

SALA PENAL

Medellín, lunes, veintinueve (29) de julio dos mil veinticuatro (2024).

Aprobado en la fecha, Acta Nro. **116**.

Auto interlocutorio de segunda instancia Nro. **027**.

Radicado Nro. 0500850002002016-00484.

Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador.

Acusado: Daniel de Jesús Gómez Montoya.

Magistrado P: César Augusto Rengifo Cuello.

Lectura: **martes, 30 de julio de 2024 a las 09:00 horas.**

Procede en esta oportunidad la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bello, Antioquia, en desarrollo del juicio oral seguido al señor Daniel de Jesús Gómez Montoya por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador consagrado en el artículo 402 del C. Penal en concurso homogéneo y sucesivo de cuatro eventos.

ACONTECER FÁCTICO.

Los hechos que nos convocan se contraen a la denuncia y adición presentada el trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016) y veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) y tuvieron ocurrencia entre el dieciséis (16) de septiembre del año dos mil catorce (2014) y el dieciséis (16) de mayo del año dos mil dieciséis (2016), cuando según la DIAN, el investigado Daniel de Jesús Gómez Montoya, en su calidad de representante legal de la empresa DANGO PUBLICIDAD NIT 8154607-0, presentó varias declaraciones de impuesto sobre las ventas (IVA) pero no realizó los pagos correspondientes a los vencimientos de las siguientes obligaciones:

Concepto	Periodo	V/R impuesto	Fecha de vencimiento	Fecha del delito
IVA	2014-04	\$ 8.929.000	16/09/2014	16/11/2015
IVA	2014-06	\$ 12.118.000	22/01/2015	22/03/2015

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello.
Radicado: 0500850002002016-00484.
Acusado: Daniel de Jesús Gómez Montoya.
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador.*

IVA	2015-01	\$79.197.000	20/02/2016	21/03/2016
IVA	2016-01	\$ 15.926.000	16/05/2016	16/07/2016
		\$116.170.000		

ACTUACION PROCESAL.

El 12 de octubre de 2021, ante el Juez Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bello, Antioquia, la Fiscalía formuló imputación en contra de Daniel de Jesús Gómez Montoya como autor del delito de omisión del agente retenedor o recaudador, consagrado en el artículo 402 del C. Penal en concurso homogéneo, en su calidad de representante legal de la empresa DANGO PUBLICIDAD NIT 8154607-0, sin que hubiera aceptación de cargos por parte del imputado.

El 22 de febrero de 2023, ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Bello, Antioquia, la Fiscalía formuló acusación sin variaciones a la imputación fáctica y jurídica. En esa instancia se agotaron la audiencia preparatoria y de juicio oral, anunciando sentido de fallo condenatorio cuya lectura se realizó el 30 de mayo de 2024.

La anterior decisión fue objeto del recurso vertical de apelación presentado por la parte de la defensa, quien sustentó por escrito y dentro del término de ley la alzada que se apresta a resolver la Sala.

LA DECISIÓN IMPUGNADA.

Hechas las precisiones en cuanto a la identificación del acusado, los hechos materia de investigación, la práctica probatoria, los alegatos de cierre y, en general, el devenir procesal agotado en el caso, la funcionaria de conocimiento, acorde a las prueba y las estipulaciones, concluyó que la conducta desplegada por la persona acusada era idónea para afectar el bien jurídico tutelado, poniendo en peligro de manera efectiva la Administración Pública, sin que se observara la concurrencia de una circunstancia que justificara su desviado proceder. Por lo tanto, se colma el juicio de antijuridicidad material y formal.

Respecto a la culpabilidad, estaba acreditada, en primer lugar, que Daniel de Jesús Gómez Martínez, es una persona mayor de edad de

quien no se adujo elementos que dieran cuenta de alguna limitación cognitiva, por lo tanto, se reputa imputable. En esa medida, conocía que la conducta de presentar declaraciones tributarias sin pago y no consignar las mismas está prohibida por la ley, de manera que le era exigible una conducta conforme con las expectativas sociales. No se avizoró ninguna circunstancia de ausencia de responsabilidad que regula el artículo 32 del Código Penal.

En consecuencia, el juicio de reproche a que se hace acreedor el procesado, determina el proferimiento de esta sentencia condenatoria.

ESTIPULACIONES PROBATORIAS.

1.1. Plena identificación con anexo tarjeta decadactilar.

EXISTENCIA Y CONTENIDO de los siguientes documentos decretados como prueba en la audiencia preparatoria:

1.2.1. Certificación de estado actual de obligaciones de la división de gestión de cobranzas por el periodo 2016-01.

1.2.2. Informe de obligaciones penalizables 2016-01 de cobranzas de 18 octubre de 2017.

1.2.3. Oficio persuasivo 20165056003735 del 1º de diciembre de 2016 en relación al IVA período 2016-1 y notificado por correo certificado, que suscribe Edilberto Suárez López.

1.2.4. Informe de obligaciones penalizables periodo 2014-4, 2014-6 y 2015-1 que suscribe Blanca Ligia Muñoz de Castaño.

1.2.5. Acta de comparecencia N°201601040008887 del 23/05/2016, del procesado ante la DIAN, con compromiso de pago a 30 días y acogimiento a las facilidades de pago que suscribe el procesado.

1.2.6. Copia del RUT del procesado y de la empresa DANGO PUBLICIDAD.

1.2.7. Certificado de existencia y representación legal de la empresa.

1.2.8. Consulta al aplicativo de cuenta corriente sobre resoluciones de compensación y recibos oficiales en pago en bancos período 2016-1.

1.2.9. Consulta detalle del aplicativo de obligaciones financieras.

1.2.10. Declaraciones privadas de venta de 2016-1 sin pago y consulta de firma por documentos.

1.2.11. Certificación de jefe de cobranzas por el período 2014-4, 2014-6 y 2015-1.

1.2.12. Verificación de obligaciones objeto de denuncia 2014-04, 2016-6 y 2015-1 del 26 de abril de 2016.

1.2.13. Informe de obligaciones penalizables de la división de

cobranzas 2014-04, 2014-6, 2015-1 del 25 de abril de 2016 que suscribe Blanca Ligia Muñoz de Castaño.

1.2.14. Oficio persuasivo penalizable N°20165056000335 en relación a período 2014-3, 2014-4, 2014-5, 2014-6 del 1° de abril de 2016, que suscribe Blanca Ligia Muñoz de Castaño. Y oficio persuasivo penalizable N°20165056000735 del 24 de abril de 2016 que suscribe la misma funcionaria, en relación con el IV período 2015-1.

1.2.15. Acta de comparecencia del 30 de septiembre de 2015 que suscribe el obligado.

1.2.16. Declaraciones privadas del impuesto a las ventas 2014-04, 2014-6 y 2015-1 sin pago.

1.2.17. Consulta detalle aplicativo obligación financiera del 19 de abril de 2016 por el periodo 2015-1.

1.2.18. Consulta aplicativo cuenta corriente sobre recibos de pago en banco y de compensaciones en relación a las obligaciones del año 2016.

1.2.19. Oficio del 17 de diciembre de 2018 sobre estado de las obligaciones tributarias para ese momento, suscrito por la funcionaria de la DIAN Berta Rocío Muñoz Castañeda.

DE LA APELACIÓN.

Expresó la parte apelante que la conducta estaba prescrita porque, desde la fecha de los hechos, habían pasado más de cinco años sin que hubiera un mandamiento de pago de acuerdo al artículo 638 del Estatuto Tributario. Con esta sustentación se pretende acerca a la verdad con el fin de que se revoque la Providencia Recurrída y decreten un fallo absolutorio por estar prescrita la sanción tributaria que origino este proceso. En este caso, nos tenemos que remitir a lo normado en el artículo 638 del Estatuto Tributario.

Refirió que, en el acervo probatorio aportado por la fiscalía, no existe un mandamiento de pago que pudiera alargar el tiempo para que la Dian ejerciera su derecho a cobrar la obligación, tal cual puede verse dentro del proceso penal. En las estipulaciones y las pruebas presentadas por la Fiscalía, no hay un mandamiento de pago, pero desafortunadamente, la defensa que tuvo en esa etapa del proceso no realizó la gestión para que el juez de instancia se diera cuenta de la prescripción de la sanción tributaria que existe dentro del proceso.

De no acogerse esta tesis, esta defensa va a mostrar cómo el Juez de Primera instancia hizo una valoración errónea del tipo penal,

confundiendo un delito continuado con un concurso de delitos.

Indico que el Juez de primera instancia, al momento de la tasación de la pena, se ubicó en el primer cuarto al no existir circunstancias genéricas de mayor punibilidad. Debió quedarse en los 48 meses y no tratar la conducta como un concurso de delitos, porque no fueron varias acciones de un mismo delito, ni mucho menos fue un delito como medio necesario para la comisión de otro, y no se estableció entre ambos una relación de medio a fin. Por lo tanto, no puede subsumirse en un concurso de delitos, porque estamos frente a un delito continuado.

Reveló que, debió condenar a su prohijado por el delito de omisión de agente retenedor en la modalidad continuada. En consecuencia, como ello no sucedió, se deberá corregir en su favor la sentencia, condenándolo solo por delito de omisión de agente retenedor. Por lo anterior, la tasación debió de ser solo 48 meses, al no haber concurso de delitos, sino un delito continuado, y ya con solo 48 meses tiene derecho a los beneficios y subrogados penales.

CONSIDERACIONES EN ORDEN A PROVEER

La competencia de la Sala se restringe en esta oportunidad, de acuerdo con lo señalado en los artículos 20 y 34.2 de la Ley 906 de 2004, a decidir sobre los pedimentos elevados por la apelante, así como sobre los aspectos que se inescindibles al tema objeto de impugnación y aquellos atinentes a la garantía de los derechos fundamentales de los sujetos procesales.

Partiendo de lo anterior, esta Corporación encuentra que hay un tema que incumbe abordar oficiosamente ya que toca las garantías fundamentales; es el siguiente supuesto a manera de interrogación:

¿Cumplió la primera instancia con los derroteros de admisión de las estipulaciones probatorias celebradas por las partes al proceso, con plena observancia de la técnica y preceptos jurisprudenciales imperantes? ¿se siguió un procedimiento adecuado para la presentación y aceptación de las estipulaciones probatorias?

Se debe en primer lugar señalar que el principio de economía procesal¹

¹ Corte Constitucional Sentencia C-037 de 1998 Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. "(...) El principio de la economía procesal consiste, principalmente, en conseguir el mayor resultado con el

enseña que carece de sentido que la Sala se ocupe de solucionar los cargos de la apelación y solamente con posterioridad resuelva la cuestión oficiosamente oteada, pues serían ino cuos los esfuerzos dirigidos a evacuar los temas de alzada si luego se establece que hay lugar a anular la actuación procesal que esté viciada.

En este caso, son elementos que rigen las nulidades los de *taxatividad, trascendencia, convalidación, instrumentalidad de las formas, protección, acreditación y residualidad*; esta Sala solo reseñará acorde al caso que ahora nos concierne, la taxatividad²:

"Solo es posible solicitar la nulidad por los motivos expresamente previstos en la ley" CSJ- AP391 de 2015.

Así, esta Corporación, planteará la nulidad del artículo 457 del Código de Procedimiento Penal, como causal de invalidación, de la siguiente manera: *"Nulidad por violación de garantías fundamentales. Es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales"*.

Sobre la base de la nulidad propuesta oficiosamente, la Sala debe indicar que la Juez A quo desconoció las pautas jurisprudenciales depuradas en el tema de qué puede ser materia de estipulación probatoria y cómo debe valorarse. Veamos:

"(...) Las estipulaciones deben tener por objeto uno o varios elementos estructurales del tema de prueba.

Esta Corporación ha resaltado que el tema de prueba está integrado por la premisa fáctica de la acusación, sin perjuicio de las hipótesis factuales propuestas por la defensa. Igualmente, tras señalar la diferencia entre medios de prueba, hechos jurídicamente relevantes y hechos indicadores, ha resaltado que estos, indirectamente, se incorporan al tema de prueba, como

mínimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia. En virtud de la economía procesal, el saneamiento de la nulidad, en general, consigue la conservación del proceso a pesar de haberse incurrido en determinado vicio, señalado como causal de nulidad. Se establece que, decretada la nulidad de lo actuado en el proceso penal, se ordenará que se reponga la actuación que dependa del acto declarado nulo, para que se subsane el defecto. Esta norma tiene su razón de ser en el principio de la economía procesal, y en la necesaria celeridad de la administración. Si, en general, justicia tardía es injusticia, esta afirmación cobra mayor fuerza en tratándose del proceso penal. Recuérdese que el derecho del sindicado a "un debido proceso público sin dilaciones injustificadas". Esta norma tiene esa finalidad: no habría razón para reponer la actuación que no dependa del acto declarado nulo, actuación que se ha cumplido válidamente. Hacerlo sería una "dilación injustificada".

² "(...) Corresponde a una de las manifestaciones del principio de legalidad en materia de nulidades, no se pueden declarar aquellas que no aparezcan expresamente indicadas por la ley penal adjetiva. No hay nulidad sin ley previa. No hay nulidad sin texto legal expreso. NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. Nulidades en el Procedimiento Penal, Actos Procesales y Acto Prueba, Sistemas Mixto Inquisitivo y Mixto Acusatorio. Tomo II. Biblioteca Jurídica Dike, quinta Ed. 2011, pág. 1032.

quiera que su demostración es fundamental para que el juez pueda realizar, a partir de ellos, las inferencias concernientes a los hechos que encajan en las normas penales aplicables al caso, esto es, los hechos jurídicamente relevantes (CSJSP, 8 mar. 2017, Rad. 44599, entre muchas otras). En el mismo sentido, la Sala ha precisado que la autenticación de evidencias físicas o documentos, visto desde la perspectiva material, es un tema que atañe a los hechos, si se parte de que autenticar es demostrar que una cosa es lo que la parte sostiene a la luz de su teoría del caso. Por ejemplo, el cuchillo con el que se causó la muerte de la víctima, los 30 gramos de cocaína hallados en poder del procesado, el contrato de arrendamiento suscrito entre el acusado y el denunciante, etcétera (CSJSP, 31 ago. 2016, 43916).

Bajo esta lógica, la Corporación ha aclarado que las partes pueden estipular cualquiera de estos aspectos factuales, esto es: (i) uno o varios hechos jurídicamente relevantes, (ii) uno o varios hechos indicadores, y (iii) uno o varios de los referentes fácticos de la autenticación de las evidencias físicas o documentos (CSJSP, 5 jul. 2017, Rad. 44932).

En todo caso, está claro que solo pueden estipularse aspectos factuales, no solo porque ello es de la esencia de este tipo de acuerdos, tal y como lo dispone el artículo 356, numeral 4, de la Ley 906 de 2004, sino además porque tal delimitación es necesaria para la claridad de este tipo de acuerdos, que constituye uno de los principales requisitos de su admisibilidad (CSJAP, 26 oct. 2011, Rad. 36445).

Por su importancia para delimitar las reglas que rigen las estipulaciones probatorias, deben reiterarse varios aspectos desarrollados por la Sala en materia de documentos, a saber: (i) si contienen declaraciones, deben regirse por las reglas de la prueba testimonial; y (ii) es necesario diferenciar en qué eventos los documentos hacen parte del tema de prueba y cuándo tienen el carácter de medio de prueba, diferenciación que también procede frente las declaraciones (CSJAP, 30 sep. 2015, Rad. 46153; CSJAP, 8 mar. 2018, Rad. 51882; entre otras).

Así, por ejemplo, harán parte del tema de prueba las declaraciones que constituyen un elemento estructural del delito objeto de acusación y juzgamiento, como sucede en los casos de falso testimonio, injuria, calumnia, etcétera. En la misma lógica, hacen parte del tema de prueba el expediente, carpeta o sumario que da cuenta de la realidad procesal en medio de la cual se emitieron decisiones manifiestamente contrarias en la ley, en casos de prevaricato. En esos casos, la declaración (*en los eventos de falso testimonio, falsa denuncia u otros delitos cometidos a través de este tipo de manifestaciones*), así como lo referente a la carpeta, expediente o sumario (*en el juzgamiento por el delito de prevaricato*) pueden ser objeto de estipulación.

Lo anterior por razones simples. De la misma manera como la naturaleza de las heridas y la causa de la muerte son hechos jurídicamente relevantes en un caso de homicidio, en la medida en que encajan en el artículo 103 del Código Penal, una declaración falsa es un hecho jurídicamente relevante en un caso por falso testimonio, pues constituye el principal referente factual del tipo previsto en el artículo 442 ídem, y las pruebas y demás información con la que contaba el funcionario es la base fáctica ineludible para establecer si una decisión es manifiestamente contraria a la ley, en los casos de prevaricato.

Finalmente, la Sala ha precisado que en los dictámenes periciales (*entre ellos el correspondiente a la necropsia*) debe diferenciarse la base fáctica y la base técnico - científica. Frente a la base fáctica, la Sala ha resaltado que en algunos casos es demostrada con el mismo perito, principalmente cuando este, en ejercicio de su función, debe hacer las constataciones factuales

pertinentes, como sucede con el médico legista que examina un cadáver o realiza un examen sexológico.

En términos simples, generalmente al legista le corresponde declarar sobre hechos, como, por ejemplo, las características, número, ubicación y trayectoria de las lesiones, o el hallazgo de evidencias en el cuerpo del examinado (*proyectiles de arma de fuego, fluidos corporales, entre otros*). Lo anterior, sin perjuicio de las opiniones que debe emitir a partir de su conocimiento especializado (CSJSP, 11 jul. 2018, Rad. 50637).

Así, como los informes de necropsia, al igual que otros reportes realizados por expertos dentro de la actuación penal, generalmente contienen datos factuales perfectamente diferenciables (*unos, atinentes a la base fáctica del concepto, y otros, a las conclusiones expuestas por el experto*) las partes deben expresar con claridad cuáles de ellos quedan cobijados con una estipulación probatoria, pues, también a manera de ilustración, no es lo mismo dar por probado que la muerte de una persona obedeció a una determinada causa (*en virtud de la **opinión del perito***), que estipular el número y características de las lesiones (*a partir de las **observaciones que realiza el experto***).

La finalidad de las estipulaciones y la consecuente claridad que las mismas deben tener.

Está suficientemente claro que las estipulaciones deben versar sobre "*aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renunciaciones de derechos constitucionales*" (Art. 10º de la Ley 906 de 2004), bajo el entendido de que las mismas constituyen "*acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias*" (Art. 356 ídem).

Es igualmente indiscutible que la finalidad de las estipulaciones es depurar el tema de prueba, en orden a dinamizar el proceso al evitar la práctica de pruebas de hechos o circunstancias frente a los que no existe "*controversia sustantiva*".

Como implican una renuncia al derecho a presentar pruebas frente a uno o varios aspectos fácticos en particular, las estipulaciones: (i) solo pueden referirse a hechos (CSJAP, 26 oct. 2011. Rad. 36445; (ii) deben estar expresadas con total claridad, precisamente para saber cuáles hechos o circunstancias incluidos en el tema de prueba van a quedar por fuera del debate; (iii) por estas razones, el juez debe conocer con precisión esos hechos, para decidir, entre otras cosas, sobre la admisibilidad de las pruebas solicitadas por las partes; y (iv) porque no tendría sentido aceptar estipulaciones y, al tiempo, decretar las pruebas concernientes a los hechos o circunstancias sobre las que versó el acuerdo (CSJSP, 10 oct. 2007, Rad. 28212; CSJAP, 23 ab. 2018, Rad. 50643), pues esto, en lugar de dinamizar el debate, lo puede complejizar innecesariamente.

