

Proceso No 20778

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

Aprobado Acta No.90

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil seis (2006).

VISTOS:

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto a nombre de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2002 por el Tribunal Superior de Bucaramanga, que confirmó la dictada en primera instancia por el Juzgado 8º Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se condenó a dicha procesada a las penas principales de 1 año y 3 meses de prisión y multa de \$ 1'633.000, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la sanción privativa de la libertad, y al pago de los perjuicios ocasionados, en calidad de autora de un concurso de delitos de peculado por apropiación, "del IVA correspondiente al quinto y sexto bimestre de 1997 y RETEFUENTE del séptimo, octavo, noveno y décimo periodo de 1997 y primer período de 1998".

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

En escrito presentado el 8 de marzo de 1999 ante los Fiscales Seccionales de Bucaramanga, el Administrador de Impuestos y Aduanas de esa ciudad, denunció a

MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, quien en su calidad de representante legal de la sociedad AIRE SANTANDER LIMITADA, presentó en diferentes bancos de la ciudad declaraciones de IVA y retención en la fuente, sin el correspondiente pago, por los siguientes períodos:

| Periodo | concepto   | banco     | fecha    | valor     |
|---------|------------|-----------|----------|-----------|
| 1997-5  | IVA        | Ganadero  | 24-11-97 | 2'088.000 |
| 1997-6  | IVA        | Ganadero  | 22-01-98 | 1'889.000 |
| 1997-7  | Retefuente | Sudameris | 21-08-97 | 1'048.000 |
| 1997-8  | Retefuente | Sudameris | 23-09-97 | 630.000   |
| 1997-9  | Retefuente | Ganadero  | 22-10-97 | 482.000   |
| 1997-10 | Retefuente | Sudameris | 21-11-97 | 321.000   |
| 1998-1  | Retefuente | Ganadero  | 20-02-98 | 74.000    |

Con base en dicha denuncia, el 15 de marzo de 1999 un Fiscal de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Bucaramanga abrió formalmente la investigación y

dispuso vincular mediante indagatoria a MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, contra quien posteriormente, y ante su renuencia a comparecer ordenó su captura, la cual no arrojó resultados positivos.

Entonces, en resolución del 28 de marzo de 1999 ordenó emplazar a la imputada, pero como tampoco se hizo presente, en proveído del 11 de junio siguiente la declaró ausente. Sin embargo, como acto seguido MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ designó apoderado, seguidamente se le escuchó en indagatoria.

Así, y como para entonces también se había indagado a Florentino Rodríguez Pinzón, uno de los socios de la empresa, en interlocutorio del 10 de noviembre se definió la situación jurídica de éste y la de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, con medida de aseguramiento consistente en caución prendaria por valor de \$ 50.000 en calidad de coautores del delito de “peculado por apropiación por extensión”, en concurso homogéneo, decisión que fue apelada por el defensor de la segunda mencionada y confirmada el 30 de diciembre de 1999, aclarándose que el delito imputado correspondía al de peculado por apropiación.

Entre tanto, esto es, en decisión del 14 de julio de 1999 se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por la DIAN.

Más adelante también fueron vinculados mediante indagatoria los socios de la empresa, Édgar Rafael Coello Llinás, Manuel Julián Alzamora López y Leonardo Werner Will Martínez, a quienes el 20 de junio de 2000 se les definió la situación jurídica con medida de aseguramiento de caución prendaria fijada en \$ 100.000; determinación que al ser apelada por los defensores de los procesados fue revocada por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga en resolución del 28 de febrero de 2001.

Perfeccionado el ciclo instructivo, el 15 de marzo de 2001 se ordenó su cierre, y el 25 de mayo del mismo año se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación en contra de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, por infracción al artículo 665

del Estatuto Tributario, sancionado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código Penal, como peculado por apropiación; al tiempo que se dictó preclusión de la investigación a favor de Édgar Rafael Coello Linás, Manuel Julián Alzamora López, Florentino Rodríguez Pinzón y Leonardo Werner Will Martínez.

Contra la anterior determinación, el defensor de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ interpuso recurso de apelación, que fue desatado el 26 de septiembre de 2001 por la Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el sentido de confirmarla.

La etapa del juicio se llevó a cabo en el Juzgado 8º Penal del Circuito de Bucaramanga, despacho que decretó las pruebas pedidas por las partes durante el traslado de que trata el artículo 400 de la Ley 600 de 2000.

En el debate de la audiencia pública el Fiscal solicitó la absolución de la acusada argumentando que su comportamiento fue culposos, y como tal, no puede penalizarse dentro de la descripción del tipo previsto en el artículo 665 del Estatuto Tributario, que no prevé esa modalidad.

Así, culminada la audiencia pública se dictó sentencia de condena en primera instancia, la cual al ser apelada por el defensor de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, recibió confirmación del Tribunal Superior de Bucaramanga en los términos precedentemente expuestos.

#### LA DEMANDA:

##### Primer Cargo

Con sustento en el cuerpo segundo de la causal primera de casación, acusa el demandante el fallo de segundo grado de violar indirectamente los artículos 133 y 40-1 del Decreto 100 de 1987 y 402 y 32-1 de la Ley 599 de 2000, como consecuencia de errores de

hecho por falsos juicios de existencia, identidad y “apreciación” de las pruebas.

