

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

### **SALA DE CASACION PENAL**

Magistrado Ponente

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**SP159-2014**

Aprobado acta No. 11

Bogotá, D.C., veintidós de enero de dos mil catorce.

Resuelve la Corte la acción de revisión promovida por el apoderado de **José Antenor González Torres**, contra la sentencia del 8 de febrero de 2007, en virtud de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá lo condenó en su condición de autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, a 30 meses de prisión y multa de \$5'224.000.

## HECHOS

Mediante denuncia formulada por una funcionaria de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, se supo que el señor **José Antenor González Torres**, representante legal de la sociedad Jeans Factory Ltda., recaudó el impuesto a las ventas correspondientes a los períodos 4, 5 y 6 de 1997, 1 y 2 de 1998, sin que consignara los valores correspondientes a esa entidad dentro del término legalmente establecido.

## ACTUACIÓN PROCESAL

La Fiscalía 219 Seccional de Bogotá ordenó apertura de instrucción el 11 de agosto de 2000, a la cual vinculó como persona ausente al implicado **González Torres** mediante decisión del 25 de abril de 2003.

Clausurado el trámite de la instrucción la Fiscalía acusó al sindicado el 25 de septiembre siguiente, como presunto

autor de peculado por apropiación de conformidad con lo previsto en el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, concordante con el 665 del Estatuto Tributario, determinación que cobró ejecutoria el 7 de junio de 2004<sup>1</sup>.

El Juzgado 33 Penal del Circuito de Bogotá condenó al acusado el 19 de octubre de 2006, a 62 meses de prisión y multa de \$5'224.000, como autor del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, en relación con los períodos 5 y 6 de 1997, 1 y 2 de 1998, y frente a la obligación tributaria correspondiente al período 4 de 1997 declaró la prescripción de la acción penal y cesó el procedimiento.

Junto con la sanción mencionada al condenado se le impuso la inhabilitación de derechos y funciones públicas y el pago de \$10'448.000 como indemnización de perjuicios.

La decisión anterior fue protestada por el defensor del señor **González Torres** y modificada por el Tribunal

---

<sup>1</sup> Fol. 102 C. 1

Superior el 8 de febrero de 2007, para reducir la pena aflictiva a 33 meses de prisión.

## **DEMANDA DE REVISIÓN**

El accionante postula la causal segunda del artículo 220 del Código de Procedimiento Penal (*L. 600/00*), según la cual la acción de revisión resulta procedente en los eventos en que se hubiere dictado sentencia condenatoria o que imponga medida de seguridad, en proceso que no podía iniciarse o proseguirse por prescripción de la acción, por falta de querrela o petición, o por cualquier otro motivo de extinción de la acción.

En ese escenario, afirma que el sentenciado **González Torres** consumó el último comportamiento típico de omisión de agente retenedor el 20 de mayo de 1998, y fue convocado a juicio mediante resolución del 25 de septiembre de 2003, la cual cobró ejecutoria el 7 de junio de 2004.

Según estos datos cronológicos, durante la fase instructiva del proceso transcurrieron más de 6 años, término máximo de la pena prevista en el artículo 402 del Código Penal de 2000 para el delito referido, circunstancia que hacía imposible continuar el trámite de la actuación, al haber sobrevenido la prescripción de la acción el 20 de mayo de 2004, teniendo como referente la consumación del último comportamiento ilícito.

Por tanto, asegura, el fenómeno prescriptivo ocurrió en la fase instructiva de la actuación, pues

“El delito por el que se procedió tenía establecida una pena mínima de tres años y máxima de seis años de prisión, la ley procesal (sic) establece como término para que se cuente la prescripción [el] máximo de la pena, es decir, seis años, contados éstos desde la última conducta reprochada... para el caso tenemos a partir de mayo 20 de 1998.”

En tales condiciones, agrega, los sentenciadores no podían tener como fundamento del fallo la resolución de acusación dictada por la Fiscalía, toda vez que no

adquirió firmeza durante el término máximo que le otorgaba la ley para adelantar la instrucción.

Por esa razón solicita declarar fundada la causal que postula y dejar sin efecto la sentencia condenatoria dictada en contra de **José Antenor González Torres**.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El apoderado del accionante** considera que los argumentos expuestos en la demanda, se evidencian en el proceso, en el cual se corroboran los fundamentos fácticos y jurídicos de la causal invocada. Por ello reitera la solicitud elevada en la demanda.

**La Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal**, por su parte, considera que la causal de revisión propuesta por el demandante no está llamada a prosperar, pues en su criterio la prescripción no afectó el trámite del asunto analizado.

Según expone, la conducta por la que se condenó al peticionario debe adecuarse al tipo previsto en el artículo 402 del Código Penal de 2000, bajo la denominación de omisión de agente retenedor, merced a la punibilidad que allí se establece (3 a 6 años de prisión), la cual se ofrece más favorable frente a las disposiciones vigentes por la época de comisión de los ilícitos, es decir, los artículos 22 de la Ley 383 de 1997 y 655 del Estatuto Tributario, en armonía con el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995, en virtud de las cuales se sancionaba con las penas previstas para el peculado por apropiación, a los agentes retenedores, de manera que la pena máxima prevista para esa ilicitud era superior a la establecida en el ordenamiento vigente.

De todos modos, precisa, el Tribunal, atendiendo el principio de favorabilidad, adecuó el comportamiento al tipo previsto en el artículo 133-2 del Código Penal de 1980, en orden a reconocer el descuento de la mitad a las tres cuartas partes de la sanción, bajo el entendido que el valor de lo apropiado no superó 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, privilegiando esta preceptiva a la establecida en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Por otra parte, señala, la consumación del delito examinado no se da en la fecha de vencimiento del período que genera el impuesto a cargo del agente retenedor, sino que se produce al término de los dos meses siguientes durante los cuales se debe consignar el valor correspondiente a la Administración de Impuestos Nacionales. “... en el caso en estudio la primera conducta punible corresponde a la omisión en la consignación de los impuestos de valor agregado [de] los períodos 5 de 1997 el cual vencía el 25 de noviembre de ese año; la segunda al 6° período de 1997 el cual vencía el 21 de enero de 1998; la tercera el 1 período de 1998 cuyo vencimiento se concreta el 17 de marzo del mismo año y la cuarta al 2 período de 1998 cuyo plazo venció el 20 de mayo de ese año.”

De esa manera, frente al primer evento punible, esto es, la omisión del pago correspondiente al período 5 de 1997, el delito se consumó el 25 de noviembre de ese año, al vencimiento del término establecido por el Gobierno para realizarlo.

El término máximo de la pena según el artículo 402 del Código Penal, agrega la Delegada, es de 6 años de prisión. No obstante, como el autor del delito tiene la calidad de servidor público, en tanto cumple funciones de esa

naturaleza en forma transitoria, el límite se amplía en la tercera parte por disposición del artículo 83 del Código Penal, motivo por el cual no puede ser inferior a 6 años y 8 meses.

Entonces, si el suceso más antiguo se consumó el 25 de noviembre de 1997, el término de prescripción finalizaría el 25 de julio de 2004, lo cual no aconteció dado que el proveído calificadorio interrumpió su consolidación al quedar en firme el 7 de junio de 2004.

En este orden de ideas, reitera la petición de que se declare infundada la causal propuesta por el demandante.

## **CONSIDERACIONES DE LA CORTE**

El motivo de revisión postulado en este asunto impone verificar el contenido de las disposiciones que regulaban el delito de omisión de agente retenedor o recaudador al momento de los hechos y las normas que le sucedieron, en orden a identificar la más benigna en términos de

prescripción, por haber ocurrido dicho fenómeno, según dice el accionante, durante la fase instructiva de la actuación.

El artículo 22 de la Ley 383 de 1997, en rigor por la época de los hechos atribuidos al sentenciado, conminaba al agente retenedor que no consignara las sumas retenidas o recaudadas por concepto de impuestos en los plazos previstos en la ley, con la pena prevista en el artículo 133 del Código Penal de 1980, modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995, el cual sancionaba al servidor público que se apropiara en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tuviera parte o de bienes o fondos parafiscales o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le hubiera confiado por razón o con ocasión de sus funciones, con prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

La norma establecía también la atenuación de la pena, de la mitad a las tres cuartas partes, cuando el monto de lo apropiado no superaba el valor de 50 salarios mínimos

legales mensuales vigentes, por lo que la sanción sería de 18 meses a 7 años y medio de prisión, y la agravación de la misma hasta en la mitad (22,5 años), si lo apropiado excedía de 200 salarios mínimos.

El artículo 402 de la Ley 599 de 2000 creó un tipo autónomo, que tipifica la conducta del agente retenedor o recaudador que no consigne los valores correspondientes a la retención en la fuente o al impuesto sobre las ventas, dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional, conducta que conmina con pena de prisión de 3 a 6 años.

De esa manera, como el máximo de la sanción privativa de la libertad establecido en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 es de 6 años, no hay duda que esta disposición se ofrece más favorable al procesado, por lo que se imponía, en principio, aplicarla en forma retroactiva, teniendo en cuenta que su vigor comenzó antes de proferirse la decisión calificatoria en el asunto materia de revisión.

Mas, como a la sazón no se ofrecía oportuno examinar lo relativo a la prescripción de la acción penal, la Fiscalía

aplicó las disposiciones que regían al momento de la consumación de los hechos, ya que “Al observar el quantum punitivo que regula el Art. 665 del Estatuto Tributario, en concordancia con el Art. 133 del extinto Decreto 100 de 1980, con la nueva disposición, Art. 402 de la Ley 599 de 2000, fácilmente se determina que es más benéfica para el implicado señor JOSÉ ANTENOR GONZÁLEZ TORRES, la norma derogada, además de que aquella no contempla sanción pecuniaria como la nueva (el doble de lo no consignado)”; normativa que acogieron los sentenciadores al momento de fijar la pena correspondiente al procesado.

Precisado este punto, de cara a la procedencia de la causal de revisión propuesta, debe examinarse además la naturaleza jurídica de los agentes retenedores, pues dependiendo si ejecutan el comportamiento descrito en el artículo 402 del Código Penal como simples particulares, o como servidores públicos, debe igualmente contabilizarse el término de prescripción siguiendo las reglas previstas en los artículos 83 y siguientes de la Ley 599 de 2000.

Para todos los efectos de la ley penal, precisa el artículo 20 Ib., 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 particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria...”**

En relación con el agente retenedor o recaudador como sujeto activo del punible previsto en el artículo 402 del Código Penal, la jurisprudencia constitucional al examinar la conformidad de esa norma legal con la Carta<sup>2</sup>, reiteró<sup>3</sup> 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.” – Subrayas fuera de texto –

Desde esta perspectiva, agrega la Corte Constitucional, el agente retenedor “no puede confundirse con el sujeto 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. (...) 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,

---

<sup>2</sup> C-009-03

<sup>3</sup> Lo había dicho ya en la sentencia C-1144-00

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’.”

En cuanto a la fuente de la que dimana la atribución de la función pública a los agentes retenedores, además de lo que al efecto regula el Estatuto Tributario, precisó esa Corporación, que la labor a ellos encomendada “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’.”

De esa manera, resulta claro que la ley le ha asignado a los agentes retenedores el cumplimiento de una función pública específica (*recaudar dineros oficiales producto de las obligaciones fiscales de los coasociados*), pero “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”<sup>4</sup>, tanto que – *siguiendo aquí la jurisprudencia constitucional* – más allá de la infracción al deber que les corresponde, esto es, no efectuar en el plazo previsto la consignación de las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, tasas o contribuciones públicas o impuestos sobre las ventas, de llegarse a demostrar que “el retenedor, autorretenedor o recaudador se apropia o usa las sumas retenidas, ‘el acto imputado es el del peculado y no el descrito en el artículo 402’, de manera que en ese caso la devolución de las cantidades, que eventualmente dieron lugar a que el retenedor o recaudador sea procesado ‘se convierte en atenuante de la pena y no motivo para finalizar el proceso’”<sup>5</sup>; circunstancias fácticas que, por supuesto, debe puntualizar la Fiscalía a la hora de imputar y acusar eventualmente al autor del ilícito, conforme con el comportamiento realmente desarrollado. Ahora bien, sobre el tema que viene examinándose, con anterioridad la Sala de Casación Penal de la Corte, había señalado que la labor asignada a los agentes retenedores constituye función pública<sup>6</sup>. Por ejemplo, en sentencia del 15 de julio de 1998, Rad. 11290, sostuvo:

---

<sup>4</sup> Ib.

<sup>5</sup> Cfr. C-551-01

<sup>6</sup> Así lo rememoró en Casación del 27-07-11 Rad. 30170

“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 inexecutableidad 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...”

Por la misma línea jurisprudencial corren las sentencias dictadas el 7 de abril de 1999<sup>7</sup> y el 4 de mayo de 2006<sup>8</sup>, emergiendo útil reparar 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 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” (subrayas fuera de texto).

---

<sup>7</sup> Rad. 10399

<sup>8</sup> Rad. 22902

Y, si bien en otras providencias<sup>9</sup> la Corte trató al agente retenedor como mero particular<sup>10</sup>, en el fallo del 27 de julio de 2011<sup>11</sup>, puntualizó que en tales 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>12</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.”

En las condiciones anotadas, resta analizar si el fenómeno prescriptivo afectó la acción penal en el asunto sometido a revisión.

---

<sup>9</sup> V.g sentencias de casación del 24-11-08 Rad. 30486y del 04-02-09 Rad. 26888; también los autos del 18-06-08 Rad. 29629, 27-07-09 Rad. 31802, 11-11-09 Rad. 32116 y 18-11-10 Rad. 33605.

<sup>10</sup> Lo cual hizo 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.

<sup>11</sup> Rad. 30170

<sup>12</sup> Cfr. Entre otras, sentencia del 13 de marzo de 2006. Rad. 24833

El artículo 83 del Código Penal (*L. 599/00*) establece que en la fase de instrucción, según interesa a los fines de la presente decisión, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, pero en ningún caso será inferior a 5 años ni superior a 20<sup>13</sup>, y si se trata de conductas punibles ejecutadas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, el término se aumenta en una tercera parte<sup>14</sup>, de manera que en relación con ellos el lapso prescriptivo nunca será inferior a seis años y ocho meses.

En tal orden de ideas, aplicando el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 dada la favorabilidad que comporta en materia de prescripción<sup>15</sup>, si de conformidad con el texto de la denuncia y lo demostrado en la sentencia, los actos omisivos por los que fue condenado el sentenciado, se consumaron entre el 25 de noviembre de 1997 y el 20 de

---

<sup>13</sup> Se exceptúan los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio de los integrantes de las organizaciones sindicales, periodistas o defensores de derechos humanos, eventos en los que el término de prescripción es de 30 años. De igual modo, en los punibles contra la libertad, integridad y formación sexuales e incesto cometidos en menores de edad, para los cuales la prescripción es de 20 años contados a partir del momento en que la víctima alcance la mayoría de edad.

<sup>14</sup> En términos similares el Decreto 100 de 1980 regulaba el tema en los artículos 80 y 82.

<sup>15</sup> Con la normatividad vigente al momento de los hechos el máximo de pena, en consideración a la cuantía del ilícito, sería de 7 años y seis meses de prisión, es decir, 90 meses, que incrementados en la tercera parte implicaría un lapso prescriptivo igual a 10 años.

mayo de 1998<sup>16</sup>, a la fecha en que adquirió firmeza la resolución de acusación (**7 de junio de 2004**), no se encontraba prescrita la acción penal, pues tomando en cuenta la fecha en la que el procesado debía realizar el primero de los pagos omitidos (25-11-97), hasta el momento de la ejecutoria del proveído calificadorio, transcurrieron únicamente 6 años, 8 meses y 18 días, siendo que el lapso para que operara la causal de extinción de la acción penal para el caso, tratándose de servidores públicos, no podía ser inferior a 8 años.

En estas condiciones, el motivo de revisión invocado resulta improcedente y así lo declarará la Corte.

En mérito de lo expuesto, la **Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

**Declarar Infundada** la causal de revisión invocada en este asunto por el apoderado de **José Antenor González**

---

<sup>16</sup> De conformidad con la información presentada por la DIAN la fecha de exigibilidad de las obligaciones fueron las siguientes: períodos 5 y 6 de 1997: 25 de noviembre de 1997 y 21 de enero de 1998, respectivamente; períodos 1 y 2 de 1998: 17 de marzo y 20 de mayo de ese año.

**Torres**, destinada a derruir la validez de la sentencia condenatoria dictada en su contra por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por el delito de omisión de agente retenedor, en virtud de la cual se le impuso la pena de 33 meses de prisión, multa de \$5'224.000, inhabilitación de derechos y funciones públicas por tiempo igual al de la pena privativa de la libertad, y al pago de \$10'448.000 por concepto de indemnización de perjuicios.

Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

**JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ**

**JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO**

**FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO**

**EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER**

**MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ**

**GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ**

**EYDER PATIÑO CABRERA**

**LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO**

**NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA**

Secretaria