



Rad. N°.050016000248201815425
Procesado: Luis Sander Gutiérrez Sánchez
Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador
Incidentista: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-
Asunto: Apelación auto que rechaza la pretensión
Decisión: Confirma
Magistrado Ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 021

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, veintisiete de febrero de dos mil veinticinco.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– en contra de la decisión proferida el 30 de enero de 2025, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de

Envigado, mediante la cual rechazó la solicitud de apertura del Incidente de reparación integral.

ANTECEDENTES RELEVANTES:

Dentro del término legal el apoderado judicial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– solicitó el inicio del Incidente de reparación de perjuicios en contra del señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez, condenado por el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador en sentencia del 16 de enero de 2024, la cual, con la modificación de la pena impuesta, fue confirmada por esta Sala el 12 de junio de 2024.

En audiencia del 16 de septiembre de 2024, la DIAN formuló su solicitud incidental, en la que pretende el cobro de los perjuicios materiales ocasionados con ocasión al saldo adeudado - \$300.913.302-, por la Sociedad Altura S.A.S., por concepto de impuesto sobre las ventas de los años 2013-1, 2013-2, 2014-, 2014-2, 2015-3, 2016-2, 2016-3 y 2017.

El 30 de enero siguiente, el Juez de primer grado profirió el auto que decidió el rechazo de esta pretensión presentada, y que fue objeto de apelación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El funcionario *a quo* rechazó la solicitud presentada, por cuanto, en síntesis, de acuerdo con la jurisprudencia, cuando la DIAN adelanta el correspondiente proceso de cobro coactivo, no es posible acudir al incidente de reparación integral, pues no es admisible el ejercicio simultáneo o alternativo de dos mecanismos para cobrar la misma deuda, evitando el abuso del derecho. Y, en

este caso, aunque no haya sido vinculado solidariamente el sentenciado, ya se llevó a cabo el proceso de cobro coactivo en contra de la persona jurídica que representaba -Altura SAS-.

ARGUMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN– presentó el recurso de reposición y, en subsidio, apelación, argumentando que, en este asunto, no se vinculó al sentenciado al proceso de cobro coactivo, lo cual, conforme a la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 13 de noviembre de 2024, radicado 2016-06389, hace viable la tramitación del incidente de reparación integral.

Pero, adicionalmente, adujo que el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal establece que solo en dos eventos procede el rechazo de la pretensión del incidente de reparación integral, i) cuando quien lo promueve no ostenta la calidad de víctima, y ii) cuando se encuentre acreditado el pago efectivo de los perjuicios; de modo que, como se acreditó la calidad de víctima de la DIAN y no se ha efectuado el pago efectivo de perjuicios, procede el inicio del incidente.

El defensor del sentenciado manifestó que no haría pronunciamiento alguno como no recurrente.

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

El juez de primer grado mantuvo su decisión con base en que, a pesar de que no se hubieran conseguido resultados satisfactorios, la obligación por la cual aquí se pretende el pago de perjuicios fue la misma perseguida a través del proceso de cobro

coactivo que ya se agotó, por lo que la DIAN, en primer lugar, teniendo otro mecanismo y, en segundo lugar, habiéndolo ya adelantado, no cuenta con la legitimidad para acudir a este incidente.

Por esta causa, y atendiendo a la debida sustentación del recurso, concedió la apelación presentada.

CONSIDERACIONES:

En virtud del artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver los reparos formulados por el recurrente en contra de la decisión que rechazó la solicitud de apertura del incidente de reparación integral.

En consecuencia, se determinará si en el caso procede iniciar el trámite mediante el cual se busca obtener el pago de los perjuicios ocasionados con el delito de Omisión de agente retenedor o recaudador por el que fue condenado el señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez o si, por el contrario, no habría lugar a su apertura debido a que la entidad afectada ejerció otra vía legal para intentar el cobro de las obligaciones adeudadas.

Se partirá por precisar que, como lo alega el recurrente, es cierto que el inciso 2° del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal estipula el rechazo de la pretensión indemnizatoria solo en dos eventos: cuando quien la promueve no es víctima o si, siendo la única pretensión el cobro de perjuicios, se acredita su pago.

El artículo 52¹ de la Ley 600 de 2000, además de los anteriores supuestos, establecía que la demanda de constitución de

¹ LEY 600 DE 2000 - ARTICULO 52. RECHAZO DE LA DEMANDA. La demanda será rechazada cuando esté acreditado que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante, que se

parte civil sería rechazaba cuando se acreditara “que se ha promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante” o que, cuando se dirija contra el tercero civilmente responsable, estuviera prescrita.

Por su parte, la Ley 906 de 2004 no contiene esta causal de rechazo; sin embargo, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SP8463-2017 del 14 de junio de 2017, radicación 47446, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero, luego del examen de la exposición de motivos de la creación de las normas que regulan en la actualidad el incidente de reparación integral, dedujo al respecto:

“(...) Por esa razón, el motivo de rechazo de la pretensión al que se refiere la norma —artículo 103, inciso 2°, de la Ley 906 de 2004— no puede interpretarse como la consecuente facultad para adelantar ante el juez penal el incidente de reparación, cuando se ha iniciado otra acción legal tendiente al pago de la obligación, por la ineficacia de ésta o por haberse dejado vencer los términos para su iniciación o su terminación.

Además, esa prohibición no logra sortearse con el pretexto de la índole diferente del cobro de la obligación originaria y la correspondiente a los perjuicios causados con el delito, excusa de menor incidencia, se insiste, en casos en los cuales los componentes de una y otro pretensión son idénticos.

(...)

En consecuencia, la interpretación de la norma, respetando su literalidad, no puede ser distinta a aquella conforme a la cual, el motivo de rechazo de la pretensión indemnizatoria —la acreditación de la reparación integral— no se equipara a los efectos jurídicos de la demostración de existencia de otros mecanismos legales iniciados por la víctima para obtener el pago, sin importar que este objetivo haya tenido éxito o resultara fracasado; es decir, que los motivos expresos de rechazo de la petición, no son necesariamente los únicos que determinan la procedencia del incidente de reparación integral, pues cuando autónomamente la víctima ha escogido otra vía de reclamación, no puede quedar legitimada a promover la acción ante el juez penal.

ha hecho efectivo el pago de los perjuicios, que se ha producido la reparación del daño o que quien la promueve no es el perjudicado directo.

También procede el rechazo cuando la demanda se dirija contra el tercero civilmente responsable y la acción civil se encuentre prescrita.

En cualquier momento del proceso, en que se acredite cualquiera de las situaciones descritas, mediante providencia interlocutoria se dará por terminada la actuación civil dentro del proceso penal.

Lo anterior es así, por cuanto el derecho a demandar la indemnización integral como presupuesto de procedencia del incidente de reparación tiene que acompañarse con todo el sistema normativo que lo rige; por tanto, la insatisfacción o la simple expectativa en cuanto a la pretensión económica no puede traducirse en favor de las víctimas en la facultad abusiva de acudir paralela o supletoriamente al incidente ante el juez penal, al punto de permitírsele soslayar los resultados adversos en otro proceso adelantado en forma soberana para asegurar el pago de la obligación.

De ahí que en relación con el derecho de acudir a otros mecanismos legales, la Corte reitera la inexistencia de antecedentes para deducir la intención expresa o tácita del legislador de dotar a las víctimas de la potestad de promover distintas acciones con la misma finalidad de asegurar el pago de una obligación, por el hecho de que esté mediada por una conducta delictiva.

Tampoco aparece formulada la alternativa de proponer el incidente cuando el cobro por otra vía fracasó por alguno de los motivos establecidos en la ley, incluida la prescripción, la cual, tratándose de la acción administrativa se produce «en el término de cinco (5) años»².

Con este precedente, y considerando que no es plausible auspiciar la pluralidad o reiteración de acciones con un mismo fin, independiente de su naturaleza, y que la DIAN no es una víctima desvalida sino que, tal como lo advirtió la Corte en la providencia antes citada³, goza de la autotutela administrativa y de la facultad para llevar a cabo la ejecución coactiva de obligaciones y sanciones tributarias⁴, como también de la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil⁵, la Sala concuerda con la postura adoptada por el Juez de primer grado, al considerar que en este asunto, la víctima no tiene legitimidad para adelantar el trámite indemnizatorio.

² Artículo 817 E. T., modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014.

³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 14 de junio de 2017, SP8463-2017 2017, Radicado No. 47446, MP. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁴ **Estatuto Tributario - ARTICULO 823. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COACTIVO.** Para el cobro coactivo de las deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, de competencia de la Dirección General de Impuestos Nacionales, deberá seguirse el procedimiento administrativo coactivo que se establece en los artículos siguientes.

⁵ **Estatuto Tributario - ARTICULO 843. COBRO ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA.** La Dirección General de Impuestos Nacionales podrá demandar el pago de las deudas fiscales por la vía ejecutiva ante los jueces civiles del circuito. Para este efecto, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, o la respectiva autoridad competente, podrán otorgar poderes a funcionarios abogados de la citada Dirección. Así mismo, el Gobierno podrá contratar apoderados especiales que sean abogados titulados.

Y es que no cabe duda de que, en este asunto, la DIAN ya tramitó el cobro coactivo en contra de la Sociedad Altura SAS, para lograr el pago de los conceptos por los cuales, debido a la falta de pago, resultó condenado el señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez, siendo estos valores los únicos que está reclamando en el presente trámite.

Pese a lo anterior, la DIAN justificó su actual pretensión en el hecho que, en dicho proceso, no se vinculó al señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez; sin embargo, tenía la potestad para hacerlo como representante de la sociedad en virtud de la responsabilidad subsidiaria de los representantes legales (artículos 573, 793 y siguientes del Estatuto Tributario). o como agente retenedor directamente por la omisión de realizar la correspondiente retención o percepción, o solidariamente con el contribuyente de presentarse los casos previstos en la ley (artículos 370, 371 y 372 ibidem).

De manera que, su falta de vinculación, es una omisión atribuible a la misma entidad y, por ende, no puede ser una decisión que la habilita para, expedida la condena, readquirir legitimación en la causa por activa, considerando que nadie puede sacar provecho de su propia incuria.

Aunque es cierto que la acción de cobro coactivo no fue instituida para lograr el pago de los perjuicios derivados de un delito como lo es la Omisión del agente retenedor o recaudador, ya que su finalidad es hacer efectivo el cobro de la obligación en cabeza de la persona natural o jurídica retenedora o recaudadora, también lo es que el delito recae precisamente en la omisión de pagar la obligación tributaria, por lo que, conforme con lo pretendido por la DIAN,

adelantar aquella acción tendría exactamente la misma finalidad que el inicio de este incidente⁶.

No es que la DIAN no pueda acudir a este trámite para lograr la indemnización de perjuicios, pero esta posibilidad existe siempre y cuando, además de reclamar el pago de perjuicios por los daños ocasionados con el delito por el cual se emitió condena, se busque el reconocimiento de conceptos diferentes a los que fueron reclamados mediante la otra vía. Dado que esta condición aquí no se cumple, deviene ilegítimo promover de forma paralela el incidente de reparación integral dentro del proceso penal para perseguir dicho pago.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, además del procedimiento administrativo en mención, la DIAN también cuenta con la vía judicial ante lo contencioso administrativo⁷, en tanto el artículo 98⁸ del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece, sobre el deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo, que *“para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes”*.

⁶ Al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP8463-2017 (rad. 47446), antes citada, indicó:

“Así entonces, de cara a las normatividades penal, civil y tributaria, es irrefutable que nada distinto hay en la obligación económica cobrada a través del trámite administrativo y la pretensión formulada en el incidente de reparación, que justifique la procedencia de éste con el pretexto de que la acción administrativa no participa del carácter de la indemnización de perjuicios causados por el delito, a pesar de que comparten idéntica finalidad y fuente primaria en cuanto a la exigencia de naturaleza económica.”

⁷ **ARTÍCULO 835. INTERVENCIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.** Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la Jurisdicción Contencioso - Administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción.

⁸ **“ARTÍCULO 98. DEBER DE RECAUDO Y PRERROGATIVA DEL COBRO COACTIVO.** Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.”

Bajo este panorama, no es posible llegar a una conclusión diferente a la que llegó el *A quo*, pues, atendiendo a que, previamente, se ejerció la acción administrativa para procurar el cobro de las obligaciones por las que se pretende adelantar este incidente, se cumplen las condiciones para rechazar la pretensión indemnizatoria.

Por consiguiente, se confirmará la decisión de primer grado que rechazó la solicitud de apertura del incidente de reparación integral; pero, dado que el libelista apoyó su inconformidad en una decisión suscrita por el Magistrado Ponente como revisor⁹, cabe aclarar que mediante decisión del pasado 14 de febrero se apartó de dicha tesis en un caso similar¹⁰, por las razones antes expuestas, entre ellas, que si la DIAN no vinculó al sentenciado en el procedimiento administrativo, fue por su voluntad -pues así se lo permite el Estatuto Tributario-, lo cual, pretendiendo sacar provecho de su propia incuria, no le permite readquirir legitimación en la causa por activa.

En razón y mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, en Sala de Decisión Penal,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados que rechazó el incidente de reparación integral de perjuicios seguido en contra del señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez. Ello, acorde con lo expuesto en precedencia.

⁹ Radicado 050016000248201606389, M.P. John Jairo Gómez Jiménez.

¹⁰ Radicado 050016000248202261733, M.P. Miguel Humberto Jaime Contreras.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados
y contra ella no procede recurso alguno.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN

Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ

Magistrado

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin

Magistrado

Sala 008 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez

Magistrado

Sala 009 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Cesar Augusto Rengifo Cuello

Magistrado
Sala 10 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con
plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario
2364/12

Código de verificación:

e91f4afd33695229476dd193036012582d58728101c347c5bd5ece
91029d1cbe

Documento generado en 27/02/2025 03:38:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>