**OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / ALLANAMIENTO A CARGOS / CONSTITUYE ACUERDO / DEBE CUMPLIR REQUISITOS ARTÍCULO 349 DE LA LEY 906 DE 2004 / REINTEGRAR EL 50% DEL INCREMENTO Y ASEGURAR EL REMANENTE**

… la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia CSJ SP14492, 27 sept. 2017, rad. 39831 -conocida popularmente como el caso Nule-, al reinterpretar el artículo 351 C.P.P., retomó la postura jurídica adoptada en la sentencia CSJ SP, 14 dic. 2005, rad. 21347, bajo el entendido que el allanamiento a cargos “constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la Ley 906 de 2004”; es decir, que la rebaja de pena por allanamiento a cargos está supeditada a que el procesado reintegre, por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente… en providencia CSJ SP14496–2017, 27 sep. 2017, rad. 39831, la Corte cambió su intelección frente a las previsiones del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y los fundamentos a considerar por el juez de conocimiento a fin de establecer el porcentaje de la rebaja punitiva por razón del allanamiento a cargos por el imputado. Así, se dijo que la exigencia establecida en el canon 349 ibidem, presupuesto de validez para la aprobación de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, también resulta aplicable al allanamiento a cargos, por ser éste una modalidad de aquellos. […]”

**OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / ALLANAMIENTO A CARGOS / NULIDAD FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN**

Para el Tribunal, entonces, surge diáfano que en este proceso en particular existió esa sustancial y evidente irregularidad, misma que como se ve, fue advertida por la titular del Juzgado de conocimiento, y por ello dispuso la nulidad de lo actuado, al apreciar que al instante en que se le formularon cargos al señor AEC, no se le hicieron las advertencias relativas al reintegro de la suma en que incrementó su patrimonio…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, diecisiete (17) de julio de dos mil veintitrés (2023)

ACTA DE APROBACIÓN N° 724

SEGUNDA INSTANCIA

|  |  |
| --- | --- |
| Acusado: | AEC |
| Cédula de ciudadanía: |  |
| Delito: | Omisión de agente retenedor o recaudador |
| Víctima: | La administración pública |
| Procedencia: | Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por la Fiscalía contra el auto de marzo 27 de 2023, por medio del cual se declaró la nulidad de la aceptación de cargos en la imputación. SE CONFIRMA. |

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

1.- hechos Y ACTUACIÓN PROCESAL

1.1.- De la información plasmada en el escrito acusatorio, se tiene que la DIAN formuló denuncia penal contra el señor AEC, por cuanto en ejercicio de su actividad económica, no consignó a órdenes del erario público las sumas derivadas al impuesto del IVA, por los períodos 2013-01, 2013-02, 2013-03, 2013-04 y 2013-05 por valor de $13.355.000, de las cuales con antelación a la formulación de imputación, canceló varias de ellas, pero aun así adeuda los períodos 2013-04 y 2013-05 por valor de $4.234.000, más sus interés y sanciones.

1.2.- En febrero 27 de 2023 se llevó a cabo ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital, la audiencia de formulación de imputación, donde se le endilgó al señor AEC el delito de omisión de agente retenedor o recaudador -art. 402 C.P.-, cargo que ACEPTÓ.

1.3.- La actuación le fue asignada al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Rda.), autoridad que convocó para la audiencia de verificación de aceptación de cargos e individualización de pena y sentencia (marzo 27 de 2023), momento procesal donde la a-quo decretó la nulidad de la formulación de la imputación, concretamente a partir del instante en que la juez le puso de presente al señor AEC las advertencias y consecuencias de su aceptación, al no haber sido informado de manera correcta que el descuento dependía del pago del 50% de lo apropiado y que debía garantizar su remanente, de acuerdo con el art. 349 C.P., y lo sostenido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal -39831 de 2017, caso Nule-.

1.4.- Inconforme con esa determinación, únicamente la delegada del ente acusador interpuso y sustentó recurso de apelación.

