



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SANTA ROSA DE VITERBO

Relatoria

OMISION DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR – Incidente de reparación

Aquí pues, se hace necesario señalar, que la obligación de pagar los impuestos de ventas y sus intereses era una obligación de la sociedad que representaba el Sentenciado, de lo que se determina que para el cobro de perjuicios debió citar a “Estim Ltda”, como tercero civilmente responsable, pues era la sociedad deudora de los mismos, y como el título que dio origen a la obligación no es otro que la obligación prescrita y no la sentencia condenatoria, se concluye que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN" intentó el abuso de derecho ante su propio dolo de no cobrar dentro del término, para evitar la prescripción de las acciones derivadas de la obligación, y que la acción no fue dirigida contra el legítimo contradictor, y el perjuicio cobrado ya desapareció del mundo jurídico.

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL SANTA ROSA DE VITERBO SALA ÚNICA

Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación
Ley 1128 de 2007

RADICACIÓN:	152383104002201300168 01
PROCESO:	OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR
PROVIDENCIA:	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
DECISIÓN:	REVOCAR
IMPUTADO:	JORGE HENRY CASTAÑO CABRERA
PROCEDENCIA:	JUZGADO 02 PENAL DEL CIRCUITO DE DUITAMA
PONENTE:	JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL Sala Segunda de Decisión
APROBADA:	Acta No.

Santa Rosa de Viterbo, viernes dieciocho (18) de mayo dos mil dieciocho
(2018)

1. OBJETO:

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el defensor público del Procesado, contra la sentencia de 29 de julio de 2017 que fijó la indemnización integral, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Hechos

Afirmó la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN" que Jorge Henry Castaño Cabrera en calidad de representante legal de "Estim Ltda." era el responsable del pago de impuestos a las ventas y/o retenciones, por tanto tenía la obligación de retener \$5´742.000.oo correspondiente los periodos 5 y 6 de 2006 por lo cual, luego de sustraerse de su obligación fue judicializado y sentenciado el 12 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

2.2. Actuación procesal:

Dicho lo anterior el 9 de diciembre 2015 la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, solicitó dar trámite incidental de reparación integral, razón por la cual el 5 de abril de 2016 se llevó a cabo la primera audiencia del incidente, lo que dio pie para que el 21 de junio de 2016 se celebrara la audiencia de pruebas y alegaciones dentro del mismo, luego de lo cual el 29 de junio del mismo año, se dio lectura del fallo.

2.2.1. El incidente:

Declarada la responsabilidad penal de Jorge Henry Castaño Cabrera, la representante de la División de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) argumentó que se deben pagar por concepto del periodo de ventas 5o de 2006 la suma de \$3´114.000.oo de impuesto, \$8´388.000.oo de intereses, mientras que por concepto del periodo de ventas 6º de 2006 se deben \$2´628.000.oo de impuesto y \$6´946.000.oo de intereses, siendo el total por impuestos \$5´742.000.oo y por intereses \$15´344.000.oo

Que al estar demostrada la responsabilidad penal del sentenciado, tiene derecho al pago de los impuestos y sus intereses, que la Nación se vio perjudicada al no recibir dichos recursos, y que a la fecha no se han pagado los valores.

2.3. La sentencia de primera instancia:

Luego de discernir sobre la naturaleza del incidente de reparación integral, manifestó el Juzgador que en los delitos como el de omisión de agente retenedor o recaudador pese a que la entidad cuenta con la acción de cobro coactivo, no es menos cierto que el delito se genera ante la imposibilidad de recaudar los valores por ese medio, por lo que deviene que la entidad está legitimada para iniciar el incidente.

Distinguió entre la acción de cobro coactivo de orden tributaria y el incidente de reparación integral, aduciendo que no eran incompatibles, que son independientes por su origen, deduciendo que la DIAN se encontraba legitimada para iniciar el incidente de reparación integral, por su calidad de víctima en esta clase de ilícitos.

Respecto de los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante, consideró que se encontraban probados el valor de (\$21'086.000.00) al no haber pagado dentro del término de ley, como responsable de impuesto a las ventas correspondientes a los periodos 5º y 6º de 2006, por lo que declaró civilmente responsable a Jorge Henry Castaño y como consecuencia de lo anterior, condenó al mismo al pago de veinte un millones ochenta y seis mil pesos (\$21'086.000.00).

2.3. El recurso de apelación:

2.4.1. El defensor del sentenciado:

Como fundamentos del recurso señaló que la DIAN no se encontraba legitimada para iniciar el incidente de reparación integral luego que la obligación tributaria se encontrara prescrita tras haber transcurrido el término para su exigibilidad, sin que fuera iniciado el proceso de cobro coactivo, de manera que la obligación original ya no podía servir de fundamento para un nuevo trámite, esta vez, de naturaleza incidental ante la jurisdicción penal, para lo cual adujo que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de junio de 2017 radicado

¿?¿?, señaló que el incidente de reparación integral cuando se intenta el cobro de un tributo ya prescrito, deviene en un doble cobro y un abuso del derecho.

2.4.2. Los no recurrentes se abstuvieron de pronunciamiento en el traslado que por ley les corresponde.

3. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER:

3.1. Lo que se debe resolver:

Conforme con el alegato revocatorio planteado por el recurrente, compete a la Sala dilucidar sobre la legitimación que tiene la División de Impuesto y Aduanas Nacionales, para proponer el incidente de reparación integral, luego de la declaratoria de responsabilidad penal en el presente asunto, pese a tener otras acciones, como la de cobro coactivo.

3.4. EL CASO:

La División de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) desde el momento que se hizo exigible la obligación tributaria, contaba con los medios legales para constituir el título ejecutivo de que trata el artículo 828 del Estatuto Tributario, y así ejercer o la acción coactiva directamente, o la ejecutiva ante los jueces administrativos, lo que indiscutiblemente de acuerdo con el acervo probatorio, no hizo, es decir que a su placer dejó de cobrar lo debido por el obligado u obligados, lo que comprendía no solo el capital debido, sino también los intereses, actitud que determina legalmente un descuido o abandono de sus intereses o derechos respecto de las obligaciones tributarias, correspondientes a impuestos a las ventas y/o retenciones de los dos últimos bimestres gravables del impuesto a las ventas de 2006 en los que debió actuar la empresa como retenedor y recaudador del mismo.

Es cierto que el artículo 402 del Código Penal tipifica el delito de “Omisión de Agente Retenedor”, y que al declararse la responsabilidad penal del

agente, surge la obligación de resarcimiento, sin embargo en este caso particular, la Incidentalista al iniciar el trámite, redujo sus argumentos a la cuantía e intereses de la obligación tributaria exclusivamente, lo que obliga a que se tenga en cuenta que es la misma obligación que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN" ha dejado prescribir, pues no demostró que hubiera ejercido ninguna de las acciones coactiva o ejecutiva, atendiendo a que su causación se produjo en 2007, además conforme a la decisión de casación ya aludida, es incuestionable que los perjuicios que pretende cobrar a través del incidente, es la misma obligación ya prescrita.

Aquí pues, se hace necesario señalar, que la obligación de pagar los impuestos de ventas y sus intereses era una obligación de la sociedad que representaba el Sentenciado, de lo que se determina que para el cobro de perjuicios debió citar a "Estim Ltda", como tercero civilmente responsable, pues era la sociedad deudora de los mismos, y como el título que dio origen a la obligación no es otro que la obligación prescrita y no la sentencia condenatoria, se concluye que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN" intentó el abuso de derecho ante su propio dolo de no cobrar dentro del término, para evitar la prescripción de las acciones derivadas de la obligación, y que la acción no fue dirigida contra el legítimo contradictor, y el perjuicio cobrado ya desapareció del mundo jurídico.

En consecuencia, se revocará la decisión recurrida, y se absolverá al accionado del pago de los perjuicios.

4. En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y autoridad de la ley,

RESUELVE :

4.1. Revocar la sentencia emitida el 29 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama y en su lugar absolver a Jorge Henry Castaño Cabrera, del pago de perjuicios materiales impetrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales "DIAN", por las razones aquí expuestas.

4.2. Contra la presente providencia procede el recurso extraordinario de casación.

Las partes quedan notificadas en estrados.

JORGE ENRIQUE GOMEZ ANGEL
Magistrado Ponente

GLORIA INES LINARES VILLALBA
Magistrada
Con ausencia justificada

EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado