El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR / INCIDENTE DE REPARACIÓN INTEGRAL / NO PROCEDE SI ANTERIORMENTE SE ADELANTÓ OTRA ACCIÓN DE COBRO EN PROCESO DIFERENTE / NO IMPORTA SI EL RESULTADO FUE NEGATIVO.**

En la referida sentencia -CSJ SP, 14 JUN. 2017, rad. 47446-, se analizó lo atinente a las causales de rechazo del incidente de reparación establecidas en el artículo 103 C.P.P., y se concluyó que la interpretación que debe hacerse de dicha norma en armonía con el sistema, es que no puede considerarse que los motivos consignados de manera expresa allí son los únicos que dan lugar a esa improcedencia, sino que también debe entenderse que el mismo es inviable cuando se han acudido a otras acciones con idéntico propósito, independientemente de sus resultados.

Contrario a lo sostenido por el letrado, dicha determinación no se basó únicamente en precedentes proferidos en anteriores procedimientos sino atinentes al sistema penal acusatorio, y en el estudio de la exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 906/04, así como de los informes de ponencia de cada uno de los debates en el Congreso, y luego de ese análisis dedujo que la intención del legislador no fue en ningún momento dotar a la víctimas de una facultad extraordinaria de promover junto con el incidente de reparación otras acciones para asegurar el pago -como es el caso del cobro coactivo adelantado por la DIAN-, o acudir de manera opcional al trámite procesal penal cuando los resultados allí obtenido no resulten favorables a sus intereses, lo cual no debe ser permitido.

Es cierto que con ese proceder no se afecta el non bis idem que solo es aplicable en materia penal o sancionatoria, y no en la civil, y precisamente así lo establece la Corte, pero de igual manera hace énfasis la Alta Corporación en que el derecho de las víctimas a ser reparadas integralmente no puede considerarse como una facultad abusiva de acudir en forma simultánea, paralela o subsidiaria al incidente de reparación en atención a que el trámite coactivo -privilegio legal que es potestativo en la mayoría de los casos- no tuvo éxito, puesto que las pretensiones de uno y otro son idénticas, lo cual constituiría un abuso del derecho, no solo porque el procedimiento penal prohíbe ese doble cobro sino también los principios del procedimiento civil, entonces una vez la víctima escoja la vía que considere pertinente, debe asumir los resultados obtenidos.

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 0260 del trece (13) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 8:40 a.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Se entra a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la DIAN, en contra del auto proferido el 1 de octubre de 2018 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual rechazó de plano su solicitud de iniciar el IRP contra el señor JIAC.

2. ANTECEDENTES

2.1 Mediante sentencia anticipada del 29 de junio de 2017 el juez 7º Séptimo Penal del Circuito de Pereira condenó al señor JIAC a la pena principal de veintisiete (27) meses de prisión y multa de $11.666.058 por hallarlo responsable del injusto de omisión de agente retenedor o recaudador, tipificado en el libro II, título XV capitulo primero artículo 402 del CP, decisión que quedó en firme. (Fl. 2-5).

2.2 En la audiencia del 1 de octubre de 2018, la apoderada de la DIAN formuló su pretensión en los siguientes términos: i) que se condenara al procesado por el rubro de daño emergente $7.684.000; ii) un lucro cesante equivalente a intereses de la obligación tributaria por valor de $19.660.000 para un total de perjuicios de $27.640.000; iii) solicitó que se tuviera como prueba de esa obligación una certificación expedida por el funcionario Cristian Fernando Díaz Ayala, que correspondía a lo adeudado por el señor JIAC; y iv) aclaró que se realizaron los actos tendientes a procurar el recaudo de la obligación contraída por el procesado dentro de un proceso de cobro coactivo, que no dio los resultados esperados.

3. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.

3.1 El Juez 7º Penal del Circuito de Pereira rechazó de plano las pretensiones de la DIAN con fundamento en las siguientes consideraciones:

* Se estaría violando el principio de *non bis* *in ídem* acorde con pronunciamientos de la SP de la CSJ, que han sido adoptados por la Sala Penal del TS de Pereira.
* La DIAN tiene una acción de jurisdicción coactiva que persigue los mismos presupuestos del IRP, sin que la demandante haya señalado algo diferente a la referencia a los impuestos e intereses dejados de consignar que se persiguen de forma coactiva por parte de la administración, y ello equivaldría a formular las mismas pretensiones con un mismo objeto jurídico y a constituir dos títulos ejecutivos sobre la misma obligación, lo que violaría el principio de *non bis in ídem.*

3.2 La apoderada de la DIAN interpuso el recurso de apelación contra esa decisión.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO

4.1 APODERADA DE LA DIAN (Recurrente)

(Sinopsis)

No desconoce la relevancia jurídica de la sentencia de casación CSJ SP 8463 de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 47446 del 14 de junio de 2017. Sin embargo solicitó que esta colegiatura se apartara de los mismos, con base en los siguientes planteamientos:

* Las referencias y las citas jurisprudenciales hechas en la sentencia de la SP de la CSJ antes mencionada corresponden primordialmente a decisiones judiciales emitidas con ocasión a los antiguos códigos de procedimiento penal adoptados por el Decreto 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000.
* El sistema adoptado en la ley 906 de 2004 es de clara tendencia acusatoria y por tanto diferente a los anteriores sistemas procesales por cuanto estos tenían una tendencia innegablemente inquisitiva.
* Existe una diferencia esencial entre estos sistemas procesales, en lo relativo a los derechos de las víctimas, ya que la ley 906 de 2004 es más garantista, al punto que propende por el restablecimiento de los perjuicios derivados de una conducta delictiva y se les otorgan los derechos a la verdad, justicia y reparación.
* La limitación del derecho fundamental a una reparación integral es del resorte del poder legislativo y no del poder judicial, regla que estaría siendo desconocida por la interpretación hecha por la SP de la CSJ en la sentencia objeto de estudio, la cual además obvia un análisis profundo del delito como fuente de las obligaciones de conformidad con lo descrito en el artículo 2341 del Código Civil.
* Con la decisión recurrida se vulnera el artículo 27 del C.C que establece la interpretación gramatical como principio general del ordenamiento colombiano, lo cual igualmente se debe predicar del derecho penal, lo que contrasta con las causales previstas en el artículo 103 del C.P.P, para rechazar el IRP, que no se presentan en este caso.
* La SP de la CSJ hizo una interpretación de esa norma para considerar que: *“si se inició el cobro de la obligación no es procedente el incidente de reparación integral, a pesar de que no se haya logrado el pago de los perjuicios derivados de la conducta punible”,* creando de esa manera, por vía jurisprudencial, una nueva causal de rechazo del IRP.
* No se presenta una vulneración del principio del *non bis in ídem,* al solicitar el trámite del IRP, derivado de la existencia de una conducta punible, pues si se ha ejercido la potestad del cobro coactivo, dicho principio solo aplica al derecho penal y sancionatorio.
* Se debe permitir que la DIAN acceda al trámite del IRP, para buscar el cobro de los perjuicios causados por el delito, ya que el proceso de cobro coactivo no dio los resultados esperados, para restablecer los derechos afectados por el delito, en la medida en que no ha habido pago de la obligación, por lo cual no se genera un doble cobro de la misma,
* Por lo tanto solicitó que se revocara la decisión proferida por el juez de primer grado y en consecuencia se ordenara dar trámite al incidente de reparación integral.

4.2 DEFENSORA DE LA PROCESADA (No recurrente)

(Sinopsis)

* Pide que se confirme la decisión del *A quo,* ya que al haberse iniciado el proceso de cobro por jurisdicción coactiva, se generaría un doble título para cobrar la misma obligación, que tendría el mismo origen, como lo expuso la SP del TS de Pereira.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Esta Colegiatura es competente para resolver el recurso propuesto, con base en lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la ley 906 de 2004.

5.2 Problema jurídico a resolver: En atención a la argumentación de la recurrente, se debe decidir lo concerniente al grado de acierto de la decisión del juez de primer grado que rechazó el IRP promovido por la DIAN contra el señor JIAC.

5.3 En ese sentido hay que manifestar que esta Corporación debe analizar los efectos vinculantes que tienen el precedente CSJ SP del 14 de junio de 2017, radicado 47776, relacionado con el presente caso.

Aunado a lo anterior, se debe examinar si el hecho de que la DIAN hubiera acudido al mecanismo del cobro coactivo contra el obligado, le impide promover paralelamente el IRP, y si esa situación genera una violación del principio de non bis in ídem.

5.4 Sobre el tema hay que manifestar que esta Colegiatura examinó el asunto en debate en decisión del 7 de marzo de 2019, M.P Jorge Arturo Castaño Duque donde se confirmó la decisión de no dar trámite a un IRP, promovido por la DIAN contra Abel Antonio Serna Londoño, donde se dijo lo siguiente:

*2.2.- Problema jurídico planteado*

*El asunto que concita la atención de la Sala se contrae básicamente a establecer el grado de acierto de la decisión emitida por la primera instancia, mediante la cual se abstuvo de dar trámite al incidente de reparación integral promovido por el representante de la DIAN.*

*2.3.- Solución a la controversia*

*De conformidad con la tesis expuesta por el juez de primer grado, en atención al último pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre el tópico -CSJ SP, 14 JUN. 2017, RAD. 47446-, el cual ya ha sido acogido por este Tribunal, no hay lugar a iniciar el incidente de reparación como quiera que la DIAN adelantó internamente un cobro coactivo.*

*Por su parte el apoderado de la víctima solicita a esta Corporación que se aparte de lo resuelto por la Corte Suprema, con fundamento en lo siguiente: (i) el análisis realizado en esa providencia se hizo con fundamento en decisiones adoptadas en vigencia de procedimientos anteriores que difieren del sistema penal acusatorio, en el cual se ha reconocido a las víctimas derechos como el de la reparación integral; y (ii) debe permitirle a esa entidad acceder a la reparación de los perjuicios ocasionados con la conducta punible realizada por la sentenciada, entre otras cosas, porque no se da ninguna de las dos hipótesis consagradas en el artículo 103 C.P.P., ya que en el trámite administrativo no se ha obtenido ningún resultado favorable, y tampoco se afecta con ello el non bis in idem.*

*El tema propuesto no ha sido pacífico para la judicatura, y han sido múltiples las posiciones que al respecto se han tenido por parte de esta Colegiatura, inicialmente una línea de pensamiento en la que se indicaba la improcedencia de la admisión de la demanda de constitución de parte civil -hoy incidente de reparación- cuando paralelamente se había hecho uso por la entidad afectada la jurisdicción coactiva, básicamente porque: (i) ese procedimiento estaba dotado de herramientas idóneas para lograr recuperar lo dejado de cancelar con sus correspondientes intereses, (ii) en el proceso penal, aun sin que necesariamente se constituyera en parte civil, se le notificaban las decisiones contrarias a sus intereses, con lo cual podía ejercer una vigilancia de la actuación; y (iii) porque con ello se atentaría contra el principio del non bis in idem al existir identidad de causa, de objeto y de persona, ya que la pretensión del incidente es el reconocimiento económico de perjuicios, que no son morales sino materiales en sus componentes de daño emergente y de lucro cesante.*

*Posteriormente, con fundamento tanto en lo determinado por la Corte Constitucional -Sentencia C-228/02- que introdujo el concepto de incidente de reparación integral, entendida no solo como lo patrimonial sino también como la necesidad que tiene la víctima de obtener la verdad y la justicia, y por la Corte Suprema de Justicia -CSJ SP, 29 AGOS. 2006, Rdo, 20778- en el entendido que no en todos los casos esa prohibición de doble perseguimiento operaba, como en el evento en el que el cobro coactivo se tramita contra los socios de la empresa obligada, y éstos son diferentes al autor de la conducta, se llegó a la conclusión que era posible que por parte de la DIAN se iniciara el incidente de reparación no obstante haber iniciado el proceso de cobro coactivo, con la condición que se descontara aquél porcentaje hecho efectivo mediante el trámite administrativo, en aras de no patrocinar un enriquecimiento ilícito, injustificado o sin causa.*

*No obstante lo anterior, como bien lo señaló el funcionario de primer nivel, existe una nueva posición que sobre el tópico ha adoptado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, cuyos fundamentos y conclusiones son compartidos por este Tribunal, y por supuesto está en el deber de acogerla, tal como lo hizo desde el auto de abril 27 de 2018 dentro del radicado 660160000036200904718 M.P. Manuel Yarzagaray Bandera, sin que sean atendibles los argumentos esgrimidos por el representante de la víctima para que la Corporación se aparte de esa decisión.*

*Al respecto lo primero que debe decirse es que la sentencia del máximo Tribunal a la que se ha hecho referencia es precedente vinculante para las autoridades judiciales al ser un órgano de cierre que tiene entre sus funciones la unificación de jurisprudencia, y por eso las reglas contenidas en la ratio decidendi de sus decisiones deben aplicarse en casos análogos, entre otras cosas, en aras de materializar los principios de igualdad ante la ley y seguridad jurídica, tal como lo ha precisado la Corte Constitucional en múltiples pronunciamientos[[1]](#footnote-1).*

*Ahora, si bien es cierto el juez está en la facultad de apartarse del precedente, no puede hacerlo en forma caprichosa sino que debe ser fundamentado en una sólida argumentación que respete los mencionados principios, y las manifestaciones que señala el apelante como justificación para ello, no solo no son de recibo para esta Colegiatura, sino que además no resultan ser compatibles con esas exigencias.*

*En la referida sentencia -CSJ SP, 14 JUN. 2017, rad. 47446-, se analizó lo atinente a las causales de rechazo del incidente de reparación establecidas en el artículo 103 C.P.P., y se concluyó que la interpretación que debe hacerse de dicha norma en armonía con el sistema, es que no puede considerarse que los motivos consignados de manera expresa allí son los únicos que dan lugar a esa improcedencia, sino que también debe entenderse que el mismo es inviable cuando se han acudido a otras acciones con idéntico propósito, independientemente de sus resultados.*

*Contrario a lo sostenido por el letrado, dicha determinación no se basó únicamente en precedentes proferidos en anteriores procedimientos sino atinentes al sistema penal acusatorio, y en el estudio de la exposición de motivos del proyecto de ley que posteriormente se convirtió en la Ley 906/04, así como de los informes de ponencia de cada uno de los debates en el Congreso, y luego de ese análisis dedujo que la intención del legislador no fue en ningún momento dotar a la víctimas de una facultad extraordinaria de promover junto con el incidente de reparación otras acciones para asegurar el pago -como es el caso del cobro coactivo adelantado por la DIAN-, o acudir de manera opcional al trámite procesal penal cuando los resultados allí obtenido no resulten favorables a sus intereses, lo cual no debe ser permitido.*

*Es cierto que con ese proceder no se afecta el non bis idem que solo es aplicable en materia penal o sancionatoria, y no en la civil, y precisamente así lo establece la Corte, pero de igual manera hace énfasis la Alta Corporación en que el derecho de las víctimas a ser reparadas integralmente no puede considerarse como una facultad abusiva de acudir en forma simultánea, paralela o subsidiaria al incidente de reparación en atención a que el trámite coactivo -privilegio legal que es potestativo en la mayoría de los casos- no tuvo éxito, puesto que las pretensiones de uno y otro son idénticas, lo cual constituiría un abuso del derecho, no solo porque el procedimiento penal prohíbe ese doble cobro sino también los principios del procedimiento civil, entonces una vez la víctima escoja la vía que considere pertinente, debe asumir los resultados obtenidos.*

*El órgano de cierre estudió lo atinente al delito como fuente de obligación, y al respecto determinó que el mismo para el caso de la conducta de omisión del agente retenedor tiene su origen en el incumplimiento de un compromiso tributario, cuyo pago ya fue reclamado por otra vía.*

*En este punto debe resaltar la Sala que por más que se diga que lo pretendido en el incidente de reparación difiere de lo cobrado en el proceso coactivo, la realidad es que los perjuicios de la DIAN con la conducta por la que se procede son solo materiales, es decir, daño emergente -sumas dejadas de percibir- y de lucro cesante -intereses moratorios-, por lo que no hay diferencia alguna en lo reclamado en ambos trámites, y de permitirse adelantar el incidente hasta culminar con sentencia, se le daría oportunidad a esa entidad de obtener un nuevo título ejecutivo sobre la misma obligación, con el cual ya cuenta.*

*Con fundamento en lo anterior, es claro que no puede accederse a iniciar el incidente pretendido por la DIAN en este caso, y por tanto, la Sala debe acompañar la decisión proferida por la primera instancia.”*

5.5 De esa manera concluye la sala que la providencia proferida por el juez de primer grado se ajustó al precedente CSJ SP del 14 de junio de 2017, radicado 47776 y la decisión de esta Sala citada en el apartado 5.4 de esta providencia, como quiera que el precedente jurisprudencial controvertido tiene los efectos vinculantes según lo considerado por este Cuerpo Colegiado, por lo cual se confirmará la determinación de rechazar el trámite del IRP propuesto por el representante de la DIAN contra el señor JIAC.

Con base en lo expuesto en precedencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 1 de octubre de 2018 proferido por el Juez Séptimo Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, que rechazó de plano el incidente de reparación integral iniciado por la representante de la DIAN contra el señor JIAC.

SEGUNDO: Esta determinación queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. Sentencias C-335/08, C-816/11, SU-053/15, entre otras. [↑](#footnote-ref-1)