

TEMA: OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR - Solo quien ostenta la calidad de agente retenedor o autorretenedor incurre en el mismo. Aunque, vale clarificar, también lo puede hacer el particular responsable de recaudar el impuesto, quien, en este específico caso, es considerado un servidor público, por cuanto la ley le asignó de manera transitoria la función de recolectar dinero oficial, situación que tiene implicaciones civiles, disciplinarias y penales, como es el aumento del término de prescripción, conforme lo previsto en el inciso 5° del artículo 83 del Código Penal. /

HECHOS: La señora (MSLA) actuando en nombre propio omitió el pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de las respectivas obligaciones por concepto de ventas; se formuló acusación en contra de la procesada por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador del Art. 402 del C.P., en concurso homogéneo y sucesivo en 22 oportunidades (Art. 31 del C.P.); ante el Juez 10° penal del circuito de Medellín se formuló acusación por el mismo delito imputado. El abogado defensor, solicitó preclusión a favor de la acusada por la causal 1ª del Art. 332 del C.P.P. esto es, por «imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal»; cuestionó que, el incremento en el término de prescripción del artículo 83 del C.P. (en la mitad) no aplica para su defendida porque ella no es servidora pública. El a quo negó la solicitud. La Sala dará respuesta a la inquietud ¿Debe aplicarse el incremento del término de prescripción previsto en el artículo 83 del Código Penal a una persona particular que, sin ser nombrada como servidora pública, ejerce funciones públicas de manera transitoria como agente retenedor o recaudador de impuestos?

TESIS: (...) El artículo 20 de la Ley 599 del 2000 redundó acerca de la determinación de servidor público que consagra la Ley 190 de 1995, acogiendo los dos primeros incisos de su artículo 18, el cual modificaba el artículo 63 del antiguo Código Penal de 1980, donde se optaba por insertar una definición de las personas que pueden ser consideradas servidores públicos para efectos penales, ajustándolo a lo consagrado el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia. (...) «Artículo 20. 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». (...) El ordenamiento penal colombiano, en analogía con La Ley 80 de 1993 y Art. 123 superior, faculta para que aquellas personas ajenas a la administración, se conviertan en servidores públicos como sujetos aplicables de la ley punitiva; ello debido a la excesiva cantidad de labores asignadas al Estado... Dentro de esta clasificación se encuentran los denominados servidores públicos por asimilación, que grosso modo son aquellas personas que no están vinculadas a la administración pública por elección popular, nombramiento o contrato de trabajo, desempeñan una función pública en los términos de la Constitución y la Ley. (...) La Corte Constitucional en sentencia C- 563 de 1998, estudia la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 y algunas disposiciones de la Ley 190 de 1995, lo que permite incluirla como sentencia fundacional y sentencia hito en el estudio de la asimilación de un particular a servidor público en materia penal. Dijo la Corte Constitucional en dicha sentencia, sobre el particular: «Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. (...) Breve dogmática del delito tipo del artículo 402 del código penal: «Omisión del Agente Retenedor o

Recaudador» El sujeto activo del referido tipo penal es calificado, por cuanto solo quien ostenta la calidad de agente retenedor o autorretenedor incurre en el mismo. (...) Aunque, vale clarificar, también lo puede hacer el particular responsable de recaudar el impuesto, quien, en este específico caso, es considerado un servidor público, por cuanto la ley le asignó de manera transitoria la función de recolectar dinero oficial, situación que tiene implicaciones civiles, disciplinarias y penales, como es el aumento del término de prescripción, conforme lo previsto en el inciso 5° del artículo 83 del Código Penal. (...) Del Impuesto Sobre Las Ventas -IVA- y el Registro Único Tributario -RUT- El impuesto sobre las ventas -IVA- es un gravamen al consumo bajo la modalidad de valor agregado que tiene aplicación en todo el territorio nacional; constituye un tributo indirecto, de naturaleza real y de causación instantánea. (...) En lo que respecta al Registro Único Tributario -RUT-, el artículo 19 de la Ley 863 de 2003, lo define como una herramienta para identificar, ubicar y clasificar a las personas y entidades que tengan la calidad, entre otras, de agentes retenedores y recaudadores y, en general, de sujetos de obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (...) Establece el canon 83 del Código Penal, modificado por el Art. 1° Ley 2081 de 2021, Art. 8° de la Ley 2098 de 6 de julio de 2021, modificado por el Art. 70 de la Ley 2277 de 13 diciembre de 2022 (Reforma Tributaria), y Ley 2477 de 2025, en lo que interesa a esta decisión: «Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores». (...) Prescripción en el caso concreto. La audiencia de imputación se celebró en la data de 9 de mayo de 2023, ante el Juez 12 Penal Municipal con función de control de garantías de Medellín, Antioquia. Con esta audiencia se suspende el término de prescripción de la acción penal. La pena máxima con el incremento de la mitad es de 162 meses de prisión (13 años y 6 meses). Dicho término se interrumpió el 9 de mayo de 2023; es decir, cuando no habían transcurrido los 13 años y 6 meses. Si los hechos son desde marzo de 2011, es evidente que la imputación de cargos se hizo mucho antes del término máximo de prescripción. (...) La excepción de inconstitucionalidad está contemplada en el artículo 4° superior, así: «Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (...) la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998, expresamente indicó que la asimilación de particulares a servidores públicos, para efectos penales, se refiere al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva. (...) mediante sentencia C-229 de 2008 se declaró la exequibilidad, «por los cargos examinados» «la expresión “al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”, contenida en el Art. 83 de la Ley 599 de 2000», que aunque no es la norma actualmente vigente (incremento de la mitad para el delito tipo del Art. 402 del CP.) su ratio decidendi es aplicable al sub examine. (...) No hay causal objetiva sobreviniente (prescripción de la acción penal) de conformidad con el numeral 1° del Art. 332 del C.P.P., razón por la cual no se decreta la preclusión.

MP: NELSON SARAY BOTERO

FECHA: 01/09/2025

PROVIDENCIA: SENTENCIA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
SALA PENAL DE DECISIÓN

Proceso	Ordinario
Radicado	050016000248201810053-01
Delito	Omisión del agente retenedor o recaudador (Art. 402 C.P.)
Hechos	Desde marzo de 2011 a 2017
Imputada	María Stella Londoño Agudelo
Juzgado a quo	Décimo (10º) penal del circuito de Medellín, Antioquia
Asunto	Apelación de auto por medio del cual se niega petición de preclusión (Art. 332 numeral 1º, C.P.P.)
Audiencia de imputación	9 de mayo de 2023, ante el juez 12 penal municipal con función de control de garantías de Medellín
Tema	Aumento en la mitad en prescripción del delito del Art. 402 del C.P. No hay lugar a aplicar la excepción de inconstitucionalidad como control difuso de constitucionalidad.
Decisión	Confirma auto.
Aprobado por Acta	Nº33 de 27 de agosto de 2025
Providencia	SAP-A-2025-19
Ponente /sustanciador	NELSON SARAY BOTERO
Lugar y fecha de lectura	Medellín, primero (1º) de septiembre de dos mil veinticinco (2025); Hora: 11:15 a.m.

1. ASUNTO

Se resuelve recurso de apelación en contra del auto que negó preclusión. La petición la hizo el abogado defensor, doctor JULIÁN YEPES, en audiencia preparatoria según la causal 1º del

Art. 332 del C.P.P. Ante la decisión adversa el mismo abogado defensor interpone recurso de apelación.

2. LOS HECHOS DE LA ACUSACIÓN

Los hechos según la acusación se concretan así:

«MARÍA STELLA LONDOÑO AGUDELO actuando en nombre propio omitió el pago dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de las respectivas obligaciones por concepto de ventas, así:

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	IMPUESTO	FECHA VENCIMIENTO	FECHA DELITO
VENTAS	2011	1	\$2.912.000	15/03/2011	15/05/2011
VENTAS	2011	2	\$3.169.000	17/05/2011	17/07/2011
VENTAS	2011	3	\$2.819.000	15/07/2011	15/09/2011
VENTAS	2011	4	\$2.850.000	15/09/2011	15/11/2011
VENTAS	2011	5	\$2.530.000	17/11/2011	17/01/2012
VENTAS	2011	6	\$2.115.000	17/01/2012	17/03/2012
VENTAS	2012	1	\$3.157.000	15/03/2012	15/05/2012
VENTAS	2012	2	\$3.131.000	16/05/2012	16/07/2012
VENTAS	2012	3	\$2.381.000	17/07/2012	17/09/2012
VENTAS	2012	4	\$2.249.000	17/09/2012	17/11/2012
VENTAS	2012	5	\$2.760.000	19/11/2012	19/01/2012
VENTAS	2012	6	\$2.935.000	17/01/2013	17/03/2013
VENTAS	2013	1	\$12.629.000	17/01/2014	17/03/2014
VENTAS	2014	1	\$17.122.000	21/01/2015	21/03/2015
VENTAS	2015	1	\$16.125.000	20/01/2016	20/03/2016
VENTAS	2016	1	\$14.992.000	18/01/2017	18/03/2017
VENTAS	2017	1	\$6.216.000	15/05/2017	15/07/2017
VENTAS	2017	2	\$3.941.000	14/09/2017	14/11/2017
		TOTAL	\$101.784.002		

CONEXIDAD

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	IMPUESTO	FECHA VENCIMIENTO	FECHA DELITO
VENTAS	2017	3	\$4.654.000	17/01/2018	17/03/2018
VENTAS	2018	1	\$7.293.000	16/05/2018	16/07/2018
VENTAS	2018	2	\$4.864.000	19/09/2018	17/11/2018
VENTAS	2018	3	\$4.803.000	17/01/2019	17/03/2019
			\$21.614.000		

(...)).

3. ACTUACIÓN PROCESAL Y CAUSAL DE PRECLUSIÓN INVOCADA POR LA DEFENSA

El 9 de mayo de 2023, ante el juez 12 penal municipal con función de control de garantías de Medellín, Antioquia, se formuló acusación en contra de la procesada por el delito de *Omisión del agente retenedor o recaudador* del Art. 402 del C.P., en concurso homogéneo y sucesivo en 22 oportunidades (Art. 31 del C.P.).

El 16 de febrero de 2024, ante el juez 10° penal del circuito de Medellín se formuló acusación por el mismo delito imputado.

