



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 150

(Sesión del 24 de junio de 2024)

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador
Asunto: Defensa recurre decisión que negó preclusión de la investigación
Decisión: Decreta Preclusión por Prescripción de la acción penal
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 28 de junio de 2024

(Fecha de lectura)

1. OBJETO DE DECISIÓN

Procede la Sala a pronunciarse en este asunto, luego de detectarse una causal objetiva de improcedibilidad de la acción penal, misma que impide desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de Fabio León Jaramillo Madrid, contra la decisión del pasado 27 de mayo, por la cual el Juez Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia, negó la preclusión de la investigación deprecada por la Defensa de Fabio León Jaramillo Madrid.

2. HECHOS

Según fueron anotados por la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación, se tiene que:

“Denuncia la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN a través del doctora (sic) YOLANDA CECILIA ROZO que el señor FABIO LEÓN JARAMILLO MADRID identificado con C.C No 71.621.633, presentó y suscribió declaraciones tributarias a nombre de la empresa SISTEMAS MECÁNICOS DE COLOMBIA SAS

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

sin haber efectuado el pago total cuyo valor asciende a 58.463.000 millones de pesos sin intereses moratorios.

El gobierno nacional mediante decreto establece las fechas para la presentación y pago de las declaraciones, y en el caso a la fecha de presentación y pago de las declaraciones objeto de la misma se encuentran vencido sin haber satisfecho en su totalidad, presentando los siguientes saldos a su cargo.

CONCEPTO	AÑO	BIMESTRE	VALOR IMPUESTO	SANCIONES
VENTAS	2012	06	23.208.000	
VENTAS	2013	02	32.566.000	0
VENTAS	2014	03	2.689.000	0
	TOTAL	58.463.000		0

SIN INTERESES MORATORIOS.”

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. De las audiencias.

3.1.1. Formulación de Imputación. El 4 de noviembre de 2016, ante el Juez Primero Promiscuo Municipal de Sabaneta-Antioquia, la Fiscalía General de la Nación imputó a Fabio León Jaramillo Madrid la comisión del punible de Omisión de agente retenedor o recaudador. El procesado no aceptó el cargo.

3.1.2. Formulación de Acusación. El 26 de junio de 2018, ante el Juez Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Envigado-Antioquia, la Fiscalía acusó a Jaramillo Madrid en los mismos términos de la imputación.

3.1.3. Preparatoria. El 30 de agosto de 2022 se llevó a cabo la audiencia de decreto de pruebas.

3.1.3. Juicio Oral. Desde el 9 de noviembre de 2022 se han intentado realizar de manera infructuosa, múltiples instalaciones de la audiencia de juicio.

3.1.4. El procesado allegó al Despacho *a quo* un memorial mediante el cual sustentaba una solicitud de preclusión, aunque no obra en el expediente la fecha en que se radicó la misma.

3.2. Sustentación de la preclusión.

El 27 de mayo de 2024, en audiencia, el Juez Primero Penal del Circuito de Envigado-Antioquia le dio el uso de la palabra al abogado defensor del procesado a efectos de que sustentara oralmente la solicitud de preclusión incoada.

3.2.1. Así, la Defensa refirió que se deprecaba la preclusión con base en el numeral 1° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, dada la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal como quiera que su prohijado y las empresas que representa fueron sujetos de intervención estatal en aplicación de la Ley 1116 de 2006, a través del procedimiento denominado liquidación judicial simplificada.

Explica que la Ley 1116 de 2006 se concibió para que los empresarios logran pagar sus obligaciones en el tiempo y las empresas logran salir a flote. Entendido el anterior espíritu del legislador, la liquidación judicial simplificada supone en sí, el pago de la obligación, es decir, al estar admitida la liquidación judicial simplificada, ello supone una extinción de la obligación y, de ahí, la imposibilidad jurídica de hacer esa persecución penal al procesado. Aclara que una vez se es admitido al proceso de liquidación judicial simplificada, existe una prohibición legal en la ley de realizar cualquier pago de manera directa –en este caso a la DIAN-, como quiera que la DIAN tiene la obligación real y efectiva de hacerse parte del proceso liquidación judicial simplificada para que se logre solventar el tema tributario para llegar a la extinción de la acción penal.

Así pues, se tiene que en este caso mediante radicado 2024-011062000 se solicitó la apertura de liquidación simplificada de la sociedad INVERSIONES Y REPRESENTACIONES JARAMILLO ESCOBAR SAS en liquidación, identificada con NIT. 900256456-9; mediante el radicado 2024-01175351, se solicitó la apertura del proceso de liquidación simplificada de la sociedad SISTEMAS MECANICOS DE COLOMBIA SAS en liquidación judicial, identificada con NIT. 811042862-4; y mediante el auto 2024-02005744 del 18 de abril de 2024, la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional de Medellín, admitió la solicitud del proceso de liquidación judicial simplificada de los bienes de la sociedad INVERSIONES Y REPRESENTACIONES JARAMILLO ESCOBAR, en liquidación judicial, identificada con el NIT.

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

900256456-9; a su vez, mediante el auto 2024-02005771 del 18 de abril de 2024 la Superintendencia de Sociedades, Intendencia Regional de Medellín, admitió la solicitud del proceso de liquidación judicial simplificada de los bienes de la sociedad SISTEMAS MECANICOS DE COLOMBIA SAS en liquidación, con NIT. 811042862-4.

Hasta aquí lo que se establece es que las dos sociedades de las cuales Fabio León Jaramillo Escobar era el representante legal fueron admitidas al proceso de liquidación judicial simplificada, con todo lo que ello implica. Indica la Defensa que dentro del auto de admisión se determinó lo siguiente:

“QUINCAGESIMO PRIMERO: Advertir a los acreedores de la sociedad que disponen de un plazo de 20 días contados a partir de la fecha de des fijación del aviso que informa sobre la apertura del proceso de liquidación judicial, para que de conformidad con el artículo 48.5 de la Ley 1116 de 2006, presenten su crédito al liquidador, allegando prueba de la existencia y cuantía del mismo.

QUINTO: De la misma manera que la DIAN debe hacerse parte dentro de los procesos de liquidación para que de esta manera puedan hacer valer su acreencia, y que sea el liquidador asignado al proceso que realice las gestiones pertinentes para realizar el pago, de acuerdo a los activos de los sujetos en liquidación.”

Esto quiere decir que de conformidad con la Ley 1116 de 2006, norma que no ha sido derogada de ninguna manera tácita ni expresamente, se establece que la liquidación judicial es una forma de extinguir obligaciones, entre ellas, las tributarias; iterando que la DIAN tiene la obligación real y efectiva de hacerse parte al interior del proceso de liquidación judicial simplificada para que haga valer su acreencia.

Así las cosas, con estos presupuestos que ha establecido el legislador a través de esta ley, existen dos postulados: uno, es la imposibilidad jurídica de realizar hoy algún tipo de pago a la DIAN porque es una prohibición de la ley, y así lo establecen los autos admisorios de los cuales dio lectura; y dos, que existe prohibición legal de hacer esa persecución penal en contra de su asistido como quiera que sobrevino ese presupuesto legal establecido en el art 402 del Código Penal el cual manifiesta: *“El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, **que extinga la obligación tributaria por pago** o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus*

correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.”

Así las cosas, y utilizando los valores axiológicos del derecho, en el caso que nos ocupa existen varios presupuestos que son concomitantes y se presentan todos, a saber, i) Las empresas que representa el procesado fueron admitidas al proceso de liquidación judicial simplificada, por lo que la ley prohíbe hacer cualquier tipo de pago a la DIAN de manera directa como quiera que existe esa obligación real y efectiva, y esa carga en cabeza de la DIAN para hacerse parte del proceso de liquidación judicial a hacer valer su acreencia; ii) Es el liquidador a través de los activos que tienen las empresas que representaba Fabio León Jaramillo Madrid, quien debe proceder a solventar estas obligaciones de la DIAN; y iii) Concorre la causal de extinción de la obligación por presumir el pago de la misma a través de la 1116.

En virtud a lo anterior, solicita la Defensa se acceda a la preclusión del proceso cesando el mismo por estarse en esa instancia procesal en ese momento.

3.2.2. La delegada de la Fiscalía General de la Nación manifestó que no se oponía a lo solicitado por la Defensa, pues es claro que a la DIAN le corresponde hacerse parte al proceso de liquidación y, adicional a ello, a pesar de que ella nunca había tenido conocimiento de una solicitud de este tipo amparada en la liquidación de la empresa, considera que si el responsable penalmente no puede extinguir la obligación de conformidad con lo establecido por la Superintendencia y ahora solo la obligación la puede extinguir el liquidador, no tiene argumentos para oponerse a la solicitud.

3.2.3. El representante de la DIAN se opuso a la solicitud de la Defensa toda vez que la misma normativa que él esgrime no da lugar a la preclusión pues del artículo 402 y la sentencia a que alude el abogado, se desprende que lo que quiso dar a entender el legislador es que para esta liquidación no se puede dar este beneficio. Lo que es verdaderamente eximente de responsabilidad penal en la normatividad, y en lo que él quiere tratar de asemejar, es a un proceso de

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

reestructuración consagrado en la Ley 550 de 1999, pero en este caso la SOCIEDAD MECANICOS pidió una liquidación judicial y no la celebración de un acuerdo de reestructuración, por las obligaciones vencidas.

Arguye que no puede ser de buen recibo que premie a un contribuyente a pagar sus obligaciones, con una preclusión que no encuentra fundamento, habida cuenta que el fallo al que hace alusión es el SP-30012015 de marzo 18 de 2016, de acuerdo a los argumentos apelados, se refiere a la salvación y restauración de un ente económico y no un moribundo mercantil que ha entrado en más de una causal para desaparecer comercialmente.

A la Ley 550 del 1999 hizo referencia la Corte al recordar que, en la misma se definió el acuerdo de reestructuración como *“aquel celebrado a favor de varias empresas con el objeto de corregir diferencias que se presenten en su capacidad de operación y para tener obligaciones pecuniarias que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones previstas en el mismo, el objetivo de la ley según su exposición de motivos, se hizo para dotar a deudores y acreedores de incentivos y mecanismos que sean adecuados en la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que le permitan a las empresas colombianas normalizar su actividad productiva y al mismo tiempo atender sus asuntos financieros, en ambos procedimientos una vez admitida la solicitud de reestructuración o de reorganización, entre muchas otras, el deudor no puede hacer pagos relacionados con sus obligaciones, desde luego los que tienen que ver con la DIAN”*, pero esto hace referencia solamente a los acuerdos de reestructuración y a los acuerdos de reorganización, en ningún momento está hablando de la liquidación judicial, pues no entra allí, por lo tanto debe estar excluida de lo que pretende la Defensa.

La parte final del artículo 665 del estatuto es la que lleva a lo que hace referencia la Defensa, cuando habla del parágrafo segundo *“en el presente artículo no será aplicable para sociedades que se encuentran en procesos concordatarios; liquidación forzosa administrativa, en procesos de toma de posesión, en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, o hayan sido admitidas en un acuerdo de reestructuración a que hace referencia la ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.”* Empero, en ningún momento la norma hace alusión a la liquidación judicial, por lo tanto, considera que no se puede declarar la preclusión de la investigación, en consecuencia, el

Representante de la víctima – DIAN se opone a la solicitud incoada por la Defensa.

3.3. Decisión que se revisa.

Refirió el Juez de primera instancia que la Defensa solicitó la preclusión de la investigación al estimar que al ser admitido el proceso de liquidación judicial de la sociedad de la que es representante legal el procesado, en este caso SISTEMAS MECANICOS DE COLOMBIA SAS, existe la imposibilidad de hacer pagos a la DIAN, so pena de incurrir en multas que imponga el Juez natural de la causa, y que por esta razón entonces se advierte la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal como lo consagra el artículo 332 numeral 1° de la Ley 906 de 2004, afirmando el defensor que se presentan 3 requisitos:

1. Que hay aceptación del proceso de liquidación judicial.
2. Que, de conformidad con la orden dada en los autos, hay prohibición de pago que también se repite en la ley.
3. Que hay una presunción de pago por la ley 1116 de 2006 por lo tanto estamos en terrenos del art 402 de la ley 906 de 2004.

Dentro de los argumentos de la solicitud se indica que hay una sentencia del 18 de marzo de 2015, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, en la que podría pensarse que le asiste razón a la Defensa, en cuanto establece que *“en los procedimientos una vez admitida la solicitud de reestructuración o reorganización entre muchas otras el deudor ya no puede hacer pago sin la autorización del juez del concurso hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones incluidas desde luego las deudas con la DIAN”*. Esta, sin duda, fue la razón para marginar de responsabilidad penal por la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal, a los gerentes o representante legal de las sociedades admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración, lo cual bajo el liderazgo de un promotor ajeno a la empresa tenía como finalidad poner de acuerdo a deudor y acreedores en relación con un plan de normalización de la actividad productiva y de atención a los compromisos financieros, no lograr el acuerdo o incumplirlo conduce sin escapatoria a la liquidación del negocio.

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

El defensor también señala que es la DIAN quien debe hacerse parte del grupo de acreedores dentro del proceso de liquidación. Resalta el *a quo* que la Defensa considera que debe extinguirse el proceso penal porque el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 establecía en el delito de omisión de agente retenedor la regulación relacionada con dicho punible, recordando además que en el caso del señor Fabio León la imputación y acusación fue por los periodos 2012, 2013 y 2014 por concepto de venta, es decir, del IVA.

Decía entonces esa norma, “*Art 42. Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA. Cuando el agente retenedor, responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.*”

Esta norma fue modificada por el artículo 17 de la Ley 1116 del año 2006, que establece los efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor y establece que pasa o que debe seguirse cuando se da apertura a un proceso de reorganización, y luego tenemos la norma del artículo 339 de la Ley 1819 del año 2016 que modifica el 402 del Código Penal, y a su vez lo que estaba dispuesto en la Ley 633 de 2000, indica entonces esta norma, para lo que aquí interesa “*El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de la 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*” este texto normativo aún se mantiene vigente en el artículo 402 del Código Penal.

Aduce la primera instancia que la sentencia C-137 de 2023 hace ese recorrido del contenido normativo del artículo 402 del Código Penal, básicamente en esa sentencia lo que buscaba el demandante era que hubiera un equilibrio entre las sociedades y las personas naturales que se sometieran al régimen de insolvencia, allí la Corte Constitucional se declara inhibida para resolver, pero señala para lo que aquí interesa, lo siguiente: *“el art 329 de la ley 1819 de 2016 1) subrogó la regulación trasferida al delito de omisión de agente retenedor o recaudador quedando su contenido como los únicos vigentes respecto de dicha conducta y 2) expulsó del ordenamiento jurídico el inciso en que se inserta la norma demandada cerrando cualquier posibilidad de que en este momento se aplique la excepción a la persecución penal para las sociedades en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas, incluido el párrafo del art 665 del estatuto tributario incorporado mediante el art 42 de la ley 633 del 2000.”*

Entonces, es cierto que en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 se establecía la opción clara de que cuando una sociedad entraba en liquidación, a los representantes legales se les cesaba la persecución penal por cuenta de esa norma, así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se puso de presente. Ello no cambió sustancialmente con el artículo 17 de la Ley 1116, aclarando el Juez que aunque había dicho que hubo una modificación, ciertamente la misma no fue en punto de esta situación concreta; pero el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016 no establece esta hipótesis, desaparece esta hipótesis que se planteaba y queda hoy lo que se conoce como el artículo 402 del Código Penal, esto es lo que en opinión del Despacho, lleva al procesado y a la Defensa a estimar que la norma sigue vigente o que, incluso, en caso de no estar vigente hay una imposibilidad de hacer los pagos.

Sin embargo, el *a quo* encuentra una contradicción en la solicitud, porque si lo que se está diciendo es que el procesado no puede hacer pagos porque se encuentra sometida la sociedad en la que era representante legal, en un proceso de liquidación, pues el no poder hacer pagos es absolutamente contrario a decir que hubo pago de conformidad al párrafo del artículo 402.

Afirmó haber revisado los autos que aperturaron el proceso de liquidación y se dan, por lo menos, 50 ordenes o más, que tienen que ver con el proceso de liquidación, unas obligaciones que están a cargo del representante legal de la

sociedad, otras están a cargo del liquidador, todo ello de cara a establecer los bienes, la fuente, o los dineros que se tengan para poder cumplir con las obligaciones de los acreedores. Hay obligaciones que deben llevar contabilidad, otras de decir cuáles son los montos, otras de establecer por parte del representante legal, otras por parte del liquidador y, entonces, la primera instancia no encuentra hasta este momento que por lo menos se haya establecido que la DIAN hace parte de ese proceso de liquidación, o que se le haya pagado algún dinero que de conformidad con ese proceso de liquidación, impida el cobro de cualquier otro dinero por parte de la DIAN, de conformidad con la prelación de créditos.

Entiende el *a quo* que el acusado no puede hacer pagos frente a la DIAN porque sería incumplir las normas y ser sujeto de algunas multas, no obstante, precisamente eso es lo que le impide a la Judicatura acceder a la preclusión de la acción penal, porque no se ha hecho ningún pago, solo cuando el liquidador, siguiendo las reglas de ese proceso de liquidación judicial, establezca los bienes que se hayan presentado por parte de la sociedad, cuáles son los acreedores, cuál es la prelación de esos acreedores y qué se le pagó o no a la DIAN es que cree el Juez que podría accederse a la solicitud de preclusión. El artículo 402 no establece esa posibilidad de que las sociedades que hayan entrado en liquidación, no pueden ser sus representantes legales sujetos pasivos de una acción penal; la sentencia que se puso de presente para sustentar la solicitud es del año 2015 y la que se acabó de leer de 2023, y la Ley 1819 es del año 2016, es decir, estamos en un escenario jurídico distinto al que abordó la Corte Suprema de Justicia en ese entonces.

No encuentra suficientemente acreditado el numeral primero del art 332 como para decretar la preclusión y, en ese orden de ideas, se niega la solicitud.

3.4. De los recursos.

3.4.1. Apelación de la Defensa. Indicó que entiende el desarrollo normativo que el *a quo* indicó, la discrepancia y el objeto material del presente recurso, sin embargo, considera que el Despacho ubicó espacio temporal de manera errónea en las conductas por las que Fabio León Jaramillo Escobar está siendo procesado, pues se trata de conductas del año 2012, 2013 y 2014 de allí que

considere un desafine hacer referencia al artículo 339 de la Ley 1819 de 2016, porque precisamente las conductas objeto de acusación son de antes de esa fecha.

Así las cosas, al estar ubicado el espacio temporal en este tiempo, el Juez debía dar aplicación real y efectiva al postulado que en un principio con la solicitud de preclusión de conformidad y apego al artículo 332 y parágrafo, él realizó, la cual se traducía en la cesación del procedimiento, estaban dados los requisitos y presupuestos legales para que se imposibilitara la persecución penal. En consecuencia, solicita se revoque la decisión de primera instancia como quiera que estaba vigente hasta el momento de la consecución la norma aludida, y así de conformidad y apego al principio de legalidad y favorabilidad, se le debía dar aplicación real y efectiva a lo que establecía el legislador procesal penal en el 402 del código penal.

3.4.2. Representante de la DIAN como sujeto procesal no recurrente.

Arguye que el contribuyente y ahora procesado nunca ha tenido intención de salvar esta deuda que tiene desde el año 2013, es decir, ya casi estamos hablando de más de 10 años, y entonces como último recurso pretende utilizar una normatividad que está dada para las empresas que tienen problemas financieros, pero quieren salvar la industria y seguir adelante. Conforme a los elementos, es claro que en este caso se trata de bienes muebles de menor cuantía, lo cual daría al traste con la persecución fiscal, que es la recuperación del dinero que se dejó de pagar.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia.

Esta Sala es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:
De los recursos de **apelación** contra los autos y **sentencias** que en primera instancia profieran los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrillas de la Sala de Decisión).

4.2. Problema jurídico.

El problema jurídico que debe resolver la Sala gira en torno a determinar si la acción penal en las presentes diligencias ha prescrito.

4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Tenemos pues que el artículo 83 del Código Penal dispone que la acción penal prescribirá en un término igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad, que en ningún caso podría ser inferior a 5 años. A su vez, los artículos 86 *ibídem* y 292 del Código de Procedimiento Penal, preceptúan que el término de prescripción se interrumpe con la formulación de imputación, y comienza a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83 referido. Además, el inciso 6° de esta norma establece que: *“Al servidor público que, en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.”*

Pues bien, el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador está consagrado en el artículo 402 del Código Penal² y establece una pena de prisión que va de 48 hasta 108 meses, o lo que es lo mismo de 4 hasta 9 nueve años.

² **“ARTÍCULO 402. OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.** <Artículo modificado por el artículo 339 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el 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 (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 o el impuesto nacional al consumo 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.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma pena prevista en este artículo.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

PARÁGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a la ventas, el impuesto nacional al consumo o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.”

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

Ha sido pacífica la jurisprudencia³ en considerar que los agentes retenedores o recaudadores son particulares a los que la ley les ha conferido la realización – de manera transitoria– de una función pública, situación que los hace incursos en responsabilidad legal, con todas las consecuencias que ella conlleva en el ámbito del derecho sancionador, una de las cuales como ya se dijo, tiene que ver, específicamente en lo concerniente al derecho penal, con el aumento del término de prescripción en la mitad, cuando se actúa en condición de servidor público.

Según el referido artículo 83 del Código Penal, la acción penal prescribe en un término igual al máximo de la sanción fijada en la Ley sin que en ningún caso sea inferior a 5 años, adicional al incremento que debe hacerse de la mitad por la condición de servidor público conforme al inciso 6º de la norma en cita. Tenemos entonces que el término de prescripción para el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador se establece así: La mitad de 108 es 54, es decir, que sumados daría un total de 162 meses de prisión. Por ende, ese es el término de prescripción en este delito.

Corolario a lo anterior tenemos que en este caso ese término fue interrumpido por virtud de la formulación de imputación realizada el 4 de noviembre de 2016; luego, conforme al artículo 86 del Código Penal, una vez *“(p)roducida la interrupción del término prescriptivo, éste comenzará a correr de nuevo por un tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 83. En este evento el término no podrá ser inferior a cinco (5) años, ni superior a diez (10).”* La mitad de 162 es 81, siendo claro entonces que, a partir del 4 de noviembre de 2016 el Estado contaba con 81 meses para definir la situación jurídica de Fabio León Jaramillo Madrid, o lo que es lo mismo 6 años y 9 meses, los cuales se cumplieron el 4 de agosto de 2023.

Dicho en otras palabras, la acción penal para el momento en que se adoptó la decisión apelada, ya estaba prescrita y es por ello que, ante la presencia de este fenómeno objetivo, se torna imperioso declarar la prescripción de la acción penal y consecuentemente decretar la preclusión, dada la imposibilidad de

³ CSJ SP, 27 jul. 2011, rad. 30.170; CSJ SP, 5 dic. 2012, rad. 38.640; CSJ SP, 12 dic. 2012, rad. 40.353; CSJ SP, 11 dic. 2013, rad. 33.468; CSJ SP 159–2014, 22 en. 2014, rad. 37.163; CSJ AP 193–2014, 29 en. 2014, rad. 41.984; CSJ AP 6408–2014, 22 oct. 2014, rad. 42.635; CSJ SP 002–2015, 14 en. 2015, rad. 37.938; CSJ SP 7253–2015, 10 jun. 2015, rad. 41.053; CSJ SP 11042–2016, 10 ag. 2016, rad. 48.050; CSJ AP 5708–2016, 31 ag. 2016, rad. 47.449; CSJ AP 960–2019, 13 mar. 2019, rad. 54.594; CSJ AP 3166–2019, 5 ag. 2019, rad. 53.823; CSJ AP 5389–2019, 12 dic. 2019, rad. 54.532

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

continuar con el ejercicio de la acción penal, tal y como lo establece el numeral 1° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

En virtud a lo anterior se compulsarán copias del presente proceso con destino al Consejo Seccional de la Judicatura para que se adelante la investigación disciplinaria de rigor.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: ABSTENERSE de desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de Fabio León Jaramillo Madrid, conforme a los argumentos esbozados en precedencia. Y, en su lugar, **DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.**

SEGUNDO: DECRETAR LA PRECLUSIÓN por prescripción y **ORDENAR** el archivo de esta actuación que se adelanta por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, en favor del señor Fabio León Jaramillo Madrid.

TERCERO: Por la Secretaría de la Sala, compúlsense las copias a que se hizo alusión en la parte considerativa de este auto, hecho lo cual, se remitirá la actuación a su lugar de origen para los fines a su cargo.

CUARTO: Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

Radicado: 05001-60-00248-2016-02818
Procesado: Fabio León Jaramillo Madrid
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala 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: **6912f48cacd3fe569aa3192525ce4bf6d6d77a9187729aeca2fb821494854e10**

Documento generado en 24/06/2024 04:02:25 PM

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