**AUTO / CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO / OMISIÓN DE AGENTE RECAUDADOR O RETENERDOR / EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR PAGO /** “El jefe de la división de gestión jurídica de la DIAN allegó escrito, en el que se establece que el señor Castañeda Cuervo canceló en su totalidad la deuda tributaria que tenía con esa entidad, la cual había sido el fundamento de la investigación que se adelantó en contra de ese procesado.

En igual sentido, el defensor del señor Castaño Cuervo presentó una solicitud de extinción de la acción penal ante el pago efectuado por su prohijado sobre los valores que debía a la DIAN, aportando para tal fin copia de los recibos en los que figura el pago de los impuestos por los siguientes períodos: i) 5 y 6 de 2010; ii) 2, 3, 4, 5 y 6 de 2011; iii) 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 2012; y iv) 1 de 2013.

Así las cosas se concluye que se encuentran cumplidas las exigencias dispuestas en el artículo 402 del CP, para declarar la cesación de procedimiento derivada del delito de omisión del agente retenedor o recaudador por el cual fue sentenciado el señor Conrado Castañeda Cuervo.

Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá la libertad inmediata del señor Álvaro Tabares Vega.”

**Citación jurisprudencial:** Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 1º de agosto de 2012, radicado 38881

----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

#### SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Acta Nro. 804-A

Hora: 9:59 a.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 66001 60 00 036 2012 01849 01 |
| Procesado | Conrado Castañeda Cuervo  |
| Delito | Omisión de agente retenedor o recaudador  |
| Juzgado de conocimiento  | Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira  |
| Asunto  | Declara extinción de la acción penal  |

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la solicitud de extinción de la acción penal dentro del proceso que se adelanta contra Conrado Castañeda Cuervo, por el delito de omisión del agente retenedor, que fue elevada por su defensor y la jefe de la división de gestión jurídica de la DIAN.

2. ANTECEDENTES

2.1 El supuesto fáctico de los hechos objeto de investigación según el escrito de acusación[[1]](#footnote-1) es el siguiente:

*“De acuerdo con la denuncia penal formulada por la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Pereira el día 28 de marzo de 2012, se pudo establecer que el señor CONRADO CASTAÑEDA CUERVO, quien es responsable del cumplimiento de la obligación de consignar las sumas recaudadas por concepto de impuesto sobre las ventas IVA, que generó la explotación económica de su actividad, consistente en "Trabajos de pintura, terminación de muros y pisos", incumplió con dicho deber, puesto que no consignó a órdenes del erario las sumas relacionadas en sus declaraciones privadas a título de pago del impuesto, dentro de los dos meses siguientes a las fechas señaladas por el Gobierno Nacional para su presentación y pago, impuestos adeudados correspondientes a los siguientes periodos y valores, más intereses de mora.*

**

*La Fiscalía cuenta con las respectivas copias de las declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas IVA, y el correspondiente RUT Registro Único Tributario, elementos que evidencian con claridad que las mismas fueron presentadas sin pago por el imputado, sin que hubiera consignado dichas sumas dentro del término señalado en el estatuto tributario.*

*Se tiene establecido entonces, que el señor CONRADO CASTAÑEDA CUERVO en su condición de comerciante, tenía la obligación de consignar las sumas retenidas en desarrollo de su actividad económica, sin embargo, presentó sin pago varías declaraciones bimestrales correspondiente al impuesto al valor agregado a las ventas IVA, sin pago, absteniéndose de consignar a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, esas sumas de dinero.*

*Los dineros que se recaudan por concepto de impuestos pertenecen al tesoro público y se constituyen en basamento indefectible para la materialización de los fines del Estado y por ende para servir a la comunidad, luego el incumplimiento a las obligaciones que por ley han sido impuestas a los contribuyentes recaudadores, producen un evidente menoscabo a la administración pública al dejar de percibir los dineros recaudados y esa omisión tiene sanciones de carácter penal.*

*Se encuentran reunidos los requisitos del artículo 336 del C. de P.P. por cuanto, de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, se puede afirmar con probabilidad de verdad que la conducta investigada existió y que el imputado CONRADO CASTAÑEDA CUERVO es el presunto autor de la misma.”*

2.2 El día 14 de julio de 2015, el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de la Ciudad de Pereira, celebró audiencia de formulación de imputación en contra el señor Conrado Castañeda Cuervo, por la violación del artículo 402 inciso 2º del CP. El señor Castañeda Cuervo no aceptó los cargos imputados[[2]](#footnote-2).

