



SALA PENAL

| FICHA DE REGISTRO | |
|-------------------------|---|
| Radicación | 05 001 60 00248 2011 02239 |
| Acusado | José Mario Zapata Montoya |
| Delito | Omisión de agente retenedor o recaudador (Art. 402 CP) |
| Denunciante | DIAN |
| Hechos | Períodos reterfuente: 2006-1, 2006-3 y 2006-7 Período retención ventas: 2006-3 |
| Juzgado <i>a quo</i> | Décimo (10) Penal del Circuito de Medellín |
| Asunto | Se resuelve recurso de apelación contra auto de 2 junio de 2022 por medio del cual se negó preclusión solicita por la Fiscalía, por la causal de imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal (Art. 332-1 CPP). |
| Consecutivo | SAP-A-2022-015 |
| Aprobado por acta | Nº 156 de 12 de julio de 2022 |
| Audiencia de exposición | Miércoles 13 de julio de 2022; Hora: 11:20 am, Virtual |
| Decisión | Se decreta la preclusión por prescripción de la acción penal |
| Magistrado Ponente | NELSON SARAY BOTERO |

Medellín, Antioquia, julio trece (13) de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

Se resuelve recurso de apelación contra auto por medio del cual no se accedió a la solicitud de preclusión elevada por la Fiscalía en favor del señor JOSÉ MARIO ZAPATA MONTOYA.

2. HECHOS

El ciudadano JOSÉ MARIO ZAPATA MONTOYA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía N° 70.100.705 expedida en Medellín, Antioquia, fue denunciado el 13 de diciembre 2010 por presuntamente incurrir en el delito de *omisión de agente retenedor o recaudador*, indicándose por parte de la DIAN que, si bien presentó declaraciones por concepto de renta y retención en la fuente, omitió cancelar los valores cobrados por concepto de ventas para el período 2006–3 y por retención para los períodos 2006–1, 2006–3 y 2006–7.

3. SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

El doctor MARIO PULGARÍN PULGARÍN, Fiscal 50 delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Medellín, solicitó preclusión de la indagación adelantada contra JOSÉ MARIO ZAPATA MONTOYA, aduciendo como causal la imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal (Art. 332-1 CPP).

Señaló que el 13 de diciembre 2010 se instauró denuncia por hechos presuntamente constitutivos del delito de *omisión de agente retenedor o recaudador*, indicándose que el denunciado presentó declaraciones por concepto de renta y retención en la fuente, pero omitió cancelar los valores recaudados por concepto de ventas para el periodo 2006–3 y por retención para los periodos 2006–1, 2006–3 y 2006–7.

No obstante, advierte que, revisados los **términos de prescripción** previstos en la ley, se ha superado el límite previsto para ejercer la acción punitiva, pues ya transcurrió el término correspondiente al máximo de la pena privativa de la libertad consagrada para tal ilicitud, equivalente a doce (12) años con el incremento contemplado en el Art. 86 inc. 5°, configurándose así la causal de extinción de la acción penal contemplada en el Art. 88-4 del CP.

4. INTERVENCIÓN DE LA APODERADA DE LA DIAN

La doctora SANDRA MILENY MUÑOZ LÓPEZ, apoderada de la DIAN, advirtió que, si bien no coadyuva la pretensión de la Fiscalía, no puede oponerse a la misma porque considera que efectivamente ha transcurrido un poco más de 18 años y en tal sentido ya estaría prescrita la acción penal.

Lamentó que la Fiscalía General de la Nación no haya logrado sacar adelante la investigación en el término legal.

5. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia celebrada el 2 de junio de 2022 el Juzgado Décimo Penal del Circuito de Medellín no accedió a la solicitud de preclusión elevada a favor del señor JOSÉ MARIO ZAPATA MONTOYA, toda vez que, según su criterio, la acción penal no ha prescrito aún.

Argumentó que si bien es cierto existe jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia como la CSJ SP 3212 de 19 de agosto de 2020 (rad. 56.030), que recoge incluso la AP 3711 de 29 de agosto de 2018 (rad. 53.405), donde se sostuvo que como el delito de *omisión de agente retenedor o recaudador* es de conducta instantánea y de resultado el término de prescripción de la acción penal en estos casos comienza a contabilizarse a partir de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada para el pago de la obligación tributaria declarada, considera que las aludidas providencias no pueden ser precedente para analizar la figura jurídica de la prescripción en este tipo de delitos, porque existe otra jurisprudencia, la radicado 30.017 de 14 de julio 2011, en la que hace un análisis amplio, claro y expreso del Art. 84 CP, así como de la clase de delito y de las normas que deben aplicarse para el caso, generando una verdadera *ratio decidendi* y precedente.

Así que no se ha configurado la prescripción de la acción penal, ya que el término prescriptivo para esta conducta punible comienza a correr a partir del momento en que cesa el deber de consignar los dineros declarados, y no transcurridos dos meses siguientes a la declaración, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3º del Art. 84 del C.P., independientemente que el delito sea catalogado como de ejecución instantánea, puesto que en todo caso es de omisión y el término prescriptivo se contabiliza a partir del momento en que cesa el deber de actuar, contrario al Decreto Ley 100 de 1980 que no traía una regulación expresa para estos delitos omisivos.

Concluyó que en observancia de lo dispuesto en el Art. 83 del C.P., el término de prescripción de la acción penal **en este caso sería de 20 años como máximo**, contabilizado desde que el Estado pierde la facultad de perseguir el pago de dichos valores, entendiéndose que, a partir de ese momento, cesaría el deber de actuar por parte del infractor, máxime que en este caso nada se ha demostrado en cuanto a que ya feneció la oportunidad para que el Estado cobre coactivamente los dineros declarados y no consignados.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Considera el delegado de la Fiscalía que contrario a lo argumentado por el Juez de primera instancia el **periodo de prescripción es de 12 años**, pues este delito es de ejecución instantánea, es decir que, al no consignar el valor del impuesto dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la declaración del impuesto, allí se consuma el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, siendo este el momento desde donde se empieza a contabilizar el término de prescripción, más no con posterioridad al vencimiento de los 5 años con que cuenta la DIAN para agotar el proceso de jurisdicción coactiva; interpretación avalada en su mayoría por los jueces penales del circuito de Medellín y este Tribunal Superior de Distrito.

Por lo expuesto, solicitó de la segunda instancia se defina a partir de qué momento comienza a correr el término prescriptivo para esta conducta punible.

6. TRASLADO NO RECURRENTES

La apoderada de la DIAN indicó que se acoge a los argumentos del juzgado y esperara el resultado de la apelación propuesta.

7. ARGUMENTOS DEL *AD QUEM*

La Sala determinará si la acción penal que se adelanta por el punible de *omisión de agente retenedor o recaudador* está o no prescrita.

7.1 MARCO NORMATIVO

El delito por el cual se procede está contemplado en el canon 402 C.P, con pena de prisión de tres (3) a seis (6) años.

La sanción fue modificada en su mínimo y en su máximo por el Art. 14 de la Ley 890 de 7 julio de 2004, así:

•Artículo 14. Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la parte especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo. En todo caso, la aplicación de esta regla general de incremento deberá respetar el tope máximo de la pena privativa de la libertad para los tipos penales de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la presente ley. Los artículos 230A, 442, 444, 444A, 453, 454A, 454B y 454C del Código Penal tendrán la pena indicada en esta ley.

Es decir, que la pena de prisión, que es la que interesa para efectos del fenómeno jurídico de la prescripción, es de 48 meses hasta 108 meses, o lo que es lo mismo desde cuatro (4) años hasta **(9) nueve años** (pena máxima).

7.2 DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DELITO DE OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Consistente es la jurisprudencia¹ al 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, específicamente en lo concerniente al derecho penal, dice relación al aumento del término de prescripción en una tercera ($\frac{1}{3}$) parte cuando se actúa en condición de servidor público, como lo señala el inciso sexto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000, esto, según el citado precepto vigente al tiempo de los hechos aquí juzgados, pues, la reforma efectuada por el canon 14 de la Ley 1474 de 2011, fija el aumento en la mitad (norma que por supuesto no rige en este asunto).

Según el referido canon 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 cinco (5) años**, adicional al incremento que debe hacerse de la tercera ($\frac{1}{3}$)² parte por la **condición de servidor público** conforme al original inciso 5º del Art. 83 de la Ley 599 de 2000 y no de la mitad ($\frac{1}{2}$) como lo establece la Ley 1474 de 2011, que es norma posterior (y, como se dijo, no aplicable en el *sub lite*).

Entonces se tiene que el término de prescripción para el punible de omisión del agente retenedor o recaudador cuenta con un incremento de la tercera ($\frac{1}{3}$) parte, así:

¹ 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

² CSJ AP 5708–2016, rad. 47.449; CSJ AP 3235–2018, rad. 502.84, CSJ AP 960–2019, rad. 54.594; CSJ SP 3212–2020, rad. 56.030; CSJ AP 2522–2020, rad. 56.996 de 30 septiembre 2020.

La tercera ($\frac{1}{3}$) parte de nueve (9) años son tres (3) años; es decir, la prescripción sería de doce (12) años.

Por tanto, el término de **prescripción será de doce (12) años**.

7.3 INICIACIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN

El comentado lapso (12 años) debe computarse con sujeción a las reglas establecidas en el canon 84 de la Ley 599 de 2000, las que, aplicadas al tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador, han de tener en cuenta que «*la consumación de la infracción, no es concomitante con el período cuyo desembolso se omitió, toda vez que el tipo estipula que incurre en el referido punible el que dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional no haga las respectivas consignaciones. Luego, el comportamiento omisivo por parte del agente recaudador se torna ilícito en el tiempo posterior –2 meses– a la fecha límite de pago establecida por las autoridades*»³.

Por tanto, el término de prescripción será de doce (12) años contabilizados a partir de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada para el pago de la obligación tributaria declarada, como lo indica el inciso 2° del canon 402 del C.P.

8. LA PRESCRIPCIÓN EN EL CASO CONCRETO

Recordemos que los períodos retentivos corresponden a 2006-1, 2006-3 y 2006-7, mientras que el período retención ventas corresponde a 2006-3

Los hechos son del año 2006; por tanto, a la fecha la acción penal se encuentra prescrita, como pasará a exponerse:

Primero: Los valores cobrados por concepto de **ventas** corresponde al periodo 2006–3 y por **retención** para los periodos 2006–1, 2006–3 y 2006–7.

Segundo: Con miras a definir la fecha de consumación del ilícito, acótese que, en virtud del artículo 25 del Decreto 4714 del 26 de diciembre de 2005 (“*Por el cual se fijan los lugares y plazos para la presentación de las declaraciones tributarias y para el pago de los impuestos, anticipos y retenciones en la fuente y se dictan otras disposiciones*”), el plazo límite definido por el Gobierno Nacional y que tenía JOSÉ MARIO ZAPATA MONTOYA para consignar los montos retenidos en los aludidos períodos, correspondían para la retención del impuesto sobre las ventas el 10 de abril de 2006, y para las retenciones en la fuente el 10 de febrero de 2006, 10 de abril de 2006 y 10 de agosto de 2006.

Tercero: Como ya fue expuesto, el delito en cuestión está sancionado con una pena máxima privativa de la libertad de nueve (9) años, guarismo que debe incrementarse en una tercera ($\frac{1}{3}$) parte, atendida la condición especial del sujeto activo, por ende, el término de prescripción es de doce (12) años.

Cuarto: El pago de la obligación, según el inciso 2° del canon 402 de la Ley 599 de 2000, se debe realizar “*dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por*

³ CSJ SP, 11 diciembre 2013, rad. 33.468.

el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas"; por tanto, el término de prescripción de doce (12) años se contabiliza a partir de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada para el pago de la obligación tributaria declarada.

Quinto: Contabilizado ese lapso desde las fechas precisadas en el numeral 2°, significa que la acción penal en etapa de indagación prescribió en el transcurso del año 2018.

8.1 CONCLUSIÓN SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN EL CASO CONCRETO

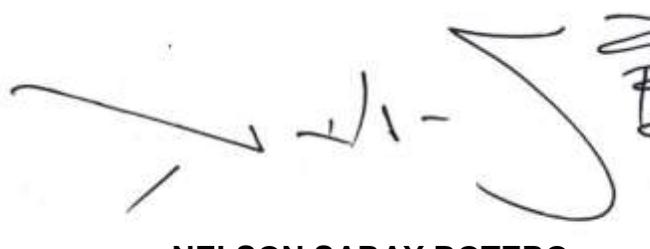
En este asunto operó el fenómeno de la prescripción, razón por la cual se ha de revocar el auto objeto de censura.

Se declarará la prescripción de la acción penal y consecuentemente la preclusión de la acción penal porque la misma no puede continuarse (Art. 332-1 CPP).

9. DECISIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, (i) REVOCA el auto objeto de apelación, por las razones expuestas; **(ii)** en su lugar **DECLARA** la prescripción de la acción penal en este asunto; **(iii)** se dispone **LA PRECLUSIÓN** de la acción penal por prescripción y el consecuente archivo de la actuación por el delito de *omisión de agente retenedor o recaudador* (Art. 402 CPP/2000) en favor del señor JOSÉ MARIO ZAPATA MONTOYA; **(iv)** la actuación se devolverá al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado



HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA
Magistrado

AUSENCIA JUSTIFICADA
SANTIAGO APRÁEZ VILLOTA
Magistrado