



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

4

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

Magistrado ponente

SP8463-2017

Radicación No. 47446

(Aprobado Acta No. 193)

Bogotá, D.C., junio catorce (14) de dos mil diecisiete (2017).

La Corte procede a resolver el recurso de casación presentado por el apoderado de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali el 27 de octubre de 2015, que revocó el dictado por el Juzgado Veintiuno Penal de Circuito de Conocimiento de la misma ciudad, el cual puso fin al incidente de reparación integral y condenó a SIMON SESELOWSKY GUENDELMAN a indemnizar los perjuicios causados por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

HECHOS

Se reseñaron por el a quo en los siguientes términos:

El señor SIMON SESELOWSKY GUENDELMAN como contribuyente responsable se sustrajo a su deber y obligación de consignar las sumas recaudadas por el concepto de impuestos sobre las ventas durante los siguientes períodos, desde 2007:

PERIODO	AÑO	VALOR EN PESOS
1	2007	\$103.024.000
2	2007	\$54.865.000
3	2007	\$243.640.000
4	2007	\$108.881.000
5	2007	\$61.014.000
6	2007	\$163.528.000
1	2008	\$72.067.000
2	2008	\$47.257.000
3	2008	\$57.813.000
4	2008	\$64.591.000
5	2008	\$31.898.000
6	2008	\$173.278.000

Estos dineros no fueron cancelados dentro del término legal fijado por el gobierno nacional para ello, conforme a la presentación sin pago de dichas declaraciones en estos períodos; sumas que adeuda, más

los intereses de mora que se causen hasta la fecha de pago a la Administración de Impuestos Nacionales.

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

Una vez el acusado **SIMON SESELOWSKY GUENDELMAN** aceptó los cargos que la Fiscalía le formuló en audiencia de imputación como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, el Juzgado Veintiuno Penal de Circuito con Función de Conocimiento de Cali dictó sentencia el 12 de febrero de 2014 a través de la cual lo condenó a las penas principales de 30 meses de prisión y \$1.181.856.000 de multa.

El 8 de marzo siguiente el apoderado de la víctima, en representación de la Nación - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN) de la Seccional Cali promovió el incidente de reparación, al que se dio trámite.

La primera audiencia se llevó a cabo el 25 de agosto de 2014. Conforme a los artículos 103 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, el abogado de la DIAN expuso la pretensión indemnizatoria, reclamando por daño emergente \$1.181.856.000 y por lucro cesante \$2.219.171.000, para un total de \$3.401.027.000; además, advirtió de la imposibilidad de proponer o aceptar alguna fórmula de conciliación por expresa prohibición legal, en razón de que los dineros reclamados son públicos.

En consecuencia, se siguió adelante el trámite y el 10 de abril de 2015 las partes presentaron las pruebas de índole documental; la defensa se opuso a la pretensión del apoderado de la DIAN por considerar que la entidad estaba efectuando un doble cobro respecto de las mismas obligaciones y por idénticos conceptos, pues inició simultáneamente con la presentación de la denuncia penal la acción de cobro coactivo, según le fuera certificado el 15 de enero de esa anualidad por el Grupo Interno de Trabajo de Coactiva I División de Gestión de Cobranzas.

El apoderado de la víctima expresó su desacuerdo con la postura del defensor aludiendo a pronunciamientos judiciales que no identificó, de acuerdo con los cuales el cobro coactivo no priva a la administración de procurar la indemnización a través del incidente de reparación.

En sentencia del 3 de julio de 2015, el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, declaró a SIMON SESELOWSKY GUENDELMAN responsable del pago de los perjuicios materiales causados a la DIAN, por concepto de daño emergente y lucro cesante, en cuantía de \$3.401.027.000, «con fecha de corte al 25 de agosto de 2014» más los intereses que se causen hasta la cancelación de la obligación.

El defensor del sentenciado interpuso recurso de apelación contra el fallo. El Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Cali revocó la sentencia de primera instancia en decisión mayoritaria del 27 de octubre de 2015, que impugnó en casación el apoderado de la DIAN.

La Sala admitió la demanda y realizó la audiencia de sustentación.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA

El recurrente, en condición de apoderado de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, superado el proemio respecto de la identificación de las partes y de la sentencia objeto de impugnación, de los antecedentes procesales, de la reseña de las decisiones de primera y segunda instancia y del salvamento de voto, se refiere al reconocimiento de los derechos de las víctimas en el sistema penal con tendencia acusatoria que gobernó el trámite incidental y a la responsabilidad civil derivada del delito tanto desde el punto de vista penal como el civil.

Después se detiene en el pronunciamiento del Tribunal Superior e indica que los precedentes mencionados en la sentencia impugnada, pese a su importancia, no se corresponden con la materia objeto de debate, pues lo que censuran es un doble pago, que en este caso no se presenta, debido a la prescripción de la acción

de cobro coactivo. Agrega que si hubiera lugar a adelantar las dos ejecuciones, el civilmente responsable estaría habilitado para oponerse «*mediante la figura de la excepción de fondo o mérito llamada de pago*».

Sin embargo, el recurrente considera que conforme al inciso segundo del artículo 103 de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación solo puede ser rechazado si se han pagado integralmente los perjuicios, más no por la simple expectativa de su recaudo, por lo que refuta, igualmente, que en los de simultaneidad de acciones para conseguir el pago de la deuda fiscal, pueda haber lugar a un desgaste indebido de la administración de justicia.

A partir de esas premisas, el censor alega que el Tribunal incurrió en errores de hecho como son, de un lado, la aludida supuesta afectación a la administración de justicia, improbable en este caso, pues la obligación no feneció por pago; de otra parte, la presunta existencia de dos títulos ejecutivos, hipótesis infundada, debido a que la acción de cobro coactivo prescribió y en el incidente se reclama es la indemnización derivada del delito.

Critica, además, que en el fallo impugnado se acuda a normas derogadas como el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000.

4

INTERVENCIONES EN AUDIENCIA DE SUSTENTACION

La apoderada de víctima, en calidad de demandante:

Precisa que la demanda tiene por finalidad evidenciar un manifiesto y trascendente error de hecho, de conformidad con el artículo 336, numeral 2º, del Código General del Proceso, pues contrario a lo afirmado en la sentencia impugnada, la coexistencia de dos procesos, que solo se traducen en una expectativa de cobro, no impide a la víctima procurar la indemnización de los perjuicios, como es la finalidad del incidente de reparación integral.

Manifiesta, sin embargo, que en este caso no se encuentran paralelamente activadas otras acciones, debido a que el cobro coactivo prescribió desde el 29 de enero de 2015 y el contribuyente no pagó las sumas retenidas y declaradas.

Por esas razones, la apoderada encuentra equivocada la decisión del Tribunal Superior, pues ninguno de los presupuestos para rechazar el incidente de reparación se presentó, además de no tener la administración la pretensión de hacer un doble cobro respecto del mismo tributo, sino la reparación de los perjuicios derivados de la comisión del delito de omisión del agente retenedor o

recaudador por el cual fue declarado penalmente responsable SIMÓN SESELOWSKY GUELDELMAN.

El Delegado de la Fiscalía:

Enmarca el problema jurídico planteado en la definición acerca de si las víctimas del delito están facultadas para reclamar alternativamente en distintos escenarios legales el pago de los perjuicios, sorteando los resultados adversos que puedan darse en alguno de los ámbitos procesales promovidos a su favor.

Para responder a ese cuestionamiento comienza por examinar el artículo 103 de la Ley 904 de 2000, en concreto los motivos de rechazo del incidente. Confrontada la norma con el trámite incidental en este asunto, señala cómo en la segunda audiencia se conoció la existencia de otro proceso para el cobro de la obligación, tramitado con fundamento en los artículos 823 y 843 del Estatuto Tributario, momento a partir del cual no era viable continuar el incidente, como debió resolverlo el juez de primera instancia.

En opinión del Delegado, la pretendida diferenciación entre el cobro coactivo, a través del cual se procura el pago de una deuda de naturaleza fiscal, con el incidente de reparación integral, que propende por la indemnización de un perjuicio ocasionado por un delito, es un *«esguince a la consecuencia que significa el hecho de la prescripción de la*

acción de cobro coactivo, cuya ocurrencia confesó el actor en la demanda de casación».

Lo anterior, por cuanto la prescripción de la acción de cobro coactivo extingue la obligación tributaria, de acuerdo con la regulación que sobre el tema trae el Estatuto Tributario en los artículos 817, 818 y 819.

Así, considera el Fiscal que la decadencia de la obligación comporta su inexigibilidad por los períodos durante los cuales se recaudaron los impuestos de IVA, junto con los intereses, valores éstos equivalentes a la pretensión del incidente de reparación, bajo los conceptos de daño emergente y lucro cesante, originados en la omisión por parte del contribuyente de consignar las sumas correspondientes a las declaraciones del impuesto que generaron la imputación penal.

Por tanto, según el Delegado, de acogerse la tesis del demandante se legitimaría la indemnización por dos vías distintas respecto de los mismos conceptos y el enriquecimiento sin causa a favor de la administración.

Expone, acerca de las razones que dieron lugar a la inexigibilidad de la obligación tributaria, que la negligencia, el descuido o la incuria de la Administración de Impuestos al optar por iniciar el cobro coactivo, dejando prescribir la acción no le permite revivir aquello que ya no le es dable

reclamar, ni, por tanto, alegar en su favor la propia culpa, pues como lo predica la doctrina (cita comentario al artículo 817 del E.T., publicado en el portal <https://vlex.com.co>):

La prescripción de la acción de cobro es una sanción legal para la administración tributaria ante la negligencia oficial para adelantar de manera eficaz las acciones de cobro de la obligación tributaria, con las sanciones e intereses a que haya lugar, pues ya existe la certeza de que al sujeto pasivo le corresponde pagar la suma de dinero determinada directamente por el contribuyente o por la administración misma.

Encuentra apropiado que el Tribunal hiciera alusión al artículo 57 de la Ley 600 de 2000, dado que como ocurre en el incidente de reparación, quien escogió otra vía procesal a fin de perseguir la satisfacción de una obligación, asume los resultados de la misma, única manera de evitar el abuso del derecho, como «una especie de impedimento por gracia de los principios rectores de lealtad y buena fe».

Finalmente, advierte que si la extinción de la acción fiscal torna la obligación en natural, conforme al 1527 del Código Civil, la administración queda facultada a demandar ante la jurisdicción ordinaria el pago a favor de la Nación.

En consecuencia, el Delegado de la Fiscalía solicita no casar la sentencia.

El Procurador Segundo Delegado para la Casación

Penal:

Considera que por haber dado curso la DIAN al proceso de cobro coactivo, en el cual dictó mandamiento de pago y ordenó medidas cautelares, en orden a asegurar el recaudo de la obligación tributaria, el trámite paralelo del incidente de reparación integral resulta improcedente, so pena de transgredir el principio del non bis in idem, al autorizar a la entidad la persecución de la misma deuda por dos vías legales.

En oposición a lo alegado por el demandante, el Ministerio Público considera que sí existen dos títulos ejecutivos, *«uno, el del cobro ejecutivo, y el otro, con la sentencia proferida dentro del incidente de la reparación integral, que ordena el pago de perjuicios»*. Agrega, en cuanto al de la primera especie, que el apoderado de la DIAN no acreditó la prescripción.

Concluye el Delegado de la Procuraduría indicando que ninguno de los cargos propuestos en la demanda debe prosperar.

El defensor:

Argumenta que existiendo el trámite de la acción administrativa se presenta una doble reclamación violatoria del principio de non bis in ídem, y aun cuando el

apoderado de la víctima alegó la prescripción, sin demostrarla, de haber ocurrido no habilita a la DIAN a reclamar el pago, pues *«el estatuto Tributario les entrega un procedimiento expedito que lo adelantan ellos mismos, ni si quiera tienen que acudir a los jueces»*.

En síntesis, para el defensor los errores planteados en la demanda no tienen vocación de prosperidad.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Antes de ocuparse del fondo del problema jurídico por resolver, la Sala precisa que al admitir la demanda se superan los defectos de lógica y adecuada fundamentación, que eventualmente evidencie la censura, por tanto, no se aludirá a ellos.

Pues bien, según ha quedado reseñado el debate planteado se refiere estrictamente a la procedencia en este caso del incidente de reparación integral y la consecuente pretensión de una condena de carácter civil, teniendo en cuenta que la DIAN adelantó simultáneamente con la denuncia penal la acción de cobro coactivo, conforme a los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario, para el recaudo forzoso de las obligaciones omitidas por SIMÓN SESELOWSKY GUELDELMAN, cuya falta de pago determinó que se le declarara penalmente responsable como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

La tesis planteada por la defensa en el trámite incidental para oponerse a la pretensión indemnizatoria por haberse demostrado la existencia de la acción de cobro coactivo, fue desestimada por el juez de primera instancia, que condenó a SIMÓN SESELOWSKY GUELDELMAN al pago de los perjuicios materiales reclamados por la DIAN.

El a-quo aceptó la pretensión al encontrar probada *«la relación causa-efecto entre la conducta punible y el daño... y... la ausencia de demostración por parte de la defensa que [los] perjuicios en la actualidad se encuentren cancelados»*.

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior por mayoría —pues uno de sus integrantes salvó el voto— consideró la existencia de una doble sanción, violatoria del debido proceso y del principio de non bis in ídem, por cuanto en el proceso de cobro coactivo adelantado por la DIAN se dictó mandamiento de pago y se decretó *«medida cautelar vigente que asegura el recaudo de la obligación tributaria»*, respecto de la misma deuda exigida mediante el incidente de reparación integral.

Esa afirmación la respaldó probatoriamente el ad quem en la respuesta de la Administración de Impuestos al defensor, relacionada con el trámite del cobro coactivo que se indica *«corresponde a la misma fuente de recaudo...»* de la cual trata la pretensión indemnizatoria.

Con fundamento en ello, razonó el Tribunal que si bien el delito es fuente de obligación, según lo prevé el artículo 1494 del Código Civil, y las víctimas tienen derecho a reclamar su pago en el proceso penal, agotado por la DIAN el trámite administrativo con el respectivo título ejecutivo que le permitió dictar mandamiento de pago, la sentencia de condena proferida en primera instancia dentro del incidente se torna en un título «ineficaz», que apareja una doble sanción y, por tanto, la violación al debido proceso, al quebrantarse el principio del non bis in ídem.

Así, concluyó el ad quem:

En esos términos, no se está afirmando que la administración no tenga oportunidad de recurrir al incidente, si en verdad, además de las obligaciones derivadas de las declaraciones, en este caso, de impuesto a las ventas por las que ya adelanta a través de la jurisdicción coactiva el cobro ejecutivo, se estuvieren demandando otros cobros derivados del punible debidamente respaldados. Lo que se pretende es no hacer uso indebido de la administración de justicia con el consecuente desgaste del aparato judicial.

Corresponde a la Sala, entonces, en orden a resolver el tema materia de controversia, por el que se demanda en casación la sentencia de segunda instancia, abordar varios aspectos que lo ilustrarán y que permitirán arribar a la solución adecuada del problema.

1. Del daño patrimonial derivado del delito.

De conformidad con las legislaciones penal y civil los afectados con la conducta punible tienen derecho a reclamar y obtener la reparación o compensación debida por los daños causados.

De esa manera aparece regulado en el Código Penal, Libro Primero, Título IV, Capítulo Sexto, sobre la responsabilidad civil originada en el hecho delictivo y la consecuente obligación de reparar los daños materiales y morales causados con la infracción; la facultad de las personas naturales o jurídicas perjudicadas de promover la acción civil a fin de conseguir la reparación; la determinación de quiénes están obligados a indemnizar, además del penalmente responsable; y las formas de extinción de la acción civil, esto es, la prescripción cuando se ejercita dentro del mismo proceso penal, que opera únicamente respecto del procesado, y por remisión los demás eventos previstos en el Código Civil.

Análogamente, la legislación civil trata de la «Responsabilidad común por los delitos y las culpas» y la responsabilidad extracontractual cuando se ha inferido daño a otro mediante la comisión de un delito (artículos 2341 y siguientes), para cuya reclamación se faculta al «dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero... el usufructuario, el habitador, o el

usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso...», conforme al artículo 2342 ejusdem.

En ese orden, de acuerdo con los artículos 2343 y 2344 *ibídem*, están obligados a indemnizar «*el que hizo el daño y sus herederos*» y son responsables solidarios quienes han concurrido a cometer el delito o la culpa, con las excepciones de los artículos 2350 y 2355 del mismo código.

Así mismo, respecto de los componentes de la obligación indemnizatoria, los artículos 1613 y siguientes, señalan que ésta comprende el daño emergente y el lucro cesante, definiendo el primero como «*el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento*»; y, el segundo, es «*la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento*».

De tal manera que el tratamiento dado por las normatividades penal y civil a la obligación de reparar económicamente a las víctimas los daños ocasionados con el delito, permite concluir de manera cierta que la acción correspondiente es de naturaleza esencialmente civil, bien que se tramite en el mismo proceso penal o de manera independiente de éste, luego el procedimiento que la rige habrá de consultar ese carácter.

En relación con los daños causados por el delito, precisó la Sala (CSJ SP, 10 nov. 1993, rad. 8087):

Es tan clara la naturaleza civil, que no penal, de los perjuicios ocasionados con el delito, que su resarcimiento puede pretenderse alternativamente por la vía civil o mediante el ejercicio paralelo de la acción civil dentro del proceso penal; ejercicio que es facultativo para la persona perjudicada patrimonialmente con la delincuencia, porque de su voluntad dependerá instaurarla o no; aunque es preciso reconocerlo, esta última parte ha sido modificada parcialmente por cuanto a partir del Código Procesal de 1987 se consagró a norma rectora el restablecimiento del derecho que se conserva en la actual normatividad procesal y que tiene una amplia reglamentación a lo largo y ancho de la codificación, que impone al juez, entre otras imperativas obligaciones, la de condenar en concreto en aquellos casos donde se hubieren producido perjuicios.

Frente a esa potestad de las víctimas para escoger el mecanismo a través del cual demandaban la indemnización integral, que en vigencia de los sistemas procesales inquisitivo y mixto les permitía constituirse en parte civil dentro del proceso penal, particularmente antes de la reforma constitucional de 1991, se orientaba a asegurarles el derecho a la reparación patrimonial, derrotero que fue teniendo modificaciones hasta reconocerles un rol de mayor protagonismo en el proceso penal, en orden a lograr, además de reparación —en un espectro más amplio que el de simple contenido económico, sin que se perdiera de vista la importancia de éste—, verdad y justicia, como la Corte

Constitucional lo señaló en la sentencia C-409 del 17 de junio de 2009:

[A] pesar de la importancia atribuida a las otras formas de reparar a la víctima y del significado de tales nuevos ingredientes en la dogmática de la responsabilidad, no hay que restar valor al elemento compensatorio o indemnizatorio del derecho en comento.

(...)

De modo que sigue siendo importante la reparación pecuniaria, equivalente al pago de una suma de dinero, como forma usual, visible, eficiente de reparar una parte del daño y con la cual se hace efectivo, desde este punto de vista, el principio enunciado de la responsabilidad, que compensa con dinero, con pan, el padecimiento sufrido. Y si bien la indemnización pecuniaria de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y si bien el restablecimiento de sus derechos supone mucho más que tal compensación económica, en todo caso ella debe seguir siendo seriamente protegida, pues la posición jurídica de derecho que genera a percibir una suma de dinero es un derecho patrimonial iusfundamental (art. 250, num 6º, arts 1º y 2º, 229 CP), resultado de que la víctima, conforme a la configuración legislativa adoptada (art. 103 CPP), la ha elegido como medio para mitigar la aflicción ilegítima que ha debido soportar con el delito.

Por consiguiente, se reitera que la naturaleza estrictamente civil de la obligación de reparar el daño derivado del delito, no se transforma por el hecho de que pueda debatirse en el escenario regulado por el Código de Procedimiento Penal, ni por el reconocimiento

4

preponderante de la participación de las víctimas en todas las etapas del proceso.

De tal manera que en los temas expresamente establecidos en la legislación penal y procesal penal no puede perderse de vista el carácter civil de la obligación indemnizatoria, al igual que en lo no regulado específica o completamente se remitirá al procedimiento civil.

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.

2. De las víctimas en el proceso penal.

Según se había indicado, tanto la normatividad penal como la civil reconocen la condición de víctimas a las personas naturales o jurídicas titulares del derecho afectado con la conducta delictiva o a quienes han sufrido daño directo o indirecto.

A partir del Acto Legislativo 03 del 19 de diciembre de 2002 las víctimas alcanzaron un rol de mayor preeminencia en el desarrollo del proceso penal, preservándoseles la potestad de escoger la vía judicial a través de la cual podían reclamar la indemnización de los perjuicios, sin dispensarles por ello la facultad de adelantar acciones paralelas con la misma finalidad, ni el derecho a promover la acción civil cuando el instrumento legal seleccionado autónomamente hubiera fracasado.

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, por virtud de esa alternativa de la cual gozan las víctimas para reclamar el pago de los perjuicios, parece comprenderse, equivocadamente, que solo en caso de haberse acudido a la demanda por responsabilidad extracontractual derivada de la conducta delictiva y únicamente si por ese medio se hizo efectivo el pago de la obligación, los afectados estarían impedidos para promover el incidente de reparación integral. Luego, que de haber instaurado otra clase de acción con el fin de obtener la restitución del derecho o su compensación en dinero y no tener éxito, la acción civil en el proceso penal permanece habilitada. Este criterio, como será objeto de desarrollo posterior, no lo avala la Corte.

Previamente a avanzar en el examen de esa disyuntiva, la Sala precisa que con referencia a la regulación del acceso a la administración justicia

tratándose de los perjudicados por el delito, la Corte Constitucional señaló:

Estas disposiciones [artículos 2341 del C. C., 94 del C. P. y 46 del C. P. P.] constituyen el fundamento legal de la responsabilidad civil extracontractual por la conducta ilícita y establecen implícitamente que las repercusiones del delito no se circunscriben al aspecto penal del comportamiento ilegal sino que pueden afectar derechos patrimoniales particularizables.

Al respecto la Corte Constitucional sostuvo:

“Si bien la acción penal tiene como finalidad primordial sancionar a quienes con su conducta atacan o violan los bienes jurídicos individuales o colectivos mediante el delito; no puede resultar indiferente el que dicho comportamiento delictuoso produce unos efectos jurídicos dañinos.

“El daño, es el efecto jurídico del delito, que comporta una doble connotación... El daño particular que se produce con la lesión del bien jurídico, conocido como daño civil, da lugar a la acción civil para el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el ilícito, estableciéndose por el ordenamiento jurídico la obligación para el sujeto activo de reparar los daños tanto morales como materiales”.

*Cuando el delito produce un daño patrimonial, el sistema jurídico le ofrece a los perjudicados **la alternativa de integrar el proceso de reclamación indemnizatoria dentro del propio proceso penal.***

*Dicha alternativa se ejerce **a través de constitución de parte civil en el proceso penal, siendo por esta razón una***

de las dos opciones previstas por el ordenamiento jurídico para obtener la indemnización de perjuicios. En efecto, de conformidad con el artículo 45 del C.P.P., el afectado también puede acudir a la jurisdicción civil para obtener la reparación del daño de manera independiente, caso en el cual no podrá constituirse simultáneamente en parte civil del proceso penal (Art. 48 C.P.P.).

(...)

De lo dicho resulta que cuando un hecho ilícito tiene repercusiones en el campo civil, **es potestativo del afectado acudir a la jurisdicción civil para reclamar la indemnización de perjuicios, o presentarse a la jurisdicción penal para hacer lo propio mediante la formulación de demanda de constitución de parte civil. Cualquiera de las vías es legítima y ofrece una solución similar: la indemnización del daño.**¹

En esa forma se reafirma el carácter civil de los perjuicios causados por el delito y de la pretensión indemnizatoria.

En ese mismo sentido, al examinar normas del sistema penal acusatorio, la Corte Constitucional² se ha referido a la constitutucionalización de los derechos de las víctimas y el papel preponderante en el escenario de proceso penal, más allá del interés estrictamente económico, señalando que:

(...) si bien la Carta refleja una concepción amplia de la protección de los derechos de las víctimas de un hecho punible,

¹ CC SC-570, 15 jul. 2003.

² CC SC-823, 10 ago. 2005.

9

esto no disminuye la importancia del derecho a la indemnización de los daños que se hayan ocasionado.

(...)

*Así las cosas, resulta que **si bien la indemnización de daños es sólo uno de los elementos de la reparación a la víctima y que el restablecimiento de sus derechos supone más que la mera indemnización, en todo caso la Carta protege especialmente el derecho de las víctimas a la reparación de los daños ocasionados por la conducta punible.*** (Negrilla fuera de texto).

Igualmente, el Alto Tribunal expuso³:

Más allá de la punición del delito o la rehabilitación del condenado, uno de los principales aportes del constitucionalismo al sistema penal ha sido reforzar como bien jurídico por proteger, los derechos de la víctima, sujeto a quien el delito ha afectado lesivamente y a quien el Estado debe cuidar a través del establecimiento de las garantías sustanciales y formales que velen por su reparación integral. Tal vocación garantista se observa desde los pronunciamientos de la Corte sobre el procedimiento penal anterior, en los debates y discusiones constituyentes que sirvieron de base a la reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo No. 03 de 2002⁴, en este mismo, y también en los trabajos de la Comisión encargada de presentar el proyecto de ley de desarrollo, así como en las interpretaciones que la Corte ha dado a la propia Ley 906 de 2004. De los datos anteriores se infiere que la salvaguarda de la víctima y su reparación integral, son objetivos esenciales del sistema penal colombiano.

³ CC SC-409, 17 jun. 2009.

⁴ Gacetas del Congreso Nos. 134, 148 y 531 de 2002 y 29 de 2003 entre otras.

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***

f

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 hacer 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 avante 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.)

Debe aclarar la Corte, sin embargo, que de lo anterior no implica la imposibilidad de intentar la indemnización mediante el incidente en el proceso penal, respecto de factores distintos a los reclamados por otra vía, derivados de la conducta delictiva, lo cual debe plantearse de manera clara e inequívoca al formular la pretensión.

En conclusión, la intervención de las víctimas en el proceso penal, además de constituirse en la garantía de acceso a la administración de justicia, el reconocimiento de los derechos a la verdad y a la justicia, por igual propende por la reparación integral, incluida la dimensión compensatoria económica, para cuyo efecto, frente a la nueva normatividad, es potestativo promover el incidente, una vez cobrada ejecutoria la sentencia que declara la responsabilidad penal, o reclamar los perjuicios a través de las otras acciones que la ley les dispense, pero no paralelamente.

3. Del incidente de reparación integral en la Ley 906 de 2004.

Tratándose del trámite incidental a fin de procurar la reparación integral (que en esencia se asemeja a la intervención de la parte civil en los sistemas anteriores, con las variaciones necesarias por el cambio de enfoque), además de tener su fuente en la Norma Superior, parte de la previsión del artículo 11, literal c) del Código de Procedimiento Penal de 2004, de acuerdo con el cual a las

víctimas se les garantiza el acceso a la administración de justicia y el reconocimiento del derecho «*A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código*».

En correspondencia con lo anterior, la sentencia condenatoria en firme faculta a la víctima a promover el incidente de reparación en un plazo máximo de 30 días, contados a partir de la ejecutoria del fallo, so pena de su caducidad, sin que sobre este efecto de expiración de la acción, la ley haga diferenciación alguna por la calidad de las víctimas o la naturaleza de los derechos patrimoniales —públicos o privados—.

El trámite al que se hace referencia se encuentra regulado en el Título II, Capítulo IV, artículos 102 a 108, con las modificaciones hechas por la Ley 1395 de 2010.

En desarrollo del procedimiento, en primer lugar, por solicitud del fiscal o del Ministerio Público a instancia de la víctima, o por ésta directamente, el juez de conocimiento dará curso al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, el cual se despliega en varias audiencias. En la primera, la parte incidentante formulará oralmente su pretensión contra el declarado penalmente responsable, expresará concretamente la forma de reparación integral a la que aspira e indicará las pruebas que hará valer.

Escuchada la reclamación el juez la examinará «y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado **el pago efectivo de los perjuicios** y esta fuera la única pretensión formulada»; si la decisión es «negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código.» (Negrilla fuera de texto).

En la misma audiencia, conocida por el condenado la pretensión, el juez propiciará la oportunidad para que las partes discutan fórmulas de arreglo; de alcanzarse un acuerdo se pondrá fin al procedimiento; si no es así, convocará a una nueva audiencia, que comenzará con la invitación a concertar y en caso de fracasar el intento, el sentenciado ofrecerá sus propios medios de prueba, que se practicarán en audiencia posterior, si persiste la imposibilidad de una conciliación.

Agotadas las pruebas el juez decidirá el incidente, mediante sentencia.

En esa medida, promovido el incidente de reparación pueden darse los siguientes escenarios: (i) que el juez rechace la pretensión; (ii) que las partes concilien en la primera audiencia, caso en el cual el acuerdo prestará mérito ejecutivo; (iii) que se archive el incidente por falta de interés del incidentante; y (iv) que se ponga fin al mismo mediante sentencia; de acogerse la pretensión del demandante, el fallo tendrá, igualmente mérito ejecutivo.



Como quiera que el punto en el cual se basa el debate propuesto en el caso bajo examen hace referencia a uno de los motivos de rechazo de la pretensión indemnizatoria previsto en el artículo 103, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, esto es **cuando se ha acreditado el pago efectivo de los perjuicios**, es necesario constatar si la nueva ley introduce un cambio estructural al derecho de las víctimas a promover la reparación de los perjuicios en el proceso penal, al punto de facultar su trámite simultáneo con otras acciones legales que tengan la misma finalidad, o alternarlo, como lo entendió el demandante en casación.

En función de profundizar en ese aspecto, es preciso tomar en consideración los antecedentes de las normas que prevén el incidente de reparación integral, la naturaleza y la finalidad del mismo, tanto dentro del contexto de la legislación penal como de la civil, dado que por virtud de ésta el delito se constituye en fuente de la obligación, de la que, a su vez, dimana el derecho en favor de quien ha recibido el daño a exigir su reparación.

El instrumento para ejercitar ese derecho tiene origen en el proyecto de ley estatutaria que radicó el Fiscal General de la Nación el 20 de julio de 2003 ante la Cámara de Representantes⁵, para la expedición del Código de Procedimiento Penal, cuyo texto en lo referente al trámite incidental, fue el siguiente:

⁵ Gaceta del Congreso N° 339 de 2003.

CAPITULO III

Del ejercicio del incidente de reparación integral

Artículo 109. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. En firme la decisión de primera instancia, o proferida la de segundo grado que declare la responsabilidad penal y, previa solicitud expresa de la víctima, o en su defecto del fiscal o del Ministerio Público, el juez fallador abrirá el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los quince (15) días siguientes.

Al iniciarse la audiencia de manera oral el incidentante formulará en contra del condenado su pretensión, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

Si la pretensión es únicamente económica, podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes y por el Ministerio Público.

*Artículo 110. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el juez examinará la pretensión **y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y éste fuere la única pretensión formulada.** Esta decisión podrá ser impugnada en los términos establecidos en el presente código. (Negrilla fuera de texto).*

Cuando se admita la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado para que en la misma audiencia conteste lo que tenga a bien y ofrezca sus propios medios de prueba. Acto seguido el juez convocará a las partes a una

audiencia de conciliación y prueba, la cual deberá celebrarse dentro de los quince (15) días siguientes.

Artículo 111. Audiencia de conciliación y prueba. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con la celebración de un trámite de conciliación. De lograrse el acuerdo, su contenido se incorporará en la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

La ausencia injustificada del solicitante a la audiencia implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud y la condena en costas.

Si injustificadamente no compareciere el condenado se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la sentencia del incidente.

Artículo 112. Decisión de reparación integral. En la misma audiencia el juez, mediante fallo que ponga fin al incidente, dictará la decisión definitiva sobre la pretensión de reparación integral, tasación del daño o perjuicio.

En firme esta decisión, a solicitud de parte interesada, el juez procederá a su ejecución.

Artículo 113. Caducidad. La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca a los seis (6) meses de haber adquirido el carácter de firme la decisión que declaró la responsabilidad penal.

Cabe precisar que no se encuentra en los antecedentes, en concreto en la *Exposición de Motivos*, alguna justificación específica relacionada con los presupuestos de rechazo de la pretensión indemnizatoria, que ocurre, se repite, «*si quien la promueve no es víctima o **está acreditado el pago efectivo de los perjuicios** y éste fuere la única pretensión formulada*».

Según las actas de la Comisión de Redactora («Acta N° 016: Previa convocatoria... el día 9 de mayo de 2003»), sobre el texto del artículo 93 del proyecto⁶, se anota lo siguiente:

[Uno de los comisionados]... llamó la atención sobre el tema de la caducidad, porque se debe definir si el incidente implica prejudicialidad frente a la jurisdicción civil, para que no se intente al tiempo por las dos vías. **Explicó que habría que determinar si se impide no solo la simultaneidad del juicio civil sino el posterior, por lo menos para el sujeto que actúa dentro del incidente.**

Sobre el punto, [otro de los comisionados] precisó que el criterio era el de **dar los efectos de caducidad y generar una consecuencia preclusiva aplicando el principio de**

⁶ Artículo 93: *Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. Una vez en firme la decisión que declare la responsabilidad penal y previa solicitud expresa de la víctima, o en su defecto del fiscal o del ministerio público, el juez fallador abrirá el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los quince (15) días siguientes.*

Al iniciarse la audiencia de manera oral el incidentante formulará en contra del condenado su pretensión, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

Si la pretensión es únicamente indemnizatoria, sólo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes.



seguridad jurídica. [Otro] manifestó que lo anterior se debe dejar expreso en el articulado... (Negrilla fuera de texto).

En el informe de ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes⁷ del 24 de octubre de 2003, no se propuso ninguna modificación al artículo 110 del proyecto, en tanto sí se hace respecto del artículo 111, así:

Artículo 111. Audiencia de conciliación y prueba. El día y hora señalados el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo, su contenido se incorporará a la sentencia. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones.

*La ausencia injustificada del solicitante a la audiencia implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, la condena en costas y **la improcedencia de cualquier acción civil ordinaria.***

(...)

*Justificación. Se armoniza esta disposición con los anteriores **y se prevé la improcedencia de la acción civil ordinaria puesto que, en un sistema procesal que consagra una extensa carta de derechos para la víctima, debe ventilarse la reparación integral dentro del mismo, una vez determinada la responsabilidad penal del acusado.*** (Negrillas fuera de texto).

En el Informe de Ponencia para Segundo Debate ante la Cámara⁸, del 25 de marzo de 2004, se expone:

⁷ Gaceta del Congreso N° 564, 31 octubre de 2003.

⁸ Gaceta del Congreso N° 104 de 2004.

En desarrollo de la nueva concepción que introduce el nuevo sistema penal acusatorio, la parte civil como se conocía dentro del sistema inquisitivo y mixto, desaparece para darle vida a una nueva figura, el incidente de reparación integral, el cual básicamente consiste en que una vez anunciado el sentido del fallo, la víctima, el fiscal o el ministerio público podrán solicitar al juez la iniciación del incidente con el cual se busca reparar los daños causados con la conducta delictiva, a través de una audiencia pública en la que el juez determinará la procedencia de la pretensión...

(...)

Teniendo en cuenta el texto de Proyecto de Código de Procedimiento Penal y su respectivo informe de ponencia, publicado en la Gaceta número 564 de 31 de octubre de 2003, presentado en Comisión Primera para discusión y votación se introdujeron las siguientes modificaciones:

(...)

A diferencia de lo señalado en la ponencia para primer debate en el texto definitivo se decidió volver al articulado inicial presentado por la Fiscalía General de la Nación en lo relativo al articulado de reparación integral, es decir, se procede a la realización de este incidente una vez queda ejecutoriado el fallo condenatorio.

El texto definitivo aprobado en la Cámara de Representantes⁹, en el tema específico que interesa a este caso, quedó así:

Artículo 104. Trámite del incidente de reparación integral. Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer.

⁹ Gaceta del Congreso N° 167, 4 de mayo 2004.



*El Juez examinará la pretensión y **deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada.** (Negrilla fuera de texto).*

La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de recurso de impugnación en los términos de este Código.

Admitida la pretensión el Juez la pondrá en conocimiento del declarado penalmente responsable y acto seguido ofrecerá la posibilidad de una conciliación que de prosperar dará término al incidente y lo allí acordado se incorporará a la sentencia.

En caso contrario el Juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse el declarado penalmente responsable deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

En el Informe de Ponencia para Primer Debate ante el Senado¹⁰ no se propone ninguna modificación; igual aparece en el Informe de Ponencia para Segundo Debate¹¹ en Plenaria del Senado¹², quedando aprobado aquel texto definitivo como aparece actualmente en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal.

Pues bien, conforme a los antecedentes reseñados para la Sala resulta claro que, frente al nuevo modelo con tendencia acusatoria, no obstante la necesidad de afianzar

¹⁰ Gaceta del Congreso N° 20, 14 de mayo de 2004.

¹¹ Gaceta del Congreso N° 248, 4 de junio de 2004.

¹² Gaceta del Congreso N° 273, 11 de junio de 2004.

la participación de las víctimas en el proceso penal, modificar la forma y oportunidad para solicitar la indemnización integral, mediante un mecanismo accesorio y posterior a la investigación y al juicio, dichas variaciones que inciden en lo estrictamente procesal, no tuvieron por finalidad imperiosa cambiar la estructura sustancial de ese derecho a reclamar la reparación de los perjuicios ante el juez penal.

Por tanto, en ese punto, respecto de la potestad de acudir a otras vías legales, la Corte no encuentra motivos para deducir la intención expresa o tácita del legislador de dotar a las víctimas de la facultad extraordinaria de promover junto con el incidente de reparación, si a bien lo tienen, otras acciones que les asegure el pago efectivo de los perjuicios; como tampoco aparece formulada la alternativa de proponerlo cuando el mecanismo judicial iniciado previa o simultáneamente decaiga o fracase por alguno de los motivos que conforme a la ley pone fin al asunto. Esta es la comprensión adecuada de la situación, dentro de la lógica de evitar abusos del derecho.

Al contrario de una tesis que propicie en favor de las víctimas la potestad de instaurar acciones de manera paralela o accesoria hasta conseguir el pago efectivo de los perjuicios, las regulaciones de la Ley 906 de 2004 dentro de la misma materia permiten comprender que esa no es una práctica admisible. Así de infiere del carácter preclusivo del

incidente de reparación integral —aun cuando no se acogió la propuesta de algunos de los redactores respecto de la necesidad de hacerlo expreso—; del «*archivo de la solicitud y la condenatoria en costas*», bajo el entendido del «*desistimiento de la pretensión*», cuando el incidentante deja de asistir injustificadamente a alguna de las audiencias; de la naturaleza y los efectos de la decisión que le pone fin al procedimiento, esto es una sentencia (artículo 105 C.P.P.), salvo en el caso de que las partes concilien en la primera audiencia (artículo 103, inciso 2º, primer apartado ejusdem), configurándose allí el título ejecutivo.

Por consiguiente, si como lo dispone la norma, el incidente de reparación debe decidirse mediante sentencia —no necesariamente de condena— o finiquitarse por conciliación, es obvio que el incidentante no podrá demandar nuevamente con el propósito de conseguir otro pronunciamiento de la misma índole, independientemente de la eficacia o no del trámite incidental.

Por lo mismo, constituiría un verdadero contrasentido que si la víctima adelantó otra acción legal —antes o después de la declaración de responsabilidad penal— con el fin de hacer efectivo el pago de la misma obligación cuya omisión derivó en delito, se le permitiera eludir los resultados de ese proceso para reivindicar el cobro ante el juez penal, por la ineficacia de aquel.

Como se advierte y lo anotó la Corte Constitucional¹³, en la nueva ley *«se suprimió la demanda civil, el fallo emitido en el sentido de declarar la responsabilidad penal no contiene condena alguna pecuniaria, motivo por el cual se creó el incidente de reparación integral para determinar y precisar los aspectos civiles de la responsabilidad del acusado y de los terceros»*.

Concretamente, sobre la naturaleza del incidente de reparación esta Sala ha dicho (CSJ AP, 10 may. 2016, rad. 36784) que:

(...) es un trámite accesorio al proceso penal al cual pueden acudir quienes hayan sufrido un daño como consecuencia del delito, tengan interés en que se cuantifiquen los perjuicios sufridos y pretendan una condena al pago de los mismos a cargo del penalmente responsable, acorde con lo dispuesto en los artículos 1494 y 2341 del Código Civil.

La Sala ya se ha pronunciado sobre la naturaleza del incidente de reparación integral, así:

“Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito —reparación en sentido lato— y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la

¹³CC SC-425, del 31 de mayo de 2006.

responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional:

(...) si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, la cual también está cobijada por la responsabilidad civil. Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional (se ha resaltado)” (CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145).

(...)

El procedimiento incidental que prevé la Ley 906 de 2004 a partir de su artículo 102 debe tener como propósito definir la ocurrencia del daño y su estimación pecuniaria, más no su fuente, por cuanto en la sentencia ya se declaró la comisión del delito y la responsabilidad en cabeza del procesado, quien a su vez ostenta la condición de demandando en el incidente, puesto que la propia ley sustancial impone al penalmente responsable la obligación de indemnizar.

(...)

El Código de Procedimiento Penal trae algunas normas básicas para reglamentar el incidente en los artículos 102 a 108, quedando múltiples vacíos sobre aspectos inherentes a su trámite, los cuales deben llenarse acudiendo en lo pertinente y de manera subsidiaria a la legislación procesal civil, en aplicación del principio de integración.

Así lo ha concluido la Corte¹⁴:

¹⁴ CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145.

Esa ostensible separación de objetos también conlleva la distinción de trámites, al punto que se consagra en la Ley 906 de 2004, la forma incidental para el cobro de perjuicios, destinando un capítulo para su regulación, en el cual, cabe anotar, sólo se establecen pautas generales, para efectos de que sea la normativa especial, dígase el procedimiento civil, la que cubra los vacíos, o mejor, de forma general regule el asunto propio de su naturaleza.

(...)

*Ahora bien, el Estatuto Procedimental Penal, artículo 103, en relación con la primera audiencia del proceso reparatorio, indica que la misma tiene por objeto que el afectado formule oralmente la pretensión indemnizatoria, enunciando las pruebas en que se sustenta. Por su parte, el juez debe estudiar la petición, determinando si quien la promueve es víctima o perjudicado, **además constatar que aún no se hubiere reparado el daño, pues en caso contrario deberá rechazar la pretensión, decisión pasible de los recursos ordinarios.** (Negrillas fuera de texto).*

(...)

En esa medida, una vez establecido que el incidentante ostenta la calidad de perjudicado y que no ha sido indemnizado, el juez debe aceptar su pretensión, poniéndola en conocimiento del penalmente responsable, ofreciéndoles la posibilidad de conciliar.

De acuerdo con lo dicho por la Sala, a diferencia de las legislaciones anteriores, en el sistema acusatorio la investigación y el juicio se orientan a verificar la existencia de los hechos constitutivos de infracción y la responsabilidad penal de los autores o partícipes, en tanto que se reserva para el incidente, posterior a la firmeza de la sentencia condenatoria, todo lo concerniente a la obligación



de reparar a cargo del sentenciado y/o de los terceros que estén llamados a responder solidariamente. Eso se logra mediante un procedimiento que, pese al modelo que el mismo código señala, debe consultar las normas generales del procedimiento civil que regulan asuntos de la misma naturaleza. La finalidad es obtener una declaración en la cual, además de reconocer el derecho a la indemnización, se ordene su pago al responsable.

En consecuencia, la sentencia o la conciliación que pongan fin al incidente de reparación constituyen título ejecutivo, con el cual puede promoverse la acción ejecutiva derivada de la orden judicial de pago de los perjuicios o del convenio entre las partes sobre la forma de reparación de los mismos.

Sin embargo, esta situación no puede equipararse o confundirse con la dualidad de las acciones legales en orden a hacer efectiva la obligación civil originada en el delito o proveniente de la misma fuente de la deuda contraída por omisión o por fraude del obligado.

Igualmente, se ha dicho que antes de la Ley 906 de 2004, los motivos de rechazo de la demanda de parte civil estaban dados por *la acreditación de haberse promovido independientemente la acción civil por el mismo demandante*, por la comprobación del pago efectivo de los perjuicios o por la reparación del daño, o porque quien la instauraba no era el perjudicado directo —todas esas

hipótesis con carácter disyuntivo—, luego frente a cualquiera de esos eventos, el funcionario judicial debía rechazarla.

Con fundamento en ello, el demandante, en este caso, parece interpretar que por virtud de lo previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, el incidente de reparación integral puede iniciarse a pesar de que se haya promovido otra acción tendiente al cobro de la misma obligación, por los mismos hechos y respecto del mismo demandando, en cuanto señala que la pretensión se rechazará por el juez cuando *«quien promueve [la pretensión en contra del penalmente responsable] no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuera la única pretensión formulada»*.

En consecuencia, considera el apoderado de la víctima que como en este evento la DIAN no ha conseguido el pago efectivo de la obligación tributaria por la cual denunció penalmente al agente retenedor, la entidad tiene derecho a promover paralelamente la demanda ante el juez penal, dejando al margen el asunto procesalmente relevante de que dio trámite a la acción de cobro coactivo con aquella misma finalidad.

En este punto, para la Corte, frente a todos los antecedentes reseñados —tanto legislativos como jurisprudenciales—, no hay razones que permitan sustentar que el propósito del legislador haya sido permitir,

sin ninguna cortapisa, que los perjudicados puedan adelantar en forma simultánea o alterna el incidente y otras demandas en orden a obtener el pago de la misma obligación vinculada directamente con el delito por el cual se declaró la responsabilidad penal.

A esa comprensión de prohibición de dualidad de acciones por el mismo demandante y contra el mismo responsable, se reitera, conduce el hecho de que la decisión que pone fin al incidente —salvo cuando el incidentante no comparece injustificadamente a alguna de las audiencias o las partes concilian— tenga el carácter de sentencia, como tal con fuerza de cosa juzgada, por lo cual prestará mérito ejecutivo.

En esas condiciones, establecida la naturaleza y el alcance del incidente de reparación integral, en la forma en que se ha dejado precisado, no se entendería que, inversamente, cuando los perjudicados decidan iniciar la demanda independiente del asunto penal, los efectos de aquel trámite legal, cualquiera sea su índole, resulten intrascendentes a la hora de pretender alternamente la reparación integral a través del incidente ante el juez penal, cuando la finalidad que se persigue es análoga, como ocurriría si el dictado normativo se interpretara en la forma propuesta por el demandante.

En relación con la imposibilidad de promover doblemente la acción civil para el pago de los perjuicios en

el proceso penal y de manera independiente, la Corte Constitucional en la sentencia C-163 del 7 de octubre de 2000, señaló que:

(...) si el perjudicado intenta la acción civil ante la jurisdicción civil, ya no podrá hacerlo ante la justicia penal. En consecuencia, ejercida la acción civil ante un juez civil, ésta ya no puede promoverse ante un fiscal o ante un juez penal, lo que no significa que si el hecho que origina el proceso civil pueda dar lugar a investigación penal, el afectado no pueda presentar denuncia o noticia criminal, ante la autoridad competente, aun cuando haya ejercido la acción civil.

Esa prohibición no está fundada simplemente en la expresa disposición del Código de Procedimiento Penal, sino en los principios generales del derecho procesal civil como los de preclusión, disposición —especialmente si la administración utiliza el privilegio legal de procurar por sí misma hacer efectivo el pago de la deuda, sin acudir a la jurisdicción—, el de economía procesal, el de la cosa juzgada, la prohibición de abusar del derecho, entre otros.

Eventualmente puede debatirse que esa vedada dualidad de acciones está restringida a la demanda de responsabilidad civil extracontractual por los daños derivados del delito y que, en consecuencia, cuando la propia ley establece otros mecanismos ordinarios o especiales para el cobro de una obligación contractual en desarrollo de la cual se infringe la ley penal, el dispositivo judicial es compatible con el incidente de reparación integral. En consecuencia, que de promoverse otra

4

demanda judicial o administrativa fundada en la misma obligación pero para el pago de la deuda, no impide iniciar el incidente de reparación en procura de hacerla efectiva como resultado colateral del delito.

La Sala no acoge ese criterio, pues el carácter excluyente de la facultad de doble cobro —aun si no se hace efectivo el pago de la deuda— obedece también a la prohibición de abuso del derecho y a la extinción de las obligaciones por los modos previstos en la ley, para lo cual no se precisa de la facultad postrera de proponer excepciones.

A propósito de temas como la cosa juzgada y la extinción de las obligaciones, el siguiente fue el criterio expresado por la Sala Civil de la Corte (CSJ, 13 may. 2009, rad. 11001-3103-028-2004-00605-01):

El instituto de la prescripción, específicamente la extintiva o liberatoria, cuyo fundamento radica en el mantenimiento del orden público y de la paz social o, como asegurara un conocido autor, en "...la utilidad social..." (Alessandri Rodríguez, Arturo, Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Ediciones Librería del Profesional, 1983, Bogotá, Colombia), busca proporcionar certeza y seguridad a los derechos subjetivos mediante la consolidación de las situaciones jurídicas prolongadas y la supresión de la incertidumbre que pudiera ser generada por la ausencia del ejercicio de las potestades...

De esta manera, la prescripción aparece como fenómeno que permite al titular de un específico derecho hacer uso de él, bajo la condición de que despliegue la actividad necesaria dentro

del periodo que la misma ley le confiere, so pena de que, en el evento de no proceder así, se produzca la respectiva extinción en virtud de la incuria en que haya podido incurrir, teniendo en cuenta, eso sí, que no es el mero transcurrir de las unidades de tiempo el que engendra el resultado extintivo, sino que se hace menester el comportamiento inactivo del acreedor, en la medida que es su actitud indiferente la que gesta, en medio del pasar de los días, que se concrete la extinción...

Y de esa forma acontece, merced a la presunción que, de antiguo, la desidia trae, pues que ella permite deducir la inexistencia de voluntad para ejercer el respectivo derecho, si en el periodo dispuesto por la normatividad el acreedor no ha desplegado un comportamiento activo y decidido en orden a realizar las cargas legales correspondientes. Por esa vía, ha de entenderse que no le asiste al titular atractivo alguno o, lo que es lo mismo, que ha incurrido en abandono...

Precisamente, en ese sentido también se pronunció la Corte cuando en sentencia de 19 de noviembre de 1976 (G. J. CLII, p. 505 y ss.) expresó cómo "...el fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción...", es "...el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra el ánimo real o presunto de no ejercerlos...", de manera que "...el fin de la prescripción es tener extinguido un derecho que, por no haberse ejercitado, se puede presumir que el titular lo ha abandonado...", orientación que había sido ya expuesta por la Corporación en decisión de 5 de julio de 1934 (G. J. XLI-Bis, p. 29) cuando sostuvo que "la inacción del acreedor por el tiempo que fija la ley, inacción que hace presumir el abandono del derecho, es la esencia de la prescripción extintiva, expresada por los romanos en la frase lapidaria: taciturnitas et patientia consensus incitatur".

4

En esas condiciones, la Corte debe insistir en que no se encuentra en los antecedentes legislativos del incidente de reparación integral de que trata la Ley 906 de 2004, ninguna referencia expresa a razones de fondo acerca de que el motivo de rechazo de la pretensión indemnizatoria —cuando esté acreditado el pago efecto de los perjuicios— apareje en favor de las víctimas el derecho a iniciar varias acciones por distintas vías, hasta asegurar la reparación.

Si a lo anterior se agrega que dentro de todo el contexto normativo aparece claramente definido el carácter esencialmente civil de la reparación integral por los daños derivados del delito, en concreto cuando de compensaciones en dinero se trata, no puede concluirse nada distinto a que los titulares de la acción indemnizatoria no tienen autonomía total para ejercitar distintos procesos a fin de hacer efectivo el cobro de la obligación originaria, tanto más en los casos en los que se identifican cada uno de los factores y cuantías reclamadas en escenarios legales diferentes.

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.

Para abundar en razones sobre este criterio, a título de ejemplo, quien ha sido defraudado con cheque, mediante estafa o por la específica emisión y transferencia ilegal del instrumento, no podría alegar que la acción civil o comercial de que dispone contra quien emite o transfiere el título, por no compartir ésta las características de la reparación derivada del delito, no lo inhabilita para adelantar el incidente de reparación, cuando ha demandado ante el juez civil el pago de esa acreencia.

En el mismo orden de ideas, se dijo en otra parte, cómo fue tema de discusión entre los miembros de la Comisión Redactora, la necesidad de dar claridad a los efectos del incidente de reparación integral frente a la jurisdicción civil, a fin de impedir que se acudiera simultánea o posteriormente a la vía civil ordinaria por el mismo interviniente en el incidente, proponiendo fijarle alcance de preclusividad en aplicación del principio de seguridad jurídica.

