

Proceso No 29953

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

MAGISTRADO PONENTE

ÁUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Aprobado Acta No. 348

Bogotá, D. C., dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

ASUNTO

Se resuelve el recurso de reposición formulado por el apoderado de los señores Javier José Pereira Areiza y Jairo Rojas García contra el auto interlocutorio del 30 de septiembre de 2008, mediante el cual la Sala inadmitió la demanda de revisión presentada contra las sentencias de 13 de enero de 2006 proferida por el Tribunal Superior del Distrito judicial de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y de 24 de febrero de 2003 emitida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga.

HECHOS

Los acontecimientos que originaron la investigación penal aparecen consignados en la sentencia de segunda instancia así:

“Los hechos que dieron origen a la presente investigación, se conocieron a través de denuncia que entablara MIRIAM CASTELLANOS PEÑARANDA, en calidad de Administradora

de Impuestos y Aduanas de Bucaramanga, en contra de Jairo Rojas García, como representante legal de la Sociedad Consorcio Javier Pereira Ingenieros Ltda., argumentando aquella, que este último, presentó varias declaraciones de Retención en la Fuente, como lo fueron; 1.\$1.857.000, 2.\$2.228.000 y 3.\$2.043.000, sin hacer el correspondiente pago, por lo que dicha actuación se configuraba en responsabilidad penal, por ser él representante legal de dicha sociedad

Dijo además, que a pesar de que había transcurrido el plazo indicado por la norma para hacer las respectivas consignaciones, la oficina de cobranzas de dicha entidad, realizó el proceso de recobro, verificando la inexistencia de saldos en su favor para una posible compensación, ni tampoco el denunciado suscribió acuerdo de pago”

ACTUACIÓN PROCESAL

Adelantada la investigación, la Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, el 7 de junio de 2001, acusó a los señores Jairo Rojas García y Javier José Pereira Arieza del delito de peculado por apropiación.

Tramitado el juicio, el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bucaramanga condenó a los procesados como responsables del punible de omisión de agente retenedor en concurso homogéneo y sucesivo, decisión confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Por auto del 14 de agosto del presente año, se declaró fundado el impedimento para tramitar y decidir la acción de revisión presentada por el apoderado de los procesados, manifestado por los doctores María del Rosario González de Lemos, Jorge Luis Quintero Milanés y Yesid Ramírez Bastidas.

El 30 de septiembre de 2008, se inadmitió la demanda de revisión, decisión que es

objeto del recurso de reposición.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Las razones contenidas en el auto del 30 de septiembre del año que avanza para inadmitir la demanda de revisión fueron las siguientes:

(I) El accionante no logró desvirtuar las conclusiones de los fallos mencionados, en tanto adujo que los eventos novedosos que traía apuntaban a demostrar que la póliza de cumplimiento No 989550123 del 22 de mayo de 1998 otorgada por la Aseguradora Seguros del Estado S.A. cubría el incumplimiento del pago de la obligación tributaria.

(II) Desconoció que la efectividad de la póliza de seguros no tiene los alcances de un pago.

(III) No aportó ningún medio de prueba suficiente para modificar el sentido del fallo, pues para que opere la extinción de la acción penal en el delito de omisión del agente retenedor, es necesario que el acuerdo de pago se materialice voluntariamente por el contribuyente infractor, que no es la compañía garante.

LAS RAZONES DEL RECURRENTE

Insiste en la admisión de la demanda presentada, apoyado en las siguientes razones:

(I) El pago ocurrió por acción de la póliza y la DIAN aplica el pago a diferentes periodos gravables menos a los denunciados penalmente.

(II) Advierte que el pago efectuado por la aseguradora obedeció a que los procesados precavieron el incumplimiento, es decir el pago que hace la aseguradora es producto de un acuerdo de voluntades realizado con los tomadores.

(III) Trae como hechos nuevos, la omisión estatal de callar el pago realizado en el trámite acusatorio mediante la póliza.

(IV) Considerar que el pago realizado a través de la póliza es un hecho en el que no hay voluntad de los tomadores, es un yerro jurídico.

CONSIDERACIONES

La Sala no repondrá la decisión recurrida por los motivos que a continuación se exponen:

El recurrente compendia los argumentos expuestos en la demanda y, en lo esencial, reprocha que la Sala no otorgue los efectos jurídico penales al pago de las obligaciones tributarias a cargo del retenedor incumplido que debió hacer como garante Seguros del Estado S.A. en virtud de la póliza No 989550123.

Sobre el punto, precisa señalar que ninguna objeción o reparo hizo la Sala alrededor del negocio jurídico convenido entre el retenedor incumplido y la compañía aseguradora, que si bien puede considerarse como hecho nuevo, no debatido en las instancias, no tiene los alcances de remover el sentido de los fallos, justamente porque en el marco de la descripción típica de la conducta punible atribuida la extinción de la obligación tributaria no se produjo por obra e iniciativa del retenedor sino por la forzada consecuencia de su incumplimiento reiterado que derivó en la efectividad de la póliza, vale decir, el obligado con el tributo no pagó, con el rigor jurídico propio de esa forma de extinguir las obligaciones.

De ahí que en la providencia que ahora se recurre se dejará sentado que:

“Para que opere la extinción de la acción penal y la consiguiente cesación de

procedimiento, tratándose del delito de omisión del agente retenedor, no basta acreditar la celebración de un acuerdo de pago o la solicitud que el interesado eleve al respecto, pues es menester que ese acuerdo se materialice, vale decir, se cumpla por un acto voluntario de pago por parte del contribuyente infractor, tal y como se desprende del criterio plasmado por ésta Sala en los siguientes términos:

“... Para lo cual el procesado debió “agotar los esfuerzos necesarios” con miras a ese propósito, de lo cual no observó prueba en el expediente, y ello era suficiente para excluir la configuración de la eximente de responsabilidad penal, que ciertamente debe entenderse como una causal de extinción de la acción...” 1

Por su parte, la Sala de Casación Civil en Sentencia del 02 de febrero de 2001, expone:

“ ... Al fin y al cabo, como lo ha precisado esta Corporación, el cometido del seguro de cumplimiento no es otro que el de “garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no

cumplimiento- o en “la eventualidad del incumplimiento del deudor”, el asegurador toma a su cargo hasta el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada” (Sentencia de Septiembre 21 de 2000, exp: 6140)” (subrayado propio)

Si bien es cierto que el monto de las obligaciones tributarias a cargo del agente retenedor fueron finalmente finiquitadas como consecuencia del desembolso que debió hacer la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A. que expidió la póliza No 989550123 del 22 de mayo de 1998, en garantía del cumplimiento del Acuerdo suscrito entre el obligado principal y la DIAN, ello no significa en modo alguno que la obligación tributaria se hubiere extinguido por obra del agente retenedor o que hubiera sido consecuencia de sus personales esfuerzos dirigidos a ese fin, como la exigente sindéresis de la norma lo pregonaba para que proceda la cesación de procedimiento y con ella la

extinción de la acción penal.

Adicionalmente, no puede esquivarse que, en el caso concreto la compañía garante no ostenta la calidad de agente retenedor, y así, subsiste para todos los efectos el juicio de reproche para quien, desde su condición probada de retenedor omitió dolosamente el pago oportuno de las sumas retenidas. Además, la satisfacción de la obligación a través de una póliza de seguros “deriva de un negocio jurídico de naturaleza diversa al pago”²

(IV) De lo dicho se desprende que:

(i) El carácter novel de la prueba que se exhiba para remover los efectos de cosa juzgada por vía de la acción de revisión, no resulta suficiente para la prosperidad de la demanda;

(ii) Es indispensable que ese nuevo medio probatorio contenga la fuerza suficiente de derruir el sentido del fallo;

(iii) Si la pregonada “prueba nueva” no demuestra que la extinción de la obligación tributaria fue obra de la voluntad e iniciativa del retenedor incumplido, como con elemental *sindéresis* se desprende del precepto penal quebrantado, la acción de revisión pierde toda vocación de progreso, como que el juicio de reproche se conserva indemne;

(iv) Si como se expresó en el interlocutorio impugnado, y ahora se repite, los condenados no extinguieron la obligación tributaria por medio del pago espontáneo fruto de su personal y directa iniciativa, carece de trascendencia frente a los fallos cuya revisión se reclama.

(V) Que la DIAN hubiera imputado el monto desembolsado por la aseguradora a otras

obligaciones tributarias a cargo de los retenedores incumplidos, distintas a las que fueron objeto de la denuncia penal, como que, así estas se hubieran extinguido por ese medio, subsiste la afirmación de la ausencia de pago como acto voluntario de los retenedores incumplidos que se erige como presupuesto para enervar la acción penal; y, nace otra obligación que por el contrato de seguro se produce.

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

RESUELVE

Primero. NO REPONER la providencia recurrida.

Segundo. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Notifíquese y cúmplase.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Comisión de servicio

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ

Secretaria

1 Auto 25747 de 1 de agosto de 2007.

2 Auto 13711 del 24 de febrero de 2000.