



**Radicado: 052666000203201706911**  
**Procesado: Antonio Emilio González Cuervo**  
**Delito: Omisión del agente retenedor o recaudador**  
**Decisión: Rechaza parcialmente el recurso y Confirma**  
**Magistrado ponente: Pío Nicolás Jaramillo Marín**  
**Acta Nro. 093**

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**

### **Sala Novena de Decisión Penal**

**Medellín, diecinueve de julio de dos mil veinticuatro**

Procede la Sala a decidir la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la apoderada 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 5 de octubre de 2023, mediante la cual se condenó al señor **Antonio Emilio González Cuervo**, previo allanamiento a los cargos que en su contra formuló la Fiscalía General de la Nación.

## HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

La Fiscalía acusó a **Antonio Emilio González Cuervo** dado que, como representante legal de la sociedad Instalaciones y Montajes A&C SAS, presentó sin pago declaraciones tributarias por concepto de i) ventas del periodo 2010-6 por valor de \$5.365.000, y ii) retención en la fuente en el periodo 2010-9 por \$1.000, cuyas obligaciones vencieron el 12 de enero de 2011 y el 8 de octubre de 2010, respectivamente.

Por los mismos hechos le formuló imputación ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Sabaneta, en audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2020, por el delito de Omisión del agente retenedor o recaudador, previsto en el artículo 402 del Código Penal, sin que se allanara a los cargos.

El conocimiento de la actuación fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado, ante el cual se adelantó la audiencia de formulación de acusación el 8 de junio de 2022.

En cumplimiento del Acuerdo CSJANTA23-82 del 28 de abril de 2023, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Envigado remitió esta causa penal ante su Homólogo, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Envigado.

Asumido el conocimiento mediante auto del 29 de junio de 2023, se instaló la audiencia preparatoria el 26 de septiembre siguiente, en la cual la defensora pública manifestó que su prohijado deseaba allanarse a los cargos imputados. Una vez el

Despacho puso de presente al acusado los aspectos referentes a la aceptación unilateral de cargos y sus consecuencias, ratificó que de manera libre y voluntaria se allanaba a las conductas atribuidas.

Previo a dar el uso de la palabra a las partes para pronunciarse sobre el allanamiento a cargos efectuada por el procesado, el Juez de Conocimiento constató que se efectuó con el respeto de las garantías fundamentales, impartándole aprobación y, por tanto, dando inicio a la audiencia de individualización de la pena.

El 5 de octubre del mismo año, el Juez de Primer Grado profirió la correspondiente sentencia condenatoria pero solo por la conducta relacionada con el concepto de ventas adeudado, y con la concesión del total del descuento punitivo por la aceptación a cargos efectuada en la audiencia preparatoria, es decir, de la tercera parte de la pena impuesta.

Adujo 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 en los comportamientos atribuidos.

Sin embargo, en lo que atañe a la declaración tributaria que el acusado presentó sin pago por concepto de retención en la fuente del periodo 2010-9 por valor de 1.000 pesos, estimó que, al tratarse de una cuantía irrisoria que no constituye un daño considerable al bien jurídico protegido, el ente acusador no debió haber imputado y acusado este comportamiento, pero por considerar que no era necesario decretar una nulidad para rehacer la actuación dada la aceptación de cargos, optó por no aumentar la

pena con ocasión al concurso de conductas, ya que no sería legítimo imponer una sanción por la omisión en el pago de \$1.000, pues cualquier acrecentamiento de la sanción se tornaría inútil y desproporcionada de cara a lo fines y funciones de la pena.

A continuación, sentó su posición en cuanto a que no resulta exigible el reintegro patrimonial en allanamientos apartándose de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, como condición de procedibilidad para la rebaja de pena, para lo cual esbozó toda la línea jurisprudencial sostenida por la Alta Corte sobre el asunto, y citó diferentes decisiones de este Tribunal con posturas divergentes para concluir que ninguna de las Corporaciones ha tenido una doctrina pacífica en torno a la equiparación de estas dos figuras. En ese sentido, 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.

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

### **DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:**

La apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, luego de referirse a los hechos y al acontecer procesal, pidió modificar la sentencia de primera instancia principalmente con el objetivo de que se exija al procesado el reintegro del dinero obtenido con el delito con el cual incrementó su patrimonio, requisito exigido de forma reiterada por la actual jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia para que

pueda acceder a la rebaja de pena por el allanamiento a cargos, pero que fue desconocido por el Juez de Conocimiento teniendo en cuenta que la concedió sin que se hayan pagado los dineros no consignados. Argumentó que esta situación vulnera los derechos a la reparación de la víctima, que para este caso es el Estado y la DIAN.

Además, mostró su inconformidad con lo decidido por el *A quo* en cuanto a la obligación tributaria adeudada por el procesado por concepto de retención en la fuente del periodo 2010-9 por valor de \$1.000, con fundamento en que en la imputación y acusación también se atribuyó este comportamiento y no puede ser examinado como un hecho aislado.

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

### **CONSIDERACIONES:**

Planteada así la apelación, esta Sala tendría que examinar si se debe modificar la decisión de primer grado porque i) se reconoció la rebaja de que trata el inciso 2° del artículo 352 del Código de Procedimiento Penal, con ocasión a la aceptación de cargos, pese a que el acusado no hizo el reintegro del dinero adeudado a la DIAN, y ii) no se tuvo en cuenta el comportamiento relacionado con lo adeudado por el concepto de retención en la fuente del periodo 2010-9 para dosificar la pena.

