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. 0267 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 el apoderado de la DIAN, en contra del auto proferido el 19 de junio de 2012, por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual declaró improcedente la solicitud de la apoderada de esa entidad, de iniciar el IRP contra el señor JGRM.

2. ANTECEDENTES

2.1 El 9 de mayo de 2012, el Juzgado 5º Penal del Circuito de esta ciudad dictó sentencia anticipada por allanamiento a cargos, contra el señor JGRM, quien fue condenado de manera anticipada a la pena de 29 meses de prisión y multa equivalente a $41.326.000, como responsable del injusto penal de omisión de agente retenedor o recaudador (art. 402 CP) (Fls. 85 a 92).

2.2 En la audiencia que se inició el 19 de junio de 2012, el representante de la DIAN fijó su pretensión contra el señor JGRM así: i) que cancelara como daño emergente el impuesto dejado de consignar que asciende a la suma de $41.326.000; y ii) el lucro cesante correspondiente a los intereses que se habían generado a la fecha por un valor de $77.479. 000, para un total de perjuicios materiales de $118.805.000.

2.3 El fiscal y el defensor no hicieron ninguna manifestación sobre esta pretensión.

3. SOBRE LA DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

3. El juez de conocimiento declaró improcedente el trámite del IRP propuesto por el apoderado de la DIAN, con base en los siguientes argumentos:

* El artículo 683 del E.T., establece el “espíritu de justicia” en lo relativo al cobro de las obligaciones tributarias de orden nacional.
* El artículo 814 del mismo estatuto otorga facultades a los funcionarios de la DIAN para formalizar acuerdos de pago con los obligados, que se pueden hacer efectivos si son incumplidos.
* Por su parte el artículo 815 de esa normatividad establece mecanismos de compensación de pagos.
* La DIAN tiene facultades para hacer el cobro coactivo de esas obligaciones con base en lo dispuesto en los artículos 823 y ss. del E.T., con la facultad de realizar acuerdos de pago y de practicar medidas cautelares, existiendo mayores garantías en el trámite administrativo. Incluso existe la posibilidad de ordenar medidas cautelares el remate de bienes del obligado, lo cual no ocurre en el IRP que es de carácter eminentemente declarativo, por lo cual lo procedente es que esa entidad acuda al trámite previsto en la legislación tributaria y no al previsto en el CPP, ya que eso sería soslayar el debido proceso administrativo.
* Hizo referencia a una decisión de esta Sala en un caso regulado por la Ley 600 de 2000, donde se acogió la tesis de la improcedencia del ejercicio de la acción civil por la DIAN (como parte civil), dentro del proceso penal, cuando esta entidad podía adelantar el proceso coactivo para recaudar una obligación tributaria, para no someter al contribuyente a un doble proceso de cobro por el mismo rubro, lo que podría llevar a una vulneración del principio de *non bis in ídem* (auto del 04-06-2003 radicado 660013104003-2002-00252-01 M.P. Jorge Arturo Castaño Duque).
* El artículo 823 del ET dispone que para el cobro de obligaciones tributarias se debe seguir el procedimiento administrativo fijado en esa normatividad.
* En consecuencia declaró la improcedencia del IRP propuesto por la DIAN.

3.2 El representante de la DIAN interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

4.1 REPRESENTANTE DE LA DIAN (Recurrente)

(Sinopsis)

* No se vulnera el principio del *non bis in ídem,* ya que inicialmente se hizo el trámite de cobro coactivo contra el señor JGRM, el cual resultó infructuoso.
* En este caso el IRP se inició para procurar el cobro de los perjuicios causados a la DIAN por la conducta punible por la cual fue sentenciado el señor JGRM, lo que constituye una obligación diversa a la que originó la sentencia en contra del citado ciudadano.
* La SP de la CSJ y esta Corporación han reconocido el pago de perjuicios derivados de una conducta punible de esta naturaleza, que es lo que se solicita en este caso.

4.2 DELEGADO FGN (No recurrente)

* Pide que se confirme la decisión, ya que se debe dar prelación al mecanismo de cobro que prevé el E.T.

4.3 DEFENSOR (No recurrente)

* Pide que se confirme la decisión del *A quo*, ya que la DIAN debe acudir preferentemente al mecanismo de cobro coactivo, sobre los valores adeudados por su representado.

4.4 El juez de primer grado se sostuvo en su argumentación, no repuso su decisión inicial y concedió el recurso de apelación que propuso el apoderado de la DIAN, insistiendo en que la entidad oficial reconocía que ya había intentado el cobro coactivo de las obligaciones del señor JGRM, sin obtener resultados, por lo cual esa entidad debía acudir al procedimiento establecido en el artículo 823 del ET, para no generar un doble cobro de una misma obligación, lo que acarrearía la vulneración del principio de prohibición de *non bis in ídem,* establecido en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y la normatividad interna.

Por lo tanto no repuso su decisión y concedió el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la DIAN.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Esta colegiatura es competente para conocer del recurso propuesto, conforme a lo que disponen los artículos 2º y 34-1 del CPP.

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 no dio trámite al IRP promovido por la DIAN contra el señor JGRM.

5.3 En ese sentido hay que manifestar que esta Sala 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, en la cual 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 Conforme a lo expuesto, 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 colegiatura citada en el apartado 5.4 de esta providencia, como quiera que el precedente jurisprudencial controvertido tiene los efectos vinculantes según lo considerado por esta Sala, por lo cual se confirmará la determinación de rechazar el trámite del IRP propuesto por el representante de la DIAN contra el señor JGRM.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 19 de junio de 2012 proferido por el Juez Quinto Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, que no dio curso al incidente de reparación integral iniciado por la representante de la DIAN contra el señor JGRM.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

**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)