#### Falsos juicios de existencia

El Tribunal pretermitió la valoración de las comunicaciones del 31 de mayo y 28 de junio de 1996, 22 de mayo y 17 de junio, 13 de noviembre y 22 de diciembre de 1997 enviadas por MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ a los socios solicitándoles su asistencia a la junta para adoptar decisiones de fondo, entre las que se contaban las cuantiosas deudas que existían con la DIAN desde antes de ella asumir el cargo de gerente, los embargos por los procesos laborales, coactivos, deudas parafiscales, obligaciones con proveedores y la liquidación de la empresa; sin que hubiera recibido la colaboración de aquellos.

Omitió también el sentenciador ponderar el acta No. 24 del 4 de diciembre de 1992 en la que se determinó un plazo perentorio para la liquidación de la empresa, y el informe de gerencia del 14 de abril de 1993 en el que se advierte la grave crisis de la sociedad.

Precisa al respecto que en la comunicación del 22 de mayo de 1997 MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ puso en conocimiento de los socios que las cuentas bancarias de “Aire Santander” estaban embargadas por la DIAN en cuantía de \$ 38’000.000 y que además, pactaron compromiso de pago para antes del 15 de junio de ese mismo año.

Tampoco se consideró el certificado de existencia y representación de “Aire Santander”, expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga, que da cuenta de un embargo del 6 de junio de 1997 por un proceso ejecutivo; otro del 3 de marzo de 1998 en proceso de ejecución coactiva adelantado en el Juzgado primero de ejecuciones fiscales de Bucaramanga; ni las fotocopias de las diligencias de secuestro de los bienes de la empresa, llevadas a cabo el 22 de agosto de 1997 por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Barranquilla y el 12 de diciembre del mismo año por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bucaramanga, que son apenas algunos de los diversos procesos que se tramitaron en contra

de esa empresa.

Todas esas pruebas, dice, demostraban la causal de justificación por caso fortuito o fuerza mayor.

#### Falsos juicios de identidad

Afirma el censor que los hechos demostrados a través de las pruebas aportadas en este proceso fueron distorsionados en la sentencia, pues su defendida expuso con sinceridad y claridad en la diligencia de indagatoria todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon su gestión como gerente de la empresa “Aire Santander Ltda.” desde finales de 1994 hasta diciembre de 1997 cuando presentó su renuncia. Preciso que cuando asumió en tal calidad existía una importante deuda con la DIAN por IVA y retención en la fuente, y que los dineros que ella recaudó los fue abonando a deudas anteriores, sin que pudiera llegar a pagar todo debido a los problemas de la empresa.

Sin embargo, el sentenciador distorsionó lo ocurrido “señalando sin razón” que su defendida desvió los dineros recaudados y que fue ella quien, en razón al tiempo que fungió como gerente de la empresa, acumuló deudas de años anteriores que posteriormente pretendió cubrir con los dineros nuevos que recibió, cuando contrario a ello, se demostró que en 1997 las deudas fiscales ascendían a \$ 38'000.000, y a MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ se le condenó por la suma de \$ 5'421.560,00, todo lo cual es indicativo que pudo recuperar deudas anteriores a su gestión, sólo que por diversas circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito no alcanzó a ponerse al día.

Incurrió el fallador en el mismo yerro al pretender que su representada debía incumplir créditos como los salarios, seguridad social, cajas de compensación familiar, etc., que acorde a la legislación colombiana son de primer orden.

#### Errores de apreciación

Los hechos demostrados a través de la indagatoria de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ y en algunas de las otras pruebas que valoró la sentencia despreciando otras, no fueron comprendidos, pues sólo porque aparece un saldo a favor de la DIAN se concluyó, aplicando criterios de responsabilidad objetiva, la señora MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, gerente de "Aires Santander Ltda.", es quien debe responder penalmente, sin considerar las circunstancias y dificultades que aquella debió sortear.

Solicita, por tanto, se case la sentencia impugnada y se dicte una de reemplazo de carácter absolutorio.

#### Segundo Cargo

Al amparo de la causal segunda postula el censor este reparo a la sentencia de segundo grado, esto es, por no estar en consonancia con la resolución de acusación.

Para el demandante la solicitud de absolución elevada por el Fiscal en la audiencia pública –celebrada el 14 de mayo de 2002-, con base en las pruebas allí practicadas, debió entenderse como una variación de la calificación y consecuente preclusión de la investigación, que impedía al Juez de primer grado dictar sentencia de condena por inexistencia de cargos en contra de la sindicada.

Sin embargo, como el Juez hizo caso omiso de esa pretensión y dictó sentencia de mérito condenando a su defendida, se incurrió en una vía de hecho desconocedora del debido proceso.

Pide, así, se case la sentencia recurrida y se dicte un fallo de reemplazo de carácter absolutorio.

#### Tercer Cargo

Por motivo de nulidad, fundado en irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso, en esta oportunidad acusa el libelista el fallo de segunda instancia.

Para demostrar el yerro alegado reproduce en su integridad lo expuesto en el cargo anterior, sobre la variación de la calificación jurídica, que hizo el Fiscal en la audiencia pública al solicitar la absolución de la acusada.

Por consiguiente, pide se decrete la nulidad de la actuación “a partir del auto que decretó el cierre de la investigación para que el señor Fiscal haga la calificación conforme a lo expresado en la etapa de audiencia fallida, dado que una petición de absolución no es otra cosa que una resolución de calificación de preclusión de la instrucción”.