Sin embargo, en cuanto a la rebaja reconocida, encuentra este Tribunal que no se cumplen los requisitos que se requieren para examinar este aspecto en segunda instancia, toda vez que la apoderada de víctimas no tiene interés jurídico para recurrir la decisión de primer grado.

En audiencia del 26 de septiembre de 2023, en el minuto 15:18, el Juez de primer grado luego de manifestar que *“previo entonces a concederle el uso de la palabra a los sujetos procesales en punto a la viabilidad de la aceptación de los cargos y la eventual concesión de algún tipo de beneficios y asuntos similares”* expuso las razones por las cuales impartiría aprobación al allanamiento a cargos efectuado por el acusado.

Por este motivo, emitió un sentido del fallo de carácter condenatorio e inmediatamente dio inicio a la audiencia regulada por el artículo 447 del Código Penal, dando el uso de la palabra a las partes e intervinientes. De esta forma, en el minuto 24:05, la apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN– expuso que no conocía las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes del procesado y, en cuanto a la pena, en el minuto 24:22, concretamente indicó *“referente a la imposición de la pena señor Juez, pues si deja esta funcionaria a consideración de su despacho, no sin antes pues señor juez de hacer la manifestación de que pues que se tenga en cuenta que en este evento, en este caso en particular, a la fecha no se ha hecho el reintegro del incremento patrimonial para que digamos eventualmente la concesión de algún subrogado penal por parte de su despacho señor Juez”*.

De lo anterior, la Sala advierte que en la oportunidad que la Judicatura otorgó a la apoderada de la DIAN para que se pronunciara acerca de la imposición de la pena que procedía por la aceptación de cargos del acusado, no emitió pronunciamiento alguno acerca de la posible rebaja que procede por el allanamiento a cargos en la audiencia preparatoria; al contrario, lo dejó a consideración del Despacho, y solo hizo mención a la ausencia de reintegro para que se tuviera en cuenta al momento de examinar la concesión o no de algún subrogado. Sin embargo, una vez el Juez de Primer Grado concedió el descuento, la apoderada de la DIAN decidió variar su postura para solicitar negar la rebaja punitiva mediante la apelación de la decisión.

Al respecto, cabe recordar que en sentencia SP3738-2021 del 25 de agosto de 2021, radicado 57905, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia recordó que el interés para recurrir la decisión que puede tener la víctima dado el resultado adverso a sus intereses, por sí mismo no es suficiente para que pueda acceder a la segunda instancia, ya que *“tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales”* (Negrillas de la Sala).

De modo que si la apoderada de la DIAN no tenía ninguna manifestación en lo que se refería a la imposición de la pena, pues lo dejaba a consideración del Juzgador, no puede ahora, precluida la oportunidad para pedir que no se le conceda la rebaja por la aceptación de cargos, censurar lo decidido por el Juez.

Consentir esta situación, transgrediría los principios de seguridad jurídica y de preclusión de los actos que rigen el proceso penal.

En consecuencia, considera la Sala que frente a este aspecto, la apoderada de la DIAN carece de interés jurídico para acceder a una segunda instancia y, por tanto, será rechazado parcialmente el recurso.

En cuanto a la inconformidad de la recurrente por no haberse sancionado la omisión en el pago de la obligación tributaria de retención en la fuente del periodo 2010-9 por parte del acusado como representante legal de la sociedad Instalaciones y Montajes A&C SAS, la Sala estima acertada la decisión de primera instancia.

Conforme al artículo 9° del Código Penal, para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, es decir, que se encuentre definida en un tipo penal, que lesione o ponga en riesgo efectivo el bien jurídico que la norma pretende proteger, y que el comportamiento le pueda ser reprochado a su autor, segundo elemento que no se cumple en esta oportunidad.

Como lo expuso el *A quo*, lo dejado de pagar por **Antonio Emilio González Cuervo** - 1.000 pesos – se trata de una suma de dinero minúscula y que causa una afectación insignificante al bien jurídico tutelado de la administración pública, en cuya circunstancia se le debe dar el trato de un delito bagatela, es decir, se hace innecesaria la intervención penal del Estado.

Bien es cierto que el examen de la trascendencia de una conducta en el ámbito penal tiene como límite los derechos de

las víctimas por cuanto se debe asegurar un orden justo<sup>1</sup>; no obstante, estas garantías deben ser ponderadas con la necesidad de activar el órgano judicial, el desgaste de la administración de justicia y la privación del derecho a la libertad de una persona, que, en este caso, en el cual lo que se pune es una deuda irrisoria, resulta inconcebible emitir una condena por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, que tiene una pena mínima de 48 meses de prisión.

No sobra agregar que, pese a que en este asunto se debe examinar tan solo el eventual aumento de la pena privativa de la libertad con ocasión a un concurso de conductas punibles, por dicho valor cualquier condena resultaría desproporcionada.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

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: RECHAZAR** parcialmente el recurso de apelación presentado por la representante de la víctima contra la sentencia condenatoria proferida por el Juez Segundo Penal del Circuito de Envigado. Contra esta decisión procede el recurso de reposición.

---

<sup>1</sup> Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia. Radicado 38.103 del 30 de abril de 2013.

**Segundo: CONFIRMAR** la decisión de primera instancia que condenó a **Antonio Emilio González Cuervo** por un solo delito de omisión del agente retenedor o recaudador. Contra esta decisión procede el recurso de Casación que deberá interponerse en los términos de Ley.

**Tercero:** En los demás aspectos se mantiene incólume el fallo objeto de alzada.

**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: **01bf6e9b22dea67d1f33a6774c5fb527347afb08562b56e36bce8f2ec26f111e**

Documento generado en 19/07/2024 01:56:09 PM

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