



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Aprobado Acta No. 419

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil trece (2013)

I. VISTOS

Surtido el trámite de rigor, la Sala se pronuncia de fondo sobre la demanda de revisión presentada por el defensor de EDUARDO ANTONIO MORALES HENAO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá¹, confirmatoria de la emitida por el Juzgado 50 Penal del Circuito² de la misma ciudad, que lo condenó³ a 36 meses de prisión y multa de \$21'266.000 como autor delito de *“omisión del agente retenedor o recaudador”*.

II. HECHOS

El 30 de marzo de 2000, Luz Amparo Salcedo, en calidad de delegada para asuntos penales de la DIAN, presentó denuncia⁴ contra EDUARDO MORALES GÓMEZ y EDUARDO ANTONIO

¹ Folio 7 c. revisión.

² Folio 22 c. revisión

³ Las sentencias de primera y segunda instancia fueron proferidas en 2009, el 2 de julio y el 10 de septiembre, respectivamente.

⁴ Folio 1 c.o.1

MORALES HENAO representantes legales de la “*Ladrillera San José Ltda.*” por el delito fiscal de “*responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA*”, conducta prevista en el artículo 22 de la Ley 383 de 1997⁵, aplicable para la fecha.

Según la denunciante, la “*Ladrillera San José Ltda.*” no pagó al Estado los dineros correspondientes a la retención en la fuente de los períodos **06 al 12 del año 1998**, pese a los varios requerimientos donde se le otorgaba plazo para cancelar las siguientes sumas:

CONCEPTO	Año- PERÍODO	VALOR
RETENCIÓN	06-98	2.054.000
RETENCIÓN	07-98	1.289.000
RETENCIÓN	08-98	3.352.000
RETENCIÓN	09-98	4.031.000
RETENCIÓN	10-98	5.010.000
RETENCIÓN	11-98	1.775.000
RETENCIÓN	12-98	3.352.000

Separadas las investigaciones, el presente proceso continuó en contra de MORALES HENAO primer suplente del Gerente de la sociedad “*Ladrillera San José Ltda.*”

⁵ Artículo 22 Ley 383 de 1997: “*El Agente Retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación. 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 del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente. Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la administración de la cual sea contribuyente, con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo y la constancia de su aceptación. De no hacerlo las sanciones previstas en este artículo, recaerán sobre el representante legal*”.



III. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Por los anteriores hechos, la Fiscalía 26 Seccional de Bogotá abrió investigación el 31 de marzo de 2000⁶ y vinculó a MORALES HENAO mediante indagatoria.

2. Reasignada la actuación a la Fiscalía 33 Especializada, cerró el sumario⁷, y el 13 de agosto de 2004, acusó⁸ a MORALES HENAO como presunto autor del delito contenido en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 denominado “*omisión del agente retenedor o recaudador*”, en concurso homogéneo y sucesivo, norma que aplicó por favorabilidad pues para la época de la comisión de los hechos - 1998- estaba en vigencia el paratipo previsto en el artículo 665 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 22 de la ley 383 de 1997 y modificado por el artículo 71 de la ley 488 de 1998 denominado “*responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA*”, el cual tenía una pena mas grave.

La resolución de acusación cobró ejecutoria el **22 de octubre del 2004**.

3. El juicio correspondió al Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá, que lo condenó **el 2 de julio de 2009** a la pena principal de 36 meses de prisión y multa de \$21.266.000, al hallarlo responsable del delito objeto de acusación, decisión confirmada por el Tribunal el **10 de septiembre de 2009**, la que se encuentra en firme.

⁶ Folio 152 c.o.1.

⁷ Folio 141 c.o. 2.

⁸ Folio 168 c.o. 2.



IV. LA DEMANDA

Con fundamento en la causal 2º de revisión consagrada en el artículo 220 de la Ley 600 de 2000⁹, el defensor del sentenciado solicitó la invalidación de la sentencia, al considerar que prescribió la acción penal antes del fallo de segunda instancia.

Manifestó que el Juzgado 50 Penal del circuito *“profirió sentencia condenatoria el día 2 de julio de 2009, sin haber considerado que para la fecha en que se profirió (sic) la Resolución de acusación, dos de los periodos por los que estaba siendo procesado mi defendido, es decir los periodos 6 y 7 de 1998 por concepto de retención en la fuente ya había operado el fenómeno de la prescripción es decir habían transcurrido 6 años, que es el máximo de la pena fijada por la ley de acuerdo a lo contemplado en el artículo 402 del C.P.”*¹⁰

Igualmente aseveró, que desde el **13 de agosto de 2004**, fecha en la que se profirió resolución de acusación, al **10 de septiembre de 2009**, momento en que se emitió el fallo de segunda instancia, el cual cobró ejecutoria el **14 de octubre** siguiente, transcurrió más de 5 años, superándose el término de prescripción en la etapa del juicio sin que haya sido declarada, en consecuencia, *“la actuación posterior a ese momento deviene ineficaz y, en este caso concreto, resulta inválida la sentencia proferida en un proceso*

⁹ Artículo 220 Ley 600 de 2000: “La acción de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos: 1...2. Cuando 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 válidamente formulada, o por cualquier otra causal de extinción de la acción penal”.

¹⁰ Folio 4 c.o. Revisión.



que no podía adelantar el señor Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, por haberse extinguido en él la potestad conferida por la Constitución y la Ley para dirimir el conflicto sometido a su conocimiento”.

V. ACTUACIÓN ANTE LA CORTE

Admitida la demanda¹¹, en el traslado del libelo para solicitar la práctica de pruebas, el defensor requirió se oficiara al Juzgado 50 Penal del Circuito de Bogotá para que expidiera copia auténtica de todo el expediente, a fin de probar la alegada prescripción; igualmente a la DIAN, copias de los recibos de pago de las obligaciones que dieron origen a la denuncia penal, dirigidos a demostrar la ausencia de responsabilidad del denunciado.

La Sala, negó las pruebas pedidas¹², las primeras por cuanto ya habían sido ordenadas e incorporadas al proceso en el auto admisorio haciéndose inútil su reiteración, y las segundas, porque estaban dirigidas a reabrir el debate probatorio y jurídico en torno a la responsabilidad del procesado por tanto ajenas a demostrar la causal invocada, siendo en consecuencia impertinentes e inconducentes.

Finalizado el término, las partes presentaron los alegatos.

El actor¹³ reiteró el tema de la prescripción de la acción penal antes de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, y

¹¹ Folio 44 c. revisión

¹² Folio 76 c. revisión

¹³ Folio 108 c. revisión



adicionó otros argumentos no expuestos en su demanda inicial, tales como: la violación al principio del *non bis in idem*, toda vez que en su criterio, por estos mismos hechos fue condenado Carlos Andrés Morales, y la aparición de *hechos y pruebas nuevas*, originados en la apertura por parte de la Superintendencia de Sociedades del proceso de liquidación judicial de la Sociedad Ladrillera San José S.A. el 14 de enero del 2010, con lo cual “*se debió cesar inmediatamente la acción penal en virtud de que el inciso segundo del párrafo del artículo 402 del Código Penal establece expresamente que no será aplicable el delito en caso de que la sociedad se encuentre en un proceso concordatario, tal como ocurrió en esta oportunidad*”, por ello solicita se decrete la cesación de procedimiento.

VI. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para tramitar la presente acción de revisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75-2 de la Ley 600 de 2000¹⁴, toda vez que la sentencia de segunda instancia fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

2. En cuanto a la acción de revisión esta Corporación la ha definido como un mecanismo adjetivo excepcional de control que se concreta a través de un proceso judicial independiente, mediante el cual se busca levantar los efectos de cosa juzgada y la presunción de legalidad de una decisión jurisdiccional ejecutoriada, acusada de

¹⁴ Art. 75 “La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia conoce: 1... 2. De la acción de revisión cuando la sentencia, la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento ejecutoriadas hayan sido proferidas en única o segunda instancia por esta corporación o por los tribunales superiores de distrito o por los fiscales que actúan ante ellos”.



ser injusta, nítidamente alejada de la verdad real e histórica, para que se emita una nueva.

Por su parte, la Corte Constitucional ha destacado la realización del valor justicia y la prevalencia de la verdad material como fin último o razón de ser de la acción de revisión, en cumplimiento de los propósitos esenciales del Estado conforme a la Carta Política de 1991, así:

*“En este sentido puede afirmarse que la revisión se opone al principio ‘res iudicata pro veritate habetur’ **para evitar que prevalezca una injusticia**, pues busca aniquilar los efectos de la cosa juzgada de una sentencia injusta y reabrir un proceso ya fenecido. **Su fin último es, entonces, buscar el imperio de la justicia y verdad material, como fines esenciales del Estado.**”* (Sentencia C-871 de 2003)¹⁵

En tanto no es una prolongación del juicio, su naturaleza excepcional, hace que proceda únicamente por las causales que de manera taxativa han sido previstas en la ley y bajo las exigencias requeridas para su admisión, las cuales, por razón de las notas de inmutabilidad e intangibilidad que acompaña la *res iudicata*, compete acreditar al accionante.

Así, el juicio rescindente de la acción de revisión no opera en relación con trámites o actuaciones ya agotados, independientemente de que se evidencien irregularidades u omisiones trascendentes en curso del proceso, las cuales, debieron tener como escenario natural de discusión los recursos ordinarios o el extraordinario de casación, como bien lo ha precisado la Sala:

¹⁵ Citada en la sentencia T 442 de 2007 de la Corte Constitucional.



“1. La acción de revisión, a diferencia del recurso extraordinario de casación —a través del cual, con apoyo en los motivos legales que lo hacen procedente, es posible discutir la regularidad del trámite procesal, el cumplimiento de las garantías debidas a las partes, los supuestos de hecho de la sentencia de segunda instancia no ejecutoriada y sus consecuencias jurídicas—, tiene como objeto una sentencia, un auto de cesación de procedimiento o una resolución de preclusión de la investigación que hizo tránsito a cosa juzgada y como finalidad remediar errores judiciales originados en causas que no se conocieron durante el desarrollo de la actuación y que están limitadas a las previstas en la ley.

“No es la acción de revisión por tanto un mecanismo disponible para reabrir el debate procesal, resultando indebido por lo mismo sustentarla en fundamentos propios del recurso de casación. Tampoco es una tercera instancia a la que se accede para discutir lo resuelto por los jueces o fiscales con base en los mismos elementos probatorios que les sirvieron a aquellos para tomar las decisiones.

“Lo anterior significa que por medio de la acción de revisión no se puede abrir de nuevo el debate sobre lo declarado en la sentencia.¹⁶”

También refirió la Corte:

“No busca pues, la acción de revisión, subsanar errores de juicio o de procedimiento porque esa es la función de los recursos de instancia y de la casación. La revisión, en cambio pretende la reparación de injusticias a partir de la demostración de una REALIDAD HISTÓRICA diferente a la del proceso y únicamente dentro del marco de invocación precisado por las causales establecidas.¹⁷”

Es evidente que dentro de estas exclusivas causales de revisión asoma la invocada por el accionante, orientada a la invalidación de un fallo ejecutoriado, bajo el supuesto de que a él se ha llegado mediante la reviviscencia de una acción ya extinguida merced a la inactividad del Estado en su interés de perseguir los delitos antes de que transcurra un determinado tiempo, luego del cual no resultaba posible la operancia de la acción penal.

En relación con las formas de extinción de la acción penal como fundantes de la revisión, la Corte señaló:

¹⁶ Auto del 6 de febrero de 2007, radicado 23839

¹⁷ Auto del 23 de agosto de 2000, radicado 15322.



“Las causales de extinción de la acción penal no operan de pleno derecho; para que surtan efectos jurídicos es necesario que medie decisión judicial que declare su ocurrencia. Por eso, mientras un tal pronunciamiento no se presente, los actos procesales cumplidos tienen total eficacia, pudiéndose, en esas condiciones, llegar incluso al proferimiento del fallo de mérito, y con éste, a la materialización de la cosa juzgada, con todos los efectos que ella conlleva.

