



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellin

SALA PENAL DE DECISIÓN

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519
DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador
PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA
PROCEDENCIA: Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación
DECISIÓN: CONFIRMA
M. PONENTE: Rafael M Delgado Ortiz
Auto Nro. 077
Aprobada Acta Nro. 122

Medellín, veintitrés (23) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

ASUNTO POR TRATAR

Corresponde a la Sala desatar la apelación interpuesta por la defensa de **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** en contra del auto emitido por el Juez Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, el trece (13) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), que negó la solicitud de preclusión de la investigación por la presunta comisión de la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador, señalado en el artículo 402 del Código Penal, que hizo la defensa.

ANTECEDENTES FÁCTICOS

Los hechos que constituyen la génesis de la presente actuación penal fueron denunciados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, expresando que **NELSON**

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

HUMBERTO HIDALGO VALENCIA durante unos periodos del año 2009, presentó declaraciones tributarias por ventas en las fechas que señala el Gobierno Nacional para su presentación y cumplido el término para su pago, omitió consignar los dineros retenidos o recaudados, incurriendo en la conducta delictiva de omisión de agente retenedor o recaudador.

ACTUACIÓN PROCESAL

Ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Penal Municipal con funciones de control de garantías de Medellín, el veinte (20) de mayo de dos mil veintiuno (2021) se llevó a cabo audiencia de formulación de imputación, en la que la fiscalía le comunicó a **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** y a otro que estaban siendo investigados como presuntos responsables del delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, de conformidad con el artículo 402 del Código Penal, sin que aceptara el cargo.

Por el ente acusador se presentó escrito de acusación en contra de **HIDALGO VALENCIA**, señalándolo como probable responsable del delito que le fuera imputado, el cual fue repartido el veintidós (22) de noviembre de ese año, al Juzgado Veintisiete (27) Penal del Circuito de Medellín.

Luego de dos aplazamientos, el seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022) se instaló la audiencia de formulación de acusación y allí la apoderada de víctimas solicitó corrección al escrito de acusación en relación con los periodos imputados, como quiera los que se denunciaron por la DIAN e imputaron fueron los periodos 1, 5, 6 de 2009 y 2 de 2010 y en el escrito se estaban relacionando los periodos 1 y 3 que no fueron denunciados ni imputados. En igual sentido el defensor de **NELSON**

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

HUMBERTO HIDALGO VALENCIA deprecó modificación del escrito únicamente en relación con el periodo 1 de 2009, teniendo en cuenta que ese ya estaba prescrito para la fecha en que se imputó. Frente a estas observaciones el fiscal solicitó aplazamiento de la audiencia aduciendo que requería revisar y no contaba con el expediente digital.

La audiencia de acusación se continuó el dieciséis (16) de agosto de dos mil veintidós (2022) y allí la fiscalía indicó que modificaría el escrito de acusación en el sentido de que solo acusaría a **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** y no al otro coimputado porque respecto de este solicitaría preclusión, y respecto de este, los periodos por los que se acusaría serían los correspondientes a los periodos 1, 5 y 6 de 2009.

Luego de cinco aplazamientos, la audiencia preparatoria se instaló el trece (13) de febrero de dos mil veinticuatro (2024) y allí el defensor **HIDALGO VALENCIA** solicitó el uso de la palabra y elevó una solicitud de preclusión por prescripción, negada por el juez *a quo* y, esta decisión, apelada por la defensa.

El veintidós (22) de febrero de dos mil veinticuatro (2024) se dispuso el envío de las diligencias ante esta Corporación para resolver el recurso de alzada.

SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El defensor de **NELSON HUMBERTO HIDALFO VALENCIA** solicitó la preclusión de la investigación fundamentada en la causal primera del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal –

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal-, en concordancia con lo establecido en los artículos 83 y 402 del Código Penal.

Luego de hablar del principio de legalidad y traer a colación jurisprudencia sobre este y, el delito de Omisión de Agente retenedor o recaudador indicó que las obligaciones imputadas a su prohijado correspondían a unas que se causaron en los años 2009 y 2010 y para esas épocas el agente auto retenedor y recaudador no era considerado como un servidor público.

Lo anterior, dijo, porque si bien antes del año 2011, que fue cuando se introdujo la Ley 1472, el artículo 83 del C.P. decía que se incrementaba el término de prescripción para el servidor público que en ejercicio de sus funciones realizada la conducta punible, lo cierto es que no tenía la especificidad de que el agente retenedor y recaudador hiciera las veces de servidor público así fuera de manera transitoria.

Asevera que fue a partir del 12 de julio del año 2011, cuando entró en vigor la citada ley que modificó ese canon 83, que se consideró que al delito de omisión de agente retenedor le era aplicable el incremento punitivo para efectos del término de prescripción de la acción penal.

Por lo anterior, atendiendo a que el término de prescripción para la época en que se cometió la conducta delictiva imputada, años 2009 y 2010, era de nueve años y que debía contarse entre la ocurrencia de los hechos y la formulación de imputación, que para el caso se dio el 20 de mayo de 2021, era evidente que se dio el vencimiento del término máximo que tenía la fiscalía para investigar a su prohijado.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

En consecuencia, pidió la preclusión de la investigación por haber operado el fenómeno de la prescripción, de conformidad con los artículos 332 #1 del C.P.P. y 83 y 402 el C.P. vigentes para el año 2009 y 2010.

El fiscal delegado se opuso a la solicitud en la medida en que, afirmó, existió una mala interpretación de la norma por parte de la solicitante, pues olvidó que antes de la ley 1474 de 2011, que entró en vigencia en julio del año 2011, también estaba operando el aumento del término de prescripción para los delitos contra la administración pública, donde estaba incluido el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, que se llamaba delito de enriquecimiento por peculado o tomar dineros del Tesoro Nacional. Entonces, antes del año 2011, con el aumento de penas del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, el término de la prescripción también debía aumentarse en una tercera parte y por eso el reato aquí considerado tenía el término de 12 años para la aplicación de la mentada figura, indistintamente si el agente retenedor era o no catalogado como servidor público expresamente en la norma.

Consideró que no era procedente acceder a la petición de la defensa.

A su turno, la apoderada de la DIAN se opuso a la petición de la defensa en la medida en que consideró que desde siempre las actividades de agente retenedor o recaudador han correspondido a las de funcionarios públicos y así siempre se han ejecutado, tal como lo dice el artículo 20 del Código Penal, por lo que considera que no es viable acceder a esa solicitud.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

LA PROVIDENCIA APELADA

El juez de primera instancia habló de las generalidades de la preclusión de la investigación e indicó que estaba legitimado el defensor para elevar la petición de preclusión con base en la causal del artículo 332, numeral 1°.

Señaló que para resolver sobre si, en este caso, había operado el fenómeno de la prescripción de la investigación, debía considerarse que los periodos por los que acusó la fiscalía a **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** correspondió a las ventas del año 2009 periodo 1, ventas de 2010 periodo 2 y ventas 2011 periodo 1 y 3, por lo que el más antiguo era ese del 2009 periodo 1 que tiene como fecha de comisión del delito el 20 de mayo de 2009 y se imputó el 20 de mayo de 2021.

Consideró no compartir los argumentos del defensor, pues si bien era cierto la vigencia de la Ley 1474 de 2011 tiene efectos a futuro y fue allí donde expresamente se señaló, en la modificación introducida al artículo 83 Penal, que el agente retenedor o recaudador cumplía funciones públicas transitorias, lo cierto es que desde mucho antes, estos eran considerados como tal, precisamente en virtud del artículo 20 *ídem*.

Advirtió que la última norma en comentario establece que para todos los efectos de la ley penal son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional ciudadana para la lucha contra la corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la carta política y que, a su vez, el Decreto 624 de 1989 -Estatuto Tributario- artículo 665, adicionado por el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, hizo alusión a la responsabilidad penal por no consignar las retenciones.

Puntualizó que lo anterior permite evidenciar que ya para el año 2009 e, incluso, desde mucho antes, el sujeto activo de la conducta de omisión de agente retenedor, sí era considerado como un servidor público cumpliendo una Función Pública transitoria y así lo desarrolló con amplitud la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que fue acogida por el Tribunal al que pertenece el juzgado de primera instancia y en ese sentido resolvió la apelación de varios asuntos similares presentados en el distrito judicial de Medellín.

Concluyó indicando que estando claro que los agentes retenedores y recaudadores han sido considerados como funcionarios públicos que ejercen una función pública de forma transitoria por ende, a esa pena de nueve años que consagra el artículo 402 del C.P. se debe adicionar la tercera parte, que serían tres años, para un total de doce años como término máximo con que cuenta el estado para hacer la vinculación al proceso penal.

Adujo que, teniendo en cuenta que en este caso el periodo más antiguo imputado a **HIDALGO VALENCIA** fue el causado el 20 de mayo del 2009, tenía el estado hasta el 20 de mayo de 2021 para hacer la vinculación procesal, lo que se cumplió justamente en esa última fecha indicada y, si bien, ese periodo estuvo a escasas horas de

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

prescribir, lo cierto es que ese fenómeno no se dio y por tal razón no es procedente acceder a la pretensión de la defensa.

DE LA APELACIÓN

La defensa interpuso recurso de apelación y al sustentarlo mencionó que era necesario hacer lectura de apartes de la Sentencia con radicado 26.888 del 4 de febrero de 2009 de la Corte Suprema de Justicia, porque allí se desarrolló la tesis de que, para ese momento, el agente retenedor no era considerado como un servidor público y ello constituye una postura diferente a la de la primera instancia.

Indicó que en la referida decisión se examinó la responsabilidad penal en que incurrían los agentes retenedores por omitir consignar los dineros recaudados, asimilándose a la sanción del delito de apropiación indebida de dineros públicos, siendo luego, que el artículo 665 del Decreto 624 de 1989 incluyó sancionar esa omisión con la pena del delito de apropiación indebida de fondos del Tesoro Público a quienes no consignaran las retenciones, pero sin fijar un término para tal obligación, indeterminación que motivó a la Corte Constitucional a declarar su inexecutable en sentencia C 285 el 27 de junio de 1996.

Luego, según la decisión referida, se adicionó el estatuto tributario estableciéndose que sancionar a los agentes retenedores que no consignaran la suma retenida dentro de los dos meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención lo sería con las penas para los servidores públicos que incurrieran en el delito de peculado por apropiación, que estuvo seguida de la creación del tipo penal del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, separándose del delito cometido por el servidor público lo

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

que es significativo que el espíritu de esa norma era considerar al agente retenedor o recaudador como un particular.

Con fundamento en ello fue que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos concluyó que los agentes retenedores o recaudadores de impuestos no tenían la condición de servidores públicos, motivo por el cual en la legislación punitiva de 2000 se dispuso que no incurrirían en el delito de peculado por apropiación, pues fue creado un precepto especial y autónomo que no podía equipararse a aquél.

Bajo el análisis de esa decisión, solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia y, en consecuencia, decretar la preclusión por prescripción, teniendo en cuenta que para la época de los hechos imputados a su prohijado, este no podía ser considerado servidor público y por tanto el término prescriptivo era inferior al tenido en cuenta y por ende feneció antes de que se imputaran las conductas.

Concluyó indicando que, ante la existencia de dos pronunciamientos jurisprudenciales que son diametralmente opuestos, invoca la aplicación del principio de favorabilidad o de estricta legalidad, para con ello acceder a su pretensión.

PRONUNCIAMIENTO DE LOS NO RECURRENTES

No hubo pronunciamiento en ese sentido por parte del delegado de la fiscalía y de la representante judicial de la víctima.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

SE CONSIDERA PARA DECIDIR

El artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, establece que las Salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial son competentes para decidir los recursos de apelación interpuestos en contra de los autos proferidos por los Jueces penales del circuito pertenecientes al correspondiente distrito.

Este evento se ajusta entonces a la previsión legal pues la decisión sometida a nuestro conocimiento fue proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, despacho adscrito a este distrito.

Además, el numeral 5 del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal señala que la providencia demandada está contemplada como una de aquellas frente a las que procede el recurso de apelación.

Es límite de nuestra intervención, según las técnicas del recurso de apelación, los temas propuestos por la impugnante.