De lo anterior se extrae una razón adicional para concluir que las partes no pueden estipular "pruebas", sino hechos, porque: (i) el efecto principal de la estipulación es sustraer del debate algunos hechos o sus circunstancias; (ii) ello, naturalmente, incide en las decisiones de los jueces sobre las pruebas que se deben practicar en el juicio; (iii) en esa fase, el juez no conoce –ni debe conocer– el contenido de las pruebas; (iv) por tanto, si las partes estipulan pruebas, y no hechos, el juez no tendrá elementos de juicio para establecer cuáles aspectos factuales no serán objeto de controversia, ni, en consecuencia, para decidir sobre la admisibilidad de los medios de conocimiento solicitados por cada parte para sustentar su teoría del caso.

Así, por ejemplo, si las partes "estipulan" la historia clínica o la necropsia, mas no uno o varios hechos que pudieran ser demostrados con esos documentos (*cuyo contenido es complejo, en cuanto puede abarcar declaraciones del perito y de terceros, opiniones, etcétera*), el juez no tendrá elementos para establecer cuáles aspectos del tema de prueba quedaron abarcados con las estipulaciones y ello, naturalmente, afectaría las decisiones acerca de las pruebas que se practicarán en el juicio.

Por último, la falta de claridad sobre el sentido y alcance de las estipulaciones puede dar lugar a una situación procesal compleja, consistente en que se presenten pruebas que contravengan los acuerdos probatorios celebrados por las partes, como parece haber ocurrido en el caso sometido a conocimiento de la Sala." **SP5336-2019 Radicación n° 50696, Magistrada ponente Patricia Salazar Cuéllar de cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).**

Dentro del presente asunto, las partes presentaron 21 estipulaciones, de las cuales la primera atinente a la plena identidad del acusado en la audiencia preparatoria³, de acuerdo al artículo 356 del C. de Procedimiento Penal, no se presentó objeción alguna.

Fijada la fecha para la audiencia de juicio oral, el 7 de julio de 2023, la juez A quo dio la palabra a la Fiscalía General de la Nación para que realizara la *teoría del caso*. Al finalizar, el delegado llamó la atención de la funcionaria para informarle que se habían realizado nuevas estipulaciones probatorias con la defensa⁴.

A continuación, se revisaron los veinte (20) documentos decretados a la Fiscalía en la audiencia preparatoria que son objeto de estipulación. Posteriormente, se trasladaron las nuevas estipulaciones a la apoderada de la DIAN, quien manifestó no tener observaciones al respecto.

Finalmente, la Juez A quo resolvió lo siguiente:

"Juez: ¿Señor defensor efectivamente la existencia y contenido de esos documentos se van a tener como probados, correcto?

Defensor: Si señora, correcto.

Juez: Bueno.

Juez: El Despacho a pesar que estemos en la audiencia del juicio oral debe verificar esas estipulaciones a efecto de aprobarlas en el sentido que corresponda a hechos jurídicamente relevantes, y efectivamente esa nueva estipulación que comprende la documentación pública que la DIAN traía y que fue decretada como prueba documental es viable que sea estipulada.

³ 02Preparatoria20220330 minuto 11:00 a minuto 13:21.

⁴ 04Juicio20230707 minuto 16:36 a minuto 24:40.

Tendremos entonces, esos hechos como probados. Ahora en este momento se le da como ese segundo valor o peso a las estipulaciones, la plena identidad obviamente con la limitación que lo que se está estipulando con ello como se dijo en la preparatoria una vez más se itera es que, el señor Daniel de Jesús Gómez Montoya es quien dice ser, sobre la existencia y contenido de los documentos, entonces también se entiende en este momento ya incorporado, para darle efectos en la valoración que se haga en la correspondiente sentencia”.

Traído el anterior concepto al caso sub examine, debe señalar la Sala que las estipulaciones probatorias celebradas entre las partes se introdujeron con plena inobservancia de la técnica imperante para estos asuntos, pues no se circunscribieron a dar por probados *hechos o circunstancias*, sino que hicieron referencia a la estipulación de la existencia y contenido de los documentos. Lo cual es abiertamente inadmisibles en la regulación procesal penal, tal como quedó explicado con suficiencia en la parte jurisprudencial de este proveído.

Como ejemplo, si se analiza el contenido de la estipulación **1.2.6.** y **1.2.7.**, se observa claramente que todo lo excluido del debate no obedeció a un hecho concreto, sino al contenido del RUT y el certificado de existencia y representación, donde se certifica que el procesado, Daniel de Jesús Gómez Montoya, es el representante legal de la empresa DANGO PUBLICIDAD, y que ostenta la calidad de agente retenedor o recaudador.

De manera similar, con las estipulaciones **1.2.10 y 1.2.16**, se estableció que la cuestión a dar por cierta era el contenido de los documentos, específicamente las Declaraciones privadas de venta, correspondiente a los periodos de declaración **2014-04, 2014-6, 2015-01 y 2016-01**, sin pago, periodos estos que fueron pilar de acusación y que las partes acordaron dar por probados.

Los dos ejemplos previos, consagran dos de los elementos objetivos del tipo penal estudiado:

i) Un sujeto activo cualificado, el agente retenedor o auto-retenedor y el responsable del IVA, (personas naturales o jurídicas).

Acreditado con los documentos objeto de **estipulación 1.2.6. y 1.2.7.** y valorados por la Juez A quo de la siguiente manera:

“En este caso es con las estipulaciones que se demuestra tal calidad, la estipulación N°1.2.6, da cuenta del registro del RUT de la empresa DANGO PUBLICIDAD, la N°1.2.7, de la existencia y representación de dicha empresa -documento emitido por la Cámara de Comercio de Medellín, y la persona responsable como representante legal no es otro que el procesado, Daniel de Jesús Gómez Montoya. Así mismo se da por probada la existencia y contenido del registro RUT como persona natural del procesado”. (24Sentencia folio 4)

Y ii) en cuanto a la temporalidad y la conducta reprochable, es de aquellas consideradas de omisión propia cometida a título de dolo, referidas a las hipótesis de “no consignar” las sumas retenidas o auto-retenidas, para el caso, por concepto de IVA –objeto material del delito.

Esto acreditado con las estipulaciones 1.2.10 y 1.2.16, estimados por la primera instancia así:

“(…) Como obligado y la empresa que representa, presenta las declaraciones del impuesto del valor agregado IVA, sin pago ninguna de ellas, **por los períodos objeto de la acusación y a los efectos fueron objeto de acuerdo por las partes de darlos por probados.** Así, la estipulación N°1.2.10 en relación a la declaración del período 2016-1 y N°1.2.16 en relación a la declaración del período 2014-01, 2014-6 y 2015-1. Es claro que, a la fecha, el obligado a declarar y pagar por ese impuesto a las ventas IVA, no lo ha hecho dentro del períodos iniciales determinados por la ley y menos aún pasados varios años, de reclamaciones, requerimientos e incluso compromisos con la DIAN”. (24Sentencia folio 4)

Frente a esto, la Sala encuentra que las partes desconocieron en absoluto la forma en que deben plantearse las estipulaciones probatorias. El convenio suscrito por ellas jamás versó sobre *aspectos factuales*, como fue indicado anteriormente en la disposición jurisprudencial: *(i) uno o varios hechos jurídicamente relevantes, (ii) uno o varios hechos indicadores, y (iii) uno o varios de los referentes fácticos de la autenticación de las evidencias físicas o documentos”*.

En consecuencia, la forma en que fueron introducidas las estipulaciones a juicio quebrantó todas las formas propias de la figura. Además, sumado a la falta de labores de dirección necesaria para aclarar su sentido y alcance por el A quo, se vio afectada la estructura del proceso adelantado, pues las estipulaciones no fueron solicitadas en términos claros y precisos sobre cuáles eran los supuestos fácticos del tema de prueba que sería sustraído del debate, ya que se dio de forma irregular la estipulación del contenido de documentos y se tomaron como hechos probados todo el contenido del documento.

Es por lo anterior que, regresando a los interrogantes objeto de valoración oficiosa por la Sala, se tiene certeza por la Corporación del incumplimiento de las reglas de admisión en materia de estipulaciones probatorias. El consenso bilateral estipuló la *responsabilidad* ni más ni menos, tener por demostrado aquello que era el punto de discusión, partiendo del reconocimiento documental de que (i) él era el representante legal y no otro. Además, (ii) que era la persona responsable del pago del IVA y dejó de pagar los periodos por concepto de IVA, dentro de los periodos iniciales determinados por la ley, después de reclamaciones, requerimiento e incluso compromisos celebrados con la DIAN. Lo anterior devela el impacto y la trascendencia del yerro en la decisión de primera instancia que confirió mérito persuasivo, a pesar que no son prueba en los términos concisos del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal.

Considera la Sala que la decisión que debe restablecer las garantías conculcadas al acusado, con desmedro del artículo 29 Superior y lo previsto en el 10º, inciso 4º del Código de Procedimiento Penal, es decretar la nulidad⁵ de lo actuado a partir de la presentación de las estipulaciones probatorias de las partes, inclusive, realizada en la audiencia de juicio oral, en sesión del 7 de julio de 2023, para que el juez de primera instancia, conocidas las estipulaciones y oposiciones, de llegar a presentarse, resuelva sobre su aprobación, con fundamento en los lineamientos legales y jurisprudenciales consignados en la parte motiva.

Reconocida la irregularidad sustancial que invalida parte de lo actuado, por sustracción de materia no habrá lugar a examinar los reparos de fondo planteados por el recurrente frente a la sentencia.

Al decretarse la nulidad de la actuación hasta el momento descrito, consecuencialmente debe dejarse sin efecto la orden de captura del 5 de

⁵ Sentencia SP126-2024, Radicación nº 61317, CUI: 66001600003620120585003 Magistrada ponente Myriam Ávila Roldán del siete (7) de febrero de dos mil veinticuatro (2024). Respecto al segundo caso, en el auto AP842-2023 del 22 de marzo de 2023 dentro del radicado 54263 se decretó la nulidad del proceso desde la audiencia del juicio oral, en donde las partes presentaron sus acuerdos probatorios. En virtud de que las partes realizaron una estipulación probatoria ilegal que, en lugar de tratarse sobre hechos o sus circunstancias, consensuaron bilateralmente la responsabilidad de los acusados en el delito de secuestro, con lo cual no sólo equivocaron la vía que al efecto consagra el ordenamiento, es decir, la del preacuerdo, sino que lesionaron de manera grave las garantías procesales de los procesados, impidiéndoles ejercer su derecho a la defensa”.

*Magistrado Ponente: César Augusto Rengifo Cuello.
Radicado: 0500850002002016-00484.
Acusado: Daniel de Jesús Gómez Montoya.
Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador.*

junio de 2024 (09-24) debido a que no hay sentido de fallo que sustente una privación de la libertad del acusado Daniel de Jesús Gómez Montoya.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de lo actuado a partir de la presentación de las estipulaciones probatorias de las partes, inclusive, realizada en la audiencia de juicio oral, en sesión del 7 de julio de 2023, para que el juez de primera instancia, conocidas las estipulaciones y oposiciones, de llegar a presentarse, resuelva sobre su aprobación, con fundamento en los lineamientos legales y jurisprudenciales consignados en la parte motiva.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la orden de captura del 5 de junio de 2024 (09-24) debido a que no hay sentido de fallo que sustente una privación de la libertad del acusado Daniel de Jesús Gómez Montoya.

TERCERO: Remitir la actuación al juzgado de conocimiento para que la rehaga a partir de ese momento.

CUARTO: Contra esta decisión cuya notificación se realiza en estrados no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR AUGUSTO RENGIFO CUELLO

LUÍS ENRIQUE RESTREPO MÉNDEZ

GABRIEL FERNANDO ROLDÁN RESTREPO

Firmado Por:

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

Gabriel Fernando Roldan Restrepo
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Luis Enrique Restrepo Méndez
Magistrado
Sala Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **076eba41ed25c2b63a43481b83d67f264f80a6521d91ac5a78f6e59505b595bc**

Documento generado en 29/07/2024 05:02:50 PM

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