

Proceso No 21863

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. EDGAR LOMBANA TRUJILLO

Aprobado Acta Nro. 040

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil cuatro (2004).

VISTOS:

Mediante sentencia del 5 de febrero de 2003, el Juzgado Penal del Circuito de La Unión (Nariño) condenó a JAVIER BECERRA MORENO y a JUAN ELIAS CABRERA MONTERO, a las penas principales de 24 meses de prisión y multa por valor de \$ 4'918.593,50, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo lapso de la sanción restrictiva de la libertad y al pago de la suma de \$ 36'513.000 a favor del municipio de San Lorenzo; cada uno, en calidad de autores del delito de peculado por apropiación. Igualmente, a favor de los sentenciados se suspendió condicionalmente la ejecución de la sentencia.

Contra la anterior decisión, el defensor de JAVIER BECERRA MORENO interpuso recurso de apelación que fue desatado por el Tribunal en sentencia del 13 de mayo de 2003, en el sentido de revocar la condena impuesta a dicho procesado, para en su lugar absolverlo “del cargo de omisión del agente recaudador o retenedor, por el cual fuera acusado por la Fiscalía”, al igual que de la sanción accesoria y el pago de los perjuicios ordenado en el fallo de primer grado.

El apoderado de la parte civil interpuso contra tal determinación el recurso extraordinario de casación, en la modalidad discrecional. Por tanto, procede ahora la Corte a pronunciarse sobre su admisibilidad.

HECHOS:

Fueron así resumidos por el Juez de primera instancia:

“Para regir los destinos del vecino Municipio de San Lorenzo (Nariño), durante el período constitucional comprendido entre los años de 1995 y 1997, fueron designados por el pueblo el Alcalde JAVIER BECERRA MORENO, y por éste último el tesorero JUAN ELIAS CABRERA MONTERO. Conformado el binomio en esta forma, comenzó su actividad administrativa, cumpliendo su misión con laudable empeño y naturalmente, orientados hacia el bien común y al beneficio de la pujante región, pues, desde hace algunos años, recibían el beneficio electoral de sus habitantes quienes puntualmente asistían a las urnas favorecidos con su voto y por ello se encontraban comprometidos con muchas causas de carácter social.

No obstante, al término de su mandato, la justicia tuvo conocimiento de unos hechos anómalos que ejecutó arbitrariamente la administración pública representada por los dos ciudadanos antes mencionados, actos que consistieron en la omisión de consignar los dineros correspondientes a la retención en la fuente durante el año gravable de 1997. Así lo puso en alerta el alcalde sucesor FRANCISCO JAVIER GÓMEZ, quien a través de denuncia formulada ante la Fiscalía General de la Nación dio a conocer que sus antecesores en la administración municipal de San Lorenzo, incumplieron la obligación de pagar a la DIAN los valores retenidos en la fuente, por los pagos efectuados al municipio en el año de 1997 a personas naturales y jurídicas, por un monto calculado en \$ 39'348.748, dineros que a pesar de haber sido retenidos jamás fueron transferidos a la entidad recaudadora de impuestos”.

ACTUACIÓN PROCESAL:

1. La denuncia presentada por Francisco Javier Gómez ante la Fiscalía General de la Nación sirvió de base para abrir la presente investigación, a la que fueron vinculados mediante indagatoria, JAVIER BECERRA MORENO y JUAN ELIAS CABRERA, Alcalde y Tesorero, respectivamente, del municipio de San Lorenzo (Nariño), respecto de quienes el instructor se abstuvo de imponerles medida de aseguramiento.
2. Perfeccionada la investigación, el 22 de febrero de 2000 se calificó el mérito probatorio del sumario con resolución acusatoria en contra de los dos vinculados, a quienes llamó a juicio como autores de un delito de peculado por apropiación, en cuantía de \$ 39'3348.748. En ese mismo proveído se admitió como parte civil al Municipio de San Lorenzo.
3. Contra la anterior decisión la defensa de los procesados interpuso recurso de apelación, que fue desatado el 17 de agosto de 2000 por una Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Pasto, en el sentido de confirmar la acusación y adicionarla con relación a los dos sindicados, con medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, por el ilícito contra la administración pública.
4. Iniciada la etapa del juicio, a petición de la defensa de los sindicados, en auto del 7 de diciembre de 2000, el Juez Penal del Circuito de La Unión decretó la nulidad de la medida de aseguramiento que en contra de aquellos profiriera el Fiscal de segunda instancia.
5. En auto del 19 de junio de 2002, se reconoció también como parte civil a la DIAN.
6. Surtida la audiencia pública, el 5 de febrero de 2003 el Juzgado Penal del Circuito de La

Unión profirió sentencia de primera instancia. Dicho fallo precisó que la Fiscalía incurrió en un equívoco al llamar a juicio a los sindicatos por un solo delito de peculado, cuando lo que se presenta es un concurso de hechos punibles, por apropiaciones inferiores a 50 salarios mínimos. Asimismo, en aplicación del principio de favorabilidad, tuvo en cuenta para la individualización de la pena privativa de la libertad lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 190 de 1995; excluyó la principal de interdicción o inhabilidad con base en lo dispuesto en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, que tipifica el delito de omisión del agente retenedor.

Así, profirió sentencia de condena en contra de los dos procesados, imponiéndoles como pena principal 24 meses de prisión y multa de \$ 4'918.593 y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción restrictiva de la libertad. Igualmente tasó los perjuicios en cuantía señalada anteriormente.

7. Apelado el fallo anterior por la defensa de JAVIER BECERRA MORENO, el 13 de mayo de 2003 fue revocado por el Tribunal en lo que concierne a la condena proferida en contra de este sindicado.

8. Contra la anterior sentencia, el apoderado de la parte civil, en representación del municipio de San Lorenzo interpuso recurso de casación que le fue negado por el Tribunal. Recurrida en reposición esa determinación, se decidió adversamente al tiempo que se concedió el recurso de queja que resolvió la Corte en auto del 27 de agosto del año anterior, en el sentido de conceder la impugnación extraordinaria en la modalidad excepcional.

LA DEMANDA :

1. Interés para recurrir

Precisa en primer lugar el apoderado de la parte civil, que le asiste interés para recurrir en este asunto por tratarse de un sujeto procesal, pues en su condición, y conforme a los fines que orientan la casación, pretende un fallo de reemplazo en el que se determine la responsabilidad penal y civil de uno de los procesados.

1. De la casación excepcional

En este acápite, expone el demandante que a través de este recurso pretende garantizar los derechos fundamentales de la parte civil -Municipio de San Lorenzo-, además de perseguir un pronunciamiento “que verse sobre la tipicidad específica y su modificación normativa”.

A partir del contenido sustancial del artículo 29 de la Carta Política en relación con el principio de legalidad y su desarrollo en el 228 y 230 ibídem, relativos a la prevalencia del derecho sustancial y el imperio de la ley en el ejercicio judicial, sostiene el casacionista que en este evento se desconoció el debido proceso al absolver a uno de los sindicados, en perjuicio de los intereses de la parte civil, pues en la actualidad, las rentas del Municipio afectado se encuentran embargadas y secuestradas por una suma que asciende a los \$ 207'000.000 por parte de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales, “con el consecuente agravio para las finanzas públicas municipales y el cumplimiento de los cometidos estatales en inversión social y demás obligaciones”.

1. Causal Invocada

Cargo principal

Con sustento en la causal primera del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, el censor acusa el fallo de segundo grado de violar directamente la ley sustancial , por falta de aplicación de los artículos 368, 375, 376, 382, 571 y 572 del Estatuto Tributario y los artículos 314 y 315-1-3-10 de la Carta Política, 131 del Decreto 1333 de 1986 y 84 y 91 de la Ley 136 de 1994, que contienen los elementos normativos del tipo extrapenal descrito en el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, “figura punible hoy tipificada en el art. 402 del Código Penal bajo la denominación de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador”.

En este caso, sobre la base de la inexistencia de norma que le asigne competencia al Alcalde para la percepción, declaración y giro por concepto de retención en la fuente el Tribunal “se aproximó” a una conclusión sobre incompetencia de dicho funcionario en tal sentido. Por el contrario, estimó el fallador que esa labor corresponde de manera exclusiva y excluyente al Tesorero Municipal.

Al respecto, destaca el libelista el contenido del artículo 665 del Estatuto Tributario, subrogado por el 22 de la Ley 383 de 1997, según el cual “El Agente retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los dos (2) meses siguientes a aquél en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación”, “Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la administración de la cual es contribuyente, con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal cargo y la constancia de su aceptación. De no hacerlo las sanciones previstas en este artículo, recaerán sobre el representante legal”.

El artículo 402 de la Ley 599 de 2000, modificó parcialmente el último párrafo de la norma transcrita, establece que “Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”.

Por tal razón, no es correcta la conclusión del fallador sobre la incompetencia total del Alcaldé Municipal en esta materia. Al respecto, existe abundante legislación que sustenta lo contrario. El delito en comento se refiere a un sujeto activo cualificado, el agente retenedor, y esa condición en el marco legal está atribuida al Alcalde. En este sentido el artículo 368 del Estatuto Tributario especifica que son agentes de retención o percepción “LAS ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO, los fondos de inversión, los fondos de valores, los fondos de pensión de jubilación e invalidez, los consorcios, las comunidades organizadas, las uniones temporales y las demás personas naturales o jurídicas, sucesiones ilíquidas y sociedades de hecho, que por sus funciones intervengan en actos u operaciones en los cuales deben, por expresa disposición legal, efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente” (subraya el demandante).

Así las cosas, estando asignada la condición de agente retenedor a los entes de derecho público, ante la improcedencia del procesamiento penal de esta clase de personas jurídicas, esa responsabilidad, para efectos penales, recae en la persona natural a cargo.

De igual manera, los artículos 375, 571 y 572 del Estatuto Tributario, que regulan quiénes deben hacer la retención o percepción; quiénes están obligados a cumplir los deberes formales; y cuáles son los representantes que deben cumplir los deberes formales, son claros en señalar a los representantes legales o quiénes por expresa disposición legal tengan competencia funcional en materia tributaria para retener, declarar y pagar.

En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 314 de la Carta

Política, 131 del Decreto 1333 de 1986, 91 y 94 de la Ley 136 de 1994, el representante legal del municipio es su Alcalde. En estas condiciones, al no existir delegación o designación especial con el lleno de los requisitos legales, ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, y la aceptación de esta última entidad, no puede desconocerse que conforme a las obligaciones formales de los retenedores, es el Alcalde quien tiene la obligación de presentar la declaración tributaria y consignar o girar el respectivo título valor para su pago. Eso, sin embargo, no desconoce que se trate de una labor conjunta que se lleva a cabo entre el burgomaestre y el Tesorero.

Adicionalmente, “debe añadirse que también es equívoco el entendimiento dado a la función del Tesorero Municipal alusiva a la realización de transferencias y aportes, en tanto esta modalidad de giros atañe; la primera a la remisión de determinadas sumas que por mandato legal se deben realizar a ciertos entes descentralizados (Vgr. Institutos de vivienda municipal) y la segunda a las cotizaciones de índole parafiscal (SENA, I.C.B.F.). La retención en la fuente no es una transferencia, menos un aporte y por ende la existencia de una asignación funcional sobre estas materias en cabeza del Tesorero Municipal no exonera de la responsabilidad tributaria que torna a un alcalde municipal como el sujeto activo calificado de la figura de omisión de agente retenedor o recaudador, máxime en consideración a la imposibilidad de reformar un régimen de rango legal por vía de un acto administrativo de orden municipal”.

En este caso, la desatención de las normas citadas se originó a la vez en un error de interpretación. No obstante, lo adecuado técnicamente es aducir su falta de aplicación que fue el resultado efectivo y por ese motivo se absolvió indebidamente a JAVIER BECERRA MORENO por el delito de omisión de agente retenedor, y con ello, se atentó también contra los principios de legalidad, derecho penal de acto, y efectividad del derecho sustancial.

Demanda de la Corte, se case el fallo impugnado y en su lugar se dicte sentencia

condenatoria en contra de JAVIER BECERRA MORENO, y se le impongan las penas principales y accesorias que corresponden, además de la responsabilidad civil a que haya lugar.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Lo primero que corresponde precisar en este asunto es el interés que le asiste a la parte civil para recurrir en casación. No solo se trata de un sujeto procesal legitimado para acceder a esta sede extraordinaria de conformidad con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 205 del Código de Procedimiento Penal en concordancia con el 208 ibídem, sino que, pese a no haber apelado el fallo de primer grado, la absolución con la que se favoreció a uno de los procesados lo habilita para demandar extraordinariamente el fallo de segundo grado en ese aspecto. De la misma manera, el recurso se interpuso oportunamente y la demanda se presentó en tiempo.

2. Ahora bien, en este caso, no obstante haberse proferido resolución acusatoria por un delito de peculado por apropiación en cuantía de \$ 39'348.748, lo cual, en relación con los efectos punitivos haría viable la casación ordinaria, es lo cierto que el Juez de primer grado se apartó de esa apreciación y entendió que no se trata de un solo delito, sino de un concurso de peculados en cuantías inferiores a 50 salarios mínimos, como se precisó en precedencia.

2. Desde esta perspectiva, hechas las operaciones pertinentes de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 de la ley 190 de 1995 que sirvió de soporte legal para la condena, la pena se reduce a 18 meses el mínimo y 90 el máximo, límite, desde luego, inferior a 8 años. No cabe duda, entonces, que es lo regulado en el inciso tercero del artículo 205, la normatividad que se impone observar en este caso con miras al recurso extraordinario en la modalidad de excepcional, y es el cumplimiento de tales

requisitos los que examinará la Corte con el fin de pronunciarse sobre la admisión de la demanda.

3. El libelo examinado se allana los requisitos reseñados, no sólo por razón de la naturaleza de la providencia impugnada y el delito objeto de la condena, sino por el interés jurídico para impugnar y porque el demandante cumplió debidamente con el deber de exponer a la Corte las razones en que funda la viabilidad de la casación discrecional.

Adujo que pretende, en representación de los intereses de la parte civil –Municipio de San Lorenzo- que se restaure el principio de legalidad, que en este caso estima conculcado con la decisión del Tribunal de absolver a JAVIER BECERRA MORENO, a partir de una serie de interpretaciones equívocas que dejaron por fuera la aplicación de la normatividad llamada a complementar el tipo penal regulado en el artículo 402 del Código Penal, sobre la omisión de agente retenedor.

4. De la misma manera, el único cargo que postula con sustento en el cuerpo primero de la causal primera de casación, por violación directa de la ley sustancial en el sentido de la falta de aplicación desarrolla coherentemente los propósitos los que invocó para justificar el ejercicio de la impugnación extraordinaria.

5. La demanda, entonces, satisface el presupuesto referido en el inciso tercero del artículo 205 del Estatuto Procedimental, además de los exigidos en el artículo 212 ibídem y por ende, la Sala la admitirá, ordenando correr traslado al Ministerio Público para que emita el concepto previo a la emisión del fallo de fondo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

1. Admitir la demanda de casación discrecional presentada por el apoderado de la parte civil, en representación del municipio de San Lorenzo (Nariño) contra la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Pasto.
2. Por el término de 20 días, córrase traslado al Procurador Delegado en lo Penal para que emita concepto.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

HERMAN GALÁN CASTELLANOS

Comisión de servicio

JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO
PINZÓN

ÁLVARO ORLANDO PÉREZ

MARINA PULIDO DE BARÓN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

MAURO SOLARTE PORTILLA

Impedido

Teresa Ruiz Nuñez

Secretaria