El problema jurídico para resolver en esta oportunidad consiste en determinar si para la época de los hechos endilgados a **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA**, el agente retenedor y recaudador era considerado como servidor público y con ello establecer, si en este caso, las conductas atribuidas estaban prescritas al momento en que fueron imputadas.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

Antes de abordar la resolución del problema jurídico consideramos necesario hacer una aclaración sobre los periodos objeto de delito que le fueron imputados a **HIDALGO VALENCIA** y por los que se sigue el presente proceso, dado que, al escuchar el recorrido de la audiencia que hoy nos atañe y con ello la correspondiente intervención de las partes y la judicatura, advertimos que al parecer nadie tiene claridad sobre dicho tópico.

Al escuchar la audiencia de formulación de imputación realizada el 20 de mayo de 2021 ante el Juez 44 Penal Municipal de Medellín, es evidente que a **NELSON HUMBERTO** la fiscalía le imputó el delito de Omisión de Agente Retenedor y Recaudador por la presentación y no pago de tres declaraciones por ventas, correspondientes a los periodos Uno del año 2009 por un valor de \$270.000, con fecha de presentación 20/03/2009 y fecha de causación del delito 20/5/2009; periodo cinco de 2009 por un valor de \$962.000, con fecha de presentación 24/11/2009 y fecha de causación del delito 24/01/2010 y, periodo seis de 2009 por un valor de \$517.000, con fecha de presentación 25/01/2010 y fecha de causación del delito 25/03/2010.

Cuando se presentó el escrito de acusación el fiscal señaló otros periodos distintos a los imputados y por ello, en la audiencia programada para su formulación, el delegado del ente acusador, por solicitud de la apoderada de víctimas, aclaró lo pertinente y acusó por los periodos correctamente imputados, incluso, de tal circunstancia quedó constancia en el acta de la audiencia de acusación.

No obstante, al momento en que la defensa solicitó la preclusión de la investigación, tanto el fiscal, como el juez hicieron referencia que el proceso se seguía por unos periodos (los que reposaban

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

en el escrito de acusación que se corrigió) diferentes, y si bien ello no varía el análisis en relación con la decisión preclusiva resuelta por la judicatura, es menester que, en lo sucesivo, se tenga plena claridad por partes e intervinientes en el proceso penal.

Aclarado lo anterior y para poder dar respuesta al problema jurídico planteado, debemos hacer el recorrido legislativo del tipo penal de Omisión de Agente Retenedor y Recaudador vigente para la época de los hechos imputados (años 2009 y 2010) y sus consideraciones dogmáticas, como también las normas alusivas a la prescripción de este reato.

Comencemos por indicar que el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 que se debe tener en cuenta es el modificado por las Leyes 890 de 2004 y 1111 de 2006, que establecía:

"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."

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

Como vemos, es un tipo penal en blanco, teniendo en cuenta que para entenderse configurado se requiere complementar información, para el caso, la que establezca el Gobierno Nacional de las fechas en que se deben presentar las declaraciones tributarias y realizar el respectivo pago. Además, tiene un sujeto activo calificado pues exige que el particular, teniendo la calidad de retenedor o recaudador y estando obligado a efectuar el pago de impuestos a las ventas (función pública) no lo haga.

Al entenderse, pues, que esa conducta omisiva en que incurren las personas naturales o jurídicas atenta contra los recursos del Estado y esto no debe quedar impune, el legislador ha buscado reprocharla desde el año 1969, cuando en la Ley 38 en su artículo 10, consideró que quienes incurrieran en esa omisión debían someterse a las sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurren en apropiación indebida de fondos del Tesoro Público.

Posteriormente el Decreto 624 de 1989 - *Estatuto Tributario*- sancionó, en el artículo 655, esa omisión de consignar las sumas retenidas, equiparando la sanción por tal hecho a la que recibía el sujeto activo del delito de peculado por apropiación, para ese momento, establecido en el artículo 133 del decreto ley 100 de 1980.

No obstante, la Corte Constitucional en Sentencia C-285 de 1996 declaró inexecutable esa norma advirtiendo que traducía una sanción indeterminada por cuanto no se establecía cuál era el tiempo en que el agente retenedor debía realizar la consignación de las sumas de dinero efectivamente recaudadas, yerro que se entendió subsanado posteriormente con la expedición de la Ley 383 de 1997, que en

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

su artículo 22, señaló el lapso con el que contaba el agente retenedor para efectuar la consignación.

Como se puede observar, hasta aquí podemos ver que el legislador siempre asimiló a esos particulares que se obligaran a retener o recaudar sumas de dinero de impuestos por ventas, como servidores públicos transitorios mientras tuvieran a su cargo esa presentación de declaraciones y respectivo pago, atendiendo la delicada obligación que el estado les imponía en la recolección de cierta clase de tributos.

Ya en el año 2000, la Corte Constitucional en sentencia C-1144, al resolver una demanda sobre ese artículo 22 de la Ley 383 de 1997, consideró que no era inconstitucional llevar esa omisión tributaria al campo penal, es decir, considerarla delito y sancionarlo con pena de prisión, entendiendo que no se trataba de prisión por deudas, porque el no pago no podía equipararse a un incumplimiento civil, sino que esa no consignación lo era de dineros públicos y por ende la apropiación era de recursos del estado, porque desde siempre la labor del agente retenedor y recaudador había sido considerada como una función pública transitoria, entendiendo que se le estaba encomendando el manejo temporal de dineros estatales y, en consecuencia, resultaba siendo un servidor público, así fuera de manera transitoria, mientras se ejercía esa labor.

Para mejor ilustración, veamos como lo explicó la Corte en la referida sentencia de constitucionalidad:

“Por su parte, se entiende que el retenedor es la persona natural o jurídica, contribuyente o no contribuyente, sobre la cual el Estado descarga el ejercicio de una función pública: la obligación de recaudar y consignar a su nombre los dineros materia del tributo. Desde esta perspectiva, el agente retenedor no puede confundirse con el

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

sujeito pasivo de la relación tributaria o contribuyente en cuanto no asume ninguna carga impositiva, viendo limitada su actividad, como se dijo, a la simple cooperación con el fisco en la dispendiosa labor del cobro o recaudo del impuesto. Por esa razón, puede sostenerse que la obligación legal asignada al agente retenedor en nada se asemeja a la del contribuyente, como tampoco a la del particular al que se le atribuye el incumplimiento de una obligación dineraria, siendo aquella, entonces, una obligación autónoma, independiente y de doble vía: de hacer, en cuanto le corresponde recolectar el dinero, y de dar, en la medida en que tiene que entregarlo o ponerlo a disposición del Estado quien es su único y verdadero propietario. Sobre este particular, resulta pertinente destacar que los artículos 375 y 376 del E.T., al referirse a las obligaciones del agente retenedor, son claros en disponer que: "Están obligados a efectuar la retención o percepción del tributo, los agentes de retención que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar dicha retención o percepción", y que: "Las personas o entidades obligadas a hacer la retención, deberán consignar el valor retenido en los lugares y dentro de los plazos que para tal efecto señale el Gobierno Nacional".

Cabe destacar, igualmente, que la labor encomendada al agente retenedor también encuentra un claro fundamento constitucional en los artículos 189-20 de la Carta, el cual le asigna al Presidente de la República la función de "Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo con las leyes", y en el 123 que le reconoce competencia al legislador para determinar "el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y [para] regula[r] su ejercicio.

...

*Entonces, es legítimo que la ley haya asignado a los agentes retenedores no sólo una función pública específica como es la de recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados, sino también una responsabilidad penal derivada del incumplimiento de sus deberes que, para el caso, se asimilan a los de los funcionarios del Estado que manejan dineros de propiedad de la Nación. Recuérdese que, por expreso mandato del artículo 63 del Código Penal, "Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, **y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público.**" (Negrillas y subrayas fuera de texto)."*

Desde este momento, entonces ya la Corte, de manera explícita, indicaba que los agentes retenedores y recaudadores son servidores públicos porque la facultad que tienen del manejo del tributo del estado es una función pública, aunque sea transitoria y eso ratifica que la sanción que se le impone al particular omisivo sea similar a la de los empleados públicos que se apropian de fondos del Tesoro Público, tal y como lo consagraba la mentada Ley 38 de 1969.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

Para evitar disquisiciones al respecto, con la expedición de Código Penal actual, la Ley 599 de 2000, se creó, como delito autónomo, la omisión de agente retenedor o recaudador en el artículo 402 transcrito al inicio de estas consideraciones.

