

Proceso No 25903

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta N° 205

Bogotá, D.C., veinticuatro de octubre de dos mil siete.

VISTOS

Se pronuncia la Sala acerca de la extinción de la acción penal por pago de las obligaciones tributarias, según petición elevada por el procesado LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA.

HECHOS

Fueron consignados en la sentencia de segunda instancia, de la siguiente manera:

“El Sr. LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA se desempeñó como gerente y en consecuencia, como representante legal de la entidad COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA LTDA, cuya sede tiene asiento en la ciudad de Medellín, desde el 5 de octubre de 1998 hasta el 27 de junio de 2001, tiempo dentro del cual omitió cancelar los valores que corresponden a los períodos y conceptos que a continuación se relacionan:

Clase de Obligación	Período	Valor
---------------------	---------	-------

IVA	2000-06	4.533.000
IVA	2000-02	764.000
RFTE	2000-08	17.321.000
RFTE	2000-09	13.861.000
RFTE	2000-10	23.717.000
RFTE	2000-11	27.695.000
RFTE	2000-12	62.090.000
RFTE	2001-01	8.216.000
RFTE	2001-02	7.214.000
RFTE	2001-03	3.512.000
RFTE	2001-04	7.907.000
RFTE	2001-05	11.540.000".

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Los anteriores hechos fueron denunciados por el doctor Germán Cruz Serna, jefe de la División Jurídica Tributaria de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, el 3 de octubre de 2001.

Al día siguiente, la Fiscalía 55 Seccional de Medellín dispuso la apertura de la respectiva investigación penal y ordenó la vinculación mediante indagatoria de LUIS RAFAEL

CALDERÓN DAZA, en diligencia que tuvo lugar el 15 de noviembre del mismo año, en la cual se le imputó el delito de “omisión del agente retenedor”, previsto en el artículo 402 del Código Penal de 2000.

Clausurada la fase instructiva, el ente instructor calificó el mérito del sumario el 17 de octubre de 2002, profiriendo resolución de acusación en contra del sindicado LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA, por el concurso de delitos constitutivos de “peculado por apropiación”, tipificado en el artículo 133 del Decreto-Ley 100 de 1980, decisión que fue confirmada por la Fiscalía delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, mediante resolución del 12 de diciembre del referido año.

2. La etapa de la causa la adelantó el Juzgado 9° Penal del Circuito de Medellín, despacho que tras evacuar las audiencias públicas de preparación y juzgamiento, el 19 de agosto de 2005 dictó sentencia contra el acusado por el delito objeto de la acusación, descrito en el artículo 133 del Código Penal de 1980, y en tal virtud lo condenó a veintiocho (28) meses de prisión y multa de \$188'370.000.00, como penas principales, así como a la accesoria de “interdicción de derechos y funciones públicas” por el mismo lapso de la privativa de libertad; del mismo modo, le concedió el beneficio sustitutivo de la suspensión condicional de ejecución de la pena.

Impugnado el fallo por el defensor del sindicado, el Tribunal Superior de Medellín lo confirmó a través de la sentencia calendada el 23 de marzo de 2006, que oportunamente fue recurrida en casación por dicho sujeto procesal.

3. Por auto del 14 de agosto de 2006, la Sala consideró que la demanda de casación se ajustaba a las previsiones del artículo 212 de la Ley 600 de 2000 y dispuso, por consiguiente, correr traslado al Ministerio Público para la emisión de concepto.

Surtiéndose el traslado en comento, el 23 de noviembre de 2006 el procesado LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA allegó memorial en el que indica que canceló toda la deuda

tributaria que tenía con la DIAN, la cual corresponde al período que ejerció como gerente de la COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA.

Pidió, en consecuencia, que al momento de resolver el recurso extraordinario, se tuviera en cuenta dicha cancelación, la cual soportó con las fotocopias de los recibos de pago y certificación de la DIAN Medellín sobre el particular.

La anterior información fue confirmada por la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, mediante los oficios 8311i001-420 y 8311i001-451, del 21 de septiembre y 12 de octubre de 2007, respectivamente, en los cuales se certifica que en efecto, la entidad COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA LTDA., canceló la totalidad de la deuda tributaria y, por consiguiente, se encuentra al día en el pago de las obligaciones correspondientes a los períodos 2000-06-02 por IVA, y 2000-08-09-10-11-12 y 2001-01-02-03-04-05 por retención en la fuente.

CONSIDERACIONES:

Importa destacar que la Corte ciertamente es competente para pronunciarse acerca de la solicitud del procesado del procesado LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA, en el sentido de tener en cuenta que la obligación tributaria ha quedado extinguida por pago, toda vez que la sentencia condenatoria proferida en su contra no cobró ejecutoria al ser recurrida en casación, y dado que al momento de la petición el asunto se encontraba en el respectivo trámite, sin que aún esta Corporación halla resuelto de fondo la impugnación extraordinaria; además, se trata de una causal objetiva que de encontrarse acreditada imposibilitaría continuar el trámite procesal y conduciría a la emisión de auto de cesación de procedimiento.

Ese ha sido el criterio de la Sala¹, que en asuntos similares ha considerado que no puede perderse de vista que “la petición de cese por indemnización integral, no obstante ser una causal objetiva de extinción de la acción penal, a diferencia de las demás, es

un acto de parte cuya manifestación depende de la propia voluntad del procesado y no de hechos externos o ajenos a él, como ocurre con la muerte o la prescripción, etc. Por lo tanto, esa declaración debe presentarse antes del fallo de casación”.

Ahora bien, no obstante a que al momento de ser escuchado en diligencia de indagatoria (15 de noviembre de 2001), al sindicado LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA se le imputó la conducta punible de “omisión del agente retenedor o recaudador”, tipificada en el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, al momento de la calificación del mérito del sumario (17 de octubre y 12 de diciembre de 2002), la Fiscalía lo acusó por el delito de “peculado por apropiación”, previsto en el artículo 133 del Decreto-Ley 100 de 1980, teniendo en cuenta que “la norma anterior es mucho mas favorable y la adecuación típica se hará remitiéndose a ella en virtud del principio rector de la favorabilidad”.

Lo anterior fue avalado por el juzgado de primera instancia, que en el fallo condenatorio, para justificar la aplicación del citado artículo 133, consignó que dicha norma era mas favorable, comparándola con el artículo 402 del Código Penal de 2000 vigente para ese momento procesal (19 de agosto de 2005). El Tribunal, por su parte, convalidó la determinación en los mismos términos.

Pues bien, en orden a comprender el contexto fáctico y jurídico de la decisión que será adoptada, es necesario hacer una aproximación a la regulación normativa de la responsabilidad penal de los agentes retenedores o recaudadores, tópico este que fue analizado por la Sala en reciente pronunciamiento², de la siguiente manera:

El artículo 10^o de la Ley 38 de 1969 establecía la responsabilidad penal de los recaudadores haciéndoles extensiva la sanción prevista para el peculado por apropiación a quienes no consignaren a favor del erario las sumas retenidas o percibidas por concepto de

retención en la fuente de IVA dentro de los primeros quince días calendario del mes siguiente a aquel en que se haya hecho el pago o abono en cuenta, plazo éste que figuraba en el artículo 4º de la misma ley y que posteriormente fue derogado por el decreto 2503 de 1987.

La Ley 75 de 1986 le otorgó facultades extraordinarias al Presidente para expedir el Estatuto Tributario, en cumplimiento de lo cual expidió el Decreto 624 de 1989 que a su vez reprodujo el artículo 10º de la Ley 38 de 1969, pero prescindiendo del elemento temporal para efectuar el pago, razón por la cual la Corte en Sentencia C-285 de 1996 declaró inexecutable esta disposición, exhortando al Congreso para que expidiera una norma de similar contenido que contuviera todos los elementos del tipo.

Consecuentemente se dictó la Ley 383 de 1997, cuyo artículo 22 tipificó la responsabilidad penal del agente retenedor o recaudador que no consignara las retenciones en la fuente y el IVA causado, restaurándose el elemento temporal (dentro de los dos meses siguientes a aquél en que se efectuó la respectiva retención). Adicionalmente, se estipularon dos párrafos: el primero, relativo a la extinción de la obligación tributaria como causal de cesación de procedimiento; y el segundo, que excluyó de la aplicación del artículo 22 la hipótesis de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas, ambos del siguiente tenor:

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

Parágrafo 2º. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las

sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”.

Estos párrafos fueron modificados por el artículo 71 de la Ley 488 de 1998 con la siguiente redacción:

“Párrafo 1o. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago, compensación o acuerdo de pago de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.

Parágrafo 2o. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios, o en liquidación forzosa administrativa, o en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”.

El precepto actualizado del artículo 22 de la Ley 383 de 1997 fue demandado ante la Corte Constitucional, que mediante sentencia C-1144 de 2000 lo declaró exequible, salvo sus párrafos 1° y 2° respecto de los cuales se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por sustracción de materia.

A través del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 se unificaron en uno solo los dos párrafos citados del artículo 665 del Estatuto Tributario, bajo el siguiente texto:

“RESPONSABILIDAD PENAL POR NO CONSIGNAR LAS RETENCIONES EN LA FUENTE Y EL IVA. Unifíquense los párrafos 1o. y 2o. del artículo 665 del Estatuto Tributario en el siguiente párrafo, el cual quedará así:

Parágrafo. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causada”.

No obstante, con anterioridad a la Ley 633 de 2000 se expidió la Ley 599 de 2000 a través de la cual se adoptó un nuevo Código Penal, en cuyo artículo 402 se tipificó el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, en los siguientes términos:

“Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que,

teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar”.

Como la Ley 633 de 2000 fue publicada en el Diario Oficial No. 44.275 del 29 de diciembre de 2000, fecha en que empezó a regir por disposición de su artículo 134, mientras que la ley 599 de 2000, aunque fue publicada en el Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000, por mandato de su artículo 476 sólo entró en vigencia un año después de su promulgación, esto es, a partir del 24 de julio de 2001, se concitó un interrogante sobre cuál dispositivo era posterior en orden a establecer qué reforma prevalecía.

El punto fue dilucidado por la Corte Constitucional en la sentencia C-009 de 2003, en la que consideró que la respuesta a la pregunta planteada debía darse con referencia a la fecha en que adquirieron validez las mencionadas leyes. Es así como entendió que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 era posterior al artículo 402 de la ley 599 de 2000, dado que en ese cotejo resultaba irrelevante la fecha en que comenzó a regir cada ley, pues,

dijo, “bien puede ocurrir que una ley que es promulgada con anterioridad a otra que contempla la misma materia, por haber diferido en el tiempo su entrada en vigencia es susceptible de comenzar a regir con algunas disposiciones ya derogadas tácitamente por la ley que fue expedida posteriormente, pues, se destaca, siendo ambas válidas, la ley expedida con posterioridad puede derogar tácitamente todas o algunas de las disposiciones de la que fue expedida previamente”, fenómeno que precisamente observó en este evento, reconociendo que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 derogó -tácitamente- el párrafo del artículo 402 del Código Penal, manteniéndose incólume el resto de su mandato.

En esa oportunidad, la Corte Constitucional se abstuvo de examinar de fondo el párrafo en cuestión, pues encontró que el actor en modo alguno estructuró cargos contra el mismo, limitando el examen de constitucionalidad al contenido del artículo 402 de la ley 599 de 2000, con exclusión de su párrafo, que reiteró, fue derogado tácitamente por el artículo 42 de la ley 633 de 2000.

Por lo tanto, durante la vigencia del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, la exclusión de responsabilidad penal para el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas se amplió, además del pago o compensación de la totalidad de la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, a los casos en que demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

Finalmente, no sobra agregar que el aparte del párrafo transcrito fue derogado por el artículo 21 de la Ley 1066 de 29 de julio de 2006, por medio de la cual “se dictan normas para la normalización de la cartera pública y se dictan otras disposiciones”, norma del siguiente tenor:

“ARTÍCULO 21. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su

promulgación³ y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la frase “Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que este se está cumpliendo en debida forma” contenida en el inciso 1º del artículo 42 de la Ley 633 de 2000...”.

Ahora bien, del aspecto fáctico del caso que ocupa la atención de la Sala, cabe destacar que al procesado LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA se le juzga porque como representante legal de la entidad COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA LTDA., declaró el recaudo del impuesto sobre las ventas efectuado en los meses de febrero y junio de 2000, así como las retenciones en la fuente realizadas en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2000 y enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2001, sin que hubiese depositado los correspondientes valores dentro del perentorio término señalado en el artículo 665 del Estatuto Tributario.

Sin embargo, consta en el proceso, que todas y cada una de las obligaciones tributarias referidas fueron canceladas por el sindicado, según lo informó él mismo y lo certificó la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín, al informar que “se encuentran debidamente canceladas estas obligaciones. Tanto en estas obligaciones como en las anteriores los pagos se efectuaron en el mes de agosto de 2006, en vigencia de la Ley 1066 de 2006. En consecuencia la entidad indicada se encuentra al día en el pago de las obligaciones a que hace mención en su escrito”.

Así las cosas, acreditado que la obligación tributaria quedó extinguida totalmente por pago, es viable, en este evento, aplicar el parágrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, transcrito anteriormente, según el cual, cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.

En tales condiciones, entonces, es forzoso colegir que en el presente caso se reúnen los requisitos exigidos en la ley procesal aplicable para declarar extinguida la acción penal y civil y en consecuencia, cesar todo procedimiento a favor de LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA, quedando relevada la Sala, por sustracción de materia, como es obvio, para pronunciarse de fondo sobre la demanda de casación, razón por la cual, una vez quede en firme la presente decisión, el proceso deberá remitirse al Juez de primera instancia para lo de su competencia.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

Por pago de las obligaciones tributarias, DECLARAR EXTINGUIDAS la acción penal y la civil indemnizatoria. En consecuencia, se ordena la CESACION DEL PROCEDIMIENTO adelantado en contra de LUIS RAFAEL CALDERÓN DAZA.

Notifíquese y cúmplase.

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER DE JESÚS ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto de 21 de julio de 1998, Radicado 9.660.

2 Sentencia de Casación del 1 de agosto de 2007, Rad. 25.747.

3 Diario Oficial No. 46.344 de 29 de julio de 2006.