



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

## SALA DE DECISIÓN PENAL

### APROBADO ACTA 120

(Sesión del 25 de octubre de 2022)

Radicado: 05-266-60-00203-2011-10160  
Procesados: Armando de Jesús Ramírez Gallego, Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez  
Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador  
Asunto: Defensa recurre decisión que negó nulidad  
Decisión: Confirma decisión  
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

**Medellín, 25 de octubre de 2022**

(Fecha de lectura)

### 1. OBJETO DE DECISIÓN

La Sala resuelve el recurso de apelación que instauró el defensor de Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez, contra la decisión del pasado 26 de septiembre, por medio de la cual la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia, negó la solicitud de nulidad por él incoada.

### 2. HECHOS

Conforme lo plasmó la Fiscalía General de la Nación en el escrito de acusación se tiene que:

*“ARMANDO DE JESÚS RAMIREZ GALLEGO, JHON JAIRO VELEZ VASQUEZ, LUZ STELLA BEDOYA NARVAEZ, fueron denunciados el día 06 de septiembre de 2011 por CLAUDIA MARÍA RAMIREZ SANCHEZ, abogada de la división jurídica de la Dirección de impuestos y aduanas nacionales, por cuanto se presentaron declaraciones tributarias en representación de Inversiones el arriero S.A. Nit 811.029.831-2 sin pago y*

*no consignaron el dinero recaudado o retenido dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional, para la presentación y pago, de las respectivas obligaciones así:*

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	IMPUESTO	PRESENTACION	DELITO
VENTAS	2009	05	11.900.000	24/11/2009	24/01/2010 ARMANDO
VENTAS	2009	06	51.796.000	25/01/2010	25/03/2010 ARMANDO
VENTAS	2010	01	46.178.000	23/03/2010	23/05/2010 ARMANDO
VENTAS	2010	02	93.079.000	25/05/2010	25/07/2010 JHON
VENTAS	2010	03	40.356.000	23/07/2010	23/09/2010 JHON
VENTAS	2010	04	5.796.000	21/09/2010	21/11/2010 JHON
VENTAS	2010	06	14.091.000	25/01/2011	25/03/2011 STELLA
RETENCION	2010	03	28.616.000	26/04/2010	26/06/2011 JHON
RETENCION	2010	04	20.775.000	25/05/2010	25/07/2010 JHON
RETENCION	2010	05	11.698.000	23/06/2010	23/08/2010 JHON
RETENCION	2010	06	7.656.000	23/07/2010	23/09/2010 JHON
RETENCION	2010	07	5.212.000	24/08/2010	24/10/2010 JHON
RETENCION	2010	08	5.768.000	21/09/2010	21/11/2010 JHON
RETENCION	2010	09	5.545.000	22/10/2010	22/12/2010 STELLA
RETENCION	2010	10	6.153.000	23/11/2010	23/01/2011 STELLA
RETENCION	2010	11	1.854.000	22/12/2010	22/02/2012 STELLA

TOTAL \$ 356.473.000”

### 3. ACTUACIÓN PROCESAL

**3.1. Preliminares.** El 29 de septiembre de 2020, la Fiscalía General de la Nación formuló imputación en contra de Armando de Jesús Ramírez Gallego como autor del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador; el imputado no se allanó al cargo.

El 18 de noviembre de 2020, en igual sentido se formuló imputación en contra de los ciudadanos Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez como autores del punible de Omisión de agente retenedor o recaudador; ninguno se allanó a los cargos.

**3.2. Acusación.** El 26 de septiembre del año en curso, habiéndose dado inicio a la audiencia de formulación de acusación por parte del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, al dársele traslado a las partes para que se pronunciaran sobre posibles causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones o nulidades, uno de los abogados defensores advirtió que sí avizoraba una causal de nulidad.

### **3.2.1. El Defensor de Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez**

deprecó entonces el decreto de nulidad de la audiencia de formulación de imputación realizada el 18 de noviembre de 2020 en contra de sus asistidos por tratarse de un acto irregular toda vez que para ese momento la acción penal ya se encontraba prescrita y, en vez de una imputación ante un Juez de garantías, lo que se debió haber solicitado era una preclusión ante un Juez de conocimiento por la causal 1ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, es decir, porque la acción no podría iniciarse o proseguirse, al concurrir un supuesto fáctico de extinción de la acción penal.

Arguyó que en este caso sus representados se encuentran imputados y la Fiscalía se dispone a realizar una formulación de acusación en contra de quienes no debería ni siquiera haber imputado, mucho menos acusar, por tratarse de una acción que ya estaba prescrita. Empero, como ya se hizo la formulación de imputación, procesalmente no hay otra forma de reparar ese daño al debido proceso que ha sido menoscabado en contra de sus prohijados.

Señala que, en el escrito de acusación, el listado esbozado por el Fiscal de los impuestos de ventas y de retención, se observa que las últimas fechas, en el caso del IVA data del mes de junio del año 2010, luego debió presentarse la respectiva declaración a partir de en el mes de agosto del año 2010. Y, para la retención en la fuente, la última fecha que aparece es diciembre del año 2010, por lo que debió presentarse dos meses después, en febrero del año 2011. En virtud de ello resalta que se debe tener en cuenta también que la Ley 1474 del año 2011 en su artículo 14, entró en vigencia el día 12 de julio del año 2011, misma que amplía los términos de prescripción para los casos de Omisión de agente retenedor o recaudador, pero, no abarca los hechos que se imputaron a sus representados.

Aduce el defensor que para efectos del término de prescripción no se debe aplicar ese artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, que los amplía, sino que debe tenerse en cuenta el texto original del artículo 402 de la Ley 599 de 2000 con el incremento de la Ley 890 de 2004 que, para el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador establece una pena de 4 a 9 años, por lo que, para este asunto, 9 años es el término máximo de prescripción. Itera que ese

artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, que modificó el 83 del Código Penal aumentando en la mitad el término de prescripción para el caso del delito de Omisión de agente retenedor no aplica por razón del momento en que fue promulgada dicha Ley. Bajo este supuesto, para el 18 de noviembre de 2020, aunque se realizó la imputación, ya todos los periodos estaban prescritos al haber transcurrido los 9 años como término máximo de la pena.

Resalta además que el texto original del artículo 83 estableció un aumento del término de prescripción para los servidores públicos, pero no se refería a los particulares con funciones públicas permanentes o transitorias, ni tampoco a los agentes retenedores o recaudadores; esto último fue una novedad adicionada por la Ley 1474 de 2011. El Legislador del año 2011, agregó a los servidores con funciones transitorias y a los agentes retenedores o recaudadores, porque estaban por fuera de la norma de prescripción y con la Ley 1474 del 2011, se incluyeron, pero solamente a partir de la vigencia de esta que, itera, no cobija a sus prohijados.

Acota demás que si se analizan los antecedentes legislativos de esa Ley 1474 de 2011, se observa en la Gaceta del Congreso N° 607 del 7 de septiembre del 2010 en su página 18 se lee: *“Con respecto a la prescripción de la acción penal consagrada en el artículo 83 del Código Penal, se aumentan los términos respecto de los servidores públicos en la mitad y se consagra que dicho incremento se extienda a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores para evitar la impunidad en la lucha contra la corrupción.”*, luego entonces esa normatividad no cobija a sus representados y, por extensión, tampoco al otro acusado y es por ello que solicita se declare la prescripción de la acción, pues al momento en que la imputación se realizó, ya se encontraba prescrita.

**3.2.2.** Frente a esta solicitud se pronunció el delegado de la Fiscalía General de la Nación señalando que del estudio de las disposiciones que regulan lo dispuesto para los términos de prescripción en el artículo 83 del Código Penal, debe tenerse en cuenta que no se tuvo presente por parte del abogado Defensor el hecho de que previamente a esa Ley 1474 de 2011, la 1154 del 4

de septiembre de 2007 incrementó o aumentó en 1/3 parte la pena máxima establecida para el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, aplicándose también ese incremento en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma transitoria o permanente y quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.

Acota el Fiscal entonces que a la norma original prevista en el artículo 402 del Código Penal, que contempla una pena máxima de 108 meses de prisión habría que tenerse en cuenta el incremento fijado y regulado por la Ley 1154 de 2007, en 1/3 parte a ese máximo y, en ese sentido, para la fecha en que los señores Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez fueron imputados, el 18 de noviembre de 2020, aún no había operado ese fenómeno jurídico de la prescripción. Solicita en consecuencia se desestime la petición de nulidad invocada por el Defensor.

**3.2.3. La representante de la DIAN como víctima** dentro de este asunto indicó que el artículo 402 del Código Penal, que fue modificado por la Ley 890 de 2004 y que empezó a regir el 1° de enero de 2005, aumentó la pena de 4 a 9 años, es decir, de 48 a 108 meses, teniendo en cuenta también el artículo 20 del Código Penal que habla de la calidad de servidores públicos permanentes y transitorios, concordado también con el artículo 83 del Código Penal en su inciso 5° que habla del aumento en el término de prescripción en 1/3 parte.

Entonces para este caso se habla de 9 años más ese aumento de 3, quedaría una pena de 12 años, es decir que para la fecha de formulación de imputación, que fue el 18 de noviembre del año 2020, ninguna de las obligaciones tributarias que fueron imputadas por la Fiscalía habían prescrito pues se tiene que la primera obligación es por venta del año 2009 periodo 5, que tenía la presentación para el 24 de enero del 2009 y el vencimiento el 24 de enero del año 2010 y, haciendo el conteo de esos 12 años a efectos de la prescripción de la acción penal, la misma prescribiría el 24 de enero del año 2022; empero, la formulación de imputación se llevó a cabo el 18 de noviembre del año 2020.

Resalta que la última obligación, que fue de retención en la fuente del año 2010 período 11, se detalló el vencimiento el 22 de diciembre del año 2010, el

delito se vendría configurar el 22 de febrero del año 2012 y, contando entonces ese término de prescripción de los 12 años, prescribiría en el año 2024. Por lo anterior solicita se desestime la solicitud incoada por el señor Defensor.

**3.2.4.** Por su parte, el abogado defensor de Armando de Jesús Ramírez Gallego simplemente manifestó que se adhería a los argumentos esbozados por el Defensor en su solicitud.

### **3.3. Decisión recurrida.**

Al resolver el asunto, la Juez Segunda Penal de Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia resaltó que el problema jurídico radica en contabilizar el término que transcurrió desde el momento en el cual se hizo exigible el pago en relación con las declaraciones que presuntamente se habían presentado sin pago; y, en concreto, determinar si para antes de la reforma que se introdujo con la Ley 1474 de 2011 era aplicable el incremento del término de prescripción que se estableció en la Ley 1564 de 2007 respecto de los delitos cometidos por servidores públicos.

Lo primero entonces que debe reconocerse en este escenario es que el delito establecido en el artículo 402 del Código Penal es un tipo penal en blanco, requiere para su análisis de la aplicación de la norma tributaria para determinar el momento exacto en que se incurre en el delito pues, como se sabe, esta dinámica tributaria permite que el contribuyente u obligado presente las declaraciones de los impuestos y, con posterioridad haga el pago, de modo que no cabe duda que el último de los delitos atribuidos en este caso se estructuró presuntamente el 22 de febrero del 2011. Entonces, el análisis en relación con el término de prescripción debe hacerse teniendo en cuenta la modificación que al canon 83 Penal hizo la Ley 1564 de 2007; y también la modificación parcial que se introdujo con la Ley 1309 de 2009.

Acotó la *a quo* que la anterior precisión la hace para indicar, primero que, distinto a lo que expone quien invoca la nulidad, había esa modificación del año 2007, en la cual se incrementaba el término de prescripción en 1/3 parte para los delitos cometidos por servidores públicos y, en este escenario está

también lo suficientemente claro que hay copiosa jurisprudencia que le antecede incluso a esa norma, en la que se pregonó siempre que, para los efectos que tenían que ver con los autoretenedores, se entendía que cumplían funciones públicas transitorias y, ese concepto no ha cambiado porque, de suyo, es incontrovertible que quien en nombre el Estado recauda o retiene ese tributo que le corresponde al erario público, cumple provisional o circunstancialmente con esas funciones públicas de recaudador o retenedor. Entonces ese incremento que se introdujo con la 1564 de 2007 de 1/3 parte al término de prescripción, resulta aplicable con lo que se debe calcular entonces, el término de prescripción de 13 años, es decir, 9 años que como pena máxima contempla el artículo 402 del Código Penal más 4 años, que equivalen a la 1/3 parte.

Refiere que si se hace la cuenta desde el momento en el cual se estructuró el último delito, es decir, el 22 de febrero de 2011, se llega a la conclusión - después de una simple operación aritmética- que para el momento en el cual se hizo la formulación de imputación, el término de la prescripción no había fenecido y que, en esa medida, ese fenómeno jurídico no se había dado y, por eso el acto de formulación de imputación no está viciado. Resulta improcedente acoger el planteamiento de la defensa porque para ese momento no había ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción y la Fiscalía estaba facultada para formular la imputación.

Conforme a lo anterior, y a lo que establecen los artículos 83 del Código Penal, con las modificaciones que introdujeron las leyes 1564 de 2007 y 1309 de 2009 en concordancia con lo que dicta el artículo 402, teniendo en cuenta la modificación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004, se niega la pretensión de nulidad dado que la formulación de imputación no es ineficaz, que se hizo válidamente por la Fiscalía en noviembre de 2020 y que en esa medida no procede esa grave sanción invocada por la defensa.

#### **3.4. Del recurso.**

Inconforme con la decisión, el defensor de los ciudadanos Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez la recurrió en el acto argumentando que

la Juez de primera instancia incurrió en un error pues se niega su solicitud habida cuenta de que se afirma que por la Ley 1564 del 2007 el término de prescripción para los servidores públicos se había incrementado en la tercera parte, lo cual es cierto; no obstante en esa reforma se dice *“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 1/3 parte”* pero es que esta norma no aplica para los agentes retenedores o recaudadores porque precisamente en la Ley 1474 del 2011, en su página 18, se especificaba que como no estaban incluidos los agentes retenedores o recaudadores ni los particulares que ejercen funciones públicas de manera permanente, fueron adicionados en el año 2011 por cuenta de dicha Ley y no se puede decir que por lo establecido en esta norma del año 2007 se deba entender que ahí estaban incluidos los agentes retenedores o recaudadores, porque supuestamente la jurisprudencia lo dice, y que por ser un tipo abierto se debe aplicar. Discrepa de ello en tanto la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la actividad judicial y si alguna jurisprudencia dijese eso -que entre otras cosas la Juez no señaló concretamente qué sentencias de la Corte se referían a eso- tampoco habría de rellenarse la norma del tipo penal en blanco con esa clase de jurisprudencia que, itera, no conoce.

En el caso de los agentes retenedores o recaudadores solo se debe tener en cuenta el tratamiento como servidores públicos a partir de la vigencia de la Ley 1474 del año 2011; luego entonces no es aplicable en este caso la Ley 1564 del 2007 porque no puede hacerse una interpretación extensiva en contra de los procesados para decirse que esa norma del 2007 aplica para los agentes retenedores o recaudadores. Solicita en consecuencia se analicen las fechas de las obligaciones tributarias que están en el escrito de acusación, para establecer que todas, o la gran mayoría de ellas, ya están prescritas; no es posible que se abarque en una sola imputación, todas las obligaciones tributarias cuando se tiene que todas están discriminadas en el escrito de acusación, y puede ser que todas o la gran mayoría de ellas ya hayan prescrito en este caso.

Por ultimo resalta el censor que después de la imputación que se realizó el 18 de noviembre del 2020, ya no habría más obligaciones para prescribir pues ya



están todas prescritas. Solicita se decrete la nulidad incoada y se declare que las obligaciones ya estaban prescritas para la fecha de la formulación de imputación, esto es, 18 de noviembre de 2020 y no se pueden hacer esos incrementos que ha manifestado la *a quo*.

### **3.5. El delegado de la Fiscalía General de la Nación y la Representante de la DIAN como sujetos procesales no recurrentes.**

Solicitaron se confirme íntegramente la decisión impugnada en el sentido de tener en consideración lo atinente al término de prescripción previsto en las disposiciones normativas establecidas para este tipo de casos, en atención a la calidad de servidores públicos que ostentan los agentes retenedores; ello en la medida en que no se encuentran prescritas ninguna de las obligaciones tributarias que en su momento fueron materia de denuncia, como bien lo argumentó la Juez de primera instancia.

## **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 2004<sup>1</sup>.

### **4.2. Problema jurídico.**

La Sala determinará si la acción penal que se adelanta por el punible de Omisión de agente retenedor o recaudador estaba prescrita para el momento en que se realizó la formulación de imputación en contra de los ciudadanos procesados y, en consecuencia, si la solicitud de nulidad incoada por la Defensa estaba llamada a prosperar.

---

1 Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. 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).

### 4.3. Valoración y solución del problema jurídico.

Previo al análisis que en derecho corresponde, llamó poderosamente la atención de esta Sala las referencias normativas aludidas por la Juez de primera instancia para resolver este asunto pues, de manera confusa, hizo alusión en varias ocasiones a una inexistente Ley 1564 de 2007 la cual, según ella, incrementó del término de prescripción respecto de los delitos cometidos por servidores públicos. También se refirió a la modificación introducida por la Ley 1309 de 2009 al artículo 83 del Código Penal, que en nada tiene que ver con el asunto del *sub judice* en tanto, si bien dicha norma modificó el inciso segundo de ese artículo, la misma no tiene aplicación a este caso pues hace alusión a la ampliación de los términos de prescripción, pero para delitos como el genocidio, desaparición forzada, tortura y homicidio cometidos en contra de miembros de una organización sindical.

Ahora bien, sea lo primero aclarar que, para efectos penales, la infracción a la norma consagrada en el artículo 402 del Código Penal, se verifica dos meses después de la declaración sin efectuar la consignación; es decir, que esa falta tributaria se torna en conducta relevante para el derecho penal si, pasados dos meses de la declaración, el agente no consigna el correspondiente gravamen. En este caso la Fiscalía en el escrito de acusación relacionó cada uno de los periodos presentados sin pago y la fecha en la cual se configuraba el delito, teniéndose que el más antiguo de los periodos causados sin pagar data del 24 de noviembre de 2009 y el plazo para su pago iba hasta el 24 de enero de 2010; a su vez, el último de los periodos sin pagar es del 25 de enero de 2011 cuyo plazo para el pago iba hasta el 25 de marzo de ese mismo año.

Así mismo resulta pertinente remitirnos al contenido de la norma penal referida, tal y como se encontraba vigente para el momento de los hechos que les son atribuidos:

*“Artículo 402: 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 tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que*

*supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*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.”*

Con el incremento punitivo establecido por la Ley 890 de 2004, la pena de prisión a imponer, oscila entre **48 y 108 meses de prisión**, debiéndose precisar además que este tipo penal es uno de sujeto activo calificado en tanto exige que el particular tenga la calidad de retenedor o recaudador y que esté obligado a efectuar el pago de impuestos a las ventas y no lo haga, siendo para este momento que se configura el delito a través de tal omisión dolosa.

Aclarado lo anterior y habiendo establecido con claridad, la pena para el delito de Omisión de agente retenedor para los hechos aquí analizados y la fecha a partir de la cual empieza a contarse el término de prescripción, es preciso verificar el mismo a efectos de resolver el problema jurídico planteado, ello conforme al artículo 83 del Código Penal, previo a la reforma introducida por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, en aplicación del principio de legalidad, pues es claro que esta última normativa no es aplicable al caso objeto de estudio, en tanto no existía para el momento en que se configuraron las conductas aquí analizadas:

*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.*

*El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.*

*En las conductas punibles que tengan señalada pena no privativa de la libertad, la acción penal prescribirá en cinco (5) años.*

*Para este efecto se tendrán en cuenta las causales sustanciales modificadoras de la punibilidad.*

***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.***

*También se aumentará el término de prescripción, en la mitad, cuando la conducta punible se hubiere iniciado o consumado en el exterior.*

*En todo caso, cuando se aumente el término de prescripción, no se excederá el límite máximo fijado.” (Negrillas de la Sala)*

La discusión en este caso radica entonces en establecer si para antes de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 –la cual se itera, no es aplicable a este caso- los agentes retenedores o recaudadores, para efectos de la ley penal cumplían o no funciones públicas pues, de establecerse que no, razón le asistiría al censor en afirmar que para el 18 de noviembre de 2020, fecha en que se realizó la última formulación de imputación en este asunto, ya se encontraba prescrita la acción penal, bajo el entendido de que el 25 de marzo del año 2020 se cumplían los 108 meses –o 9 años- que como pena máxima establece el artículo 402 del Código Penal, teniendo en cuenta la última de las obligaciones y por ende de los periodos que configuraba el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador.

Pues bien, partamos de que el artículo 20 del Código Penal 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. Para los mismos efectos **se consideran servidores públicos** los miembros de la fuerza pública, **los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria**, los funcionarios y 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 Constitución Política.”*

Así mismo la ley tributaria, concretamente el Decreto 624 del 30 de marzo de 1989<sup>2</sup>, en su artículo 665 establece: *“Artículo 665. (Adicionado por el art. 22 de la Ley 383 de 1997) Responsabilidad penal por no consignar las retenciones. **Los retenedores que no consignen las sumas retenidas, quedan sometidos a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los empleados públicos que incurran en apropiación indebida de fondos del Tesoro Público.**”*

---

<sup>2</sup> Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales.

De lo anterior claramente se colige que de vieja data legalmente se tenía establecido que el particular retenedor o recaudador es un servidor público que ejerce funciones de manera transitoria, por lo que para efectos penales y disciplinarios asume las consecuencias de tal. En igual sentido ha considerado de manera pacífica la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia 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 los aspectos civiles, penales y disciplinarios, uno de los cuales concierne al aumento del término de prescripción -de una tercera parte en atención a la normatividad aplicable para el *sub judice*- cuando se actúa en condición de servidor público, como lo señala el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 previo a la modificación de la 1474 de 2011.

La Corte Constitucional, en relación con la actividad desarrollada por los agentes retenedores o recaudadores de impuestos, en sentencia C-1144 del año 2000 expresó:

*“Así las cosas, son dos las razones que llevan a la Corte a considerar que la norma impugnada no desconoce la prohibición constitucional según la cual, ‘En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas...’. La primera, circunscrita al hecho de que la obligación fiscal no reposa en **el agente retenedor** sino en el contribuyente o sujeto pasivo del impuesto, **siendo el primero tan sólo un particular al que el Estado le ha encomendado el cumplimiento de una función pública, además, similar a la de aquellos servidores del Estado que manejan fondos oficiales.** La segunda, basada en la circunstancia de que la ley no le reconoce al agente recaudador ninguna atribución que le permita suponer, ni siquiera transitoria, que las sumas recaudadas ingresan a su patrimonio con facultad dispositiva. En realidad, el retenedor actúa a título de mero tenedor con una finalidad única y específica -recaudar dineros fiscales-, descartándose, por este aspecto, cualquier posibilidad de recibir el tratamiento de simple deudor ante una eventual apropiación indebida de dineros de naturaleza fiscal”.*  
(Negrillas y Subrayas de la Sala)

En esa misma decisión más adelante se acotó que:

*“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...** (Negrillas y Subrayas de la Sala)

La anterior postura fue ratificada en las sentencias de Constitucionalidad C-551 de 2001 y C-009 de 2003. En esta última, tras transcribir los fundamentos expuestos en la C-1144 de 2009, la Corte Constitucional concluyó:

*“Siendo de observar que hoy, al amparo del artículo 20 del nuevo Código Penal, dentro del género ‘Servidores Públicos’ se inscriben ‘los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria’. Hipótesis que cobija, lógicamente, al agente retenedor, al responsable del impuesto sobre las ventas y al encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas. Razón por demás suficiente para que los mismos se subsuman como potenciales sujetos activos del tipo penal examinado.”*

A su vez, en sentencia con Radicado 30170<sup>3</sup> del 27 de julio de 2011, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia analizó el tema determinando que:

***“(...) los agentes retenedores son particulares que están a cargo de la función pública de recaudar dineros oficiales. Es más, la decisión última mencionada es clara en adscribir la condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.***

***Es de anotar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ya desde 1998 había señalado que la labor asignada a los agentes retenedores constituye una función pública.***

Así, en sentencia del 15 de julio de ese año<sup>4</sup> sostuvo:

*“Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente ‘excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, ‘sin que en ningún caso se altere su contenido’. Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para **los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga la ley, se apoderan de los dineros recibidos.***

(...)

***Lo probado es que el acusado desempeñaba una función pública que le daba la facultad de recaudar un tributo...”***

<sup>3</sup> María del Rosario González de Lemos.

<sup>4</sup> Radicado 11290.

*Bajo la misma línea jurisprudencial corren las sentencias dictadas el 7 de abril de 1999<sup>5</sup> y el 4 de mayo de 2006<sup>6</sup>. A título de ejemplo, obsérvese lo que se expresó en la primera de ellas:*

*“...En consecuencia, como lo concluyó la Sala en la sentencia de casación de julio 15 de 1998, el hecho de que la norma aludida<sup>7</sup> haya sido retirada del ordenamiento jurídico en manera alguna tiene como alcance el desaparecimiento del peculado respecto de **los retenedores que en desarrollo de esa función pública que les encarga la ley**, se apropian de los dineros recibidos”*

*Por lo anterior, es necesario que esta Corporación precise el alcance del criterio expresado en las providencias del 24 de noviembre de 2008<sup>8</sup> y 4 de febrero<sup>9</sup>, 27 de febrero<sup>10</sup>, 6 de mayo<sup>11</sup> y 11 de noviembre de 2009<sup>12</sup>. En esas decisiones la Sala señaló que el agente retenedor o recaudador no es servidor público sino un particular, arribando a esa conclusión a partir de los siguientes fundamentos:*

*(i) La Ley, antes de la expedición del Código Penal de 2000, sancionaba la conducta del agente retenedor o recaudador que omitía reintegrar los dineros retenidos o recaudados con las mismas penas establecidas para el peculado por apropiación, creando así un paratipo para reprimir aquella ilicitud.*

*(ii) En la exposición de motivos del proyecto de ley número 40 de 1998 en el Senado, que finalmente concluyó con la sanción de la Ley 599 de 2000, se hizo alusión a la intención de dar un tratamiento punitivo más benévolo a quien incurría en el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, “teniendo en cuenta que el juicio de reproche debe ser menor para el particular que para el servidor público que tiene un especial deber de lealtad con la administración”.*

*(iii) Si los agentes retenedores o recaudadores fuesen servidores públicos, el legislador de 2000 no se habría visto en la necesidad de crear un tipo penal independiente, como en efecto ocurrió con el previsto en el artículo 402.*

*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”<sup>13</sup>. 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”.***

<sup>5</sup> Radicado 10399.

<sup>6</sup> Radicado 22902.

<sup>7</sup> Se hace referencia al ya mencionado artículo 665 del Estatuto Tributario.

<sup>8</sup> Radicado 30486

<sup>9</sup> Radicado 26888.

<sup>10</sup> Radicado 31802.

<sup>11</sup> Radicado 30513.

<sup>12</sup> Radicado 32116.


<sup>13</sup> Cfr. Entre otras, sentencia del 13 de marzo de 2006, Radicado 24833.

Por lo anterior no existe duda alguna respecto al hecho de que, para este caso, el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador prescribía en un término de 9 años, más su tercera parte, es decir 3 años, para un resultado final de 12 años. En consecuencia, la acción penal que se adelanta contra los señores Armando de Jesús Ramírez Gallego, Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez estaba vigente para el momento en que se les formuló imputación, pero no por disposición de la Ley 1474 de 2011, sino porque para el momento en que se configuraron las conductas punibles endilgadas la pena máxima para el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador era de 9 años y, a esta cifra se le suma una tercera parte más por la calificación de servidor público que se les ha atribuido conforme al recuento legal y jurisprudencial realizado en precedencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la negativa de nulidad proferida por la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia el pasado 26 de septiembre, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**  
*Magistrado*



Radicado: 05-266-60-00203-2011-10160

Procesados: Armando de Jesús Ramírez Gallego, Jhon Jairo Vélez Vásquez y Luz Stela Bedoya Narváez

Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Nelson Saray Botero', with a long vertical line extending downwards from the end of the signature.

**NELSON SARAY BOTERO**  
*Magistrado*

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Hender Augusto Andrade Becerra', with a large, sweeping loop at the end.

**HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA**  
*Magistrado*