

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
PEREIRA - RISARALDA
SALA DE DECISIÓN PENAL
DESPACHO NO. 003**

M.P. JULIÁN RIVERA LOAIZA¹

Pereira, Risaralda, Abril veintiocho (28) de de dos mil veintitrés (2023)
Proyecto aprobado por Acta No. 434
Hora: 1:15 PM

Radicación: 66001 6000 036 2010 01564 00
Procesado: Neufar Lautaro Moran Solarte.
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador Art. 402 C.P..

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Seria del caso resolver el recurso de apelación presentado por la Doctora María Victoria Estrada Fiscal 28 Seccional y el apoderado de la DIAN, Dr. Cesar Augusto Restrepo Castro, en contra de la sentencia Absolutoria del 20 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, dentro del proceso adelantado en contra del señor NAUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE, por el delito de OMISION DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, si no fuera porque de la revisión de la actuación se evidencia que ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal.

II. HECHOS Y ANTECEDENTES:

A. Hechos jurídicamente relevantes:

De conformidad con el escrito de acusación el supuesto fáctico es el siguiente:

¹ Nombrado en propiedad ante esta Corporación mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021 por la H. Corte Suprema de Justicia, tomando posesión del cargo el nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, dentro de los términos establecidos por la Ley.

“La doctora JENNY MARCELA IDÁRRAGA RENDÓN, en representación de la División de Gestión Jurídica de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira, el pasado 17 de marzo de 2010, formuló denuncia penal en contra del señor NEUFAR LAUTARO MORÁN SOLARTE identificado con cédula de extranjería No. 289.571 en calidad de Representante Legal de la sociedad NEUFAR MORÁN S. E.U. NIT. 9000.047.480, afirmando que este, responsable del cumplimiento de la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS IVA que generaba su actividad económica consistente en “actividades de arquitectura e ingeniería y actividades conexas de asesoramiento técnico” el cual inició el 27 de septiembre de 2005, incumplió con dicho deber puesto que no consignó a órdenes del erario las sumas relacionadas en sus declaraciones privadas a título de pago de impuestos, dentro de los dos meses siguientes a las fechas señaladas por el Gobierno Nacional para su presentación.

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

<i>Concepto</i>	<i>Año</i>	<i>Período</i>	<i>Valor (\$)</i>
<i>VENTAS</i>	<i>2008</i>	<i>06</i>	<i>472.000</i>
<i>TOTAL</i>			<i>472.000</i>

El 6 de octubre de 2015, la DIAN, certifica que las obligaciones pendientes de pago, son las siguientes:

<i>Concepto</i>	<i>Año</i>	<i>Período</i>	<i>Valor (\$)</i>
<i>VENTAS</i>	<i>2008</i>	<i>06</i>	<i>433.000</i>
<i>TOTAL</i>			<i>433.000</i>

Valor que únicamente corresponde a capital, faltando lo correspondiente a intereses y sanciones.”

B. Actos procesales:

El 11 de octubre de 2016, por solicitud de la Fiscalía, se celebraron las audiencias preliminares de declaratoria de persona ausente y formulación de imputación a través de la defensora asignada por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. En tal diligencia se imputaron cargos al señor MORAN SOLARTE, por el punible descrito en el artículo 402 del C.P

El Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, asumió el conocimiento del asunto, la audiencia de formulación de acusación se realizó el 16 de febrero de 2017, la audiencia preparatoria se efectuó el 1 de junio de 2017. El juicio oral se inició el 9 de agosto de 2017 y culminó el 23 de enero de 2020, al cabo del cual se anunció el sentido del fallo de carácter absolutorio. La sentencia fue proferida el 20 de mayo de 2020.

III. PROVIDENCIA APELADA

El Juez Tercero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, Risaralda, en sentencia del 20 de mayo de 2020, absolvió al señor NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE, de los cargos formulados por el delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, al considerar que Si bien existe una deuda contraída con el Estado por parte del procesado, no se tiene noticia alguna sobre su retención a cancelarla, sobre las posibles razones y circunstancias que lo condujeran a omitir el pago o la consignación de la suma por él retenida, dentro del plazo de dos meses, que le otorga el ordenamiento jurídico al agente retenedor o recaudador o con posterioridad, época en la cual se consideraría entonces consumada la conducta típica de omisión.

