

PROCESO: 050016000248201302672
DELITO: Omisión de agente retenedor
CONDENADO: Javier Antonio Robledo Vélez
PROCEDENCIA: Juzgado 15 Penal del Circuito de Medellín
OBJETO: Apelación de sentencia de incidente de reparación.
DECISIÓN: Confirma
M. PONENTE: Luís Enrique Restrepo Méndez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, trece (13) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicado No. 050016000248-2013-02672

Acta Nro. 029

Se pronuncia la Sala en relación con el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN- en contra de la sentencia que puso fin al incidente de reparación integral, proferida el 24 de octubre de 2017, por el Juzgado 15 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, dentro del proceso penal adelantado en contra del señor Javier Antonio Robledo Vélez, a quien se le declaró penalmente responsable del punible de omisión de agente retenedor o recaudador.

1. ANTECEDENTES

El Juzgado 15 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín, con fecha 27 de febrero de 2017, profirió sentencia condenatoria en desfavor del señor Javier Antonio Robledo Vélez, a quien se le acusó por el punible de omisión de agente retenedor o recaudador, imponiéndole una pena principal de 32 meses 15 días de prisión y multa por valor de \$ 955.950.000, y la accesoria de inhabilidad en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 05-001-60-00-248-2013-02672

periodo. Así mismo, le concedió el sustituto penal de la ejecución de la pena por un lapso de 3 años.

Ejecutoriada la decisión se dio inicio al incidente de reparación integral, trámite que culminó con sentencia proferida el 24 de octubre del año pasado, dónde se absolvió civilmente al sentenciado Robledo Vélez de los daños y perjuicios ocasionados a la administración pública DIAN.

La funcionaria de primer grado consideró que la entidad adelantó un doble cobro al sentenciado, teniendo en cuenta que los valores reclamados por daño emergente y lucro cesante están siendo reclamados a través del proceso de cobro coactivo.

2. DEL RECURSO

La anterior determinación, fue apelada por la representante de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales-DIAN quien consideró que en este caso, las dos acciones, la administrativa y el trámite incidental, pueden coexistir sin que se genere un doble cobro, pues en la primera de ellas se persiguen las obligaciones tributarias, mientras que en la segunda, se pretende el daño causado derivado de la responsabilidad penal.

Indicó que al promoverse el incidente de reparación integral en disfavor de Javier Antonio Robledo Vélez como representante legal de Servialimentamos S.A se solicitó la reparación de los perjuicios materiales, discriminados en daño emergente por un valor de \$ 951.523.863 y lucro cesante por \$ 1.639.636.000, los cuales fueron soportados en debida forma, esto es, a través de los valores contenidos en las declaraciones tributarias y el certificado emitido por la funcionaria de cobranzas.

Aclaró que en este evento el incidente de reparación integral está dirigido en contra de Javier Antonio Robledo Vélez, como persona natural, mientras que el proceso de cobro coactivo adelantado por la DIAN se hizo en disfavor de SERVIALIMENTAMOS SA, es decir una persona jurídica. Para sustentar dicho

argumento trajo a colación una decisión de este Tribunal dentro del radicado 0500160002062010-21220 del 4 de mayo de 2014, donde fungió como Magistrado Ponente el Doctor Nelson Saray Botero y reiteró que en este caso no se presenta identidad de partes.

Finalmente solicitó que se revoque el fallo de primera instancia.

No hubo pronunciamiento de los sujetos no recurrentes.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En primer término ha de manifestarse que esta Sala posee la competencia para abordar el estudio de la decisión proferida por el funcionario de primer grado, en virtud del factor funcional determinante de la misma, consagrado legalmente en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004.

El problema jurídico planteado por la censora, se contrae a determinar si en el presente asunto es procedente o no la pretensión de una condena de carácter civil, teniendo en cuenta que la DIAN adelantó simultáneamente la acción de cobro coactivo para el recaudo forzoso de las obligaciones omitidas por Servialimentamos S.A representada legalmente por Javier Antonio Robledo Vélez, cuya falta de pago determinó que se le declarara penalmente responsable como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

A efectos de resolver el problema propuesto, debe recordar la Sala que el derecho de participación de la víctima en el proceso penal adquiere una especial relevancia, pues una vez establecida la responsabilidad del acusado, tiene la posibilidad de acudir al incidente de reparación integral a efectos de que se le reparen los daños ocasionados con la conducta punible, de conformidad con las normas del Código Penal y de Procedimiento Penal¹.

Para tal efecto, se debe cumplir con las siguientes condiciones i) que la sentencia

¹ Artículos 94 del Código Penal y 101 a 108 Código de Procedimiento Penal.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 05-001-60-00-248-2013-02672

penal de condena se encuentre debidamente ejecutoriada; ii) que la solicitud de pretensión dentro del trámite incidental sea presentada dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia; y iii) que se tenga legitimación para acudir al órgano jurisdiccional, es decir, que sea el sujeto autorizado para exigir la pretensión.

Descendiendo al caso concreto se tiene que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales acudió al incidente de reparación integral con el fin de que Javier Antonio Robledo Vélez, condenado por el delito de omisión de agente retenedor, cancele a su favor los perjuicios de índole material, los cuales corresponden a daño emergente y lucro cesante², así: \$ 951.523.863 correspondientes al monto de las obligaciones tributarias dejadas de cancelar, y \$ 1.639.636.000 por los intereses moratorios causados desde el momento en que debió efectuarse el pago hasta la fecha de emisión de la sentencia de condena, para un total de \$ 2.591.159.863.

Resaltó la apoderada de la DIAN que la oficina de cobranzas adelantó el proceso de cobro coactivo en contra de Servialimentamos S.A, tal y como consta en las certificaciones expedidas por la división de gestión de cobranzas del 17 de octubre de 2017³, donde expresamente se señaló que a dicho trámite no se vinculó a Javier Antonio Robledo Vélez, contra quien sí se adelantó el incidente de reparación integral, como autor responsable de la conducta punible.

Pues bien, el proceso de cobro coactivo es un mecanismo legal cuya finalidad consiste en recuperar el dinero que por concepto de impuestos dejó de cancelar el agente retenedor, así como los intereses que puedan surgir por el incumplimiento de esa obligación tributaria.

Dicha acción encuentra regulación en el Estatuto Tributario, que dispone:

Artículo 823. Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia

² Artículos 1613 y 1614 del C. Civil.

³ Folios 124 y 125.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 05-001-60-00-248-2013-02672

de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes.

(...)

Artículo 826. El funcionario competente para exigir el cobro coactivo, producirá el mandamiento de pago ordenando la cancelación de las obligaciones pendientes más los intereses respectivos.

Sobre este particular, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente:

“Por regla general, la decisión sobre el cobro de deudas patrimoniales se debe efectuar a través de los jueces de la República. Sin embargo, tratándose de deudas de carácter fiscal, tal pauta goza de una excepción que encuentra soporte en los artículos 2, 189 numeral 20, 209, 238 y 365 de la Constitución Política, en los que se autoriza a la administración para que adelante el cobro independiente de las obligaciones a favor de la Nación, a través del proceso administrativo de jurisdicción coactiva. Las facultades asignadas a la Administración para el cobro de las deudas a favor de la Nación a través de los procedimientos de cobro coactivo sin necesidad de acudir a los jueces, han sido estudiadas y aceptadas por la jurisprudencia constitucional y administrativa de tiempo atrás. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y esta Corporación, han identificado a la “Jurisdicción Coactiva” como el “privilegio exorbitante” que tiene la administración a partir del cual se entiende que “las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza”.

Es claro entonces, que la DIAN tiene dos opciones, iniciar por su cuenta el recaudo forzoso de las obligaciones o acudir ante la jurisdicción civil con el mismo propósito.

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP8463 del 14 de junio de 2017, con radicado 47446, precisó:

“Aquella concepción de los perjuicios causados por el delito que determina, por igual, la naturaleza de los mecanismos para hacer exigible la indemnización, resulta de gran utilidad a la hora de interpretar las normas que reglamentan el incidente de reparación integral, pues lleva al entendimiento de que no puede pretextarse la ineficacia de un trámite procesal adelantado con las formalidades legales, porque no se obtuvo el pago efectivo, para habilitar al afectado a intentar el cobro de la misma obligación mediante otra acción que siendo alternativa resulta excluyente”.

Y más adelante indicó la misma Corporación:

“A partir de ese enfoque de la jurisprudencia constitucional, igualmente puede indicarse que la participación de los perjudicados en el proceso penal, cuando además de verdad y justicia procuran el resarcimiento económico por los daños causados con el delito, activando la acción civil —actualmente mediante el incidente de reparación— éste es opcional, disyuntivo, no obligatorio —al punto que se excluye la facultad oficiosa del juez de condenar al pago de perjuicios—, sin que haya de entenderse como una potestad supletoria o simultánea con las otras vías legales de que pueda hacer uso el perjudicado, a fin de conseguir el efectivo pago de la obligación.