El 30 de julio de 2025, **una vez instalada la audiencia preparatoria**, el abogado defensor de la implicada, doctor JULIÁN YEPES, solicitó preclusión a favor de la acusada, por la

causal 1ª del Art. 332 del C.P.P. esto es, por «*imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*»

Indicó que como las obligaciones por IVA que se reclaman de su defendida, datan de 2012 (6 periodos) y una de 2013, prescribieron en 2023 y como la imputación fue en 2025, ya habían prescrito, se debe entonces precluir la actuación.

Cuestionó que, el incremento en el término de prescripción del artículo 83 del C.P. (en la mitad) ***no aplica para su defendida porque ella no es servidora pública***; pues no fue nombrada en ningún cargo público por resolución o acto administrativo ni tomó posesión de él y la ley penal no puede arrogarse facultadas de asimilar privados a públicos porque eso afecta el principio de legalidad y es una aplicación de la analogía *in malam partem* para el procesado; por tanto, debe concluirse que ese incremento no aplica para las personas particulares y/o inaplicarse dicha norma por ser violatorias de varios principios constitucionalmente reconocidos.

La fiscal 165 seccional, doctora GLORIA CRISTINA HOYOS PATIÑO, y el apoderado de la víctima, doctor CAMILO ANDRÉS SEPÚLVEDA BOTERO, se opusieron a la pretensión de la defensa, aduciendo que la procesada sí debe ser considerada servidora pública para esos efectos, con base en el artículo 20 del C.P.; acotó el último que los hechos después del año 2011 están cobijados por la Ley 1474 de 2011, que aumentó el término de prescripción.

4. AUTO DE DECISIÓN POR MEDIO DEL CUAL SE NIEGA LA PRECLUSIÓN IMPETRADA

El *iudex a quo* negó la solicitud del abogado defensor bajo las siguientes consideraciones:

Comenzó indicando que en este evento no hay discusión de términos prescriptivos, pues el asunto concita en si se debe o no aplicar ese incremento de la prescripción que establece el Art. 83 del C.P.

Para resolver, es necesario hacer una interpretación gramatical, teleológica y sistémica de los artículos 95 num. 9 y 338 de la C. Nal., 20, 83 y 402 del C.P.

Explicó que el Art. 402 del C.P. es un desarrollo del Art. 95 de la C. Nal., el cual establece la obligación de los ciudadanos de contribuir con el financiamiento de gastos e inversiones del Estado; la Constitución, así como trae derechos establece deberes y obligaciones.

El Art. 338 faculta al Estado para fijar o crear impuestos, tasas o contribuciones, para que por Ley, ordenanza o acuerdos fije los sujetos activos y pasivos de estos, sus bases gravables y las tarifas de esas contribuciones.

En el Estatuto Tributario se establecen impuestos, bases gravables y quiénes son los obligados a contribuir, delegándose entonces a algunos particulares el deber de hacer esos recaudos

o autorretenciones y posteriormente consignarlos al Estado, cumpliendo una función netamente pública, porque así lo establece el Art. 338 y concordantes de la C.N.

Así pues, esas normas lógicamente tienen una sanción para quienes no cumplan y para ello está el Código Penal, cuyas disposiciones tienen aval constitucional, así como el Art. 20 y el Art. 83 del mismo estatuto; y, de la interpretación armónica de estas dos normas se tiene como servidor público no solo a quien ejerza un cargo público, sino también para quien ejerza funciones, de ahí que no hay duda que la procesada es un particular que ejerce funciones públicas de manera transitoria; es decir, mientras ella fue representante de esa empresa tenía el deber de recaudar y consignar los dineros. No hay discusión que cobrar impuestos o retenerlos es una función pública, por tanto, le es aplicable el incremento del Art. 83 del C.P., porque así lo dispuso expresamente el Legislador.

Por esas mismas razones, al no encontrar esas normas ilegítimas o inválidas no existe fundamento para hacer uso de la excepción de inaplicabilidad o inexequibilidad que se depreca.

5. RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DE LA DEFENSA

El abogado defensor apeló la decisión y solicitó la revocatoria del auto de primera instancia, adverando que el derecho penal no puede subordinarse a la eficiencia fiscal, ni prestarse para extenderse arbitrariamente categorías jurídicas como la de

servidor público, y asimismo, la que corresponde a un particular que ejerce funciones públicas.

La interpretación dada y la aplicación normativa, sistémica y teleológica avocada por el juez de primer grado contiene un yerro, en razón a la aplicación que se viene dando, pues, una cosa es cumplir funciones públicas y otra cosa es ser agente en una relación derivada de un hecho impositivo contenido en un estatuto legal de la naturaleza que sea; cuando vemos los delitos que protegen al patrimonio público contra la administración pública, vemos que cada una de la tipología se deriva en enunciar «*el servidor público*» hasta que se llega al Art. 402 y nos encontramos con el agente retenedor o recaudador, por lo que debe recordarse que la aplicación irrestricta de los tipos penales penden en una literalidad para dar la calificación al sujeto activo de la acción penal, en ese sentido, es muy diferente el agente del servidor público, no es necesario manifestaciones en la calidad del agente privado que ejerce funciones públicas que tiene que derivar directamente de una aplicación y una ejecución constitucional y administrativa en las cargas, pues, todos debemos cumplir con los deberes que nos impone la Constitución y la Ley, pero no podemos confundir, como lo ha hecho la judicatura inveteradamente, en darle calidades a quien no corresponda, *«para que esa eficiencia Fiscal instrumentalice al Derecho Penal y a las estructuras penales a extender arbitrariamente categorías jurídicas, como la que es el servidor público, con el fin de desnaturalizar la pena en su integralidad frente a un particular que cumple una carga tributaria, un hecho impositivo, en una calidad específica de un agente»*.

De ser así, tendríamos que referirnos, específicamente, a lo que es el contrato de una agencia y podríamos entender un poco más en su profundidad que nos deriva de la legislación civil y comercial, pero es que aceptar que el cumplimiento forzado de una carga tributaria, con el hecho impositivo, bien sea, la retención o el recaudo implica ejercer una función pública, supone en sí una mutación conceptual y lo ha hecho claramente la justicia, pues convierte en autoridad a quien actúa por simple imperativo legal, sin vocación, sin voluntad, ni habilitación institucional para ejercer poder. Es muy diferente, itera, el privado que ejerce funciones públicas a la gente que presuntamente comete el injusto penal de recaudar o retener. Se desnaturalizan todos los principios del derecho penal y su estructura, pues se convierte en sí el aparato del Estado en un instrumento de conveniencia política y fiscal, no se está diciendo que no podrá ser responsable por incumplimiento de sus deberes, lo que no puede hacer el Estado ni la judicatura, es generar una carga adicional, cuando tiene una calidad particular. *«Esta conveniencia política y Fiscal se ha convertido en una herramienta de justicia sustancial. ¿para qué? Para ejercer e impregnar una fuerza punible aún mayor derivada de una política criminal».*

Sostiene el censor que son claros los sustentos y manifestaciones tanto del juez, como de la fiscal, pero la interpretación que se viene dando tiene un yerro que ha llevado a que muchas personas se vean inmersas en calidades que no fungen, porque es un yerro legislativo y jurídico esa calidad del sujeto, solamente se equipara para castigar.

El particular no ha sido nombrado, contratado, ni vinculado legal o reglamentariamente al Estado, conforme la Constitución Política lo determina en sus regulaciones y estatutos administrativos y reglamentarios; no ejerce discrecionalidad estatal ni maneja poder público, solo cumple una carga legal de una obligación de un recaudo, de una retención como deber tributario, el cual no se desconoce, pero en calidad de agente, tan así es que la tipología o el tipo penal es «*omisión de agente*», pero se dan unas calidades para aumentar pena.

Se vulnera el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* al aplicar el agravante a un agente privado, cobijarlo bajo esa transitoriedad implica una analogía *in malam partem*.

Existe una confusión entre el deber tributario y la función pública. El recaudo de los dineros derivados de la retención no son delegaciones de función pública al igual que el recaudo de dineros derivados de impuestos al consumo. El deber de recaudo de retención del impuesto a las ventas no son delegaciones de función pública, son simplemente instrumentos coactivos de eficiencia fiscal, derivados de una responsabilidad como agente; entonces, al agente retenedor o recaudador nunca va a actuar en nombre del Estado, ni ejerce autoridad pública, simplemente cumplen una obligación impuesta por la Ley Tributaria.

En síntesis, la disposición normativa que agrava la pena a quienes, sin ser servidores públicos ni ejercen función pública; y que actúan en calidad de agentes como lo anuncia el artículo 402 del C.P., que son retenedores y recaudadores; **es claramente inconstitucional** en su aplicación, porque vulnera los siguientes

principios: legalidad estricta y tipicidad cerrada; culpabilidad por derecho y la oposición institucional real; intervención mínima y proporcionalidad penal; y, la dignidad humana como límite al poder punitivo del Estado.

6. POSTURA DEL SUJETO PROCESAL NO RECURRENTE

La representante de la FGN instó mantener la decisión de primera instancia y precisó que la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador es un delito contra la administración pública que anteriormente el Legislador lo consideró como un peculado por apropiación, debido a la naturaleza de la conducta y la relación de los recursos públicos.

En el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, los dineros recaudados por los impuestos no pueden ser retenidos indebidamente, pues, deben ser consignados a la DIAN, el retenerlos es apropiarse indebidamente de esos recursos que son públicos.

El agente retenedor al ser responsable de recaudar los impuestos actúa en representación del Estado y en el ejercicio de una función pública. La omisión de cumplir con esa función pública, apropiarse indebidamente de los dineros públicos y cumplir con esa función pública le da esa calidad de particular.

Es un particular que cumple con esa función pública o lo mismo es un servidor público cumpliendo esa función pública de *manera transitoria* por recaudar esos impuestos que son dineros

públicos, por ello, el Legislador hace extensiva esa calidad de servidor público a través de ese artículo 20 inc. 2° del C.P. Ese particular como servidor público no puede apropiarse del recaudo de esos impuestos y el no consignarlo configura el delito en mención; por ello, la ley 1474 del 2011 que empezó a regir a partir del 12 de julio de 2011, incrementó ese término de prescripción para estos tipos penales a 13 años y 6 meses.

El apoderado de víctima coadyuvó la intervención de la delegada fiscal, pero acotó que el defensor no atacó la decisión de primera instancia, por lo que se debe desestimar y confirmar íntegramente.

