

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO
Magistrado ponente

SP002-2015
Radicación N° 37938
Aprobado Acta No. 2

Bogotá D.C., catorce (14) de enero de dos mil quince
(2015)

ASUNTO:

La Corte resuelve la acción de revisión promovida por el apoderado de ASTRID OLIMPIA ROMERO MOLINA, contra la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, el 30 de septiembre de 2010, que modificó parcialmente la dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual fue condenada como responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

ANTECEDENTES

1. Los hechos objeto de condena fueron reseñados en la sentencia de segundo grado, así:

“La señora Astrid Olimpia Romero Molina, quien fungía como representante legal de la sociedad Compañía de Cobranzas Ltda. omitió realizar el pago de las sumas recaudadas por la sociedad por concepto de impuestos sobre las ventas del año 2000 en los periodos 04 y 06, y del año 2001, los periodos 02, 03, 04, 05 y 06, como también omitió realizar las consignaciones correspondientes a retención en la fuente por los períodos 08 y 10 del año 2000, para un total de \$14.890.000, dejados de pagar al Estado dentro del término establecido por la ley, siendo llamada a juicio por el punible de omisión de agente retenedor o recaudador.”

2. El 28 de noviembre de 2006 la Fiscalía 26 Seccional de la Unidad de delitos contra la Administración Pública de Barranquilla profirió resolución de acusación en contra de ASTRID OLIMPIA ROMERO MOLINA, como presunta responsable del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, la cual cobró ejecutoria el 29 de diciembre del mismo año.

3. Tramitada la etapa de juzgamiento, en decisión del 30 de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla la declaró responsable del delito endilgado y la condenó a las penas de 36 meses de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas y al pago a favor de la DIAN de \$14.890.000 por concepto de impuesto

sobre las ventas correspondiente a los años 2000 y 2001, junto con sus intereses.

4. El 30 de septiembre de 2010 el Tribunal Superior de Barranquilla modificó parcialmente el numeral cuarto del fallo de primera instancia, para obligar al pago de la suma de \$5.021.000 y sus intereses a la DIAN.

5. Presentado el recurso extraordinario de casación, esta Corporación, mediante proveído del 27 de julio de 2011, lo inadmitió.

LA DEMANDA:

Con fundamento en la causal prevista *“en el numeral segundo (2º) del artículo 192 del C. del P.P.”*¹, el accionante pregona la prescripción de la acción penal al momento de calificarse el sumario.

El único valor por el cual se podía proseguir acción penal era por el impuesto de ventas del año 2001, sexto bimestre, con un capital de \$1.024.000 e intereses por \$2.021.000, como lo reconoció el Tribunal, quien dio validez a los recibos exhibidos en la diligencia de indagatoria por valor de \$9.596.000 que cubrían dicha obligación en exceso y por consiguiente extinguía cualquier obligación con la DIAN.

¹ Fol. 16

La resolución de acusación quedó ejecutoria el 2 de enero de 2007, fecha en la cual estaba prescrito el delito por el que fue acusada la sentenciada salvo el referido atrás, situación que obligaba al Juez del Circuito a declarar la prescripción de oficio de las restantes obligaciones tributarias, yerro que no corrigió el Tribunal y por el contrario convalidó.

Como, entre la fecha en que se debió consignar lo recaudado y la ejecutoria de la resolución que calificó el sumario, transcurrieron más de 5 años, la acción estaba prescrita.

Solicitó revocar y dejar sin valor las sentencias emitidas, para emitir la pertinente absolviendo a la acusada. De manera subsidiaria, que se releve a esta de suscribir compromiso alguno, pago de caución e imponer como pena máxima condena de 2 meses.

TRÁMITE EN LA CORTE:

1. Tras ser admitida dicha demanda, se dispuso allegar el proceso que culminó con el cuestionado fallo.

2. En el curso del traslado previsto en el artículo 224 de la Ley 600 de 2000, ninguna de las partes invocó peticiones probatorias.

3. Dispuesto el correspondiente para alegatos de conclusión, fueron allegados los siguientes:

3.1. El defensor, ahora al amparo del artículo 220, numeral segundo, de la Ley 600 de 2000, reiteró su tesis de la prescripción de la acción penal, pues al no tener el delito endilgado pena privativa de la libertad aquella se extingue pasados 5 años desde la ocurrencia del hecho, esto es desde el vencimiento del término para consignar (conforme con el calendario tributario) y la ejecutoria de la resolución de acusación.

El a quo no consideró pruebas allegadas al trámite que demostraban el pago de \$9.596.000 que cubrían el valor adeudado por la única obligación vigente, esta era, la del sexto bimestre del año 2001, que si lo hizo el ad quem y por ello rebajó la condena, por manera que no se podía adelantar la actuación.

Además, habiendo quedado ejecutoriada la resolución de acusación el 2 de enero de 2007, o, incluso, el 26 de diciembre de 2006, desde tal fecha hasta la ejecutoria del fallo de segunda instancia transcurrieron 3 años y 9 meses, es decir, más de la mitad de los 5 años en que prescribe la acción de acuerdo con las pautas del artículo 86 del Código Penal.

3.2. La Fiscal Coordinadora de la Unidad Ley 600/2000 anunció que se acogería a la decisión a que hubiese lugar.

3.3. El apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN se opuso a la acción al considerar que:

3.3.1. El artículo 402 contempla una pena máxima de 6 años de prisión por lo cual el término de prescripción comienza a contabilizarse luego de transcurridos dos meses desde la fecha fijada en el calendario tributario conforme con el dígito de verificación para la presentación y pago o consignación.

3.3.2. Conforme con ello, se tiene que la acción en el caso prescribía así:

Impuesto	Periodo	Año	Digito Verificación	Comisión conducta punible Art. 402 C.P. según Art. 84 Ley 599 de 2000/ Inciso 3	Fecha en que opera fenómeno prescripción
Ret/fte	10	2000	3	15-01-2001	15-01-2007
Ventas	6	2000	3	13-03-2001	13-03-2007
Ventas	2	2001	3	12-07-2001	12-07-2007
Ventas	3	2001	3	12-09-2001	12-09-2007
Ventas	4	2001	3	11-11-2001	11-11-2007
Ventas	5	2001	3	10-10-2002	10-01-2008
Ventas	6	2001	3	12-03-2002	12-03-2008

Sin que de acuerdo con tal marco hubiera operado el fenómeno aludido, en tanto la ejecutoria de la resolución de acusación fue el 29 de diciembre de 2006.

3.3.3. La interrupción del término prescriptivo de acuerdo con el artículo 86 de la Ley 599 de 2000, procede con la resolución de acusación, por un tiempo igual al de la mitad, sin que sea inferior a 5 ni superior a 10 años, tiempo que no se alcanzó en el presente caso, pues el auto de inadmisión de la demanda es del 27 de julio de 2011 y aquel vencía el 31 de diciembre del mismo año.

3.3.4. La acción de revisión no es el escenario para ventilar las propuestas anotadas como pretensiones subsidiarias.

CONSIDERACIONES:

1. De conformidad con el numeral 2° del artículo 75 del de la Ley 600 de 2000, la Sala es competente para pronunciarse respecto del presente asunto.

2. La acción de revisión es un mecanismo excepcional que permite derruir los efectos de cosa juzgada propios de una sentencia ejecutoriada y por medio de la cual se definió un asunto, una vez agotado el trámite de rigor por las autoridades competentes y bajo taxativas causales.

Por manera que su procedencia está sujeta a la comprobación de una de aquéllas y la necesidad de corregir una eventual injusticia con la determinación adoptada.

3. En el presente caso, el libelista acude a la causal segunda del artículo 220 de la Ley 600 de 2000, procedimiento

bajo el cual se evacuó la actuación, y propone la prescripción de la acción penal bajo tres supuestos: (i) en la etapa de instrucción al haber transcurrido más de 5 años desde la exigencia del pago de la obligación tributaria hasta la ejecutoria de la resolución de acusación el 2 de enero de 2007; (ii) por pago del impuesto a las ventas correspondiente al sexto bimestre del año 2001; y, (iii) luego de la interrupción al superarse el lapso de 30 meses entre la ejecutoria de la acusación y sentencia, conforme lo prevé el artículo 86 del Código Penal.

Esas hipótesis no tienen vocación de prosperidad, porque el accionante confiere alcances errados a las normas invocadas y llamadas a regir el tema.

3.1. De acuerdo con la naturaleza jurídica de los agentes retenedores, esto es, de particulares que de manera transitoria ejercen funciones públicas², el término prescriptivo de la acción penal debe aumentarse en una tercera parte a voces del inciso 5° del artículo 83 de la Ley 599 de 2000³.

Según lo ha explicado esta Corporación, en particular, CSJ SP, 27 jul. 2011, Rad. 30170:

“De acuerdo con la doctrina constitucional antes recordada, por tanto, los agentes retenedores son particulares que están a cargo de la

² Véase CSJ SP 159-2014

³ Sin la modificación introducida con el artículo 14 de la Ley 1474 de 2011, no vigente a la fecha de los hechos.

función pública de recaudar dineros oficiales. Es más, la decisión última mencionada es clara en adscribir la condición de servidor público a todo aquel particular a quien se le encarga la labor de recaudar tasas o contribuciones públicas.

Es de anotar que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema ya desde 1998 había señalado que la labor asignada a los agentes retenedores constituye una función pública.

Así, en sentencia del 15 de julio de ese año⁴ sostuvo:

“Claramente se ve que lo que se quiso hacer con esta disposición fue tipificar como punible la simple no consignación de las sumas retenidas, pero la Corte Constitucional estimó que el Presidente ‘excedió el límite material fijado en el numeral 5 del artículo 90 de la ley 75 de 1986, que lo facultaba para modificar el texto de las disposiciones, eliminar las normas repetidas o derogadas, ‘sin que en ningún caso se altere su contenido’”. Así las cosas, la inexequibilidad deja por fuera del orden jurídico la norma, y con ella el precepto que allí se creaba, pero es un error darle el alcance que le da el Ministerio Público, pues entiende que también desaparece el peculado por apropiación para los retenedores que cumpliendo con esa función pública que les encarga la ley, se apoderan de los dineros recibidos.

(...)

Lo probado es que el acusado desempeñaba una función pública que le daba la facultad de recaudar un tributo...”

Bajo la misma línea jurisprudencial corren las sentencias dictadas el 7 de abril de 1999⁵ y el 4 de mayo de 2006⁶. A título de ejemplo, obsérvese lo que se expresó en la primera de ellas:

⁴ Radicación 11290.

⁵ Rad. 10399.

⁶ Rad. 22902.

“...En consecuencia, como lo concluyó la Sala en la sentencia de casación de julio 15 de 1998, el hecho de que la norma aludida⁷ haya sido retirada del ordenamiento jurídico en manera alguna tiene como alcance el desaparecimiento del peculado respecto de los retenedores que en desarrollo de esa función pública que les encarga la ley, se apropian de los dineros recibidos” (subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, es necesario que esta Corporación precise el alcance del criterio expresado en las providencias del 24 de noviembre de 2008⁸ y 4 de febrero⁹, 27 de febrero¹⁰, 6 de mayo¹¹ y 11 de noviembre de 2009¹². En esas decisiones la Sala señaló que el agente retenedor o recaudador no es servidor público sino un particular, arribando a esa conclusión a partir de los siguientes fundamentos:

(i) La Ley, antes de la expedición del Código Penal de 2000, sancionaba la conducta del agente retenedor o recaudador que omitía reintegrar los dineros retenidos o recaudados con las mismas penas establecidas para el peculado por apropiación, creando así un paratipo para reprimir aquella ilicitud.

(ii) En la exposición de motivos del proyecto de ley número 40 de 1998 en el Senado, que finalmente concluyó con la sanción de la Ley 599 de 2000, se hizo alusión a la intención de dar un tratamiento punitivo más benévolo a quien incurría en el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, “teniendo en cuenta que el juicio de reproche debe ser menor para el

⁷ Se hace referencia al artículo 665 del Estatuto Tributario.

⁸ Rad. 30486.

⁹ Rad. 26888.

¹⁰ Rad. 31802.

¹¹ Rad. 30513.

¹² Rad. 32116.

particular que para el servidor público que tiene un especial deber de lealtad con la administración”.

(iii) Si los agentes retenedores o recaudadores fuesen servidores públicos, el legislador de 2000 no se habría visto en la necesidad de crear un tipo penal independiente, como en efecto ocurrió con el previsto en el artículo 402.