Indica que el oficio persuasivo penalizable del 30 de julio de 2009 no le fue entregado a su destinatario así como tampoco se obtuvo información para lograr su ubicación, por lo cual transcurridos más de seis años la FGN solicitó la declaratoria de persona ausente. A lo cual se suma que al inicio el juicio oral se obtuvo y allegó al expediente certificación de Migración Colombia, sobre la expedición de una visa de residente del procesado.

Sostuvo la primera instancia que la Fiscalía no logró establecer la posible ubicación del acusado, ni para la época en que se elaboró el oficio penalizable o cuando al parecer trato de obtener su comparecencia para formalizarle su imputación, ni en la actualidad, no obstante, indica que, según información de una empleada del procesado, al parecer habría regresado a Ecuador, lo que tampoco se ocupó el ente acusador de esclarecer.

Afirma que existen elementos de juicio que conducen a derivar solamente una responsabilidad objetiva, dada la posible subsistencia de una deuda contraída por el señor Morán Solarte con el Estado, según lo afirma la DIAN, deuda en relación en la que no existe constancia alguna respecto al menor requerimiento de esa entidad, recibido por el acusado, que no ha tenido, oportunidad para discutir, controvertir o eventualmente aceptar total o parcialmente su monto, sino existe compensación o factor que permitiera entender amortizar dicha deuda, o que se le pudiese permitir un acuerdo de pago, en un caso determinado.

IV DEL RECURSO DE APELACIÓN

La representante del ente acusador refiere que le asiste razón al juez al afirmar que la FGN no ubicó al acusado para notificarle la investigación, pero ello no quiere decir que no se hayan realizado ingentes esfuerzos en este sentido.

Sostiene que ha venido haciendo carrera la concepción que la declaratoria de persona ausente y el juzgamiento bajo esta figura, en la sentencia condenatoria, constituye responsabilidad objetiva, lo cual constituye una equivocada posición debido a que el comerciante sabe desde el mismo momento en que recauda IVA- en desarrollo de las actividades propias de su negocio- que ese dinero no es de su propiedad, incluso, cuando declarado lo recaudado, se compromete a pagarlo al Gobierno Nacional a través la red bancaria, de modo que no es excusa pretender que el acusado no sabía de la existencia de la obligación.

Indica que si el señor Morán Solarte declaró que había recaudado IVA y no lo pagó al momento de presentarla declaración, como comerciante que era, sabía que, si no obraba acorde a la ley tributaria, y se apropiaba del dinero que recaudaba, sería merecedor de una sanción. El hecho que el acusado no haya comparecido a buscar compensación, acuerdo de pago con la DIAN, no significa que no haya sabido de la existencia de la obligación.

Indica que la Ley tributaria, en que se basa la descripción típica del comportamiento investigado, omisión de consignar el valor recaudado por concepto de impuesto sobre las ventas, no tiene dentro de sus elementos normativos una suma de dinero específico, es decir, puede ser que para el fallador de primera instancia la suma de \$433.000, no representen la entidad tal que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico de la administración pública, norma alguna, jurisprudencia, así lo han declarado.

Aduce que de la culpabilidad dolosa que se exige para que el comportamiento sea penalmente relevante, no existe ninguna prueba que desvirtúe que el acusado conociera que era delito omitir el pago del impuesto IVA y quedarse con el dinero recaudado, y pese a ello se auto determinó para hacerlo.

Por lo anterior solicita la revocatoria de la sentencia absolutoria.

Por su parte el apoderado de la víctima indica que la conducta penal objeto del presente sumario, más allá de cualquier duda, fue realizada por el señor Morán, quien en su calidad de representante legal de NEUFAR MORAN S.E.U con Nit 900.047.480, tenía la responsabilidad tributaria de recaudar el impuesto sobre las ventas por la actividad económica por él explotada, omitiendo injustificadamente su deber, pues efectivamente, recaudó dinero del erario público y se apropió indebidamente de los mismos, según lo confirma su declaración privada, presentada sin pago, de forma personal y voluntaria en fecha de 13/01/2009 ante el banco Bancolombia, recibido y sellado por el cajero con la leyenda “Recibido sin Pago”, generando con su conducta un perjuicio a la víctima que no es otra que

el Estado colombiano, pues es la DIAN la que por mandato constitucional además de ser la encargada de recaudar, fiscalizar, liquidar y cobrar, representa la nación en los procesos penales relacionados con la omisión por parte de los particulares en el recaudo o retención de los impuestos, que deben trasladar al erario, ente administrativo que depositó en el señor Morán la confianza para llevar a cabo dicha labor y fue defraudada por parte de él al no haber excusa para la no consignación de los dineros recaudados por el contribuyente a nombre del Estado, compromiso que el señor Morán había asumido desde el mismo momento en el que inscribió su registro Único Tributario- RUT – ante la DIAN y con ello asumió unas responsabilidades.

Es importante aclarar que la declaración presentada sin pago debe tenerse como plena prueba de la responsabilidad penal, dado que, en este caso, ni el acusado compareció en el desarrollo del proceso, ni la defensa desvirtuó la prueba ofrecida por la FGN y la DIAN, consistente en la declaración de impuesto sobre las ventas, suscrita por el procesado.

Resalta que la persona que se obliga y tiene la calidad de recaudador, se asimila, según el código penal, aun servidor público, dado que este cumple con unas funciones públicas y en este caso se está apropiando de unos dineros del Estado, dineros estos que se deben respetar por más pequeña que sea la suma y tomando como base que después de realizar todas las actuaciones administrativas tendientes a generar el pago, no se obtuvo los resultados que esperaba esta administración que era la cancelación de los dinero apropiados en forma indebida, esto con el único fin de no activar el aparato judicial, pero también es cierto que la persona que hoy se encuentra procesada no mostró algún interés en arreglar su situación y tampoco es dable permitirle que se quede con dinero del Estado, pues entonces que mensaje estaría enviando la DIAN como administradora de estos recursos, permitiendo que los contribuyentes defrauden al estado y más aún, a los consumidores finales que son quienes finalmente si cumplen juiciosamente con la tarea de cumplir sus impuestos y se queden estos en manos de personas inescrupulosas y no lleguen a las arcas del Estado.

Concluye que existen pruebas suficientes para determinar con certeza el hecho punible y la responsabilidad del procesado y por tanto depreca se revoque la sentencia absolutoria y en su lugar se declare la responsabilidad del acusado.

IV. ACLARACION INICIAL

Es necesario indicar que quien actúa como magistrado ponente de esta decisión fue nombrado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en propiedad, en el Despacho 003

de la Sala, mediante Acuerdo No. 1544 del 18 de febrero de 2021, tomando posesión del cargo el nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021) mediante Acta No. 094, recibiendo a esa fecha, un aproximado de cuatrocientos (400) procesos penales en conocimiento y ciento veinte (120) cuadernos de tutela de segunda instancia vencidos, dentro de los que se encontraba el presente asunto.

La razón por la que se adopta esta decisión obedece a la gran cantidad de procesos de Ley 906 de 2004 (con persona privada de la libertad), próximos a prescribir que debían fallarse de manera inmediata, solicitudes de libertad, como también asuntos Constitucionales que demandaron en su momento, mayor prioridad, de acuerdo al gran cumulo de asuntos que se encontraban en el Despacho al posesionarse el suscrito.

Al momento de recibir el Despacho 003 fue necesario organizar el inventario de asuntos, pues el que había no obedecía a criterios que permitieran conocer la realidad del estado de la oficina, a lo que se suma que al atraso de varios años se sumaba que la mayoría de expedientes en materia penal no contaban con los registros orales de las audiencias respectivas, por lo que el Despacho tuvo que comenzar a requerir el envío de tales registros, lo que ha sido difícil y dispendioso, ya que muchos de esos registros corresponden a audiencias realizadas años atrás. A esto debe agregarse que muchos casos con personas privadas de la libertad estaban cerca de la prescripción de la acción penal, por lo que hubo que enfocar todos los esfuerzos en la atención de tales asuntos, en particular casos en los que las víctimas son menores de edad y los delitos imputados correspondían al título de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales. Y, como muchos asuntos penales que ingresaron desde el inicio de la pandemia correspondían a expedientes electrónicos, la organización del inventario conllevó la necesaria organización de estos asuntos y su revisión para saber su estado y si los mismos contaban con toda la información requerida para entrar a resolverlos con la decisión pertinente.

También hay que agregar que al anterior trabajo se sumó la actividad orientada a escanear los expedientes físicos para digitalizarlos y contar con los mismos en versión electrónica, lo que conllevó un trabajo de varios meses que tuvo que asumir el Despacho 003.

Lo anotado hizo que se prolongaran los tiempos para tomar las decisiones pertinentes en la mayoría de los asuntos, dado su mayor o menor complejidad, el volumen de la prueba, los intereses jurídicos involucrados y la naturaleza de los asuntos.

Debido a ello, y atendiendo a la congestión judicial que presenta el Despacho 003, se procede, en la fecha, a emitir una decisión sobre el asunto, en los siguientes términos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se anticipó en el objeto de pronunciamiento, debe la Sala señalar que sería el caso estudiar el recurso de apelación propuesto por la fiscalía y el apoderado de víctimas, en contra

de la sentencia del 20 de mayo de 2020, en la que le Juzgado Tercero Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Pereira, absolvió al señor NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE, del delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador, de no ser porque al revisar las piezas procesales que obran en el expediente físico, se verifica que frente al punible acusado, ya acaeció el fenómeno jurídico de la prescripción frente a la acción penal, como pasaremos a explicar.

De la prescripción de la acción penal

El fenómeno jurídico de la prescripción, se erige como una limitación y control al poder estatal que, por el transcurso del tiempo, pierde el derecho a perseguir y sancionar a las personas que ha cometido una conducta ilícita.

Así, la prescripción de la acción penal tiene lugar debido a la inactividad del Estado frente a la definición de la responsabilidad del infractor de la ley penal. En ese sentido, debemos remitirnos obligadamente a lo dispuesto en los artículos 83, 84 y 86 del Código Penal; el primero de ellos que dispone lo relativo el término de prescripción de la acción penal, será igual al máximo de la pena establecido en la ley y en ningún caso podrá ser inferior a los 5 años y superior a los 20, con las excepciones claras establecidas en la ley (art. 83 de CP). En aquellos eventos en los que el sujeto activo sea servidor público o considerado como tal como ocurre en el delito descrito en el artículo 402 del C.P.- este monto se incrementará en la 1/3 parte.

El delito de Omisión de Agente retenedor o recaudador descrito en el artículo 402 del C.P. comporta una pena mínima de 48 y máxima de 108 meses, monto máximo que se incrementara en 1/3 parte, esto es en 36 meses, para un término prescriptivo de 144 meses o 12 años.

El término ya referido se interrumpe con la formulación de imputación, contándose desde esta fecha, un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de la pena fijada en la ley, cuando se habla de prescripción ordinaria (art. 86 de CP), evento en el cual el término no podrá ser inferior a cinco (5) ni superior a diez (10) años².

² Interrumpido el término de prescripción, no podrá ser inferior a tres (3) años cuando el proceso se adelanta bajo la égida del sistema con tendencia acusatoria, conforme lo dispone el artículo 292 de la Ley 906 de 2004 y para los asuntos regulados por el parágrafo 1º del artículo 536 de la Ley 906/04 (adicionado por la Ley 1826/2017 – procedimiento especial abreviado).

“ARTÍCULO 292. INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN. La prescripción de la acción penal se interrumpe con la formulación de la imputación. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”.

“ARTÍCULO 536 - PARÁGRAFO 1º. El traslado del escrito de acusación interrumpe la prescripción de la acción penal. Producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años”.

Disposición que en tratándose de los casos ocurridos en vigencia de la ley 906 de 2004, normatividad aplicable al presente asunto, debe adecuarse a lo dispuesto en el Art. 292 de este estatuto procesal penal que establece que *“Producida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del código penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años.”*

De la revisión del trámite, se observa que el fenómeno en comentario ya acaeció, en atención a que los hechos que hoy nos ocupan, tuvieron ocasión el pasado 13 de marzo de 2009³, posterior a ello, la Fiscalía le imputó cargos al señor NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE, por el delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR Art. 402 del C.P., el **11 de octubre de 2016**, ante el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pereira (Risaralda).

Teniendo en cuenta lo anterior, a partir de la formulación de imputación, se interrumpieron los términos de prescripción y a partir de ese momento, empezó a correr un nuevo término equivalente a la mitad del máximo de pena establecida para el delito,.

En este evento al Imputado NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE, se le endilgó la comisión de la conducta descrita en el artículo 402 del C.P. OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, según hechos ocurridos el 13 de marzo de 2009, delito que para esa data tenía una pena máxima de 108 meses, monto máximo que se incrementara en 1/3 parte, esto es en 36 meses, para un término prescriptivo de 144 meses o 12 años, como indicamos párrafos tras, debido a la calidad de servidor público derivada de la función de retener o recaudar dineros del estado. En consecuencia, el término con el que contaba el estado después de formulada la imputación era de seis (6) años, término que feneció el pasado **11 de Octubre de 2022**, sin que se hubiere resuelto acerca de la responsabilidad del indiciado.

Luego, tenemos que una vez vencido el término con el que contaba el Estado para investigar y judicializar a una persona, no hay alternativa distinta para el operador que decretar la prescripción de la actuación, pues se itera, el Estado perdió la facultad para poder emitir pronunciamiento diverso a la declaratoria de prescripción.

³ Recuérdese que la obligación tributaria presuntamente incumplida por el procesado en este evento tiene dos plazos, el primero el netamente tributario que para el periodo 6 de 2008 vencía el 13 de enero de 2009 y el otorgado por el Artículo 402 del C.P., que es equivalente a dos meses adicionales, por tanto debemos entender que se incurre en el delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, quien estando obligado a consignar estas sumas no lo hace pasados dos meses del vencimiento del plazo tributario, en consecuencia e es a partir de este momento en que se consuma la conducta punible y cesa el deber de actuar, configurándose la conducta omisiva, debiendo partirse de ese momento para efectos de contabilizar el término prescriptivo.

En el caso que nos ocupa, debe atenderse lo dispuesto en el artículo 82 numeral 4° de la Ley 599 de 2000, y el artículo 77 de la Ley 906 de 2004, por lo cual esta Sala de decisión declarará **la extinción de la acción penal por prescripción** en lo concerniente al punible enrostrado al señor **NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE**, esto es el delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, descrito en el Artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

En consecuencia, se **precluirá la presente actuación respecto del cargo analizado**, con fundamento en la prescripción de la acción penal, al tenor del artículo 331 y 332 numeral 1° *-imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal-* de la Ley 906 de 2004. Luego, de conformidad al artículo 334 del C.P.P, **cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra de los acusados por esos delitos y se revocarán las medidas cautelares que en este asunto se hayan impuesto.**

Contra la presente decisión procede el recurso de reposición.

En firme esta determinación, remítase a través de la Secretaría de la Sala Penal, las presentes diligencias con destino al Juzgado de origen, para lo pertinente.

Notifíquese el contenido del presente proveído a través de los medios virtuales dispuestos para tal fin, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la extinción de la acción penal por prescripción en lo concerniente al delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, descrito en el Artículo 402 de la Ley 599 de 2000, a favor del señor **NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE**, conforme lo señalado en precedencia.

SEGUNDO: PRECLUIR la presente actuación seguida contra **NEUFAR LAUTARO MORAN SOLARTE**, por la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal, teniendo en cuenta al acaecimiento del fenómeno prescriptivo de la misma y revóquense las medidas cautelares que en este asunto se hayan impuesto, conforme lo expuesto en la parte

motiva de este proveído.

TERCERO: Contra la presente decisión, procede el recurso de reposición.

CUARTO: Notificar esta providencia a las partes y demás intervinientes por el medio más expedito. Dichas comunicaciones se harán en la medida de lo posible, mediante la remisión de copias de la misma vía correo electrónico, tal y cual como lo regula el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022.

QUINTO: En firme esta determinación, a través de la Secretaría de la Sala Penal, remítase la carpeta al Juzgado de origen para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:

(Firma electrónica)

JULIÁN RIVERA LOAIZA

Magistrado Ponente

(Firma electrónica)

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

(Firma electrónica)

CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA

Magistrado

WILSON FREDY LÓPEZ

Secretario

Firmado Por:

Julian Rivera Loaiza
Magistrado
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Carlos Alberto Paz Zuñiga
Magistrado
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Manuel Antonio Yarzagaray Bandera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Penal
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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: **a4a2b96b3670128c9b349190f2ae384f8c4fd6a18be00600dc56e643055b09a9**

Documento generado en 28/04/2023 03:43:51 PM

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