



SALA DE DECISIÓN PENAL

APROBADO ACTA 31

(Sesión del 11 de febrero de 2025)

Radicado: 05001-60-00248-2023-25435
Procesado: León Alberto Ballesteros Bustamante
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador
Asunto: Resuelve apelación contra decisión que niega nulidad
Decisión: Confirma
M. Ponente: José Ignacio Sánchez Calle

Medellín, 19 de febrero de 2025

(Fecha de lectura)

1. ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación que presentó la defensora de León Alberto Ballesteros Bustamante contra la decisión del pasado 16 de enero, por medio de la cual la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia, negó la solicitud de nulidad por ella incoada.

2. HECHOS

Conforme los describió la Fiscalía en la imputación y en el escrito de acusación, se tiene que León Alberto Ballesteros Bustamante, recaudó dinero por concepto de IVA y Retención, y no lo consignó a la DIAN, por valor de \$317.846.000, en representación de la empresa Plastipol S.A, con NIT 811029496 y domicilio en el municipio de Itagüí, hasta el 28 de agosto del año 2013, fecha en la que trasladó el domicilio al municipio de La Estrella, presentando sin pago las siguientes declaraciones, por los valores que a

continuación se describen, advirtiéndose que algunas de las omisiones tuvieron ocurrencia en Itagüí y otras en La Estrella, a saber:

1. Ventas 2012, bimestre 2, por valor de \$6.833.000, obligación que venció el 16/05/2012, se estructuró como delito el 16/07/2012 Itagüí.
2. Ventas 2012, bimestre 5, por valor de \$6.408.000, obligación que venció el día 19/11/2012 y se estructuró como delito el día 19/01/2013 Itagüí.
3. Ventas 2012, bimestre 6, por valor de \$19.348.000, obligación que venció el 17/01/2013 y se estructuró como delito el día 17/03/2013 Itagüí.
4. Ventas 2013, bimestre 1, por valor de \$18.773.000, obligación que venció el 17/05/2013 y se estructuró como delito el día 17/07/2013 Itagüí.
5. Ventas 2015, bimestre 1, por valor de \$25.751.000, obligación que venció el día 20/05/2015 y se estructuró como delito el día 20/07/2015 La Estrella.
6. Ventas 2015, bimestre 2, por valor de \$28.869.000, obligación que venció el día 15/09/2015 y se estructuró como delito el día 15/11/2015 La Estrella.
7. Ventas 2015, bimestre 3, por valor de \$81.631.000, obligación que venció el día 20/01/2016 y se estructuró como delito el día 20/03/2016 La Estrella.
8. Ventas 2016, bimestre 2, por valor de \$26.274.000, obligación que venció el día 14/09/2016 y se estructuró como delito el día 14/11/2016 La Estrella.
9. Ventas 2016, bimestre 3, por valor de \$52.611.000, obligación que venció el día 18/01/2017 y se estructuró como delito el día 18/03/2017 La estrella.
10. Ventas 2017, bimestre 1, por valor de \$22.726.000, obligación que venció el día 15/05/2017 y se estructuró como delito el día 15/07/2017 La Estrella.
11. Ventas 2017, bimestre 3, por valor de \$1.351.000, obligación que venció el día 17/01/2018 y se estructuró como delito el día 17/03/2018 La Estrella.
12. Retención 2011, periodo 7, por valor de \$4.326.000, obligación que venció el día 17/08/2011 y se estructuró como delito el día 17/10/2011 Itagüí.
13. Retención 2011, periodo 8, por valor de \$2.626.000, obligación que venció el día 15/09/2011 y se estructuró como delito el día 15/11/2011 Itagüí.
14. Retención 2011, período 9, por valor de \$2.228.000, obligación que venció el día 19 de octubre de 2011 y se estructuró como delito el día 19/12/2011 Itagüí.
15. Retención 2011, periodo 11, por valor de \$2.124.000, obligación que venció el día 16/12/2011 y se estructuró como delito el día 16/02/2012 Itagüí.

16. Retención 2016, periodo 10, por valor de \$1.567.000, obligación que venció el día 16/11/2016 y se estructuró como delito el día 16/01/2017 La Estrella.

17. Retención 2017, periodo 4, por valor de \$1.396.000, obligación que venció el día 15/05/2017 y se estructuró como delito el día 15/07/2017 La Estrella.

18. Retención 2017, periodo 5, por valor de \$1.147.000, obligación que venció el día 14/06/2017 y se estructuró como delito el día 14/08/2017 La Estrella.

19. Retención 2017, periodo 6, por valor de \$1.513.000, obligación que venció el día 17/07/2017 y se estructuró como delito el día 17/09/2017 La Estrella.

20. Retención 2017, periodo 7, por valor de \$1.449.000, obligación que venció el día 15/08/2017 y se estructuró como delito el día 15/10/2017 La Estrella.

21. Retención 2017, periodo 10, por valor \$2.235.000, obligación que venció el día 16/11/2017 y se estructuró como delito el día 16/01/2018.

22. Retención 2017, periodo 11, por valor de \$1.082.000, obligación que venció el día 15/12/2017 y se estructuró como delito el día 15/02/2018.

23. Retención 2017, periodo 12, por valor de \$991.000, obligación que venció el día 17/01/2018 y se estructuró como delito el día 17/03/2018.

24. Retención 2018, periodo 1, por valor de \$466.000, obligación que venció el día 14/02/2018 y se estructuró como delito el día 14/04/2018.

25. Retención CREE 2014, periodo 3, por valor de \$3.052.000, obligación que venció el día 21 enero de 2015 y se estructuró como delito el día 21/03/2015.

26. Retención CREE 2015, periodo 1, por valor de \$289.000, obligación que venció el día 20 de mayo de 2015 y se estructuró como delito el día 20/07/2015.

27. Retención CREE 2016, periodo 3, por valor de \$820.000, obligación que venció el día 18/01/2017 y se estructuró como delito el día 18/03/2017.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

3.1. Formulación de imputación. El 7 de junio de 2024, ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de La Estrella-Antioquia, se formuló imputación en contra de León Alberto Ballesteros Bustamante, conforme a los hechos narrados, por el delito de Omisión del Agente Retenedor o Recaudador en

concurso homogéneo -27 eventos-, conforme a los artículos 402 y 31 del Código Penal.

3.2. Formulación de acusación. El 16 de enero de 2025, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Itagüí, se instaló la audiencia de acusación. En esta se tiene que al momento de darle traslado a las partes para que invocaran causales de incompetencia, nulidad, recusación o impedimento conforme al artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, la abogada defensora advirtió que no se avizoraban aun causales de incompetencia, impedimento o recusación pero que, respecto de las causales de nulidad, de acuerdo a la línea jurisprudencial que se ha venido adelantando en cuanto a las nulidades, estas se interpondrían, en caso de ser necesario, una vez verbalizada la formulación de acusación.

3.2.1. Fue así como la defensora, una vez se formuló acusación en contra del señor Ballesteros Bustamante, solicitó que se decretara nulidad desde la audiencia de imputación por violación al debido proceso y al principio de congruencia "*dada la ausencia de hechos jurídicamente relevantes*", aludiendo igualmente al principio de imparcialidad, y que una de las formas de garantizarlo es interviniendo dentro de la audiencia de formulación de acusación, para así evitar violaciones al debido proceso y a la estructura del mismo, realizando un control formal de esa acusación.

Expone la defensa que dentro de ese control formal, indudablemente se encuentra el deber de garantizar la suficiente claridad frente a los hechos jurídicamente relevantes, no solo porque constituyen la base de la acusación, sino porque con ellos se va a garantizar todo el derecho de defensa, y que no vaya a pasar que se desgaste más la administración de justicia con un proceso largo y tedioso, siendo justamente eso lo que se pretende con esta solicitud de nulidad, pues, en este caso se avizora por parte de la defensa una inexistencia de los hechos jurídicamente relevantes y, en ese orden de ideas, como el componente fáctico de la acusación constituye un presupuesto formal de la misma y da paso a la calificación jurídica del caso, es deber de la Judicatura la corrección de actos irregulares. Advierte que, aunque podría pensarse que sus argumentos se acomodan más a alegatos de conclusión o

un adelanto de juicio, acota que lo que procura es evitar que se llegue a un juicio en un proceso completamente viciado.

Para el efecto, contextualiza que el 22 de febrero de 2018, en audiencia según Acta 6104057, la Superintendencia de Sociedades, Regional de Medellín, declaró terminado el proceso de reorganización y decretó la apertura de un proceso de liquidación judicial de la sociedad PlastiPol SA, de la cual era el representante legal el procesado, señor León Alberto Ballesteros Bustamante. Mediante auto 610000969 del 3 de marzo de 2018, se designó como liquidadora a la auxiliar de Justicia Tatiana Tobón Vanegas. El 4 de abril de 2018, la liquidadora se posesionó en su cargo, según consta en acta, radicado con el número 6104098. Posteriormente, el 5 de diciembre de 2018, según el Acta 610000435, la Superintendencia aprobó la calificación, graduación de créditos y determinación de derecho de voto e inventario, valorado por la sociedad PlastiPol en liquidación judicial.

Así las cosas, la DIAN fue reconocida con la acreencia como crédito de primera clase, la suma de \$317.960.000, valor correspondiente, entre otros, a las declaraciones mencionadas por la Fiscalía en la acusación, y la suma de \$251.000.145, como crédito postergado en virtud de lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1116 de 2006. Teniendo en cuenta los activos de la sociedad en liquidación judicial, mediante el Auto N° 610002615 del 10 de diciembre de 2019, la Superintendencia de Sociedades adjudicó los bienes de la sociedad concursada hasta el momento de los mismos y, específicamente, a favor de la DIAN, se adjudicaron activos bienes muebles por la suma de \$110.304.164. Empero, la DIAN, mediante un comunicado del 17 de diciembre de 2019, manifestó específicamente su renuncia y rechazo a la adjudicación en los siguientes términos: *“la DIAN rechaza la adjudicación del porcentaje del 100% de los bienes muebles ofrecidos por el valor de “317.000.980, toda vez que este no ofrece condiciones favorables de comercialidad para la entidad”*.

Posteriormente, la Superintendencia de Sociedades, mediante auto número 610000227 del 10 de febrero de 2020, readjudicó los bienes de la sociedad concursada, teniendo en cuenta la renuncia y los rechazos de los acreedores, que entre ellos, estaba en la DIAN, y así mismo en el artículo 2° de dicho auto,

advirtió: *“segundo: advertir que los acreedores que no recibieron los bienes adjudicados dentro del proceso concursal, se entiende que renunciaron al pago de las acreencias dentro del proceso de liquidación judicial.”*

Continúa la defensa señalando que mediante el auto número 610001705, el 6 de agosto de 2020, se decretó la terminación del proceso liquidatorio de PlastiPol SA, en liquidación judicial. Y, entre otras órdenes, la Superintendencia de Sociedades ordenó a la DIAN del domicilio de la sociedad concursada, que se procediera a cancelar el RUT correspondiente a la sociedad PlastiPol SA en liquidación, en aplicación a lo estipulado en el artículo 17 del Decreto 2640 del 7 de noviembre de 2023.

Se cuestiona entonces, ¿de dónde se desprende la inexistencia de hechos jurídicamente relevantes? En primer lugar, lo denomina la defensa como limitación de la actuación del representante legal, porque los procesos concursales y acuerdos de reestructuración quedaron regulados por la Ley 222 de 1995 y 550 de 1999 y fueron compilados por la Ley 1116 del 2006, que tuvo por objeto crear el régimen de insolvencia bajo dos términos de proceso, el proceso de reorganización que pretende conservar la empresa y el proceso de liquidación judicial; figuras estas que reemplazaron los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración. El común denominador de todas estas figuras es que una vez la empresa inicia el proceso de recuperación o de liquidación, el representante legal ya no puede disponer de los activos de la compañía de manera libre y autónoma y, por el contrario, el pago de las obligaciones ya no depende de él, sino de los acuerdos a que se lleguen en el marco del proceso de reorganización o del orden de prelación de créditos previstos en la legislación civil en caso de los procesos de dilución de la empresa, es decir, el representante legal queda completamente despojado de cualquier voluntad de hacer un pago a una persona jurídica o natural indistinta a las que ordene la ley o a las que fije el liquidador en cada caso; entonces, en el caso concreto, debe entenderse que el señor Ballesteros Bustamante ya no tenía dominio sobre ese hecho, porque ya era la Liquidadora quien tenía esa función o potestad de dar orden a los pagos.

Dando entonces prelación a la DIAN, de acuerdo a la legislación civil, fue la misma entidad la que rechazó el pago, por lo tanto, insiste, el señor León Alberto Ballesteros Bustamante ya no tenía dominio del hecho respecto al pago de estas obligaciones, de tal manera que durante el proceso de insolvencia resulta siendo evidente que su prohijado no tenía la posibilidad real de disponer de los activos o hacer el pago de sus obligaciones por fuera de lo dispuesto por el liquidador. Así fue expuesto en sentencia SP301 del 18 de mayo de 2015, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, donde cita ambos procedimientos, refiriéndose a los acuerdos de reestructuración y de reorganización, que una vez admitida la solicitud de reestructuración o reorganización, entre otras previsiones, el deudor no puede, sin autorización del Juez del concurso, hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas desde luego, las de la DIAN; arguye pues, que mucho menos puede ser este caso atribuible al señor Ballesteros Bustamante, teniendo en cuenta el rechazo por parte de la DIAN que se hizo de manera taxativa en el comunicado previamente citado, donde rechaza y renuncia al pago de lo adeudado, tal y como lo manifestó el juez natural de la acción.

Por otro lado, también se observa una existencia de ese objeto jurídico por cuanto, además de lo anterior, termina siendo evidente que el objeto jurídico aquí tutelado pierde fuerza de ejecutoria por carencia actual de este, toda vez que, por una parte, a la DIAN le fueron adjudicados los activos para pagar los créditos reconocidos por acreencias fiscales dentro de la liquidación judicial, sin embargo, la DIAN rechaza esta adjudicación. De otra parte, bien lo anotó la Superintendencia de Sociedades en el auto 610000227 del 10 de febrero de 2020 por medio del cual se readjudicaron los bienes, advirtiendo a los acreedores que no recibieron los bienes adjudicados dentro del proceso concursal, que se entiende que renunciaron al pago de las acreencias dentro del proceso judicial.

Aunado a lo anterior, también puede avizorarse que no se evidencian esos requisitos subjetivos de los elementos volitivos y cognoscitivos que son menester para configurar el dolo; tal y como se manifestó, no podría desconocerse entonces que fue el Juez natural de la acción liquidatoria, quien dio lugar a esta y quien aprobó en primer lugar la calificación, graduación de

créditos y determinación de derechos de votos e inventario valorado por la sociedad PlastiPol SA en liquidación judicial y, a su vez, quien readjudicó los bienes de la sociedad concursada, teniendo en cuenta las renunciaciones y los rechazos de los acreedores, entre ellos, itera, la DIAN, y advirtió en el mismo auto a esos acreedores que no recibieron los bienes adjudicados dentro del proceso concursal, que se entiende que renunciaron al pago de las acreencias dentro del proceso de liquidación.

En consecuencia, afirma la defensa, no puede ahora instrumentalizarse el derecho penal como un medio de ultima ratio para perseguir a quien fue representante legal de esa empresa y perseguir un pago del cual fue la misma DIAN, quien renunció a ese derecho y a esas acreencias.

3.2.2. La delegada de la Fiscalía General de la Nación, se opuso a la solicitud de nulidad, arguyendo que todas estas obligaciones, que fueron declaradas y no pagadas por el acusado, son obligaciones que datan de los años 2012, 2013, 2015, 2016, 2017 y una del primer mes del 2018, entonces los hechos jurídicamente relevantes no datan de fechas posteriores a la liquidación de la empresa, sino que desde 2012 que se presentaron las declaraciones y desde el momento que se venció el plazo legal para su cancelación. Luego, considera la Fiscal que los hechos jurídicamente relevantes sí existen, e incluso, si se fuera a plantear una prescripción, no se discutiría desde el momento en que fue declarada en liquidación la empresa, sino desde cuando se presentaron las declaraciones y estas fueron exigibles acorde al plazo establecido por la ley para su pago.

Argumenta que el artículo 402 del Código Penal, claramente establece que la acción penal se extingue con el pago o la compensación de las sumas adeudadas y, en este caso, si bien es cierto que a la DIAN se le hizo una adjudicación, también lo es que la entidad la rechazó por las razones que la misma defensora expresó, entonces, lo cierto es que, efectivamente, estas obligaciones al día de hoy no han sido pagadas al Estado en cabeza de la DIAN.

Solicita en consecuencia, no decretar la nulidad, resaltando que, incluso, esta misma abogada defensora estuvo en la audiencia de imputación y en aquel momento no hizo ninguna manifestación al momento en que el Juez de Garantías le dio la oportunidad para pronunciarse, por el contrario, manifestó estar acorde a con los hechos de la imputación.

3.2.3. El representante de la DIAN, en calidad de víctima, solicitó no acceder a la solicitud de nulidad planteada, en razón a que realmente no se sustentó una causal de nulidad que impida la continuación de este proceso penal, sino que la defensora realiza un análisis de posibles pruebas que puedan practicarse en este proceso y expone unos argumentos de fondo defensivos y no sobre una causal de nulidad.

Asimismo, acota que las obligaciones tributarias no pagadas por el acusado y la fecha de estructuración de los delitos, obedece a fechas anteriores al año 2018, que es cuando terminó el proceso de liquidación o insolvencia al que la defensa hace referencia. Así las cosas, no habría mérito para declarar la nulidad del proceso en esta audiencia.

3.3. Decisión que se revisa. La primera instancia argumentó que este es un proceso adversarial, con tendencia acusatoria, que establece unas etapas preclusivas y un trámite progresivo que indicaría que la oportunidad para alegar una nulidad en este caso, feneció, precisamente en la etapa de saneamiento que se llevó a cabo antes de la formulación de acusación; no obstante, fue estrategia de la defensa, anunciar desde ese momento que decidiría si procedía o no la alegación de una nulidad, una vez se hubiera consolidado la acusación formal. Advierte que, excepcionalmente, es posible escuchar este tipo de pretensiones cuando ya se ha acusado formalmente, sobre todo porque tratándose de un acto complejo, cuando ya se define la acusación formal, es posible que la Fiscalía haga aclaraciones, correcciones o adiciones que, de alguna manera, legitimen a la parte a invocar una nulidad; empero, eso no ocurrió en este asunto.

El Código de Procedimiento Penal, a partir del artículo 457, establece que las nulidades son taxativas, es decir, no basta con verbalizar la palabra nulidad,

sino que tiene que descenderse necesariamente a una de las causales taxativas que estableció el legislador, debiendo determinarse cuál es la garantía fundamental que se vio afectada, lo cual no hizo la defensa; por lo que en este caso, no se sabe cuál es la garantía fundamental que, conforme lo que establece el canon citado, resultó afectada. Además, las nulidades están regidas por unos principios fundamentales que ayudan a reducir el contexto de la nulidad y a decidir si realmente se está frente a un acto ineficaz que no tiene ningún otro remedio, pues uno de los principios que también rige las nulidades es el de trascendencia, y tampoco se escuchó decir a la abogada cuál es ese acto ineficaz, ni por qué ese acto –en abstracto, porque insiste, no lo dijo-, está viciado.

Señala la *a quo* que tampoco dijo la abogada, conforme al principio de residualidad, cuál es el defecto que resultaría insubsanable a través de otro mecanismo, atendiendo a esos deberes de corrección que tiene el Juez director del proceso, entonces, en principio, hubo argumentos algo gaseosos que no le permiten establecer la intención real de la parte, pues, incluso, podría sugerir para la Juez un interés en dilatar este trámite, porque la argumentación de la defensora de ninguna manera ubica en el contexto de una nulidad, pero además, está indicando que conforme a la jurisprudencia ampliamente conocida, principalmente, por la sentencia emitida en el 2015 por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, se hacen unas salvedades en relación con el tipo penal del artículo 402, cuando la empresa es admitida un proceso de reorganización o liquidación.

Considera la primera instancia que en este caso es necesario cuestionar severamente el planteamiento que hace la defensora cuando indica que la DIAN está utilizando el proceso penal como un mecanismo para cobrar deudas a las que ya renunció. Se trata de un proceso penal que se sigue en contra de una persona que, presuntamente, como representante legal de una persona jurídica, tenía el deber de pagar ante la DIAN unos tributos que no le pertenecían, eso es precisamente lo que define y sanciona el artículo 402 del Código Penal, se trata de dineros que le pertenecen al fisco, que son recaudados o retenidos por una persona natural o el representante de una

jurídica que, por delegación del Estado, cumple esa función. Pero, además, llama mucho la atención que la abogada invoque como una supuesta causal de nulidad para alegar que el hecho no existió, un proceso que inició en el año 2018, cuando claramente se advierte, no solo en la acusación sino también desde la imputación, que los hechos que se le atribuyen al acusado a título de autor, presuntamente ocurrieron desde el año 2011, cuando se inició con la omisión de pagar unos dineros que fueron objeto de retención en la fuente, lo dijo claramente la señora Fiscal en sede de audiencia, y luego desde el año 2012, dineros representados en impuestos a las ventas que fueron declarados pero que no fueron pagados; esto obviamente tendría que demostrarse.

Adujo la *a quo* que no encuentra manera alguna de correlacionar el argumento de la abogada defensora con los hechos jurídicamente relevantes, y menos para llegar a la descabellada conclusión de que el hecho es inexistente; es incontrovertible tal vez, que a partir del momento en el cual se admite por la DIAN a ese proceso de reorganización o liquidación y se nombra un liquidador, desaparecía en el representante legal de la empresa esa obligación de declarar y pagar los tributos, pero esto no encuentra manera de relacionarse con los hechos jurídicamente relevantes traídos por la Fiscalía, y que ubican en ese contexto de la omisión de pagar unos tributos representados en impuestos a las ventas o de retenciones desde el año 2011 y hasta el 2017. En lo que tiene que ver con la inexistencia de la obligación porque la DIAN rechazó el pago con la adjudicación de unos bienes que eran de la persona jurídica, para la primera instancia, también resulta desafortunado ese argumento toda vez que, incluso, cuando ha desaparecido la obligación pecuniaria de la DIAN, por ejemplo, por prescripción, esto no tiene incidencia en la presunta responsabilidad penal de quien tenía la obligación de cancelar el tributo en las fechas establecidas por el gobierno nacional. Se trata de un tipo penal en blanco que, obviamente, tiene que complementarse con lo que establece el Estatuto Tributario.

Entonces, la *a quo* advierte que no rechazará de plano la nulidad planteada por la defensa, aunque afirma que sería la mejor opción, pero esto se hace con el ánimo de garantizar que no haya otras dilaciones del trámite. Sin embargo, acota que no encuentra estructurada la nulidad, aunado a que la

argumentación fue insuficiente, pues de la misma no logra extraerse una afectación, o que exista algún acto ineficaz que haya trastocado el debido proceso o que no se haya respetado el principio de congruencia, por el contrario, lo que se advierte es que ese principio, en lo que tiene que ver con la unidad factual, se respetó, pues en la acusación se hizo una adecuación jurídica que tiene correspondencia con la que se hizo en la imputación y, en esa medida, es claro que el debido proceso y el derecho de defensa se han salvaguardado. En consecuencia, no se accede a la solicitud planteada por la defensora, quien pretendió la declaratoria de nulidad sin señalar desde qué momento procesal ni cuál sería el acto procesal ineficaz.

3.4. Apelación de la Defensa. Arguye que según la Juez no se escuchó cuál era la garantía fundamental que se ve afectada y que las nulidades son taxativas, sin embargo discrepa de ello toda vez que ella sí adujo que se daba una violación al debido proceso que también afecta el principio de congruencia, pues ella no aludió una inexistencia del hecho o a que no haya habido conducta, sino a que ese objeto jurídico, en principio, no existe porque ya existió un juez natural, que en este caso es la Superintendencia, del cual la DIAN rechazó el pago de esas obligaciones, e incluso, dentro del auto de la Superintendencia se advirtió que ellos estaban renunciando a las acreencias.

Lo que se pretende con esta solicitud de nulidad, en modo alguno es dilatar el proceso como lo dijo la Juez, sino por el contrario, evitar un desgaste de la administración de justicia porque, repite, luego de un proceso largo y tedioso, podría verse que el objeto ya no existe porque fue la DIAN quien rechazó el pago, adicional a que, itera, el señor León Alberto Ballesteros Bustamante, no tenía capacidad, dominio, ni potestad para realizar el pago, porque ya no podía disponer de los activos para hacer el pago de sus obligaciones y, efectivamente, la razón de esta ley que ampara las acciones que se adelantaron ante la Superintendencia, lo que busca es que esas empresas que caen en ciertas dificultades económicas, puedan reestructurarse y, en consecuencia, también hacer pago de las deudas que tienen.

Argumenta que, una vez se inicia ese proceso, su asistido como representante legal, queda despojado de cualquier voluntad de hacer un pago, ya sea a una

persona jurídica o a una persona natural distinta a las que ordene la ley o a las que fije el liquidador en cada caso, en el presente, una de las entidades a las cuales en primera instancia se le dio prevalencia, fue a la DIAN y fue ella misma quien rechazó el pago; entonces, la idea era, efectivamente, poder finiquitar todas esas deudas que tenía PlastiPol SA, pero ni siquiera recayó la voluntad de pago en la liquidadora ni mucho menos en su prohijado, sino en la DIAN al rechazarlo.

Indica que argumenta la solicitud de nulidad en la falencia de los hechos jurídicamente relevantes, pues a la final, ya no existen, no existe objeto, “*no existe voluntad de dominio del hecho*” del señor Ballesteros Bustamante y mucho menos, se configura el dolo ni los elementos volitivos y cognitivos de los cuales se adolece para poder dar lugar a los hechos jurídicamente relevantes, entonces, ese es el acto que resulta siendo ineficaz y que si se conservan los hechos jurídicamente relevantes, se va a demostrar con un proceso largo en el tiempo y tedioso, lo cual, obviamente, va a afectar el debido proceso y la congruencia porque hay algunos factores de los cuales se ha adolecido en estos hechos jurídicamente relevantes.

Por ello, la defensa no está de acuerdo con la afirmación del Despacho de que no se manifestó cuáles eran las garantías que se estaban vulnerando, porque sí afecta directamente las garantías fundamentales como el debido proceso y la congruencia, y así mismo que estos adolecen en el escrito de acusación, mediante estos hechos jurídicamente relevantes.

3.5. Sujetos Procesales No Recurrentes.

3.5.1 Fiscalía General de la Nación. Manifiesta que la defensa en su apelación, básicamente, repite la misma argumentación que utilizó para sustentar la petición inicial y, en ese orden de ideas, no presentó ningún ataque a la decisión inicial que explique por qué debe revocarse.

3.5.2 Representación de la víctima – DIAN. Solicita se confirme la decisión de primera instancia de negar el decreto de la nulidad toda vez que la argumentación planteada por la defensora, no se refiere concretamente a una

nulidad sino a lo que él denominó en principio, como el fondo de la controversia o del asunto, pues lo aludido por la abogada está ligado con la responsabilidad penal o no de su asistido, ya que, incluso, habla hasta de dolo. Entonces, esas argumentaciones planteadas por la defensora no pueden resolverse en sede de nulidad procesal, pues están referidas a unos alegatos sobre, insiste, el fondo del asunto y deben resolverse en una sentencia que dirima la responsabilidad penal o no del procesado, no en sede de nulidad.

Así mismo, como lo enfatizó la *a quo* sobre las nulidades, respecto del principio de taxatividad, la defensora no señaló cuál de las causales de nulidad que se encuentran en el artículo 455 del Código de Procedimiento Penal, es a la que hacía referencia, ni mucho menos argumentó la configuración de alguna de ellas. Tampoco podría decretarse una nulidad del proceso, pues esta es una figura a la que se acude cuando las otras de saneamiento menos gravosas, han fracasado y no queda otra opción que retrotraerlo declarando una nulidad como sanción cuando se evidencia una afectación grave a una garantía fundamental o al debido proceso, circunstancia que, en este caso, no se argumentó ni se señaló de manera taxativa.

En lo que la defensora refirió como violación al debido proceso y al principio de congruencia, por la naturaleza de la formulación de imputación que es un acto de comunicación de hechos de los cuales se infiere razonablemente la ocurrencia un delito, se tiene que, entre la formulación de imputación y la formulación de acusación, no ha habido una variación de los hechos que, eventualmente, afecte el principio de congruencia, ni tampoco el debido proceso. Ahora, si se va un poco hasta el fondo del asunto, se tiene que tener en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-137 a 2023, determinó que, en virtud de la Ley 1819 de 2016, se había expulsado del ordenamiento jurídico el inciso en el que se aplicaba una excepción a la persecución penal para las sociedades en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas, y así mismo, todas estas obligaciones tributarias que vienen del recaudo que hizo el procesado en representación legal del contribuyente PlastiPol SA, todos estos recaudos se hicieron con años, muchos años de antelación al proceso de insolvencia o liquidación de la empresa, esto es, 2011, 2012, 2014, 2015, 2017 y 2018, cuando el procesado

tenía las facultades para presentar y pagar los valores de dichas obligaciones tributarias.

Que la DIAN no hubiera aceptado la adjudicación de unos bienes muebles, eso es algo que se ventiló y se resolvió en el proceso ante la Superintendencia de Sociedades, si no recibieron dichos bienes muebles -que no es la forma originaria de pago de esas obligaciones tributarias- es porque con estos no satisfacían materialmente el pago de las obligaciones tributarias. Ahora, sobre que el Juez natural era la Superintendencia de Sociedades, es una apreciación errada, pues, sí lo era, pero para el proceso de insolvencia y liquidación, más no en este proceso, pues aquí estamos en un asunto penal por la presunta estructuración del delito de Omisión del agente retenedor, que es una responsabilidad que debe resolver la jurisdicción penal. Entonces, no es el momento procesal ni es la nulidad la llamada a resolver esos temas de fondo del asunto.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 COMPETENCIA.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer el asunto según lo prevé el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004¹.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Conforme a la solicitud deprecada por la defensa, esta Sala determinará si el escrito de acusación cumple con los parámetros exigidos por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, en punto de la delimitación de los hechos jurídicamente relevantes o si, por el contrario, la actuación surtida hasta momento se encuentra viciada de nulidad.

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 proferían los **jueces del circuito** y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito.

4.3. RESPUESTA Y SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

4.3.1. Previo a cualquier consideración en este asunto, es importante advertir, pues así lo resaltaron algunas de las partes, que la exposición realizada por la defensora en su recurso de la alzada, denota una falta de suficiencia en la fundamentación, empero se acogerá el *principio de caridad en argumentación*², el cual lleva a esta Sala como intérprete del lenguaje empleado por la abogada a partir de racionalidad de su discurso, a desentrañar dentro de la comprensión y comunicación lingüística, sus afirmaciones.

Respecto a este tema, valga traerse a colación además, lo indicado en el Módulo de Argumentación Judicial: Construcción, Reconstrucción y Evaluación de Argumentaciones Orales y Escritas, de la Escuela Judicial 'Rodrigo Lara Bonilla' al anotar que:

*"En la tarea de intérpretes debemos guiarnos por el llamado 'principio de caridad', que nos insta a optar por aquella interpretación que presente las ideas que estamos analizando de la mejor manera posible. Si tenemos varias formas de entender un texto, debemos elegir aquella que lo favorezca y no la que lo perjudique. Esto no implica renunciar a la crítica, por el contrario, es lo que nos permite asegurarnos de que nuestras críticas estarán bien dirigidas"*³.

4.3.2. En cuanto a la solicitud que ahora nos ocupa, partiremos por recordar que la nulidad es el remedio extremo y la sanción máxima que se impone a un acto procesal para dejarlo sin efecto, por ser violatorio de sus formalidades y garantías que protege. Así mismo se advierte que la Ley 906 de 2004 no consagra de manera expresa los principios que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades, como sí lo hacía la Ley 600 de 2000; sin embargo, según lo indicó la Corte en sentencia del 4 de abril de 2006 con Radicado 24187, ello no implica que hayan desaparecido, por el contrario, por ser inherentes a ellas, y de acuerdo con el fin que dirige la actividad del Estado para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política, atendiendo que el debido proceso⁴, es uno de los derechos fundamentales de toda persona y que el principio de legalidad

² Acuñado por Donald Davidson en su Teoría de la Interacción Comunicacional. Y aludido por la Corte Suprema de Justicia en auto del 10 de marzo de 2009, CSJ AP, Rdo. 30822

³ Pablo Raúl Bonorino y Jairo Iván Peña Ayazo, Segunda edición aumentada, Bogotá, 2005, p. 22.

⁴ Artículo 457 del Código de Procedimiento Penal.

del trámite⁵, el derecho a la defensa y la nulidad de pleno de derecho de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso⁶, son algunas de sus garantías, según el artículo 29 Superior, los principios de taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y carácter residual, son los que orientan la declaratoria y convalidación de las nulidades.

Así pues, a lo largo de la actuación procesal, se encuentran establecidas varias oportunidades para que las nulidades puedan alegarse, en tratándose de la etapa de juicio, la primera de ellas se encuentra prevista en la audiencia de formulación de acusación, en la que corresponde debatir las correspondientes a la afectación de la estructura del proceso y el derecho de defensa técnica que le asiste al procesado. Esto, de acuerdo con lo normado por el artículo 339 del Código de Procedimiento Penal, que indica que es en esta audiencia donde se busca encauzar el trámite del proceso y, por esa razón, se les otorga la posibilidad a las partes de expresar causales de incompetencia, plantear impedimentos y recusaciones, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si es que no reuniere los requisitos establecidos del artículo 337.

4.3.3. Ahora bien, el artículo 336 del Código de Procedimiento Penal, contempla la acusación como aquella actuación que da inicio a la fase de juicio, considerada como un acto complejo, compuesto por el escrito de acusación y su verbalización en la respectiva audiencia. Por su intermedio se materializa la pretensión punitiva del Estado, representado en la Fiscalía, y se traba la relación contenciosa entre este y el acusado, junto a su respectiva defensa, pues recuérdese que se trata de un proceso adversarial que se deriva de los cargos que el Estado presenta en contra de un sujeto señalado de realizar una acción que reviste las características de delito, conforme a lo previsto en el Código Penal.

Precisamente, por tratarse de una pretensión punitiva que va a delimitar el desarrollo del juicio, su presentación se encuentra reglada para que en ella se contengan aspectos claros, específicos y concretos, que permitan al procesado ejercer en debida forma su derecho de defensa. Así, se han

⁵ *Ibidem*.

⁶ Artículo 455.

reconocido como características esenciales de la acusación, la delimitación de tres aspectos relevantes por parte del Ente Acusador, a saber, i) determina los sujetos tanto pasivos como activos; ii) fija los hechos jurídicamente relevantes y las circunstancias en que se desarrollaron; y iii) establece el delito o delitos en que dicha acción se encuentra subsumida, pues es función de la Fiscalía la determinación del *nomen iuris*.

Frente al control formal que debe ejercer el operador judicial respecto del acto de comunicación –imputación y acusación–, indudablemente se encuentra el deber de garantizar la suficiente claridad frente a los hechos jurídicamente relevantes, no solo porque constituyen la base de la acusación, sino porque con ellos se garantiza el derecho de defensa y se impide que una persona pueda ser condenada dos veces por el mismo hecho. De ahí la importancia de que la Fiscalía sepa delimitar tales aspectos fácticos que permitan la apertura formal de la fase de juzgamiento sin vicio alguno que vulnere las garantías fundamentales de las partes. Sobre tal punto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

“En el ámbito penal, la relevancia jurídica de un hecho depende de su correspondencia con los presupuestos fácticos de la consecuencia prevista en la norma (CSJSP, 08 marzo 2017, Rad. 44599, entre otras). Al respecto, la Sala ha reiterado lo siguiente: (i) para este ejercicio es indispensable la correcta interpretación de la norma penal, lo que se traduce en la determinación de los presupuestos fácticos previstos por el legislador para la procedencia de una determinada consecuencia jurídica; (ii) el fiscal debe verificar que la hipótesis de la imputación o la acusación abarque todos los aspectos previstos en el respectivo precepto; y (iii) debe establecerse la diferencia entre hechos jurídicamente relevantes, hechos indicadores y medios de prueba, bajo el entendido de que la imputación y la acusación concierne a los primeros, sin perjuicio de la obligación de relacionar las evidencias y demás información recopilada por la Fiscalía durante la fase de investigación –entendida en sentido amplio–, lo que debe hacerse en el respectivo acápite del escrito de acusación”⁷

En ese orden, si el componente fáctico de la acusación constituye un presupuesto formal de ella, que da paso a la calificación jurídica del caso, es deber del Juez, en virtud de la obligación de corrección de actos irregulares⁸, señalar al Ente Acusador los yerros de que adolece para que estos sean

⁷ CSJ, Sala de Casación Penal SP5660-2018, Radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018.

⁸ Inciso final del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal.

corregidos y se permita la construcción de un proceso formal, con respeto de las garantías procesales.

4.3.4. Es preciso acotar que la nulidad es un mecanismo extremo con el cual se busca retrotraer la actuación para corregir actos irregulares sustanciales que hayan podido generar la afectación de garantías constitucionales al debido proceso o al derecho a la defensa, no siendo suficiente la constatación de un error cualquiera sino que es necesario verificar las condiciones de trascendencia, convalidación, taxatividad (o especificidad), excepcionalidad, instrumentalidad de las formas y protección, principios decantados con suficiencia en la normal penal y la jurisprudencia⁹.

Puntualmente, frente al principio de trascendencia, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que *“quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento”*¹⁰.

Resulta imperioso aclararle a la defensa que los hechos jurídicamente relevantes son determinados de forma puntual en la Ley 906 de 2004, esencialmente, en los artículos 288 y 337, normas reguladoras de la imputación y la acusación, que imponen a la Fiscalía la carga de hacer una *“relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes”*.

La relevancia jurídica del hecho, ésta compelido a su correspondencia dentro de la norma penal, de ahí deviene que el hecho ejecutado por el autor debe analizarse a partir del modelo establecido en el tipo penal, sin perjuicio de los demás parámetros de antijuridicidad y culpabilidad, es decir, los hechos

⁹ Sentencias como la 15989 del 11 de mayo de 2000 y la 43356 del 3 de febrero de 2016 en las cuales se expuso: *“...solamente es posible alegar las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto procesal que con su conducta haya dado lugar a la configuración del motivo invalidatorio, salvo el caso de ausencia de defensa técnica, (protección); aunque se configure la irregularidad, ella puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del sujeto perjudicado, a condición de ser observadas las garantías fundamentales (convalidación); quien alegue la nulidad está en la obligación de acreditar que la irregularidad sustancial afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la investigación y/o el juzgamiento (trascendencia); no se declarará la invalidez de un acto cuando cumpla la finalidad a que estaba destinado, pues lo importante no es que el acto procesal se ajuste estrictamente a las formalidades preestablecidas en la ley para su producción -dado que las formas no son un fin en sí mismo-, sino que a pesar de no cumplirlas estrictamente, en últimas se haya alcanzado la finalidad para la cual está destinado sin transgresión de alguna garantía fundamental de los intervinientes en el proceso (instrumentalidad) y; además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el error que se advierte (residualidad)”*.

¹⁰ Óp. Cit.

jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales¹¹. Así pues, en este caso, se presentó un escrito de acusación, que se formuló oralmente en audiencia, mismo del cual quedó completamente claro y delimitado qué, quién, cómo, cuándo y dónde, se establecieron los hechos jurídicamente relevantes de los que se tiene que defender el señor León Alberto Ballesteros Bustamante; la Fiscalía le atribuyó el delito de Omisión de Agente Retenedor o Recaudador, consagrado en el artículo 402 del Código Penal, toda vez que, al parecer, él como representante legal de la empresa PlastiPol SA, no consignó dentro de los periodos establecidos para ello, las sumas recuadadas por concepto de IVA, ni las retenidas por concepto de retención en la fuente, por varios periodos comprendidos entre el año 2011 y hasta el primer mes de 2018, mismos que quedaron debidamente determinados.

En la exposición poco ortodoxa de la abogada defensora, esta solicita nulidad por ausencia de hechos jurídicamente relevantes, pero para el efecto, alude a la responsabilidad penal de su asistido y, tal como lo afirmó el apoderado de la DIAN, de manera incomprensiva e improcedente mezcla temas sobre carencia actual de objeto, sobre dominio del hecho, sobre dolo, sobre conocimiento y voluntad de la acción, también afirma que no hay delito y que el Juez Natural para decidir este asunto, es la Superintendencia de Sociedades, es decir, la defensa pareciera que argumentaba una solicitud de preclusión o unos alegatos de cierre, al punto que, incluso, la Juez en un momento y en ejercicio de su función de directora del proceso, le preguntó si tenía experiencia en derecho penal, pues, ciertamente, sus argumentos nada tenían que ver con una solicitud de nulidad ni tampoco con el tema por ella propuesto.

Pareciera que la abogada desconoce que, dentro de sus amplios poderes de defensa, no le asignaron la aprobación de la pretensión punitiva de la Fiscalía General de la Nación. Si el procesado o su defensa no entienden el cargo, el hecho o la circunstancia expuesta en la audiencia de comunicación, pueden pedir las ilustraciones que a bien tengan del cargo, el hecho o la circunstancia,

¹¹ CSJ SP del 8 de marzo de 2017, Radicado 44599.

Radicado: 05001-60-00248-2023-25435
Procesado: León Alberto Ballesteros Bustamante
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador

pero jamás objetar u oponerse al ejercicio legítimo de la persecución penal a cargo de la Fiscalía. Ni la imputación ni la acusación son actos que requieren el aval de partes o sujetos procesales.

Corolario a lo anterior, la apelante tenía la obligación de demostrar cuál era el daño real que se le causó a la defensa, pero ni siquiera especificó cuál era el acto que buscaba fuese declarado ineficaz, se anticipa al asunto que, precisamente, es el objeto de este proceso penal, cual es determinar la responsabilidad penal o no de su asistido, se limitó a afirmar que había una violación al debido proceso y al principio de congruencia por ausencia de hechos jurídicamente relevantes, pero no desarrolla esa idea, ni tenía forma de hacerlo porque los hechos jurídicamente relevantes, están bien delimitados. En el *sub judice*, es claro que el principio de congruencia, respecto de los hechos jurídicamente relevantes, que debe mantenerse entre la formulación de imputación y la acusación, no se ha visto vulnerado, por el contrario, se ha mantenido y respetado el núcleo fáctico, entre la imputación y la acusación.

Así las cosas, concluimos que no se ha trasgredido el derecho de defensa, ni se han puesto cortapisas al debido proceso y, por tanto, no puede inferirse de la actuación ninguna violación de derechos ni garantías fundamentales que generen nulidad.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la decisión por la cual la Juez Segunda Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Itagüí-Antioquia, **NEGÓ** la solicitud de nulidad.

Esta providencia se notifica en estrados y contra la misma no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Radicado:
Procesado:
Delito:

05001-60-00248-2023-25435
León Alberto Ballesteros Bustamante
Omisión del Agente Retenedor o Recaudador

JOSÉ IGNACIO SÁNCHEZ CALLE

NELSON SARAY BOTERO



CLAUDIA PATRICIA VÁSQUEZ TOBÓN

Firmado Por:

**Jose Ignacio Sanchez Calle
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 014 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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

**Claudia Patricia Vasquez Tobon
Magistrada
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Radicado: 05001-60-00248-2023-25435
Procesado: León Alberto Ballesteros Bustamante
Delito: Omisión del Agente Retenedor o Recaudador

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:

81074faed3b3118d170857fff4a7f1862692bed0f2324660394488a21985844

5

Documento generado en 11/02/2025 02:59:36 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>