Cuando esta situación se presenta, los actos procesales cumplidos con posterioridad a la ocurrencia del fenómeno extintivo son ilegítimos, y es ello lo que faculta intentar su derrumbamiento a través de la acción de revisión, único medio por el cual la inmutabilidad de las decisiones amparadas por la cosa juzgada debe levantarse¹⁸”

3.- En cuanto al delito bajo estudio, ha reiterado esta Corporación, que tutela el bien jurídico de la administración pública y reprime la conducta consistente en no consignar los impuestos o contribuciones referidos en la misma disposición.

Corresponde a un tipo penal en blanco, porque para su aplicación es necesario acudir a otros órdenes normativos, especialmente de estirpe tributaria, única forma de determinar el alcance de expresiones como “retenedor” o “autorretenedor”, y determinar los plazos dentro de los cuales deben cumplirse tales obligaciones, momento que define su consumación.¹⁹

Al respecto la Corte ha expresado:

“Por otra parte, el tipo penal que describe la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador establece que el delito se configura en su parte objetiva cuando pasados dos meses después de vencido el término fijado por el Gobierno Nacional para realizar el pago, el responsable no cumple con esta obligación. Es el transcurso de ese lapso de 2 meses sin pagar la obligación lo que delimita en el tiempo la ocurrencia de la conducta típica (en este caso omisiva), y es

¹⁸ Casación 29 de julio de 1997. Rad. 11519.

¹⁹ Casación 30 de enero de 2008. Rad. 25818



precisamente ese espacio temporal el que viene descrito en el tipo penal.²⁰

De lo antepuesto se desglosa 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, evidenciándose así, que se trata de un delito de conducta instantánea y de resultado.

El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, ***particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública²¹***, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en

²⁰ Corte Suprema de Justicia, auto del 18 de noviembre de 2010. Rad. 33.605

²¹ Artículo 63 del Código Penal de 1980: “*Servidores públicos. 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 considerarán servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas permanentes o en forma transitoria, los funcionarios o 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” (negrillas fuera de texto).

La anterior disposición fue en esencia reproducida en el artículo 20 Ley 599 de 2000:

“*Servidores públicos. 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” (negrillas fuera de texto).



sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 30170²², donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003, así:

“Discrepa la Sala del anterior planteamiento. Muy diverso es, en realidad, el sentido de la jurisprudencia constitucional en relación con la actividad desarrollada por los agentes retenedores o recaudadores de impuestos. En efecto, en la sentencia C-1144 de 2000 expresó el máximo Tribunal Constitucional del país:

“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” (subrayas fuera de texto).

En esa misma decisión más adelante expresó:

“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...” (subrayas fuera de texto).

²² En el mismo sentido radicado 38640 del 5 de diciembre de 2012 y 40353 del 12 de diciembre de 2012.



Dicha postura fue ratificada en las sentencias C-551 de 2001 y C-009 de 2003. En esta última, tras transcribir los fundamentos expuestos en la C-1144 de 2009, la alta Corporación en cita concluyó lo siguiente:

“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 (subrayas fuera de texto).

*De acuerdo con la doctrina constitucional antes remembrada, por tanto, 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 año²³ 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...”

²³ Radicación 11290.



Bajo la misma línea jurisprudencial corren las sentencias dictadas el 7 de abril de 1999²⁴ y el 4 de mayo de 2006²⁵. 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 aludida²⁶ 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).

Por lo anterior, es necesario que esta Corporación precise el alcance del criterio expresado en las providencias del 24 de noviembre de 2008²⁷ y 4 de febrero²⁸, 27 de febrero²⁹, 6 de mayo³⁰ y 11 de noviembre de 2009³¹. 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.

²⁴ Rad. 10399.

²⁵ Rad. 22902.

²⁶ Se hace referencia al artículo 665 del Estatuto Tributario.

²⁷ Rad. 30486.

²⁸ Rad. 26888.