7. ARGUMENTOS DE DECISIÓN DE LA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala dará respuesta a las inquietudes de los censores y de los sujetos procesales no impugnantes.

8. EL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 20 de la Ley 599 del 2000 redundó acerca de la determinación de servidor público que consagra la Ley 190 de 1995, acogiendo los dos primeros incisos de su artículo 18, el cual modificaba el artículo 63 del antiguo Código Penal de 1980, donde se optaba por insertar una definición de las personas que pueden ser consideradas servidores públicos para efectos

penales, ajustándolo a lo consagrado el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia.

De cierto modo, el actual estatuto punitivo tiende a ser más diáfano en cuanto a la regulación, pues permite determinar si una persona tiene o no la calidad exigida en el tipo, expuesto al tenor literal, así¹:

«Artículo 20. **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».

¹ Andrade Rujana Daniel Felipe y Cuéllar Plazas, Nelson Orlando. *La asimilación de un particular a servidor público, en el código penal colombiano*, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, Neiva, 2018, s.p. López-Zamora, Sergio Andrés. *La condición jurídica del particular que ejerce funciones públicas y su responsabilidad penal*, Revista principia iuris N°. 21, 2014-I, pp. 123-149.

Para efectos penales se trata de un *dispositivo amplificador del concepto de servidor público*, como lo señala el inciso segundo del artículo 20 del Código Penal, para los efectos de la ley penal «se consideran servidores públicos» los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria².

9. SERVIDOR PÚBLICO POR ASIMILACIÓN: «PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS»

El ordenamiento penal colombiano, en analogía con La Ley 80 de 1993 y Art. 123 superior, faculta para que aquellas personas ajenas a la administración, se conviertan en servidores públicos como sujetos aplicables de la ley punitiva; ello debido a la excesiva cantidad de labores asignadas al Estado.

Es así como, este compendio normativo, la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia y la doctrina³, autorizan el ejercicio de determinadas funciones

² Sanguino Madariaga, Alirio. *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*, segunda edición, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2013.

³ Dávila Vinuena, Luis Guillermo. *Régimen jurídico de la contratación estatal*, primera edición, Ediciones Legis, Bogotá D.C., 2001. Delgado Ferreira, Francisco José. *Derecho penal especial*, Tomo II, Editorial Temis S.A. Bogotá D.C., 2006. Dromi, José Roberto. *Licitación pública*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1977. Fandiño Gallo, Jorge Eliécer. *La contratación estatal*, Editorial Leyer. Bogotá, 2014. Forero Ramírez, Juan Carlos y Ospina Perdomo, Juanita María. *Aspectos penales de la contratación estatal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá D.C., 2017. Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008. López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, Ediciones Legis, Bogotá, 2001. Maggiore, Giuseppe. *Derecho penal, parte especial*, Editorial Temis, Bogotá, 1955. Molina Arrubla, Carlos. *Delitos contra La administración pública*, cuarta edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2005. Sanguino Madariaga, Alirio. *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*, segunda edición, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2013. Parada, Ramón. *Derecho administrativo*, Tomo 1, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 2004. Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda pública*, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 1994. Rodríguez,

públicas a los particulares con el fin de satisfacer necesidades socialmente relevantes y de carácter general. Dentro de esta clasificación se encuentran los denominados servidores públicos por asimilación, que *grosso modo* son aquellas personas que no están vinculadas a la administración pública por elección popular, nombramiento o contrato de trabajo, desempeñan una función pública en los términos de la Constitución y la Ley. Dicha responsabilidad y la naturaleza de la función están previamente determinadas por la Ley.

La Corte Constitucional⁴ zanjó que tal asimilación tiene fundamento en el concepto moderno de Administración Pública, denominada como una «*concepción material de la cosa pública*», originada en la idea del Estado social y democrático de Derecho que se funda en una filosofía que implica el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretenden superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente estatal y de lo puramente privado, para lo cual también se reclama el valor de la moralidad pública.

Dentro de esta sub-clase de servidores públicos, se desprende una amalgama de personas que, siendo particulares según su forma de vinculación, se podrían asimilar a servidores públicos, atendiendo a que en su labor se encuentra la de ejercer funciones propias que le competen a la administración.

Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*, segunda edición, Editorial Temis, Bogotá D.C., 1999.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 28 enero 2003.

En cuanto a los particulares que ejercen funciones públicas, la doctrina especializada⁵ señala las diferentes disposiciones que dispone la Carta Política, con referencia a aquellas personas que por alguna circunstancia son ajenas a la administración, pero que cumplen una función de carácter público que los convierte en funcionarios oficiales, así:

«La categoría de servidores públicos que otorga el texto constitucional a los particulares aparece en aquellos que temporalmente desempeñen funciones públicas (art. 123); el cumplimiento de funciones administrativas en los términos que señale la ley (inc. 2º art. 210); la prestación de servicios públicos (inc. 2º art. 365); el manejo de fondos o bienes de la Nación (art. 267); la administración de justicia en la calidad de árbitros o conciliadores (inc. 4º art. 116); entre otras».

Con relación a lo antes esgrimido por la doctrina, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, argumentado que:

«El derecho a desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan materialmente con la administración mediante la elección o nombramiento y la posesión en el cargo, sino también de los particulares que, en los casos

⁵ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 87.

taxativamente señalados en la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones administrativas, donde se entiende por función, el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades. El cumplimiento de funciones administrativas por los particulares debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley»⁶.

Así mismo, para la doctrina, actualmente y conforme a la redacción del texto legal, la consideración del particular como servidor público en los términos y condiciones del inciso segundo del artículo 20 del Código Penal, solo operará factible en la medida en que la prestación de ese servicio público comporte el ejercicio, transitorio o permanente, de alguna función pública, pues que no se arribara a esa misma conclusión en caso contrario, como sí podía ello acontecer respecto del texto original del artículo 63 del Código Penal de 1980, a tenor del cual, como se ha dicho, se llegaba a conjugar la calidad de empleado oficial, por un particular, por el solo hecho de que se desempeñara un servicio público, independientemente de que de por medio hubiese o no una función pública⁷.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994.

⁷ Molina Arrubla, Carlos. Delitos contra La administración pública, cuarta edición, Editorial Leyer, Bogotá, 2005. Sanguino Madariaga, Alirio. *Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia*, segunda edición, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2013, p. 40.

Dentro de esta categoría, encontramos a las cámaras de comercio que fueron investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, al ser encargadas por la Ley 80 de 1993 de llevar el *Registro de Proponentes*, esencialmente público y generador de actos administrativos⁸.

De igual forma, los *árbitros o conciliadores* quienes por regla general son particulares, ejercen de forma transitoriamente la función pública de administrar justicia, con fundamento en el inciso 4° del artículo 116 de la C. Política⁹.

En tema del artículo 402 del código, se refiere al sujeto activo determinado como el agente retenedor o recaudador, el cual puede ser un particular que, restringidamente, administra bienes del Estado. La Corte Constitucional ha señalado en distintos pronunciamientos¹⁰, que la administración de recursos fiscales implica la ejecución de una función pública.

Así entonces, la doctrina coincide con lo zanjado por la máxima corporación constitucional al respecto, pero transforma su posición frente a la responsabilidad penal de los retenedores argumentado:

«(...) precisamos que la sola actividad de retenedor no implica sin más la administración de recursos públicos, pues allí lo único que se presenta es una

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-166 de 1995.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-294 de 1995.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2002; C-037 de 2003.

simple actividad de recibo y giro de dineros, que debe entenderse dentro de la órbita de lo definido por el artículo 402 del Código Penal. La calidad de retenedor o recaudador es fundamento de la penalidad en el tipo, pero no implica ni se concibe que el mismo tenga para efectos de la ley penal la categoría de una autoría por asimilación, que por demás no se reclama en el tipo penal del artículo 402»¹¹.

La Corte ha señalado de manera pacífica y reiterada, que el agente retenedor cumple funciones transitorias de servidor público¹².

10. LÍNEA JURISPRUDENCIAL FRENTE A LA ASIMILACIÓN DE UN PARTICULAR A SERVIDOR PÚBLICO

La línea jurisprudencial se puede exponer de la siguiente manera¹³:

Uno: la Corte Constitucional en sentencia C- 563 de 1998, estudia la constitucionalidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993

¹¹ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, tercera Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 98.

¹² CSJ SP, 27 julio 2011, rad. 30170; CSJ SP, 29 enero 2014, rad. 41.984; CSJ AP 6408-2014, rad. 42.635; CSJ SP 002-2015, rad. 37.938; CSJ SP 11042-2016, rad. 48.050; CSJ AP 5708-2016, rad. 47.449; CSJ AP 3235-2018, rad. 50.284; CSJ AP 960-2019, rad. 54.594; CSJ SP 3212-2020, rad. 56.030; CSJ AP, 15 septiembre 2021, rad. 59.256.

¹³ Se sigue en este capítulo es texto de Andrade Rujana Daniel Felipe y Cuéllar Plazas, Nelson Orlando. *La asimilación de un particular a servidor público, en el código penal colombiano*, Universidad Cooperativa de Colombia, Facultad de Derecho, Neiva, 2018, s.p.

y algunas disposiciones de la Ley 190 de 1995, lo que permite incluirla como sentencia fundacional y sentencia hito en el estudio de la ***asimilación de un particular a servidor público en materia penal***.

En la demanda de inconstitucionalidad, el demandante argumenta que, si bien es permitido que los particulares intervengan en el proceso de contratación, estos no cumplirán funciones públicas, sino meramente sociales, pues, además de que su actividad la desarrolla de manera independiente, su vinculación con el estado permite concluir que no pueden ostentar la calidad de Servidores Públicos.

Ahora bien, frente a la responsabilidad penal de un particular, asimilado a servidor público, la Corte Constitucional decantó que, para efectos penales, dicha calidad se obtiene en la medida en que al particular se le asigne el cumplimiento de una función pública, situación que es dable mediante atribución legal.

Dijo la Corte Constitucional en dicha sentencia, sobre el particular:

«Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular. (...). Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, porque la asignación de

funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución».

Dos: en providencia CSJ SP rad. 19.562 de 2005 se analizó por primera vez la posible ***asimilación de un particular a servidor público*** para efectos de responsabilidad penal.

Esta providencia concluye de manera tajante que es permitida la cualificación jurídica de un contratista, respecto de delitos contra la administración pública, siempre que no ejerza funciones materiales.

