



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoría

### **OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR - Improcedencia de acciones paralelas para obtener idéntica indemnización de perjuicios**

Jurisprudencialmente se ha expuesto que las víctimas en el proceso penal, con el fin de obtener la reparación integral, tienen la potestad de promover el incidente, una vez cobre 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 pueden hacerlo paralelamente, pues no es 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, razón por la cual, si el afectado ha promovido otro proceso independiente para obtener la indemnización, la demanda de reparación integral ante el juez penal no puede tener vocación de éxito.

En efecto, es necesario tener en cuenta el carácter preclusivo del incidente de reparación integral y la naturaleza y los efectos de la decisión que le pone fin al procedimiento, pues el incidente de reparación debe decidirse mediante sentencia o finalizar por conciliación, que presta mérito ejecutivo y en consecuencia, el incidentante no puede demandar nuevamente con el propósito de conseguir otro pronunciamiento de la misma índole, independientemente de la eficacia o no del trámite incidental, pues se insiste, no es de recibo, que la víctima adelante otra acción legal con el fin de hacer efectivo el pago de la misma obligación cuya omisión derivó en delito.

## **REPÚBLICA DE COLOMBIA**



### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO**

***“PATRIMONIO HISTÓRICO Y CULTURAL DE LA NACIÓN”***  
***Ley 1128 de 2007***

#### **SALA ÚNICA**

RADICACIÓN:	1523831040022016-00455-01
CLASE DE PROCESO:	OMISIÓN AGENTE RETENEDOR
CONDENADO:	HÉCTOR SILVINO VIVAS DÍAZ
JUZGADO DE ORIGEN:	JZDO 1° PENAL CTO DUITAMA
DECISIÓN:	REVOCA PROVIDENCIA
APROBADA	Acta No. 084
MAGISTRADO PONENTE:	DRA. GLORIA INES LINARES VILLALBA Sala 3ª de Decisión

Santa Rosa de Viterbo, dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

## **I.- MOTIVO DE LA DECISIÓN**

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la defensora de la DIAN, contra la providencia adoptada el 11 de mayo de 2018, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, mediante la cual rechazó el incidente de reparación integral propuesto por dicha entidad.

## **II.- ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE**

1.- El 12 de febrero de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, profirió sentencia condenatoria en contra de HÉCTOR SILVINO VIVIAS DIAZ por el delito de OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR.

2.- Teniendo en cuenta lo anterior, la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por intermedio de su apoderada judicial, alegando la calidad de víctima, solicitó ante el citado despacho, se admitiera a trámite un incidente de reparación integral con el fin de lograr la satisfacción de los daños ocasionados con la conducta criminal, señalando que en la debida oportunidad formularía las pretensiones a las que aspiraría y allegaría las pruebas pertinentes.

3.-Mediante providencia del 11 de mayo de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, rechazó el incidente de reparación integral propuesto, tras considerar que la DIAN no se encuentra legitimada para solicitar dicho trámite, en la medida que tiene la posibilidad de ejercer el cobro forzoso de las obligaciones, fundamentando su decisión en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado SP8463 de 2017.

4.- Inconforme con tal decisión, la apoderada judicial de la DIAN, interpuso la alzada que ahora es objeto de estudio.

[Escriba aquí]

### **III.- EL RECURSO**

Inconforme con tal decisión, la apoderada judicial de la DIAN, interpuso recurso de apelación. Sus argumentos:

Señaló que la DIAN tiene la calidad de víctima en el delito de omisión de agente retenedor porque sufrió un daño con la comisión de la conducta punible.

Argumentó que en éste preciso asunto si es procedente el incidente de reparación en atención a que las pretensiones del mismo están limitadas a los gastos en que la entidad tuvo que incurrir por la comisión de la conducta punible y el trámite del proceso penal, tales como notificaciones, desplazamientos, y no por las sumas y los intereses omitidos por el agente retenedor.

### **IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

#### **1.- COMPETENCIA**

De conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional al tenor de lo dispuesto en los artículos 20 y 34.1 de la Ley 906 de 2004, esta Sala es competente para conocer del asunto toda vez que se trata de un recurso de apelación formulado contra una providencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, mediante la cual rechaza un incidente de reparación integral.

#### **2.- EL PROBLEMA JURÍDICO**

[Escriba aquí]

Corresponde definir a la Colegiatura si fue acertada la decisión adoptada por el juez de primera instancia de rechazar el trámite del incidente de reparación integral propuesto por la DIAN.

### **3.- DEL INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL**

Como bien lo ha decantado la jurisprudencia nacional, el incidente de reparación integral implementado con la Ley 906 de 2004, se desarrolla de acuerdo con las técnicas del juicio oral, y en él se debaten pretensiones de naturaleza civil, destinadas al resarcimiento de los perjuicios materiales y morales causados con el actuar ilícito, de quien se ha declarado penalmente responsable.

En relación con la naturaleza jurídica de este incidente la Corte Suprema de Justicia, ha enseñado<sup>1</sup>:

*“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 responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional (en sentencia C-409 de 2009, se precisa)”.*

Así, el trámite incidental a fin de procurar la reparación integral, 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*».

---

<sup>1</sup> Sentencia del 13 de abril de 2011. Rad. 34145.

En ese orden de ideas, tenemos que la sentencia condenatoria en firme faculta a la víctima a promover el incidente de reparación, el que se tramita conforme a las reglas previstas en el Título II, Capítulo IV, artículos 102 a 108 de la Ley 906 de 2004, con las modificaciones hechas por la Ley 1395 de 2010.

El primer paso en dicho trámite, es que a 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.»*

#### **4.- DE LA IMPROCEDENCIA DE ACCIONES PARALELAS PARA OBTENER IDENTICA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.**

Jurisprudencialmente<sup>2</sup> se ha expuesto que las víctimas en el proceso penal, con el fin de obtener la reparación integral, tienen la potestad de promover el incidente, una vez cobre 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 pueden hacerlo paralelamente, pues no es una potestad supletoria o simultánea con las otras vías legales de que pueda hacer uso el

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal M.P. Fernando Alberto Castro Caballero SP8463-2017 Providencia del 14 de junio de 2017.

[Escriba aquí]

perjudicado, a fin de conseguir el efectivo pago de la obligación, razón por la cual, si el afectado ha promovido otro proceso independiente para obtener la indemnización, la demanda de reparación integral ante el juez penal no puede tener vocación de éxito.

Sobre el tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-899 de 2003, señaló:

*Es el afectado por el ilícito quien tiene la opción de determinar la ruta procesal que más convenga a sus intereses. Desde tal perspectiva, no tendría sentido reprocharle al legislador que haya establecido restricciones en el diseño de cada opción, restricciones que, además, van encaminadas a trazar con exactitud los linderos de una y otra vía procesal. Así pues, no es lógico confundir los fines de la vía jurisdiccional civil con la penal, pues cada una tiene su propio trazado y condiciones de ejercicio. En últimas, como cualquiera de las opciones permite a la parte afectada reclamar la indemnización de perjuicios, el legislador consideró incompatible que el afectado, a fin de obtener dicha indemnización, ejerciera simultáneamente las dos alternativas.*

En efecto, es necesario tener en cuenta el carácter preclusivo del incidente de reparación integral y la naturaleza y los efectos de la decisión que le pone fin al procedimiento, pues el incidente de reparación debe decidirse mediante sentencia o finalizar por conciliación, que presta mérito ejecutivo y en consecuencia, el incidentante no puede demandar nuevamente con el propósito de conseguir otro pronunciamiento de la misma índole, independientemente de la eficacia o no del trámite incidental, pues se insiste, no es de recibo, que la víctima adelante otra acción legal con el fin de hacer efectivo el pago de la misma obligación cuya omisión derivó en delito.

Debe precisarse que esa improcedencia igualmente se predica de manera inversa, esto es, cuando los perjudicados decidan iniciar la demanda independiente del asunto penal, los efectos de aquel trámite legal, cualquiera sea su índole, no pueden resultar 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.

[Escriba aquí]

Así lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia ya citada, al señalar 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.

No obstante lo anterior, la misma Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prohibición de adelantar dos acciones paralelas para obtener la indemnización de perjuicios, “**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.**”<sup>3</sup>

## **5.- DE LA ACCIÓN DE COBRO COACTIVO Y LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS SOLICITADA POR LA DIAN**

Tal como lo ha enseñado la jurisprudencia, el cobro coactivo 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, la cual se encuentra regulada en el Estatuto Tributario.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que la DIAN cuenta además con la acción prevista en el artículo 843 del estatuto citado, que 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).

---

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal M.P. Fernando Alberto Castro Caballero SP8463-2017 Providencia del 14 de junio de 2017.

[Escriba aquí]

Significa lo expuesto, que 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.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, ha dejado claro que la DIAN, en calidad de afectada con el delito de omisión del agente retenedor, no tiene 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.

En efecto, explicó la Corte Suprema de Justicia, que *“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....”***<sup>4</sup>(Resaltado nuestro)

Entonces, para la DIAN también aplica la improcedencia del cobro paralelo, mediante el uso de dos mecanismos distintos con el fin de obtener el recaudo de las obligaciones omitidas por los agentes retenedores y autorretenedores,

---

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal M.P. Fernando Alberto Castro Caballero SP8463-2017 Providencia del 14 de junio de 2017.



[Escriba aquí]

pues no está legitimada para ejercer el cobro coactivo o el ejecutivo, y a su vez, acudir al incidente de reparación integral, toda vez que éste último carecería de objeto, ya que 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.

Sin embargo, téngase en cuenta, que tal como se enseñó en párrafos anteriores, cuando lo solicitado en el incidente de reparación integral difiere sustancialmente de lo cobrado en la otra acción, que para el preciso caso de la DIAN sería el cobro coactivo, es procedente y legítimo acudir al incidente en el proceso penal.

## **6.- CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso concreto, tenemos que la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES, por intermedio de su apoderada judicial, alegando la calidad de víctima, solicitó se admitiera a trámite un incidente de reparación integral con el fin de lograr la satisfacción de los daños ocasionados con la conducta criminal, señalando que en la debida oportunidad formularía las pretensiones a las que aspiraría y allegaría las pruebas pertinentes.

No obstante lo anterior, mediante providencia del 11 de mayo de 2018, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, rechazó el incidente de reparación integral propuesto, tras considerar que la DIAN no se encuentra legitimada para solicitar dicho trámite, en la medida que tiene la posibilidad de ejercer el cobro forzoso de las obligaciones, fundamentando su decisión en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado SP8463 de 2017.

Inconforme con tal decisión, la apoderada judicial de la DIAN, interpuso la alzada que ahora es objeto de estudio, argumentando que en éste preciso asunto si es procedente el incidente de reparación en atención a que las

[Escriba aquí]

pretensiones del mismo están limitadas a los gastos en que la entidad tuvo que incurrir por la comisión de la conducta punible y el trámite del proceso penal, y no por las sumas y los intereses omitidas por el agente retenedor.

En ese orden de ideas, tenemos que si bien en el escrito inicial en el que la DIAN, en calidad de víctima, solicita la reparación integral no señala las pretensiones que busca obtener con el trámite, lo cierto es que en la audiencia respectiva, en el momento de interponer la apelación -pues no tuvo la oportunidad de exponer sus peticiones antes del rechazo-, señaló al Despacho que sus reclamos se dirigían a obtener sumas que difieren totalmente de las obligaciones pendientes a cargo del agente retenedor, pues lo que buscan es obtener el reembolso de los gastos en que incurrió la nación con ocasión del trámite del proceso penal, como notificaciones, desplazamientos y otros componentes, que serían probados en el momento pertinente, argumento que de ser así, permitiría concluir que no existe identidad entre lo que podría ser objeto del cobro coactivo y los factores aquí exigidos como derivados del delito, lo que haría procedente el incidente de reparación integral, aun cuando se adelante el cobro coactivo, pues tienen finalidades disímiles.

Téngase en cuenta que tal como se expuso en ésta providencia y teniendo en cuenta la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada por el *A quo*, la prohibición de adelantar dos acciones paralelas para obtener la indemnización de perjuicios, “**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 (...)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....”<sup>5</sup>(Resaltado nuestro)”<sup>6</sup>***

En efecto, muy a pesar de que las obligaciones que podría ejecutar la DIAN mediante el cobro coactivo o el proceso ejecutivo y las que se pretenden obtener mediante el incidente de reparación integral, podrían tener idéntica fuente, esto es, la conducta punible de omisión del agente retenedor o recaudador, lo cierto es que, sin duda alguna, según lo manifestado por la apoderada judicial de la DIAN, dichas obligaciones difieren en su contenido, se itera, con el incidente de reparación integral no se pretendería en ésta oportunidad obtener el recaudo de las obligaciones debidas por el agente retenedor, que dieron lugar a la conducta punible, sino conceptos económicos totalmente diferentes, lo que se podría traducir en que en éste preciso evento no tendría lugar la prohibición de la dualidad de acciones.

Lo anterior, toda vez que de cara a las normatividades penal, civil y tributaria, es irrefutable que la obligación económica que podría cobrarse a través del trámite administrativo y la pretensión que se formularía en el incidente de reparación, no se asimilan en lo absoluto, pues no contienen los mismos factores y montos, lo que justificaría la procedencia de éste último, en donde deberán debatirse las pruebas pertinentes y agotar el trámite respectivo, para que finalmente, se decida sobre las pretensiones solicitadas mediante sentencia.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en éste punto es necesario señalar que en el caso su examine, el juez se anticipó a rechazar el incidente, desconociendo el trámite contenido en el Art. 103 de la Ley 906 de 2004 y antes de escuchar las pretensiones de las víctimas, concluyó la falta de legitimidad de la entidad,

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal M.P. Fernando Alberto Castro Caballero SP8463-2017 Providencia del 14 de junio de 2017.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal M.P. Fernando Alberto Castro Caballero SP8463-2017 Providencia del 14 de junio de 2017.

[Escriba aquí]

desconociendo que aunque la DIAN cuenta con la autotutela para obtener el cobro forzado de las obligaciones debidas y por tal motivo, no sería posible promover el incidente de reparación integral para obtener el mismo componente económico, lo cierto es que en casos como éste, en los que el resarcimiento perseguido en el incidente de reparación no guarda correspondencia en cada uno de los factores y cuantías que se reclamarían vía administrativa, podría ser procedente su trámite.

En compendio, sin que sea necesario ahondar en mayores consideraciones, la Sala procederá a revocar la decisión de instancia, para que en su lugar, el A quo proceda a impartir el trámite correspondiente al incidente de reparación integral solicitado por la DIAN, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 103 de la Ley 906 de 2004, esto es, antes de examinar la pretensión indemnizatoria, deberá escucha la solicitud concreta de la víctima frente a la reparación integral a la que aspira, y luego sí decidir si procede su admisión o su rechazo, teniendo en cuenta lo aquí expuesto en cuanto a las pretensiones que difieren de las obligaciones que podrían ser objeto de cobro coactivo.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión de la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR**, la decisión adoptada el 11 de mayo de 2018, por medio de la cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Duitama, resolvió rechazar incidente de reparación integral promovido dentro de la presente actuación; para que en su lugar, el A quo proceda a impartir el trámite correspondiente al incidente de reparación integral solicitado por la DIAN, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 103 de la Ley 906 de 2004, esto es, antes de examinar la pretensión indemnizatoria, deberá escucha la solicitud concreta de la víctima frente a la reparación integral a la que aspira, y luego

[Escriba aquí]

sí decidir si procede su admisión o su rechazo, teniendo en cuenta lo aquí expuesto en cuanto a las pretensiones que difieren de las obligaciones que podrían ser objeto de cobro coactivo, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

**SEGUNDO:** Devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

La presente se notifica en estrados y para su exposición se designa a la señora Magistrada Ponente.

**GLORIA INÉS LINARES VILLALBA**  
**Magistrada Ponente**

**EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA**  
**Magistrado**

**LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO**  
**Magistrada**