



TRIBUNAL SUPERIOR

Medellín

SALA PENAL

Medellín, ocho (08) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado:	05001-31-04-0232-2017-00017
Procesado:	NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
Delito:	OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR
Asunto:	PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

Magistrado Ponente
ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ.

Proyecto aprobado en Sala del (08) de mayo de dos mil dieciocho (2018), mediante Acta Nro.023 y leído en la fecha.

1. ASUNTO A DECIDIR

La doctora Sandra Patricia Quirama, apoderada judicial de la DIAN, presentó recurso de apelación en contra del auto del 27 de septiembre pasado, proferido por el Juzgado Veintitrés Penal del Circuito de Medellín por el delito de **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR**, mediante el cual se decretó la cesación del procedimiento por haber operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal en este asunto, razón para que la Sala se pronuncie al respecto.

2. HECHOS

Según la Fiscalía, el 27 de junio del año 2008, el abogado de la División Jurídica de la DIAN, formuló denuncia penal en contra de la señora **NORA ELENA BETANCUR PENAGOS**, toda vez que en su calidad de representante legal de la empresa CALZADO BOSATO LTDA, omitió consignar los dineros recaudados por conceptos de Retención en la Fuente durante los periodos 11 y 12 de 2004 y 1,2,3,4,5,6,7 y 8 de 2005 cuyo valor equivale a \$ 15.309.000 más los intereses moratorios y la actualización de la deuda hasta la fecha de pago.

3. ACTUACIÓN PROCESAL.

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Iniciada la investigación formal por la Fiscalía 51 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito de Medellín¹, la señora **NORA ELENA BETANCUR PENAGOS** fue vinculada, pero no pudo ser localizada, por lo que tuvo que ser declarada en contumacia, pero con la certeza que ella estaba enterada de la investigación ya que le otorgó poder a dos (2) abogados para que la representaran y quienes aseguraron que la señora BETANCUR PENAGOS tenía intención de cancelar la obligación, pero nunca se hizo presente.

Se calificó el mérito del sumario el 05 de julio de 2011 por el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, providencia en la cual se reconoció la prescripción de las sumas correspondientes a la reafuente de los periodos 11 y 12 de 2004 y 1-2-3 y 4 de 2005, pero profirió acusación frente a la Retención en la de la Fuente de los periodos 5-6-7 y 8 del 2005 en contra de la señora **NORA ELENA BETANCUR PENAGOS** como probable responsable en calidad de autor del delito de OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR (artículo 402 del código penal), decisión a la cual no le interpusieron recursos quedando ejecutoriada el 29 de septiembre de 2011, fecha en la cual transcurrieron los tres días posteriores a la notificación efectiva de las partes (artículo 187 de la ley 600 de 2000).

Posteriormente el proceso pasa a la Fiscalía 53 en donde el 26 de enero de 2012, advierte que en el transcurso de la investigación se produjo el fenómeno de la prescripción, siendo esta causal de extinción de la acción penal y donde se pierda la capacidad de investigación y penalización del acto por parte del estado, por esta razón precluyó la investigación a favor de la señora **NORA ELENA BETANCUR PENAGOS**. Razón por la cual el Dr. **CARLOS HERNANDO YEPES** en calidad de apoderado de la DIAN, presentó recurso de reposición y en subsidio apelación, contra la providencia de fecha del 26 de enero de 2012, mediante la cual la Fiscalía declara la preclusión por prescripción en la investigación de la referencia, toda vez que la fiscalía 51 en providencia de 05 de julio de 2011 precluyó por unos periodos y acuso por otros interrumpiendo a si la preclusión de los mismos.

Finalmente, la Fiscalía en decisión de 28 de febrero de 2012, decide reponer la decisión de preclusión por prescripción emitida por el despacho, toda vez que era verdad que se había proferido con anterioridad una resolución de acusación, la cual se encuentra en firme, razón por la que no procede la prescripción.

¹ Ver folio 52: cuaderno principal

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

A continuación, el proceso fue repartido para la etapa de juicio al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín Penal del Circuito quien en auto del 17 de abril de 2012 avocó conocimiento del mismo y corrió el traslado de que trata el artículo 400 de la ley 600 del 2000; luego se llevó a cabo la audiencia preparatoria el 20 de abril, sin realizar el juzgamiento.

Conforme al Acuerdo No. CSJASA17-2833 del 24 de agosto de 2017, el proceso pasó al Juzgado 23 Penal Circuito de Medellín para dictar sentencia, sin embargo, la Juez avizó que había operado el fenómeno jurídico de la prescripción y en este sentido profirió el auto del 27 de septiembre pasado, el cual se revisa por esta instancia.

4 APELACIÓN

La doctora SANDRA PATRICIA QUIRAMA, apoderada judicial de la DIAN, por escrito interpuso en término el recurso de apelación, indicando que la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 12 de marzo de 2012, por lo que a la fecha no ha operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, término prescriptivo que corresponde a 6 años y 8 meses.

Aclara que la ley les ha asignado a los agentes retenedores ejercicio de función pública, por tanto, tienen calidad de servidores del Estado que manejan fondos oficiales. Así lo ha sostenido la Corte Constitucional (Sentencia C-1144/2000), consistente en un conjunto de atributos, funciones, deberes, prohibiciones y responsabilidades como "*recaudadores auxiliares de recursos estatales*", por lo cual son figuras relevantes dentro de la captación de los tributos que el tesoro público requiere para el cumplimiento de los cometidos estatales.

Cuando el agente de retención cumple función de retener o recaudar impuestos, son servidores públicos, según lo dispuesto en la sentencia C-009 de 2003 de la Corte Constitucional.

El agente retenedor ostenta la calidad de un verdadero servidor público, porque con el desempeño de la función pública encomendada se pretende garantizar el cumplimiento de los fines y cometidos estatales a través del recaudo de los dineros públicos para que ingresen por sus manos a las arcas del erario público, lo cual

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

agrava la conducta e incrementa en una tercera parte la sanción penal, entonces el término prescriptivo es de 6 años y 8 meses.

Con fundamento en lo expuesto, solicita se revoque la decisión de primera instancia.

5 CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para resolver en segunda instancia el asunto según lo prevé el numeral primero² del artículo 76 de la Ley 600 de 2000.

El problema jurídico se circunscribe a determinar si la actuación que se adelantó contra la señora NORA ELENA BETANCUR PENAGOS se encuentra prescrita o no.

Para comenzar, es pertinente recordar cual es la naturaleza del tipo penal investigado. En efecto, la OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, es un delito de mera conducta, de lesión, mono-ofensivo, de omisión propia, que se perfecciona con la ejecución del verbo rector: NO CONSIGNAR. Así mismo, este delito no solo cubre al agente retenedor, sino a cualquier persona encargada de recaudar tasas o contribuciones públicas que adquiere transitoriamente la calidad de servidor público, de ahí que la jurisprudencia³ lo clasifique como un tipo penal en blanco con relación al momento cognoscitivo del delito, ya que al ser normas tributarias puede variar continuamente el término legal de consignación.

Por otro lado, tratándose de un tipo penal de omisión propia y de conducta alternativa, es menester verificar los siguientes elementos que conforman su estructura típica: **i)** el sujeto activo debe tener la calidad de retenedor, recaudador de tasas o impuestos, del impuesto de ventas, etc.; **ii)** la conducta debe consistir en la omisión de la consignación del dinero retenido y **iii)** de acuerdo con el calendario tributario, el retenedor debe cumplir con la obligación de presentar la declaración en el plazo señalado por el Gobierno Nacional. Por último, en cuanto a la consumación de la conducta, se entiende configurado el delito cuando

² Artículo. 76. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de decisión de los tribunales superiores de distrito conocen: 1. **En segunda instancia**, de la consulta y de los **recursos de apelación** y de queja en los procesos que conocen **en primera instancia los jueces del circuito**.

³ Sala Penal Corte Suprema de Justicia. M. P Dra. María del Rosario González. 30 de enero de 2008.

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

transcurrido el término para consignar, éste no se realiza. Es a partir de este momento que comienza a contarse el término de prescripción de la acción penal.

Ahora bien, en relación con la aptitud del agente retenedor donde ostenta la calidad de un verdadero servidor público, es necesario precisar al respecto y basta decir que si bien Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en las providencias del 24 de noviembre de 2008⁴ y 4 de febrero⁵, 27 de febrero⁶, 6 de mayo⁷ y 11 de noviembre de 2009⁸, señaló que el agente retenedor o recaudador no tiene la calidad de servidor público sino de particular, dicha posición fue recogida por ese mismo Alto Tribunal, concluyendo que en las comentadas decisiones se omitió expresar que si bien el agente retenedor o recaudador es un particular, a este la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, en este sentido valga hacer referencia a la cita realizada por la recurrente, donde se dijo:

“La Sala, inicialmente, interpretaba este precepto en el sentido de que, durante la etapa del juicio de la Ley 600 de 2000, los límites del lapso prescriptivo de la acción penal debían oscilar de cinco (5) a diez (10) años de manera estricta, es decir, sin tener en cuenta los incrementos que para quien actuó como servidor público, o para la conducta iniciada o agotada en el exterior, señalaba el artículo 83 de la Ley 599 de 2000. En palabras de la Corte: (...)

” *Como corolario de lo anterior, se concluye que la prescripción de la cual trata el artículo 86 del Código Penal no está condicionada a ninguna de las circunstancias especiales que contempla el artículo 83 ibídem distinta al simple transcurso del tiempo reducido en la mitad, que otorga al procesado el derecho para no ser perseguido ni sancionado sin límite de tiempo, sino exclusivamente dentro del término que la ley le concede al Estado para ejercitar la acción penal*”⁹.

Esta postura, no obstante, fue variada por la Corte a partir del fallo de 25 de agosto de 2004¹⁰, en el cual sostuvo que el tope mínimo para calcular la prescripción de la acción penal en comportamientos cometidos por servidores públicos con ocasión del cargo no podía ser inferior a los seis (6) años y ocho (8) meses, es decir, a los cinco (5) años del inciso 2º del artículo 86 del Código Penal aumentados en una tercera parte, en virtud del incremento que para esta clase de situaciones preveía el artículo 83 del

⁴ Rad. 30486.

⁵ Rad. 26888.

⁶ Rad. 31802.

⁷ Rad. 30513.

⁸ Rad. 32116.

⁹ Sentencia de 27 de septiembre de 2002, radicación 15131. En este caso, la Corte declaró la prescripción de la acción penal a favor de una servidora pública acusada por los delitos de *prevaricato por acción y prolongación ilícita de la privación de la libertad*: “Ahora bien, atendiendo que las resoluciones de acusación proferidas en contra de la fiscal [...] quedaron ejecutoriadas el 30 de junio de 1995 [...] y el 28 de agosto del mismo año [...], se interrumpió el ciclo prescriptivo, comenzando a correr uno nuevo que para los delitos de *prevaricato y prolongación ilícita de la privación de la libertad* sería igual a cinco (5) años. Significa lo anterior que para el 1º de julio de 2000 y 29 del mismo año, la acción penal de cada uno de los delitos por los cuales fue acusada la señora [...] ha prescrito, pues la sentencia de primera instancia, al estar apelada y no haberse resuelto aún el recurso, no ha cobrado ejecutoria”.

¹⁰ Radicación 29673.

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Código Penal. Según la Sala:

“En ningún caso la acción penal por el delito donde sea autor, partícipe o interviniente un servidor público en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos prescribe en un término inferior a seis (6) años y ocho (8) meses, sea que la prescripción se presente antes de ejecutoriarse la resolución acusatoria (en la instrucción), o sea que la prescripción se produzca después de quedar en firme la acusación (en la etapa de juzgamiento).

” Lo anterior se aplica en todos los casos, aunque el delito sea sancionado con pena no privativa de la libertad, y aunque la pena máxima de prisión del delito concreto –si la tiene– sea inferior a cinco (5) años”¹¹.¹².

Teniendo en cuenta lo anterior lo primero que debe establecerse a efectos de analizar el tema de la prescripción era la normatividad aplicable al asunto. El delito de omisión del agente retenedor o recaudador, por el cual fue juzgada la procesada, se encuentra sancionado con pena privativa de la libertad de tres (3) a seis (6) años de prisión. Por consiguiente, el término prescriptivo para este ilícito, aumentado en una tercera parte por su *condición de servidor público transitorio*, cuando no existe acusación ejecutoriada es de ocho (8) años contados a partir de la consumación del hecho, y de seis (6) años y ocho (8) meses cuando ella preexiste, contabilizados a partir de la ejecutoria, de la resolución de acusación hasta la emisión de la sentencia de segunda instancia.

En el caso concreto, ha de señalarse que la resolución de acusación proferida por el Fiscal 51 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín, está signada el 05 de julio de 2011, quedando ejecutoriada el 29 de septiembre de 2011, posteriormente fue asumido el proceso por el Fiscal 53, el cual el 26 de enero de 2012 decide precluir la decisión, razón por la cual el apoderado de la DIAN instaura recurso de reposición y en subsidio apelación, el cual se resuelve en forma positiva el 28 de febrero de 2012, donde repone la decisión de preclusión por prescripción emitida el 26 de enero de 2012, en el entendido que la resolución de acusación inicial ya estaba en firme.

Por lo expuesto la resolución de acusación quedó ejecutoriada el 29 de septiembre de 2011 (artículo 187 de la ley 600 de 2000), por lo cual la acción penal no ha prescrito a la fecha, fenómeno que ocurrirá el 30 de mayo próximo, razón para que esta instancia revoque el auto motivo de alzada, debiéndose llamar la atención a la primera instancia, pues además de la demora con que se

¹¹ Sentencia de 25 de agosto de 2004, radicación 20673.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, radicado 39611 del 21 de octubre de 2013. M.P. Eugenio Fernández Cartier

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

adelantó el juicio, se tardaron siete (7) meses para remitir el expediente en apelación, recibéndose en esta instancia solo el 14 de abril de 2018, esta situación deberá ser analizada por la Juez de instancia, con el deber de tener un mayor cuidado con este tipo de procesos próximos a prescribir y ejercer las acciones pertinentes para que no vuelvan a suceder estos eventos.

En conformidad con lo anterior, para la Sala la acción penal respecto a la omisión de consignar el recaudo de la retención en la fuente por el que se investiga a **NORA ELENA BETANCUR PENAGOS**, prescribe el próximo 30 de mayo de 2018.

Por último, en razón a la decisión adoptada, esta magistratura dispondrá que se compulsen copias para que las autoridades competentes en materia disciplinaria, adelanten las averiguaciones que consideren necesarias contra los titulares de los Juzgado Noveno Penal del Circuito de Medellín y Juzgado Veintitrés Penal del Circuito que conocieron del proceso, que por la mora en el trámite del proceso, de la notificación y el envío para surtir el recurso de apelación al Tribunal Superior de Medellín.

En mérito de lo expuesto, esta Sala de decisión Penal del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCA** la prescripción decretada por la Juez Veintitrés Penal del Circuito de Medellín, en auto del 27 de septiembre de 2017, por lo expuesto en la parte motiva. Remítase la actuación a la oficina de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÓSCAR BUSTAMANTE HERNÁNDEZ
Magistrado



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado

RADICADO: 05001-31-04-023-2017-00017
PROCESADO: NORA ELENA BETANCUR PENAGOS
DELITO: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado