

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Salazar Otero

Aprobado acta No. 078

Bogotá D. C., trece (13) de marzo de dos mil trece (2013)

#### ASUNTO

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor de Guillermo Sarmiento Lozano, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de esta ciudad el 15 de febrero de 2012, por medio de la cual confirmó la decisión en primera instancia emitida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito Adjunto el 20 de agosto de 2009, que condenó al procesado como autor del delito de peculado por apropiación -junto con María Victoria Restrepo Mejía y Rodrigo Reyes Forero, como cómplices- a la pena principal de 43 meses de prisión. Por este mismo punible absolvió a Adriana María Benavides Gaviria, Martha Gertrudis Aguiar Castro y Expedito Figueredo Calderón.

#### HECHOS Y ACTUACIÓN RELEVANTE

Los hechos de este proceso se encuentran adecuadamente glosados en la sentencia impugnada, así:

“El 27 de septiembre de 1999, el señor Julio Adolfo Salamanca Parra, funcionario de la oficina jurídica de la DIAN, formuló denuncia penal informando a la Fiscalía General de la Nación que el Banco SELFIN S.A., autorizado para el recaudo de los impuestos nacionales y tributos aduaneros administrados por la DIAN, había incumplido los compromisos adquiridos en el convenio suscrito el 26 de enero de 1998, al no efectuar oportunamente la consignación por la suma de \$8.637.337.381, monto dinerario recaudado durante los días 21, 22 y 23 de junio de 1999 por concepto de impuestos y que debieron ser depositados en una cuenta del Banco de la República a más tardar el 12 de julio del mismo año, conforme a las condiciones estipuladas en el referido convenio”.

Los acontecimientos narrados en esta noticia criminal propiciaron a iniciativa de la Fiscalía 195 Seccional la apertura de formal investigación penal el 13 de junio de 2000, así como la consiguiente vinculación mediante indagatoria de diversos directivos del Banco Selfin S.A., entre quienes se cuenta Guillermo Sarmiento Lozano (fl.184 c.1), sobre quien no recayó medida de aseguramiento, porque se abstuvo de hacerlo el ente investigador mediante resolución del 16 de febrero de 2001 que resolvió su situación jurídica (fl.103 c.2).

Acopiada abundante prueba testimonial y documental, previo cierre instructivo, al calificar su mérito el 29 de mayo de 2003, la Fiscalía 195 precluyó la investigación (fl.226 c.3), en decisión revocada por la Fiscalía de segunda instancia el 27 de julio de 2004, para en su lugar acusar a los inculpaos por el delito de peculado por apropiación agravado.

Tramitada la fase del juicio se emitieron las sentencias de primera y segunda instancia en la forma ya consignada en esta decisión. Durante el término de ejecutoria formal de la decisión del Tribunal, ante pedido de la defensa, por auto del 23 de mayo de 2012 se declaró la prescripción de la acción penal en favor de Rodrigo Reyes Forero y María

Victoria Mejía.

## DEMANDA

Cuatro son los cargos que aduce el defensor de Guillermo Sarmiento Lozano, con afirmado auspicio en la causal primera de casación, acusando violación indirecta de la ley sustancial.

### Primer cargo

Afirma el actor la presencia de errores de hecho derivados de falso juicio de identidad en la apreciación de las pruebas con fundamento en las cuales se concluyó que la conducta imputada fue cometida por sujeto calificado como servidor público.

Así, acusa tergiversado el “convenio de compromiso” firmado entre la DIAN y el Banco Selfin S.A., toda vez que cuanto se desprende de dicho acto es que no se autoriza al Presidente en calidad de persona natural, sino a la entidad bancaria para recaudar impuestos.

Previamente reproducir en extenso la sentencia impugnada, hace notar que la condición de servidor público del procesado se hizo derivar del hecho de tratarse de un contratista con el Estado, sin distinguir al Banco y a la persona natural, toda vez que en esta condición carecía de cualquier vínculo.

Además, quien firmó el aludido convenio fue Jorge Gabriel Perdomo Martínez, que luego fue remplazado por Sarmiento Lozano, siendo presidente de la entidad del 15 de diciembre de 1998 hasta el 16 de julio de 1999, lo que además implica para el demandante que el Tribunal se haya “inventado” una nueva condición de servidor público, esto es “mediante herencia o sucesión de cargos”.

Consecuentemente, para el censor, es manifiesta la tergiversación de la prueba, pues le atribuyeron a Guillermo Sarmiento Lozano una condición de la cual carecía, esto es, la de servidor público, sin que pudiera en estas condiciones concurrir el delito de peculado a él imputado.