Tres: en providencia CSJ SP rad. 24.883 de 2006, la sala continua con su teoría acerca del tema, partiendo como génesis de interpretación la sentencia hito o fundacional que esta línea jurisprudencial trata, y el artículo 56 de la ley 80 de 1993.

En ella juzga el caso de un particular contratado por un alcalde, para la realización de labores de ampliación del acueducto municipal.

Cuatro: en providencia CSJ SP rad. 22.683 de 2007, se estudia la responsabilidad penal de un particular, quien es contratado por el Ministerio de Transporte para la construcción de un muelle fluvial, y quien, en el desarrollo de la ejecución del contrato, se apropió del 30% de las sumas de dinero entregadas por concepto de anticipo. En esta oportunidad, la máxima corporación de

justicia ordinaria en penal, refuta de manera categórica lo planteado por la sentencia fundacional, y las demás emanadas por la misma sala, con relación a la asimilación de un particular a servidor público en labores que versan actividades materiales.

Cinco: en providencia CSJ SP rad. 21.926 de 2008, se recopila de una manera breve y sucinta la relación establecida entre el contratista y la entidad estatal en tema del artículo 56 de la ley 80. Así mismo, hace un breve análisis de la sentencia fundacional, la cual sirve como punto de partida para los posteriores pronunciamientos. De este modo, cita la sentencia del año 2007, la cual emite una tesis contraria acerca de la asimilación de un particular a funcionario público, consistente en que se tendrá que ajustar a condiciones o presupuestos específicos.

Seis: en providencia CSJ SP rad. 23.228 de 2008, se examina la responsabilidad penal de un particular, quien omitió la realización de una labor material exigida por el órgano contratante, para la ejecución de un contrato. Precisa de igual manera, las diferentes posturas que ha tomado la sala de casación penal frente a la asimilación de un contratista a funcionario estatal para efectos penales.

Siete: en sentencia CSJ SP rad. 27.477 de 2008, se estudia normativamente la calidad de contratista, dispuesto en el artículo 20 del estatuto punitivo, así mismo, trae a colación la sentencia fundacional y la línea trazada por la sala respecto de la consideración como servidor público de un contratista.

Ocho: en providencia CSJ SP rad. 28.586 de 2009, se precisa con exactitud que el artículo 20 del código penal, es concordante con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, con relación a la asimilación de los particulares, en lo que respecta a la responsabilidad penal; sin embargo, a pesar de que trae a colación la sentencia fundacional (sentencia C-563 de 1998), su postura se versa flexible, en referencia a la asimilación de un contratista a servidor público, cuando se trata de actividades materiales en su objeto contractual,

Nueve: en sentencia CSJ SP rad. 31.986 de 2010, se ventila el caso de un particular contratado por la gobernación de un departamento, con la finalidad de realizar trabajos de construcción y pavimentación de una carretera; en desarrollo de su contrato, el particular se apropió del 50% del anticipo entregado por la entidad. Como se evidencia, en esta oportunidad la sala examina la posibilidad de que un contratista pueda responder penalmente como servidor público, en aquellos contratos donde únicamente realice labores materiales.

Diez: en providencia CSJ SP rad. 32.686 de 2010, se analiza la responsabilidad de un particular, quien es contratado por un alcalde de un municipio, para la construcción de una pista de bicicrós y parque recreacional en tal municipalidad. Este fallo ha sido tajante en cuanto a su postura respecto de los contratistas en los contratos de actividades materiales, pues sujetándose a sentencias como la fundacional y la de los años 2005 y 2006, refiere que la calidad de servidor público de un contratista se extiende en la medida en que este adquiera mediante vínculo

contractual funciones públicas, y no cuando el objeto sea ceñirse a ejecutar obras materiales.

Once: en CSJ SP2996-2024, rad. 59.012 de 13 noviembre 2024, trata el caso de una persona natural, comerciante, que realizó el recaudo por concepto de IVA en los periodos 5° y 6° del año 2011, y 1° del año 2012, debido a ello, debía presentar declaración y realizar el pago en las fechas dispuestas por el Gobierno Nacional, actividades que nunca realizó, la procesada funge como comerciante y es por ello que se generó la deuda con la DIAN.

Doce: la línea jurisprudencial ha sido reiterada y no ha variado en lo más mínimo, así, por ejemplo: CSJ SP 159-2014, rad. 37.163 de 22 enero 2014; CSJ AP 193-2014, rad. 41.984 de 29 enero 2014; CSJ SP 002-2015, rad. 37.938 de 14 enero 2015; CSJ SP 11042-2016, rad. 48.050 de 10 agosto 2016; CSJ AP 5708-2016, rad. 47.449 de 31 agosto 2016; CSJ SP 8463-2017 de 14 junio 2017, rad. 47.446; CSJ AP 2522-2020 de 30 septiembre 2020, rad. 56.996; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

11. BREVE DOGMÁTICA DEL DELITO TIPO DEL ARTÍCULO 402 DEL CÓDIGO PENAL: «OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR»

El **sujeto activo** del referido tipo penal es calificado, por cuanto solo quien ostenta la calidad de agente retenedor o autorretenedor incurre en el mismo¹⁴.

Aunque, vale clarificar, también lo puede hacer el particular responsable de recaudar el impuesto, quien, en este específico caso, **es considerado un servidor público**, por cuanto la ley le asignó de manera transitoria la función de recolectar dinero oficial, situación que tiene implicaciones civiles, disciplinarias y penales, como es el aumento del término de prescripción, conforme lo previsto en el inciso 5° del artículo 83 del Código Penal¹⁵.

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 pública**¹⁶.

¹⁴ CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

¹⁵ CSJ AP 2522-2020 de 30 septiembre 2020, rad. 56.996; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

¹⁶ 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» (negritas 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» (negritas fuera de texto).

Los gerentes, administradores y en general los **representantes legales**, por las personas jurídicas y sociedades de hecho, son quienes deben cumplir los deberes legales. Esta responsabilidad puede ser delegada en funcionarios de la empresa designados para el efecto, en cuyo caso se deberá informar de tal hecho a la administración de Impuestos y Aduanas (DIAN).

En lo tocante al administrador, aun cuando la ley no brinda una definición al respecto¹⁷, bien puede considerarse todo aquel encargado de la gestión social, esto es, la persona que dirige la actividad societaria administra los bienes y negocios ajenos –en este caso de la sociedad– y la representa ante terceros¹⁸.

Conforme lo dispuesto en el artículo 368 del Estatuto Tributario (al que es necesario hacer remisión, teniendo en consideración que el delito es un **tipo penal en blanco**) las personas jurídicas que, por sus funciones intervengan en actos de operaciones en los cuales deben efectuar la retención o percepción de tributos, son agentes retenedores¹⁹.

No obstante, a las personas jurídicas no es posible atribuirles responsabilidad penal, en tanto el artículo 29 del Código Penal,

¹⁷ Con todo, el artículo 196 del Código de Comercio, establece: «**Funciones y limitaciones de los administradores.** La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros».

¹⁸ CSJ SP 3601-2021, rad. 53.624 de 18 agosto 2021.

¹⁹ CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

dispone que, en esos eventos, el reproche recae en *«quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica»*.

Significa lo anterior que el representante legal de la persona jurídica, por ser quien tiene la obligación de cumplir con los deberes de la mencionada, es el agente retenedor (artículo 572 del Estatuto Tributario).

El párrafo del artículo 27 de la Ley 1258 de 2008 (*«Por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada»*), en lo correspondiente a las sociedades por acciones simplificadas, dispone: *«Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores»*.

En lo concerniente a los socios o directivos no existe mayor discusión al considerárseles sujetos activos de la conducta punible bajo examen, dado que, debido a los derechos que ostentan, tienen la potencialidad de ejercer actos de representación o administración al interior de la sociedad y adoptar determinaciones comprendidas dentro del objeto social o necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

En los directivos no existe mayor discusión al considerárseles sujetos activos de la conducta punible bajo examen, dado que, debido a los derechos que ostentan, tienen la potencialidad de ejercer actos de representación o administración al interior de la

sociedad y adoptar determinaciones comprendidas dentro del objeto social o necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines²⁰.

Cuando la norma del Art. 402 del C.P. habla de «*sociedades*» debe colegirse aquellas: (i) constituidas, entiéndase, las que han cumplido todos y cada uno de los requisitos de ley, procedimientos definidos y reglados que repercuten en el nacimiento de la personalidad jurídica; que suponen la existencia del contrato de sociedad; o (ii) aquellas que se encuentren en formación²¹. Dentro de estas últimas habría de considerar: (a) las que, en estricto sentido, se hallan en formación, en otras palabras, las que existen durante el tiempo transcurrido entre el acto constitutivo de la sociedad y el de la inscripción en el registro mercantil; y, (b) las irregulares, constituidas por escritura pública, pero que actúan sin permiso de funcionamiento, requiriéndolo (artículo 500 del Código de Comercio)²².

Adicionalmente, los obligados al cumplimiento de deberes formales de terceros responden subsidiariamente cuando omitan cumplir tales deberes, por las consecuencias que se deriven de su omisión.

La responsabilidad por no consignar las sumas retenidas dentro del término fijado por el Gobierno Nacional, recae, sin dubitación alguna, en el representante legal de la empresa como agente

²⁰ CSJ SP 3601-2021, rad. 53.624 de 18 agosto 2021.

²¹ CSJ SP 3601-2021, rad. 53.624 de 18 agosto 2021.

²² Aunque el Código de Comercio en su artículo 498 también relaciona las sociedades *de hecho*, las mismas no se constituyen por escritura pública, por ende, no son persona jurídica y no estarían cubiertas por alguna de las categorías descritas en la norma prohibitiva.

retenedor o autorretenedor, de conformidad con lo establecido en el Estatuto Tributario, acorde con lo valorado al respecto con antelación, en consonancia con el artículo 402 del C. Penal, que advierte como responsable en una sociedad a la persona natural encargada –legalmente– del cumplimiento de dichas obligaciones, por lo que, en armonía con lo previsto en el inciso segundo del artículo 20 de la misma normatividad, debía ser considerado como servidor público, en tanto ejercía transitoriamente funciones públicas²³.

El artículo 1° del Estatuto Tributario dispone que:

«La obligación tributaria sustancial se origina al realizarse el presupuesto o los presupuestos previstos en la ley como generadores del impuesto y ella tiene por objeto el pago del tributo», fluye necesario que tal obligación fue fijada por el legislador, conforme con lo contemplado en el artículo 338 de la Constitución Política: «En tiempo de paz, solamente el congreso, las asambleas departamentales y los consejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos o pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos [...]»²⁴.

²³ CSJ SP 3423-2021, rad. 57.944 de 11 agosto 2021.

²⁴ CSJ SP 3423-2021, rad. 57.944 de 11 agosto 2021.

La jurisprudencia ha sostenido que:

«la obligación tributaria se causa cuando el contribuyente realiza el hecho generador de un determinado impuesto o tributo, sólo que si lo incumple acarrea con las consecuencias de tal comportamiento, de ahí que en sus manos esté la posibilidad de evitar la imposición de sanciones cuando oportunamente hace las declaraciones y pagos respectivos», por lo que el delito examinado «que describe la conducta omisiva, 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 del impuesto sobre las ventas o el encargado de retener o autorretener por concepto de retención en la fuente, no cumple con esta obligación, siendo por lo tanto una conducta instantánea y de resultado»²⁵.

El **sujeto pasivo** es el Estado y el bien jurídico la *Administración Pública*, el cual, a su vez, se vulnera con la comisión del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, por cuanto, como lo adujo la Corte Constitucional, «*impide el ingreso a las arcas públicas de recursos destinados a engrosarlas*»²⁶.

Ahora, el **verbo rector** consiste en «*no consignar*» las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente

²⁵ CSJ SP, 10 junio 2015, rad. 41.053; CSJ SP 3423-2021, rad. 57.944 de 11 agosto 2021.

²⁶ Corte Constitucional, sentencias C-652 de 2003.

o impuesto sobre las ventas (IVA), en el plazo legalmente establecido por el Gobierno Nacional (2 meses), así como de las derivadas del recaudo de tasas o contribuciones.

Significa lo anterior que el aludido delito es **de conducta instantánea, de resultado y de omisión**, por lo que debe acreditarse que el agente tuvo la posibilidad física y psíquica de pagar la suma adeudada, empero, no lo hizo.

Además, la ejecución y consumación del delito atentatorio de la administración pública convergen en un único acto que se circunscribe a la no consignación de los valores recaudados en el término fijado²⁷.

«(...) 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 precisamente ese espacio temporal el que viene descrito en el tipo penal.

De lo antepuesto se desglosa que la consumación de la infracción no es concomitante con el período cuyo

²⁷ CSJ SP, 18 noviembre 2010, rad. 33.605.

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 mese - a la fecha límite de pago establecida por las autoridades, evidenciándose así, que se trata de un delito de conducta instantánea y de resultado»²⁸.

Se trata de un **tipo penal en blanco**, en la medida en que remite a disposiciones de índole tributario con el propósito de determinar qué se entiende por «*retenedor*» o «*autorretenedor*» y cuáles son los términos establecidos para rendir cuentas ante la administración de impuestos, entre otros aspectos²⁹.

El delito es un tipo penal en blanco cuyo contenido debe ser llenado con las disposiciones de índole tributaria a fin de establecer qué se entiende por retenedor o autorretenedor, y cuáles son los términos fijados para rendir cuentas ante la administración de impuestos³⁰.

El punible versa sobre una obligación incumplida por un sujeto activo calificado [que es el agente retenedor o autorretenedor y/o el responsable de recaudar el impuesto sobre las ventas (IVA)], es

²⁸ CSJ SP, 11 noviembre 2013, rad. 33.468.

²⁹ CSJ SP, 10 junio 2015, rad. 41.053; CSJ SP 3045-2024 de 6 noviembre 2024, rad. 59.395.

³⁰ CSJ SP, 10 junio 2015, rad. 41.053; CSJ SP 3423-2021, rad. 57.944 de 11 agosto 2021.

decir, se trata de una conducta omisiva consistente en no hacer los pagos de las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente, o las que corresponden al impuesto sobre las ventas, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la respectiva declaración o no consignar dentro del término legal el dinero recaudado por tasas o contribuciones públicas³¹.

Agente retenedor o recaudador que, pese a ser un particular, como quiera que la Ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, debe asumir las responsabilidades públicas en los ámbitos penales, disciplinarios, fiscales, etc., de ahí que incluso *el término de prescripción de la acción penal se aumente en la mitad*³².

En cuanto a la **tipicidad subjetiva**, se tiene que el delito de omisión del agente retenedor o recaudador únicamente permite la modalidad dolosa y, por tanto, debe coexistir en el sujeto activo el conocimiento de que está dejando de entregar el dinero retenido o autorretenido por concepto de retención en la fuente, impuesto sobre las ventas (IVA) o recaudo de tasas o contribuciones públicas y la voluntad de omitir dicha obligación³³:

³¹ CSJ SP 3423-2021, rad. 57.944 de 11 agosto 2021.

³² Con la Ley 1474 del 12 de julio de 2011 el término de prescripción de la acción penal tratándose de servidores públicos se aumentó en la mitad. Corte Constitucional, sentencia sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003; CSJ SP, 27 julio 2011 rad. 30.170; CSJ SP rad 38.640 de 5 diciembre 2012; CSJ SP rad. 40.353 de 12 diciembre 2012; CSJ SP rad. 33.468 de 11 diciembre 2013.

³³ CSJ SP 021-2019 de 23 enero 2019, rad. 50.438; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

Es del caso señalar que el legislador, a través del artículo 402 del Código Penal, previó la posibilidad de terminar el proceso penal por extinción de la obligación tributaria cuando ésta se cancela, pues finamente lo que interesa al Estado es establecer mecanismos conducentes para el pago efectivo de los diferentes tributos³⁴.

12. DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS -IVA- Y EL REGISTRO ÚNICO TRIBUTARIO -RUT-

El impuesto sobre las ventas -IVA- es un gravamen al consumo bajo la modalidad de valor agregado que tiene aplicación en todo el territorio nacional; constituye un tributo indirecto, de naturaleza real y de causación instantánea³⁵.

Consiste en la obligación pecuniaria a sufragar por el deudor de la imposición tributaria mediante un intermediario que por disposición legal recauda el gravamen y asume la responsabilidad del impuesto frente al Estado.

Su **carácter indirecto** se deriva de la intervención de dos sujetos tributarios. El primero, quien tiene la carga de recaudar el impuesto y pagarlo directamente al Estado y; el segundo, quien soporta las consecuencias económicas del mismo, pero no lo consigna a la administración de impuestos³⁶.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-290 de 2019; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

³⁵ CSJ AP 142-2021, rad. 56.542 de 20 enero 2021.

³⁶ CSJ AP 142-2021, rad. 56.542 de 20 enero 2021.

Los artículos 437, 438 y, 441 a 446 del Estatuto Tributario señalan, como responsables del IVA, a los comerciantes, a quienes sin poseer tal calidad realicen actos similares a los de ellos y a los importadores.

Respecto de la calidad de comerciante, el artículo 10° del Código de Comercio, dispone que lo son, *«las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles»*, y el numeral 2° del artículo 20 de la misma codificación considera mercantil la *prestación de servicios*. De igual modo, el literal c) del artículo 437 del Estatuto Tributario dispone que son comerciantes *quienes presten servicios*.

De conformidad con el artículo 420 del Estatuto Tributario, la obligación tributaria por concepto del IVA se genera por: (i) la venta de bienes corporales muebles no excluidas expresamente; (ii) la prestación de servicios en el territorio nacional; (iii) la importación de bienes corporales muebles no excluidos expresamente y; (iv) la circulación, venta u operación de juegos de suerte y azar.

Una vez se verifica cualquiera de los anteriores supuestos, el gravamen se causa, y quien preste los servicios, venda los bienes corporales o el importador, adquiere el carácter de responsables de este³⁷.

³⁷ CSJ AP 142-2021, rad. 56.542 de 20 enero 2021.

En cuanto al elemento temporal, los preceptos 429 a 436 del Estatuto Tributario establecen el momento de causación del IVA respecto de cada uno de los hechos generadores del mismo; por regla general, corresponde a la fecha de emisión de la factura o documento equivalente, la cual, una vez emitida, le genera a su responsable las obligaciones de liquidar, recaudar el impuesto, declararlo en periodos bimestrales y pagarlo dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional.

Importa advertir que las declaraciones tributarias, entre estas la bimestral del IVA, al igual que la información suministrada a la administración de impuestos, de conformidad con el artículo 746 del Estatuto Tributario, se hallan dotadas de la presunción de veracidad.

En lo que respecta al **Registro Único Tributario** -RUT-, el artículo 19 de la Ley 863 de 2003, lo define como una herramienta para identificar, ubicar y clasificar a las personas y entidades que tengan la calidad, entre otras, de agentes retenedores y recaudadores y, en general, de sujetos de obligaciones administradas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales³⁸.

El Decreto 2788 de 2004 erigió al RUT como el único mecanismo para identificar, ubicar y clasificar a los sujetos de obligaciones administradas y controladas por la DIAN, estableciendo, en el literal c) del artículo 5º, la obligación de los responsables del

³⁸ CSJ AP 142-2021, rad. 56.542 de 20 enero 2021.

impuesto sobre las ventas pertenecientes a los regímenes común o simplificado, de inscribirse en el mismo.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-860 de 2007, expresó que la creación de este registro permitiría controlar la evasión a través de la identificación, ubicación y adecuada clasificación de los sujetos llamados a cumplir con las diversas obligaciones que administra la DIAN, materializando los principios de eficacia y economía que rigen la función administrativa, evitando la dispersión de información y con ello la evasión fiscal, unificando los sistemas de información través de este registro que agrupa y clasifica a los obligados a tributar³⁹.

13. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN PARA EL DELITO TIPO DEL CANON 402 DEL CÓDIGO PENAL

13.1 MARCO NORMATIVO

Dilucidado entonces, si duda alguna, que se trata de un particular que cumple funciones públicas según el canon 20 del Código Penal, se analizará seguidamente el tema de la prescripción de la acción penal.

³⁹ CSJ AP 142-2021, rad. 56.542 de 20 enero 2021.

Establece el canon 83 del Código Penal, modificado por el Art. 1° Ley 2081 de 2021, Art. 8° de la Ley 2098 de 6 de julio de 2021, modificado por el Art. 70 de la Ley 2277 de 13 diciembre de 2022 (Reforma Tributaria), y Ley 2477 de 2025, en lo que interesa a esta decisión:

«Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores».