Siendo así, resulta lógico deducir que si el afectado ha promovido otro proceso independiente a fin de hacer efectiva la indemnización, la demanda de reparación integral ante el juez penal no puede tener vocación de éxito, como lo señaló también la Corte Constitucional en la sentencia C-899 de 2003:

Es el afectado por el ilícito quien tiene la opción de determinar la ruta procesal que más convenga a sus intereses. Desde tal perspectiva, no tendría sentido reprocharle al legislador que haya establecido restricciones en el diseño de cada opción, restricciones que, además, van encaminadas a trazar con exactitud los linderos de una y otra vía procesal. Así pues, no es lógico confundir los fines de la vía jurisdiccional civil con la penal, pues cada una tiene su propio trazado y condiciones de ejercicio. En últimas, como cualquiera

de las opciones permite a la parte afectada reclamar la indemnización de perjuicios, el legislador consideró incompatible que el afectado, a fin de obtener dicha indemnización, ejerciera simultáneamente las dos alternativas.

*La jurisprudencia del Consejo de Estado también ha recogido el razonamiento anterior al afirmar que **no es posible utilizar las dos vías procesales cuando se pretende obtener la reparación de los perjuicios causados por el ilícito.** Así, en uno de sus fallos, el máximo tribunal de la justicia contenciosa sostuvo:*

“Dentro de las opciones que la ley le otorga al perjudicado, éste puede optar por la que mejor se acomode a sus aspiraciones e intereses jurídicos y patrimoniales, pero sometido desde luego a los resultados favorables o desfavorables que esa opción pueda hacia el futuro proporcionarle. De otra forma se patrocinarían condiciones inaceptables desde el punto de vista procesal y jurídico, que le permitirían al afectado transitar por dos jurisdicciones diferentes en busca del resarcimiento más favorable y prevalido de una doble oportunidad de sacar adelante su aspiración resarcitoria, en condiciones que ciertamente no se adecuan a un proceso justo y de equidad para las personas naturales o jurídicas que se vean involucradas en cada accionar del afectado, con perjuicio del principio de la cosa juzgada el que en todo caso se vería afectado con el fallo definitivo posterior. (Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, 24 de septiembre de 1993. Referencia: Expediente N° 8201). (Negrillas fuera de texto.)”

De lo anterior se concluye, que si bien es cierto, la DIAN puede adelantar el cobro de los tributos dejados de cancelar y sus intereses ante la jurisdicción ordinaria, según lo autoriza el Art. 843 del Estatuto Tributario y el 102 de la Ley 906 de 2004, también lo es, que no puede hacerlo paralelamente con el impulso del procedimiento administrativo de cobro coactivo por los mismos conceptos, toda vez que el sentenciado queda sometido a un doble proceso por unos mismos hechos que tienen una misma causa.

De otro lado, manifestó la censora que en este evento no existe identidad entre las partes, pues la acción administrativa de cobro coactivo se adelantó en contra de

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLIN
SALA DE DECISIÓN PENAL
RADICADO NRO. 05-001-60-00-248-2013-02672

Servialimentamos S.A como sociedad anónima y no en contra de su representante legal Javier Antonio Robledo Vélez tal y como consta en las certificaciones del 6 de marzo y 17 de octubre de 2017⁴; no obstante, la Sala no comparte dicho argumento en tanto, la obligación tributaria es una sola y la entidad decidió perseguirla a través del cobro coactivo dentro del cual dispuso una serie de medidas cautelares tendientes a garantizarla, para tal efecto emitió resoluciones de embargo a un bien inmueble, un vehículo, un establecimiento de comercio y sumas de dinero; de ahí, que deba descartarse un doble cobro por parte de la Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales, y como consecuencia de ello, un enriquecimiento injustificado para el ente Estatal generado precisamente por el abuso del derecho en que incurre al tramitar simultáneamente las dos vías en comento.

En consecuencia se impartirá confirmación a la providencia apelada.

Por lo anterior la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución **CONFIRMA** la sentencia de fecha, origen y contenido indicados.

La presente decisión se notifica en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

CÚMPLASE

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ
MAGISTRADO

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE
MAGISTRADO

NELSON SARAY BOTERO
MAGISTRADO

⁴ Folios 79 a 81, 124 y 125.