

Proceso No 27496

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Aprobado Acta No. 144

Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007).

VISTOS

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, contra el fallo del 25 de septiembre de 2006, mediante el cual el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó con modificaciones la sentencia de primera instancia, dictada el 6 de abril de 2005 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, que condenó a dicho implicado y a los ciudadanos EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO, GRACIELA ACEVEDO CASTILLO, MARÍA YANETH RANGEL DÍAZ y RAIMUNDO ORDÓÑEZ SANTAELLA, a diferentes penas, por los delitos de peculado por apropiación, falsedad en documento privado y falsedad por ocultamiento de documento privado.

HECHOS

Mediante Resolución No. 0234 del 23 de abril de 1997, el Sistema Nacional Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente, adjudicó una licitación a la Constructora U.C.C. Ltda., representada por el ingeniero civil WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, cuyo objeto era la

construcción de la sede para la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental CORPONOR, ubicada en la ciudad de Cúcuta.

La Constructora U.C.C. adquirió en el comercio pluralidad de materiales que utilizó para edificar CORPONOR; sin embargo, varios empleados de la misma confabularon para adulterar las facturas respectivas y otros documentos inherentes a la contabilidad, con el fin de fingir que esos elementos habían sido utilizados en la construcción de la Urbanización La Concordia III, caracterizada por ser vivienda de interés social.

Como el Estatuto Tributario y otras normas reglamentarias establecen que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN- devolverá o compensará a los contribuyentes el importe del impuesto al valor agregado IVA, que hubiesen pagado al comprar materiales para destinarlos a la construcción de vivienda de interés social, WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO solicitó a la DIAN la devolución de diversas sumas de dinero y la compensación de otras, con base en la documentación adulterada, que simulaba que el IVA se había cancelado por materiales utilizados en la Urbanización La Concordia III, cuando en realidad se habían destinado a la construcción de CORPONOR.

URIBE CASTILLO contó con la colaboración de EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO, servidor público que laboraba en la administración de impuestos de Cúcuta y con la ayuda de GRACIELA ACEVEDO CASTILLO, MARÍA YANETH RANGEL DÍAZ y RAIMUNDO ORDÓÑEZ SANTAELLA, contadora y revisores fiscales de la empresa Constructora U.C.C.

Así, WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO logró que la DIAN le devolviera la suma de \$ 100.380.789 y compensara créditos que figuraban a favor de la administración de impuestos, por valor de \$ 58.192.369, para un total de \$ 158.573.158.

Por tales acontecimientos, la Fiscalía Seccional de Cúcuta vinculó a los antes mencionados. En curso de la investigación WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO reintegró los \$100.380.789 que le fueron entregados por concepto de devolución del IVA; y como

la DIAN detectó el fraude, le impuso la sanción de multa, quedando en la práctica también sin efecto la compensación que había autorizado por valor de \$ 58.192.369.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Con base en la información inicial y pluralidad de pruebas paulatinamente recaudadas, la Fiscalía Sexta Seccional de Cúcuta abrió investigación, vinculó mediante indagatoria a los implicados y al resolver su situación jurídica, con proveído del 30 de junio de 2000, los afectó con medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, sin excarcelación. (Folio 738 cdno. 3)

2. Recaudada la prueba necesaria, el Fiscal instructor cerró la investigación, el 13 de octubre de 2000. (Folio 1174 cdno. 4)

3. Al calificar el mérito del sumario, el 7 de noviembre de 2000, la Fiscalía Sexta Seccional de Cúcuta profirió resolución contra las siguientes personas:

WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, contratista y representante legal de la empresa Constructora U.C.C., como determinador de peculado por apropiación, falsedad en documento privado y falsedad por ocultamiento de documento privado.

EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO, servidor público, empleado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, como autor de peculado por apropiación a favor de terceros y falsedad ideológica en documento público.

GRACIELA ACEVEDO CASTILLO, contadora pública de la Constructora U.C.C., como cómplice de peculado por apropiación; y autora de falsedad en documento privado y falsedad por ocultamiento de documento privado.

RAIMUNDO ORDÓÑEZ SANTAELLA, contador público y revisor fiscal de la Constructora

U.C.C., como cómplice de peculado por apropiación y autor de falsedad en documento privado; y

MARÍA YANETH RANGEL DÍAZ, contadora pública y revisora fiscal de la Constructora U.C.C., como cómplice de peculado por apropiación y autora de falsedad en documento privado. (Folio 1249 cdno. 4)

4. La acusación fue apelada y, no obstante, recibió confirmación el 12 de enero de 2001, con resolución emitida en esa fecha por la Unidad de Fiscalías Delegadas ante el Tribunal Superior de Cúcuta. (Folio 1384 cdno. 5)

5. Adelantó la fase de la causa el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta; surtió los traslados para alistar las audiencias preparatoria y de juzgamiento; y finalizado el debate, con sentencia del 6 de abril de 2005, condenó a los implicados así:

WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, como determinador de peculado por apropiación, falsedad en documento privado y falsedad por ocultamiento de documento privado, a ochenta (80) meses y cinco (5) días de prisión; y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO, como autor de peculado por apropiación y falsedad ideológica en documento público, a setenta y cuatro (74) meses cinco (5) días de prisión; y le negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

