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. 0268 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 de la providencia del 14 de octubre de 2016 proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual resolvió exonerar a MRME del pago de perjuicios pretendidos por la DIAN en el trámite del incidente de reparación integral.

2. ANTECEDENTES

2.1. El 29 de febrero de 2016 el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira dictó sentencia contra la señora MRME, quien fue condenada a la pena principal de sesenta (60) meses de prisión y multa de ciento cincuenta y ocho millones trescientos noventa mil seiscientos veintidós ($158.390.622) pesos en favor del CSJ, por haber sido encontrada responsable de la conducta de omisión de agente retenedor o recaudador (artículo 402 CP).

2.2 En la audiencia celebrada el 17 de agosto de 2016 el apoderado de la DIAN solicitó que fueran resarcidos los daños causados a su representada por la comisión de la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal por parte de la señora MRME, los cuales fijó en la suma de $257.913.311 pesos, correspondientes a: i) daño emergente equivalente al impuesto generado con la declaración presentada sin pagos por valor de $79.925.311 pesos; y ii) lucro cesante de $177.988.000 pesos, correspondiente al interés causado.

Para el efecto presentó como prueba la certificación donde se discriminan los valores impuestos como intereses causados. En la audiencia aclaró que la pretensión se centraba en el cobro de los periodos 4, 5 y 6 de 2007; 2, 3, 4 y 5 de 2008, por impuesto a las ventas más sus intereses e informó que la DIAN había declarado prescritas esas obligaciones por resolución del 17 de febrero de 2016 (folios 27 a 29 cuaderno IRP).

3. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO.

3.1 El Juez Primero Penal del Circuito de Pereira resolvió exonerar a la condenada del pago de perjuicios pretendidos con el incidente de reparación integral promovido por el representante de la DIAN. Sustentó su decisión en la resolución de prescripción del 17 de febrero de 2016 expedida por la DIAN en favor de la señora MRME, que la relevó de las obligaciones que son motivo de recaudo en el incidente de reparación integral, por lo cual concluyó que existe identidad de las obligaciones por las cuales ya la misma entidad declaró su prescripción, por lo tanto no puede ahora pretender que se revoque o se revivan términos fenecidos (folios 32 a 35 cuaderno IRP)

3.2. El apoderado de la DIAN interpuso el recurso de apelación contra esa decisión.

4. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

4.1 APODERADO DE LA DIAN (Recurrente)

(Sinopsis)

* El proceso se originó con ocasión de la presentación sin pago de unas declaraciones del impuesto sobre las ventas, las cuales fueron acreditadas en su momento por la FGN allegando los EMP idóneos practicados en el juicio y en consecuencia de ello se produjo una sentencia condenatoria de responsabilidad de la señora MRME. Por lo anterior estamos frente a un tipo penal especial creado por el legislador con un sujeto activo calificado el cual es el agente retenedor o recaudador.
* No se pueden confundir los diferentes procedimientos como lo es el administrativo de cobro, el civil y el penal. Efectivamente la DIAN profirió una resolución de prescripción en favor de la señora MRME por lo cual no será perseguida en la vía administrativa, pero, esto no quiere decir que tenga efecto en el proceso penal porque el artículo 94 del CP dispone que la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales generados con ocasión de ello. En este evento la omisión de la condenada ha causado un daño al Estado.
* La resolución de prescripción de la acción de cobro es previa a la sentencia condenatoria, por lo cual no se exonera de responsabilidad penal en el tipo de omisión del agente retenedor o recaudador toda vez que lo único que motivaría aquello es lo previsto en el parágrafo del artículo 402 del CP., es decir el pago o la compensación.
* La DIAN no ha renunciado al ejercicio del cobro. Citó sentencia del 25/02/2011 proceso No. 484895 del Tribunal Superior de Bogotá para resaltar el criterio según el cual la naturaleza de la jurisdicción coactiva no aplica al ejercicio de la función jurisdiccional, por tanto no puede asimilarse a un proceso civil, si bien es cierto que el proceso administrativo va encaminado a producir y hacer efectivo el título ejecutivo, en este no se discuten derechos sino que busca el cobro de las obligaciones tributarias.
* La acción civil no se encuentra prescrita conforme a lo previsto en los artículos 99 y 1625 numeral 10 del Código Civil puesto que la misma surgió de la condena penal a la ciudadana y ahora se pretende obtener la reparación de unos perjuicios a los cuales no ha sido condenada. Es derecho de las víctimas obtener verdad, justicia y reparación, a los cuales no ha renunciado la DIAN.
* En sentencia del 29 de noviembre de 2007 del Tribunal Superior de Pereira – Sala de Decisión Penal, en el radicado No. 6617023104001200600002-01, se determina la coexistencia del procedimiento administrativo de cobro y del incidente de reparación integral. Así, si en vía administrativa no se hizo la recuperación de los dineros dejados de pagar podrá hacerlo a través del pago de los perjuicios.
* Solicitó que se revocara la decisión proferida y se condene a la señora MRME al pago de la reparación.

4.2 DEFENSOR DE LA PROCESADA (No recurrente)

(Sinopsis)

* El estatuto del abogado ha dispuesto que debe investigarse disciplinariamente y sancionarse al abogado que promueva una acción manifiestamente injusta y parece que es la situación que presenta el abogado de la DIAN.
* Consideró una confusión del togado al promover un incidente de reparación integral de lo que la entidad representada ya condonó, lo que sería tanto como que después de una conciliación por lesiones personales se pretenda revivir la reclamación por la vía penal.
* Las sentencias citadas por el apoderado de la DIAN se refieren a procesos que aún se encuentran en curso, pero lo aquí planteado es una acción derivada del recaudo de IVA que la misma DIAN ya archivó actuando de conformidad con la ley.
* Se confunden los estatutos civil, administrativo y penal olvidando que son un todo y que entre ellos se complementan. Ahora se pretende revivir una resolución en firme favoreciendo a la DIAN.
* Solicita confirmar la sentencia en todas sus partes.

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: La Sala debe resolver el grado de acierto de la decisión del juez de primer grado, que exoneró del pago de perjuicios en el trámite del IRP promovido por la DIAN contra MRME, frente a lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

5.2.1 Si bien la decisión del *a quo* se fundamentó en la imposibilidad de reclamar dos veces un pago originado de la misma situación fáctica, por lo cual sería del caso analizar si el cobro coactivo administrativo y el incidente de reparación integral persiguen una misma obligación y la posibilidad de invocar el IRP cuando el primero no alcance un resultado favorable, como quiera que esta Sala de Decisión ha fijado una posición al respecto, ceñirá a esta su pronunciamiento.

5.3 En el recurso interpuesto por el representante de la DIAN, se discuten los argumentos jurídicos de la decisión de primer grado, de exonerar del pago de perjuicios en el trámite del IRP, iniciado por la DIAN contra la señora MRME, por considerar que con la expedición de la resolución de prescripción del 17 de febrero de 2016 expedida por la DIAN a favor de la condenada, no podría entrar a realizarse cobro por los mismos conceptos a través del IRP, por lo que antes de formular una conclusión, esta Corporación debe analizar los efectos vinculantes que tienen los precedentes jurisprudenciales emitidos por las altas cortes, en este caso en particular, la sentencia SP 47446 del 14 de junio de 2017, de la SP de la CSJ, de la cual se resalta:

*“De tal manera que en los temas expresamente establecidos en la legislación penal y procesal penal no puede perderse de vista el carácter civil de la obligación indemnizatoria, al igual que en lo no regulado específica o completamente se remitirá al procedimiento civil.*

*Aquella concepción de los perjuicios causados por el delito que determina, por igual, la naturaleza de los mecanismos para hacer exigible la indemnización, resulta de gran utilidad a la hora de interpretar las normas que reglamentan el incidente de reparación integral, pues lleva al entendimiento de que no puede pretextarse la ineficacia de un trámite procesal adelantado con las formalidades legales, porque no se obtuvo el pago efectivo, para habilitar al afectado a intentar el cobro de la misma obligación mediante otra acción que siendo alternativa resulta excluyente.”*

De manera análoga, se debe analizar por parte de esta Colegiatura si la DIAN puede promover un IRP para efectos de obtener una reparación sobre la cual declaró la prescripción del cobro por jurisdicción coactiva de la obligación tributaria.

5.4 Sobre el tema en discusión, hay que manifestar que este Cuerpo Colegiado ya ha fijado un criterio al respecto y entre otras decisiones se cita lo decidido el 7 de marzo de 2019, dentro de un IRP adelantado por la DIAN contra Abel Antonio Serna Londoño. M.P. Jorge Arturo Castaño Duque, 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 En atención a lo manifestado en precedencia, queda claro que en este caso no resulta procedente que la DIAN pretenda preconstituir un nuevo título ejecutivo a través del incidente de reparación integral, para procurar por esa vía el cobro de las obligaciones de la procesada, luego de haber declarado la prescripción de las obligaciones fiscales contraídas por la señora MRME lo que se originó precisamente en la conducta omisiva de esa entidad.

5.6 Por lo tanto se confirmará la decisión de primera instancia, que fue ajustada a derecho en consonancia con los lineamientos jurisprudenciales que se han citado, en especial CSJ SP del 14 de junio de 2017, radicado 47776.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia del 14 de octubre de 2016 proferida por el Juez Primero Penal del Circuito de Pereira, Risaralda, que resolvió exonerar del pago de perjuicios en el trámite de incidente de reparación integral, iniciado por el representante de la DIAN contra la procesada MRME.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

(Con impedimento)

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