



Radicado: 050016000248201815425
Procesado: Luis Sander Gutiérrez Sánchez
Delito: Omisión del agente retenedor o
recaudador
Decisión: Confirma y modifica
Magistrado ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín
Acta Nro. 075

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Sala Novena de Decisión Penal

Medellín, doce de junio de dos mil veinticuatro.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Envigado, el 16 de enero de 2024, mediante la cual condenó al señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez, previo allanamiento a los cargos que en su contra fueron formulados por la Fiscalía General de la Nación.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

Los hechos génesis del presente proceso, sucedieron, según lo consignado en la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

“La DIAN presentó denuncia penal en contra del señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez, con domicilio en Sabaneta en la carrera 44-75 Sur 211 por cuanto éste actuando en nombre de la empresa ALTURA SAS con NIT 811044177-6, presentó las declaraciones tributarias que a continuación se relacionan y no las pagó, y el plazo dado por el Gobierno para su pago también se venció.

CONCEPTO	AÑO	BIMESTRE	VALOR IMPUESTO	FECHA VENCIMIENTO	FECHA DELITO
VENTAS	2013	01	4.855.911	20-05-2013	20-07- 2013
VENTAS	2013	02	9.046.000	17-09-2013	17-11- 2013
VENTAS	2014	01	14.113.000	19-05-2013	19-07- 2014
VENTAS	2014	02	12.943.000	16-09-2014	16-11- 2014
VENTAS	2015	03	10.896.188	21-01-2016	21-03- 2016
VENTAS	2016	02	8.826.000	13-09-2016	13-11- 2016
VENTAS	2016	03	15.502.391	20-01-2017	20-03- 2017
VENTAS	2017	01	8.069.000	12-05-2017	13-07- 2017
VENTAS	2010	09 (sic)	798.000	13-10-2010	13-12- 2010
Total: \$85.049.490					

Por estos hechos la Fiscalía, ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Sabaneta, en audiencia celebrada el 26 de enero de 2021, formuló imputación en contra de Gutiérrez Sánchez por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, previsto en el artículo 402 del Código Penal, conducta que él no aceptó.

El conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado, oficina judicial ante la cual se adelantó la audiencia de formulación de acusación el 21 de septiembre de 2022.

Mediante orden verbal del 15 de mayo de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado, atendiendo a los parámetros establecidos en el acuerdo CSJANTA23-82 del 28 de abril de 2023, emanado del Consejo Seccional de la Judicatura, remitió la presente causa penal ante su Homólogo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Envigado.

Asumido el conocimiento, mediante auto del 5 de junio de 2023, se llevó a cabo la audiencia preparatoria el 14 de junio de la misma anualidad; posteriormente se instaló el juicio oral el 26 de octubre, en el cual el defensor público manifestó que su prohijado deseaba allanarse a los cargos imputados. Luego de que el Despacho le pusiera de presente al acusado los aspectos referentes a la aceptación unilateral de cargos y sus consecuencias, el señor Gutiérrez Sánchez ratificó que de manera libre y voluntaria se allanaba a las conductas a él imputadas.

El Juez de Conocimiento constató que el allanamiento a cargos se efectuó con el respeto de las garantías fundamentales, impartiendo aprobación a la aceptación unilateral de cargos efectuada por el procesado Gutiérrez Sánchez y se realizó la audiencia de individualización de la pena. El 16 de enero del año en curso se profirió la correspondiente sentencia condenatoria.

En la providencia que puso fin a la instancia, en primer lugar, el Juez de Conocimiento indicó que, de los elementos de convicción arribados por la Fiscalía Delegada, se establecía el mínimo de prueba requerido en los casos de allanamiento a cargos, respecto de la responsabilidad del procesado. A continuación, sentó su posición apartándose de lo señalado por la Corte Suprema de

Justicia en punto a que no resulta exigible el reintegro patrimonial en allanamientos, como condición de procedibilidad para la rebaja de pena. En ese sentido el *A quo* precisó que esa agencia judicial no equipara los allanamientos con los preacuerdos y por ello no exige el reintegro patrimonial de acuerdo al principio de interpretación menos traumático para el acusado.

Para sustentar su posición el Juez de instancia realizó un esbozo de la línea jurisprudencial sostenida por la Alta Corte desde el año 2005, la cual varió en 2008, mediante la sentencia 21.953 del Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés. Indicó que para los años 2011 y 2014 la Corte Suprema de Justicia reiteró las diferencias sustanciales entre las figuras de allanamiento y preacuerdo, no obstante, la línea sufrió una ruptura mediante la decisión SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017, en la cual se determinó que el allanamiento es una forma de acuerdo.

Destacó que esa postura ha sido reiterada en las decisiones SP436- 2018, AP 55.166, y SP287-2022 (55914), sin embargo, esta última tuvo el salvamento de voto de los Magistrados Patricia Salazar Cuéllar, Fernando León Bolaños, Gerson Chaverra Castro y Diego Eugenio Corredor Beltrán; quienes señalaron que debe distinguirse entre allanamientos y preacuerdos y, por ende, no es exigible el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 349 del C.P.P. para el allanamiento.

Acotó que ni la Corte Suprema de Justicia ni su superior Jerárquico, esto es el Tribunal Superior de Medellín han tenido una doctrina pacífica en torno a la equiparación de estas dos figuras, no obstante, la Corte Constitucional si ha sostenido una postura uniforme. Finalmente expuso que no es viable equiparar allanamientos y acuerdos, toda vez que el allanamiento a cargos es

un acto unilateral, puro, simple e incondicionado, mientras que los preacuerdos son actuaciones bilaterales, complejas, condicionadas y sujetas a negociaciones entre las partes.

Al realizar la correspondiente dosificación punitiva, el Juez Tercero Penal del Circuito de Envigado partió de la pena prevista en el artículo 402 del Código Penal, esto es, 48 a 108 meses de prisión. Luego de establecer los cuartos de movilidad, aseveró que, al no haberse deducido circunstancias de mayor punibilidad, se ubicaría en el mínimo del primer cuarto, es decir, 48 meses.

Determinó el fallador que, por razón del concurso de conductas punibles, dicha pena se aumentaría en 2 meses por cada uno de los eventos, para un total de 64 meses de prisión, y al haberse efectuado la aceptación unilateral a cargos en la audiencia de juicio oral, el justiciable tenía derecho a la rebaja de la 1/6 parte, quedando la pena definitiva a imponer en cincuenta y tres (53) meses y diez (10) días de prisión.

Respecto de la sanción pecuniaria manifestó que, conforme con lo previsto por el artículo 402 del Código Penal, equivalía inicialmente al doble de lo no consignado, esto es \$170.098.980, y dando aplicación igualmente a la rebaja de la 1/6 parte, la multa se fijaría en \$141.749.150.

Concluyó el Juez de primer grado que atendiendo a que para la época de los hechos estaba vigente la Ley 1474 de 2011, la cual consagró la prohibición expresa a la concesión de subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional respecto de las conductas delictivas

cometidas contra la administración pública, no era viable la suspensión condicional ya que adicionalmente se encontraba vigente la Ley 1709 de 2014. En consecuencia, el señor Gutiérrez Sánchez debía descontar la pena impuesta en Centro carcelario.

Notificada en estrados la sentencia a las partes, el apoderado de la DIAN interpuso el recurso de apelación, el que sustentó dentro del término legal.

DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:

El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, luego de referirse a los hechos y al acontecer procesal solicitó la revocatoria o la modificación de la sentencia de primera instancia a efectos de que se exija al procesado el reintegro del dinero obtenido con el delito, con lo cual incrementó su patrimonio, requisito exigido de forma reiterativa por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia para acceder a la rebaja de pena por el allanamiento a cargos o modificando el término de condena.

Indicó que, una vez la DIAN formuló la denuncia penal contra el procesado por la presunta comisión de la conducta punible de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador aportó todos y cada uno de los documentos que la soportaban, los que fueron enunciados por la Fiscalía en la acusación.

Arguyó que en este caso se hace un recuento de varias decisiones en el que se indica que para que se conceda rebaja punitiva es necesario que se haga un reintegro del incremento patrimonial, no obstante, el Juez de instancia,

desconoce la jurisprudencia aplicable al caso y que está vigente al momento de surtirse el allanamiento a cargos, la cual exige dicha devolución.

Adujo que el allanamiento a cargos es una modalidad de acuerdo, de conformidad a lo dicho en la sentencia SP14496-2017 del 27 de septiembre de 2017 y que además la Corte Suprema recogió la tesis contraria y sostenida hasta 2008 y que previamente había dilucidado en el año 2005. De allí que considere inadmisibles que el *A quo* emita sentencia condenatoria con rebaja de pena sin exigir el reintegro de los dineros oficiales apropiados, desconociendo la precitada tesis jurisprudencial, vigente desde 2017 y que ha sido reiterada en varias oportunidades por la Alta Corte.

Tras aludir a la decisión emitida por el Magistrado Leonardo Efraín Cerón Eraso dentro del Radicado No. 050016000206201021905 y en la que, en su criterio, se citaron argumentos sólidos y claros frente a la aplicación del precedente jurisprudencial, indicó que el Fallador tenía el deber de exigir al procesado el reintegro de los dineros oficiales apropiados, incremento patrimonial obtenido con el delito, para otorgarle rebaja de pena, y que con su omisión se vulneraron los derechos a la reparación de la víctima, que para este caso es el Estado y la DIAN.

El Delegado de la Fiscalía General de la Nación y el apoderado judicial de la Defensa, en su condición de no recurrentes, se abstuvieron de manifestarse respecto de las pretensiones del apelante.

CONSIDERACIONES:

La competencia de esta Corporación se restringe en la presente oportunidad a decidir sobre los pedimentos elevados por el recurrente, extendida desde luego a los que le estén vinculados en forma inescindible, sin que advierta irregularidad alguna en el trámite, y menos aún, con la entidad suficiente para generar la invalidación de lo actuado y, en consecuencia, resulta viable abordar el estudio de fondo del asunto.

Por la apelante se discute principalmente lo relacionado con la rebaja de pena que le fue otorgada por el Juzgado de primera instancia al señor **Luis Sander Gutiérrez Sánchez**, la que no era procedente en virtud del incumplimiento del precepto contenido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues no hizo devolución alguna del incremento patrimonial, y de manera subsidiaria, que se hayan concedido rebajas al momento de tasar la pena.

Se debe indicar que, con el cambio de la forma de enjuiciamiento criminal traída en el Código de Procedimiento Penal del año 2004, además de la variación del paradigma del sistema inquisitivo –reglado en la Ley 600 de 2000– al sistema penal con tendencia acusatoria, lo cual incluyó una gran modificación estructural e institucional, y en concreto, para el caso que nos ocupa, consagró una incorporación y regulación al régimen de los preacuerdos y allanamientos.

El artículo 8° del CPP establece una serie de garantías y prerrogativas para el imputado, así en el literal *k)* se estableció que cuenta con el derecho a *“un juicio público, oral, contradictorio, concentrado e imparcial, con inmediación de las*

pruebas y sin dilaciones injustificadas”, al cual puede renunciar de manera libre, voluntaria, espontánea e informada, con miras a lograr la terminación anticipada del proceso que se sigue en su contra, en virtud de una declaración de responsabilidad penal a cambio de algunos beneficios punitivos.

El título II del Libro III de la Ley 906 de 2004, se denominó *“Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”*, donde se establecieron las formas en que se puede dar ese supuesto, esto es, mediante la negociación de los términos de la imputación —preacuerdo— o por la aceptación unilateral de los cargos —allanamiento—. En cuanto a esta última hipótesis, el artículo 351 estableció todo lo relacionado con las rebajas de pena a las que pueden hacerse acreedores en el trasegar del proceso penal.

Dentro del mencionado título, entre otras disposiciones, se incluyó el artículo 349, cuya literalidad señala:

“IMPROCEDENCIA DE ACUERDOS O NEGOCIACIONES CON EL IMPUTADO O ACUSADO. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, no se podrá celebrar el acuerdo con la Fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.”

En cuanto a la aplicación de esta norma al momento de efectuarse el allanamiento a cargos por parte de los procesados, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde el mes de septiembre del año 2017 realizó un cambio en su jurisprudencia, indicando que el allanamiento a cargos: *“constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en*

tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la Ley 906 de 2004”¹.

En la aludida providencia, se argumentó:

“Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

*En este sentido la Corte recoge la tesis contraria hasta ahora sostenida y reiterada a partir del pronunciamiento proferido por decisión de mayoría **CSJ SP 8 Abr 2008, Rad. 25306**, y ratifica la sentada primigeniamente (cfr. **CSJ SP 23 Ag 2005, Rad. 21954** y **CSJ SP 14 Dic 2005, Rad. 21347**) con todas las consecuencias que de ella se derivan (**CSJ SP 4 May 2006, Rad. 24531** y **CSJ SP 23 May 2006, Rad. 25300**). (...)*

La Corte debe precisar, finalmente, que como en este evento los Juzgadores de instancia, acorde con la jurisprudencia por entonces vigente, decidieron no aplicar las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004 que conforme al entendimiento que ahora se reproduce, permite declarar la improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado si éste hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del crimen cometido, hasta tanto se reintegre por lo menos el 50% del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente, resulta claro que en respeto por el debido proceso, dado el carácter restrictivo de esta intelección, la misma no será aplicada al caso presente.”²

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP14496 del 27 de septiembre de 2017. Radicado 39.831.

² *Ibidem*.

Acorde con esa tesis argumentativa, la Alta Corporación ha mantenido una consolidada línea jurisprudencial³ en la que de manera mayoritaria se ha ratificado dicha postura, la cual ha acogido plenamente esta Sala de Decisión en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica y coherencia del ordenamiento jurídico, en el entendido de que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de negociación entre el imputado y la Fiscalía, en razón al ofrecimiento de descuentos punitivos que se le efectúa para que decida si acepta los cargos que se le atribuyen, y lleva la aplicación irrestricta del artículo 349 del C.P.P, entre otros.

Sobre este tema y siguiendo la línea imperante actualmente en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia SP3883-2022, Radicado 55897, se analizó si el mandato contenido en el artículo 349 del C.P.P es aplicable en los allanamientos a cargos, concluyéndose que en efecto sí lo es, dado que el allanamiento es una modalidad de preacuerdo. Al punto, señaló la entidad:

“De tal forma, aplicando el criterio seguido desde el 2017 por la Corte conforme con el cual el allanamiento es una forma de acuerdo, el presupuesto de validez exigido por la citada norma, consecuentemente, rige de igual manera para los casos de allanamiento a cargos que involucren delitos cuya comisión ha generado un incremento patrimonial al actor.

Seguir una postura contraria, esto es, orientada a sostener que la aceptación de cargos en la audiencia de imputación está exenta del cumplimiento del presupuesto de reintegro, contraviene las finalidades de los “Preacuerdos y negociaciones entre la Fiscalía y el imputado o acusado” consagrados en el artículo 348 ibidem, principalmente, entre otros, aquellos referidos a activar la solución de conflictos sociales que genera el delito y propiciar la reparación de los perjuicios ocasionados

³ Véase entre otras: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP4884 del 30 de octubre de 2019, Radicado 54.954; AP504 del 19 de febrero de 2020, Radicado 55.166; SP830 del 11 de marzo del año en curso, Radicado 53.252; AP1704 del 29 de julio de 2020, Radicado 56.547; AP1906 del 12 de agosto de 2020, Radicado 56.254; AP2113 del 2 de septiembre de 2020, Radicado 56.903; SP3212 del 19 de agosto de 2020, Radicado 56030. SP287-2022 Radicado 55914. SP3883-2022, Radicado 55897.

con éste, a cuyo cumplimiento apunta la obligación de reintegrar el incremento patrimonial logrado con la conducta punible.

Adicionalmente, la teleología de las normas regulatorias de la justicia premial, no está dirigida a enviar el equivocado mensaje de que el delito es rentable y/o vale la pena, pues esa sería la señal que deja, aprobar la aceptación de cargos de quien quedándose con las ganancias de su actuar ilícito, adicionalmente recibe beneficios punitivos. Delinquir y someterse a la justicia, no puede generar de manera alguna, rentabilidad”.

Acerca del raciocinio que presenta la Alta Corporación, no encuentra esta Sala de Decisión que existan razones o motivos suficientes que permitan apartarse de él, además de que no es posible aceptar que quien a partir de la comisión de un delito ha obtenido un beneficio económico también pueda recibir una rebaja de pena, sin siquiera haber reintegrado la mitad del fruto de su actuar ilícito y asegurar el pago del restante, pues ello acarrearía una afectación a la garantía de reparación, propia del sistema penal con tendencia acusatoria que se implementó con el cambio de forma de enjuiciamiento criminal.

Lo anterior lleva a que no se compartan las explicaciones brindadas por el Juez de primera instancia en la sentencia que se revisa, no obstante, considera esta Magistratura se cumplió con la carga argumentativa exigida por la jurisprudencia y se dio aplicación al principio de inercia de Perelman, en tanto, se observó una exposición razonada y fundada de los argumentos. Frente al particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó:

*“Luego entonces, no se trata de sacrificar el principio de independencia judicial a costa de dar prevalencia a los principios de igualdad y seguridad jurídica, pero sí de exigir a los jueces que en caso de apartarse de la jurisprudencia, lo hagan de manera razonada y no caprichosa como lo hizo el juez de primera instancia en el presente asunto, debiendo exponerse razonadamente las causas que los motivan a alejarse de los parámetros interpretativos previamente fijados por el órgano de cierre de la jurisdicción, ofreciendo en todo caso, **mejores razones** para ello.*

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto y de la simple lectura de lo argumentado por el a-quo, es fácil deducir su yerro al separarse del precedente jurisprudencial fijado por la Corte a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 2017 (Rad. 39831), utilizando escasos argumentos y sin mayor y mejor consideración por debatir la postura seguida por la Sala. Luego entonces, su deber constitucional y legal, era dar aplicación al precedente jurisprudencial.”⁴

Debe remarcarse que en la providencia de instancia sí se expusieron razones suficientes para apartarse del precedente jurisprudencial ampliamente mencionado, y que el *A quo* hizo alusión a los pronunciamientos anteriores que hicieran otras Salas de Decisión de esta Corporación e incluso a providencias emitidas por la Corte Constitucional en punto de la diferente naturaleza que detentan los preacuerdos y allanamientos, lo cual se torna interesante para el debate argumentativo que los procesos penales concitan pero no se considera suficiente para sostener que hay mejores razones para apartarse del precedente jurisprudencial, por lo que no es ajustada la posición del Juez de primer grado, máxime cuando esta Sala de Decisión comparte el criterio del órgano rector en lo penal.

Como se vio, a pesar de que el señor **Luis Sander Gutiérrez Sánchez** puede aceptar –total o parcialmente– los cargos atribuidos por el ente acusador –dado que es una garantía y una prerrogativa del proceso penal– lo cierto es que tal acto unilateral está limitado por lo prescrito en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, respecto de la posibilidad de reducción de la pena por la falta de reintegro del cincuenta por ciento (50%) del valor equivalente a lo percibido y de asegurar el restante, en razón de que a partir de la comisión de la conducta punible la sociedad de la cual él era el representante legal obtuvo un incremento patrimonial, pues no se debe olvidar que estamos ante una

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP3883 del 26 de octubre de 2022. Radicado 55897.

calificación jurídica de Omisión de agente retenedor o recaudador, donde se afectó el patrimonio público.

No se puede alegar un vicio en el consentimiento del señor **Luis Sander Gutiérrez Sánchez** en virtud del ofrecimiento de rebaja de pena derivado de la aceptación de los cargos enrostrados, pues en la audiencia llevada a cabo el 26 de octubre de 2023⁵ el Juez que dirigió la audiencia, de manera clara e inequívoca, le puso de presente el precedente jurisprudencial y su postura relativa a que él si concedía rebaja, no obstante ello podía ser revocado por su superior jerárquico; por lo que después de efectuada dicha amonestación, y de manera verbal, el procesado aceptó los cargos. En ese momento, se efectuaron las verificaciones de rigor, encontrando que dicha declaración fue emitida de manera libre, espontánea, consiente y debidamente asistida por su Defensor, motivo por el cual fue aceptada por la Judicatura.

En esas condiciones, no hay duda en cuanto a que al **señor Luis Sander Gutiérrez Sánchez** se le puso de presente la posibilidad de obtener o no una rebaja de pena derivada de la exigencia de reparación o reintegro de los dineros recaudados por concepto de impuesto sobre las ventas dejados de consignar al erario público.

Tal como se indicó en precedencia, para que opere la prohibición de rebaja de pena –para el caso de los procesos que terminan con aceptación unilateral de los cargos, como el presente– establecida en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se requiere que el sujeto activo de la

⁵ Archivo digital denominado "032ActaJuicioAllanamiento20231026".

conducta punible haya obtenido incremento patrimonial fruto de su actuar delincencial; de allí que se torne relevante la forma como fueron estructurados los hechos jurídicamente relevantes y su relación con los elementos materiales con vocación probatoria que fueron aportados para sustentar el mínimo de la autoría y tipicidad para la emisión de una sentencia de condena, inciso tercero del artículo 327 del C.P.P.

En esas condiciones, al analizar los medios probatorios allegados⁶, se encuentra la denuncia presentada por el Jefe de la División de Gestión de Cobranzas de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, en cuyos hechos señaló al señor **Gutiérrez Sánchez** como representante legal de la sociedad Altura S.A.S., la que para los conceptos de ventas de los años 2013 periodos 01 y 02, 2014 periodos 01 y 02, 2015 periodo 03, 2016 periodos 02 y 03 y 2017 periodo 01, presentó declaraciones tributarias sin realizar su pago.

Dentro de los elementos se encuentra el formato de Registro Único Tributario de la misma, en el cual se señaló como representante legal al señor **Luis Sander Gutiérrez Sánchez**. Lo anterior, se encuentra acorde con lo indicado en el Certificado de Existencia y Representación Legal emitido por la Cámara de Comercio, donde se registró la constitución de la sociedad comercial por acciones simplificadas de Altura S.A.S., el cambio de nombre de la sociedad y la designación como representante legal al aquí procesado a partir del año 2012.

A partir de lo anterior, si bien se acreditó que el señor **Gutiérrez Sánchez** actuó como representante legal de la sociedad

⁶ Archivo digital denominado “30EMPAllanamiento”.

Alturas S.A.S., para los periodos en los cuales se presentaron declaraciones tributarias, sin hacerse la correspondiente consignación del dinero recaudado o retenido dentro de los dos meses siguientes, tal como lo exige la legislación tributaria, esto es, los años 2013 periodos 01 y 02, 2014 periodos 01 y 02, 2015 periodo 03, 2016 periodos 02 y 03 y 2017 periodo 01, no es posible afirmar que las sumas dejadas de consignar hayan incrementado el patrimonio del encartado.

Para dilucidar este punto, importante resulta destacar que la sociedad Altura S.A.S., es una persona jurídica diferente del administrador acá investigado y, por tal razón, detenta los atributos propios de una persona conforme a la normativa civil, esto es nombre, domicilio, capacidad y patrimonio. Sobre este último concepto, la Corte Constitucional en sentencia T 553 de 1993 precisó:

El derecho de propiedad y el patrimonio son términos afines que se confunden en cuanto a su concepción jurídica. Se considera que el concepto de patrimonio es más amplio que el de propiedad, porque el primero incluye no solamente los activos sino los pasivos de su titular.

Se entiende por patrimonio "el conjunto de bienes, créditos y derechos de una persona y su pasivo, deudas u obligaciones de índole económica. Es el conjunto de los derechos y de las cargas apreciables en dinero, de que una misma persona puede ser titular u obligada y que constituye una universalidad jurídica".

Las principales características del patrimonio son entre otras, que sólo las personas (naturales o jurídicas) son titulares de él; toda persona posee un patrimonio, así éste sólo esté conformado por deudas, pues la mayor o menor cantidad de bienes no significa que una persona tenga varios patrimonios; no es transmisible sino por causa de muerte ya que nadie en vida puede transferir la totalidad de los bienes que lo conforman. Se dice entonces, que el patrimonio es personalísimo, inagotable, indivisible e inalienable, pero sí puede ser objeto de embargo y de expropiación en lo que se refiere a la

tenencia de bienes materiales por razones de utilidad pública o de interés social.

De allí se colige entonces, que Altura S.A.S., como sociedad por acciones simplificadas, era titular de un patrimonio personalísimo conformado por activos y pasivos, bienes y deudas, y que estaba claramente separado del patrimonio del señor Gutiérrez Sánchez y sin que se pueda señalar que ambos patrimonios se confundían en uno mismo, pues se itera se trata de personas diferentes, y lo que pertenece a una no es dable señalar que pertenezca al otro por el mero hecho de fungir como su representante legal.

Recuérdese que dentro de la sociedad Altura S.A.S. la cual se convirtió en una sociedad de acciones simplificadas, se designó al encartado como representante legal, y fue a partir de dicha condición que no se efectuó la consignación de las sumas dinerarias retenidas o recaudadas. Es decir, fue la sociedad que representaba el procesado la que obtuvo el incremento patrimonial fruto de la omisión en la consignación de los dineros públicos, lo que no puede afirmarse del actuar de **Luis Sander Gutiérrez Sánchez**.

Dentro de la investigación realizada y en los medios de convicción aportados para sustentar el mínimo de tipicidad de la conducta punible y la responsabilidad penal del procesado, no se encuentra elemento alguno que indique, ni siquiera que permita inferir razonablemente, que a las arcas personales de **Luis Sander Gutiérrez Sánchez** hayan ingresado los dineros dejados de consignar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN por concepto del recaudo de IVA en los años 2013 periodos 01 y 02, 2014 periodos 01 y 02, 2015 periodo 03, 2016 periodos 02

y 03 y 2017 periodo 01; por el contrario, es dable concluir que los mismos hicieron parte de la sociedad Altura S.A.S.

En tales condiciones, tampoco es posible afirmar que los dineros dejados de consignar a la DIAN por la sociedad Altura S.A.S. hayan llegado, así sea de manera secundaria, a las arcas de **Gutiérrez Sánchez**, pues dentro de la investigación no se pudo establecer que el acusado sea o haya sido uno de los accionistas de la referida asociación y, por ello, dentro del reparto de dividendos, haya percibido algún dinero de las sumas sustraídas de pago.

Por lo anterior, no se accederá a la pretensión del censor, pues no es posible establecer que **Gutiérrez Sánchez** haya obtenido un incremento patrimonial fruto de la comisión del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo y sucesivo, de conformidad con el artículo 402 del Código Penal.

Finiquitado el tema alegado por el recurrente, a continuación, se ocupará la Sala de Decisión de resolver un problema jurídico que en este caso se presenta respecto de la responsabilidad penal y uno de los periodos tributarios atribuido en a **Luis Sander Gutiérrez Sánchez**, y por el cual considera esta Magistratura no debió ser condenado.

MODIFICACIÓN OFICIOSA:

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad debe tener vigencia en todos los espacios de la actuación penal y atendiendo el resultado favorable que tendría para el acusado, se introducirán las siguientes modificaciones oficiosas.

Tanto en la imputación, como en el escrito de acusación y en la sentencia condenatoria se consignó por la Fiscalía y la Judicatura que la actividad delictual cometida por el señor **Gutiérrez Sánchez** se configuraba también para el periodo denominado retención en la fuente año 2010, periodo 9, valor \$798.000.

La Sala considera procedente revisar la valoración probatoria que sobre este periodo se dio en la aprobación del allanamiento a cargos y en la sentencia de primera instancia, debido a que allí se señaló que la omisión se encontraba probada, no obstante, revisados con detenimiento los elementos materiales probatorios, se encontró que el señor **Gutiérrez Sánchez**, no era el representante legal de la sociedad Altura S.A.S. para esa anualidad y además no suscribió la declaración rendida ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En el presente asunto es claro que, en la audiencia del 26 de octubre de 2023, una vez el procesado manifestó su interés de allanarse a cargos, el Despacho verificó su voluntad en punto a que fuera una manifestación consciente, debidamente informada y libre de todo apremio, de suerte que el señor **Gutiérrez Sánchez** conociera las consecuencias positivas y negativas de su aceptación con la debida asesoría de su abogado defensor.

No obstante, y a pesar de ese reconocimiento hecho por el encausado, relativo a su responsabilidad en el ilícito de Omisión de agente retenedor en 9 eventos en total, no se puede perder de vista que de conformidad con el artículo 327 del C.P.P. es obligación del ente acusador recolectar y presentar “*un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su*

tipicidad” y que por parte de la Judicatura es un deber material verificar esos elementos materiales probatorios y evidencia física en aras de constatar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en cabeza del investigado, so pena que en caso de no encontrar esos elementos mínimos no es factible impartir aprobación al allanamiento.

Sobre el control material que debe surtir el Juez que avala el allanamiento a cargos, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SP 9379-2017, radicación 45495, puntualizó lo siguiente:

*(...) Entre otros aspectos, esta prerrogativa implica que, para proferir sentencia condenatoria, deberá existir convencimiento de la responsabilidad del acusado, más allá de toda duda (arts. 7º inc. 3º y 381 del C.P.P.). **Y para lograr tal estándar de conocimiento no es suficiente el simple allanamiento a cargos, pues la declaración de responsabilidad ha de soportarse en una verificación probatoria lato sensu, que garantice que la presunción de inocencia que cobija al acusado fue desvirtuada con suficiencia.***

*Por consiguiente, es garantía fundamental de quien acepta la imputación - sin ningún vicio en su consentimiento y en un marco de respeto de sus derechos- **que la consecuente sentencia condenatoria que se dicte en su contra esté fundada en medios de conocimiento que, junto a su admisión de culpabilidad, acrediten la materialidad de la infracción y la responsabilidad delictiva. (subrayas del Despacho)***

(...)

Y siendo los elementos materiales probatorios, la evidencia física y la información legalmente obtenida el medio de articular -en el procedimiento abreviado- los hechos con el derecho, es claro que ese control racional de verosimilitud supone la incorporación de aquéllos a la actuación, para ser valorados por el juez de conocimiento. Sobre el particular, ha expuesto la Corte (CSJ SP 19 oct. 2006, rad. 25.724):

En el sistema de enjuiciamiento criminal implementado por la Ley 906 del 2004 es claro que solo pueden ser consideradas como pruebas y, por ende, servir de soporte a las providencias judiciales, aquellas que hayan sido debidamente presentadas y sometidas al debate en el juicio oral, pues en virtud del principio de inmediación, previsto en su artículo 379, el Juez deberá tener

en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...

En esas condiciones, en supuestos como el presente, en donde los cargos son aceptados en la audiencia de formulación de la imputación, evidentemente ningún medio de prueba se practica delante del juez, por la exclusión obvia del juicio oral. En esos eventos, en consecuencia, la sentencia puede fundamentarse en aquellos elementos recaudados por la fiscalía siempre que hayan sido incorporados legalmente a la actuación.

(...)

En ese entendido, incluso en el procedimiento abreviado derivado de la aceptación unilateral o preacordada de culpabilidad, el juez de conocimiento está en el deber de valorar en conjunto los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física (art. 180 C.P.P.), a fin de acreditar con suficiencia que existe convencimiento más allá de toda duda para condenar (art. 381 ídem). Esa es la comprensión fijada por la jurisprudencia constitucional (C-1195 de 2005) al afirmar que “el juez sólo puede imponer condena al imputado cuando establezca con certeza estos elementos estructurales del delito [...] En caso contrario, quebrantaría el principio constitucional de legalidad”.

En similar sentido y sobre el control que debe surtir el Juez al momento de la emisión de la sentencia anticipada y la renuncia a los derechos de los encausados, en providencia AP 5151-2016, radicación 48204, la Corte Suprema enseñó:

“Ahora bien, entrando de lleno en el tema central de debate, con relación al control que ejerce el juez con funciones de conocimiento cuando la aceptación de cargos está desprovista de la evidencia mínima suficiente para inferir razonablemente la existencia de la conducta y la participación y responsabilidad del procesado en los hechos materia de imputación, según lo establece el inciso final del artículo 327 de la ley 906 de 2004.

[...]

Si en ejercicio del control constitucional y legal que ejerce el juez con funciones de conocimiento sobre la aceptación de cargos del imputado - unilateral o consensuada-, éste advierte la violación del principio de presunción de inocencia, porque no se cuenta con el mínimo de prueba que permita inferir razonablemente la tipicidad de la conducta y la autoría o participación en ella por parte del investigado, no le queda otro camino al funcionario judicial que anular la aceptación unilateral de cargos o improbar el preacuerdo suscrito con la fiscalía y, en ambos

casos, disponer la remisión del asunto al ente acusador para que se reponga la actuación irregular o se retome el procedimiento ordinario, dependiendo del caso en particular”.

Así, es dable afirmar que, aceptada la responsabilidad por el procesado, de cara a los hechos materia de investigación y su responsabilidad en cualquiera de las modalidades estipuladas por los artículos 29 y 30 del C.P., es obligación del Juez constatar que dentro del proceso existan suficientes elementos de juicio o medios probatorios que respalden ese allanamiento a cargos.

En ese entendido el Juez, atendiendo a los principios de legalidad y tipicidad, está en la obligación de valorar los elementos materiales probatorios, la evidencia física y los medios de prueba que le sean aportados por el ente acusador a fin de confirmar que existen elementos mínimos que den cuenta que el encausado participó del ilícito y por ello es plausible condenar atendiendo a lo señalado en los artículos 7 y 381 del C.P.P.

En el presente asunto, aunque el procesado aceptó los cargos en relación con el periodo “*retención en la fuente año 2010, periodo 9, valor \$798.000*”, de los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía, y que en su momento fueron entregados por la DIAN con su denuncia, se evidenció que el encausado no tenía un lazo de representación legal con esa sociedad para el año 2010, pues solo fue nombrado para tal ejercicio en el año 2012, y quien antes fungía en ese cargo era el señor Ricardo Luján Gómez. Tal hecho se observa probado en los Certificados de existencia y representación emitidos por la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (folio 35 y 36) y el emitido por la Cámara de Comercio Aburra Sur (folios 37 a 42) del archivo digital denominado “30EMPAllanamiento”.

Contrastadas las declaraciones presentadas ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, se observa que para los demás periodos endilgados sí asentaba su firma como representante legal el señor **Gutiérrez Sánchez**, empero para el de retención en la fuente año 2010, periodo 9, identificado con el N° de formulario 3507678490207 (folios 79 a 81) del archivo digital denominado “30EMPAllanamiento”, quien lo signa y por ende lo presenta es el señor Ricardo Luján Gómez, representante legal de la sociedad Altura S.A. para ese entonces.

El contraste de los precitados medios de prueba permite señalar que no existían elementos de juicio para dictar sentencia condenatoria en disfavor del señor **Gutiérrez Sánchez** respecto al *periodo “retención en la fuente año 2010, periodo 9”*, y que a pesar de que él reconoció haber incurrido en ese ilícito, su afirmación no estaba plenamente respaldada con el material probatorio recaudado y por ende no cumplió el Juez de Conocimiento con ese deber, que le era inherente, de revisar los elementos materiales probatorios que le fueron puesto de presente al momento del allanamiento a cargos.

Si bien se advierte hubo un yerro por parte de la Fiscalía General de la Nación al imputar y acusar al procesado por dicho periodo, toda vez que a quien debió imputar y acusar era al ciudadano Ricardo Luján Gómez, salta a la vista el desconocimiento de su deber por parte del *A quo*, dado que sólo podía imponer la precitada condena al encausado cuando estableciera que en efecto se daban los elementos estructurales del delito de Omisión de agente retenedor, constatación que no produjo, de manera que no advierte esta Magistratura que la declaratoria de responsabilidad por ese periodo tributario esté probatoriamente fundamentada.

Conforme con lo que viene de observarse, se acudirá al criterio jurisprudencial mencionado, debiendo retirarse la condena por el *periodo “retención en la fuente año 2010, bimestre 9 (sic)”*, y, por ende, se procederá a absolver por el delito de Omisión de agente retenedor para esa declaración tributaria en específico, pues la responsabilidad penal endilgada no se probó.

Atendiendo a lo expuesto en precedencia, será necesario disponer la ruptura de la unidad procesal respecto de lo que en el escrito de acusación se denomina *“concepto ventas 2010, periodo 09, valor 798.000, fecha vencimiento 13-10-2010 y fecha delito 13-12-2010”*, y los elementos materiales probatorios deberán ser devueltos a la Fiscalía General de la Nación, para que adelante la acción penal que considere corresponda en relación con la denuncia presentada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales—DIAN--.

DETERMINACIÓN DE LA PENA:

El delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, de conformidad con el artículo 402 del Estatuto Punitivo, tiene una pena que oscila entre 48 y 108 meses de prisión, y multa equivalente al doble de lo no consignado, sin que supere el equivalente a un 1.020.000 Unidades de Valor Tributario.

El ámbito punitivo de movilidad es de 60 meses, el que, al ser dividido entre cuatro, nos arroja 15 meses. Siguiendo entonces el proceso penológico, para el caso concreto tenemos que los cuartos de punibilidad están comprendidos: para el primero entre 48 a 63 meses, los medios entre 63 más un día a 93 meses, y el último entre 93 más un día y 108 meses de prisión.

Al respetar los argumentos presentados por el *A quo* para la determinación de la pena a imponer, se evidencia que partió del mínimo del primer cuarto, que en este caso corresponde a 48 meses, y le realizó un aumento de 2 meses por cada uno de los periodos adicionales reconocidos y probados en disfavor del procesado, por lo que, corregida la equivocación presentada, debe señalarse que los periodos concursados son 7, lo que arroja un total de 62 meses de prisión.

Al aplicarle la rebaja de pena en virtud a la aceptación unilateral de los cargos en la audiencia de juicio oral –artículo 367 del Código de Procedimiento Penal–, corresponde aplicar una subvención de una sexta parte, y en definitiva queda una sanción de **cincuenta y un (51) meses y dieciocho (18) días de prisión**.

En lo tocante a la pena de multa, atendiendo a que lo no consignado sería la suma de \$84.21.490, el doble de aquel monto es de \$168.502.980, suma que no supera el valor de 1.020.000 UVT y que corresponde a la sumatoria de los periodos reconocidos por el señor Gutiérrez Sánchez y que fueron debidamente soportados por la Fiscalía General de la Nación como se indicó en precedencia.

Ahora bien, surtida la rebaja efectuada para la pena de prisión que obedece a una sexta parte de la pena impuesta, que la pena de multa es de **\$140.419.150**.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se confirmará parcialmente el ordinal primero de la decisión de primera instancia, en la medida en que se mantiene la condena, luego de haber sido hallado penalmente responsable a título de autor, el señor **Luis Sander Gutiérrez Sánchez** de la comisión del

concurso homogéneo y sucesivo del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del Código Penal, y se modificará parcialmente la pena privativa de la libertad impuesta, que se fija en **cincuenta y un (51) meses y dieciocho (18) días de prisión**. La pena de multa por su parte se establece en la suma de **\$140.419.150**. En lo restante se mantiene lo señalado en el fallo.

En los demás aspectos se mantiene incólume el fallo objeto de alzada, incluyendo lo resuelto sobre la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN -Sala Novena de Decisión Penal-** administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFIRMAR el ordinal primero de la sentencia de fecha, origen y naturaleza indicados, mediante la cual se condenó al señor **Luis Sander Gutiérrez Sánchez** como autor de la comisión del concurso homogéneo y sucesivo del delito de Omisión de agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del Código Penal, con la **MODIFICACIÓN** de que la pena privativa de la libertad impuesta, se fija **cincuenta y un (51) meses y dieciocho (18) días de prisión**. La pena de multa por su parte se establece en la suma de **\$140.419.150**. Ello, por las razones indicadas en la parte motiva.

En lo restante, rige la sentencia que se revisa.

Segundo: Se dispone la ruptura de la unidad procesal respecto de lo que en el escrito de acusación se denomina “*concepto ventas 2010, periodo 09, valor 798.000, fecha vencimiento 13-10-2010 y fecha delito 13-12-2010*”, y los elementos materiales probatorios deberán ser devueltos a la Fiscalía General de la Nación, para que adelante la acción penal que considere corresponda en relación con la denuncia presentada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales—DIAN--.

Tercero: En los demás aspectos se mantiene incólume el fallo objeto de alzada, incluyendo lo resuelto sobre la improcedencia de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Cuarto: Esta providencia queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de Ley.

DÉJESE COPIA Y CÚMPLASE.

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN
Magistrado

JORGE ENRIQUE ORTIZ GÓMEZ
Magistrado

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO
Magistrado.

Firmado Por:

Pio Nicolas Jaramillo Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Cesar Augusto Rengifo Cuello
Magistrado
Sala 01 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jorge Enrique Ortiz Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **ae3ce5541b78e610b8a96fa95321e589a5f865ddc073cd4a7fe13f6b7b1f6e2e**

Documento generado en 13/06/2024 09:06:04 a. m.

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