**, y en lo atinente al compromiso penal por no depositar al erario las retenciones en la fuente y el IVA, señalaba en su **parágrafo único**:

“Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. **Tampoco habrá responsabilidad penal cuando** **el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas** **demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma**”.

No obstante, y si bien al parecer lo enunciado por el letrado, quizás lo fue en punto de la mencionada normativa -pese a que ninguna referencia hizo al respecto-, olvidó que el parágrafo del dispositivo 665 E.T-, que había sido recogido en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000[[5]](#footnote-5), fue **derogado** de manera expresa por el artículo [21](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1066_2006.html#21) de la **Ley 1066 de 2006**[[6]](#footnote-6), donde se plasmó:

*“Vigencia y derogatorias*. La presente ley rige a partir de su promulgación y **deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la frase "Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que este se está cumpliendo en debida forma",** contenida en el inciso 1° del artículo [42](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6285#42) de la Ley 633 del 2000, inciso 1° del artículo 31 del Decreto 1092 del 21 de junio de 1996 y el inciso 2° del artículo [634](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6533#634), los incisos 3° y 4° del artículo [814](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6533#814) y el inciso 2° del artículo [814-3](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6533#814) del Estatuto Tributario”.

Es decir, el aparte normativo al que quizás pretendió hacer alusión la defensa para sustentar una decisión en favor de su prohijado, dado el acuerdo de pago al que llegó con la DIAN, no existe en el ordenamiento jurídico, y la norma que actualmente impera es la reglada en el artículo 402 C.P., que fuera modificada por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016[[7]](#footnote-7), en cuyo parágrafo se dice con meridiana claridad que:

“**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”. -negrillas de la Sala-

En ese orden, debe decirse que el hecho de que el señor **CJSG** haya suscrito una facilidad o acuerdo de pago con la DIAN, mediante acta de noviembre 29 de 2023 -con posterioridad a la emisión de sentido de fallo-, donde se incluyeron períodos diferentes a los que fueron objeto de la presente acción penal -que al parecer son juzgados por cuerda separada-, o que incluso la misma preste mérito ejecutivo en caso de incumplimiento, tal circunstancia *per se*, no da lugar a la terminación del proceso por la vía de la cesación del procedimiento. Ello, por cuanto lo que sí podría comportar un proveído de tal naturaleza y que hiciera tránsito a cosa juzgada, **sería el pago total de la obligación o la compensación**, y acorde con lo arrimado a la actuación, esa situación no ha acreditado.

Lo anterior, toda vez que como lo informó el apoderado de la DIAN en curso de la audiencia de individualización de pena y sentencia, aunque el señor **CJSG**, ha efectuado algunos pagos parciales correspondientes al período 1-2014, frente al cual solo adeuda $90.000,oo, aun no se ha extinguido esa deuda, e igualmente todavía persiste sin ser cancelada la perteneciente al período 1-2015 por valor de $14.116.000,oo con sus respectivos intereses, con lo cual se evidencia, pese al interés que se advierte del acusado por ponerse al día en estas dos obligaciones, que las mismas todavía no están al día, es decir no ha existido pago total de dichas acreencias tributarias. De ahí que en este asunto pese a obrar un acuerdo de pago, el cual se encuentra vigente, ello lo que comporta pregonar es que la deuda de índole tributaria todavía persiste.

Y aunque el defensor del procesado, da cuenta que su prohijado es padre cabeza de familia, que no un delincuente, sino un ciudadano que por diversas vicisitudes no ha podido acatar su obligación tributaria, con lo que al parecer pide que en favor del mismo se adopté una decisión punitiva más benigna en lo relativo a la restricción intramural que se le ordenó por la primera instancia, lo que incluso parece reiterar el señor **CJSG**, cuando en su escrito de disenso pide que lo dejen trabajar, pese a que tiene 65 años y padece de diversas dolencias médicas, lo primero que al respecto debe decirse, es que ninguna probanza se aportó en sede de juicio para dilucidar que en efecto el señor **CJSG**, tuviera la condición de padre cabeza de familia[[8]](#footnote-8), para ser merecedor de una prisión domiciliaria ni mucho menos que las dolencias que padecen hicieran incompatible su detención en su centro carcelario, por lo cual la A-quo ninguna alusión hizo sobre ese particular, lo que por supuesto podrá acreditarse ante los jueces encargados de la vigilancia de la pena, para que adopten las decisiones que en derecho correspondan.

Y en segundo lugar, véase que el numeral 2º del artículo 63 C.P., modificado por la Ley 1709/14 en su artículo 29, establece como uno de los requisitos para la concesión de ese beneficio, que la persona no tenga antecedentes y no se trate de los delitos consagrados en el inciso 2º del artículo 68A de la Ley 599/00, prohibición que fue contemplada desde la ley 1474/11 para delitos contra la Administración Pública, la cual tiene plena aplicabilidad en este caso al tratarse de un delito de omisión de agente retenedor que se encuentra dentro de los que atentan contra dicho bien jurídico, exclusión que entre otros beneficios, hace referencia tanto a la suspensión condicional de la ejecución de la pena como a la prisión domiciliaria.

En ese orden, estima la Sala que la decisión adoptada por la funcionaria de primer nivel, en cuanto condenó al señor **CJSG**, como autor responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador estuvo ajustada a derecho y por tal motivo la Sala la acompañará.

De otro lado y ante la omisión por parte de la A-quo a la hora de singularizar el monto de la multa impuesta al señor **CJSG**, debe el Tribunal aclarar el fallo para indicar de manera expresa, sin ambigüedades, cuál debe ser el monto que por tal concepto debe cancelar el sentenciado, dadas las implicaciones que ello tiene a la hora de surtirse el proceso de cobro respectivo.

Lo anterior lo sostenemos toda vez que de realizarse el trabajo de dosificación de la pena a imponer, específicamente en relación con la multa, la juez en la parte motiva se limitó a señalar que esta “[…] corresponde al doble de lo no consignado, valor que será consignado a favor del Consejo Superior de la Judicatura”, lo que a la postre trasladó a la parte resolutiva donde plasmó, conforme así lo regla el canon 402 C.P., que la misma sería “equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT”, sin haber individualizado o determinado monto alguno.

Ello no solo es un aspecto relevante, se itera, por cuanto será ese valor que podrá ser objeto de cobro por parte de la jurisdicción coactiva, sino porque además en este asunto en específico, como así lo indicó el apoderado de la DIAN en la audiencia a que alude el canon 447 C.P.P., que el señor **CJSG**, ya realizó abonos por lo menos a una de las obligaciones que fueron objeto de denuncia penal, situación que no podía pasarse por alto al momento de definir el monto de la multa, ya que dejarse en la indefinición, como así lo hizo la A-quo, ello no solo se convertiría en principio en una talanquera para que la administración iniciara su proceso de cobro, sino que se podría incurrir en el equívoco de ejecutarlo por los valores que fueron objeto de denuncia, cuando estos difieren de los que actualmente adeuda por concepto de impuestos a la DIAN y que a la postre son los deben tenerse en consideración para proceder a la imposición de la referida sanción pecuniaria.

En este caso, amén de lo expuesto por el apoderado de víctimas, y que incluso se consignó en el acta de facilidad de pago que en su oportunidad aportó el procesado **CJSG**, se advierte que los valores que a la fecha no ha cancelado lo son por la suma de $90.000,00 por el período 01-2014 y de $14.116.000,00 por el período 01-2015, lo que suma un total de $14.206.000,00. En ese orden, conforme el artículo 402 C.P., **la multa que deberá imponerse** al acá sentenciado, lo será del doble de lo adeudado, esto es, de **$28.412.000,00**. El señor **CJSG**, dispondrá de un término de seis (06) meses, conforme lo estatuido en el artículo 39 del Código Penal, contados a partir de le ejecutoria de la presente sentencia, para cancelar la multa impuesta a órdenes del Ministerio de Justicia y del Derecho en un Fondo o cuenta especial, tal como lo contempla el artículo 42 ídem, modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), Sala N° 2 de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta capital, en contra del señor **CJSG**, como **autor** responsable del punible de **omisión de agente retenedor o recaudador**, cometido en las circunstancias de tiempo, modo y lugar referidas en esta providencia; no obstante, **SE ACLARA** el numeral 1° de la parte resolutiva, en el sentido de ordenar que **la multa** **que deberá cancelar el sentenciado lo será por valor de** **$28.412.000,oo.,** a órdenes del Ministerio de Justicia y del Derecho en un Fondo o cuenta especial, tal como se establece en el artículo 42 C.P., modificado por el artículo 6° de la Ley 2197 de 2022, para lo cual dispondrá de un término de seis (06) meses, contados a partir de le ejecutoria de la presente sentencia.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y la Ley 2213 de junio 13 de 2022, no se realizará audiencia de lectura, y por ende esta sentencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, mismo medio por el cual los interesados podrán interponer el recurso extraordinario de casación, dentro del término de ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**JAIRO MAURICIO CARVAJAL BELTRÁN**

Magistrado

1. Cfr. CSJ SP 3212-2020, rad. 56030, CSJ AP960-2019, Rad. 54594; CSJ AP5708-2016, Rad. 47449; CSJ SP11042-2016, Rad. 48050; CSJ SP002-2015, Rad. 37938; CSJ AP6408-2014, Rad. 42635; CSJ SP 29 de enero 2014, Rad. 41984; CSJ SP, 27 julio 2011, Rad. 30170, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ AP 5708–2016, rad. 47449; CSJ AP3235-2018, rad. 50284, CSJ AP960-2019, rad. 54594. [↑](#footnote-ref-2)
3. CSJ AP, 15 sept. 2021, Rad. 59256. [↑](#footnote-ref-3)
4. Véase resolución N° 0549 de mayo 8 de 2020, expedida por el DANE, por medio de la cual “Por la cual se modifica la Clasificación Industrial Internacional Uniforme de todas las actividades económicas adaptada para Colombia — CIIU Rev. 4 A.C. y se dictan otras disposiciones" [↑](#footnote-ref-4)
5. Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial. [↑](#footnote-ref-5)
6. por la cual se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-6)
7. Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ley 750 de 2002, en consonancia con el artículo 1º de la Ley 1232/08, que modificó la Ley 82/93, normas que se hicieron extensibles a los hombres cabeza de hogar. [↑](#footnote-ref-8)