2.- Debate

**2.1.-** Fiscalía -recurrente*-*

Pide que se dé trámite al recurso y se emita sentencia, sin otorgar descuento, y para ello esgrimió:

Si bien el fallo de los NULE ha hecho carrera, cuando de preacuerdos se trata, en el sentido que para efectuar las rebajas se debe cancelar el 50% y garantizar el restante en lo que se haya incrementado el patrimonio de la persona, que para este caso sería lo que no consignó a la DIAN el señor AEC, pero con posterioridad a tal pronunciamiento ha habido claridad que un allanamiento de cargos en momento alguno es una negociación, al no otorgarse beneficios en el evento de una aceptación, máxime que acá ello se dio de manera libre y voluntaria, no fue un consenso, sino un derecho que tiene el ciudadano involucrado en la actuación penal, sin que lo fuera para obtener un rédito como lo sería una disminución de la pena, sino para omitir la realización del juicio, máxime que estamos ante una persona de 79 años.

Si hablamos de que se acepta cargos, no se está exigiendo que necesariamente tenga que haber una disminución, por cuanto tiene razón la juez, el señor no tiene derecho a ella al no cancelar los valores objeto de denuncia, pues de haberlo hecho estaríamos abocados a una preclusión más no a una aceptación de cargos. Pide se revise tal aceptación y se dicte la sentencia de condena, sin las rebajas a que alude la juez, porque al no haber pagado ni garantizado lo adeudado no tiene derecho a estas.

**2.2.-** Defensor -no recurrente-

Coadyuva lo solicitado por la representante de la Fiscalía, y además expone:

No interpuso recurso al no tener presente el fallo de los Nule y no sentirse respaldado jurídicamente para hacerlo, pero al escuchar a la fiscal está de acuerdo con lo manifestado, pues acá no se está ante un preacuerdo del que su cliente pueda salir favorecido, es un simple allanamiento a cargos, sin que exista norma expresa que diga que para tal aceptación deba cumplirse la norma a que alude la juez, y luego de hacer referencia a lo contemplado en el art. 11 C.G.P., aduce que el juzgado va más allá de una formalidad y olvida el espíritu con el cual deben interpretarse las normas, entre ellas el principio de favorabilidad, preclusión, inocencia, e *in dubio pro reo*.

**2.3.-** A su turno, la apoderada de la DIAN, se limita a decir que apoya lo referido por la Fiscalía en cuanto simplemente fue una aceptación de cargos, mas no un preacuerdo.

**2.4.-** Debidamente sustentado el recurso, la a-quo lo concedió en el efecto suspensivo y dispuso la remisión de los registros a esta Corporación con el fin de desatar la alzada.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de acuerdo 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 interpuesta y debidamente sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por una de las partes habilitadas para hacerlo -en nuestro caso la Fiscalía-.

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

En este caso en particular, se tiene que cuando se pretendía desarrollar la audiencia de *verificación de la aceptación* de cargos realizada en curso de la audiencia de formulación de imputación efectuada por el señor **AEC** en febrero 27 de 2023, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de Pereira (Rda.), la titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de conocimiento de esta misma capital, decretó la nulidad de lo actuado desde el instante en que al procesado se le advirtieron sobre los beneficios y consecuencias que tenía de aceptar o no los cargos endilgados, por cuanto en esa precisa oportunidad **no se le informó** que para acceder a la rebaja ofrecida, debía atender lo reglado en el artículo 349 C.P., como lo ha sostenido la jurisprudencia de tiempo atrás, concretamente aquella conocida como de los “Nule”.

Contra tal determinación, únicamente se mostró inconforme la delegada del ente acusador, para referir, que en este caso se presentó un allanamiento, mas no un preacuerdo que conllevara algún beneficio en favor del señor **AEC**, quien precisamente por no haber cancelado a la DIAN el valor de los períodos 2013-04 y 2013-05 por concepto de IVA, no tenía derecho a rebaja alguna, postura esta que fue coadyuvada tanto por el defensor del procesado como por la representante de la entidad Estatal.

Frente al tema objeto de debate, debe decirse que, en efecto, la Corte Suprema de Justicia, desde la sentencia CSJ SP14492, 27 sept. 2017, rad. 39831 -conocida popularmente como el caso Nule-, al reinterpretar el artículo 351 C.P.P., retomó la postura jurídica adoptada en la sentencia CSJ SP, 14 dic. 2005, rad. 21347, bajo el entendido que el allanamiento a cargos “constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la Ley 906 de 2004”; es decir, que la rebaja de pena por allanamiento a cargos está supeditada a que el procesado reintegre, por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y asegure el recaudo del remanente[[1]](#footnote-1), lo que a su vez comporta pregonar, que el incumplimiento de tal exigencia conlleva a la ilegalidad del acto de aceptación.