Claramente la norma informa que el término de prescripción para el delito por el cual se procede (Art. 402 del C.P.) el aumento será *«en la mitad»*.

13.2 PRESCRIPCIÓN Y AUMENTO POR LA CALIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO

El artículo 14 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, *«Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública»*, modificó el inciso sexto del artículo 83 del Código Penal para lo cual estableció que el término de prescripción se aumentará en la mitad ($\frac{1}{2}$) al

servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas cometa la conducta punible⁴⁰.

Se ha explicado que *«la intelección correcta del artículo en comento supone el incremento por la calidad de servidor público del enjuiciado conforme con la pauta general que se establece en el canon 83, inciso 6, del Código Penal»*⁴¹, sin distinción alguna respecto de que el delito sea típicamente militar o común.

Respecto a la interpretación de esta norma en los procesos tramitados bajo la Ley 906 de 2004, la jurisprudencia expresó:

«De manera que, bajo la línea de interpretación trazada por la Corte en los procesos tramitados bajo el rito procesal de la Ley 906 de 2004, **la prescripción de la acción penal en los delitos cometidos por servidores públicos en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas, opera después de formulada la imputación en mínimo** cuatro años (esto es, tres años más el incremento de la tercera parte, si se trata de hechos acaecidos antes de la reforma introducida por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011) o, en **cuatro años y medio (esto es, tres años más el**

⁴⁰ Entre otros, para la justicia penal militar, CSJ STP 2300-2023, rad. 128.343 de 14 febrero 2023; CSJ AP 2679-2023, rad. 59.681 de 6 septiembre 2023; CSJ AP 1929-2024, rad. 63.314 de 20 marzo 2024; CSJ AP 3976-2024, rad. 64.139 de 17 julio 2024; CSJ AP 321-2025, rad. 66.710 de 19 febrero 2025; CSJ SP 1157-2025, rad. 63.535 de 30 abril 2025.

⁴¹ CSJ SP, 22 mayo 2003, rad. 20.719; CSJ SP, 21 abril 2010, rad. 32.201; CSJ AP 1748-2015, rad. 44.829; CSJ AP 1748-2015, rad. 44.829; CSJ SP 3631-2018, rad. 53.066; CSJ AP 354-2020, rad. 56.940; CSJ SP 2162-2021; CSJ AP 1056-2023, rad. 62.701 de 19 abril 2023; CSJ AP 7729-2024, rad. 67.548 de 11 diciembre 2024.

incremento de la mitad, si la conducta se ejecutó en vigor de la reforma introducida por el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011)»⁴² (Negrillas fuera del texto).

Es criterio jurisprudencial sobre la materia, acorde con el cual el incremento previsto para los delitos cometidos por servidor público, en ejercicio de sus funciones, del cargo o con ocasión de ellos, opera tanto en la etapa instructiva como en el juicio⁴³.

El aumento de la tercera ($\frac{1}{3}$) parte o de la mitad ($\frac{1}{2}$), según la legislación que corresponda, no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte o de la mitad, según corresponda, siempre se predica del *término de prescripción*⁴⁴.

El incremento aplica para este tipo de conductas, en el entendido que **los agentes retenedores o recaudadores son particulares a los que la ley les ha conferido la realización transitoria de una función pública**⁴⁵ y, al tener tal calidad, procede el

⁴² CSJ SP 977-2020 de 27 mayo 2020, rad. 54.509; CSJ SP 3796-2022, rad. 61.872 de 2 noviembre 2022; CSJ AP 2679-2023, rad. 59.681 de 6 septiembre 2023; CSJ AP 1929-2024, rad. 63.314 de 20 marzo 2024; CSJ AP 2915-2024, rad. 61.311 de 5 junio 2024.

⁴³ Del Río González, Enrique. *Discusiones actuales del derecho procesal penal*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2025, pp. 121-157. CSJ SP, 25 agosto 2004, rad. 20.673; CSJ SP 3977-2022, rad. 61.664 de 30 noviembre 2022; CSJ AP 442-2023, rad. 61.277 de 8 febrero 2023; CSJ SP 243-2023, rad. 63.046 de 30 junio 2023; CSJ SP 379-2023, rad. 59.169 de 13 septiembre 2023.

⁴⁴ CSJ SP 329-2023, rad. 55.851 de 9 agosto 2023; CSJ SP 1281-2024, rad. 57.851 de 29 mayo 2024.

⁴⁵ CSJ SP, 27 julio 2011, rad. 30.170; CSJ SP, 5 diciembre 2012, rad. 38.640; CSJ SP, 12 diciembre 2012, rad. 40.353; CSJ SP, 11 diciembre 2013, rad. 33.468; CSJ SP 159-2014, 22 enero 2014, rad. 37.163; CSJ AP 193-2014, 29 enero 2014, rad. 41.984; CSJ AP 6408-2014, 22 octubre 2014, rad. 42.635; CSJ SP 002-2015, 14 enero 2015, rad. 37.938; CSJ SP 7253-2015, 10 junio 2015, rad. 41.053; CSJ SP 11042-2016, 10 agosto 2016, rad.

incremento de la pena para el conteo de la prescripción de la acción penal, dependiendo de la norma vigente para el momento en que aconteció el reato.

Ahora bien, como el término de prescripción no puede ser inferior de tres (3) años, este es el tiempo que en principio debe tenerse en cuenta para determinar si la acción prescribió. A este monto debe aumentarse la mitad ($\frac{1}{2}$), por tratarse de un delito cometido por funcionario público en ejercicio de las funciones, de su cargo o con ocasión de ellas, cometido después de la entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011 (12 de julio), lo cual arroja un total de cuatro (4) años y seis (6) meses⁴⁶.

Adicionalmente, con respecto a la suspensión, se ha dicho:

«éste correrá de nuevo por un tiempo equivalente a la mitad del anteriormente señalado, **sin que el término pueda ser inferior a seis (6) años y ocho (8) meses** NI SUPERAR TRECE (13) AÑOS Y CUATRO (4) MESES (ES DECIR, LOS DIEZ -10- AÑOS A QUE ALUDE EL INCISO 2º DEL ARTÍCULO 86 DE LA LEY 599 DE 2000, INCREMENTADOS EN UNA TERCERA PARTE), o menor a siete (7) años y seis (6) meses ni mayor de quince (15) años (en los

48.050; CSJ AP 5708-2016, 31 agosto 2016, rad. 47.449; CSJ AP 960-2019, 13 marzo 2019, rad. 54.594; CSJ AP 3166-2019, 5 agosto 2019, rad. 53.823; CSJ AP 5389-2019, 12 diciembre 2019, rad. 54.532; CSJ SP 126-2023, rad. 61.477 de 29 marzo 2023; CSJ AP 2679-2023, rad. 59.681 de 6 septiembre 2023; CSJ SP 1419-2024, rad. 56.508 de 12 junio 2024; CSJ AP 2262-2025, rad. 63.114 de 9 abril 2025.

⁴⁶ CSJ SP 243-2023, rad. 63.406 de 30 junio 2023.

casos en los cuales ya rija el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011)»⁴⁷.

De forma constante y reiterada se ha dicho que en el período de investigación y juicio el término de prescripción no podrá ser inferior a 6 años y 8 meses, con el incremento de la tercera parte, o de 7 años y 6 meses con el incremento de la mitad⁴⁸.

13.3 SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS DE PRESCRIPCIÓN POR LA SUSCRIPCIÓN DE ACUERDO DE PAGO CON LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Expresa el inciso final del artículo 83 del Código Penal

«[Artículo 70, Ley 2277 de 13 diciembre 2022. Adiciónese el inciso 9 al artículo 83 de la Ley 599 de 2000, así]: En los delitos previstos en los artículos 402 (Omisión del agente retenedor o recaudador), 434-A (Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes) y 434-B (Defraudación o evasión tributaria) de la Ley 599 de 2000 el término de prescripción de la acción penal se suspende por la suscripción de acuerdo de pago con la administración tributaria sobre las obligaciones

⁴⁷ CSJ AP, 21 octubre 2013, rad. 39.611; CSJ SP 159-2014, rad. 37.173; CSJ SP 6355-2014, rad. 42.943; CSJ SP 7135-2014 de 5 junio 2014, rad. 35.113; CSJ SP 1039-2019 de 27 marzo 2019, rad. 40.098; CSJ AP 2552-2021 de 23 junio 2021, rad. 59.597; CSJ AP 2006-2023, rad. 62782; CSJ SP 190-2024, rad. 58.003 de 14 febrero 2024.

13.⁴⁸ CSJ SP 159-2014, rad. 37.173; CSJ SP 6355-2014, rad. 42.943.

objeto de investigación penal durante el tiempo en que sea concedido el acuerdo de pago sin que se supere un término de cinco (5) años, contado desde el momento de suscripción del acuerdo, y hasta la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo de pago por la autoridad tributaria. Acaecido cualquiera de estos eventos se reanudará el termino de prescripción de la acción penal».

Es decir, que para los delitos tipos de los artículos 402, 434-A y 434-B del Código Penal se suspende el término de la prescripción de la acción penal por la suscripción de acuerdo de pago con la administración tributaria sobre las obligaciones objeto de investigación penal durante el tiempo en que sea concedido el acuerdo de pago sin que se supere un término de cinco (5) años, contado desde el momento de suscripción del acuerdo, y hasta la declaratoria de cumplimiento o incumplimiento del acuerdo de pago por la autoridad tributaria. Acaecido cualquiera de estos eventos se reanudará el termino de prescripción de la acción penal.

Esta situación no se ha presentado en el *sub lite*.

13.4 CONSECUENCIAS PROCESALES DE LA IMPUTACIÓN COMO ACTO DE PARTE

A partir de la información recopilada durante la fase de indagación, la fiscalía debe analizar y decidir si existe mérito para formular imputación, esto es, realizar el «**juicio de imputación**»⁴⁹ orientado a establecer si se cumplen o no los requisitos legales para la formulación de cargos, en los términos de los artículos 286 y siguientes del C.P.P.⁵⁰.

Cuando del material probatorio, evidencia física o información legalmente obtenida de que se disponga y pueda el fiscal inferir razonablemente que la persona indiciada es autor o partícipe de la conducta punible, procederá a ejercer sus facultades a nombre del Estado como titular de la acción penal y le comunicará en audiencia de formulación de imputación, que contra ella adelanta una indagación por su probable participación en los acontecimientos delictivos, adquiriendo el indiciado a partir de entonces la condición de imputado⁵¹.

Varias consecuencias procesales se derivan a partir de la imputación de cargos⁵², entre otras, las siguientes:

Uno: se inicia formalmente la investigación penal⁵³, lo que supone la definición previa de las estrategias investigativas por parte de la fiscalía, orientadas a sacar adelante su posición procesal.

⁴⁹ CSJ SP 2042-2019, rad. 51.007 de 5 junio 2019.

⁵⁰ CSJ SP 2042-2019, rad. 51.007 de 5 junio 2019.

⁵¹ Ley 906 de 2004, Art. 286. CSJ SP 1392-2105, rad. 39.894 de 11 febrero 2015.

⁵² CSJ STP rad. 44.103 de 22 septiembre 2009.

⁵³ CSJ STP rad. 44.103 de 22 septiembre 2009.

Dos: se interrumpe el término de prescripción de la acción penal⁵⁴. En delitos de naturaleza permanente (*vr. gr.* secuestro, inasistencia alimentaria, etc.) su comisión no puede extenderse más allá de este acto procesal⁵⁵; sin perjuicio de su incidencia para establecer la competencia del juez de conocimiento y delimitar los contornos de los eventuales debates sobre la preclusión, etcétera.

Ahora bien, según el artículo 189 de la Ley 906 de 2004, el término de prescripción se suspende con la emisión del fallo de segundo grado:

«Artículo 189. **Suspensión de la prescripción.**
Proferida la sentencia de segunda instancia se suspenderá el término de prescripción, el cual comenzará a correr de nuevo sin que pueda ser superior a cinco (5) años».

La expresión «Proferida la sentencia de segunda instancia» fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-294 de 24 agosto de 2022, así como la norma que surge de la interpretación de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto de dicha expresión.

Así pues, la sentencia de segunda instancia se entiende proferida el día en que es suscrita por los integrantes de la Sala y no

⁵⁴ Art. 86 C.P., modificado por el Art. 6° Ley 890 de 2004; Corte Constitucional, sentencias C-127 de 2011 y C-425 de 2008.

⁵⁵ CSJ AP 3185-2019; CSJ SP 4182-2020, rad. 57.859 de 28 octubre 2020.

cuando es leída en audiencia y ello no vulnera el principio de publicidad⁵⁶.

13.5 **PRESCRIPCIÓN EN EL CASO CONCRETO**

La audiencia de imputación se celebró en la data de 9 de mayo de 2023, ante el juez 12 penal municipal con función de control de garantías de Medellín, Antioquia.

Con esta audiencia se suspende el término de prescripción de la acción penal.

La pena máxima con el incremento de la mitad es de 162 meses de prisión (13 años y 6 meses).

Dicho término se interrumpió el 9 de mayo de 2023; es decir, cuando no habían transcurrido los 13 años y 6 meses.

Si los hechos son desde marzo de 2011, es evidente que la imputación de cargos se hizo mucho antes del término máximo de prescripción.

14. **SOBRE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD**

⁵⁶ CSJ AP 5698-2022, rad. 61.992 de 7 diciembre 2022; CSJ AP 3151-2023, rad. 61.585 de 27 octubre 2023.

Para el abogado defensor, doctor JULIÁN YEPES, el incremento en el término de prescripción del artículo 83 del C.P. (en la mitad) ***no aplica para su defendida porque ella no es servidora pública;*** pues no fue nombrada en ningún cargo público por resolución o acto administrativo ni tomó posesión de él y la ley penal no puede arrogarse facultadas de asimilar privados a públicos porque eso afecta el principio de legalidad y es una aplicación de la analogía *in malam partem* para el procesado; por tanto, debe concluirse que ese incremento no aplica para las personas particulares y/o inaplicarse dicha norma por ser violatorias de varios principios constitucionalmente reconocidos.

14.1 EL CONCEPTO DE LA DECLARACIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Cuando se declara una norma como inexecutable por la Corte Constitucional quiere decir que es contraria a la Constitución Política y, por tanto, inaplicable, entonces sale del ordenamiento jurídico, en cuyo caso revive la norma derogada, si es del caso. Fenómeno muy diferente a la derogatoria que está reglamentado en el art. 14 de la ley 153 de 1887. Los efectos de la constitucionalidad son *erga omnes*, es decir, frente a todos⁵⁷.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencias C-145 de 23 de marzo de 1994, C-055 de 15 de febrero de 1996, C-618 de 2001, C-608 de 1992. CSJ SP, 29 julio 2003, rad. 20.678. Normas derogadas por preceptos declarados inexecutables. Condiciones para que se entiendan reincorporados al ordenamiento jurídico (Corte Constitucional, sentencia T-685 de 8 agosto 2003).

La acción de inconstitucionalidad puede ejercitarla cualquier persona y el fallo produce efectos *erga omnes*. El competente, como ya se dijo, es la Corte Constitucional⁵⁸.

Una vez haya decisión sobre la constitucionalidad de una norma por las autoridades judiciales correspondientes, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción de inconstitucionalidad.

En efecto, como se dijo en el Auto 015 de 2003:

«El juez puede aplicar válidamente la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto sin que para esto sea obstáculo las competencias de Corte Constitucional y Consejo de Estado para estudiar la constitucionalidad de una norma, con efectos *erga omnes*. Una vez exista pronunciamiento definitivo de estas corporaciones en lo de su competencia, y no antes, los jueces no pueden seguir aplicando la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos».

La Corte Constitucional en sentencia C-600 de 21 octubre de 1998, enseñó:

«La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional, su exequibilidad o

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1994.

inexequibilidad, total o parcial, con efectos *erga omnes* y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna».

Más adelante se dijo:

«El Consejo de Estado, también con carácter general, ante el ejercicio de acciones de nulidad por inconstitucionalidad, decide si están llamadas a prosperar las pretensiones de los accionantes, y en caso afirmativo anula el acto administrativo correspondiente, retirándolo del ordenamiento jurídico».

14.2 EL CONCEPTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS

La excepción de inconstitucionalidad está contemplada en el artículo 4° superior, así:

«Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades».

La ***excepción de inconstitucionalidad*** también se llama ***control difuso de constitucionalidad*** y se hace en un caso particular por autoridades de la República, razón por la cual sus efectos son *inter partes*.

La excepción de inconstitucionalidad «*sólo puede imponerla la parte interesada dentro del litigio, y no produce efectos sino respecto de ella, es decir, individuales*» y «*no requiere de tribunales especiales, sino que puede ser conocida por los tribunales ordinarios*»⁵⁹.

En auto A-105 de 4 febrero de 2003, se explicó:

«El juez que aplica la excepción de inconstitucionalidad no invade, de ninguna manera, la competencia de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado para decidir de manera definitiva sobre la constitucionalidad de la norma. El respeto de la competencia radica en que la excepción tiene efectos únicamente frente al caso concreto y sólo se puede aplicar en ausencia del pronunciamiento definitivo. Al contrario, el pronunciamiento definitivo sobre la constitucionalidad de una norma tiene

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-006 de 1994.

efectos erga omnes, es posterior en el tiempo a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y no afecta la validez de las decisiones en las cuales se aplicó la excepción de inconstitucionalidad, así la norma se encuentre ajustada a la Carta Política».

Se agregó luego en providencia T-006 de 1994:

«La Corte Constitucional tiene la capacidad jurídica para declarar la inaplicabilidad, en un caso concreto, de una norma legal, cuando considera que es violatoria de la Constitución y ella no ha sido aún declarada inexecutable. En este sistema el proceso ya no es ofensivo: para invocar la inconstitucionalidad de la ley es necesario que ésta haya sido aplicada; es decir, que no interviene sino de manera incidental, a propósito de un proceso, y a título de excepción presentada por una de las partes en él. En este caso si el juez encuentra fundada la demanda de inconstitucionalidad, dejará de aplicar la ley, pero únicamente para quien lo solicitó. Al contrario de lo que sucede en la acción de inconstitucionalidad, la ley conserva su eficacia jurídica, es decir, no se anula, y por consiguiente podrá ser aplicada posteriormente, siempre que no se le oponga la excepción de inconstitucionalidad. El objeto de la excepción no es pues la anulación, sino la no aplicación de la ley en el proceso establecido».

En la sentencia C-600 de 21 octubre de 1998, se explicó por la Corte Constitucional:

«La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, **ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso** para decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla». (se subraya).

Aunque, de otra parte, es pacífica la jurisprudencia de la Corte relativa a que la omisión en la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de una norma legal no configura

ningún vicio de violación directa de la ley sustancial, por cuanto: (i) la posibilidad de hacerlo no es obligatoria y (ii) la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, mientras conserve su vigencia, no torna ilegal la decisión⁶⁰.

Así lo ha indicado la Corte:

«De manera pacífica, la Sala viene precisando, desde tiempo atrás, que un ataque encaminado a censurar un error consistente en que el Tribunal haya omitido dar aplicación al principio de excepción de inconstitucionalidad en relación con una determinada norma legal, no tiene cabida en sede casacional, por cuanto la posibilidad de hacerlo no es obligatoria, y la aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, mientras conserve vigencia, no torna ilegal la decisión en la que fue empleada para la solución del caso concreto.

Lo cual resulta razonable, puesto que quien censura la disposición legal, admite la legalidad de la decisión, en tanto no fustiga a los falladores por haberla interpretado o aplicado de manera errónea, o por no haberla aplicado, sino todo lo contrario, su reproche se termina erigiendo en una tácita aceptación del acierto judicial al aplicar la norma, enfilando su censura la libelista a la disconformidad de la norma con el mandato constitucional, aspecto

⁶⁰ CSJ AP, 23 mayo 2012, rad. 38.858; CSJ AP, 10 octubre 2012, rad. 39.192; CSJ AP 4223-2014 de 30 julio 2014, rad. 39424; CSJ AP 3254-2021, rad. 59.893 de 4 agosto 2021.

que escapa por completo a la esfera de protección de legalidad de la decisión»⁶¹.

14.3 LA DECISIÓN SOBRE LA INAPLICACIÓN DE UNA NORMA NO ES VINCULANTE PARA LOS DEMÁS SERVIDORES JUDICIALES

Los jueces están obligados **a cumplir la Ley**. En principio, entonces, la norma es la que obliga.

El canon 6° de la Carta expresa:

«Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones».

Los servidores públicos están sometidos, en sus decisiones, a cumplir la Ley en su acepción amplia.

En efecto, dice el canon 230 superior.

«Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

⁶¹ CSJ AP 4362-2014 de 30 julio 2014, rad. 44.084; CSJ AP 3254-2021, rad. 59.893 de 4 agosto 2021.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial».

Por su parte la Corte Constitucional sentencia C-600 de 21 octubre de 1998, explicó:

«El principio que rige la operatividad del Estado de Derecho y que hace posible el funcionamiento de las instituciones es el de la obligatoriedad y ejecutabilidad de las normas que, dentro del esquema de la organización política, profieren los organismos y las autoridades competentes, según la Constitución. En general, la norma jurídica, independientemente de su jerarquía, obliga a sus destinatarios y es deber de las autoridades públicas, en el ámbito de las atribuciones que a cada una de ellas corresponda, hacerla efectiva. Es cabalmente la inobservancia de ese deber lo que provoca, bajo el imperio de la actual Constitución, el ejercicio de la acción de cumplimiento, de la cual es titular toda persona, y la verificación acerca de si aquél ha sido o no acatado constituye el objeto específico de la sentencia que el juez ante quien dicha acción se instaura debe proferir».

La excepción de inconstitucionalidad no obliga a los demás operadores jurídicos y no puede considerarse como jurisprudencia pues no está interpretando la Ley en un caso contrario, pues, se reitera, está es inaplicando la Ley.

Inaplicar la Ley en un caso concreto no puede, jamás, vincular a los jueces que, se reitera, deben cumplir la Ley según la norma superior (Art. 230 C. Pol.).

De otra parte, en la sentencia C-600 de 21 octubre de 1998, se explicó por la Corte Constitucional, que cuando una alta Corporación inaplica la norma, ese precedente ***no es de forzoso seguimiento***.

Esto se dijo en la sentencia C-600 de 1998:

«La hipótesis del artículo 4 de la Constitución carece justamente de la nota de la generalidad, puesto que la definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese marco jurídico preciso. Se habla entonces de un efecto inter partes, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso. Y la norma inaplicada no se afecta en su vigencia general, aunque, por motivo de la inaplicación, no haya producido efectos en el asunto particular del que se trata. La excepción de inconstitucionalidad no ocasiona consecuencias en abstracto, ni puede significar la pérdida de vigencia o efectividad de la disposición sobre la cual recae, **ni tampoco se constituye, dentro de nuestro sistema jurídico, en precedente forzoso** para

decidir otros casos que, bajo distintas circunstancias, también estén gobernados por aquélla». (se subraya)

14.4 EN EL CASO CONCRETO NO HAY RAZONES SUFICIENTES PARA DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD

Por supuesto que cuando se «*cuestiona la constitucionalidad de una norma relevante para la solución de un caso, el juez está en la obligación de responder y resolver la excepción de inconstitucionalidad planteada. Su inacción frente a este punto, vicia de inconstitucionalidad la decisión*»⁶².

Las razones para colegir que no hay lugar a la excepción de inconstitucionalidad, son las siguientes:

Primero: la Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998, expresamente indicó que la asimilación de particulares a servidores públicos, para efectos penales, se refiere al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye **un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales** y se apoya en una realidad objetiva.

⁶² Corte Constitucional, sentencias T-522 de 2001, T-049 de 2002, T-461 de 2003, entre otras.

Segundo: con anterioridad a la Constitución de 1991, la expresión empleado oficial constituía un género que designaba en general a los servidores públicos. La norma actual lo que hace es poner a tono las regulaciones existentes en el Código Penal y de Procedimiento Penal que empleaban dicha expresión con lo que dispone el art. 123 de la Constitución.

Tercero: desde la sentencia C-563 de 1998, el particular se asimila a la condición de servidor público no por el vínculo que surge de la relación con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley. En ese sentido, solo se adquirirá la condición de servidor público cuando desarrolle o preste directamente las tareas propias de las autoridades públicas⁶³.

Cuarto: en términos de la Corte Constitucional en sentencia C-1144 de 2000, mal puede afirmarse que se sanciona al representante legal de la sociedad por el sólo hecho de ostentar dicha condición, ya que su implicación deviene del hecho de no observar el deber impuesto por la ley a la entidad que legítimamente representa, el cual conlleva, a un apoderamiento arbitrario de dineros de naturaleza fiscal y, por contera, a un enriquecimiento ilícito. Que la ley considere responsable al representante legal de la sociedad cuando no se ha informado a la autoridad el nombre de la persona delegado para actuar como agente retenedor, no es asunto que viole la Constitución, pues, en sentido estricto, es al representante legal a quien compete

⁶³ CSJ SP, rad. 34.732 de 9 agosto 2011.

asumir directamente esa función y, por contera, la responsabilidad penal derivada de su incumplimiento.

Quinto: el incremento en el tiempo de prescripción se justifica debido al mayor daño social y la pérdida de legitimidad del Estado que estos actos generan, justificando así un tratamiento más riguroso y un término de prescripción extendido en comparación con otros delitos.

Sexto: la Corte Constitucional en la sentencia C-345 de 1995, al declarar exequible el Art. 82 del Decreto ley 100 de 1980, por el cual se expidió el Código Penal anterior, artículo cuyo texto era idéntico al actual⁶⁴, por la supuesta vulneración de los principios de igualdad y de proporcionalidad, afirmó:

«7. Lo anteriormente expuesto ilustra la relación existente entre la pena y la prescripción: si bien la segunda es directamente proporcional a la primera, en la medida en que una variación en el monto de la pena repercute en la misma proporción en el término de prescripción, la regulación de esta última es independiente de la punibilidad, ya que obedece a otras finalidades.

El demandante arguye la existencia de un límite constitucional de la prescripción de la acción penal, más allá del cual la medida legislativa se toma

⁶⁴ El Art. 82 del Decreto ley 100 de 1980 disponía: «*Prescripción del delito cometido por empleado oficial. El término de prescripción señalado en el artículo 80 se aumentará en una tercera parte, sin exceder el máximo allí fijado, si el delito fuere cometido dentro del país por empleado oficial en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos*».

desproporcionada y quebranta el derecho a la igualdad. El incremento del término de prescripción, por efecto de la mayor punibilidad de los delitos perpetrados por servidores públicos, agotaría la posibilidad de aumentarlo nuevamente con fundamento en otras razones.

No obstante, a juicio de la Corte, sólo mediante la inadvertencia de las diferentes finalidades de la pena y de la prescripción de la acción penal, es posible esgrimir la tesis del agotamiento de la facultad legislativa de regular la prescripción. Sólo bajo la perspectiva del demandante -según la cual la regulación y tasación de la pena y de la prescripción dependen de las mismas finalidades- es posible comprender la idea de una supuesta desproporción al incrementar nuevamente lo ya aumentado. En efecto, el único principio constitucional que podría sustentar el cargo del demandante, y que subyace al argumento de la desproporción del nuevo aumento en el término de prescripción, es el principio de *non bis in idem*, en virtud del cual no se podría sancionar nuevamente un hecho ya sancionado. No obstante, el actor evita invocar directamente este principio, y prefiere hablar de un límite constitucional tácito, para evitar la equiparación entre la finalidad sancionatoria de la pena y la finalidad práctica -no punitiva- del término de prescripción».

Séptimo: mediante sentencia C-229 de 2008 se declaró la exequibilidad, «*por los cargos examinados*» «*la expresión “al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”, contenida en el Art. 83 de la Ley 599 de 2000*», que aunque no es la norma actualmente vigente (incremento de la mitad para el delito tipo del Art. 402 del CP.) su *ratio decidendi* es aplicable al *sub exámine*.

Octavo: los aumentos de pena han sido respetados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras muchas providencias, en CSJ SP, 22 mayo 2003, rad. 20.719; CSJ AP rad. 32.116 de 11 noviembre 2009; CSJ SP, 21 abril 2010, rad. 32.201; CSJ AP 1748-2015, rad. 44.829; CSJ AP, 30 septiembre 2020, rad. 56.996; CSJ SP 2162 de 2 junio 2021, rad. 58.745; CSJ SP 4323-2021, rad. 57.944; CSJ SP 126-2023 de 29 marzo de 2023, rad. 61.477; CSJ AP 2539-2024, rad. 64.068; CSJ SP 2948-2024, rad. 59.250 de 6 noviembre 2024; CSJ SP 3429-2024, rad. 57.858 de 11 diciembre 2024; CSJ AP 3282-2025, rad. 68.956 de 16 mayo 2025; CSJ SP 1593-2025, rad. 65.557 de 4 junio 2025.

15. CONCLUSIÓN

No hay causal objetiva sobreviniente (prescripción de la acción penal) de conformidad con el numeral 1° del Art. 332 del C.P.P., razón por la cual no se decreta la preclusión en el *sub examine*.

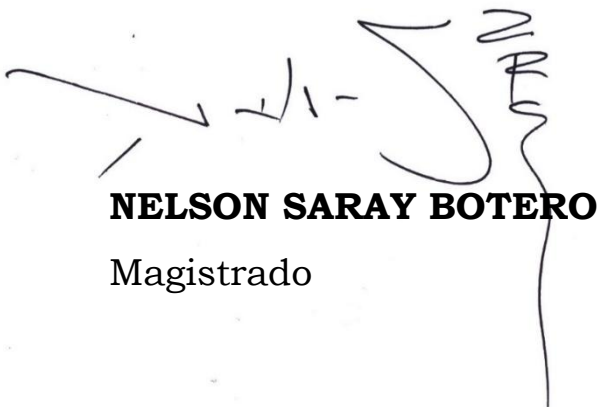
Se acogen las peticiones de los sujetos procesales no impugnantes, fiscal 165 seccional, doctora GLORIA CRISTINA HOYOS PATIÑO, y apoderado de la víctima, doctor CAMILO ANDRÉS SEPÚLVEDA BOTERO.

Se ha de confirmar el auto objeto de confutación, pues la decisión es materialmente correcta.

16. RESOLUCIÓN

EL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL, (i) CONFIRMA en su integridad el auto objeto de censura por las razones expuestas; **(ii)** contra esta decisión no procede ningún recurso; **(iii)** ejecutoriado el auto se devolverá al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLAS



NELSON SARAY BOTERO
Magistrado

CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN

Magistrada



JESÚS GÓMEZ CENTENO

Magistrado