También como prueba tergiversada en orden a la misma conclusión, esto es, el carácter de servidor público del inculcado, señala que la Resolución No. 0878 del 22 de mayo de 1997, autorizó a Selfin S.A. para ingresar al sistema de recepción y recaudo de tributos, pero el sentenciador le dio un alcance que no posee, cual fue que no sólo autorizaba a la persona jurídica, sino también a la natural, esto es, al presidente de la entidad en ese momento o quien lo remplazara.

En este mismo orden sostiene tergiversada la Resolución No. 0770 del 22 de marzo de 1995, que creó las condiciones para admitir el recaudo de impuesto por parte de las entidades financieras, porque una vez más, entiende el casacionista que los autorizados eran los bancos y no las personas naturales, en cabeza de sus Presidentes.

De igual modo considera prueba distorsionada, los artículos 800 y 801 del Estatuto Tributario, que determinan cómo es a través de los bancos que se produce el pago de los recaudos por impuestos, pero en ningún momento habla de los contratistas particulares.

Los errores acusados, para el actor, participan del mismo defecto, en tanto se estimó que Sarmiento Lozano era contratista con el Estado y que, como persona natural, podía ser sujeto activo del delito de peculado por apropiación que se le atribuyó, todo, en razón de los errores de hecho acusados.

Solicita, así, se case el fallo y absuelva a su defendido.

Segundo cargo

También está enfocado por errores de hecho que dice provienen de falso juicio de identidad.

Entiende el demandante que la conducta imputada al procesado no puede constituir actos de apropiación en términos del delito de peculado imputado.

Una vez más alude al Convenio de Compromiso del 26 de enero de 1998, la Resolución No. 0770 del 22 de marzo de 1995 y a la propia denuncia. En su concepto cuanto se deriva de estas pruebas es que la entidad financiera tenía plena disponibilidad de los recursos durante 19 días que era el plazo para depositarlos en la DIAN, contrariamente a lo señalado en la sentencia, según lo cual tenía el banco derecho a usufructuar esos recursos, pues lo real es que contaba con plena y lícita disponibilidad de los recursos, es decir, que no podía, en términos del delito imputado, apropiárselos ilícitamente.

### Tercer cargo

También alega error probatorio de identidad, cuando se sostiene que los terceros que recibieron pagos del Banco, dentro del giro ordinario de su actividad, lo hicieron de manera ilícita.

Acude al dictamen pericial que da cuenta de dichos movimientos durante los meses de junio y julio de 1999, advirtiendo que, en su concepto, cuanto objetivamente dice esta prueba, es que quienes recibieron los cuantiosos recursos tenían justo título para hacerlo, esto es, que dichos pagos fueron legítimos, como que se trató de beneficiarios por tener cuentas de ahorros, o corrientes, repos o interbancarios, CDTs., CDATs. etc.

Entre tanto, para el actor, no se demostró que el imputado se hubiera apropiado de un solo centavo en provecho suyo, pero aun cuando la teoría del caso se montó sobre la base que el aprovechamiento fue en favor de terceros, se trató de personas titulares de derechos.

De no concurrir este error, para el recurrente, la sentencia debía ser absolutoria, como en efecto lo solicita al reclamar se case.

#### Cuarto cargo

La última censura, que también acusa tergiversación de las pruebas, se opone a la afirmación según la cual Guillermo Sarmiento Lozano tenía los bienes del Estado bajo su administración, tenencia o custodia.

Una vez más, alude al Convenio de Compromiso, bajo el entendido que dado su contenido, no es posible afirmar derivada una relación funcional de manejo o custodia de los recursos de que da cuenta por parte del Presidente del Banco, por lo cual al no concurrir este requisito tampoco es admisible la tipicidad del delito de peculado por el que se impartió sentencia condenatoria.

También por este motivo, solicita se case el fallo y absuelva al procesado.

#### CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Encontró el Procurador Segundo Delegado en lo Penal innecesario dar respuesta independiente a los diversos cargos propuestos en los libelos presentados a nombre de Guillermo Sarmiento Lozano, María Victoria Restrepo Mejía y Rodrigo Reyes Forero, aduciendo cierta identidad temática, pero sin observar que lo innecesario era pronunciarse en relación con demandas aportadas a favor de éstos dos últimos, que no declaró ajustadas a derecho la Sala habida cuenta de su absoluta ineficacia por ya haberse dispuesto por parte del Tribunal a través de auto calendado el 23 de mayo de 2012 la cesación de todo procedimiento, al declarar prescrita la acción penal en su favor, conforme se dejó reseñado en la actuación procesal pertinente.