Igualmente se anotó, que según el informe de ponencia para primer debate en la Cámara de

Representantes, el artículo 111 del proyecto fue modificado, en el sentido de prever la improcedencia de cualquier acción civil ordinaria cuando el incidentante injustificadamente no comparece a la audiencia, consecuencia que se explica por los ponentes en que el proceso ofrece suficientes garantías a las víctimas para definir la reparación integral al interior del mismo.

Luego, en lo que habrá de insistirse, es si con la finalidad prevista en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto se reconoce a las víctimas el derecho a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder, se le autoriza a promover el incidente de reparación, haciendo depender su procedencia únicamente de la comprobación del no pago de los perjuicios, con la posibilidad, incluso, de soslayar los resultados de un procedimiento distinto escogido por el ofendido; o si, por el contrario, siendo en efecto esa hipótesis motivo de rechazo de la pretensión, incumbe en el derecho de acción que no se hayan interpuesto otras ante autoridad judicial o administrativa.

La Sala reitera y deja enunciado que la lectura que el demandante hace de la norma no puede ser la intelección del instituto que se examina, pues inobservaría fundamentos del procedimiento civil.

4. De la acción de cobro coactivo.

Ahora bien, según se informa en el expediente¹⁵ y lo reconoce el apoderado de la DIAN, por las mismas declaraciones de recaudo de impuesto a las ventas cuyo pago no efectuó el recaudador, dando lugar a la denuncia por omisión del agente encargado y a la consecuente sentencia condenatoria, la administración inició el 30 de diciembre de 2009 el cobro coactivo mediante el mandamiento de pago número 1725; el 28 de enero de 2010 notificó por correo al responsable de la deuda fiscal; libró los oficios persuasivos penalizables el 19 de julio y el 30 de septiembre de 2011; el 4 de octubre posterior ordenó seguir la ejecución; el 11 de febrero de 2014 dispuso el embargo en bancos; se certifica que a 15 de enero de 2015, es decir, un año después de promoverse el incidente de reparación y *«las obligaciones contenidas en los actos administrativos... [aún] se encuentran vigentes»*.

Ese mecanismo legal, cuya finalidad se asemeja a la acción ejecutiva, es un instrumento del cual la ley dotó a algunas entidades de la administración pública, entre ellas a la DIAN, para ejercer directamente el cobro forzoso de las deudas fiscales que tiene el deber de recaudar, sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria.

¹⁵Folio 19, cuaderno original N°1.

La acción de cobro coactivo se encuentra regula 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 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.*** (Negrilla fuera de texto).

(...)

Artículo 828. Prestan mérito ejecutivo:

1. Las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación.

No obstante ese privilegio que se concede a algunas entidades de la administración pública para hacer efectivo el pago de las deudas sin acudir a la jurisdicción, el artículo 843 dispone que «*La Dirección General de Impuestos Nacionales **podrá demandar el pago de las deudas fiscales por la vía ejecutiva ante los jueces civiles del circuito.***» (Negrilla fuera de texto).

Es decir, en esos casos la DIAN tiene una de dos opciones, iniciar por su propia cuenta el recaudo forzoso de las obligaciones omitidas por los agentes retenedores y

autorretenedores o acudir ante la jurisdicción civil con esa misma finalidad.

Con fundamento en ello, se ha precisado que no existe ninguna diferencia esencial, salvo por el procedimiento y la competencia, entre las dos acciones a través de las cuales la administración puede obtener el pago de las deudas fiscales.

En relación con el origen constitucional de esa facultad y la forma como debe ejecutarse por la administración, la Corte Constitucional¹⁶ precisó lo siguiente:

El artículo 189-20 de la Constitución encomienda al Presidente de la República “velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión”, todo lo cual debe realizar “de acuerdo con las leyes”. Se trata de una función asignada como suprema autoridad administrativa pero que, no obstante, es de carácter complejo y puede dividirse al menos en cuatro etapas: (i) determinación y liquidación de la obligación tributaria, (ii) recaudo fiscal, (iii) administración de las rentas e (iv) inversión de los recursos.

(...)

Una vez... definida la obligación tributaria, si el contribuyente no cancela voluntariamente su deuda debe la administración proceder al recaudo forzoso de los créditos fiscales.

(...)

*Solamente cuando ha quedado en firme la decisión que impone una obligación tributaria, **la entidad puede adelantar***

¹⁶CC SC-649, del 13 agosto de 2002.

las gestiones necesarias para el cobro, sobre la base de un título ejecutivo que contiene una obligación clara, expresa y exigible. Para tal fin (recaudo forzoso), el legislador ha diseñado dos mecanismos diferentes, a cualquiera de los cuales puede apelar la administración según las consideraciones que estime pertinentes: **(i) el procedimiento administrativo de cobro coactivo** (E.T. artículos 823 y siguientes y CPC, artículos 561 y siguientes) o **(ii) el proceso ejecutivo judicial** (E.T. artículo 843). Sin embargo, en ambos casos el acto administrativo que sirve de base para adelantar el trámite debe prestar mérito ejecutivo de conformidad con los artículos 68 del C.C.A. y 828 del E.T.

En cuanto al primero, esta Corte ha explicado que **la denominada “jurisdicción coactiva”, es decir, la facultad para definir situaciones jurídicas sin necesidad de acudir a la acción judicial (autotutela ejecutiva), se enmarca dentro de la órbita de la función administrativa cuyo objetivo es lograr el cumplimiento de una obligación tributaria en sede administrativa**¹⁷. (Negrillas fuera de texto).

También con referencia a ese privilegio de la administración, la misma Corporación en sentencia T-604 del 9 de junio de 2005, señaló:

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

¹⁷ C SC-558 de 2001 y CC ST-445 de 1994.

Corte Suprema de Justicia¹⁸, el Consejo de Estado¹⁹ 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”²⁰.

Precisamente esta Corte a través de varios pronunciamientos, ha tenido la oportunidad de consolidar la legitimidad constitucional de los cobros coactivos efectuados de manera independiente (sin necesidad de acudir a los jueces) por la propia administración...

Los procesos de Jurisdicción Coactiva, se ha indicado, tienen su respaldo Constitucional en la prevalencia del interés general²¹ dado que dicha facultad constituye uno de los presupuestos materiales para que el Estado cumpla con el desarrollo de sus fines. Al respecto, en una decisión de Tutela esta Corporación señaló:

(...)

“La administración tiene privilegios que de suyo son los medios idóneos para el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado, prerrogativas que se constituyen en la medida en que solo a la administración se le otorga la posibilidad de modificar, crear, extinguir o alterar situaciones jurídicas, en forma unilateral, con o sin el consentimiento de los administrados, incluso contra su voluntad.

¹⁸ CE Sala de Negocios Generales G.J. XLV. N° 1929, septiembre 1 de 1937, pág. 773.
¹⁹ CXCE Sala Plena, junio 15 de 1965, Anales 407-408, T.LXIX. 1965, p. 297. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 1969. Anales 1969. Tomo 76, pág. 371. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta, 8 de mayo de 1969. Anales 1969. T. 76, p. 231. C.P.
²⁰ CSJ Sala de Negocios Generales, 13 de agosto de 1936. G.J. N° 1911. Pág. 882.
²¹ CC SC-666 del 8 de junio de 2000.

“Entonces la administración está definiendo derechos y a la vez creando obligaciones inmediatamente eficaces, gracias a la presunción de validez y de la legitimidad de que gozan sus actos. La presunción de legalidad significa que los actos tienen imperio mientras la autoridad no los declare contrarios a derecho...²².

(...) Este aspecto fue abordado por la Corte durante el análisis de la constitucionalidad del artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 en donde se sostuvo lo siguiente²³:

“De todo lo anterior cabe concluir que la jurisdicción coactiva obedece al reconocimiento de una facultad evidentemente extraordinaria o excepcional de la Administración, consistente en eximirla de llevar el asunto al conocimiento de los jueces, para lograr ella directamente la ejecución de ciertas obligaciones a su favor.

“Cabe recordar que la regla general consiste en que las controversias originadas en la inejecución de una obligación sean dirimidas por los jueces, y por ello, ciertamente constituye una excepción el hecho de que sea la propia Administración la que esté investida del poder para hacer ejecutar directamente ciertos actos, convirtiéndose de esta forma en juez y parte, en cuanto ella ejecuta a los deudores por su propia cuenta, sin intermediación de los funcionarios judiciales”²⁴.

Ahora, una vez indicada la legitimidad para que la administración adelante cobros coactivos cuando quiera que se advierta la existencia de un título ejecutivo contentivo de una obligación tributaria clara, expresa y exigible, es imperativo

²² CC ST-445, 24 de abril de 1994.

²³ En el mismo sentido CC SC-799 de 2003.

²⁴ CC SC-666 del 8 de junio de 2000.

diferenciar los eventos en los cuales dicha atribución es facultativa y las circunstancias bajo las que resulta obligatorio acudir ante los jueces. **En el primero de los casos, de acuerdo a las hipótesis consignadas en los artículos 843 y 847 del Estatuto Tributario, será potestativo para la Administración elegir entre: (i) adelantar el cobro de la deuda mediante el cobro coactivo sin necesidad de acudir a un juez²⁵ o (ii) hacerlo a través del proceso ejecutivo judicial (E.T. artículo 843).** (Negrillas fuera de texto).

En el segundo evento, dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 846 del Estatuto Tributario y de la sentencia de Constitucionalidad C-939 de 2003, será obligatorio que la Administración suspenda el cobro coactivo y se haga parte del proceso respectivo²⁶.

Pues bien, dentro de la primera opción, el Estatuto Tributario (artículo 847) prevé que ante la disolución de una sociedad civil o comercial la DIAN puede, iniciar el cobro coactivo, o hacerse parte del proceso judicial respectivo. Esta inferencia hizo parte de la ratio decidendi de la sentencia de constitucionalidad 939 de 2003 en la que se consignó: "(...) iii) en los procesos de liquidaciones de sociedades civiles y comerciales, de que trata el artículo 847 del E.T., la DIAN debe ser informada del inicio de los mismos, mas no prevé la norma su participación obligatoria, lo cual no obsta para que pese a que resuelva intervenir en dicho proceso inicie además la acción de cobro coactivo independiente; (...) En los procesos liquidatorios de sociedades civiles y comerciales para la administración no es obligatorio participar en ellos, por lo que si resuelve acudir puede iniciar sin perjuicio el cobro coactivo; y, en los procesos de

²⁵ CC SC-649 del 13 de agosto de 2002.

²⁶ De acuerdo a esta sentencia se trata de los procesos concordatarios y de liquidación obligatoria y forzosa, y los acuerdos de reestructuración de la Ley 550 de 1999.

sucesiones debe acudir obligatoriamente a ellos pero sin perjuicio (sic) también puede iniciar el cobro coactivo”.

(...) esta facultad viene acompañada en el caso concreto de: (i) el poder para decidir si el cobro se adelanta a través de jurisdicción coactiva o a través de una demanda ejecutiva interpuesta ante el Juez Civil del Circuito en los términos de los artículos 843 y 847 del Estatuto Tributario; y (ii) la adopción de todos los mecanismos para perseguir los bienes del deudor como el embargo, secuestro y remate de bienes, y la prerrogativa para hacer valer ante cualquier autoridad la preferencia del crédito.

Así mismo, en la sentencia del 30 de agosto de 2006, Expediente 14807, el Consejo de Estado además de expresar que en el caso del cobro coactivo de impuestos nacionales, es indiscutible la definición legal sobre la naturaleza administrativa de la jurisdicción coactiva, señaló que:

Hay casos en los que los créditos a favor del Estado se deben ejecutar ante el juez competente; es decir, que está excluida la jurisdicción coactiva. Tal es el caso de los procesos ejecutivos originados en contratos estatales (artículo 75 de la ley 80 de 1993), o en decisiones judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa, con excepción de las originadas en acciones de repetición.

En otros, la administración tiene la opción de acudir al juez civil del circuito o de hacer efectivo el crédito, directamente, por cobro coactivo; tal es el caso de las obligaciones tributarias a favor la DIAN (artículos 823 y 843 del Estatuto Tributario).

Si se decide por lo primero, se originará un proceso judicial; pero ante la segunda opción, el procedimiento por cobro coactivo está legalmente definido, como un procedimiento administrativo (artículo 823 del Estatuto Tributario)...

(...)

Vistas las cosas así, resulta lógico deducir que la jurisdicción coactiva no es nada distinto de la denominada autotutela ejecutiva de la administración de la cual constituye solamente una especie, es decir, es una forma especial de llevarla a cabo.

De la reseña jurisprudencial precedente, la Sala puede extractar que en cuanto a su finalidad la acción de cobro coactivo guarda similitud con la ejecutiva ante jurisdicción civil; así mismo, que es de carácter potestativo, no forzoso, con excepción de la intervención de la DIAN en los procesos en los cuales es obligatorio hacerse parte²⁷, incluso sin perjuicio de que puede iniciar el cobro coactivo; en consecuencia, que por regla general la entidad está facultada para promoverla en remplazo de la judicial, con el objeto de hacer efectivo el pago de la obligación, en virtud

²⁷ Señala la sentencia C-939 del 15 de octubre de 2003: «... en los procedimientos concursales de las personas naturales, la DIAN debe hacerse parte en los mismos y los procesos de cobro coactivo deben ser remitidos al trámite concordatario; iii) en los procesos de liquidaciones de sociedades civiles y comerciales, de que trata el artículo 847 del E.T., la DIAN debe ser informada del inicio de los mismos, mas no prevé la norma su participación obligatoria, lo cual no obsta para que pese a que resuelva intervenir en dicho proceso inicie además la acción de cobro coactivo independiente; iv) en los procesos de liquidación obligatoria y forzosa administrativa, la DIAN debe hacerse parte en los mismos, pero por leyes posteriores a la entrada en vigor del E.T., actualmente los procesos de cobro coactivo serán suspendidos y remitidos a aquéllos; y, v) finalmente, en los procesos sucesorales, en virtud del artículo 844 del E.T. la DIAN debe hacerse parte en los mismos, y de manera optativa, iniciar un proceso de cobro coactivo independiente.

de la potestad privilegiada que le concede la ley para cobrar las obligaciones tributarias omitidas.

Ese privilegio exorbitante provee a la administración, a su vez, de medios suficientemente eficaces para asegurar el recaudo forzoso al margen de que se haya dado o no curso a la acción penal.

Si lo anterior es así, **en primer lugar**, ninguna razón de orden legal explicaría que a la DIAN se le facultara a concurrir simultánea o anticipadamente a otro mecanismo para ejercer el derecho a obtener el pago de la obligación y que ante la ineficacia del optado, en caso de haberse declarado la responsabilidad penal, esté autorizada para iniciar el incidente de reparación integral con aquella misma finalidad.

Por tanto, **en segundo orden**, si bien es claro que ni la acción de cobro coactivo ni la ejecutiva previstas en el Estatuto Tributario fueron erigidas para viabilizar el pago de los perjuicios derivados de un delito como el de la omisión del agente retenedor o recaudador, sino en orden a hacer efectivo el cobro de la obligación en cabeza de la persona natural o jurídica retenedora o recaudadora, también lo es que disponiendo de ese eficaz mecanismo, no resulta legítimo acudir al proceso penal para perseguir el pago, sin que se reclamen daños económicos por conceptos distintos de aquellos que están contenidos en la obligación

clara, expresa y exigible que previamente tiene asegurada la DIAN, más los intereses.

Menos aún puede aceptarse que si la entidad ha tramitado la acción de cobro coactivo, se habilite paralelamente a promover el incidente de reparación, con la excusa de la ineficacia de aquella, en cuanto en desarrollo de la misma, no pudo hacer efectivo el pago de la obligación omitida.

Por tanto, la Sala considera que la prevalencia del interés general que se asegura mediante la función atribuida al Presidente de la República de velar por los recaudos fiscales para que el Estado pueda cumplir con los fines a los cuales se destinan esos recursos, no justifican que la DIAN, en calidad de afectada con el delito de omisión del agente retenedor, tenga también la facultad privilegiada de iniciar conjunta o alternadamente las acciones legales de que dispone en el ordenamiento jurídico, además de la potestad de intervenir en el incidente de reparación integral pretendiendo el reconocimiento de una obligación a cargo del penalmente responsable, sobre la cual ya tiene en su poder el título ejecutivo, conforme al artículo 828 del Estatuto Tributario.

Por ello, no es un desatino lo planteado por el Tribunal y reiterado por algunos de los intervinientes ante la Corte en sede de casación, en el sentido de que permitir la intervención de la DIAN en el incidente de reparación

propiciaría, indebidamente, la creación de un nuevo título ejecutivo con el que ya contaba la administración desde antes de instaurar la denuncia penal contra SESELOWSKY GUELDELMAN.

Lo anterior por cuanto, evidentemente, esa prerrogativa de la administración no hace imperecedera la obligación tributaria ni las acciones para la efectividad de su pago, como se puede extractar de lo indicado por el Consejo de Estado²⁸:

*Las obligaciones tributarias nacen con la vocación de ser cumplidas mediante el pago efectivo, que es, por excelencia, la forma de extinguir las obligaciones. Pero, **las obligaciones en general y, en particular, las fiscales, pueden extinguirse por otros modos como la prescripción**, en concordancia con lo estipulado en el artículo 1625 del Código Civil.*

La prescripción, según el artículo 2512 ibídem, «es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales».

En cuanto a las condiciones para que opere la prescripción, el artículo 2535 del Código Civil precisa que «La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones».

(...)

²⁸ CE SCA, Sección IV, 2 jul. 2015, rad. 250002327000200800243-01 N.I. 19500.

Lo anterior por cuanto, en relación con la prescripción de la acción de cobro, la Sala reitera que de la lectura de los artículos 817 y 818 del E.T. se desprende que **la obligación de la administración no sólo es iniciar la acción de cobro coactivo dentro de los cinco años siguientes a que la obligación se hizo exigible, sino que, una vez iniciada, debe culminarla en ese término, so pena de que los actos que expida después de expirado el término queden viciados por falta de competencia temporal²⁹**, pues «...detrás del término de prescripción de la acción de cobro coactivo **hay poderosas razones de seguridad jurídica tanto para la administración como para los contribuyentes**. Para la administración porque debe existir siempre un momento definitivo en el que se consoliden los actos administrativos que expide en el procedimiento de cobro coactivo. Y para los contribuyentes, porque la acción de cobro no puede extenderse indefinidamente en el tiempo»³⁰.

Distinta es la situación cuando se trata de diferenciar entre la acción de cobro coactivo administrativo y la acción penal, respecto de lo cual la Sala (CSJ AP, 28 sep. 2011, rad. 37369) señaló que aquél «de ninguna manera enerva lo actuado dentro del proceso penal, pues, huelga recordar, ese mecanismo apenas se encamina a obtener los dineros que dejó de consignar por impuestos el procesado, al tanto que el trámite hoy examinado tiene como objeto la comisión del delito inserta en esa omisión»; pero aclaró, a la vez, la imposibilidad de que «tanto en el proceso penal, a partir de la demanda de constitución en parte civil, como en trámite civil o administrativo diferente, se persiga el pago de ese

²⁹ CE SCA, sentencia del 28 de febrero de 2013.

³⁰ Ídem.

daño ocasionado con el ilícito, como claramente lo disponen los artículos 48 y 52 del C. de P.P.».

Hasta aquí queda claro que la DIAN cuenta con el recurso legal apropiado y goza de extraordinarias facultades para perseguir directamente el pago forzoso de las obligaciones omitidas por el agente retenedor, respecto de las cuales, igualmente, tiene en su poder el título ejecutivo, constituido según el artículo 828, numeral 1° del Estatuto Tributario por «*Las liquidaciones privadas... contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación*», con base en las cuales dicta el mandamiento ejecutivo de pago, a partir de cuya notificación se interrumpe el término prescriptivo (artículo 818 E.T.).

Siendo ello así, si lo que se pretende es la declaración de la obligación a cargo del demandado en un monto equivalente a las sumas no consignadas al fisco, más los intereses moratorios, valores estos que son los mismos que se persiguen a través de la privilegiada acción de cobro coactivo, lo que se concluye es que en esos casos el incidente de reparación integral carece por completo de objeto, pues, además, como quedó indicado, el mecanismo del cual la ley dotó a la administración, prevalida del título ejecutivo, ofrece herramientas suficientemente eficaces en procura de esa finalidad de recaudo.

5. Del principio del non bis ídem

Antes de descender al caso concreto, la Sala encuentra necesario abordar lo referente a la prohibición de doble incriminación o de doble sanción, en consideración a que en la sentencia objeto de impugnación, se afirmó su quebrantamiento en caso de poner fin al incidente de reparación integral cor. sentencia de condena, como lo había definido el a quo.

Como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, aquel postulado tiene un restringido campo de aplicación, por virtud de la misma consagración constitucional, de manera que no incide en asuntos ajenos a las materias penales, disciplinarias y, en general, de contenido sancionatorio.

En efecto, la Corte Constitucional³¹, al resolver una demanda contra algunas normas del Código de Procedimiento Civil, señaló que la prohibición de doble incriminación solo influye *«en el ámbito del ius puniendi, esto es al campo de las sanciones penales y administrativas, al cual no corresponden las disposiciones impugnadas»*, en tanto que las demandadas *«no son normas punitivas que establezcan sanciones para las partes»*.

³¹ CC SC-622, 4 de noviembre de 1998.

En la misma decisión agregó que:

(...) el principio de non bis in idem, que en opinión del actor es vulnerado por las normas acusadas, se encuentra contenido en la garantía procesal del debido proceso que consagra el artículo 29 de la Carta Política, y se define como el derecho que tiene todo individuo a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Sobre él mismo se ha pronunciado esta Corporación en el siguiente sentido:

“Non bis in idem, es una expresión latina que significa “no dos veces sobre lo mismo”, ésta ha sido empleada para impedir que una pretensión, resuelta mediante una decisión judicial contra la cual no cabe recurso alguno, sea presentada nuevamente ante otro juez. En otras palabras que no debe resolverse dos veces el mismo asunto.

“(...

...el principio de non bis in idem constituye la aplicación del principio más general de cosa juzgada al ámbito del ius puniendi, esto es, al campo de las sanciones tanto penales como administrativas... equivale en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta”, que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in idem.” (Corte Constitucional, Sentencia T-162 de 1998).

En la sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002 precisó:

En varias ocasiones, esta Corporación ha establecido que los fundamentos de existencia del principio non bis in idem son

la seguridad jurídica y la justicia material. En la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que:

“Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.

En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in idem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material.”³²

(...)

El principio non bis in idem puede estar dirigido a la protección de diferentes sujetos activos. Lo anterior tiene consecuencias en la amplitud del principio non bis in idem. De esta manera, la normatividad puede proteger con dicho principio a todas las personas, lo cual extendería su aplicación a la totalidad de los regímenes del Estado, o restringir el alcance del principio únicamente a los sindicados penalmente, lo cual llevaría a la aplicación del principio exclusivamente en el régimen penal.

³² CC ST-537, 15 de julio de 2002.

Como se observa en el artículo 29, quienes son protegidos por la prohibición al doble juicio son los “sindicados”, lo cual ubica este principio dentro del régimen penal. Por eso, esta Corte ha admitido que quien está siendo juzgado o ha sido juzgado penalmente pueda también ser llamado a responder, por ejemplo, en un juicio civil o fiscal por los mismos hechos. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha extendido el principio non bis in idem a un ámbito diferente al penal, puesto que ha estimado que éste forma parte del debido proceso sancionador. De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable.

En esa medida, tratándose de las acciones de carácter civil o administrativo en las que se excluye el componente sancionatorio, como es el incidente de reparación, pues ya se aludió a su naturaleza esencialmente civil, el postulado del non bis in ídem no es aplicable. Por tanto, en el asunto bajo examen no puede sustentarse la improcedencia del incidente de reparación en que al antecederlo el ejercicio por la administración de la acción de cobro coactiva, que tampoco es sancionatoria, se habría quebrantado aquel principio.

6. Del caso concreto:

En correspondencia con lo examinado hasta ahora, la Sala puede anticipar, como lo propusieron también los intervinientes en la audiencia de sustentación —salvo la

4

apoderada de la DIAN, en calidad de demandante— que la demanda contra la sentencia de segunda instancia no está llamada a prosperar.

Para descender al caso concreto se recapitula que en la primera audiencia de trámite del incidente de reparación integral el apoderado de la DIAN expuso que *«las pretensiones patrimoniales indemnizatorias se resumen así: Primero: por daño emergente, valores no consignados \$1.181.856.000; lucro cesante, intereses sobre lo no consignado \$2.219.171.000; total pretensiones al día de hoy, 25 de agosto de 2014, \$3.401.027.000»*.

En consecuencia, en ese monto fijó la pretensión indemnizatoria en favor de la DIAN por daño emergente y lucro cesante.

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 402 del Código Penal el responsable del impuesto sobre las ventas que incumple la obligación legal de consignar las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto está obligado al **«pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas...»**

Por su parte, el artículo 812 del Estatuto Tributario señala que *«El no pago oportuno de los impuestos, anticipos y retenciones, causa intereses moratorios en la forma prevista en los artículos 634 y 635»*.

El artículo 634 el mismo estatuto, reformado parcialmente por la Ley 788 de 2002 (actualmente se encuentra modificado por la Ley 1819 de 2016) disponía:

*Los contribuyentes o responsables de los impuestos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, incluidos los agentes de retención, que no cancelen oportunamente los impuestos, anticipos y retenciones a su cargo, **deberán liquidar y pagar intereses moratorios, por cada día calendario de retardo en el pago.***

<Inciso 2o. derogado por el artículo 21 de la Ley 1066 de 2006>.

Los mayores valores de impuestos, anticipos o retenciones, determinados por la Administración de Impuestos en las liquidaciones oficiales, causarán intereses de mora, a partir del vencimiento del término en que debieron haberse cancelado por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, de acuerdo con los plazos del respectivo año o período gravable al que se refiera la liquidación oficial.

El artículo 635 (modificado por la Ley 1066 de 2006), señalaba que:

Para efectos tributarios y frente a obligaciones cuyo vencimiento legal sea a partir del 1o de enero de 2006, la tasa

interés moratorio será la tasa equivalente a la tasa efectiva de usura certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia para el respectivo mes de mora.

Las obligaciones con vencimiento anterior al 1o de enero de 2006 y que se encuentren pendientes de pago a 31 de diciembre de 2005, deberán liquidar y pagar intereses moratorios a la tasa vigente el 31 de diciembre de 2005 por el tiempo de mora transcurrido hasta este día, sin perjuicio de los intereses que se generen a partir de esa fecha a la tasa y condiciones establecidas en el inciso anterior.

De lo anterior se sigue que aquella es la composición de las obligaciones a cargo del agente retenedor, las cuales, comparadas con las reclamadas por el apoderado de la DIAN en la audiencia de trámite en la que expuso la pretensión indemnizatoria, expresan sin duda la identidad entre lo que puede ser objeto del cobro coactivo y los factores exigidos para el pago completo de las obligaciones derivadas del delito; coincidencia que se presenta, igualmente, con el presupuesto de improseguibilidad de la acción penal, como lo establece el artículo 402 del Código Penal, cuando el procesado, extinguen la obligación tributaria.

Lo dicho antes está respaldado en este asunto con la certificación que la División de Gestión de Cobranzas expidió el 15 de enero de 2015, respecto de la cuantía de cada una de las obligaciones por las cuales se dio trámite tanto al proceso penal como al cobro coactivo, así como en la aportada por el apoderado de la DIAN, adiada el 6 de agosto de 2014, en la cual se discriminó, además, el monto

de los intereses causados, expresándose que la liquidación se encontraba actualizada hasta ese momento, 25 de agosto de 2014.

Pues bien, retrocediendo a la fuente de las obligaciones civiles, preceptúa el artículo 1494 del Código Civil que *«... nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia».*

En el asunto bajo examen, con referencia al incidente de reparación integral, la fuente directa de la obligación fue el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, éste, a su vez, originado en el incumplimiento de consignar a la DIAN las sumas retenidas por concepto de IVA por parte de SESELOWSKY GUENDELMAN.

Ahora, en el Título XXXIV, artículos 2341 a 2360, del mismo Código, se regula la responsabilidad civil extracontractual por la obligación derivada del hecho *«que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos».*

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.

Por razón de lo que viene de afirmarse, resulta necesario precisar que en otro asunto (CSJ AP, 29 ago. 2006, rad. 20778) relacionado con la intervención de la DIAN, en calidad de parte civil, la Sala indicó que:

*[E]l hecho de haberse iniciado el cobro coactivo en **contra de los deudores solidarios**, para el caso, los socios de la persona jurídica, no se constituía en elemento impeditivo para ejercer la acción civil en el proceso penal frente a la persona que realizó la conducta punible en perjuicio de los intereses del Estado.*

[Lo anterior debido a que la procesada] no podía llamarse a responder al proceso coactivo como deudora solidaria de los saldos que... la empresa A. S. hubiera dejado de pagar o consignar durante 1997 y 1998, puesto que no era socia... pero sí [era] responsable penalmente por las omisiones en que incurrió frente a esas obligaciones y deberes que la persona jurídica tenía frente al Estado, mientras fue su gerente y representante legal, pues, por esa condición ejercía transitoriamente una función pública...

Lo que esa situación traduce, es que la administración inició cobro coactivo con el fin de obtener el pago de saldos a su favor, acudiendo al procedimiento coactivo administrativo, para el cual está facultada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 823 y siguientes del Estatuto Tributario...

(...)

Lo expuesto, permite dos conclusiones, una que en este caso, la procesada... como autora de la infracción penal, debía responder por su conducta; y otra, que los socios de la empresa debían hacerlo solidariamente en su condición de terceros...

No se trata pues, de un doble cobro por parte de la DIAN, como parecería sugerirlo el demandante, sino del ejercicio legítimo de las acciones pertinentes en orden a restablecer los daños causados con la conducta punible...

En esa misma sentencia se cita como precedente análogo el fallo de casación CSJ SP, 7 mar. 2000, rad. 13805, en el que la Sala expresó:

*El primer aspecto expuesto por los impugnantes y por el Procurador Delegado, desde el cual puede deducirse la improcedencia de la censura, consiste en estimar que **los perjudicados con las conductas delictivas, después de haberse constituido en parte civil en el proceso penal, acudieron al concordato** de Nutridías S. A. a exigir por separado la indemnización de los daños causados, por lo cual... no estaban legitimados para apelar la sentencia condenatoria.*

La dilucidación del problema jurídico así planteado, lleva a no perder de vista las características de la acción civil derivada del hecho punible y su diferencia frente al trámite concordatario... [al que] concurren los titulares de créditos demostrados y exigibles, para el caso obrantes en títulos valores contentivos de derechos perseguibles ejecutivamente. El concordato no es una

acción civil separada, no se manifiesta como tal; simplemente es un convenio con efecto relativo que, adicionalmente, sólo compromete a las partes que lo celebran.

Por su lado, con la acción civil, que puede ejercerse dentro del proceso penal, se procura establecer la responsabilidad y el reconocimiento de los perjuicios causados con el hecho punible, algunos de cuyos factores pueden coincidir con un crédito, pero no todos. En uno de los extremos de esa acción derivada del hecho punible están los solidariamente responsables, quienes deben reparar a los perjudicados, pero que eventualmente pueden llegar a conformar un litisconsorcio facultativo, es decir, para el efecto procesal pueden ser separados. En el otro, se hallan las víctimas; para el caso, en forma solidaria deben a éstas responder la persona jurídica y sus administradores y dependientes que hayan cometido el delito. Así, quienes sufrieron los daños pueden perseguir total o parcialmente el resarcimiento, de uno o varios de los responsables.

(...)

*Las víctimas no acudieron al concordato a obtener de los autores de un delito ni de la persona jurídica que responde por ellos..., la indemnización de los daños causados por el delito, sino que hubo un convenio, exclusivamente sobre unas obligaciones de fuente contractual. **No se persiguió extrapenalmente a las personas naturales que incurrieron en la conducta delictiva, sino que se prefirió demandarlas dentro del proceso penal, sin que por seguir aquella opción se les prive del interés jurídico de pretender la condena de los sindicados y la consiguiente indemnización, por parte de éstos, de los perjuicios causados.***

(...)

En el asunto examinado, se pudo celebrar un acuerdo con la persona jurídica, más no con los procesados penalmente, sin

4

que éstos pudieran llegar a beneficiarse de un convenio, sometido al real cumplimiento, que únicamente produce efectos entre las partes que conjugaron su aquiescencia, sin perjuicio de que luego se evitara un doble pago.

(...)

Distinto sería si el convenio hubiera sido celebrado entre los perjudicados y los autores de los delitos, o que aquéllos hubieran ejercido paralelamente la acción civil ante otra jurisdicción, en contra de los administradores o dependientes de la sociedad involucrados, pues de haber sido así se presentaría la situación señalada por los casacionistas y por el Procurador Delegado; pero como lo planteado no aconteció de la manera por ellos considerada, sino en la forma diferente que ha quedado expuesta, los cargos de nulidad no están llamados a prosperar. (Negrillas fuera de texto).

Sobre ese punto, más allá de las disimilitudes que se encuentran entre aquellos precedentes citados y el que ocupa ahora la atención de la Sala, es lo cierto que no zanjó la jurisprudencia, en estricto sentido, el problema jurídico que actualmente se plantea como de imprescindible resolución, relacionado con la legitimidad de la intervención de la DIAN en el incidente de reparación cuando la pretensión, siendo de orden exclusivamente económico, no contiene exigencias distintas a las derivadas de la obligación de consignar las sumas declaradas, más los respectivos intereses, para cuyo recaudo cuenta la entidad con un mecanismo legal específico, extraordinario y eficaz.

Pues bien, decantada la cuestión referente a la obligación de reparar los daños causados por el delito, **una primera conclusión** a la cual la Corte arriba es que los

titulares del derecho no están facultados por el ordenamiento jurídico a promover distintos procesos para el cobro de la misma obligación originaria, esto es, por idénticos factores y montos, como se evidenció con la pretensión postulada por la DIAN en el incidente de reparación, en tanto que no se indicó por el incidentante —ahora demandante en casación— que la petición contra el penalmente responsable incluyera otros daños directamente causados por el hecho punible, que no pudieran ser objeto del trámite administrativo.

Además, la indebida dualidad no logra sortearse con el pretexto de hallar diferencias jurídicas entre el cobro coactivo y la obligación de reparar los perjuicios derivados del delito, cuando como ocurre en este caso, se insiste, los componentes de una y otra pretensión son idénticos.

En síntesis, para la Corte queda claro que si de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, a las víctimas se les reconoce el derecho a una pronta e integral indemnización de los daños causados por el delito; si con esa finalidad se les concede la potestad de promover el incidente de reparación integral, sin que tácita o expresamente se les despoje de la facultad de interponer otras acciones independientes del proceso penal, aun cuando no de manera simultánea ni residual, resulta lógico deducir que promovida la demanda contra el penalmente responsable por alguno de los mecanismos de

que dispone el afectado, tiene el deber de asumir los resultados del proceso que escogió.

Por consiguiente, como **segunda solución**, la Sala indica que la exégesis del artículo 103, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, no puede suponer la viabilidad del incidente de reparación integral sin importar que la víctima haya adelantado previamente otra acción legal para hacer efectivo el pago de los mismos componentes que a título de daño emergente y lucro cesante pretende reclamar ante el juez penal.

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.

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 para ella 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»*³³.

En relación con la prescripción de esa acción, el Consejo de Estado³⁴ indicó:

³³ Artículo 817 E. T., modificado por el artículo 53 de la Ley 1739 de 2014.

³⁴CE SCA, Sección Cuarta, 10 ab. 2014.

Sobre este punto, conviene precisar que si bien la expedición de un acto tendiente a dejar sin vigencia el plazo concedido, es potestativa de la Administración, lo cierto es que la facultad de ésta para hacer efectivo el pago del saldo insoluto de las obligaciones tributarias está limitada en el tiempo y no puede ir en contra del objeto mismo de la prescripción, que no es otro que castigar la inactividad de la Administración por el transcurso del tiempo previsto para la ocurrencia del fenómeno jurídico anotado.

De tal manera, si conforme se ha reiterado, dentro de todo el contexto normativo queda claramente definido el carácter esencialmente civil de la reparación integral de los daños derivados del delito, en concreto cuando de compensaciones en dinero se trata, resulta lógico concluir que en los casos en los cuales el titular de la acción indemnizatoria ha ejercido el cobro por un proceso distinto al incidente ante el juez penal, debe atenerse a las resultas de esa determinación, más aún en circunstancias como las que ocupan la atención de la Sala, en las que existe una exacta correspondencia en cada uno de los factores y cuantías reclamadas, que son las mismas que impone el Estatuto Tributario y replica el artículo 402 del Código Penal así:

*PARAGRAFO. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por **pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses** previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará*

beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar. (Negrillas fuera de texto).

Entonces, son las sumas adeudadas (daño emergente), más los intereses (lucre cesante) las que integraron la pretensión contra el penalmente responsable en el incidente de reparación y a las cuales se contrajo también la acción de cobro coactivo.

Corresponde a la Sala señalar, de otra parte, que en relación con la supuesta prescripción de la acción de cobro coactivo que haría actualmente inexigible la obligación por la DIAN no fue acreditada, como tampoco que se haya alegado ante la administración su ocurrencia, por lo que no se tienen elementos de juicio para examinar el tema de la cosa juzgada.

No obstante, además de los aspectos previamente concluidos por la Corte, **la tercera cuestión** hace relación a la necesidad de una solución que está más allá de la discusión acerca de si la iniciación de la acción de cobro coactivo por la DIAN es la razón jurídica por la que, en estricto sentido, no estaba habilitada la entidad para promover el incidente de reparación.

Lo anterior por cuanto, como se ha expuesto, la acción administrativa de cobro coactivo constituye no solo una prerrogativa extraordinaria en favor de la DIAN, sino

que la misma asegura los instrumentos necesarios para el recaudo forzoso de la obligación omitida por el agente retenedor.

En orden a dar soporte a esa tesis, se hará referencia al análisis de la jurisprudencia constitucional respecto del delito de omisión del agente retenedor, que permite una mejor comprensión de los elementos del tipo penal, el rol que cumple el agente retenedor en relación de los recursos fiscales y el contenido de la obligación; así como la responsabilidad económica que asume cuando deja de consignar las sumas declaradas.

Así, en la sentencia C-009 del 23 de enero de 2003, en la que se examinó la exequibilidad del artículo 402 del Código Penal, señaló la Corte:

*[E]l agente retenedor tiene como **primera función** la de deducirle a sus acreedores externos o internos, al momento del pago o abono en cuenta, las cantidades que con arreglo a la tarifa estipulada en la ley correspondan a un tributo específico que obra en cabeza de dicho acreedor*

(...)

***La segunda función** del agente retenedor consiste en declarar y consignar las sumas retenidas. Lo cual harán en los formularios, lugares y plazos establecidos por las normas rectoras. Siendo entendido que la no consignación de la retención en la fuente dentro de los plazos establecidos por el Gobierno causará intereses moratorios.*

(...)

Por consiguiente, en los casos en que el agente retenedor incumpla con el imperativo de declarar y consignar oportunamente lo retenido –al momento del pago o abono en cuenta -, deberá asumir y pagar tanto las sanciones como los intereses correlativos que se causen a favor del Tesoro Público al tenor del Estatuto Tributario. Lo cual ocurre dentro de la esfera administrativa, y llegado el caso, dentro de la órbita contencioso - administrativa.

(...)

Lo dicho hasta el momento sobre el agente retenedor en el campo del impuesto sobre la renta y complementarios, guardadas las proporciones y diferencias del caso, es predicable en relación con el impuesto sobre las ventas en la medida en que el Estatuto Tributario así lo indique.

(...)

De conformidad con los artículos 2 y 437 del Estatuto Tributario los responsables del impuesto sobre las ventas – régimen común- son sujetos pasivos de la obligación tributaria circunscritos a los deberes de hacer y no hacer, lo cual se traduce en una función intermediadora frente al IVA causado en cada transacción que realicen en su condición de vendedores de bienes o servicios. De suerte que en tales hipótesis los responsables deberán facturar el IVA causado legalmente en sus operaciones, así como presentar oportunamente la declaración bimestral aun cuando no hubieren ventas durante el respectivo bimestre, consignando al efecto el saldo a pagar por el respectivo período.

(...)

Mediante la ley 75 de 1986 se hizo la reforma tributaria más importante del siglo pasado en Colombia... [A]través de esa ley se revistió al Presidente de facultades extraordinarias para dictar las normas que fueren necesarias para el efectivo control, recaudo, cobro,

determinación y discusión de los impuestos que administraba la Dirección General de Impuestos Nacionales...

En desarrollo de tales facultades el Presidente dictó los decretos correspondientes, entre los cuales milita el 2503 de 1987, el cual, por virtud de su artículo 154 derogó expresamente el artículo 4 de la ley 38 de 1969, dejando sin el elemento temporal la tipificación penal contemplada en el artículo 10 de la ley 38 de 1969. Con ocasión de la expedición del Estatuto Tributario (decreto 624 de 1989) la "nueva" versión del artículo 10 de la ley 38 fue incorporada en el artículo 665 del cuerpo normativo, comportando al efecto una contradicción frente a la Carta Política, que posteriormente fue acusada ante la Corte Constitucional, quien mediante sentencia C-285 de 1996 declaró la inexecutable del artículo 665 del Estatuto Tributario, sosteniendo en lo pertinente:

"Como el tipo penal contenido en el artículo 665 del Estatuto Tributario no contiene la referencia temporal necesaria para efectos de determinar cuándo se configura el hecho típico, resultaría arbitrario y discrecional que el intérprete procediera a integrar la norma con otra u otras que regulan aspectos semejantes, en este caso de carácter administrativo, pues la elección de esas disposiciones puede ser diversa y, en consecuencia, no sólo se violarían los principios de separación de poderes y de legalidad, sino el derecho de libertad de los ciudadanos por la imposición de penas privativas de la libertad en eventos determinados ex post facto.

Para salvar el vacío normativo, mediante el artículo 22 de la ley 383 de 1997 se estableció la responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA causado. Al efecto se restauró el elemento temporal y se mantuvieron otros

lineamientos descriptivos del tipo penal vertido en la ley 38 de 1969.

(...)

El precepto actualizado del artículo 22 de la ley 383 de 1997 fue demandado ante la Corte Constitucional por violación de los artículos 13, 28 y 29 superiores, quien mediante sentencia C-1144 de 2000 lo declaró exequible, salvo sus párrafos 1° y 2° respecto de los cuales la Corte se declaró inhibida para emitir pronunciamiento de fondo por sustracción de materia. Precepto que por tanto se mantuvo en un ser al tenor del artículo 665 del Estatuto Tributario.

(...)

A través del artículo 42 de la ley 633 de 2000 se unificaron en uno solo los dos párrafos del artículo 665 del Estatuto Tributario.

(...)

Tal como quedó reseñado en párrafos anteriores, es un hecho que ni el agente retenedor ni el responsable del impuesto sobre las ventas son contribuyentes de la obligación tributaria frente a las sumas que deben recaudar dentro de sus respectivas esferas de acción... Ciertamente es que en razón de su papel intermediador los agentes retenedores y los responsables del IVA deben registrar contablemente un pasivo por concepto de las sumas recaudadas, o a recaudar, según se trate de transacciones de contado o a crédito; pero también lo es que ese pasivo contable no los transmuta en contribuyentes, o lo que es igual, en deudores de la obligación tributaria en que ellos intervienen como terceros, pues como bien claro resulta de todo lo expuesto, su presencia en la relación contribuyente - fisco corresponde a una función pública, que por definición amerita un tratamiento especial en los ámbitos de lo administrativo y lo penal.

4

Se tiene claro, con fundamento en lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia, C-649 del 13 de agosto de 2002, que cuando el agente no cancela voluntariamente la deuda que ha quedado determinada, con la respectiva sanción, corresponde a la administración tramitar el recaudo forzoso con el título ejecutivo que contiene una obligación clara, expresa y exigible; para ello la ley le diseñó un procedimiento específico y le proveyó las herramientas necesarias para el eficaz cobro, sin la intervención del juez, incluidas las medidas cautelares sobre los bienes del obligado, a la vez que garantiza a éste un debido proceso administrativo, en virtud del cual puede acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para debatir el acto impositivo de la obligación tributaria, así como el que resuelve sobre las excepciones.

Así mismo, que la excepcional jurisdicción coactiva es un privilegio reconocido a la administración con esa finalidad indicada, que ha encontrado pleno respaldo jurisprudencial, como lo expresó la misma Corporación en la sentencia T-604 del 9 de junio de 2005:

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...

Precisamente esta Corte a través de varios pronunciamientos, ha tenido la oportunidad de consolidar la

legitimidad constitucional de los cobros coactivos efectuados de manera independiente (sin necesidad de acudir a los jueces) por la propia administración. Además, ha definido la naturaleza administrativa presente en estas actuaciones, indicando que respecto de la misma es imperativo observar los pasos establecidos por el legislador y, en todo caso, las reglas previstas en el Código de Procedimiento Civil para el trámite del proceso ejecutivo.

Ahora, una vez indicada la legitimidad para que la administración adelante cobros coactivos cuando quiera que se advierta la existencia de un título ejecutivo contentivo de una obligación tributaria clara, expresa y exigible, es imperativo diferenciar los eventos en los cuales dicha atribución es facultativa y las circunstancias bajo las que resulta obligatorio acudir ante los jueces. En el primero de los casos, de acuerdo a las hipótesis consignadas en los artículos 843 y 847 del Estatuto Tributario, será potestativo para la Administración elegir entre: (i) adelantar el cobro de la deuda mediante el cobro coactivo sin necesidad de acudir a un juez o (ii) hacerlo a través del proceso ejecutivo judicial (E.T. artículo 843).

(...)

Bajo las anteriores condiciones, la Dirección de Impuestos tendrá la legitimidad para adelantar el cobro coactivo lo cual comprende la adopción rigurosa de los procedimientos previstos en la Ley y la ejecución de las medidas suficientes para garantizar el pago de la deuda a favor de la Nación. Los instrumentos de garantía del crédito fiscal, como se verá, se fundan en el interés superior presente en este tipo de obligaciones.

(...)

Con este procedimiento se posibilita el ejercicio efectivo de los fines esenciales del Estado y, por tanto, es vital que la Administración tenga a su disposición los instrumentos que le

permitan asegurar el cobro de la deuda fiscal tales como: el embargo, secuestro y remate de los bienes del deudor y la prelación de este cobro sobre otras obligaciones en cabeza de éste.

En suma, la naturaleza de la obligación tributaria y la importancia presente en el cobro de la misma, sustentan la capacidad asignada a la administración para que en ciertos casos adelante el cobro coactivo de las obligaciones, y justifican la existencia de (i) la preferencia expresa en su cobro y (ii) de las herramientas necesarias para perseguir los bienes de los deudores. De hecho, tales prerrogativas se extienden a todo nivel y, por tanto, hay que comprender que la preferencia consignada a las mismas en el artículo 2495 del Código Civil se aplica en el desarrollo del proceso coactivo y también, en el cobro que se adelanta en la jurisdicción civil.

(...)

Una vez establecida con claridad la competencia que ostenta el ente fiscalizador para adelantar el cobro de las deudas que por concepto de tributos fueron imputadas oportunamente a la persona jurídica mencionada, se debe inferir que esta facultad viene acompañada en el caso concreto de: (i) el poder para decidir si el cobro se adelanta a través de jurisdicción coactiva o a través de una demanda ejecutiva interpuesta ante el Juez Civil del Circuito en los términos de los artículos 843 y 847 del Estatuto Tributario; y (ii) la adopción de todos los mecanismos para perseguir los bienes del deudor como el embargo, secuestro y remate de bienes, y la prerrogativa para hacer valer ante cualquier autoridad la preferencia del crédito.

En consecuencia, la jurisdicción coactiva es un «privilegio exorbitante» de la administración a la cual se ha

referido la Corte Constitucional³⁴, igualmente tratada en sentencia C-799 del 16 de septiembre de 2003; prerrogativa que *«se justifica en los principios de eficacia y celeridad de la función administrativa a que se refiere el artículo 209 superior... [como] una facultad extraordinaria que “va atada indiscutiblemente a los conceptos de imperio, soberanía, poder y autoridad”*.³⁵... Su objetivo es hacer efectiva la orden dictada por la administración, de cobro de una obligación monetaria a su favor.

Por otra parte, ha quedado decantado el tema referente a la naturaleza del incidente de reparación integral, destacando especialmente el Informe de Ponencia para Segundo Debate al proyecto de Código de Procedimiento Penal (Gaceta del Congreso 104 del 26 de marzo de 2004), en la que se discutió lo referente al llamamiento en garantía (artículo 108 Ley 906 de 2004), previa solicitud por las partes legitimadas para que el juez inicie el trámite del incidente, cuya finalidad es:

(...) reparar los daños causados con la conducta delictiva, a través de una audiencia pública en la que el juez determinará la procedencia de la pretensión, si se da el caso del llamamiento en garantía debe escucharse a este con el único fin de que actúe dentro del mismo para establecer el monto de la pretensión del incidentante, y en el caso del tercero civilmente responsable se hace remisión a la normatividad civil, luego de ello y en caso afirmativo citará a los intervinientes para que comparezcan a

³⁴ CC ST-445, 22 sept. 1994.

³⁵ CC SC-666, 8 jun. 2000.

*audiencia de conciliación, si no prosperare esta, **el juez dictará fallo, en el cual se determinara la tasación del daño o perjuicio.***

En esas condiciones, resulta palmario que frente a los efectos que pueden derivar del incidente de reparación integral, una vez el juez admite la pretensión, esto es, la conciliación entre las partes o el proferimiento de un fallo que determine el monto de los perjuicios, la intervención de la DIAN es superflua e inane. De una parte, como lo declaró en este caso el apoderado de la entidad, existe la prohibición de conciliar por la naturaleza pública de los recursos en discusión, de manera que siendo un recurso de justicia restaurativa propio del incidente de reparación, no puede activarse en el caso de la entidad demandante.

De otro lado, tratándose de las sumas adeudadas por el demandado, la determinación del monto del daño o perjuicio, como finalidad que cumple el incidente de reparación, se reitera, se establece inobjetablemente en el mandamiento ejecutivo de pago que se dicta por la propia administración en el proceso de cobro coactivo, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 286 del Estatuto Tributario³⁷.

De esa manera, sin desatender el hecho de que una de las garantías que se reconoce a las víctimas como

³⁷ Art. 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. Este mandamiento se notificará personalmente al deudor, previa citación para que comparezca en un término de diez (10) días...*

protagonista en el proceso penal es el restablecimiento del derecho, mediante la reparación de los daños materiales y morales causados por el ilícito, con la finalidad de «restablecer las cosas a su estado inicial (*restitutio in integrum*), y cuando ello no es posible, a ser compensadas por los daños sufridos»³⁸, el incidente de reparación integral carece de objeto, cuando la pretensión tiene carácter exclusivamente de material (*damnum emergens* y el *lucrum cesans*) y el afectado es una de las entidades públicas que, como la DIAN, cuenta con la prerrogativa de la autotutela, para el cobro forzoso de las obligaciones, pues uno de los objetivos que justifica ese trámite posterior a la ejecutoria de la sentencia penal, que es la declaración judicial contra el penalmente responsable de la obligación de pagar los perjuicios en el monto demostrado, está previamente asegurado en favor de la administración, por virtud del artículo 828 del Estatuto Tributario, el cual le da el mismo carácter de título ejecutivo que se reconoce a las sentencias, a «*las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación*».

En consecuencia, la Sala encuentra que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales no estaba legitimada para promover el incidente de reparación integral contra SIMÓN SESELOWSKY GUELDELMAN, en consideración a que el Estatuto Tributario la provee de un mecanismo extraordinario y de instrumentos eficaces para el cobro

³⁸ CC SC-916, 29 oct. 2002.

forzoso de las obligación derivadas de la omisión por parte del agente retenedor de consignar las sumas declaradas como recaudadas por impuesto a las ventas, acción que, además, adelantó la entidad, por lo que la sentencia mediante la cual por mayoría la Sala de Decisión del Tribunal revocó la condena al pago de los perjuicios que puso fin al incidente de reparación en primera instancia, no agravó ninguna garantía fundamental de la víctima.

En consecuencia, con las precisiones hechas el fallo impugnado no se casará.

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. No casar el fallo impugnado, proferido por el Tribunal Superior de Cali, con fundamento en la demanda presentada por el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Contra esta decisión no procede ningún recurso.

Cópiese, comuníquese y cúmplase. Devuélvase al
Tribunal de origen.


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER


JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO


LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA


GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ


EYDER PATIÑO CABRERA


PATRICIA SALAZAR CUELLAR


LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO


NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

SECRETARIA