



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA Nº 53

(Sesión del 6 de marzo de 2024)

Radicado: 05001-60-00248-2010-00081
Procesado: Carlos Emilio Pinel Correa
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador
Asunto: Defensa apela negativa de preclusión
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 8 de marzo de 2024

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Defensa de Carlos Emilio Pinel Correa contra el auto proferido el pasado 7 de febrero, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia resolvió negativamente la solicitud de preclusión por él incoada.

2. HECHOS

El 30 de noviembre de 2009 Carlos Emilio Pinel Correa fue denunciado ante la Fiscalía General de la Nación por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN por cuanto presentó 10 declaraciones de IVA y 9 de RETENCIÓN sin haber efectuado el pago dentro de los 2 meses siguientes a la fecha fijada por el gobierno nacional.

Radicado: 05001-60-00248-2010-00081
 Procesado: Carlos Emilio Pinel Correa
 Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

CONCEPTO	AÑO	PERIODO	IMPUESTO	VENCIMIENTO
Ventas	2007	03	\$6.589.000	Julio 30/2007
Ventas	2007	04	\$7.479.000	Sept. 27/2007
Ventas	2007	05	\$8.532.000	Nov. 29/2007
Ventas	2007	06	\$54.396.000	Enero 29/2008
Ventas	2008	01	\$4.223.000	Marzo 25/2008
Ventas	2008	02	\$7.664.000	Mayo 21/2008
Ventas	2008	03	\$10.352.000	Julio 17/2008
Ventas	2008	04	\$708.000	Sept. 17/2008
Ventas	2008	05	\$1.126.000	Nov. 21/2008
Ventas	2008	06	\$1.023.000	Enero 22/2009
TOTAL VENTAS			\$102.092.000	
Retención	2007	10	\$5.224.000	Nov. 29/2007
Retención	2007	11	\$8.653.000	Dic. 12/2007
Retención	2008	01	\$3.637.000	Feb. 19/2008
Retención	2008	04	\$3.300.000	Mayo 21/2008
Retención	2008	05	\$2.135.000	Junio 19/2008
Retención	2008	06	\$3.845.000	Julio 17/2008
Retención	2008	07	\$2.127.000	Agt. 21/2008
Retención	2008	09	\$1.528.000	Oct. 20/2008
Retención	2008	10	\$1.557.000	Nov. 21/2008
TOTAL RETENCION			\$32.006.000	

TOTAL DE IVA y RETENCION SIN CANCELAR: \$134.098.000

3. ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES.

3.1. El 27 de septiembre de 2018 fue negada una solicitud de preclusión incoada por la Fiscalía General de la Nación dentro de este asunto –conforme al numeral 1° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal- decisión que no fue apelada y, por ende, quedó ejecutoriada en la misma fecha.

3.2. El 4 de febrero de 2019, se formuló imputación en contra de Carlos Emilio Pinel Correa como autor de la conducta punible de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador, en concurso y conforme a lo establecido en el artículo 402 del Código Penal.

3.3. El 3 de mayo de 2019 se presentó el correspondiente escrito de acusación, formulado oralmente en audiencia del 9 de agosto de ese año.

3.4. El 3 de marzo de 2020 se realizó la audiencia preparatoria.

3.5. El 5 de agosto de 2021 cuando se disponía el inicio del juicio oral, la Defensa, con fundamento en el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, solicitó le fuesen decretadas dos pruebas sobrevinientes. La *a quo* no accedió a esa solicitud, pero, en segunda instancia esta Sala de Decisión revocó dicha negativa y accedió a la práctica de dichas pruebas.

3.6. El 13 de diciembre de 2023, previo a dar inicio a la audiencia de juicio oral y luego de múltiples aplazamientos que se prolongaron por más de dos años, la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia, por solicitud del defensor le otorgó el uso de la palabra.

3.6.1. La Defensa solicitó preclusión con fundamento en la causal 1ª del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal pues el sobrevenir de esta causal se debe a que solo a partir de la decisión proferida por esta Sala Penal el 4 de septiembre de 2021 con respecto al acceso a las carpetas que tenía la DIAN, fue que la Defensa encontró una constancia de ésta que posibilita se realice la solicitud al considerar que en este caso se daba una imposibilidad de iniciar el ejercicio de la acción penal; aclaró que se trata de un problema fáctico porque es el hecho de las condiciones que tenía VESMODA SA y su representante legal Carlos Emilio Pinel Correa al momento de la interposición de la denuncia.

Afirma que es un hecho que según el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 – Régimen Tributario- no se podía iniciar la acción penal si se tiene en cuenta que VESMODA, cuyo representante legal era Carlos Emilio Pinel Correa, el 10 de abril de 2007 fue admitida en un acuerdo de reestructuración de los que hace referencia la Ley 550 de 1999 y, durante 2 años, la empresa trató de sobrellevar y cumplir con ese acuerdo pero no lo logró, por lo que ante ese incumplimiento se procedió al inicio de la liquidación judicial (prevista en el artículo 47 de la Ley 1116 de 2006), la cual se dio porque no se cumplió con el acuerdo de reestructuración. En virtud de ello, mediante auto 61001707 del 18 de diciembre de 2009, VESMODA fue admitida en la Superintendencia de Sociedades en el trámite concursal en la modalidad de liquidación judicial, proceso que sustituyó a la liquidación obligatoria de la Ley 222 de 1995 y tiene por finalidad aprovechar el patrimonio del deudor para el pago de acreencias, hasta donde sea posible, conminando con la acción de la persona jurídica lo cual se verificó en noviembre de 2011.

Teniendo claro entonces que desde el 10 de abril de 2007 VESMODA había sido aceptada en un acuerdo de reestructuración, lo cual se prueba con una constancia suscrita por la Cámara de Comercio del Aburrá Sur que dice que el documento inscrito en la fecha ya indicada, bajo el número 0142 del libro 18 a nombre de VESMODA SA es Aviso Celebración de Acuerdo y lo acompaña las publicaciones de prensa que ordenaba la Ley en su momento y en la citación hecha por el promotor que era Marco Aurelio Zuluaga Giraldo, citación realizada para los días 10 y 11 de abril de 2007.

Señala el defensor que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 prevé: "**ARTÍCULO 42. Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA.** Unifícase los párrafos 1 y 2 del artículo 665 del Estatuto Tributario en el siguiente párrafo, el cual quedará así: "PARÁGRAFO. Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.” (Las negrillas fueron resaltadas por el solicitante)

Continúa argumentando que, de lo anterior, se establece que en este caso no se podía iniciar la acción penal pues para el momento de la interposición de la denuncia, que fue el 30 de noviembre de 2009, VESMODA, se encontraba admitida en trámite de reestructuración desde el 10 de abril de 2007, es decir, 18 meses antes de la denuncia. Itera la norma a la que hizo referencia y advierte que la empresa se termina liquidando por la Ley 1116, entonces la pregunta a resolver sería si ¿la referencia a la Ley 550 de 1999 del parágrafo del artículo 402 del Código Penal, adicionado por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 debe entenderse también efectuada a la Ley 1116 de 2006 a través de la cual fue estructurada la Ley 550 de 1999? El defensor considera que sí son asimilables pues esta solución ya fue planteada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 18 de marzo de 2015 mediante la Sentencia SP3001-2015 Radicado 42822 MP Patricia Salazar Cuellar.

Acota que en la antedicha providencia se planean algunas reglas y subreglas, primero se debe establecer si los hechos son similares –lo cual se da en este caso-, y cita: “*En el artículo 126 de ésta se determinó que empezaría a regir 6 meses después de su promulgación (junio 27 de 2007) y durante ese término seguiría vigente la Ley 550 de 1999*” razón por la cual la liquidación o reestructuración de VESMODA, representada legalmente por el acusado, se inició con la Ley 550 porque la admisión de la reestructuración se dio el 10 de abril de 2007. Y continua la providencia: “*Superado dicho lapso quedarían derogados el Título II de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999 respecto de personas naturales comerciantes y jurídicas no excluidas de la aplicación del régimen de insolvencia, que realicen negocios permanentes en Colombia, de carácter privado o mixto. Se mantuvieron los acuerdos de reestructuración de pasivos del título V y demás normas pertinentes de la Ley 550 de 1999 para las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial de que trata la Ley 922 de 2004. (...) la Ley 550 de 1999, expedida para hacer frente a la crisis económica*

del sector productivo y cuya finalidad era proporcionarle a deudores y acreedores “mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas, que permitían a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y atender sus compromisos financieros”, fue reemplazada por la Ley 1116 de 2006, que en lo sustancial mantuvo sus mismas finalidades. Es decir, la recuperación de la empresa o la persona natural comerciante en casos de tener problemas de viabilidad financiera, a través de un compromiso con sus acreedores para la cancelación a largo plazo de las obligaciones con dificultades en su cumplimiento. Esos convenios entre deudores y acreedores para asegurar la subsistencia de la empresa, corresponden a los llamados en la Ley 550 de 1999 “acuerdos de reestructuración” y en la Ley 1116 de 2006 “acuerdos de reorganización”, cuyo incumplimiento, en los dos casos, se previó como causal de liquidación inmediata y obligatoria. Así las cosas, si esas dos leyes se identifican en su espíritu, si persiguen propósitos similares y si en su contenido nada hace deducir que la derogatoria de la primera (550) a través de la segunda (1116) signifique la revocatoria de la causal de improcedibilidad prevista en la parte final del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 (sociedades “admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999”), no estima la Corte que la circunstancia extintiva de la acción penal haya dejado de regir por el hecho de la referencia expresa al mecanismo transitorio de reactivación empresarial diseñado en 1999 y no al de vocación permanente que lo sustituyó en 2006. En ambos procedimientos, una vez admitida la solicitud de reestructuración o de reorganización, entre muchas otras prohibiciones, el deudor ya no puede –sin autorización del Juez del concurso— hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas desde luego las deudas con la DIAN. Esta, sin duda, fue la razón para marginar de responsabilidad penal por la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal a los gerentes o representantes legales de las sociedades “admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración”, la cual, bajo el liderazgo de un promotor ajeno a la empresa, tenía como finalidad poner de acuerdo a deudor y acreedores en relación con un plan de normalización de la actividad productiva y de atención a los compromisos financieros. No lograr el acuerdo o incumplirlo conducía –sin escapatoria— a la liquidación del negocio. Así las cosas, si admitir a la compañía a la negociación del acuerdo de reestructuración traía consigo la imposibilidad de pagarle o compensarle las sumas adeudadas a la DIAN –como acreedora la entidad debía concurrir al proceso para la satisfacción de la deuda a su favor—, resulta explicable la decisión legislativa de exonerar de proceso penal en una circunstancia como esa a los gerentes o representantes legales responsables de no consignar los impuestos retenidos o autorretenidos en la fuente. Y si se tiene en cuenta la lógica similar del procedimiento regulado en la Ley 1116 de 2006, para la Corte es

Radicado: 05001-60-00248-2010-00081
Procesado: Carlos Emilio Pinel Correa
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

incuestionable que la iniciación del proceso de insolvencia o de reorganización, cuyos efectos son semejantes a los de admisión a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que se refiere la Ley 550 de 1999, configura la causal de extinción de la acción penal objeto de examen.”

Conforme a lo expuesto, reitera la Defensa que el acuerdo de reestructuración ocurrió dos años después, en el 2009, cuando se le notifica a la Cámara de Comercio que efectivamente inicia el trámite de liquidación judicial, es decir, a partir de que entra en reestructuración la administración de la sociedad, VESMODA deja de estar en manos de Carlos Emilio Pinel Correa. Entonces, esta empresa fue admitida en un proceso de reorganización de los incluidos en la Ley 550 de 1999 y, por ende, su asistido no podía disponer de recursos para cumplir con las obligaciones pendientes de la DIAN y, en consecuencia, no podía ser responsable del pago de estos y, por ende, tampoco podía incurrir en la Omisión de agente retenedor. Arguye que la DIAN en el año 2009 y desde el 2007 debía saberlo porque había sido convocada al acuerdo de reestructuración y debía saber que VESMODA se encontraba cobijado con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 633 de 2000, es decir que no procedería responsabilidad penal por no consignación de las retenciones porque la empresa se encontraba en lo previsto en la norma citada.

En síntesis, resalta que la Corte es clara en afirmar que la Ley 550 y la Ley 1116 son asimilables, y sus consecuencias son las mismas, sin que pueda decirse que como el artículo 3° se refiere a la Ley 550 no se pueda aplicar a las terminaciones de liquidación correspondientes a las Ley 1116. Considera el defensor entonces que el proceso no se debió iniciar porque su asistido se encontraba cubierto por lo previsto en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, y la preclusión se solicita en tanto el proceso penal no debía haberse iniciado en ningún momento.

3.6.2. Como la Juez Segunda Penal del Circuito de Itagüí-Antioquia, consideró que la antedicha solicitud era improcedente, la rechazó de plano, afirmando que esa decisión equivalía a una orden y, por ende, no era susceptible de recursos.

3.6.3. Ante tal determinación el defensor interpuso queja que fue resuelta por esta Sala de Decisión Penal el 23 de enero de 2024 en auto por medio del cual se decretó la nulidad de la anterior decisión de la Juez de primera instancia, ordenándosele darle trámite a la solicitud de preclusión incoada.

3.7. Fue así como, una vez regresó el expediente a Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, se citó a las partes para el pasado 7 de febrero a efectos de dar cumplimiento a lo ordenado.

3.7.1. En virtud de lo anterior, una vez se le dio el uso de la palabra a la delegada de la Fiscalía General de la Nación para que se pronunciara sobre la solicitud de preclusión incoada por la Defensa, la delegada Fiscal afirmó, en primer lugar, que sus conocimientos en materia tributaria y comercial eran casi nulos pero que, ante una lectura detenida de la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con Radicado de 42822 del 2015, traída a colación por el defensor, consideraba que si bien le asistía razón al pregonar que su prohijado se encontraba bajo la causal de exclusión de la acción penal, en tanto la conducta endilgada de Omisión de Agente Retenedor, en las condiciones en que se encontraba la empresa por él representada, esto es, en un proceso de liquidación judicial que sobrevino al no cumplir los acuerdos pactados en el proceso de reestructuración, se encontraban al margen de responsabilidad penal, tal y como lo dispuso el legislador en el inciso 2° del párrafo del artículo 402 del Código Penal. No puede pasarse por alto que la legitimación de la Defensa para solicitar preclusión en esta etapa del proceso es única y exclusivamente para cuando sobrevengan las causales 1° y 3° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal y, tal y como lo advirtió la Juez al momento de negar la solicitud, la situación esbozada por la Defensa no es sobreviniente.

3.7.2. Así mismo, el Representante de la Víctima – DIAN acotó que no existen los elementos propios para que se le dé el trámite a la preclusión deprecada, toda vez que la denuncia penal no coincide con los argumentos que esbozó la Defensa, en el sentido en que hay un proceso de reorganización y que debe asistirle esa preclusión por haber estado esas obligaciones allí incluidas, pues considera que en este caso no obra constancia alguna por parte de la entidad,

que de fe de que precisamente estas obligaciones estaban incluidas en todo ese proceso de reestructuración, en ese orden de ideas solicitó no acceder a la pretensión incoada.

3.8. Decisión que se revisa. Partió por advertir la primera instancia que la legitimación que confiere el legislador para que ya en etapa de juzgamiento se alegue la preclusión incluso por la Defensa o el Ministerio Público se restringe a que sea en causales sobrevinientes, única y específicamente frente a los numerales 1° y 3° del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal. Entonces lo que debe analizarse en este asunto es si los argumentos traídos a colación por la Defensa permiten establecer que se satisface ese presupuesto.

Para el efecto, debe tenerse en cuenta lo manifestado por el defensor respecto a la estructuración de la causal 1ª del artículo 332, pues indicó que se trataba de una situación sobreviniente debido a que solo a partir de la decisión proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, el 4 de septiembre de 2021, pudo acceder a las carpetas de la DIAN y fue allí donde encontró la constancia de que VESMODA y su Representante Legal Carlos Emilio Pinel Correa, no podía ser denunciado por la DIAN ante la Fiscalía General de la Nación, porque para ese momento había, según el régimen tributario regulado en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, un acuerdo de reestructuración habiendo sido admitida dicha SA según lo regulado en la Ley 550 de 1999.

Indicó el abogado que durante dos años la empresa intentó cumplir dicho acuerdo, pero finalmente no lo logró y, en consecuencia, se procedió a la liquidación judicial prevista en el artículo 47 de la Ley 1116 de 2006. Fue así como mediante el auto 61001707 del 18 de diciembre de 2009, VESMODA fue admitida en la Superintendencia de Sociedades en el trámite concursal y la modalidad de liquidación judicial, que tiene por objeto aprovechar el patrimonio del deudor con el ánimo de pagar las acreencias, y que la acción de la persona jurídica se verificó en noviembre de 2011. Entonces en este caso, precisó la *a quo* que, más allá de cuestionar si es aplicable o no la norma según la cual cuando se admite para reorganización o liquidación son figuras similares y

pueden admitirse o no, es necesario tener en cuenta que según la denuncia de la DIAN, los impuestos que presuntamente se dejaron de pagar fueron: impuesto a las ventas del año 2007 por los periodos 3, 4, 5, y 6; 2008 por periodos 1,2,3,4,5 y 6; y por retención el periodo 10 y 11 del año 2007; y los periodos 1, 4, 5, 6, 7, 9 y 10 del año 2008.

Afirma la primera instancia que en principio podría decirse que cuando se inició el proceso de liquidación, los delitos ya se habían consolidado, sin embargo si se comulgara con la hipótesis de que la admisión a ese proceso judicial tenía que ver con la liquidación de la persona jurídica e implicaba *per se* la extinción de la acción penal, de todos modos se llegaría a la conclusión categórica de que no se cumple con el presupuesto del párrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, porque no se trata de una causal sobreviniente.

Resulta inviable para la Juez aceptar el argumento según el cual la Defensa solo cuando pudo acceder a las carpetas de la DIAN se dio cuenta que la empresa representada por el acusado había entrado en un proceso de liquidación en el año 2009 y que había sido admitido en el año 2011, porque precisamente Carlos Emilio Pinel Correa para esa fecha en la cual se inició ese trámite de liquidación, era el Representante Legal de la empresa, es decir, no se puede hablar de un hecho que por alguna circunstancia hubiera estado oculto durante la judicialización del procesado.

Además, tampoco se considera acertada la manifestación del abogado defensor en cuanto a que sólo con la decisión emitida por la Sala Penal del Tribunal en el año 2021 pudo acceder a esas carpetas de la DIAN y fue en esos documentos que encontró la constancia respecto del proceso de liquidación que se había dado en relación con la empresa representada legalmente por su asistido, porque resulta claro que el registro de ese proceso que se dio a cabo con la empresa, se encontraba en los registros de Cámara de Comercio, es decir, no se trataba de una información reservada que se encontrara solo a disposición de la DIAN en sus carpetas, sino que tal y como lo manifestó el señor defensor, el 10 de abril de 2007 VESMODA había sido aceptada en un acuerdo de reestructuración, lo cual se prueba con la constancia suscrita por la Cámara de Comercio del Aburrá Sur que dice que

el documento inscrito en la fecha ya indicada, bajo el número 0142, del libro 18 a nombre de VESMODA, es Aviso de Celebración de Acuerdo y lo acompañan las publicaciones de prensa que ordenaba la Ley 1390, es decir, para ese momento en el cual se dio inicio a la judicialización en contra de Pinel Correa, esa circunstancia que ahora alega la Defensa ya se había consolidado y era una información pública porque, itera, estaba publicada en la Cámara de Comercio y, como saben, esos registros tributarios y los que se encuentran en Cámara de Comercio en relación con las sociedades, los establecimientos de comercio y las personas jurídicas sujetos a registro, son públicos, es decir, se puede acceder a esa información.

En virtud a lo anterior, para la *a quo* no está satisfecho el requisito de que sea una causal sobreviniente, como para que acceda a la causal invocada por la Defensa del numeral primero del artículo 332 en concordancia con el parágrafo de la misma normatividad, a efectos de pregonar que la acción penal no puede proseguirse porque, según se expuso en la solicitud, había una circunstancia que no permitía que la DIAN presentara la denuncia en contra del procesado en lo que tiene que ver la omisión del pago de los tributos por impuesto a las ventas y retención en la fuente, los años 2007 y 2008.

3.9. Apelación de la Defensa. Inconforme con la negativa de preclusión, partió por afirmar que no le sorprendía la decisión, dado que la Juez ni siquiera le permitió darle traslado de los elementos materiales probatorios que sustentaron su solicitud, lo cual lo lleva a suponer que ya había una decisión tomada, independiente de que se analizaran o no los elementos que se debían haber entregado, solicitando a la Juez de primera instancia enviar dichos documentos al *ad quem* ya que ella no se tomó la molestia de analizarlos.

Prosiguió arguyendo que las razones de la *a quo* siguen siendo las mismas que tuvo para pregonar la improcedencia de su solicitud, esto es la extemporaneidad porque dio el mismo argumento, pero si la Juez hubiera estado atenta al sustento de su solicitud y no tuviera el afán de negarla de manera tajante, hubiera entendido que en ningún momento él habló de que se había dado cuenta del proceso de reestructuración porque si no, no estaría

Radicado: 05001-60-00248-2010-00081
Procesado: Carlos Emilio Pinel Correa
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

ejerciendo la Defensa del señor Carlos Emilio porque éste no estuviese siendo judicializado.

Entonces, no es que no se hubieran enterado que VESMODA había sido incluida en un acuerdo de reestructuración, lo que sobrevino fue el acceso al elemento material probatorio que así lo acreditaba. Ese elemento fue el que echó de menos el Juez el 27 de septiembre de 2018 al momento de negar la solicitud incoada por la Fiscalía General de la Nación, y que afirma, no era la misma solicitud aunque sí similar a la que ahora se deprecia; por ende, afirma que no es dable decir que la situación es conocida desde antes, es que no tuvieron acceso a dicho elemento sino hasta cuando el Tribunal permitió que la Defensa pudiera pedir una prueba sobreviniente y, en ese paquete de pruebas, estaba el acta de inicio de la reestructuración de VESMODA.

Acepta además que no todos los elementos que aparecen en la Cámara de Comercio son de dominio público, salvo que la Juez tenga una información diferente y eso ya sería del conocimiento privado suyo lo cual no se puede argumentar en una audiencia. Razón por la cual sí era sobreviniente porque, insiste, pudo acceder a esa información a partir de la orden que dio el Tribunal Superior de Medellín el 5 de agosto de 2021 y en ese elemento material probatorio estaba la constancia que decía que se había inscrito. Reitera pues que no es que no lo supiera, es que no tenía el documento y solo lo pude conseguir después de la orden de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, tras la negativa de la *a quo*.

Señala además que se trata de un asunto complicado, porque si tuviera razón la Juez, también se debe acudir al artículo 228 de la Constitución Nacional, que establece la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, y si se está ante una situación clara en la que la misma legislación tributaria ordena que las personas que están ya en esos procesos de reestructuración de la Ley 550 y que la Corte Suprema de Justicia equiparó a las de la Ley 1116, para concluir que no se podía iniciar el proceso, en este caso entonces la Juez pretende imponer el derecho procesal sobre el sustancial, pese a que el proceso necesariamente está destinado a terminar así, lo cual incluso fue admitido por la delegada de la Fiscalía. Considera así mismo que la afirmación

de la *a quo* de que tampoco debería prosperar la preclusión porque, según ella el delito ya se había consolidado, entonces arguye la Defensa que para qué se adelanta un proceso si ya la falladora, sin terminar el juicio, afirmó que los delitos investigados ya se han consolidado; que se profiera condena entonces ya que no hay debate.

Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, como ya ha ocurrido en dos ocasiones dentro de este asunto, y en su lugar se acceda a la solicitud de preclusión.

3.9.1. La delegada de la Fiscalía General de la Nación no se pronunció como sujeto procesal no recurrente.

3.9.2. El Representante de la Víctima – DIAN como sujeto procesal no recurrente. Indica que de la exposición realizada por el defensor al momento de sustentar su solicitud es claro que lo referido fue que la constancia de la Cámara de Comercio se trataba de un documento sobreviniente con el que apenas se vino a dar cuenta o tuvo conocimiento de que la SA VESMODA estaba inmersa o admitida en un proceso de reorganización. Lo anterior no es claro para la DIAN, pues si bien fue la propia empresa la que realizó el trámite ante la Superintendencia con el fin de lograr la reorganización y ya estaba inscrita en Cámara de Comercio, lo cual sí es público y sí se puede tener acceso en cualquier momento, entonces venir ahora a hablar de un documento sobreviniente del que apenas se vieron a dar cuenta, es confuso.

Ratifica su solicitud de que no se acceda a la solicitud de la Defensa.

3.10. Una vez concedida la apelación, la Juez de primera instancia consideró necesario realizar las siguientes precisiones: i) los elementos solicitados por el defensor serán incorporados al expediente; ii) ella no solicitó los documentos para examinarlos toda vez que, salvo mejor y más calificado criterio, los argumentos esbozados por la Defensa, resultaban suficientes para resolver la pretensión; con ello lo que buscaba la *a quo* era garantizar el debido proceso, porque de examinar los elementos entonces se podría estructurar una causal de impedimento; iii) dadas las manifestaciones del defensor, precisó advertir

que ella no tiene ningún interés particular en el resultado de este trámite, que aplicó solo las reglas en la mejor medida de lo posible, no conoce al procesado, ni a su Defensa, ni al representante de la DIAN, como para suponer como lo hizo la Defensa de manera irrespetuosa, que tiene algún interés particular y sesgado en este asunto; y iv) se han respetado las garantías fundamentales de quienes comparecieron a este trámite.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Competencia

Esta Sala de decisión es competente para resolver el asunto según lo dispone el numeral primero del artículo 34 de la Ley¹ 906 de 2004.

4.2. Problema jurídico

Fue acertada la decisión de la Juez de primera instancia de negar la preclusión incoada por el Defensor del ciudadano procesado quien, con fundamento en el párrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, hizo alusión a la causal primera de dicha norma, por considerar que había una imposibilidad de iniciar la acción penal.

4.3. Valoración y respuesta al problema jurídico

4.3.1. Pues bien, partiremos por indicar que la terminación anticipada de una causa penal en los términos de las causales 1 y 3 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, está justificada en la objetividad que, de suyo, representa cada una de ellas. Por ello, el legislador habilitó a quienes no son titulares de la acción penal y aun en etapa de juzgamiento, a invocar su ocurrencia para terminar con el trámite del proceso.

¹ Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito. Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen:

1. De los recursos de **apelación contra los autos** y sentencias que en primera instancia **profieran los jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito. (Negrilla fuera de texto)

Ahora, el hecho de que la causal primera “*Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*” y la tercera “*Inexistencia del hecho investigado*” tengan como denominador común la posibilidad de alegación en el trámite del juicio, no pueden confundirse en tanto la primera en mención es un asunto eminentemente legal y por ello ligado a mundo del deber ser. Y, la “*Inexistencia del hecho investigado*” se refiere, por definición propia, a la materia o realidad objetiva y por ello atado al mundo del ser. Sobre estas dos causales objetivas, la Corte Constitucional en sentencia C-920 de 2007, señaló:

“La imposibilidad de proseguir con el ejercicio de la acción penal, durante el juicio, puede surgir debido a un evento sobreviniente a la acusación, como puede ser la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal.² Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad.

En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado³

Así pues, la fuerza de cosa juzgada que entraña la preclusión, como decisión que pone fin al ejercicio de la acción penal de manera anticipada, exige que la causal que la funda se encuentre demostrada de manera cierta o, lo que es igual, que respecto de la misma exista conocimiento más allá de toda duda razonable, tal y como lo ha dicho en varias oportunidades la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴:

*“Acerca de la preclusión y sus efectos, la jurisprudencia y la doctrina de manera unánime han pregonado que **es imprescindible la demostración plena de la causal invocada, de modo que si perviven dudas sobre su comprobación, el funcionario judicial está compelido a continuar el trámite.***

Sobre el particular, esto dijo la Sala en sentencia del 25 de mayo de 2005, radicado 22.855:

² En providencia de julio 1° de 1980 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP. Alfonso Reyes Echandía, se contempla una pormenorizada casuística sobre los diversos eventos que estructuran las causales que dan lugar a la preclusión de investigación y a la cesación de procedimiento, figura ésta prevista en normatividades anteriores y fundada en las mismas causales de aquella.

³ Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁴ CSJ AP, 24 jun. 2008, Rad. 29344; CSJ AP, 27 sept. 2010, Rad. 34177; CSJ AP, 24 jul. 2013, Rad. 41604CSJ; y AP, 18 de junio de 2014, Rad. 43797.

“Significa lo anterior que la alternativa de poner fin al proceso por esta vía supone la existencia de prueba de tal entidad que determine de manera concluyente la ausencia de interés del Estado en agotar toda la actuación procesal prevista por el legislador para ejercer la acción penal, dando paso a un mecanismo extraordinario por virtud del cual pueda cesar de manera legal la persecución penal”. (Negrillas de la Sala)

Así mismo, frente a estas dos causales, la Corte Constitucional señaló que la doctrina las ha caracterizado como de naturaleza objetiva, es decir que su constatación no demandaría juicios, valoraciones o interpretaciones ponderadas, y que en su particular criterio:

“El rasgo determinante para el efecto, radica en que se trata de causales que no imponen un pronunciamiento sobre el asunto de fondo, ni sobre la responsabilidad del procesado, aunque efectivamente como lo ha señalado la Corte, y lo admite la Procuraduría, no sean siempre de fácil constatación empírica, y eventualmente generen controversia sobre su estructuración.

Observa la Corte que las dos causales a que se refiere el precepto acusado tienen en común que no comportan un pronunciamiento sobre la responsabilidad del acusado. No obstante ése mismo rasgo puede predicarse de la causal 7ª prevista en el artículo 332, que contempla como motivo de preclusión el “Vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este Código”⁵. (Negrillas de la Sala)

Argumentó la Corte Constitucional, que la regulación legal de las causales, sujetos legitimados y oportunidad procesal para requerir la preclusión, obedecen claramente a la lógica estructural del modelo acusatorio de procesamiento y respeta las reglas propias de sus elementos esenciales. Así, frente a la legitimación de una parte distinta a la que ostenta la titularidad de la acción penal, en la etapa de juzgamiento, precisó:

“Una vez que se ha formalizado la acusación, con el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 337, el escenario previsto por el legislador para controvertir los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que le dan sustento al escrito acusatorio, es el juicio mismo, a través de las diferentes audiencias que lo integran. Como consecuencia de tal concepción las posibilidades de solicitar una preclusión en la fase de juzgamiento quedan reducidas a la constatación de una circunstancia, sobreviniente a la acusación, que impida proseguir con la acción penal,

⁵ Art- 294. Vencimiento del término. Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior. **En este evento el superior designará a un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de treinta (30) días, contado a partir del momento en que se le asigne el caso. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el ministerio público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento**”. El aparte resaltado corresponde al inciso 2º del artículo 294. Por su parte el artículo 175 establece que el fiscal dispone de 30 días a partir de la formulación de imputación para presentar la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad.

o la verificación de la inexistencia – fáctica- del hecho investigado.”
(Resaltado de la Sala).

4.3.2. En síntesis, atendiendo a la interpretación constitucional anteriormente señalada, la solicitud de preclusión incoada con posterioridad a la presentación del escrito de acusación debe estar fundada en que sobrevengan las causales primera y tercera del artículo 332 *ejusdem*, pues el párrafo del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal dispone que:

*“Durante el juzgamiento, **de sobrevenir** las causales contempladas en los numerales 1º y 3º, el Fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”.* (La negrilla es de la Sala).

Como puede advertirse, en estos supuestos la solicitud debe cumplir con el condicionamiento de ser sustentada en elementos de convicción que surjan con posterioridad a la radicación del escrito de acusación.

4.3.3. Así pues, arribando al caso concreto, en cuanto a la causal aludida por la Defensa, esto es, la imposibilidad del ejercicio de la acción penal⁶, la misma está relacionada con la ocurrencia de ciertos eventos de naturaleza objetiva que conspiran en contra del ejercicio de la acción penal, por haberse presentado la extinción de la misma. Siendo importante tener en cuenta que, salvo las causales objetivas de preclusión⁷, quien depreca una petición en tal sentido le asiste la carga probatoria de demostrar con absoluta certeza y sin lugar a duda alguna la ocurrencia de la misma, como así lo ha manifestado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente forma:

*“De manera tal que tratándose de la aplicación del instituto de la preclusión de la investigación es requisito ineludible acompañar los elementos materiales de prueba o evidencia física necesarios para demostrar la configuración de la causal alegada, la cual no se satisface con la simple versión de los hechos suministrada por el indiciado, sino acompañando los medios de prueba que corroboran su configuración fáctico-jurídica con categoría de certeza...”*⁸

Al aplicar este marco teórico al *sub judice*, no le asiste razón a la Defensa en el reproche formulado en contra de la decisión del Juzgado de primera

⁶ Consagrada en el numeral 1º del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal.

⁷ Enlistadas en el artículo 82 del Código Penal.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Providencia 2ª Instancia del 15 de julio de 2009. Proceso # 31780. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Radicado: 05001-60-00248-2010-00081
Procesado: Carlos Emilio Pinel Correa
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

instancia en cuanto advertimos, de entrada, que la sentencia citada por la Defensa como referencia jurisprudencial -SP3001-2015 del 18 de marzo de 2015, Radicado 42822, MP Patricia Salazar Cuellar- es disanalógica en tanto en la misma no se analiza un asunto de preclusión ni la legitimación para deprecarla, se trata de una sentencia ordinaria. Consideramos innecesario el análisis respecto a las Leyes aludidas por la Defensa -Ley 633 de 2000 y 1116 de 2006- que según adujo son asimilables, pues tal planteamiento no lo abordaremos de fondo por las razones que se expondrán a continuación.

Dicho lo anterior, resulta importante resaltar que al momento de la exposición de su solicitud, el abogado simplemente indicó que solo cuando la Fiscalía le dio traslado de la carpeta con que contaba, encontró una constancia de la DIAN sobre el proceso de reestructuración en que, afirma, se encontraba VESMODA SA, siendo esta circunstancia la que lo impulsó a realizar la solicitud de preclusión; sin embargo al momento de sustentar el recurso de alzada, el abogado adiciona a su argumento inicial el hecho de que sí sabía del proceso de reestructuración de la empresa que representaba su prohijado, pero que le había sido imposible acceder a los documentos que lo acreditaban y que era esa la situación sobreviniente. Es decir, de la solicitud inicial se colige que era una situación novedosa para el abogado –y de paso para su asistido-, pero en el recurso de apelación, tras la negativa de la Juez de primera instancia en acceder a lo pretendido bajo el argumento de que no se trataba de una situación sobreviniente, la Defensa intenta subsanar el yerro indicando que, si bien conocía la situación de la empresa, lo que sobrevino fue el elemento material probatorio que lo probaba.

Si se tiene en cuenta que el defensor de Pinel Correa cuenta con poder para su representación dentro de este proceso penal desde, por lo menos, el 6 de diciembre de 2017, esto es mucho antes de que se realizara la primera audiencia, no comprende esta Sala cuál pudo haber sido la razón para que el abogado y el procesado no realizaran por sí mismos las gestiones para obtener los documentos que, según afirman, acreditaban ese acuerdo de reestructuración, pero lo cierto es que no se trata de una situación que haya sobrevenido luego de la formulación de acusación. Máxime si se tiene en cuenta que Carlos Emilio Pinel Correa es el representante legal de VESMODA

SA, luego por más que dicho documento de “acuerdo de reestructuración” haya estado sometido a algún tipo de reserva –situación que tampoco se acreditó en este asunto-, resulta poco razonable afirmar que, a él, como representante legal, se le haya negado el acceso a dicho documento, si se encontraba registrado en Cámara de Comercio.

Al respecto resulta oportuno recordar que la Cámara de Comercio es la entidad encargada de mantener y administrar el registro mercantil de las empresas en Colombia, por ende, es común que los documentos relacionados con la estructura y la operación de una empresa, tales como los estatutos, actas de asamblea y otros similares, se encuentren archivados en la Cámara de Comercio correspondiente.

Así pues, en Colombia, el acceso a los documentos de una empresa, incluidos los de reestructuración, está regido principalmente por el Código de Comercio y las disposiciones de la Superintendencia de Sociedades; teniéndose para el efecto, lo consagrado en el artículo 26 del Código de Comercio que establece: **“El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad. El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.”**

Aunado a lo anterior habremos de advertir que *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* es un principio universal del Derecho según el cual ninguna persona puede alegar a su favor su propia culpa, en razón a que sus actos y consecuencia son su responsabilidad. En este caso se cuenta con el abogado del representante legal de una empresa que –según él mismo lo afirmó- desde siempre supo de una situación que luego de más de 7 años del curso de un proceso penal en su contra, apenas viene a alegar, estando *ad portas* de un juicio, que había una situación que considera, libra de responsabilidad penal a su prohijado.

Además, para acreditar sus afirmaciones, el abogado ni siquiera aportó los documentos que permitan probar, superando el baremo impuesto por la

legislación respecto de la duda probatoria, la circunstancia que plantea pues, de los elementos arribados a esta Sala, el único apartado en el que se hace mención al acuerdo de reestructuración es en el folio 2, página 2 del Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio Aburra Sur, en donde se señala:

“CERTIFICA: QUE MEDIANTE DOCUMENTO PRIVADO DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 2009, INSCRITO EL 14 DE ENERO DE 2010 BAJO EL NUMERO 00000208 DEL LIBRO XVIII, SE INFORMO SOBRE LA TERMINACION DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION DENTRO DEL TRAMITE DE REACTIVACION EMPRESARIAL DE LA EMPRESA DE LA REFERENCIA”

Es decir, son 30 folios los que contiene el documento aportado por la Defensa para sustentar la solicitud de preclusión, y lo anterior es lo único que da cuenta y menciona el acuerdo de reestructuración que se alega, y es con ello con lo que el apoderado del acusado busca en su favor, el decreto de preclusión. Siendo a todas luces insuficiente e irrazonable porque, de un lado, no se trata de una situación sobreviniente que habilite su legitimación para solicitar la terminación del proceso por un motivo anticipado al tratarse de una prerrogativa procesal reservada única y exclusivamente a la Fiscalía como titular de la acción penal. Y, del otro, porque de ninguna manera cumplió con las cargas procesales que le incumbían de demostrar la ocurrencia de la causal alegada, desconociendo esta Judicatura las razones de hecho y de derecho por las cuales se presentó tal situación, pues tampoco se argumentó nada al respecto.

De acuerdo a lo anterior se tiene que en el presente asunto se vislumbra necesario adelantar la etapa de juicio oral con el fin de que, en el debate probatorio, con la garantía de contradicción de la prueba y bajo un debido proceso para todas las partes, se logre esclarecer la situación aludida por la Defensa en la solicitud de preclusión que, iteramos, no genera la convicción que alega el defensor.

4.3.4. Con base en lo expuesto, esta Sala considera que le asistió razón a la *a quo* al no acceder al pedimento de la Defensa tendiente a obtener la

Radicado: 05001-60-00248-2010-00081
Procesado: Carlos Emilio Pinel Correa
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador

preclusión de la actuación, por cuanto el defensor no se encontraba legitimado para realizar la solicitud incoada y, además, de haberlo estado, el elemento por él aportado tampoco es suficiente para demostrar más allá de toda duda la causal de preclusión invocada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE** la decisión proferida el pasado 7 de febrero, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia negó la solicitud de preclusión incoada por la Defensa.

Esta providencia se notifica en estrados. Contra ella no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO

HENDER AUGUSTO ANDRADE BECERRA

Firmado Por:

Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Hender Augusto Andrade Becerra
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Nelson Saray Botero
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **65e2c5012db54593d3406698c8beed4ff46b607d4d6eb6dd347f1bcefa36f093**

Documento generado en 06/03/2024 04:18:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>