Sin embargo, en las comentadas decisiones se omitió expresar que si bien el agente retenedor o recaudador es un particular, a éste la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, por cuya razón, como lo señaló la sentencia C-563 de 1998 y lo ha sostenido también esta Corporación, en ese caso “asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”¹³. Una de esas consecuencias es, desde luego, el aumento del término de prescripción en una tercera parte cuando se actúa en condición de servidor público, conforme lo tiene previsto el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal de 2000”.

3.2. De allí que el término de prescripción en la etapa de instrucción para el delito establecido en el artículo 402 del Código Penal es de 8 años, producto del incremento de una tercera parte del máximo punitivo de 6 años.

Y en el juzgamiento de 6 años y 8 meses, en tanto la mitad (4 años) se aproxima a 5, monto al que se hace igual adición de la tercera parte, de acuerdo con la parte final del artículo 86 del

¹³ Cfr. Entre otras, sentencia del 13 de marzo de 2006, Radicado N° 24.833.

estatuto penal que señala que en ningún caso podrá ser inferior a tal lapso.

Cabe advertir que el artículo 86 del Código Penal tiene dos lecturas: una, sin la modificación introducida por la Ley 890 del 2004, para casos (como el presente) regidos por la Ley 600 del 2000, y otra con esa modificación para los juicios regidos por la Ley 906 del 2004.

3.3. Esos plazos no se cumplieron en el proceso adelantado en contra de ASTRID OLIMPIA ROMERO MOLINA, porque de acuerdo con el vencimiento de la primera de las obligaciones tributarias¹⁴ por las cuales fue llamada a juicio, el fenómeno prescriptivo en la instrucción hubiera acaecido en 15 de enero de 2009 y la ejecutoria de la resolución de acusación lo fue 29 de diciembre de 2006.

Así, el alegato del actor surge desatinado cuando reclama la prescripción de la acción penal, aun si solo se contabilizara con el máximo punitivo de 6 años establecido en la normatividad sustancial penal.

4. Tampoco puede aducirse su ocurrencia luego de su interrupción con la ejecutoria de la resolución de acusación, porque entre el 29 de diciembre de 2006 y el 27 de julio de 2011

¹⁴ Retención en la fuente, período 10, año 2000 a cancelarse el 14 de noviembre de 2000, conforme con el calendario tributario y el dígito de verificación.

(cuando, con la inadmisión de la demanda de casación cobro ejecutoria la sentencia), no pasaron ni siquiera 5 años, circunstancia que a simple vista descarta la tesis del togado.

5. Ahora, en lo atinente al pago de la obligación del sexto bimestre del 2001, no es admisible su reparo pues parte del equívoco de tener por prescritas los demás compromisos tributarios y por consiguiente la imposibilidad de adelantar acción penal por ellos para así denotar el pago “en exceso” de la única que en su sentir está vigente.

Queda claro que ese instituto no se estructuró y, además, según le fue explicado en la sentencia de segundo grado, dicho pago no generaba la extinción de la acción al no cubrir la totalidad de la deuda conforme con las probanzas allegadas en su momento por la DIAN.

Y en gracia a discusión, a lo sumo afectaría la tasación de la pena, sin embargo, se tiene que la de prisión fijada fue la mínima prevista para el correspondiente tipo penal como que se endilgó el comportamiento como una unidad de acción y, la multa (que sí guarda relación con lo no consignado) no fue atribuida.

6. En consecuencia, la causal invocada en la acción no fue acreditada al no haberse comprobado la imposibilidad de iniciarse o proseguirse con la actuación por prescripción de la acción penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

7. Finalmente, no es procedente realizar consideración alguna frente a las pretensiones invocadas como subsidiarias al escapar de la temática propia de la acción de revisión.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no fundada la causal de revisión invocada por el apoderado de la condenada ASTRID OLIMPIA ROMERO MOLINA.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

LUIS BERNARDO ALZATE GÓMEZ

Conjuez

GUILLERMO ANGULO GONZÁLEZ

Conjuez

JUAN CARLOS PRÍAS BERNAL

Conjuez

HUGO QUINTERO BERNATE

Conjuez



La actualidad jurídica en el momento en que ocurre

Nubia Yolanda Nova García
Secretaria