#### Cuarto Cargo

También por nulidad es este reparo que propone el demandante, aduciendo que se vulneró el debido proceso por haberse reconocido a la DIAN como parte civil en este asunto, no obstante que paralelo a la acción penal se adelantaba proceso de jurisdicción coactiva.

Tal situación, afirma, se encuentra demostrada con lo expuesto por MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ en la audiencia pública, la comunicación que ésta le envió el 22 de mayo de 1997 a los socios y el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio; y esa situación fue advertida en la sentencia de primera instancia.

Acto seguido refiere que la Fiscalía no acató el principio de investigación integral porque previo a la admisión de la DIAN como parte civil, debió constatar si dicha entidad estaba adelantando cobro coactivo.

En síntesis, la DIAN abusó de las facultades otorgadas por la ley, desconociendo el

debido proceso, circunstancia que también se presentó al interior del proceso penal, porque de la demanda de constitución de parte civil no se le corrió traslado a la sindicada.

Solicita, en consecuencia, se case la sentencia demandada y se decrete la nulidad a partir del auto que admitió la constitución de parte civil.

## CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA EN LO PENAL

### Causal tercera

En acatamiento al principio de prioridad, la Procuradora Delegada responde en primer lugar los cargos por nulidad así:

### Tercer cargo

Para la Representante del Ministerio Público este reparo no está llamado a prosperar porque el proceso se rituó conforme a los parámetros establecidos en la Ley 600 de 2000.

En efecto, el artículo 400 de la normatividad en cita dispone que una vez ejecutoriada la resolución de acusación el Fiscal adquiere la condición de sujeto procesal, puesto que el control del proceso pasa al Juez como director de la etapa del juicio. En esa medida, la actuación del fallador no queda atada a las alegaciones de los sujetos procesales, pudiendo absolver o condenar de acuerdo a la prueba recaudada.

En el presente asunto, el Fiscal no solicitó la variación de la calificación jurídica provisional sentada en la resolución de acusación, pues lo que hizo en la audiencia pública fue solicitar la absolución de la acusada argumentando que la procesada había obrado de manera culposa.

Lo anterior, sin embargo, no afectó la congruencia existente entre la acusación y la

sentencia, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cita jurisprudencial que trae en apoyo de sus afirmaciones.

#### Cuarto cargo

Esta censura, a juicio de la Procuradora Delegada contiene una seria contradicción. De un lado ataca la legalidad del proceso porque se admitió a la DIAN como parte civil, pese a que por separado había iniciado cobro coactivo por los dineros recaudados por concepto de IVA y retención en la fuente; y de otro, se queja porque no se hubiera corrido traslado de la demanda de parte civil presentada por la aludida entidad..

No obstante, para responder a las inquietudes del demandante, la Delegada refiere las normas procesales atinentes a la admisión de parte civil y las confronta con el proceso, para concluir lo siguiente:

-La secuencia de la actuación, demuestra que efectivamente la DIAN se constituyó en parte civil en este asunto y al tiempo adelantó cobro coactivo por los periodos adeudados por la empresa AIRE SANTANDER LTDA. por conceptos de IVA y retención en la fuente.

-El cobro coactivo no es equiparable a la acción civil, porque la jurisdicción coactiva, según lo definió la Corte Constitucional en la sentencia C-649 de 2002 es “la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial y se enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa”.

Adicionalmente, la decisión que impone la obligación tributaria constituye título ejecutivo, con el cual puede la administración acudir ante el juez civil a instaurar un proceso ejecutivo, situación que aquí no ocurrió.

-“.. la función coactiva que la Administración de Impuestos adelantó contra la empresa

Aire Santander Ltda.. con el fin de lograr el recaudo de lo adeudado, no es un procedimiento de carácter judicial ni contiene el despliegue de una acción civil con miras a buscar el resarcimiento de los daños y perjuicios causados con el hecho punible, ni el derecho de las víctimas o perjudicados a conocer la verdad de lo ocurrido y a reclamar porque el hecho no quede en la impunidad”.

Lo anterior, dice, conlleva a que en la tasación de los perjuicios por daño emergente, se consideren los dineros producto del cobro coactivo o cualquier otra suma cancelada, y así lo hizo la sentencia.

-La acción civil y la acción coactiva no son incompatibles, por manera que era procedente en este caso la admisión de la demanda de constitución de parte civil presentada por la DIAN.

Causal primera

Primer cargo

Es cierto como lo reseña el censor que la sentencia recurrida no valoró las comunicaciones mediante las cuales MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ intentó en varias oportunidades poner en conocimiento de los socios de la empresa AIRE SANTANDER LTDA. la difícil situación económica que atravesaba durante los años 1995 a 1998. Esa circunstancia, sin embargo, no autorizaba a la representante legal de la empresa para disponer de los recursos recaudados por concepto de IVA y retención en la fuente que debió consignar a la DIAN, pues no se trataba de activos de la empresa, sino de dineros del Estado que aquella debía consignar dentro de los dos meses siguientes a su recaudo.

El proceder de la procesada, no se justifica con la crisis económica que atravesaba la empresa, ni demuestran fuerza mayor o caso fortuito, máxime cuando ella era conocedora

de la obligación legal que tenía, y por ende, su conducta no fue el resultado de una circunstancia exculpanate de responsabilidad.

Además, las circunstancias aludidas fueron conocidas paulatinamente por la representante legal de la empresa, quien debió adoptar los correctivos del caso para no disponer de los dineros del fisco, que más adelante pretendió cubrir con los nuevos recaudos efectuados, sin que pudiera finalmente cancelarlos en su totalidad.

La explicación de la acusada, según la cual el pasivo tributario existía con anterioridad al período en que ella se desempeñó como representante legal de la empresa, no aparece demostrada, porque la situación relacionada con la no consignación del IVA y la retención en la fuente se presentó justo durante su desempeño como tal. Así lo expusieron los juzgadores de instancia, y lo declaró en el proceso Florentino Rodríguez Pinzón, quien fue gerente de la sociedad en el período comprendido entre julio de 1988 y septiembre de 1992. Así también se aprecia del informe de gerencia fechado el 14 de abril de 1993, suscrito por William Gutiérrez Parejo, quien no hizo referencia a obligaciones pendientes con la DIAN; y contrario a ello, la procesada asumió como representante legal el 11 de noviembre de 1993 y las obligaciones contraídas con la administración comenzaron, según el mandamiento de pago, desde el año de 1995.

En tales condiciones, la omisión denunciada no tiene trascendencia.

En lo concerniente a los falsos juicios de identidad, señala el Ministerio Público que las deficiencias técnicas en su desarrollo le impiden prosperar.

Por último, esto es, en lo que tiene que ver con los errores de apreciación, relacionados con la omisión en la valoración de unas pruebas, en que la norma sanciona al retenedor del IVA y la retención en la fuente que no consigne oportunamente los dineros a la DIAN, razón por la cual no se puede condenar a su defendida únicamente porque es la representante legal de la empresa; quien además, dice, actuó amparada en una causal de justificación,

también desacertó el demandante frente a la técnica de casación, pues a la postre hace un ejercicio valorativo con la pretensión de que la Corte haga las veces de tercera instancia.

### Tercer cargo

En concepto del Ministerio Público, tampoco está llamada a prosperar esta censura que el demandante postula por incongruencia entre la acusación y la sentencia, bajo el entendido que al pedir el Fiscal la absolución de su representada en la audiencia pública, varió la calificación jurídica de la conducta y su pedimento debía asumirse como una preclusión de la investigación.

Aquí también, son razones de técnica las que llevan a la representante de la Procuraduría a concluir sobre la improsperidad del reproche. Además, al ser el planteamiento sustancialmente idéntico al de uno de los reparos por nulidad, reiteró lo expuesto al respecto.

Solicita, en consecuencia, no casar el fallo impugnado.

### CONSIDERACIONES:

Como lo advirtió la Procuradora Delegada, el principio de prioridad que rige el recurso extraordinario de casación exige que por la naturaleza y alcances que le son propios a los cargos por nulidad, éstos se propongan en primer lugar, teniendo en cuenta, eso sí, la mayor o menor cobertura que cada uno de ellos tendría en el evento de prosperar.

No obstante lo anterior, y pese a que los cargos segundo y tercero fueron propuestos en

su orden, al amparo de la causal segunda y tercera de casación, la Sala los responderá conjuntamente dada la identidad temática que constituye su fundamento.

#### Cargos segundo y tercero

Como ya se advirtió, y quedó consignado en el resumen de la demanda, en estos reparos se propone, de un lado, la incongruencia entre la acusación y la sentencia porque la petición de absolución que hiciera el Fiscal en la audiencia pública debió entenderse por el Juez como una variación de la calificación jurídica, referida a una preclusión de la investigación, y en ese orden debió absolver a su defendida.

La misma situación, la plantea como una irregularidad afectante del debido proceso que da lugar a la nulidad de la actuación.

Tal planteamiento, evidentemente parte de dos supuestos equivocados. Uno, desconocer que por mandato legal “con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del Juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal”<sup>1</sup>. Y de otro, que la variación de la calificación jurídica no puede suponer el retiro de los cargos propuestos en la acusación.

Lo anterior significa, como es apenas obvio, que dada la estructura del proceso penal de conformidad con lo regulado en la aludida normatividad, para el Fiscal, la facultad de disponer de la acción penal por cualquiera de las causales señaladas en la ley está claramente delimitada hasta la ejecutoria de la resolución de acusación, pues es en dicha decisión en la cual se evalúa el cumplimiento de los fines de la investigación referidos a si se ha infringido la ley penal, quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible, los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó la conducta, las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la

personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida, además de los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible (art. 331 íd.)

Por eso es por lo que, en desarrollo de la fase de instrucción impera el principio rector de la investigación integral, según el cual es obligación del Fiscal averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado (art. 20), lo cual necesariamente se cumple a través del recaudo de las pruebas llevado a cabo por el ente instructor, o bien por la actividad defensiva técnica o material a la que tiene derecho la persona legalmente vinculada, durante el término establecido para el logro de ese cometido, sin perjuicio de que, una vez recaudada la prueba necesaria, lo que puede ocurrir antes del tiempo previsto, sea procedente ordenar su cierre y entrar a calificar el sumario, acto procesal en el cual el Fiscal condensa y hace un juicio sobre los resultados de la investigación pudiendo acusar en caso de cumplirse los requisitos del artículo 438, o precluir en los eventos previstos para dictar cesación de procedimiento, incluso en caso de duda, cuando el cierre se produjo por vencimiento del término de instrucción.

Por eso mismo, ejecutoriada la acusación, la dirección del proceso queda radicada en el Juez, a quien le corresponde definir a través de un pronunciamiento de mérito si en grado de certeza se pudo comprobar que se cometió el delito investigado, y si el responsable es la persona acusada.

Asimismo, la calidad de sujeto procesal que en la fase del juicio le corresponde al Fiscal, no obsta para que, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal de 2000, y concluida la práctica de pruebas en la audiencia pública, pueda solicitar la variación de la calificación jurídica provisional dada a la conducta punible “por error en la calificación, o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de coparticipación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante

que modifiquen los límites punitivos”.

En todo caso, la variación de la calificación en el juicio supone la firmeza de la acusación, o del llamamiento a juicio a una persona por la realización de una conducta punible respecto de la cual se cuenta con prueba suficiente que permita considerarla autora o partícipe del mismo.

Esa es la inconsistencia del planteamiento del demandante, quien pretende que la intervención que el Fiscal hizo en la audiencia pública como sujeto procesal en realidad traducía una variación en la calificación, pero referida ésta no a la conducta punible, sino como forma de calificación del sumario, cuando eso, como quedó visto, no es lo regulado en la ley.

En esa medida, lo que sí hubiera constituido un equívoco y un contrasentido es que el Fiscal hubiera pretendido la variación de la calificación jurídica de la conducta punible, para por esa vía, calificar nuevamente el sumario, retomando una competencia que evidentemente, para esa etapa del proceso, ya no detentaba.

Por ello, la intervención del Fiscal, en cuanto consideró que si bien la señora MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ omitió consignarle a la DIAN los valores correspondientes al IVA y a la retención en la fuente por los períodos por los que fue denunciada, lo hizo por negligencia, era tema que sólo podía estudiarse en el fallo, y que bien podía ser acogido o no.

En este evento, dicha tesis, a la que también se adhirió la defensa, fue analizada con detenimiento por el Juez, quien concluyó que el actuar de la procesada fue doloso.

Por último, no está de más recordar que frente a este tema, la jurisprudencia de la Sala se ha reiterado en el siguiente sentido:

“La Sala advierte que el demandante aparentemente confunde el retiro de la acusación por parte de la Fiscalía, expresado con la solicitud de absolución, con la variación de la calificación y por ende de la acusación misma, pues esta segunda modalidad está regulada por el artículo 404 de la ley 600 de 2000 e implica, además de su traslado a los demás sujetos procesales quienes eventualmente pueden solicitar la suspensión de la audiencia para estudiar la nueva calificación propuesta o para solicitar las pruebas que resulten necesarias y pertinente de dicha mutación. De ocurrir esta contingencia, la acusación formulada en la resolución de acusación no desaparece del proceso, menos aún si es favorable al reo. Simplemente, como lo tiene precisado la Sala 2, terminada la audiencia, “el juez debe fallar sobre la imputación fáctica y jurídica contenida en la resolución de acusación, en la variación efectuada por el fiscal y en la propuesta por el juez como objeto de la controversia, respetando el principio de congruencia”, en suma sobre lo debatido en la audiencia, en la cual, sin duda, la resolución de acusación es un objeto más de la misma.

Pero la posición absolutoria del fiscal, de lege ferenda, implica sí un retiro de la acusación, que no está expresamente regulada o prevista como tal por la ley procesal, ( lege lata) tanto que al juez no se le priva de la competencia para evaluar si la posición es sensata o no desde el punto de vista probatorio o jurídico. Si la razón asiste al fiscal y no al juez, el censor debe optar entonces por la causal primera para acusar el fallo por los yerros que pueda contener, porque no es un problema de congruencia” (casación 21.769, del 15 de septiembre de 2004).

Así las cosas, los cargos no prosperan.

Cuarto cargo

Esta censura que también postula el censor por motivo de nulidad está relacionada con la admisión de la DIAN (actualmente denominada Unidad Administrativa

Especial -Dirección de Impuestos Nacionales-) como parte civil en esta actuación, pese a que también inició cobro coactivo; situación que el recurrente califica como atentatoria del debido proceso.

Pues bien, los argumentos con base en los cuales el demandante pretende demostrar el yerro de procedimiento no guardan relación con los hechos que dieron origen a este proceso, y desde luego no demuestra de qué manera la presunta irregularidad trascendió negativamente en la sentencia.

En ese sentido, ningún aporte de solidez al cargo representan las referencias sobre lo expuesto por MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ durante la audiencia pública, la comunicación que ésta les envió a los socios el 22 de mayo de 1997 y el certificado de existencia y representación de la empresa; pues tales pruebas hacen referencia a otros hechos, que si bien involucran una deuda con la DIAN, que se pretendió compensar con los saldos a favor por impuesto a la renta (f. 255, c1), y que a la postre fue rechazado definitivamente el 17 de abril de 2000, según lo informó dicha entidad a la Fiscalía mediante oficio del 18 del mismo año, esto es, cuando se encontraba en curso la investigación, no constituyeron el objeto de los puestos en conocimiento a través de la denuncia presentada en contra de MARTA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ.