GRACIELA ACEVEDO CASTILLO, MARÍA YANETH RANGEL DÍAZ y RAIMUNDO ORDÓÑEZ SANTAELLA, como cómplices de peculado por apropiación y autores de falsedad por ocultamiento de documento privado, a treinta y cuatro (34) meses quince (15) días de prisión cada uno; y les concedió el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

A todos los implicados impuso inhabilitación de derechos y funciones públicas por un lapso igual a la pena restrictiva de la libertad; los condenó a indemnizar los perjuicios causados a la DIAN, por la suma de \$ 67.601.657.00 “pagadera en la forma y plazos señalados en la parte motiva”; y al pago de multa por valor de \$ 67.601.657 “prorratable en la forma enunciada en la parte motiva”. (Folio 2634 cdno. 8B)

6. Al desatar la apelación interpuesta por los defensores y los implicados, con fallo del 25 de septiembre de 2006, el Tribunal Superior de Cúcuta confirmó, con las siguientes modificaciones, la decisión de primera instancia:

Declaró que las condenas a la pena de prisión por los ilícitos determinados en la sentencia impugnada quedaban así: EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO, a 64 meses 15 días; WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, a 70 meses 15 días; GRACIELA ACEVEDO CASTILLO, a 30 meses; MARÍA YANETH RANGÉL DÍAZ, a 30 meses.

Declaró que a RAIMUNDO ORDÓÑEZ SANTAELLA quedaba condenado como lo decidió el A-quo, a 34 meses 15 días de prisión; y le disminuyó la multa a \$ 12.908.744.00.

Redujo la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al mismo término que cada sanción restrictiva de la libertad; y negó la prisión domiciliaria a EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO. (Folio 324 cdno. 2 segunda instancia)

7. Inconformes con lo decidido por el Juez colegiado, los defensores de WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO y EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO interpusieron el recurso de casación.

8. Mientras se surtían los traslados para el recurso extraordinario, después de reconocer redención de pena por trabajo y enseñanza llevados a cabo bajo el régimen penitenciario, con auto del 12 de diciembre de 2006, el Tribunal Superior de Cúcuta concedió libertad provisional a EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO. (Folio 460 Cdno. 2 segunda

instancia)

9. En trámite del recurso extraordinario, mediante auto del 11 de julio de 2007, la Sala de Casación Penal, adoptó las siguientes determinaciones:

- Declaró prescrita la acción penal por los delitos de falsedad en documento privado y falsedad por ocultamiento de documento privado, endilgados a WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO.
- Cesó procedimiento por los delitos de falsedad en documento privado y falsedad por ocultamiento de documento privado a favor de WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO.
- Declaró que con motivo de la prescripción reconocida, WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO quedaba condenado, provisionalmente, a la pena de 58 meses 15 días de prisión, como determinador del delito de peculado por apropiación. Al mismo lapso se contrajo la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.
- Declaró prescrita la acción penal por los delitos de falsedad por ocultamiento de documento privado y complicidad en peculado por apropiación, atribuido a los implicados GRACIELA ACERO CASTILLO, MARÍA YANETH RANGEL DÍAZ y RAIMUNDO ORDÓÑEZ SANTAELLA; y cesó el procedimiento a favor de las mismas personas.

10. Al calificar el aspecto formal de las demandas de casación, con auto del 11 de julio de 2007, esta Sala de la Corte inadmitió el libelo presentado a nombre de EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO; e inadmitió varios cargos del presentado a nombre de WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO.

De ese modo, fue admitido exclusivamente el quinto cargo de la demanda que allegó el defensor de URIBE CASTILLO, relativo a los efectos de la compensación de las obligaciones, al cual se contrae esta sentencia.

LA DEMANDA

Seis cargos postuló el defensor de WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, invocando la causal primera de casación que enlista el artículo 207 del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000, de los cuales únicamente fue admitido el quinto, por violación directa de la ley sustancial.

Con los siguientes argumentos, sostiene el libelista que el Tribunal Superior de Cúcuta interpretó erróneamente, en cuanto a su sentido y alcance, los artículos 1714 del Código Civil (compensación de deudas) y 397 (peculado por apropiación) del Código Penal, Ley 599 de 2000:

-. El artículo 1714 del Código Civil, referente a la compensación como forma de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas, en este caso entre la DIAN y WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, fue interpretado equivocadamente por los siguientes motivos: i) considerar que al operar la compensación existe una forma de transferencia del dominio; ii) al entender que la compensación implica la transferencia de dominio de bienes por parte de una o de las dos partes involucradas; y iii) por estimar que una compensación inválida involucra la apropiación indebida de bienes, por parte de uno de los deudores involucrados en la misma.

-. El artículo 397 del Código Penal también fue mal interpretado, al tomar la compensación como una forma de apropiación, de las contempladas en el tipo penal de peculado.

-. Recuerda que el Tribunal Superior de Cúcuta esgrimió el siguiente concepto respecto de la compensación de algunas deudas entre WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN:

“Inicialmente, se debe decir que, sencillamente, al existir la figura de la

compensación en una obligación tributaria, el favorecido con este procedimiento no tiene que pagar de su peculio las obligaciones pendientes compensadas, porque se extinguen; es de esta forma en que se produce la apropiación que tipifica el peculado por las cuantías compensadas.”