Incluso la Corte, en un caso que juzgó por el delito de omisión de agente retenedor, donde al allí procesado, en contravía de esa postura jurisprudencial, le fue concedida un descuento del 35% por aceptar los cargos en la imputación, ante lo cual su defensa consideró que la misma debía ser mayor, la Alta Corporación fue clara al señalar:

“De entrada debe indicar la Sala el irrefutable desacierto de la postulación y la absoluta carencia de interés del recurrente frente al acto decisorio censurado que, lejos de perjudicar a su prohijado, evidentemente lo beneficia, pues, **simple y llanamente, P.A. no se hacía merecedor a descuento alguno por allanamiento a cargos, conforme a criterio jurisprudencial que ahora se reitera.**

En efecto, en providencia CSJ SP14496–2017, 27 sep. 2017, rad. 39831, la Corte cambió su intelección frente a las previsiones del artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y los fundamentos a considerar por el juez de conocimiento a fin de establecer el porcentaje de la rebaja punitiva por razón del allanamiento a cargos por el imputado. Así, se dijo que **la exigencia establecida en el canon 349 *ibídem*, presupuesto de validez para la aprobación de los preacuerdos, acuerdos o negociaciones celebrados entre la fiscalía y el imputado o acusado, también resulta aplicable al allanamiento a cargos, por ser éste una modalidad de aquellos**.

[…]

Por contera, **en tratándose del requisito previsto en el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, para la procedencia de negociaciones entre las partes, incluido el allanamiento, es claro que la consecuencia de su incumplimiento es la ilegalidad del acto de aceptación**, y no la discusión acerca del monto de la rebaja de pena que se otorgará al imputado que aceptó los cargos.”[[2]](#footnote-2)

Para el Tribunal, entonces, surge diáfano que en este proceso en particular existió esa sustancial y evidente irregularidad, misma que como se ve, fue advertida por la titular del Juzgado de conocimiento, y por ello dispuso la nulidad de lo actuado, al apreciar que al instante en que se le formularon cargos al señor **AEC**, no se le hicieron las advertencias relativas al reintegro de la suma en que incrementó su patrimonio, esto es, correspondientes a los períodos 2013-04 y 2013-05 del impuesto de IVA, que ascienden a la suma de $4.234.000, como capital, más sus interés y sanciones, con miras a ser beneficiado con algún descuento, como así se le ofreció en dicha audiencia, lo que fue abiertamente contrario a lo sostenido en la alzada por la Fiscalía, al indicar que era obvio que al no haber reintegrado los valores en que aumentó su patrimonio no se hacía merecedor a tal descuento y por consiguiente debía emitirse condena sin rebaja alguna.

Para soportar lo anterior, considera la Sala necesario hacer referencia a lo sucedido en la audiencia de formulación de imputación que tuvo lugar en febrero 27 de 2023 ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital, donde si bien la delegada del ente acusador cumplió con las exigencias de los artículos 286 y ss. C.P.P., al identificar al procesado, y hacer una narración clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, para finalmente endilgarle la conducta de omisión del agente retenedor o recaudador, contemplada en el art. 402 C.P., una vez finalizado ello manifestó[[3]](#footnote-3):

“También lo invitamos a que acepte los cargos como los ha formulado la Fiscalía, **pudiendo obtener una rebaja de la pena a imponer**, porque no operó una captura en estado de flagrancia, guardar silencio o no aceptar los cargos, de esta manera cumple esta delegada con lo exigido por el art. 288 dado que los elementos materiales probatorios permiten inferir que la conducta punible de omisión de agente retenedor existió y que el señor **AEC** es el auto de la misma”

Seguidamente, y culminada la intervención de la Fiscalía, la a-quo indagó al señor AEC si había entendido la comunicación efectuada, quien asintió al respecto, y al preguntársele nuevamente si tenía clara la decisión que adoptaría, esto es, aceptar, no aceptar o guardar silencio frente a los cargos, el mismo indicó “SI ACEPTO”, luego de lo cual la juez le manifestó que tuviera en cuenta que si los aceptaba, esto es, por el no pago de los períodos 04 y 05 de 2013 a la DIAN, ello le generaría haber cometido un delito de omisión de agente retenedor y consecuentemente no habría juicio, sino que otro juez dictará sentencia de condena en su contra, e indagarlo nuevamente si le quedó clara tal explicación, el procesado lo confirmó.

Para la Sala no obra duda que, en curso de la audiencia de formulación de acusación, la delegada de la Fiscalía fue clara al expresarle al señor AEC, que de aceptar los cargos podía obtener una rebaja de la pena a imponer, y tal aseveración, como así lo entiende la Sala, probablemente llevó al allí procesado, asistido de su defensor, a aceptar su responsabilidad, cuando tal promesa, amén de la falencia advertida, no era procedente.

Mírese incluso que la fiscal, fue del todo parca cuando hizo referencia a ese tal ofrecimiento de rebaja, pues no mencionó como era su deber a cuánto ascendería el mismo, ya que como bien se sabe, acorde con lo reglado en el canon 351 CPP, ello podría comportar una disminución de hasta la mitad de la pena imponible, como al parecer así se dio a entender por cuanto en este caso “no operó una captura en estado de flagrancia”, pero como si tal falencia no fuera poca, la juez omitió pedirle a la fiscal que hiciera claridad a ese respecto, ya fuera para que indicara a qué clase de descuento se refería, o por el contrario, como así debió haberlo expuesto, manifestarle al imputado que de no cumplirse los lineamientos del canon 349 C.P.P. y la jurisprudencia referente al reintegro de las sumas en que haya incrementado su patrimonio, una tal rebaja resultaba inoperante.

Su labor, como juez constitucional que es, es precisamente velar por la garantía de los derechos fundamentales de los intervinientes en la actuación penal y de contera, debió advertir la irregularidad que se cernía en el acto de imputación, no en punto de lo atinente a la situación fáctica o jurídica, en lo que no existe reparo alguno, sino por la oferta irregular que la Fiscalía realizó, de la que ni siquiera la a-quo hizo referencia al explicarle lo pertinente al procesado, y aunque a la hora de ahora la Fiscalía pretende mitigar tal equívoco al sostener que en efecto el ciudadano AEC no tiene derecho a rebaja alguna por no haber cancelado los valores adeudados a la DIAN, por lo cual debe ser condenado sin descuento alguno, ello a todas luces controvierte el ofrecimiento que en su oportunidad se le hizo al imputado.

Y es que de procederse en tal sentido, comportaría nada más ni menos que una vulneración al debido proceso y derecho de defensa que le asiste al procesado, quien amén de lo sucedido en tal audiencia, tenía la convicción que sería beneficiado con una rebaja de la pena a imponer -pese a no decírsele a cuánto ascendía-, por lo cual no es de recibo que la delegada del ente acusador -quien actualmente goza de buen retiro-, pida que se condene al señor AEC sin disminución alguna, cuando ello no fue lo que se le manifestó en la formulación de imputación.

Por tal motivo, en consenso con la funcionaria de primer nivel, la única manera de remediar la irregularidad cometida, la que en sentir de la Sala vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y de defensa del señor AEC en aspectos sustanciales, conforme así lo contempla el artículo 457 C.P.P., no era otra distinta al de la nulidad, misma que como bien lo indicó la a-quo, lo será a partir del instante en que la juez Tercera Penal Municipal con función de control de garantías de esta capital -también en uso de buen retiro- le puso de presente al señor AEC las advertencias y consecuencias de la aceptación de cargos, para que se le comunique en debida forma que si su deseo es acceder a descuentos punitivos por allanamiento a los cargos, no es suficiente con admitir la responsabilidad en estos hechos, sino que además debe restituir al menos la mitad del incremento patrimonial obtenido con la ilicitud y garantizar de una manera efectiva el pago del remanente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto proferido en marzo 27 de 2023, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta capital, por medio del cual decretó la nulidad de la formulación de imputación realizada al ciudadano **AEC**, para que se cumplan los fines allí indicados.

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 efectuará audiencia de lectura, y por ende esta providencia se notificará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, determinación contra la cual no procede recurso alguno

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ARTURO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. Tal postura jurisprudencial ha sido reiterada en diversas decisiones a saber: CSJ SP830-2020, Rad. 53252, CSJ AP1534-2019, Rad. 54713; CSJ SP2259-2018, Rad. 47681; CSJ AP8231-2017, Rad. 51562, entre otras-. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ SP3212, 19 ago. 2020, rad. 56030. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver registro de la audiencia de imputación al minuto 15:29 y ss. [↑](#footnote-ref-3)