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 Secretaría de esta Sala.

Providencia: Auto – 2ª instancia – 11 de septiembre de 2018

Proceso:     Omisión de agente retenedor o recaudador

Radicación: 66001 60 00 058 2011 01142

Acusado: Luis Fernando Mejía Vega

Magistrado Ponente: Manuel Yarzagaray Bandera

**TEMA: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR / LEGITIMACIÓN DE VÍCTIMA PARA INCIDENTE DE REPARACIÓN / CAMBIO Y PODER VINCULANTE DE LOS PRECEDENTES O LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE SUPREMA/ COBRO COACTIVO EXCLUYE TRÁMITE DE INCIDENTE DE REPARACIÓN / ABUSO DEL DERECHO – DOBLE COBRO / CONFIRMA RECHAZO**

Por lo tanto, al aplicar todo lo dicho con antelación al caso en estudio, válidamente se puede decir que se cumplen con todos los presupuestos jurisprudenciales para que el Juzgado de primer nivel procediera a rechazar las pretensiones indemnizatorias perseguidas por el accionante en el incidente de reparación integral, ante la carencia de legitimación del libelista por haberse presentado el fenómeno del ejercicio de la duplicidad de acciones, si nos atenemos a que del contenido del acervo probatorio se demostraba lo siguiente:

* En efecto el procesado LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión del delito de omisión de agente retenedor, debido a que en su calidad de representante legal de la sociedad OCCILICORES LTDA, no canceló los dineros declarados y recaudados por el concepto impuesto a las ventas en los periodos 04 y 05 del año 2009, y 01 del año 2010, al igual que los cobrados por la retención en la fuente en los periodos 07, 06, 08, 09, 10, 11, 11, 12 del año 2009, y los periodos 01, 02, 03 y 04 del año 2010, sumas que en total ascienden los $10.043.000.
* La DIAN inició un proceso de cobro coactivo, en procura que el ahora Condenado pagara la obligación tributaria adeudada, el cual resultó no ser exitoso.
* Ante la improsperidad de la acción de cobro coactivo, y como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada en contra del otrora procesado LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA, la DIAN deprecó el inició de un incidente de reparación integral.

(…)

En definitiva, acorde con todo lo dicho en los párrafos precedentes, considera la Colegiatura que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la apelante, debido a que el Juzgado *A quo* estuvo atinado al rechazar las pretensiones indemnizatorias de la *DIAN* con base en el precedente jurisprudencial cuestionado por la recurrente, el cual tiene los efectos vinculantes que le han sido dados en el proveído confutado.

Ante tal situación, la Colegiatura procederá a confirmar la providencia opugnada en todo aquello que fue objeto de la discrepancia propuesta por el apelante.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE SEGUNDA INSTANCIA**

Aprobado por acta No. 777 del 10 de septiembre de 2018. H: 1:30 p.m.

Pereira, once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Hora: 9:10 a.m.

Radicación: 66001 60 00 058 2011 01142

Condenado: Luis Fernando Mejía Vega

Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador

Asunto: Desata alzada interpuesta en contra de auto interlocutorio

Procede: Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira

Decisión: Confirma auto confutado

**VISTOS:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en contra de la providencia proferida el 16 de agosto de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, por medio de cual no accedió a dar trámite al incidente de reparación integral deprecado dentro del proceso penal que se siguió en contra del ciudadano **LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA**, quien fuera declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador.

**ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL:**

El señor LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA, fue denunciado por parte de la DIAN por haber dejado de consignar a favor del Estado, dentro de los dos meses siguientes a su declaración, las sumas, que en su calidad de representante legal de la sociedad OCCILICORES LTDA, había recaudado por concepto de Retención en la Fuente para los periodos 07, 06, 08, 09, 10, 11 y 12 de 2009, por valor de $0.000, $460.000, $831.000, $318.000, $140.000, $42.000 y $80.000 correspondientes a cada uno de esos periodos, y los ciclos 01, 02, 03 y 04 de 2010, por valor de $29.000, $29.000, $29.000, $29.000 respectivamente; igualmente adeudaba por impuesto a las ventas los periodos 04 y 05 del año 2009 y 01 de 2010 por valor de $4.524.000, $2.836.000 y $631.000 cada uno.

Con base en lo anterior, y después de realizar el trabajo de indagación correspondiente, la Fiscalía General de la Nación (FGN), el 10 de agosto de 2016 y ante el Juzgado 5º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Pereira, imputó cargos al Sr. MEJÍA VEGA, en calidad de presunto autor del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, cargos que no fueron aceptados por el encartado.

El conocimiento de este asunto le correspondió por reparto al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, quien realizó la audiencia de acusación el 27 de julio de 2017, momento en que fueron ratificando los cargos que se le habían endilgado en la imputación. Posteriormente en transcurso de la audiencia preparatoria la Fiscalía hizo saber al Despacho el señor MEJÍA VEGA había decidido aceptar los cargos que le fueron endilgados por la Fiscalía; en atención a ello, se procedió a realizar por parte del *A quo* la verificación del allanamiento y se programó la lectura de la decisión para el día 26 de octubre de 2017.

En la fecha atrás señalada, se profirió la sentencia condenatoria en contra del señor LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA, y en virtud de la aceptación de cargos, se le impuso una pena de 32 meses de prisión y el pago de una multa de $13.304.000, igualmente fue inhabilitado para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal, y se le concedió el subrogado de la suspensión condicional de la pena, por cuanto los hechos tuvieron ocurrencia en el año 2009.

Contra la anterior sentencia de condena no se interpuso recurso de apelación, razón por la cual dicho fallo quedó en firme.

El 22 de noviembre de 2017 la apoderada judicial de la DIAN solicitó al Juzgado de conocimiento fijar fecha y hora para dar comienzo al incidente de reparación integral, con el propósito que a la víctima le sean resarcidos los daños causados con la conducta criminal.

El día 16 de agosto de 2018, se instaló la audiencia del trámite incidental de reparación integral, en el que la Jueza de la Causa luego de verificar la presencia de los sujetos procesales, manifestó que de acuerdo a la decisión del 14 de junio de 2017 radicado 47446 la Corte Suprema de Justicia, la DIAN no está legitimada para iniciar el incidente de reparación integral en virtud a la facultad que tiene de adelantar el cobro coactivo por los dineros declarados y no pagados por el contribuyente, por lo que dicha entidad entonces tiene la posibilidad de embargar los bienes del declarado penalmente responsable por conductas punibles como la del Procesado, en esas condiciones el *A quo* decidió no dar trámite a la solicitud que fue deprecada por la apoderada de la DIAN en ese sentido.

Tal decisión fue apelada de manera inmediata por la representante judicial de la DIAN para este asunto.

**EL AUTO OPUGNADO:**

Se trata del auto proferido el 16 de agosto de 2018 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira dentro del incidente de reparación integral adelantado por petición de la DIAN en contra del declarado penalmente responsable, LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA, en el cual el Juzgado *A quo* decidió abstenerse de proseguir con el tramite incidental; para llegar a tal conclusión, la Jueza *A quo* hizo lectura de varios apartes de la sentencia SP8463-2017 radicado 47446 de la Sala de Casación Penal de la CSJ, igualmente citó la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira el 21 de abril del año que avanza, donde se habló de este mismo tema.

Posteriormente, señaló que las mencionadas decisiones eran aplicables al caso analizado, por cuanto acá, y tal como lo informó la representante judicial de la DIAN, ya se había intentado el cobro coactivo con resultados negativos, lo que implicaba que ya se quiso por fuera del proceso penal recuperar los dineros dejados de cancelar por el condenado.

De esa manera el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira se negó a dar inició al incidente de reparación pedido.

**LA ALZADA:**

Afirma la apoderada de la DIAN que se debe tener en cuenta que la sentencia a la cual ha hecho referencia el *A quo* es la primera que se profiere frente al tema, de tal manera ese precedente jurisprudencial no configura una doctrina probable de acuerdo al artículo 4º de la Ley 169 de 1896.

Señala que las decisiones judiciales referenciadas están basadas en la Ley 600 de 2000 y otras normas procesales anteriores y no en el actual Código de Procedimiento Penal, el cual evidentemente brinda más garantías para las víctimas, por lo tanto considera que al tener en cuenta la sentencia anterior se estaría creando arbitrariamente otra causal de impedimento para iniciar con este trámite.

Considera entonces, que las limitaciones del derecho de una víctima a pedir la reparación integral causada con el delito es del resorte legislativo y no judicial, regla que estaría siendo desconocida por la Corte Suprema de Justicia con el proferimiento de la sentencia SP8463-2017, la cual entre otras cosas obvia un análisis a profundidad del delito de omisión de agente retenedor, como lo son las fuentes de las obligaciones de acuerdo a lo establecido en el art. 2341 del Código Civil.

En consonancia con lo anterior, cita el artículo 27 del C.C. norma que dice que es un principio general del ordenamiento jurídico colombiano, el cual es también predicable en el derecho penal, y que se está viendo vulnerada por la decisión judicial ya que el artículo 103 del C.P.P. establece que los únicos impedimentos para que un juez se abstenga de dar trámite al incidente de reparación son los siguientes sean; (i) que no esté acreditada la calidad de la víctima, (ii) que se demuestre el pago total de los perjuicios, requisitos que no se cumplen en este asunto pues la DIAN es la víctima del injusto penal y hasta la fecha el Procesado no ha cancelado los perjuicios. En ese orden de cosas, afirma la apelante, que lo que ha hecho entonces la Sala de Casación Penal es crear una nueva causal de rechazo que sería que si se inició el cobro de la obligación no sería procedente iniciar el proceso de reparación integral después de la sentencia penal, a pesar de que no se haya logrado el pago de los perjuicios causados con la conducta delictual.

Asimismo la apelante aduce que no se afecta el principio de *non bis in ídem*, porque este aplica en el derecho penal y no impide que se pueda buscar el resarcimiento de los daños y perjuicios mediante el incidente de reparación integral, además que mediante el cobro coactivo se trata de cobrar los impuestos a las ventas y los intereses moratorios adeudados, mientras que con el incidente de reparación integral se pretende ejecutar no al contribuyente sino al responsable penalmente por la indemnización derivada del delito.

Concluye que no se puede hablar de un doble cobro, porque dado que en el presente asunto, hasta la fecha y pesar de los intentos que se han realizado, no ha sido posible recuperar las sumas adeudadas por el señor MEJÍA VEGA a la DIAN, de allí que lo que se pretende con el incidente es la recuperación de esas sumas de dinero que él se apropió a pesar de que no le pertenecían y las cuales sabía que debía consignar en favor del erario público.

**LA RÉPLICA:**

**Defensor del Condenado como no recurrente**, indicó que acoge en su totalidad los argumentos expuestos por la Sala de Casación Penal, en este caso concreto para rechazar el inició del incidente de reparación integral, toda vez que la DIAN ha tenido todos los mecanismos para ejecutar a la empresa OCCILICORES LTDA, igualmente le aclaró a la apoderada de la DIAN, que la obligación no es del señor LUIS FERNANDO si no de la empresa que él representaba (OCCILICORES LTDA). De esa manera solicita que se confirme la decisión adoptada por el *A quo*.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Esta Sala de Decisión, acorde con lo consagrado en el numeral 1º del artículo 34 del C.P.P. es la competente para resolver la presente alzada, en atención a que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de un auto proferido en primera instancia por un Juzgado Penal del Circuito que hace parte de este Distrito judicial.

**- Problema Jurídico:**

Acorde con los argumentos del disenso expuestos tanto por la recurrente como por los recurrentes en la alzada, considera la Sala que de los mismos se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Fue acertada o no la determinación del Juzgado *A quo* de abstenerse de darle trámite al incidente de reparación integral solicitado por parte de la DIAN en contra del sentenciado LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA, con base en un precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Penal?

**- Solución:**

Para dar solución al problema jurídico acá propuesto y habiendo evidenciado la Sala que los argumentos expuestos por la representante juidicial de la DIAN son los mismos que en días pasados fueron análizados por esta Colegiatura en la decisión adoptada el 27 de abril del año avante dentro del radicado # 66001 60 00 036 2009 04718 01, y del cual fuera ponente a quien ahora se le encomienda igual mision, encuentra la Sala que no es necesario hacer mayores elucubraciones respecto a este asunto, toda vez que no se está planteando un argumento nuevo, por ende, a continuación se reiterará lo dicho en esa oportunidad.

*Al efectuar un análisis de la controversia surgida en el presente asunto que ha sido puesto a consideracion de la Colegiatura, se observa que la misma tiene como su eje central todo aquello que tiene que ver con la fuerza vinculante que surgen de los precedentes jurisprudenciales emanados de las Altas Cortes, si se tiene en cuenta que la decision confutada se cimentó en el acatamiento de una sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1), lo que a su vez ha sido reprochado por el apelante, quien, en esencia, adujo que ese precedente jurisprudencial, por no ser doctrina probable y por conspirar en contra de los derechos de las víctimas, no era de obligatorio acatamiento por parte del Juzgado A quo, quien validamente podía apartarse del mismo.*

*Frente a lo anterior, la Sala inicialmente dirá que en nuestro esquema procesal de corte latino o románico, los precedentes jurisprudenciales emanados de las Altas Cortes no tienen la misma fuerza vinculante que a los mismos se les da en los paises que se rigen por el sistema anglosajon, por la sencilla razón consistente en que acorde con nuestro sistema de fuentes del derecho, el precendente jurisprudencial se erige como un criterio auxiliar o hermeutico[[2]](#footnote-2) de la actividad judicial; mientras que en la common law los precedentes jurisprudenciales están asimilados a la misma ley y por consiguiente tienen el mismo valor de obligatoriedad que de ellas dimana.*

*Tal situacion tan peculiar implica que por parte de los Jueces del common law existe la obligación de fallar en el mismo sentido o de igual forma que la de aquellos casos puestos a su consideración en consonancia con lo dicho en sus sentencias por el Órgano de cierre, siempre y cuando sean coincidentes o tengan similitudes en sus premisas fácticas o factuales, lo cual ha sido conocido como la doctrina del stare decisis[[3]](#footnote-3).*

*Luego, a pesar de ser cierto que en los sistemas jurídicos de simiente latina, los precedentes jurisprudenciales no tienen la misma fuerza vinculante que los mismos detentan en el sistema anglosajón, ello no quiere decir, como lo insinúa el apelante, que los precedentes jurisprudenciales emanados de las Altas Cortes no valgan nada y que en consecuencia cualquier funcionario de menor jerarquía los puede desconocer o ningunear, lo cual sería algo descabellado e irracional, en atención a que como consecuencia del esquema piramidal en el que está diseñada la Rama Judicial en órganos de mayor a menor jerarquía, aunado a las consecuencias lógicas que genera el factor funcional de competencia, es obvio que los funcionarios de menor jerarquía están sujetos a acatar las decisiones tomadas por los de mayor jerarquía, quienes a su vez no están atados por los pronunciamientos de quienes fungen en el rol de Jueces A quo[[4]](#footnote-4). Además, como corolario de la aplicación del principio de igualdad, el cual ordena que casos factualmente afines deban ser resueltos de la misma manera, tal situación incide para que los precedentes jurisprudenciales deban tener una fuerza obligatoria o vinculante, de la que se podría decir que es de carácter relativa, y por ende deben ser acatados mas no a rajatabla, por lo que en virtud del principio de la autonomía[[5]](#footnote-5), en el evento de que un funcionario judicial de menor jerarquía decida apartarse de un precedente jurisprudencial o de una línea jurisprudencial emanado de las Altas Cortes[[6]](#footnote-6), adquiere la carga argumentativa de exponer, de manera clara, plausible y razonada, los fundamentos jurídicos que justifican su discrepancia.*

*Frente a lo anterior, la Corte Constitucional se ha expresado de la siguiente manera:*

*“La sujeción del juez al ordenamiento jurídico le impone el deber de tratar explícitamente casos iguales de la misma manera, y los casos diferentes de manera distinta, y caracteriza su función dentro del Estado social de derecho como creador de principios jurídicos que permitan que el derecho responda adecuadamente a las necesidades sociales. Esta doble finalidad constitucional de la actividad judicial determina cuándo puede el juez apartarse de la jurisprudencia del máximo órgano de la respectiva jurisdicción. A su vez, la obligación de fundamentar expresamente sus decisiones a partir de la jurisprudencia determina la forma como los jueces deben manifestar la decisión de apartarse de las decisiones de la Corte Suprema como juez de casación…..”[[7]](#footnote-7).*

*Aunado a lo antepuesto, es de resaltar que existen otras hipótesis que de manera negativa conspiran en contra del poder vinculante de los precedentes jurisprudenciales, las cuales han sido destacadas por la Corte de la siguiente manera:*

*“La jurisprudencia deja de ser obligatoria, siempre que el inferior funcional la encuentre irrazonable a partir de la demostración de alguno de las siguientes hipótesis: (i) Que a pesar de la similitud entre dos supuestos de hecho, de todas formas existan diferencias relevantes que no fueron consideradas en el primer caso, las cuales al ser analizadas, derivan en situaciones disímiles[[8]](#footnote-8); (ii) Debido a un cambio social posterior a la primera decisión, la misma resulta inadecuada para volverse a aplicar por lo diferente del contexto social; (iii) Que el juez concluya que la decisión es contraria a los valores y principios en los que estructura el ordenamiento jurídico y (iii) Variación de la norma legal o constitucional interpretada en la decisión de la cual el juez pretende apartarse…”[[9]](#footnote-9).*

*En suma, acorde con lo antes expuesto, en lo que tiene que ver con el poder vinculante de los precedentes jurisprudenciales, la Sala validamente puede llegar a las siguientes conclusiones:*

* *La regla general es que los precedentes jurisprudenciales o las lineas jurisprudenciales trazadas por las Altas Cortes tiene un poder vinculante relativo, que implican que deben ser acatados y obedecidos por los funcionarios judiciales de inferior jerarquia.*
* *Existen una serie de factores exógenos que inciden para que un precedente jurisprudencial pierda vigencia y en consecuencia deje de ser vinculante, tales como: la existencia de nuevas normas o principios constitucionales, o la derogacion de las leyes que le sirvieron de sustento; el cambio respecto de las circunstancias historicas o las condiciones filosóficas, sociales, políticas o económicas que influyeron en el precedente; la existencia de nuevas circunstancias factuales diferentes de aquellas en las que se cimentó el precedente; su desuetud, etc…*
* *El funcionario judicial de inferior jerarquia que disienta de un precedente jurisprudencial, acorde con el principio de la autonomia, puede apartarse del mismo, siempre y cuando de manera razonable y plausible exponga las razones de hecho y de derecho de su discrepancia.*

*Ahora, si acorde con lo dicho en los párrafos precedentes, regresamos al caso en estudio, no debemos olvidar que el origen de la controversia tiene que ver con los efectos que generaría en el subexamine la sentencia del 14 de junio de 2017, SP8463-2017 (47446), proferida por la Sala de Casación Penal de la CSJ, la cual le dio un vuelvo de 180º a la legitimidad que tendrían las victimas para hacer uso dentro del proceso penal de la accion civil indemnizatoria en aquellos eventos en los cuales de manera paralela o sucedánea hayan hecho uso de esa acción patrimonial en otro proceso o actuación diferente. Según la Corte, en este nuevo precedente, a fin de evitar que se incurra en los excesos propios de un abuso del derecho por el doble cobro de una misma obligación, a la víctima le esta vedado acudir al incidente de reparación integral del proceso penal, para procurar el resarcimiento de los perjuicios causados por la comisión del delito, después de haber hecho uso de alguna de las otras vías que también tendría en su favor para hacer valer sus derechos resarcitorios. Por lo que en sentir de la Corte, por ser algo excluyente, no sería factible que las víctimas impetren de manera conjunta o alternativa con el incidente de reparación integral tales acciones patrimoniales.*

*A fin de ofrecer mejor claridad y precisión sobre lo expuesto en los párrafos anteriores, la Colegiatura considera de utilidad traer a colación apartes de lo que ha dicho la Corte en el aludido precedente jurisprudencial:*

*“Con fundamento en ello, el demandante, en este caso, parece interpretar que por virtud de lo previsto en el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, el incidente de reparación integral puede iniciarse a pesar de que se haya promovido otra acción tendiente al cobro de la misma obligación, por los mismos hechos y respecto del mismo demandando, en cuanto señala que la pretensión se rechazará por el juez cuando «quien promueve [la pretensión en contra del penalmente responsable] no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y ésta fuera la única pretensión formulada».*

*En consecuencia, considera el apoderado de la víctima que como en este evento la DIAN no ha conseguido el pago efectivo de la obligación tributaria por la cual denunció penalmente al agente retenedor, la entidad tiene derecho a promover paralelamente la demanda ante el juez penal, dejando al margen el asunto procesalmente relevante de que dio trámite a la acción de cobro coactivo con aquella misma finalidad.*

*En este punto, para la Corte, frente a todos los antecedentes reseñados —tanto legislativos como jurisprudenciales—, no hay razones que permitan sustentar que el propósito del legislador haya sido permitir, sin ninguna cortapisa, que los perjudicados puedan adelantar en forma simultánea o alterna el incidente y otras demandas en orden a obtener el pago de la misma obligación vinculada directamente con el delito por el cual se declaró la responsabilidad penal.*

*A esa comprensión de prohibición de dualidad de acciones por el mismo demandante y contra el mismo responsable, se reitera, conduce el hecho de que la decisión que pone fin al incidente —salvo cuando el incidentante no comparece injustificadamente a alguna de las audiencias o las partes concilian— tenga el carácter de sentencia, como tal con fuerza de cosa juzgada, por lo cual prestará mérito ejecutivo.*

*En esas condiciones, establecida la naturaleza y el alcance del incidente de reparación integral, en la forma en que se ha dejado precisado, no se entendería que, inversamente, cuando los perjudicados decidan iniciar la demanda independiente del asunto penal, los efectos de aquel trámite legal, cualquiera sea su índole, resulten intrascendentes a la hora de pretender alternamente la reparación integral a través del incidente ante el juez penal, cuando la finalidad que se persigue es análoga, como ocurriría si el dictado normativo se interpretara en la forma propuesta por el demandante.*

*En relación con la imposibilidad de promover doblemente la acción civil para el pago de los perjuicios en el proceso penal y de manera independiente, la Corte Constitucional en la sentencia C-163 del 7 de octubre de 2000, señaló que:*

*(…) si el perjudicado intenta la acción civil ante la jurisdicción civil, ya no podrá hacerlo ante la justicia penal. En consecuencia, ejercida la acción civil ante un juez civil, ésta ya no puede promoverse ante un fiscal o ante un juez penal, lo que no significa que si el hecho que origina el proceso civil pueda dar lugar a investigación penal, el afectado no pueda presentar denuncia o noticia criminal, ante la autoridad competente, aun cuando haya ejercido la acción civil.*

*Esa prohibición no está fundada simplemente en la expresa disposición del Código de Procedimiento Penal, sino en los principios generales del derecho procesal civil como los de preclusión, disposición —especialmente si la administración utiliza el privilegio legal de procurar por sí misma hacer efectivo el pago de la deuda, sin acudir a la jurisdicción—, el de economía procesal, el de la cosa juzgada, la prohibición de abusar del derecho, entre otros.*

*(:::)*

*Pues bien, decantada la cuestión referente a la obligación de reparar los daños causados por el delito,* ***una primera conclusión*** *a la cual la Corte arriba es que los titulares del derecho no están facultados por el ordenamiento jurídico a promover distintos procesos para el cobro de la misma obligación originaria, esto es, por idénticos factores y montos, como se evidenció con la pretensión postulada por la DIAN en el incidente de reparación, en tanto que no se indicó por el incidentante —ahora demandante en casación— que la petición contra el penalmente responsable incluyera otros daños directamente causados por el hecho punible, que no pudieran ser objeto del trámite administrativo.*

*Además, la indebida dualidad no logra sortearse con el pretexto de hallar diferencias jurídicas entre el cobro coactivo y la obligación de reparar los perjuicios derivados del delito, cuando como ocurre en este caso, se insiste, los componentes de una y otra pretensión son idénticos.*

*En síntesis, para la Corte queda claro que si de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, a las víctimas se les reconoce el derecho a una pronta e integral indemnización de los daños causados por el delito; si con esa finalidad se les concede la potestad de promover el incidente de reparación integral, sin que tácita o expresamente se les despoje de la facultad de interponer otras acciones independientes del proceso penal, aun cuando no de manera simultánea ni residual, resulta lógico deducir que promovida la demanda contra el penalmente responsable por alguno de los mecanismos de que dispone el afectado, tiene el deber de asumir los resultados del proceso que escogió.*

*Por consiguiente, como* ***segunda solución****, la Sala indica que la exégesis del artículo 103, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, no puede suponer la viabilidad del incidente de reparación integral sin importar que la víctima haya adelantado previamente otra acción legal para hacer efectivo el pago de los mismos componentes que a título de daño emergente y lucro cesante pretende reclamar ante el juez penal.*

*En consecuencia, la interpretación de la norma, respetando su literalidad, no puede ser distinta a aquella conforme a la cual, el motivo de rechazo de la pretensión indemnizatoria —la acreditación de la reparación integral—no se equipara a los efectos jurídicos de la demostración de existencia de otros mecanismos legales iniciados por la víctima para obtener el pago, sin importar que este objetivo haya tenido éxito o resultara fracasado; es decir, que los motivos expresos de rechazo de la petición, no son necesariamente los únicos que determinan la procedencia del incidente de reparación integral, pues cuando autónomamente la víctima ha escogido otra vía de reclamación, no puede quedar legitimada a promover la acción ante el juez penal.*

*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 tal manera, si conforme se ha reiterado, dentro de todo el contexto normativo queda claramente definido el carácter esencialmente civil de la reparación integral de los daños derivados del delito, en concreto cuando de compensaciones en dinero se trata, resulta lógico concluir que en los casos en los cuales el titular de la acción indemnizatoria ha ejercido el cobro por un proceso distinto al incidente ante el juez penal, debe atenerse a las resultas de esa determinación, más aún en circunstancias como las que ocupan la atención de la Sala, en las que existe una exacta correspondencia en cada uno de los factores y cuantías reclamadas, que son las mismas que impone el Estatuto Tributario y replica el artículo 402 del Código Penal…..”[[10]](#footnote-10).*

*Es de anotar que como se ha venido diciendo, lo dicho por la Corte en tales términos dejó sin efecto una línea de pensamiento que esa Corpororación había trazado en el pasado, en virtud de la cual se decía que no era excluyente y en consecuencia se avalaba, por ser algo factible, que las víctimas, a fin de hacer valer su derecho a la indemnización, pudieran hacer uso de las acciones patrimoniales que tendrían en su favor, ya sea de manera simultánea, paralela o alternada con aquellas que en igual sentido podrían deprecar en el proceso penal[[11]](#footnote-11).*

*Tal situación, nos estaría indicando que como consecuencia de lo resuelto y decidido por la Corte en la aludida sentencia 14 de junio de 2017. SP8463-2017. Rad. # 47446, en la actualidad ha tenido ocurrencia el fenómeno conocido en el derecho anglosajón como el overruling, en virtud del cual el Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria decidió modificar la línea de pensamiento que en el pasado tenía sobre la legitimidad que detentaban las víctimas para intervenir en el proceso penal, a fin de procurar la indemnización de los perjuicios irrogados por la comisión del reato, a pesar de que con propósitos similares, en el pasado hayan acudido a otras vías o trámite simultáneos o paralelos, lo cual, por generar un abuso del derecho por el doble cobro de una misma obligación, ya no sería viable por ser algo incompatible y excluyente.*

*Por lo que de lo dicho por la Corte en el precedente de marras, válidamente se puede concluir que en la actualidad se le encuentran cerradas las puertas del incidente de reparación integral a aquellas personas que hayan hecho uso de acciones duales o de otros procedimientos que tengan por finalidad la de hacer valer sus derechos sobre el cumplimiento de obligaciones que emanan de la comisión del delito o que provengan de una fuente afín. En tales eventos, el Juez Penal debe actuar acorde con lo reglado en el inciso 2º del artículo 103 C.P.P. al rechazar las pretensiones indemnizatorias deprecadas por las víctimas.*

*Como bien se dijo en párrafos anteriores, lo dicho por la Corte en la aludida sentencia del 14 de junio de 2017. SP8463-2017. Rad. # 47446, es un precedente que si bien sus efectos no son absolutos de todas maneras vincularían de manera relativa a los funcionarios de menor jerarquía, generando de esa forma una especie de efectos inter pares[[12]](#footnote-12), en cuya virtud los Jueces A quo deben tenerlo en cuenta como herramienta o instrumento auxiliar para resolver aquellos casos factualmente similares o afines; pero en caso que no lo compartan, acorde con el principio de la autonomía judicial, es obvio que a fin de no incurrir en el reato de prevaricato por desconocimiento del precedente jurisprudencial[[13]](#footnote-13), adquieren la carga argumentativa de exponer las razones de hecho o de derecho que sirvan de soporte a su discrepancia.*

*En el caso en estudio, el apelante pretende que se desconozcan los efectos vinculantes de lo dicho por la Corte en la sentencia del 14 de junio de 2017. SP8463-2017. Rad. # 47446, y que en consecuencia se tenga como válido la abrogada línea de pensamiento que esa Corporación tenía en el pasado, lo cual no es posible por no darse las circunstancias que avalan para que un funcionario judicial de menor jerarquía pueda válidamente apartarse de los precedentes jurisprudenciales emanados de las Altas Cortes, por lo siguiente:*

* *Existe una afinidad o semejanza entre las premisas fácticas del asunto puesto a consideración de la Colegiatura y el precedente jurisprudencial reprochado por el apelante, lo cual implica que en virtud del principio de la igualdad, el caso subexamine deba ser resuelto en términos similares de aquel que la Corte resolvió en sede de casación.*
* *No existen razones plausibles para apartarse o disentir de lo resuelto y decidido por la Corte, ya que esa decisión no puede ser considerada como irracional, estrambótica o contraria a los principios generales del derecho, máxime cuando lo único que se hizo con la misma fue hacer gala del principio del abuso del derecho para de esa forma ponerle unos límites al accionar de las víctimas ante la dualidad o multiplicidad de vías a las que podría acudir para hacer valer sus derechos al resarcimiento.*
* *Ante lo novel del precedente jurisprudencial cuestionado por el apelante, es obvio que no se puede decir que se está en presencia de una decisión desueta o que se haya presentado un diametral cambio en las circunstancias históricas, sociales, políticas o económicas que de una u otra forma pudieron tener incidencia en su ratio decidendi.*
* *Hasta donde sabemos, no han sido promulgadas nuevas leyes o se han dado cambios en la constitución que dejen sin fundamento las razones de hecho o de derecho tenidas en cuenta por la Corte en el precedente jurisprudencial de marras.*

*Siendo así las cosas, considera la Colegiatura que en el presente asunto no existían razones ni motivos que incidían para que el Juzgado A quo procediera a no acatar o a discrepar de lo resuelto y decido por la Corte en la aludida sentencia del 14 de junio de 2017. SP8463-2017. Rad. # 47446, por lo que en consecuencia dicho precedente jurisprudencial se tornaba como una especie de directriz que de manera obligatoria debía ser tenida en cuenta por los funcionarios judiciales de menor jerarquía al momento de resolver el presente asunto.*

Por lo tanto, al aplicar todo lo dicho con antelación al caso en estudio, válidamente se puede decir que se cumplen con todos los presupuestos jurisprudenciales para que el Juzgado de primer nivel procediera a rechazar las pretensiones indemnizatorias perseguidas por el accionante en el incidente de reparación integral, ante la carencia de legitimación del libelista por haberse presentado el fenómeno del ejercicio de la duplicidad de acciones, si nos atenemos a que del contenido del acervo probatorio se demostraba lo siguiente:

* En efecto el procesado LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA fue declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión del delito de omisión de agente retenedor, debido a que en su calidad de representante legal de la sociedad OCCILICORES LTDA, no canceló los dineros declarados y recaudados por el concepto impuesto a las ventas en los periodos 04 y 05 del año 2009, y 01 del año 2010, al igual que los cobrados por la retención en la fuente en los periodos 07, 06, 08, 09, 10, 11, 11, 12 del año 2009, y los periodos 01, 02, 03 y 04 del año 2010, sumas que en total ascienden los $10.043.000.
* La DIAN inició un proceso de cobro coactivo, en procura que el ahora Condenado pagara la obligación tributaria adeudada, el cual resultó no ser exitoso.
* Ante la improsperidad de la acción de cobro coactivo, y como consecuencia de la declaratoria de la responsabilidad criminal endilgada en contra del otrora procesado LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA, la DIAN deprecó el inició de un incidente de reparación integral.

Finalmente, en lo que tiene que ver con los demás reproches formulados por la apelante como sustento de la tesis de su discrepancia, la Sala dirá lo siguiente:

* No es cierto que la Corte con el precedente de marras se haya inventado una nueva causal de rechazo de las pretensiones del accionante en el incidente de reparación integral diferentes de aquellas consagradas en el inciso 2º del articulo 103 C.P.P. debido a que la hipótesis reprochada por el apelante, o sea, el haber promovido con antelación la acción civil ante otra autoridad, se encuentra tipificada en el artículo 52 de la Ley 600 del 2.000 como causal de rechazo del libelo de parte civil. Asimismo, se debe anotar que dicha norma se puede aplicar en el presente asunto, acorde con los principios de integración y de la coexistencia[[14]](#footnote-14), y por no anteponerse ni ser contraria a los postulados que orientan al sistema penal acusatorio.

* Es cierto que el precedente jurisprudencial cuestionado por el apelante no puede ser considerado como *“doctrina probable”*, porque en verdad no se dan las hipótesis consagradas en el artículo 4º de la Ley 169 de 1.889 para que pueda ser considerado en tal sentido[[15]](#footnote-15). Pero es de anotar que el apelante con su discrepancia lo único que hace es desconocer el mayor rigor de acatamiento que puede dimanar de una línea jurisprudencial o doctrina probable respecto de aquellos que ocasionaría un precedente nuevo que se encuentre huérfano. Ello se debe a que la doctrina probable genera sus mayores efectos vinculantes por estar soportada en plurales pronunciamientos del Tribunal de Casación sobre un mismo tópico, lo que no acontecería en caso que se esté ante un precedente novel o insular que a futuro podría ser el fundante de una nueva línea jurisprudencial.
* Los reproches de la apelante no tienen en cuenta que entre los precedentes jurisprudenciales existe una especie de escala jerárquica[[16]](#footnote-16), en la cual los de mayor jerarquía tendría mayores efectos vinculantes que aquellos de menor categoría. Así, se tiene que una doctrina probable, al estar integrada por una pluralidad de sentencias, tendría mayor relevancia en sus efectos de obligatoriedad que lo dicho en una sola sentencia que se encuentre huérfana o que sea novel. Pero tal situación, no quiere decir, como lo insinúa el apelante, que los funcionarios judiciales de menor jerarquía puedan, *por si y ante sí,* al resolver un caso, ignorar o desconocer lo que los órganos de cierres han decidido en asuntos similares, sin importar que ese precedente se trate de un pronunciamiento único.
* En momento alguno se están conculcando los derechos que le asisten a las víctimas, en especial el derecho a la indemnización, porque lo único que se hace es evitar que los perjudicados con la comisión del delito incurran en un abuso del derecho a la reparación, en aquellos eventos en los cuales hayan hecho uso de ese derecho mediante el uso de otras vías diferentes a las del proceso penal.

En definitiva, acorde con todo lo dicho en los párrafos precedentes, considera la Colegiatura que no le asiste la razón a la tesis de la discrepancia propuesta por la apelante, debido a que el Juzgado *A quo* estuvo atinado al rechazar las pretensiones indemnizatorias de la *DIAN* con base en el precedente jurisprudencial cuestionado por la recurrente, el cual tiene los efectos vinculantes que le han sido dados en el proveído confutado.

Ante tal situación, la Colegiatura procederá a confirmar la providencia opugnada en todo aquello que fue objeto de la discrepancia propuesta por el apelante.

En mérito de todo lo antes lo expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la providencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 16 de agosto de 2018, en el cual no accedió a dar inicio del incidente de reparación integral deprecado por la DIAN dentro del proceso penal que se siguió en contra del ciudadano **LUIS FERNANDO MEJÍA VEGA**, quien fuera declarado penalmente responsable por incurrir en la comisión del delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador.

**SEGUNDO:** Devolver el expediente al despacho de origen para que se continúe con el trámite dentro de la causa penal.

Ésta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado

1. Nos referimos a la Sentencia del 14 de junio de 2017. SP8463-2017. Rad. # 47446. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-1)
2. Inciso 2º del artículo 229 de la Carta. [↑](#footnote-ref-2)
3. Observar o acatar lo que se ha decidido. [↑](#footnote-ref-3)
4. Lo que en el sistema del *common law* se le denominada como *«reversing»*. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artículo 5º de la ley 270 de 1.996. [↑](#footnote-ref-5)
6. Salvo que se trate de sentencias en las que se ejerza el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, las cuales son de obligatorio cumplimientos y acatamiento por generar efectos *erga omnes*, con bien nos lo indica el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional: Sentencia # C-836 del 9 de agosto de 2.001. [↑](#footnote-ref-7)
8. Lo que en el sistema de la *common law* es conocido como «*distinguishing»*. {Este comentario es propio de la Sala, por lo que en el precedente citado no se hace mención del mismo}. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 1° de febrero de 2.012. Rad # 34853. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 14 de junio de 2017. SP8463-2017. Rad. # 47446. M.P. FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO. [↑](#footnote-ref-10)
11. Dicha línea de pensamiento fue acatada por esta Colegiatura, como bien se desprende de lo dicho en la providencia de 2ª instancia proferida el 2 de febrero de 2.016 dentro del proceso radicado con el # 66170600006620100021501 que se adelantó en contra de ENRIQUE TRUJILLO MEJÍA por el delito de omisión de agente retenedor. [↑](#footnote-ref-11)
12. Lo que implicaría que podría extenderse a todos aquellos casos de naturaleza fáctica semejantes al resuelto por la Corte. [↑](#footnote-ref-12)
13. Al respecto de puede consultar la sentencia # C-335/08 de la Corte Constitucional. [↑](#footnote-ref-13)
14. Sobre la aplicación de estos principios, se puede consultar la Sentencia del 08 de abril de 2008, Rad. # 25306, proferida por la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia. [↑](#footnote-ref-14)
15. Para la procedencia de la doctrina probable se exige que por lo menos existan *«tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho»*. [↑](#footnote-ref-15)
16. Dicha escala jerárquica, estaría integrada de la siguiente manera: a) Las sentencias proferidas como consecuencia de la acción pública de inconstitucionalidad; b) Las sentencias de unificación; c) La doctrina probable, o línea jurisprudencial; d) El precedente novel o huérfano. [↑](#footnote-ref-16)