2.3 El proceso fue asignado al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira (folio 1). La audiencia de formulación de acusación se realizó el 29 de febrero de 2016 (folio 9). La audiencia preparatoria se llevó a cabo el 19 de abril de 2016 (folio 10). El juicio oral se celebró el 12 de julio de 2016 (folio 34).

2.4 El día 19 de julio de 2016 el juez tercero penal del circuito de esta ciudad profirió sentencia condenatoria en contra del señor Conrado Castañeda Cuervo, en la que se le impuso una pena de 55 meses de prisión y multa de $16.684.344, y una pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso igual al de la pena principal. Al señor Castañeda Cuervo le fue negado el subrogado de ejecución condicional de la ejecución de la pena, por tanto se dispuso su captura inmediata (folios 35-36)

2.5 La defensa del acusado apeló la decisión de primera instancia, sustentando oportunamente dicho recurso (folios 40-41). Los demás sujetos procesales guardaron silencio frente al recurso incoado.

2.6 El proceso fue remitido a esta Corporación para que se diera trámite al recurso interpuesto, y fue recibido el 10 de agosto de 2016.

2.7 Estando el expediente a despacho del magistrado ponente, el día 5 de septiembre de 2016, el doctor Carlos Alberto Peláez Londoño presentó un memorial a través del cual informó que el procesado había realizado el pago de su obligación tributaria a favor de la DIAN, cancelando para tal fin la suma de $21.144.000, motivo por el cual solicitó la extinción de la acción penal a favor de su mandante.

Así mismo puso en conocimiento que el señor Conrado Castañeda Cuervo se encuentra detenido desde el día 22 de agosto de 2016.

Para dar sustento a tales afirmaciones, aportó copia de formatos de los recibos de pago a favor de la DIAN (folios 53-68)

2.8 En igual sentido se recibió memorial suscrito por la doctora Jenny Marcela Idarraga Rendón en calidad de jefe de la división de gestión jurídica de la DIAN mediante el cual dio a conocer que el señor Conrado Castañeda Cuervo había cancelado las obligaciones que dieron origen al fallo que se dictó en su contra. En consecuencia manifestó que *“esta Dirección Seccional, pierde interés en la persecución penal del señor Conrado Castañeda Cuervo, teniendo en cuenta que dicho proceso se encuentra en su despacho a fin de desatar el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el señor defensor y considerando que se ha extinguido la obligación tributaria, conforme lo prevé, el artículo 42 de la ley 633 de 2000, en armonía con los artículos 331 y numeral 1 del artículo 332 del C.P.P.”*. (Folios 70-71).

 3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

3.1 Competencia:

Esta colegiatura tiene competencia para conocer del recurso propuesto, en atención a lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004.

3.2 Problema jurídico a resolver:

Se contrae a estudiar si en este caso se debe decretar la extinción de la acción penal por pago, en los términos del artículo 402 del CP, y el numeral 6º del artículo 82 ibídem, de conformidad con lo solicitado por el recurrente.

3.3 El artículo 402 del Código Penal establece lo siguiente:

*“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.*

 *PARAGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas 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 hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

3.4 Por su parte, el artículo 82 del estatuto penal en su numeral 6º establece como causal de extinción de la acción penal “*El pago en los casos previstos en la ley*”.