A ese artículo 402 Penal también se le hizo control de constitucionalidad en sentencia C-009 de 2003 y allí la Corte Constitucional reiteró la postura que desde el inicio desarrolló, donde el agente retenedor debía considerarse como funcionario público mientras cumplía esa labor transitoria de recaudar y consignar los tributos.

No obstante lo anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en los años 2008 y 2009, en radicados 30.486 del 24 de noviembre de 2008 y 26.888, 31.802, 30.513 y 32.116 del 4 y 27 de febrero, 6 de mayo y 11 de noviembre de 2009, respectivamente, desconociendo el criterio plasmado por la máxima autoridad constitucional en Colombia, desarrolló postura en el sentido de indicar que no podía ser equiparado el agente retenedor a un como servidor público, pues no era dable hacer una exigencia adicional a la norma frente a la calidad del sujeto activo, porque el legislador, expresamente, no lo consideró.

Es criterio duró poco, porque la alta Corporación, dos años después lo recogió para atender las sentencias de constitucionalidad referidas atrás, luego de advertir que ciertamente el agente retenedor o recaudador no es un simple particular, sino que debía ser considerado como servidor público con funciones transitorias, dado que el deber que le asiste de rendir declaración y consignar dentro de un tiempo el impuesto de ventas, es una función pública asignada por la ley.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

Así lo indicó la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando reuló su postura en el siguiente sentido:

“El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 3017022, donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003, así:

(...)

Sin embargo, en las comentadas decisiones se omitió expresar que si bien el agente retenedor o recaudador es un particular, a éste la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, por cuya razón, como lo señaló la sentencia C-563 de 1998 y lo ha sostenido también esta Corporación, en ese caso “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. Una de esas consecuencias es, desde luego, el aumento del término de prescripción en una tercera parte cuando se actúa en condición de servidor público, conforme lo tiene previsto el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal de 2000”. (subrayas del texto, negritas fuera del texto)”¹

Ese criterio, desarrollado por el máximo órgano constitucional en Colombia, no solo fue acogido por la Corte Suprema de Justicia, sino que cobró fuerza al punto de ser introducido por el legislador al tenor literal del artículo 83 del C.P. en modificación que al respecto le imprimió el artículo 14 la Ley 1474 de 2011, cuando estableció el aumento de la tercera parte al término prescriptivo para los agentes retenedores y recaudadores.

Lo anterior no traduce cosa diferente que de acuerdo a la interpretación histórica y teleológica de la normatividad en cuestión y con fundamento en la posición vinculante de la Corte Constitucional, los agentes retenedores y recaudadores siempre, y desde el año 1969, han sido considerados como servidores públicos transitorios y por lo tanto no se podría, desde ningún punto de vista, aplicar la posición que

¹ Radicado 33468 del 11 de diciembre de 2013. M.P. Eugenio Fernández Carlier

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

al respecto asumió la Corte Suprema de Justicia en los años 2008 y 2009, como hoy lo propone la defensa, no solo porque fue recogida por esa Corporación, sino porque se trataba esta de una postura que desnaturalizaba, creemos, el delito del artículo 402 C.P. e iba en contravía de la jurisprudencia constitucional que, dentro del esquema legal colombiano, tiene mayor fuerza vinculante.

Consideramos entonces que en este caso donde el defensor deprecia que, por legalidad, se haga eco de la jurisprudencia de la Sala de Casación de 2008 y 2009 que bien pudo cobijar el presente caso en sus albores y con ello tratar al agente retenedor y recaudador como un particular, no es posible porque la variación de esa jurisprudencia no se dio por una simple variación de criterio ante la modificación o expedición de nuevas normas, sino por haberlo recogido en acatamiento estricto al precedente y sería discutible afirmar que se está afectando el principio de legalidad por su no aplicación.

Para nosotros, el agente retenedor y recaudador del que habla el canon 402 del Código Penal es un servidor público con funciones transitorias y no porque la Corte lo haya sostenido así desde el año 2011, sino porque toda legislación y la jurisprudencia constitucional lo ha considerado desde mucho antes de la emisión de los apartados pronunciamientos que la Corte tuvo durante solo dos años.