#### Cargos primero y cuarto

Previamente dilucidar la vigencia del art. 56 de la Ley 80 de 1993 y acudiendo por asumirlo pertinente a la exposición de motivos que dio lugar a dicho Estatuto de la Contratación, entiende el Delegado con apoyo en la Corte Constitucional, que en la medida en que el Estado asigne a un particular el cumplimiento de una función pública se transforma en servidor público.

En consecuencia y dado que en el presente caso el banco Selfin S.A. celebró con la DIAN convenio de recaudo de dineros correspondientes a impuestos, aun cuando en principio se entiende que quien adquirió determinadas obligaciones fue la persona jurídica, es lo cierto que las condiciones que le son propias “se extienden a la persona natural que actúa en su nombre, atendiendo a la cláusula general conocida como ‘actuar por otro’”.

De ahí que para el Procurador, “es claro que la calidad de servidor público del procesado se deriva de su condición de representante legal del Banco Selfin S.A., en cuyo nombre actuaba”, análogas “consideraciones resultan pertinentes para deducir la relación funcional y la disponibilidad de los bienes apropiados ilícitamente” y por ende que el cargo no prospera.

## Segundo cargo

Fuera de discusión está para el Ministerio Público que la entidad bancaria podía durante el plazo previo al deber de consignar los recursos a la DIAN utilizar o usufructuar dichos dineros, razón por la cual la responsabilidad que se imputó a Sarmiento Lozano no lo fue “por el manejo dado a los dineros durante los días posteriores a su recaudo y antes de cumplirse la fecha de consignación a favor de la DIAN, sino por no haber realizado esta última conducta dentro del plazo previamente establecido”, conforme lo precisó el Tribunal, sin que haya lugar a pensar que cuanto allí se sostiene es que hubo una “apropiación propia”.

### Cargo tercero

No se atribuyó responsabilidad por el “beneficio obtenido por los clientes del Banco”, como lo sostiene el actor, pues ninguna discusión hay en que tenían sus usuarios justo título para que se les pagaran las sumas propias, sino por cuanto se hizo con dineros que pertenecían a la DIAN y en detrimento de esta entidad estatal.

Tampoco este cargo prospera.

### CONSIDERACIONES

Pese a la formal independencia que el casacionista dio a los cuatro cargos propuestos contra la sentencia impugnada, bajo el mismo supuesto de ataque consistente en error de hecho por falso juicio de identidad, todos los reproches apuntan a refutar la concurrencia típica del delito de peculado imputado a Guillermo Sarmiento Lozano, la mayoría de veces tras acudir a motivos que se reiteran, pero que en general tienen que ver con la responsabilidad de las directivas de los bancos frente al recaudo de impuestos, la disponibilidad de dichos recursos una vez consignados en las diversas entidades autorizadas, el legítimo pago que el Selfin S.A. hiciera a los titulares de derechos del Banco y la precariedad en la intervención del procesado sobre la base que el Convenio celebrado entre Selfin S.A. y la DIAN no generaba para éste una relación funcional.

1. La primera censura rechaza la imputación del delito de peculado por apropiación en cabeza de Guillermo Sarmiento Lozano, dada su condición de Presidente del Banco Selfin S.A., a quien se atribuye haberse apropiado de más de ocho mil millones de pesos producto del recaudo de impuestos, bajo el entendido que no se le podía considerar servidor público, acorde con las pruebas aportadas y/o, conforme al cuarto reproche, que careció de cualquier relación funcional y que por ende no tenía los bienes del Estado bajo su administración, tenencia o custodia.

Lo primero que hay que advertir, como de manera profusa lo ha decantado la doctrina de la Corte<sup>1</sup>, es que bien bajo la comprensión del texto original contenido en el art. 63 del Código Penal de 1980, o el modificado por el art. 18 de la Ley 190 de 1995, o la descripción del art. 20 de la Ley 599 de 2000 y en todo caso en términos del art. 56 de la Ley 80 de 1993, que nunca entendió la Corte derogado por el Código Penal de 2000<sup>2</sup>, los particulares en tanto desempeñen funciones públicas, de manera permanente o transitoria y dada la naturaleza de la función cumplida, para efectos de la ley penal debían asimilarse a servidores públicos, bien se trate de titulares de funciones adquiridas a través de vínculos contractuales, o concesiones, o por administración delegada en el manejo de bienes o recursos, con la única excepción derivada de aquellos contratos de obras públicas o frente a labores estrictamente materiales de suministro de bienes o servicios, compraventa de bienes muebles, etc., supuestos en los cuales no abandonan su condición original de particulares.

2. La Corte en relación con convenios celebrados entre la DIAN y entidades bancarias, relativos al recaudo de impuestos, concluyó que si se produce apropiación de esos fondos se incurre en el delito de peculado<sup>3</sup>.

3. Sabido que la función administrativa relacionada con el recaudo de impuestos corresponde al Presidente de la República, de acuerdo con el art. 189-20 de la Constitución y que se trata de una función generalmente delegada a través de la DIAN mediante la celebración de convenios, a las entidades bancarias.

Precisamente al discernimiento de esta clase de funciones públicas es al que se refiere la parte final del art. 123 ibídem cuando señala que “la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”, de manera tal que dada la naturaleza de la función recaudadora se está en estos casos frente a una de aquellas hipótesis que por antonomasia vincula al particular con las obligaciones y las responsabilidades civiles, penales y disciplinarias propias de un servidor

público.

4. En contraste con estos supuestos, el actor afirma tergiversado el Convenio que asumió el Banco Selfin S.A. con la DIAN para el recaudo de impuestos, con el endeble y superado argumento según el cual dicho acto dice autorizar a la entidad bancaria y no al Presidente de la misma, como si la representación no estuviera en cabeza de éste y en una ingenua propuesta de responsabilizar a la persona jurídica por los actos de sus directivas, esfuerzo manifiestamente inútil por pretender darle actualidad a la discusión dogmática sobre el ámbito de responsabilidad que cabe a la persona jurídica, pese a estar suficientemente depurado en el plano teórico del debate que las personas jurídicas no pueden realizar 'conductas' con relevancia jurídico-penal, por carecer de voluntad propia, y por ende pasible de culpabilidad, que es sólo predicable, como se sabe, de las personas naturales.

Esta clase de propuestas no hacen cosa distinta que intentar confundir la estructura organizacional de la persona jurídica, con los individuos que a su nombre y en su representación toman las decisiones vinculantes, que son, en consecuencia, quienes están llamados a responder, entre otros, al derecho penal.

5. O sostener, con el mismo argumento del error de identidad acusado, que la misiva dirigida a la DIAN mediante la cual se solicitaba autorización para el recaudo de impuestos la elevó otro directivo, sin reparar en el poder vinculante que la misma tenía para Guillermo Sarmiento Lozano, Presidente del Banco Selfin S.A., para el momento en que se reputa consolidado el delito de peculado, como si la representación de la entidad pudiera entenderse sólo para ciertos efectos y no, precisamente, para aquellos que derivados de la Resolución 0770 del 22 de marzo de 1995 expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>4</sup> y la Resolución 0878 del 22 de mayo de 1997, que en concreto autorizó al Selfin S.A. para dicha actividad, al ingresarlo al sistema de recepción de documentos y recaudo de tributos.

Ninguna de estas pruebas, desde luego, fue tergiversada en su estudio por los sentenciadores, en atención a que la vinculación de Guillermo Sarmiento Lozano como directo responsable de una función pública en el manejo de caudales públicos por vía de su recaudo no se restringe por el hecho de no ser quien elevó la petición a la DIAN para ser inscrito el Selfin S.A., o que la autorización no saliera a su nombre, según con manifiesta precariedad en su alcance jurídico y mera literalidad del contenido de estos actos aduce el actor, pues las obligaciones y responsabilidades del imputado dada su calidad de Presidente del Selfin S.A., devienen de las normas estatutarias y escrituras públicas de constitución de dicha sociedad como banco y no por cuanto el sentenciador se haya inventado una nueva forma de servidor público “mediante herencia o sucesión de cargos”, al tenor de lo aducido por el libelista, máxime cuando ya se precisó que por la índole de la actividad cumplida es incontrovertible la asimilación que a servidor público le correspondía.

Tampoco merece encomiable detenimiento la afirmación según la cual la sentencia también incurrió en tergiversación de los arts. 800 y 801 del Estatuto Tributario, no sólo por la obviedad de no ser propio del error acusado un pretendido falseamiento del contenido de la ley (que corresponde a la vía directa de su quebranto), sino por cuanto la referencia que se hace a este tema simplemente porfía en que como la ley dice que el recaudo de impuesto se hará “a través de bancos”, también por este motivo estaría relevado de responsabilidad penal el acusado, aun cuando precisamente fuera su representante legal. El argumento es a todas luces deleznable.

6. El segundo ataque retoma la Resolución 0770 en mención, para aducir que fue falseada, ahora desde la perspectiva según la cual si el Selfin S.A. tenía plena disponibilidad de los recursos, lo cual los propios preceptos reglamentarios señalan, no podían ser objeto de apropiación, como supuesto de la acción típica del peculado imputado.

Es inocultable que por las funciones discernidas al banco Selfin S.A., éste podía utilizar los

dineros recaudados durante el período en que todavía no se cumplían las fechas límites para su consignación.

También que dada la naturaleza del dinero como bien fungible, que según se sabe no puede hacerse uso adecuado sin consumirlo, o como dice el art. 663 del C.C. “no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan”, inexorablemente tales recursos podían ser manejados por el banco, sin que en todo caso esto significara que dentro de los estrictos plazos de 19 días no se tuvieran que consignar en las arcas públicas, pues pese a la característica que le es propia a esta especie de bienes, en el caso concreto nunca dejaron de configurar recursos públicos del Estado en forma tal que la precariedad de su empleo no podía menguar la relación jurídica de la que emanaba el cumplimiento del objeto contractual del convenio de autorización para su recaudo.

Al margen de que la contraprestación consistiera en el manejo precario de esos dineros públicos, condición que tenían habida cuenta que el propio art. 803 del Estatuto Tributario al fijar la fecha en que se entiende pagado el impuesto precisa con toda claridad que “Se tendrá como fecha de pago del impuesto, respecto de cada contribuyente, aquella en que los valores imputables hayan ingresado a las oficinas de impuestos nacionales o a los bancos autorizados...”, es un hecho que en relación con los mismos debía no sólo tenerse plena disponibilidad sino proceder a su consignación dentro de los plazos estipulados.

7. Precisamente en la circunstancia de haber dispuesto de tales recursos, conforme aduce el casacionista en el tercer cargo para reputar tergiversadas las pruebas demostrativas de que los citados dineros sirvieron para cancelar obligaciones legítimas con terceros y aun aceptando que la integridad de los haberes públicos en miles de millones tuvieron esa destinación, nada distinto logra con este argumento el actor que evidenciar la apropiación que de los mismos se hizo para cubrir las sumas destacadas, sin que en condiciones semejantes esa circunstancia, de asumirse cierta y entonces haberse presentado, pueda obrar en favor de la conducta objeto de confrontación penal.

No se trató, en la forma como lo asume la demanda, de una jurídica y materialmente imposible “apropiación propia”, pues como ya se advirtió, era para el Banco y sus directivas imperativo contar con las sumas destinadas a cubrir los distintos rubros a que pertenecían, con mayor razón aquellas que en desarrollo de la función pública de recaudación tributaria habían entrado a sus cuentas.

En las condiciones señaladas los cargos devienen imprósperos.

\* \* \* \* \*

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

RESUELVE

No casar el fallo impugnado.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO CABALLERO

FERNANDO ALBERTO CASTRO

MARIA DEL ROSARIO GONZALEZ MUÑOZ

GUSTAVO E. MALO FERNÁNDEZ

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

JAVIER ZAPATA ORTIZ

Nubia Yolanda Nova

García

Secretaria

1 Casaciones 19695 de 2005, 23872 de 2006, 21926 de 2008, 29990 de 2010, 30170 de 2011 y 38695 de 2012, entre otras

2 Casación 12839 de 2004

3 “Precisado lo anterior, es palmario que la operación adelantada por el Banco Andino Colombia en desarrollo del Convenio de recaudo de impuestos de los contribuyentes suscrito con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, no corresponde a una actividad de intermediación financiera, pues se trata de dinero público recibido por disposición del ejecutivo, dentro de la facultad de delegación de una función estrictamente pública.

...

...es claro que el dinero recaudado por concepto de pago de impuestos por parte de los contribuyentes no era recibido por el Banco Andino en calidad de custodio o de “mera tenencia”, pues como lo señala el recurrente, por tratarse de un bien fungible ingresaba a las arcas de la entidad financiera como valor total dentro del concepto de unidad de caja.

Al dejar de cumplir con esa obligación convencional dentro de las fechas estipuladas y en su lugar utilizarlos para pagar obligaciones adquiridas previamente, lo que sólo hace quien se considera su dueño, como correctamente lo colige el Tribunal, pone de manifiesto el propósito de apropiación inherente al delito de peculado por apropiación.” Casación 30170 de 2011.

4 Por la cual se dictaron disposiciones para el proceso de recepción de las declaraciones y el recaudo de los impuestos, anticipos, sanciones, intereses y demás tributos administrados por la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales , a través de instituciones financieras