



## **SALA PENAL**

*Medellín, miércoles veintinueve (29) de marzo de dos mil veintitrés (2023)*

*Aprobado en la fecha, acta Nro. 53*

*Sentencia de segunda instancia –IRI- Nro. 17*

*Radicado Nro. 05-001-60-00248-2015-10823*

*Delito: Favorecimiento al contrabando*

*Sentenciado: Andrés Fernando Peláez Peláez*

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello*

*Lectura: lunes 10 de abril de 2023. Hora: 08:00 a.m.*

*Siguiendo los lineamientos de la Ley 1395/10, procede la Sala a resolver el recurso vertical de apelación interpuesto por el apoderado de la víctima – DIAN-, contra el fallo de IRI proferido el 24 de febrero de 2023 por la Juez Veintinueve Penal del Circuito de Medellín, negando la condena en perjuicios deprecada en este caso.*

### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

*1. Mediante sentencia del 12 de agosto de 2021, ANDRÉS FERNANDO PELÁEZ PELÁEZ fue declarado penalmente responsable en el proceso del rubro como autor del delito de favorecimiento al contrabando, previsto en el art. 320 del C. Penal. En consecuencia, la primera instancia le impuso una pena de 9 meses y 18 días de prisión y multa equivalente a \$322.958.612,4, además las penas accesorias de inhabilitación para ejercer derechos y funciones pública por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y la inhabilitación del derecho de ejercer el comercio por un periodo de 12 meses y 28 días. Oportunamente, dentro del término que establece la ley, la*

*Dirección de impuestos y aduanas nacionales –DIAN-, considerando ser víctima, a través de un apoderado judicial solicitó dar trámite al Incidente de Reparación Integral –IRI-, a lo cual accedió la primera instancia.*

*2. El 21 de febrero de 2022 se dio curso a la primera audiencia de conciliación y trámite, en la cual se presentó la pretensión indemnizatoria, reclamando el apoderado por concepto de perjuicios materiales la suma de \$27.612.378, divididos en daño emergente por valor de \$19.959.698 y lucro cesante por una suma de \$\$7.652.680. Monto que se atribuyó a gastos de transporte y bodegaje asumidos por la DIAN mientras se definía la situación jurídica de la mercancía, además de los intereses causados desde la fecha de ingreso de la misma -13 de agosto de 2014- hasta su egreso definitivo -04 de febrero de 2016-. En la segunda audiencia de IRI no se logró la conciliación.*

*3. Escuchados los alegatos conclusivos del apoderado de la parte incidentista y de la defensa, la a quo resuelve negar el reconocimiento de los perjuicios patrimoniales que se dicen ocasionados con ocasión de la conducta punible por la cual se condenó a ANDRÉS FERNANDO PELAEZ PELAEZ, mediante sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el delito de favorecimiento al contrabando.*

*En ese orden de ideas estima que, si bien el delito es fuente de obligaciones y el incidente de reparación integral se constituye en el escenario procesal diseñado para garantizar a las víctimas la acreditación de los daños que aquel ha ocasionado, en procura de alcanzar un pronunciamiento judicial, dicho espacio procedimental tiene dicho la jurisprudencia es opcional, disyuntivo, no obligatorio, sin que haya de entenderse como una potestad supletoria o simultánea con las otras vías legales de las que puede hacer uso la entidad perjudicada a fin de conseguir el efectivo pago de una obligación.*

*El incidente no puede constituirse en una acción judicial alternativa o coexistente con otros mecanismos jurisdiccionales propios de la entidad estatal para reclamar las pretensiones indemnizatorias, consagrando el estatuto tributario un mecanismo idóneo, efectivo, eficaz y oportuno que le permite a esta reclamar los daños o perjuicios que se causen al erario, a*

*través de un procedimiento de cobro coactivo, sustentado en el título ejecutivo que para el caso consiste en la liquidación que sobre esos montos fijen sumas líquidas de dinero a favor del fisco.*

*De manera que, tal y como lo tiene discernido la Corte Suprema de Justicia, no resulta legítimo acudir al proceso penal para perseguir el pago por conceptos económicos producto de daños materiales que se encuentran contenidos en la obligación clara, expresa y exigible que previamente tiene asegurada la DIAN, aunado a que el alto tribunal tiene decantado que el incidente carece de objeto cuando la pretensión tiene carácter exclusivamente material y el afectado es una entidad pública que, como la DIAN, cuenta con la prerrogativa de la auto-tutela para el cobro forzoso de las obligaciones.*

*Y si bien no se advierte que dentro del presente trámite se haya adelantado algún proceso de cobro coactivo en contra del condenado PELÁEZ, lo cierto es que no puede ser el IRI un instrumento jurídico supletorio o adicional a la acción de cobro coactivo, concluyendo la primera instancia que no es dable acudir al mismo para obtener el pago de perjuicios que reclama la DIAN a través de su apoderado; mucho menos cuando se omitió su iniciación o cuando a raíz de dicha inactividad por parte de la entidad la acción posiblemente ya prescribió, observando además que la DIAN se encuentra prevalida de los títulos ejecutivos para el efecto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 828 del Estatuto Tributario, y para la época los emolumentos por concepto de bodegaje estaban a cargo de la entidad.*

*4. Por otra parte, en la sustentación escrita del recurso vertical el censor sostiene que el decomiso de mercancías equivale a un procedimiento de tipo administrativo, no a una sanción; por lo que sin desconocer que en el art. 823 en el Estatuto Tributario se contempla un procedimiento para el cobro coactivo de las deudas fiscales, se debe tener en cuenta que frente al decomiso de las mercancías la DIAN solo podrá hacer uso de dicho procedimiento especial una vez tenga un título que preste mérito ejecutivo, que para el caso sería el fallo de IRI que declare civilmente responsable al condenado en materia penal. Al no contar con dicho instrumento para el momento de los hechos, a su vez la entidad no podía hacer uso del*

*procedimiento especial, considerando finalmente que la preexistencia de un título ejecutivo no se erige en presupuesto procesal para iniciar el IRI.*

*En cuanto a que la obligación de pago de bodegaje se encuentra a cargo de la DIAN, considera que ello no implica que la entidad no pueda solicitar la reparación integral de los perjuicios materiales con ocasión de la conducta punible emanada del demandado, probados como están el delito y el daño que consiste en lesionar el erario al hacer incurrir en costos de bodegaje al Estado que es quien inicialmente los asume frente a un tercero con tal de brindar seguridad financiera.*

*En conclusión, el inconforme considera que el no recocer los perjuicios materiales ocasionados a la DIAN con ocasión de la conducta punible aquí ventilada se estarían vulnerando los derechos de la víctima, y se pierde la oportunidad de recuperar el valor de los perjuicios a través del trámite incidental.*

*Estas, grosso modo, las razones por las que el censor solicita que en el caso de marras se condene al pago de perjuicios materiales, por concepto de daño emergente a favor de la DIAN, en cuantía de \$ 29.360.215.*

### **CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER**

*Es competente al Sala para resolver el asunto sometido a estudio acorde con lo normado en el art. 34 numeral 1° de la ley 906/04, y como quiera que el límite del recurso lo impone la temática que plantea el apelante y aquella que surja inescindible, la Sala se atenderá a dichos tópicos para dar respuesta a la censura.*

*Auscultados los argumentos ofrecidos en la primera instancia por parte del a quo y el censor, es claro que el problema jurídico planteado en dicha sede gravita en torno a si la DIAN puede acudir de manera simultánea, coetánea, o si se quiere supletoria y subsiguiente al cobro coactivo y al IRI que se adelanta a continuación del fallo que decreta la responsabilidad en materia penal, de aquellos emolumentos, conceptos económicos o perjuicios*

materiales ocasionados a la víctima como consecuencia de la conducta punible.

Bajo este estricto panorama es preciso significar que de conformidad con la legislación civil y penal las víctimas del delito –sean personas naturales o jurídicas- ostentan el derecho a reclamar y obtener la reparación o compensación por los daños causados con el comportamiento criminal del procesado que resulta declarado penalmente responsable. De ahí que en materia penal se pueda reclamar el pago de los perjuicios materiales y morales irrogados con el hecho delictivo, esto es, buscar efectivizar el derecho de toda víctima a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, art. 11, literal c) de la ley 906/04, a cargo del autor o partícipe, o del llamado en garantía.

Así mismo, se sabe que el trámite que se sigue a continuación del proceso penal en procura de la indemnización integral de perjuicios es en esencia de naturaleza civil. Dicho trámite incidental se encuentra previsto en los art. 102 al 108 de la ley 906/04, y para promoverlo la sentencia de condena en materia penal debe encontrarse en firme.

Decantado así el tema del derecho de las víctimas a obtener la reparación integral de perjuicios a través de un procedimiento incidental previsto en la ley 906/04, huelga significar que, desde el punto de vista de la administración pública, para el caso, aquella encargada del recaudo de impuestos –DIAN-, los perjuicios en este concreto caso son de orden material (recuérdese que a diferencia de las personas naturales, a favor de personas jurídicas no se pueden reclamar perjuicios morales), concretamente el dinero que gastó la entidad por concepto de bodegaje y almacenamiento de la mercancía incautada y que a su vez se sub dividen en las categorías de daño emergente y lucro cesante en los valores más arriba reseñados.

De manera que frente a tal escenario coincidimos con la perspectiva analítica que propone la primera instancia para resolver este asunto, esto es, que el Estado cuenta con la posibilidad de ejercer de manera directa el **cobro coactivo** sin la intermediación de la autoridad penal; pues ostenta el privilegio exorbitante que a su vez le provee mecanismos idóneos y eficaces

*para asegurar el cobro efectivo de dichos emolumentos. A saber, a través de la jurisdicción coactiva, cuya finalidad, ha dicho la corte, guarda similitud con la ejecutiva que se ejerce ante la jurisdicción civil.*

*En este punto de la cuestión debatida cabe destacar que la discusión en torno a la promoción del IRI por parte del Estado como víctima de esta clase de delitos que terminan afectando el erario, básicamente se venía resolviendo ya fuera excluyendo la posibilidad de adelantar simultáneamente dos acciones con el fin de perseguir el pago por conceptos económicos, materiales o patrimoniales causados en favor del Estado; por la ocurrencia del fenómeno prescriptivo de la acción de cobro; o por el agotamiento del mecanismo con resultados negativos en ejercicio de la jurisdicción coactiva – entendiéndose que en dicha eventualidad la entidad pretendía obtener un nuevo título ejecutivo-.*

*Empero, la evolución de la línea jurisprudencial que el colegiado viene acuñando en la materia no se detuvo, terminando por concluir que en este tipo de casos la DIAN carece de legitimación por activa para promover el IRI en busca del pago de las obligaciones de orden material o patrimonial, pues cuenta con una prerrogativa o privilegio que se traduce en la jurisdicción coactiva a la que debe acudir, por lo 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>1</sup>*

*Destacando la Corte Constitucional que: "La jurisprudencia ha definido la jurisdicción coactiva como un "privilegio exorbitante" de la Administración, que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales." (Sentencia C-366/00).*

---

<sup>1</sup> CSJ, SP. SP8463-2017, Rdo. 47446, aprobado acta 193, decisión del 14 de junio de 2017, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

Destacando por su parte la Corte Suprema de Justicia que: “la jurisdicción coactiva es un «privilegio exorbitante» de la administración a la cual se ha referido la Corte Constitucional<sup>2</sup>, 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”.<sup>3</sup>... Su objetivo es hacer efectiva la orden dictada por la administración, de cobro de una obligación monetaria a su favor.”<sup>4</sup>

Y en la misma decisión en cita:

“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 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

<sup>2</sup> CC. ST-445, del 22 septiembre 1994.

<sup>3</sup> CC SC-666, 8 jun. 2000.

<sup>4</sup> CSJ, SP. SP8463-2017, Rdo. 47446, (Aprobado Acta No. 193), junio 14 de 2017, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

*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 826 del Estatuto Tributario<sup>5</sup>.* (Subraya de la Sala).

*Como se puede ver, lo inane e improcedente de incoar el inicio del trámite incidental por parte de la entidad recaudadora, dimana, además de la exégesis del inciso 3° del art. 103 de la ley 906/04, del hecho que para casos como el que es objeto de análisis la administración no requiere el proferimiento de un fallo que determine el monto de los perjuicios, como erradamente lo entiende el censor, pues estos se establecen 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 referido artículo 826 del Estatuto Tributario.*

*Queda claro entonces que los cuestionamientos sobre los cuales venía gravitando la discusión dejaron de centrarse en la posibilidad de acudir a la acción de cobro coactivo y/o a la acción civil en desarrollo del IRI previsto en la ley procedimental penal, decantando la jurisprudencia especializada que la DIAN ni siquiera ostenta legitimación para incoar el trámite incidental, cuando se eleva una pretensión indemnizatoria de naturaleza eminentemente económica, material o patrimonial, pues cuenta con la posibilidad de agotar una privilegiada acción de cobro, prevalida de un título que consiste en el mandamiento ejecutivo de pago que autónomamente profiere en la jurisdicción coactiva, que por esencia la dota de mecanismos expeditos y eficaces para el logro del fin resarcitorio en favor del Estado.*

---

<sup>5</sup> 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. Si vencido el término no comparece, el mandamiento ejecutivo se notificará por correo. En la misma forma se notificará el mandamiento ejecutivo a los herederos del deudor y a los deudores solidarios. Cuando la notificación del mandamiento ejecutivo se haga por correo, deberá informarse de ello por cualquier medio de comunicación del lugar. La omisión de esta formalidad, no invalida la notificación efectuada. PARAGRAFO. El mandamiento de pago podrá referirse a más de un título ejecutivo del mismo deudor.

Bajo esta óptica de análisis queda claro que la entidad no se encuentra legitimada para promover la acción ante el juez penal, y que la jurisprudencia tiene identificada **“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”<sup>6</sup>...**

Y continúa reflexionando el colegiado:

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

De esta manera, se insiste, cuando la pretensión tiene carácter resarcitorio exclusivamente económico, material o patrimonial por tratarse de una persona jurídica que en su condición de víctima ostenta la calidad de entidad pública, que como la DIAN, “cuenta con la prerrogativa de la auto-tutela, para el cobro forzoso de las obligaciones”, el trámite incidental que se sigue a continuación del fallo penal de naturaleza condenatoria en procura de la cancelación de los perjuicios, carece de objeto: “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»<sup>7</sup>, y para el caso sometido a estudio, insistimos, dicho análisis se hace extensivo al mandamiento ejecutivo de pago que autónomamente la administración profiere en desarrollo del proceso y de la acción de cobro coactivo.

<sup>6</sup> CSJ Sala de Negocios Generales, 13 de agosto de 1936. G.J. Nº 1911. Pág. 882.

<sup>7</sup> CSJ, SP. Sentencia SP8463 del 14 de junio de 2017. M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

*Entonces, los daños y perjuicios irrogados con el delito debe acompasarse con las preceptivas según las cuales: "... 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."<sup>8</sup>; glosas según las cuales también ante la especialidad administrativa podrá discutir lo que hace a los montos que cobre la entidad estatal por concepto de bodegaje y transporte de la mercancía incautada.*

*Para sumar en razones de la forma de discurrir que viene desarrollando la Sala, dígase finalmente que ninguna norma exceptiva se observa en la ley 906/04 que habilite a la DIAN para promover el IRI consagrado en dicho compendio normativo, por lo que, ante la inacción estatal para ejercer la acción de cobro coactivo, nada habilita el que se use el trámite incidental como mecanismo o instrumento jurídico supletorio, alternativo, o adicional a aquella.*

*Tras el análisis efectuado en apartados anteriores de este proveído y con base en la jurisprudencia de las altas cortes, especialmente la de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, podemos concluir que bajo las premisas vistas la primera instancia ni siquiera debió haber admitido la apertura del trámite incidental a instancias de la DIAN para el cobro de perjuicios materiales, siendo en todo caso menester confirmar lo finalmente decidido por la funcionaria de primer grado al no advertir en la estimativa jurídica de la problemática jurídica puesta a su consideración viabilidad supletoria alguna.*

---

<sup>8</sup> *Ibíd.*

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de IRI apelada en el caso de autos, acorde a lo visto en el acápite de las consideraciones.

**SEGUNDO:** Remítase copia de esta decisión al juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Esta sentencia queda notificada en estrados.

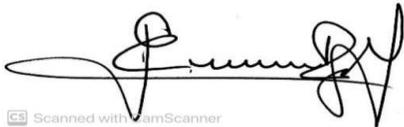
**CUARTO:** Contra esta decisión no procede el recurso extraordinario de casación según lo normado en el canon 366 del Código de Procedimiento Civil.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**Los Magistrados,<sup>9</sup>**



**CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO**

  
Scanned with CamScanner

**LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ**

  
JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE  
Magistrado

**JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE**

<sup>9</sup> El presente proveído se suscribe de conformidad con lo previsto en el art. 11 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, por cuya virtud se autoriza la “firma autógrafa mecánica, digitalizadas o escaneadas”.