²⁹ Rad. 31802.

³⁰ Rad. 30513.

³¹ Rad. 32116.



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”³². 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”. (subrayas del texto, negritas fuera del texto).

DEL CASO CONCRETO

1. En primer lugar se hace necesario aclarar al actor que la Sala no se pronunciará respecto de las causales propuestas a última hora en los alegatos de conclusión, toda vez que el trámite a seguir en las acciones de revisión está claramente definido en la ley, el cual es riguroso por su trascendental consecuencia de remover la ejecutoria material de una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada, por tanto, de admitirse tal pedimento, se atentaría contra el debido proceso y el derecho de defensa.

2. En cuanto a la causal invocada, no le asiste razón al demandante, toda vez que el término de prescripción para el delito de *omisión del agente retenedor o recaudador* no es de 6 años como lo mencionara, sino de 8 años para el máximo y 6 años y 8 meses para el mínimo, atendiendo al incremento que debe hacerse de la tercera parte por su **condición de servidor público** conforme

³² Cfr. Entre otras, sentencia del 13 de marzo de 2006. Rad. 24833.



al inciso 5º del artículo 83, antes de su modificación por la Ley 1474 de 2011.

No obstante, inicialmente se hará la aclaración relativa a la aplicación por favorabilidad del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, toda vez que para la época de comisión de los hechos punibles (junio a diciembre de 1998), tal conducta estaba enmarcada en el artículo 665 del Decreto 624 de 1989 -Estatuto Tributario- (adicionado por el artículo 22 de la Ley 383 de 1997³³, y modificado por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998), dentro del paratipo denominado *responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA*, según el cual, al particular que actuaba como agente retenedor o recaudador que no consignara los dineros del Estado recibidos por estos conceptos, se le imponía la sanción penal establecida para el delito de *peculado*

³³ Artículo 22 de la Ley 383 de 1997: Adicionase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo: “Artículo 665: Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA. El Agente Retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquel en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación.

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 del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones, las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la administración de la cual sea contribuyente, con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo y la constancia de su aceptación. De no hacerlo las sanciones previstas en éste artículo, recaerán sobre el representante legal.

Parágrafo 1º. El agente retenedor responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, se hará beneficiario de la cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo.

Parágrafo 2º. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.”



por apropiación, que oscilaba entre 6 y 15 años conforme el artículo 133 del Decreto Ley 100 de 1980³⁴.

Aquella norma fiscal declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1144 del 30 de agosto de 2000, mantuvo su vigor hasta la entrada en vigencia del artículo 402 de la Ley 599 de 2000 que en concordancia con el artículo 42 de la Ley 633 de 2000³⁵ contempló del delito de *omisión del agente retenedor o recaudador*, con sanciones penales menos drásticas que las previstas en el estatuto tributario.

Por tanto, es preferente por favorabilidad imponer **a los particulares con funciones públicas transitorias** que omitieron cancelar el valor recaudado o retenido por concepto de los impuestos sobre las ventas y retención en la fuente, la pena prevista en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, aún cuando sea posterior a la comisión de los hechos; tal disposición señala:

“Artículo 402. Modificado por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006. 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 un millón veinte mil (1.020.000) Unidades de Valor Tributario (UVT).

³⁴ “Artículo 133. Modificado por el artículo 19 de la Ley 190 de 1995. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años. Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes. Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad (1/2)”.

³⁵ Corte Constitucional C-009 enero 23 de 2003, sobre vigencia del artículo 402 del código Penal frente a la Ley 633 del mismo año.



.....” (subrayas fuera de texto).

3.- Definido lo anterior, se tiene que la prescripción de la acción penal, opera en un término igual al máximo de la pena privativa de la libertad fijada para el delito por el que se procede, contados a partir de su consumación, y en la mitad de este término cuando media resolución de acusación en firme, contabilizados a partir de su ejecutoria. En ningún caso, sin embargo, el término prescriptivo puede ser inferior de cinco (5) años.

El delito de omisión del agente retenedor o recaudador, por el cual fue juzgado el procesado, 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 ocho (8) meses cuando ella preexiste, contabilizados a partir de su ejecutoria.

En conformidad con lo antedicho, para la Corte la acción penal respecto a la omisión de consignar el recaudo de la retención en la fuente por el que fue condenado MORALES HENAO, no prescribió para el periodo 06 y 07 de 1998 en la etapa de la instrucción, y mucho menos en la del juicio como lo demandó el actor.

Al efecto es necesario definir la fecha de consumación del ilícito, con este fin, *prima facie*, se establecerá el plazo límite que tenía MORALES HENAO para cancelar los montos tributarios a su cargo en el periodo respectivo de 1998, definido por el Gobierno



Nacional en el artículo 18 del Decreto 3049 del 23 de diciembre de 1997, así:

PERÍODO	FECHA LÍMITE
06	Julio 28 de 1998
07	Agosto 26 de 1998.
08	Septiembre 24 de 1998
09	Octubre 27 de 1998
10	Noviembre 25 de 1998
11	Diciembre 22 de 1998
12	Enero 22 de 1999

A las anteriores fechas se le sumará los dos (2) meses señalados en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 a fin de concretar el término en el cual se consumó cada una de las conductas omisivas, así:

PERÍODO	CONSUMACIÓN
Período 06	Septiembre 28 de 1998
Período 07	Octubre 26 de 1998
Período 08	Noviembre 24 de 1998
Período 09	Diciembre 27 de 1998
Período 10	Enero 25 de 1999
Período 11	Febrero 22 de 1999
Período 12	Marzo 22 de 1999

A partir de este momento se contabiliza el término prescriptivo en la instrucción, que ha de ser el máximo de la pena privativa de la libertad fijada para el delito, ***incrementada en una tercera parte por la condición de servidor público transitorio***, resultando en 8 años,

el cual puede interrumpirse con la ejecutoria del a resolución de acusación, que para el caso ocurrió el **22 de octubre de 2004**:

<i>PERÍODO</i>	<i>PRESCRIPCIÓN EN INVESTIGACIÓN</i>
06	Septiembre 28 de 2006
07	Octubre 26 de 2006
08	Noviembre 24 de 2006
09	Diciembre 27 de 2006
10	Enero 25 de 2007
11	Febrero 22 de 2007
12	Marzo 22 de 2007

Se observa como ninguno de los periodos prescribió pues el más antiguo correspondiente al 06 de 1998, cuya consumación fue el 28 de septiembre de 1998, prescribiría el 28 de septiembre de 2006, no obstante, con mucha antelación, el **22 de octubre de 2004**³⁶, había cobrado ejecutoria la resolución de acusación.

4. En cuanto a extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo en la etapa del juicio alegada por el actor, no le asiste razón pues como ya se dijo, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 599 de 2000, durante esta fase el término prescriptivo tiene su inicio a partir de la ***ejecutoria de la resolución de acusación*** y por un tiempo igual a la mitad del establecido para la fase de instrucción, sin ser inferior a cinco (5) años y para este caso, por la ***calidad de servidor público transitorio***, en seis (6) años ocho (8) meses.

Así las cosas, si la resolución acusatoria de fecha 13 de agosto de 2004, cobró ***ejecutoria el 22 de octubre*** del mismo año, a partir de este momento se impone contar el lapso prescriptivo

³⁶ Folio 194 c.o. 2



mencionado, el cual no se cumplió porque antes de su vencimiento - 22 de junio de 2011-, el Tribunal Superior de Bogotá, el **10 de septiembre de 2009** resolvió la alzada, decisión que cobró ejecutoria **el 14 de octubre** siguiente.

Siendo claro que la acción penal no prescribió en ninguna de las etapas se declarará infundada la causal de revisión alegada.

Corolario de lo anterior, la SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley

RESUELVE

1. Declarar infundada la causal de revisión alegada por el actor EDUARDO ANTONIO MORALES HENAO.

2. Contra la anterior decisión no procede recurso alguno.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Comuníquese y cúmplase

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

Revisión 33468
Eduardo Antonio Morales Henao

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