Adicional a lo anterior, tampoco es cierto que no se hubiera indagado lo suficiente que para establecer si la DIAN adelantaba cobro coactivo por las sumas dejadas de consignar por concepto de IVA y retención en la fuente por las que dicha entidad denunció penalmente a MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ. La actuación contiene varios oficios mediante los cuales la DIAN respondió solicitudes elevadas por el instructor sobre el estado de la deuda que por concepto de impuestos reportaba en esa entidad la empresa AIRE SANTANDER LTDA. Al folio 123 del cuaderno No. 1 aparece comunicación No. 081-04065-172 del 23 de noviembre de 1999, remitida por la División de Cobranzas, Regional Nor- oriente de la DIAN, señalando el estado actual de la deuda a cargo de la

citada empresa con esa entidad. En dicha oportunidad certificó también que “en esta Dependencia se adelanta proceso por jurisdicción coactiva No. 9602957, por los conceptos antes mencionados y hasta el momento la sociedad no tiene bienes afectados con medida cautelar”. La misma información se suministró posteriormente, mediante oficio 81-04-077-63 del 18 de enero de 2000, por la División Jurídica de la DIAN.

De igual manera, al momento de rendir indagatoria, Edgardo Rafael Coello Llinás (f. 131, c.1), uno de los socios de la empresa, aportó en su defensa documentación relacionada con las gestiones por él adelantadas ante la DIAN para ponerse al día con el porcentaje por el que, como socio, debía responder ante dicha entidad. Anexó además, el mandamiento de pago No. 00018 del 25 de agosto de 1999 (f. 85, c.1), teniendo en cuenta que “contra la sociedad contribuyente AIRE SANTANDER LTDA. 800.039.703-0 se profirió Mandamientos de pago No. 0024475 de septiembre 18 de 1997, notificado el 30 de septiembre de 1997 por la suma de DIEZ Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA y TRES MIL PESOS (\$ 16'553.000) y No. 000927 de abril 24 de 1998 notificado el 29 de junio de 1998 por la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$ 2'550.000) más un bono de Inversión para la seguridad Resolución No. 0032 por los valores, conceptos y períodos que se relacionan a continuación”, entre los cuales se cuentan los que fueron relacionados por retención en la fuente en la denuncia formulada en contra de MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ.

Es de precisar, igualmente, que en esa oportunidad se libró tal orden en contra de los socios de la empresa, por ser deudores solidarios -hasta el monto de sus aportes-, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 794 del Estatuto Tributario.

Lo anterior, pone de presente que el instructor sí se preocupó por verificar la situación de la empresa AIRE SANTANDER LTDA. ante la DIAN, y que a través de la información que él mismo solicitó se enteró de la existencia del cobro coactivo iniciado en contra de los socios de la persona jurídica como deudores solidarios de los impuestos no

consignados.

Lo anterior, sin embargo, no significa que la DIAN no podía pretender en el proceso penal el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con la conducta omisiva en que incurrió MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, quien en la empresa que gerenciaba, era la encargada de cumplir con la función de agente retenedor y, por consiguiente, consignar los respectivos valores a la DIAN.

Por eso mismo, el hecho de haberse iniciado el cobro coactivo en contra de los deudores solidarios, para el caso, los socios de la persona jurídica, no se constituía en elemento impeditivo para ejercer la acción civil en el proceso penal frente a la persona que realizó la conducta punible en perjuicio de los intereses del Estado.

En ese sentido, debe recordarse que el daño es fuente de obligaciones civiles, bien que se tenga como fuente el delito, el hecho propio, el hecho de terceros, o de las cosas o animales, o el causado por el ejercicio de las actividades peligrosas; y en esa medida el perjudicado tiene derecho no sólo a que se le resarzan los perjuicios sufridos, sino a pretender su pago por cuenta de todos los obligados a ello, así no siempre coincida que éstos sean también responsables penalmente.

Esa es la situación que aquí se presenta. MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ no podía llamarse a responder al proceso coactivo como deudora solidaria de los saldos que por concepto de IVA y retención en la fuente y otros impuestos que la empresa AIRE SANTANDER hubiera dejado de pagar o consignar durante 1997 y 1998, puesto que no era socia de la empresa; pero sí es responsable penalmente por las omisiones en que incurrió frente a esas obligaciones y deberes que la persona jurídica tenía frente al Estado, mientras fue su gerente y representante legal, pues, por esa condición ejercía transitoriamente una función pública. No de otra manera podría explicarse por qué las respectivas declaraciones sin pago fueron presentadas por ella.

Lo que esa situación traduce, es que la administración inició cobro coactivo con el fin de obtener el pago de saldos a su favor, acudiendo al procedimiento coactivo administrativo, para el cual está facultada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 823 y siguientes del Estatuto Tributario, como que se trata de un mecanismo ágil y eficaz, mediante el cual se pretende que los recursos del Estado ingresen oportunamente para poder cumplir sus fines esenciales.

Lo expuesto, permite dos conclusiones, una que en este caso, la procesada MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ, como autora de la infracción penal, debía responder por su conducta; y otra, que los socios de la empresa debían hacerlo solidariamente en su condición de terceros, por ser las personas naturales que componían la persona jurídica deudora del Fisco, máxime que el daño causado en este evento coincidía en parte con el valor de lo adeudado.

En este sentido, oportuno resulta traer a colación lo sostenido por la Sala en anterior oportunidad, en un caso que guarda algunas similitudes con el que es objeto de estudio:

“La acción civil se puede ejercer en el proceso penal o por fuera, a elección de los perjudicados, que en el caso concreto prefirieron dirigirla contra los autores del hecho punible dentro de la actuación penal y luego – sin adelantar acción civil resarcitoria por separado-, concurrieron al trámite de concordato, para que se garantizara el pago de acreencias mercantiles que constaban en pagarés y aceptaciones bancarias...

...

...

Ejercer la acción civil contra ese tercero por fuera o por dentro del proceso penal, no significa exoneración de la responsabilidad civil de los autores o cómplices, pues todos

ellos responden solidariamente de la obligación del resarcimiento de los perjuicios (art. 44 del C. de P. P.). Los impugnantes consideran que se trata de la misma obligación, pero hacen caso omiso de que aún en ese evento el perjudicado puede perseguir su reconocimiento de todos o varios de los responsables civilmente, sin que pueda olvidarse que el fallo condenatorio en el proceso penal es vinculante tan sólo para los sujetos procesales y no frente a terceros que no fueron parte. Las víctimas pueden pretender que dentro o por fuera del trámite penal se reconozca la responsabilidad de los obligados civilmente que no son autores, determinadores o cómplices de los hechos punibles. Ejercer la acción contra un tercero civilmente responsable no quita interés a los perjudicados de pretender que se declare la responsabilidad penal y civil de los sindicados y sean condenados éstos a pagar los daños causados. Es más, habrá casos en que las posiciones del tercero y del sindicado se opongan, o en que la defensa del tercero implique la responsabilidad exclusiva del procesado" (fallo de casación rad. 13.805, del 7 de marzo de 2000).

No se trata pues, de un doble cobro por parte de la DIAN, como parecería sugerirlo el demandante, sino del ejercicio legítimo de las acciones pertinentes en orden a restablecer los daños causados con la conducta punible, ya que, no puede perderse de vista, como lo acotó la Procuradora Delegada, que advirtiendo esa circunstancia el Juez de primer grado precisó que no imponía condena por concepto de perjuicios morales, en atención a que el bien jurídico tutelado no es un derecho subjetivo; mientras que sí procedía indemnización por el daño material, respecto del cual concretó el daño emergente en la suma de \$ 6'532.000 (valor de los conceptos no consignados por IVA y retefuente). No obstante descontó el equivalente al 17% "cancelado por el socio FLORENTINO RODRÍGUEZ PINZÓN y cualquier otra suma pagada por cualquiera de éstos y relacionada con los cobros coactivos que ejecutó la DIAN sobre la deuda que dio origen a este denuncia y que hayan sido efectivos, como lo solicita el Defensor, pues en caso contrario se estaría configurando un enriquecimiento ilícito para la DIAN, que no es

posible aceptar y a título de lucro cesante los intereses moratorios que certifique la DIAN sobre lo adeudado realmente por IVA y RETEFUENTE desde la fecha en que ha debido cancelarlo hasta su pago, no procediendo la actualización del Daño Emergente, como lo solicita la apoderada de la Parte Civil, porque se le están reconociendo los intereses de ley moratorios pedidos por ésta" (f. 158, c. 2).

Por último, frente a la afirmación suelta del demandante en el sentido de no haberse corrido traslado a su defendida de la demanda de constitución de parte civil de la DIAN, corresponde señalarse que si bien para la fecha en que se adoptó tal determinación MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ ya había conferido poder a un abogado de su confianza, no deja de ser una irregularidad que no trasciende la legalidad del proceso, puesto que dicho profesional tuvo acceso a la actuación desde ese momento.

Por lo expuesto, entonces, el cargo no prospera.

#### Primer cargo

Los argumentos de los que se vale el censor, fundados en falsos juicios de existencia e identidad, que impidieron al sentenciador reconocer a favor de la procesada la existencia de un caso fortuito o fuerza excluyente de responsabilidad no tienen frente al fallo la trascendencia suficiente para provocar su revocatoria.

En efecto, los documentos de cuya omisión se queja el censor, como él mismo lo advierte, están relacionados con la crisis económica que atravesaba la empresa para la época en que MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ fungió como su representante legal.

No obstante, tal como con acierto lo advirtió el Tribunal, esas circunstancias no permiten estructurar a favor de aquella causal que la exima de responsabilidad, toda vez que:

“... el texto del dispositivo es claro, así como que su interpretación y alcance cierran el paso a cualquier dificultad para su aplicación, como que se circunscribe a señalar que entratándose de una sociedad se responsabiliza penalmente por el incumplimiento a quien no consigne el valor del IVA dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por la ley, siendo ésta la persona natural encargada en cada entidad del cumplimiento de dichas funciones, misión que debe ser reglamentaria, pues de no, fácil sería evadir la responsabilidad por parte de los obligados tributariamente con cualquier argumento, como los en este caso planteados. Sin duda, el espíritu que animó al legislador a concebir y crear el tipo penal fue el de sancionar penalmente a la persona natural que al interior de aquellas empresas tal función le haya sido legalmente delegada y no la cumpla. Como se anotará, lo punible es la omisión en el cumplimiento, con efectividad, de su labor de recaudador de impuestos.

En síntesis, contra la pretensión del impugnante, porque no ha lugar en este caso concreto al reconocimiento del ‘caso fortuito o fuerza mayor’, ni por qué la empresa estaba eximida por encontrarse en liquidación forzosa administrativa o en concordato (o en camino de ser poseída por la Superbancaria), porque en realidad no lo estaba legalmente...” (fs. 15 y 16, c. T.).

Adicional a lo anterior, no tiene en cuenta el demandante que el agente retenedor, no es en estricto sentido un contribuyente, sino, como en este caso, un particular que cumple una función pública frente a quien que adquiere sus bienes o servicios sujetos al pago de IVA o retención en la fuente. Esto quiere decir, que los descuentos que por ley deben hacerse por este concepto, los recuda el agente retenedor, y es su obligación consignarlos a la DIAN, precisamente porque son dineros del Estado que no tienen por qué ingresar a las arcas del recaudador como si fueran recursos propios, ni están sujetos a los acuerdos que rijan la relación comercial entre el contribuyente y el retenedor.

Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-009 de 2003, al puntualizar lo

siguiente:

“Pese a ciertas semejanzas que discurren frente a la función del agente retenedor, en lo concerniente al autorretenedor hay que comenzar distinguiendo que él no es intermediario de relación alguna; pues, en contraste con el agente retenedor, que sí es un intermediario, el autorretenedor es contribuyente de la suma retenida, y por tanto, el responsable directo del pago del tributo. Sin lugar a dudas, el autorretenedor es un verdadero deudor fiscal, que en virtud de la ley cumple una doble función dentro de la obligación tributaria, a saber: de una parte, es contribuyente respecto de la ocurrencia del hecho generador; y de otra, es retenedor directo y personal de la cantidad que con arreglo a un porcentaje debe pagar a buena cuenta del tributo que afecta su transacción. La autorretención debe practicarla el acreedor al momento de recibir el pago o de registrar el abono en cuenta<sup>3</sup> de la respectiva transacción, lo que ocurra primero. Hipótesis tales que, por su simple ocurrencia propician el cálculo de la retención, y por ende, el surgimiento del monto retenido como un recurso estatal que temporalmente reposa en manos del autorretenedor, sin que para nada importen los acuerdos o condiciones que entrañe la transacción materia de retención, toda vez que la naturaleza estatal de la cantidad retenida no depende de las cláusulas pactadas por las partes en su relación negocial sino del acto de retención practicado al momento de la realización del ingreso, que según se sabe, ocurre al momento del pago o abono en cuenta (art. 27 E.T.).”

Por eso mismo, si la empresa continuaba cumpliendo su objeto social, así fuera precariamente y bajo difíciles condiciones económicas, los valores retenidos o descontados por concepto de IVA no podían atarse a las necesidades de la persona jurídica frente a las obligaciones crediticias contraídas con particulares, porque, como se anotó desde el mismo momento de su recaudo eran dineros estatales, cuyo destino no podía ser otro que su consignación oportuna a la DIAN.

Así las cosas, y si bien no se aprecia que el fallo de segundo grado hubiese considerado los documentos que reflejan que la sociedad presentaba dificultades financieras, ninguna incidencia tienen en la conclusión a la que se llegó sobre su responsabilidad penal, pues no podrían desvirtuarla, ni excluirla, por las razones expuestas en precedencia.

Adicional a lo anterior, el censor aduce la existencia de falsos juicios de identidad con respecto a las explicaciones dadas por MARTHA EDITH DURÁN BOHÓRQUEZ sobre su conducta, atinentes a que cuando ella asumió ese cargo la empresa ya soportaba una importante deuda con la DIAN por IVA y retención en la fuente, pudiendo saldar gran parte de ella, afirmando que prueba de esa situación es que la sentencia sólo la condenó al pago de \$ 5'421.560.

El fundamento de este yerro es tan inconsistente como contrario a la verdad del proceso. El censor no tiene en cuenta que los períodos cuya consignación por conceptos de IVA y retención en la fuente no se hicieron, fueron claramente discriminados en la denuncia como se indicó en el acápite de los hechos, y todos corresponden a los años de 1997 y el 1º bimestre de 1998; y que de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio que obra al folio 202 del período durante el cual MARTHA ejerció la representación de AIRE SANTANDER LTDA, corrió entre el 24 de septiembre de 1993, fecha en que se llevó a cabo la Asamblea en la que se produjo su nombramiento, que fue inscrito el 11 de noviembre de 1993, y su renuncia fue aprobada el 17 de abril de 1998, e inscrita el 24 del mismo mes y año. Es decir, con razón sostuvo el Tribunal que los saldos adeudados por dicha sociedad fueron durante su gestión, como también evidentemente se advierte de las declaraciones sin pago, suscritas por la propia sindicada.

En el mismo sentido, tampoco observó el demandante que el monto en que fueron tasados los perjuicios sólo indica que para ello se tuvo en cuenta el valor total al que ascendían las sumas no consignadas por IVA y retención en la fuente durante 1997 y un período de 1998, es decir, las mismas por las que la DIAN formuló denuncia penal en su

contra.

A la postre, el yerro de identidad que se propuso demostrar no deja de ser una oposición al criterio apreciativo del fallador, incapaz de demostrar la existencia de un caso fortuito o una fuerza mayor.

Este cargo, tampoco prospera.

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

RESUELVE:

1. No casar el fallo impugnado.
2. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

MAURO SOLARTE PORTILLA

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ  
QUINTERO

ALFREDO GÓMEZ

Impedido

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN  
DE BARÓN

MARINA

PULIDO

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS  
BASTIDAS

YESID RAMÍREZ

JULIO      ENRIQUE      SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Teresa Ruiz Núñez

Secretaria

art. 400, Ley 600 de 2000

2 Auto de Colisión. Febrero 14 de 2002. R. No. 18457. M.P. JORGE CÓRDOBA  
POVEDA.

3 Aquí el abono en cuenta lo registra el acreedor como una cuenta por cobrar, es decir,  
como un crédito a su favor.