Visto lo anterior, entonces, es menester verificar el término de prescripción de dicha norma bajo los conceptos consagrados en los siguientes artículos:

Artículo 83: "La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

...

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

..."

En este caso, el término de prescripción es el máximo de la pena señalada, para el caso de la omisión de agente retenedor o recaudador del artículo 402 C.P. 108 meses o nueve años, al que debe aumentársele la tercera parte por la norma inmediatamente anterior citada por la calidad de servidor público, esto es 36 meses o 3 años, para un total de 144 meses o 12 años que, deben contarse desde el momento de comisión de la conducta y, se interrumpe, en los delitos tramitados bajo el sistema penal acusatorio, según el artículo 292 de la Ley 906 de 2004, con la formulación de imputación.

En el presente asunto, la fecha de comisión de los hechos imputados a **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** fueron unos periodos donde, teniendo la obligación tributaria de consignar a la dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Estado), el impuesto a las ventas correspondiente a los periodos 1, 5 y 6 del año 2009 tuvo como fecha de causación del delito, los días 20 de mayo de 2009, 24 de enero de 2010 y 25 de marzo de 2010, respectivamente, dado que en esas fechas no se consignó lo declarado.

Es viable concluir que el delito más antiguo imputado a **NELSON HUMBERTO** fue el cometido el 20 de mayo de 2009, hecho que podía ser investigado por la fiscalía, durante 12 años, por ser ese *quantum* el correspondiente a la pena máxima para el reato de omisión de agente retenedor o recaudador, en consecuencia, ese era el tiempo límite que podía estar el asunto en indagación, feneciendo esa facultad estatal a partir del 21 de mayo de 2021, inclusive.

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

No obstante, lo que aquí vemos es que la vinculación de **HIDALGO VALENCIA** por este hecho cometido el 20 de mayo de 2009, se llevó a antes del término de doce años, es decir el 20 de mayo de 2021, justamente en la fecha límite que se tenía esa posibilidad, imputándosele no solo ese periodo de 2009-1, sino otros dos periodos atinentes a esa anualidad, pero con fecha posterior de comisión del delito.

Lo anterior es reflejo de que a **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** se le realizó imputación dentro del lapso que tenía el Estado para ello y no excediendo este, por lo que no le asiste razón al defensor en su solicitud preclusiva por prescripción.

En consecuencia, lo pertinente será confirmar la decisión de la primera instancia que decidió negar la preclusión de la investigación adelantada contra **HIDALGO VALENCIA** por el delito de omisión de agente retenedor y recaudador del artículo 402 del C.P., con fundamento en el no pago de las declaraciones de venta presentadas ante la DIAN por los periodos 1, 5 y 6 del año 2009 y que no fueron pagadas dentro de los dos meses siguientes a su presentación.

En mérito de lo expuesto la Sala de decisión penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del trece (13) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), emitido por el Juez Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, mediante el cual negó la solicitud de

PROCESO: 05001 60 00248 2012 03519

DELITO: Omisión del agente retenedor o recaudador

PROCESADO: NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA

OBJETO: Apelación auto que niega preclusión de la investigación

DECISIÓN: Confirma

preclusión del investigado **NELSON HUMBERTO HIDALGO VALENCIA** por la presunta comisión de la conducta punible de Omisión del agente retenedor o recaudador, señalado en el artículo 402 del Código Penal.

SEGUNDO: Contra esta decisión no procede ningún recurso.

TERCERO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín para lo de su cargo.

CUARTO: Partes e intervinientes quedan notificadas en estrado judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RAFAEL MARÍA DELGADO ORTÍZ
Magistrado

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ
Magistrado

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS
Magistrado

Firmado Por:

Rafael Maria Delgado Ortiz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

**Miguel Humberto Jaime Contreras
Magistrado
Sala 08 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Gomez Jimenez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Despacho 11 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **c57de573d537b54c0e4692d2872899cef03ef11facc506bc36194d94f5d8491c**

Documento generado en 23/07/2024 03:41:55 p. m.

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