3.4.1 Frente a dicha causal de extinción de la sanción penal, y en lo que respecta concretamente al delito de agente retenedor o recaudado, esta Sala de decisión en providencia del 26 de abril de 2010, M.P. Leonel Rogeles Moreno, dijo lo siguiente:

*“No hay duda para esta Corporación que el parágrafo de la norma cuya infracción dio pábulo a la revocatoria del fallo absolutorio y el consiguiente proferimiento de la sentencia de condena en segundo grado, consagra en favor del sujeto pasivo de la acción penal, un derecho de ineludible reconocimiento, en la medida en que se acredite el fenómeno post delictual allí previsto, consistente en que extinga la obligación tributaria por pago o compensación según el caso, junto con sus correspondientes intereses consagrados en el Estatuto Tributario y normas legales respectivas.*

*Advierte igualmente la colegiatura, que el legislador no condicionó el citado derecho-beneficio a temporalidad como sí lo hizo con otros tipos penales, dentro de los cuales puede citarse por vía de ejemplo el de emisión y transferencia ilegal de cheque, cuyo inciso segundo de la regla 248 establece que la acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia.*

*De lo anterior se desprende necesariamente, y cuya interpretación no podría ser diferente porque de serlo sería in malam partem y afectaría en sumo grado los intereses del procesado, contrariando además el precepto legal, que tratándose de la infracción al artículo 402 del Código Penal, el sujeto pasivo de la acción penal puede hacer cesar la misma, dando cumplimiento al parágrafo prealudido, a pesar de haberse proferido sentencia de primera o de segunda instancia, siempre y cuando esa determinación no haya cobrado ejecutoria material, ya que por lo demás, conforme con la normativa 82, una de las causales de extinción de la acción penal es el pago en los casos previstos en la Ley, y éste es uno de ellos.”*

3.4.2 Sobre el mismo tema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 1º de agosto de 2012, radicado 38881, expuso lo siguiente:

*“El delito de omisión de agente retenedor o recaudador es uno de aquellos tipos penales en los que la ocurrencia de dicha circunstancia objetiva ocasiona la extinción de la acción penal. En efecto, el parágrafo del artículo 402 del Código Penal, establece que el agente retenedor responsable del impuesto a la ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, junto con sus respectivos intereses previstos en el Estatuto Tributario, 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”, sin establecer término para incoar la petición.*

*La Sala de Casación Penal ha sostenido en diversos pronunciamientos, entre ellos, el auto de 21 de julio de 1998, proferido en el radicado 9660, que el pago de las sumas adeudadas en los casos previstos en la ley, no obstante ser una causal objetiva de extinción de la acción penal, a diferencia de las demás, es un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, etc. Por tanto, si el pago se produce con posterioridad al fallo de segundo grado, la prueba de esa causal extintiva de la acción penal debe aportarse al proceso antes de que se inadmita la respectiva demanda de casación o de que se emita el fallo del recurso extraordinario.”*

3.5 Solución al caso concreto

Como ya se hizo referencia, el proceso se encontraba a despacho para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Conrado Castañeda Cuervo, en contra de la sentencia condenatoria proferida el 19 de julio de 2016 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira mediante la cual se le impuso al procesado una pena de 55 meses de prisión y multa de $16.684.344, y por lo tanto la misma no ha cobrado ejecutoria.

El jefe de la división de gestión jurídica de la DIAN allegó escrito, en el que se establece que el señor Castañeda Cuervo canceló en su totalidad la deuda tributaria que tenía con esa entidad, la cual había sido el fundamento de la investigación que se adelantó en contra de ese procesado.

En igual sentido, el defensor del señor Castaño Cuervo presentó una solicitud de extinción de la acción penal ante el pago efectuado por su prohijado sobre los valores que debía a la DIAN, aportando para tal fin copia de los recibos en los que figura el pago de los impuestos por los siguientes períodos: i) 5 y 6 de 2010; ii) 2, 3, 4, 5 y 6 de 2011; iii) 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de 2012; y iv) 1 de 2013.

Así las cosas se concluye que se encuentran cumplidas las exigencias dispuestas en el artículo 402 del CP, para declarar la cesación de procedimiento derivada del delito de omisión del agente retenedor o recaudador por el cual fue sentenciado el señor Conrado Castañeda Cuervo.

Como consecuencia de lo anterior, se dispondrá la libertad inmediata del señor Álvaro Tabares Vega.

 RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la cesación del procedimiento que se adelantó en contra del ciudadano Conrado Castañeda Cuervo, por la conducta punible de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador.

SEGUNDO: DISPONER la libertad inmediata del señor Conrado Castañeda Cuervo.

TERCERO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de reposición.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE

Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ

Secretaria

1. Folio 2-6 [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 7. [↑](#footnote-ref-2)