En criterio del libelista, esa reflexión carece de sustento jurídico, en tanto asimila de manera equivocada las figuras de apropiación y de compensación, desconociendo la opinión de la doctrina especializada, en cuanto puntualiza: “Cuando dos personas son entre sí acreedoras y deudoras, se extinguen las obligaciones hasta concurrencia de sus valores (Art. 1714) por el solo ministerio de la ley.”

-. Resalta que la compensación en materia tributaria debe reconocerse mediante un acto administrativo específico, como se hizo en el presente caso, pues se accedió a la compensación de los créditos recíprocos, y se dotó de legalidad la figura en mención.

-. Los hechos probados demuestran que existió una deuda inicial en cabeza de la Constructora U.C.C., respecto de unas sumas que debía pagar al Estado colombiano por concepto de obligaciones tributarias pendientes de solucionar. Con posterioridad a la causación de esta obligación, surgió una segunda obligación en cabeza del Estado respecto de la Constructora U.C.C., como consecuencia de la aplicación del Decreto 1288 de 24 de julio de 1996.

-. El valor del primer crédito era equivalente a \$58.192.369. En consecuencia, existiendo deudas recíprocas entre el Estado colombiano y la Constructora U.C.C., resultaba procedente la compensación de ellas, subsistiendo un crédito a favor de U.C.C., por la suma de \$ 100.192.369, como consecuencia de la resta del valor total del crédito (\$158.573.158) menos el valor compensado.

-. De los hechos objeto de investigación y juzgamiento, se logró establecer que se

presentó a la DIAN documentación adulterada tendiente al reconocimiento de los valores que recibiera posteriormente a Constructora U.C.C.

Como consecuencia de ello, la empresa constructor debió reintegrar los valores desembolsados por parte de la Dirección de Impuestos, y adicionalmente se debieron retrotraer los efectos de la compensación reconocida.

La regulación específica en esta materia implica igualmente la aplicación de las normas referentes al proceso de postcompensación, que involucra un resarcimiento con reglas específicas al respecto. Obra en el expediente prueba suficiente del trámite dado al presente caso en cuanto al mencionado procedimiento. Sin embargo, la existencia de este trámite no implica el traspaso de las fronteras del campo tributario al ámbito penal, queriendo con ello decir, que la inoperancia de una compensación previamente reconocida, no tiene efectos per se, más allá de los netamente económicos en cuanto al resurgimiento del crédito inicialmente existente.

-. De lo anterior, queda claro —dice el censor- que la consecuencia jurídica de lo ocurrido en el presente caso implica que revivió un crédito que en principio se consideraba extinguido, sin que hubiese ocurrido en realidad una erogación de la DIAN por el monto de las compensaciones, cuyos efectos fueron retrotraídos en virtud de otros actos administrativos.

-. Para el libelista, incurrió en error el Tribunal Superior al imputar a URIBE CASTILLO un peculado por la suma de \$ 158.573.156; cantidad compuesta por \$ 100.380.779 por concepto de devoluciones del IVA y por \$ 58.192.369 a título de compensación.

Lo anterior, por cuanto al dejar sin efectos la compensación revivió para la Constructora U.C.C. la deuda que tenía para con la DIAN, por valor de \$ 58.192.369; cantidad ésta que la DIAN puede recaudar a través de sus acciones fiscales normales; y

sin que de manera alguna signifique que la sociedad Constructora U.C.C., a través de su representante legal se apoderó de ese dinero; lo cual descarta por completo el peculado por apropiación respecto de esa suma en concreto.

-. Continuando en su equivocación —añade el libelista-, la sentencia de segunda instancia señala:

“Frente a lo anterior, debe decirse que el hecho de que se haya extinguido la responsabilidad Fiscal, porque la Contraloría no considera la existencia del daño patrimonial en las compensaciones, porque a través de las acciones que se citan que ejerció y ejerce la DIAN es posible obtener no solo los valores compensados, sino también las respectivas sanciones tributarias, ello no significa que al momento de realizarse la compensación no haya recibido la Constructora UCC un beneficio económico, y tan ello es así que si examina la resolución sanción que se cita por la Contraloría General de la Nación (sic) (Folio 2151), allí en relación con las compensaciones se habla de liquidar y cancelar unos intereses por la suma de \$48.549,00 (Folio 2152), lo cual está indicando que ciertamente el peticionario de la compensación, obtuvo el beneficio traducido en que en el momento en que debía pagar sus obligaciones tributarias, el dinero no salió de su peculio o patrimonio económico y el Estado dejó de recibirlo oportunamente; en este momento se consumó la apropiación; otra cosa es que para efectos de la responsabilidad fiscal se estime que no se ha producido el daño, hasta tanto el dinero no salga material y físicamente (en efectivo o cheque) del tesoro estatal.”

-. Añade el casacionista que el Tribunal Superior, persistiendo en su error, asimiló la mora en el pago de una obligación a la apropiación de dineros estatales, como si se sustrajera en alguna medida el patrimonio de la entidad mediante la compensación, o con el procedimiento postcompensatorio.

-. Afirma el censor que en el expediente se demostró que iniciado el procedimiento

respectivo, la entidad Constructora U.C.C., restituyó la integridad de los rubros entregados efectivamente por parte de la DIAN.

Y teniendo en cuenta que los valores inicialmente compensados jamás fueron entregados física o electrónicamente, cabe reiterar que lo que existió fue una liquidación de los créditos y la cancelación mutua de los mismos; de modo que la omisión en la entrega de dineros correspondiente a obligaciones tributarias constituye una obligación en mora que cuenta con mecanismos actuales como es el caso de la ejecución coactiva de deudas fiscales, que desde ningún punto de vista es compatible con el delito de peculado por apropiación.

-. Señala que la trascendencia de la violación enunciada en el presente caso, se observa con claridad en materia de dosificación punitiva, máxime que, como lo reconoció el Tribunal Superior, el implicado WILLIAM URIBE CASTILLO reintegró todo el dinero que le giró la DIAN en el cheque, lo cual activa la circunstancia de atenuación prevista en el artículo 401 de la Ley 599 de 2000, en la tercera parte autorizada para cuando se reintegra todo el dinero apropiado, y no sólo en la cuarta parte, como se hizo en el fallo, al contar, por error, la suma de la compensación dejada sin efectos, como si fuera parte de los dineros computables al peculado.

Esto se observa en la sentencia al momento de establecer el quantum punitivo imponer a URIBE CASTILLO, cuando el Juez colegiado señaló que:

“En el caso de WILLIAM URIBE CASTILLO, la cuantía se estableció en \$160.827.612.00. Lo reintegrado (\$100.400.000.00) equivalente al 62.4% que frente a los 78 meses que impuso el Juzgado por el peculado, este porcentaje correspondería a 48,6 meses. En consecuencia, por lo dicho antes en relación con el anterior procesado, también acá solo es posible descontar la cuarta parte a saber, 19,5 meses.”

El Tribunal Superior optó por atenuar la pena en una cuarta parte, de donde colige que,

al considerarse reintegrado parcialmente y no totalmente el dinero, aplicó el tercer inciso del artículo 401, y no los primeros incisos, que hacen referencia a casos de reintegro total de lo apropiado.

-. En conclusión, como no existe la apropiación de los valores compensados, se impuso a URIBE CASTILLO una pena excesiva, puesto que el descuento ha debido ser mayor, equivalente al reintegro total del dinero; y por ende, la privación de libertad que se impuso contiene un excedente ilegal.

Pretende que la Corte quiebre el fallo impugnado y emita el de reemplazo, donde reconozca que el valor de lo apropiado fue de \$ 100.380.779 por concepto de devoluciones del IVA; y no por la suma de \$ 158.573.156, como lo entendieron los Jueces de instancia, al tomar equivocadamente como dinero apropiado la cantidad de \$ 58.192.369, que en realidad fue determinada a título de compensación.

De igual manera, aspira a que con base en el reconocimiento anterior, se redosifique la pena, teniendo en cuenta que el implicado WILLIAM URIBE CASTILLO reintegró la totalidad del dinero constitutivo del ilícito de peculado, esto es, para sus cuentas, \$ 100.380.779.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal encuentra que el libelista tiene parcialmente la razón, por lo cual, en su criterio, el cargo está llamado a prosperar.

Los argumentos del Ministerio Público se resumen así:

-. El objeto o cosa sobre el cual recayó la compensación correspondió al género “dinero”, el cual, a su vez, en términos jurídicos, es un bien mueble y como tal hace parte del patrimonio de la persona, en tanto derecho real de propiedad que se

ejerce sobre él.

-. Contrario a lo afirmado por el actor, no resulta cierto que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 1714 del Código Civil, cuando entendió que la compensación envuelve la transferencia del dominio y que, en consecuencia, si ese negocio jurídico es inválido, entonces constituye una apropiación indebida de bienes, sobre todo si a ello se obtuvo mediante conductas fraudulentas.

-. Con razón el Tribunal Superior aseguró que el peticionario de la compensación “obtuvo el beneficio traducido en que en el momento en que debía pagar sus obligaciones tributarias el dinero no salió de su peculio o patrimonio económico y el Estado dejó de recibirlo oportunamente”.

-. Lo dicho en precedencia también vale en relación con la presunta interpretación errónea del artículo 397 (peculado por apropiación) de la Ley 599 de 2000, por cuanto el censor estima, sin estar en lo cierto, que a través de la compensación tributaria no se comete peculado; por ello, la cuantía del delito es de \$158.573.158, conformada por el dinero devuelto por la DIAN al contribuyente y por las obligaciones compensadas.

-. No obstante, asiste razón al demandante, al sostener que la segunda instancia erró al concluir que esa cifra era equivalente al valor de lo materialmente apropiado. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 670 del Estatuto Tributario, estipula que las devoluciones o compensaciones efectuadas a los contribuyentes no constituyen un reconocimiento definitivo a su favor; toda vez que posteriormente puede haber lugar al reintegro de las sumas devueltas o compensadas en exceso o indebidamente reconocidas, tras lo cual se imponen intereses incrementados y sanciones de carácter pecuniario si ello surge a consecuencia del aporte de los documentos falsos o por fraude.

-. En este caso, recuerda el Delegado, WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO reintegró el dinero que le devolvió la DIAN (\$100.380.789); y al declararse inválida la compensación,

resurgió la obligación contraída por la Constructora U.C.C. a favor de la DIAN (\$58.192.369).

De ese modo, se generó una especie de reintegro total de las sumas devueltas y compensadas; y por tal motivo surge para el procesado la aplicación de la diminuyente punitiva hasta en la mitad consagrada en el artículo 139 del Código Penal de 1980, por ser más favorable aquella, que la tercera parte prevista en el 401 de la Ley 599 de 2000, aunque sea ésta la que reclama el libelista; máxime que el criterio utilizado en la segunda instancia fue la de reconocer la mayor de la diminuyente consagrada en la ley, atendida la proporcionalidad del reintegro, que de prosperar aquí, la reclamación del impugnante llegaría al 100%.

En consecuencia, sugiere a la Sala casar el fallo impugnado, redosificar la pena para el delito de peculado por apropiación, asumiendo que el reintegro fue por el valor total apropiado; y ello para WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO (determinador) y por extensión, para EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO (autor); claro está, teniendo en cuenta, a su vez, la redosificación provisional que hizo la Corte en el auto del 11 de julio de 2007, cuando declaró prescrita la acción por algunos delitos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se demostrará, no le asiste razón al libelista, en cuanto afirma que por haber operado la restitución de la cuantía total del peculado por apropiación, era aplicable la mayor rebaja de la pena como efecto de ese reintegro; ni cuanto considera que el valor del crédito que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales compensó a WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, no forma parte del peculado por apropiación.

La Sala tampoco está de acuerdo con lo conceptuado por el Procurador Delegado, sobre la necesidad de casar el fallo impugnado para que se reconozca la rebaja de la mitad de la pena al casacionista y por extensión al coprocesado; pues tal postura parece

contradictoria, ya que al mismo tiempo admite que la irregular compensación generó también el delito de peculado por apropiación.

1. El libelista hace su postulación en el marco de la violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea del artículo 1714 (compensación de deudas) del Código Civil y de los artículos 397 (peculado por apropiación) y 401 (atenuación por reintegro de lo apropiado) del Código Penal (Ley 599 de 2000).

La argumentación lógica que comporta el recurso extraordinario de casación, implica que si el censor postula como yerro in judicando la violación directa de la ley sustancial, acepta los hechos, las pruebas y la valoración que de ellas se hizo en las instancias; caso en el cual no le es factible discutir cuestiones de facto, toda vez que la impugnación es de estricto orden jurídico y recae sobre la ley sustancial.

La Interpretación errónea se manifiesta en la hipótesis en la cual el juez selecciona bien y acertadamente la norma que corresponde al caso en cuestión, pero yerra al interpretarla y le atribuye un sentido jurídico que no tiene, o le asigna efectos distintos o contrarios a su real contenido.

2. En el anterior marco de discernimiento, el libelista parte de aceptar las siguientes circunstancias factuales y normativas, como en efecto se verificaron en la investigación y se reconoció de las provincias judiciales:

21 El ciudadano WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, al tiempo de los hechos era representante legal de la empresa Constructora U.C.C., cuyo objeto social abarcaba diversas obras civiles; entre ellas la vivienda de interés social.

2.2 El Estatuto Tributario, adoptado por el Decreto 624 de 1989, disponía en sus artículos 814, 815, 850 y 851, entre otros, que las firmas constructoras de vivienda de interés social tenían derecho a la devolución del dinero pagado por concepto de

Impuesto al Valor Agregado (IVA), al adquirir materiales de construcción; y/o a la compensación equivalente al precio pagado por el IVA, con obligaciones tributarias que estuviesen pendientes a cargo de la empresa constructora contribuyente y a favor de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

El Decreto 1288 de 1996, vigente al tiempo de los hechos, reglamenta en detalle los requisitos y procedimientos para la devolución y/o compensación antes mencionadas, que tocaba demostrar ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

2.3 WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, como representante legal de la empresa Constructora U.C.C., en ocasiones anteriores y en circunstancias diferentes a las que originaron la acción penal, solicitó y obtuvo de la DIAN distintas sumas de dinero, como devolución del IVA pagado al adquirir materiales de construcción, que efectivamente destinó a vivienda de interés social en otras oportunidades.

2.4 Sin embargo, aprovechando el conocimiento de aquellos trámites, el representante legal de la Constructora U.C.C., reclamó ante la DIAN la devolución de una cifra de dinero y la compensación de otra, por el equivalente a la sumatoria de a una serie de facturas relativas a compra de materiales, que en realidad utilizó en la edificación de una sede para la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental CORPONOR, pero que en modo fraudulento y alterando la documentación hizo figurar como si esos materiales hubiesen sido destinados a la construcción de vivienda de interés social, específicamente, la urbanización La Concordia III, de la ciudad de Cúcuta.

2.5 Del modo anterior, WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, obtuvo los siguientes totales:

-. \$ 100. 380.789, por devolución, es decir, dinero que salió de la DIAN, en cheque girado el 1° de septiembre de 1999, e ingresó al patrimonio del implicado.

-. \$ 58.192.369, por compensación, de deudas simultáneas entre la DIAN y el contribuyente.

2.6 Por lo anterior, WILLIAM EBERTO CASTILLO URIBE fue acusado y condenado como determinador de peculado por apropiación, en cuantía de \$ 158.573.158; cantidad compuesta por los \$ 100.380.789 de la devolución del IVA y por los \$ 58.192.369 de la compensación.

2.7 En la etapa instructiva, URIBE CASTILLO reintegró a la DIAN, la suma de \$ 100.400.000, con lo cual cubrió el monto de la devolución (esto es, \$ 100.380.789).

2.8 El artículo 14 del Decreto 1288 de 1996, con relación a las devoluciones o compensaciones improcedentes o fraudulentas expresa:

(...)

“Cuando las solicitudes de devolución o compensación a que se refiere el artículo 4o de este Decreto, resulten improcedentes, deberán reintegrarse las sumas devueltas o compensadas en exceso junto con los intereses moratorios que correspondan, aumentados estos últimos en un cincuenta por ciento (50%).

(...)

Cuando utilizando documentos falsos o mediante fraude, se obtenga la devolución o compensación, adicionalmente se impondrá una sanción equivalente al quinientos por ciento (500%) de la suma devuelta o compensada....”

2.9 Invocando la anterior disposición, y otras del Estatuto Tributario, mediante Resolución No. 900005 del 6 de marzo de 2001, la División de Liquidación Tributaria de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Cúcuta, declaró que las sumas devueltas

y compensadas a la Constructora U.C.C., eran improcedentes por haber utilizado medios fraudulentos; y le impuso como sanción, la obligación de reintegrar la esos valores (lo devuelto y lo compensado), cantidades aumentadas en un quinientos por ciento (500%), con los respectivos intereses moratorios. (Folios 2151 a 2161 cdno. 7)

Entre sus alegatos, en el proceso de responsabilidad tributaria, el apoderado de WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO adujo que frente a la suma compensada (\$ 58.192.369), “lo conducente y equitativo es que se re verse la operación y todo vuelva a su estado anterior”, como si nada hubiese ocurrido.

En el mencionado acto administrativo, ese postulado fue respondido de la siguiente manera:

“Respecto de lo manifestado por el contribuyente, al pretender que la Administración simplemente reverse la operación que efectuó al compensarle sus obligaciones tributarias en la suma de \$ 58.192.369; considera este despacho que el artículo 14 del Decreto 1228 de 1996, es claro y explícito cuando dispone que cuando las solicitudes de compensación resulten improcedentes, deberán reintegrarse las sumas compensadas en exceso; en ningún momento contempla la posibilidad mencionada por el contribuyente, aceptar ese planteamiento significa ir en contra de la norma.”

2.10 Para la adecuar la conducta en el delito de peculado por apropiación, abarcando tanto la suma que la DIAN entregó URIBE CASTILLO por devolución y el valor de la compensación, el juez de primera instancia señaló:

“Importante le parece al Despacho aclarar que para llegar a esta conclusión se sumaron tanto las sumas devueltas como las compensadas, teniendo en cuenta que estas últimas representan sumas de dinero que debían entrar a engrosar las arcas del Estado y debido a estas compensaciones ilegales no lo hicieron, repercutiendo así en un perjuicio económico para el erario público.” (Folio 2648 cdno. 8 B)

Sobre el mismo tópico, al confirmar la decisión del A-quo, el Tribunal Superior de Cúcuta, en el fallo de segundo grado acotó:

“Inicialmente se debe decir que, sencillamente, al existir la figura de la compensación en una obligación tributaria, el favorecido con este procedimiento no tiene que pagar de su peculio las obligaciones pendientes compensadas, porque se extinguen; es de esta forma en que se produce la apropiación que tipifica el peculado por las cuantías compensadas.

(...)

Frente a lo anterior, debe decirse que el hecho de que se haya extinguido la responsabilidad Fiscal, porque la Contraloría no considera la existencia del daño patrimonial en las compensaciones, porque a través de las acciones que se citan que ejerció y ejerce la DIAN es posible obtener no sólo los valores compensados, sino también las respectivas sanciones tributarias, ello no significa que al momento de realizarse la compensación no haya recibido la Constructora UCC un beneficio económico, y tan ello es así que si se examina la resolución sanción que se cita por la Contraloría General de la Nación (sic) (Folio 2151), allí en relación con las compensaciones se habla de liquidar y cancelar unos intereses por la suma de \$ 48.549,00 (Folio 2152), lo cual está indicando que ciertamente el petitionario de la compensación, obtuvo el beneficio traducido en que en el momento en que debía pagar sus obligaciones tributarias, el dinero no salió de su peculio o patrimonio y el Estado dejó de recibirlo oportunamente; e este momento se consumó la apropiación, otra cosa es que para efectos de responsabilidad fiscal se estime que no se ha producido daño, hasta tanto el dinero salga material y físicamente (en efectivo o en cheque) del tesoro estatal.” (Folio 341 cdno. 2 Instancia)

2.11 El artículo 1714 del Código Civil, es del siguiente tenor:

“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.”

3. El anterior recuento guía lógicamente a la deducción según la cual, en este caso específico, si en virtud de la compensación el deudor tributario consiguió que se extinga su obligación, ello produjo como consecuencia inmediata que a las arcas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, dejara de ingresar oportunamente el valor compensado o extinguido.

Si a la devolución y a la compensación se llegó por medios fraudulentos, es factible afirmar que los responsables de la defraudación se apropiaron en provecho suyo o de terceros de bienes del Estado y, por ende, incurrieron en el delito de peculado por apropiación, toda vez que en el copartícipe determinado (EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO) concurrió la calidad de servidor público.

No importa si en la hipótesis de la compensación no existe alguna suma de dinero que salga físicamente, en cheque o en efectivo de las cajas de la DIAN, dado que, una exigencia en tal sentido no contenía el artículo 133 del Decreto 100 de 1980, vigente al tiempo de los hechos, ni la trae el artículo 397 de la Ley 599 de 2000, Código Penal que ahora rige, para que se tipifique el peculado por apropiación.

Aquellos preceptos sólo requieren que el servidor público se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones; pero no indican ni excluyen de antemano ninguna forma de apropiación.

En este caso, son bienes de la DIAN el dinero y los créditos a su favor. Vale decir, esa entidad estatal perdió como resultado del delito dos bienes: el dinero que devolvió (\$ 100.380.789) y el crédito que tenía y compensó (\$ 58.192.369).

Así que, por el hecho cierto de que como producto de la compensación ninguna suma de dinero haya salido realmente de la DIAN, ello no desvirtúa el peculado en la cantidad compensada, porque el valor perdido, al perfeccionarse el delito, se representa en el crédito que antes tenía y por acción de los implicados perdió. Y ello se predica de esa manera, aunque posteriormente, al adelantar procedimientos administrativos, la DIAN confirmó que la devolución y la compensación obedecían a maniobras fraudulentas y, por ello, exigió la deuda e impuso las multas que el Estatuto Tributario contempla.

No ocurre, como sostiene el libelista, que al detectarse el fraude se retrotrajeron las cosas al estado anterior, ni es atinado afirmar que por influjo de la Resolución Sanción No. 900005 de de 2004 de la DIAN, revivieron las obligaciones tributarias que antes de la compensación tenía la Constructora U.C.C.

Como su nombre lo indica, se trata de un acto administrativo sancionatorio, por cuya virtud y en aplicación de la ley, se impone al contribuyente fraudulento la obligación de reintegrar las sumas devueltas y compensadas, incrementadas en el 500% y con los intereses moratorios a que haya lugar.

El proceso de responsabilidad fiscal no tiene como objetivo revivir la obligación tributaria a favor de la DIAN, sino determinar las responsabilidades fiscales y, si a ello hubiere lugar, imponer las sanciones pertinentes.

4. En el caso sub examine, es claro que el contribuyente, es decir, la Constructora U.C.C., representada por el procesado WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, era deudora de la DIAN; y que a través de la colusión entre aquél y EDUARDO MOGOLLÓN BRUNO, empleado de la entidad estatal, se idearon o inventaron unos supuestos saldos a favor del contribuyente, concretados en las aparentes obligaciones que la DIAN tenía a su vez para con la Constructora U.C.C.

Cuando por medio de varios actos administrativos, la DIAN, imbuida en el ardid generado por aquellos, aceptó la compensación entre ella y el contribuyente, se perfeccionó el delito de peculado por apropiación, pues, en ese momento la DIAN perdió su crédito y la Constructora U.C.C., se apropió de la suma equivalente a la compensación (\$ 58.192.369), que ciertamente esa empresa debía a la DIAN, porque en virtud de esa figura de derecho civil, la obligación del contribuyente se extinguía; a cambio de nada, por así decirlo, porque en realidad la “obligación” correlativa de la DIAN nunca existió, sino que fue creada arbitrariamente por los delincuentes.

En el anterior sentido, es acertado el razonamiento de los Jueces de instancia y, por el contrario, no se verifica la violación directa de la ley sustancial a que alude el casacionista.

5. Cosa distinta es que, por mandato del artículo 670 del Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), las compensaciones o devoluciones no constituyan un reconocimiento inmediato o definitivo a favor del contribuyente, porque la DIAN cuenta con mecanismos y un término (de caducidad) para exigir el reintegro de las devoluciones o compensaciones improcedentes e imponer las sanciones, según lo antes visto.

El artículo 670 del Decreto 624 de 1989, modificado por la Ley 23 de 1995, expresa:

“ARTICULO 670. SANCION POR IMPROCEDENCIA DE LAS DEVOLUCIONES O COMPENSACIONES. Las devoluciones o compensaciones efectuadas de acuerdo con las declaraciones del impuesto sobre la renta y complementarios y sobre las ventas, presentadas por los contribuyentes o responsables, no constituyen un reconocimiento definitivo a su favor.

Si la Administración Tributaria dentro del proceso de determinación, mediante liquidación oficial rechaza o modifica el saldo a favor objeto de devolución o compensación, deberán

reintegrarse las sumas devueltas o compensadas en exceso más los intereses moratorios que correspondan, aumentados éstos últimos en un cincuenta por ciento (50%).

Esta sanción deberá imponerse dentro del término de dos años contados a partir de la fecha en que se notifique la liquidación oficial de revisión.

(...)

Cuando utilizando documentos falsos o mediante fraude, se obtenga una devolución, adicionalmente se impondrá una sanción equivalente al quinientos por ciento (500%) del monto devuelto en forma improcedente.”

(...)

Las compensaciones y devoluciones obtenidas por el contribuyente por medios fraudulentos, pueden generar responsabilidad penal y adicionalmente responsabilidad fiscal; ya que, como se ha insistido en la jurisprudencia, se trata de procedimientos distintos y con disímiles finalidades.

No atina el censor en cuanto afirma que por haberse sancionado a la Constructora U.C.C., una vez la DIAN se percató del fraude, entonces resurgió la misma obligación tributaria para WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO, que las cosas regresaron al estado anterior como si nada irregular hubiese acontecido, y que ello es suficiente para demostrar que en cuanto al monto compensado (\$ 58.192.369) el delito de peculado por apropiación nunca existió.

Esas conclusiones son equívocas, ya que de revivir simplemente la obligación tributaria, sin más consecuencias, quedarían sin efecto alguno las disposiciones sancionatorias del Estatuto Tributario, que contienen una forma de retribución a la actividad ilícita del

contribuyente; y de otra parte, se daría al traste con la protección penal al patrimonio del Estado, a través del tipo penal del peculado por apropiación.

Sería tanto como admitir, contra la hermenéutica del artículo 401 (peculado por apropiación) del Código Penal, que por el hecho del reintegro de la suma apropiada, la conducta anterior del implicado dejó de ser típica o dejó de ser antijurídica.

Ello no es así, y en este caso se constata con precisión. Cuando URIBE CASTILLO reintegró los \$ 100.380.789 que la DIAN le entregó en cheque por concepto de devolución, no desapareció el injusto de peculado por apropiación, sino que se activó la rebaja de pena que la ley contempla, para reconocer una consecuencia paliativa a ese comportamiento postdelictual.

6. De igual manera, cuando se descubrió el ilícito y la DIAN impuso las sanciones, con relación a la deuda tributaria a cargo de URIBE CASTILLO, y que compensó fraudulentamente por valor de \$ 58.192.369, aunque la DIAN quedó con un nuevo crédito a su favor, no operó un fenómeno similar al reintegro; y el surgimiento de ese nuevo o distinto crédito -por una cuantía superior- de ninguna manera significa que se hubiese desvirtuado el injusto atribuido al implicado.

Bajo el anterior entendimiento, no es factible admitir que la DIAN resultó reintegrada en la totalidad del monto peculado \$ 158.573.158; de una parte, porque URIBE CASTILLO restituyó los \$ 100.380.789 que le habían sido entregados en un cheque por concepto de devolución; y de otra, porque para la DIAN surgió un nuevo crédito, que incluye con creces los \$ 58.192.369 compensados, como lo pretende el censor.

La restitución a que se refieren los artículos 139 del Código Penal de 1980 y 401 de la Ley 599 de 2000, y que se erige en una importante manera de rebajar la pena, conlleva la inequívoca manifestación de la voluntad, por parte del implicado, en aminorar las consecuencias del delito de peculado.

En el caso que se analiza, URIBE CASTILLO concretó su voluntad de reintegrar el dinero apropiado, exclusivamente en los \$ 100.380.789 que recibió en cheque por concepto de la devolución lograda con el fraude. En cambio, ninguna intención demostró ni desplegó, en el sentido que también fuera su interés restablecer a la DIAN en la deuda que le compensó por valor de \$ 58.192.369.

La recuperación de la deuda compensada no se generó por decisión voluntaria de URIBE CASTILLO, tendiente a hacer menos gravosas las consecuencias del punible, en una especie de acto de contrición; sino que esa eventual recuperación del dinero, opera por ministerio de la ley, en virtud de las sanciones tributarias que le fueron impuestas y luego de agotar acciones judiciales.

En el expediente no se tiene noticia de que el implicado URIBE CASTILLO hubiese actuado en el sentido de reintegrar también el valor de la compensación, por ello, en ese porcentaje, no merece la rebaja de la pena que reclama el casacionista.

7. Así, pues, en síntesis, atendidas las particularidades de este asunto y la naturaleza de las cosas, no es razonable concluir que la DIAN fue restituida –en el sentido que la ley penal exige– en los dos bienes de que fue despojada: el dinero de la devolución y el crédito de la compensación.

En consecuencia, el implicado WILLIAM EBERTO URIBE CASTILLO no tiene derecho a una rebaja de la pena mayor de la que le reconoció el Tribunal Superior, que acertó al estimar que el reintegro era parcial, porque el implicado sólo había reestudio el monto de la devolución (\$ 100.380.789) y no así el valor de la compensación (\$ 58.192.369).

En materia de atenuación punitiva, correlativa al delito de peculado por apropiación, el artículo 139 del Decreto 100 de 1980, vigente al tiempo de los hechos, establecía que si el reintegro total se efectúa antes de dictarse la sentencia de segunda instancia, la pena se disminuye hasta en la mitad; y que si el reintegro es sólo parcial, se disminuirá la pena en

una cuarta parte.

El Tribunal Superior concluyó que el reintegro no fue del 100%, sino del 64%, porque dicha colegiatura verificó que sólo se restituyeron los \$100.380.379 de la devolución, y no así los \$ 58.192.369 de la compensación.

Acorde con tal convicción, el Ad-quem concedió la rebaja de la cuarta parte, por restitución parcial, en lugar de la tercera parte, prevista para el reintegro total.

Como se observa, las reflexiones del Juez colegiado no reflejan la violación directa de la ley sustancial que aduce el libelista y, por ende, el cargo no prospera.

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

RESUELVE

No casar el fallo materia del recurso extraordinario.

Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

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

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

MAURO SOLARTE PORTILLA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria