El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: OMISIÓN AGENTE RETENEDOR / PERTINENCIA DE LAS PRUEBAS / DEFINICIÓN / CUANDO SE RELACIONAN CON LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES / PROCESO CONCURSAL / PUEDE IMPEDIR EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.**

… según lo reglado por el artículo 375 C.P.P. una prueba debe entenderse como pertinente cuando se refiere «directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado…».

En tal sentido, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“La pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que a su vez está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o, en el caso de la defensa, por la teoría alterna que sustenta su estrategia…”

… considera la Sala que de ser cierto lo aducido por la Defensa en el sentido que en contra de la sociedad OT S.A.S. representada legalmente por el ahora procesado DGH, se está adelantando un proceso concursal y liquidatario ante la Superintendencia de Sociedades, es claro que las pruebas deprecadas por la Defensa se tornarían en pertinentes y conducentes porque las mismas tendrían relevancia en una de las hipótesis objetivas que impedirían el ejercicio de la acción penal…

… sí con las pruebas documentales deprecadas por la Defensa, en últimas lo que en verdad se pretende es demostrar que en el presente asunto se está en presencia de un evento que de manera negativa conspiraría en contra del ejercicio de la acción penal, para la Sala, acorde con lo dicho con antelación, es obvio que nos encontraríamos en presencia de unas pruebas conducentes y pertinentes, porque las mismas estarían relacionadas con el escenario de la responsabilidad penal, la cual quedaría sin sustento en la hipótesis de presentarse alguna circunstancia que impida el ejercicio de la acción penal.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**AUTO INTERLOCUTORIO DE 2ª INSTANCIA**

Pereira, trece (13) de enero de dos mil veintidós (2.022)

Aprobado por acta #004

Hora: 7:30 a.m.

Procesado: DGH

Rad. # 66 001 60 00036 2016 02546 01

Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador

Procedencia: Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira

Asunto: Resuelve recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de providencia que inadmitió unas pruebas documentales

Decisión: Se revoca la decisión confutada

**ASUNTO:**

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta localidad a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa en contra de la providencia interlocutoria proferida el 07 de septiembre de 2.021 por parte del Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, mediante la cual inadmitió la práctica de unas pruebas documentales deprecadas por la Defensa en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada dentro del proceso que se surte en contra del ciudadano DGH por incurrir en la presunta comisión del delito de omisión de agente retenedor.

**ANTECEDENTES:**

De conformidad con el escrito de acusación, se dice que el ahora procesado DGH se desempeñó como representante legal de la sociedad *OT S.A.S.* la cual, como consecuencia de la actividad económica que ejercía, era responsable de recaudar el impuesto del valor agregado (IVA) y de consignar esas sumas al gobierno nacional.

De igual forma, en el libelo acusatorio se aduce que el ciudadano DGH no consignó los impuestos recaudados por concepto del IVA durante los siguientes períodos:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Periodo | Año | Valor |
| 4 | 2.012 | 12.398.000 |
| 5 | 2.012 | 62.821.000 |
| 6 | 2.012 | 76.241.000 |
| 6 | 2.013 | 15.548.000 |
| 1 | 2.014 | 26.119.000 |
| 2 | 2.014 | 26.575.000 |
| 3 | 2.014 | 26.033.000 |
| 4 | 2.014 | 13.259.000 |
| 5 | 2.014 | 5.885.000 |
| 6 | 2.014 | 4.760.000 |
| 1 | 2.015 | 1.221.000 |
| 2 | 2.015 | 509.000 |
| $271.369.000 |

**LA ACTUACIÓN PROCESAL:**

1. Las audiencias preliminares se llevaron a cabo el 08 de abril de 2.019 ante el Juzgado 6º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, en las que la Fiscalía le imputó cargos al entonces indiciado DGH por incurrir en la presunta comisión del delito de omisión de agente retenedor.
2. El escrito de acusación data del 04 de julio de 2.019, correspondiéndole el conocimiento de la actuación al Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira, ante el cual en las calendas del 05 de septiembre de 2.019 tuvo lugar la audiencia de formulación de la acusación.
3. La audiencia preparatoria acaeció el 07 de septiembre de 2.021, vista pública en la que la Defensa deprecó que se tuvieran como pruebas documentales, los siguientes documentos: a) El auto # 670000463 del 30 de junio de 2021 de la Superintendencia de Sociedades de la ciudad de Manizales (Caldas) donde el Juez concursal da cuenta de un proyecto de calificación y graduación de créditos, en el cual se aprobó un proyecto de calificación de créditos, y en su parte resolutiva se allegó una rendición de cuentas; b) Un auto de la Superintendencia de Sociedades de la ciudad de Manizales, con el que se termina el proceso, y donde se deberán pronunciar sobre la liquidación concursal, en la cual se determinara la liquidación de las obligaciones simplificadas de carácter tributario y cese de la obligación.
4. Después de exponer la Defensa sobre la conducencia y pertinencia de las pruebas deprecadas, y luego de escuchar a las demás partes e intervinientes, quienes se opusieron a que el proceso se allegaran esas pruebas documentales, el Juzgado de primer nivel decidió inadmitir esas pruebas documentales por considerarlas impertinentes e inútiles.
5. La Defensa se alzó en contra de lo resuelto y decido por el Juzgado de primer en esa vista pública.

**LA DECISIÓN RECURRIDA:**

Como ya se sabe, se trata de la providencia interlocutoria adoptada por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 07 de septiembre de 2.021, mediante la cual el Juzgado de primer nivel inadmitió la práctica de unas pruebas documentales deprecadas por la Defensa.

Los argumentos esgrimidos por el Juzgado de primer para inadmitir las pruebas deprecadas por la Defensa, básicamente se fundamentaron en aducir que esas pruebas documentales deberían ser consideradas como impertinentes porque no tenían ninguna relación con los hechos investigados, ni con la materialidad de la conducta, ni con los presupuestos que tendrían que ver con la eventual responsabilidad penal del acusado.

**LA ALZADA:**

Al expresar su inconformidad con lo resuelto y decidido por el Juzgado *A quo*, el recurrente adujo que las pruebas documentales inadmitidas si eran pertinentes y conducentes porque versaban de manera indirecta con los hechos materia del proceso, en atención a que se debía de tener en cuenta que la Superintendencia de Sociedades se está adelantando un proceso concursal y liquidatario en contra de la Sociedad *OT S.A.S.* en el cual hace parte la DIAN.

Acorde con lo anterior, adujo el recurrente que una de las consecuencias procesales de los efectos del proceso de insolvencia es que conllevaría la extinción de la acción penal por el delito de omisión de agente retenedor, como bien lo ha reconocido la Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, porque cuando se aprueban los acuerdos de cumplimientos de las obligaciones, ya no existiría obligación tributaria por perseguir.

En consecuencia, concluyó el recurrente que las pruebas documentales inadmitidas por el Juzgado *A quo* debían ser consideradas como pertinentes y conducentes, como consecuencia de los efectos que el proceso concursal podría ocasionar en el ejercicio de la acción penal.

**LAS RÉPLICAS:**

Al intervenir como no recurrentes, tanto la Fiscalía como el apoderado de las Víctimas, al unisonó, expresaron su oposición al recurso de alzada interpuesto por el recurrente, y en consecuencia solicitaron que se confirmará el proveído confutado.

En tal sentido, los no recurrentes adujeron lo siguiente:

* La Fiscalía expuso que no estaban dadas las exigencias para la admisibilidad de esas pruebas documentales, porque las mismas no se referían a los hechos ni tenían relación con los mismos ni con la responsabilidad criminal, en atención a que todo se centraba en unas simples y meras expectativas de lo que podría suceder en el proceso concursal.
* El apoderado de las Víctimas, arguyó que se estaba en presencia de un proceso concursal, los cuales nada tenían que ver con el proceso penal, tanto es así que no generaban ningún tipo de prejudicialidad.

**PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

**- Competencia:**

Como quiera que estamos en presencia de un recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado de manera oportuna en contra de una providencia interlocutoria proferida por un Juzgado Penal de uno de los Circuitos que hacen parte de este Distrito Judicial, esta Sala de Decisión, según las voces del # 1º del artículo 34 C.P.P. sería la competente para resolver la presente Alzada.

**- Problema jurídico:**

¿Se cumplian a o no con los presupuestos de impertinencia e inutilidad para que de esa forma fueran inadmitidas las pruebas documentales deprecadas por la Defensa en el devenir de la audiencia preparatoria?

**- Solución:**

Teniendo en cuenta que el tema puesto a consideración de la Colegiatura gira en torno al escenario de la inadmisibilidad por impertinencia de unas pruebas documentales que la Defensa pretende allegar al proceso, a fin de determinar sí la asiste o no la razón a la tesis de la inconformidad propuesta por el recurrente, o si por el contrario el proveído opugnado amerita ser confirmado, la Sala, de manera preliminar, llevara a cabo un breve análisis sobre los presupuestos de admisibilidad de las pruebas en el proceso en el escenario de la pertinencia.

Acorde con lo anterior, tenemos que según lo reglado por el artículo 375 C.P.P. una prueba debe entenderse como pertinente cuando se refiere *«directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado…».*

En tal sentido, la Corte ha expuesto lo siguiente:

“La pertinencia del medio probatorio está determinada por el tema de prueba, el que a su vez está delimitado por los hechos jurídicamente relevantes de la acusación o, en el caso de la defensa, por la teoría alterna que sustenta su estrategia. Por esta razón, quien pide una prueba debe asumir la carga argumentativa requerida para evidenciar al funcionario judicial la relación del elemento solicitado con los hechos objeto de investigación (pertinencia) y superado este análisis, si el mismo tiene aptitud legal para formar el conocimiento (conducencia) y reporta interés al objeto de debate (utilidad)…”[[1]](#footnote-1).

De lo antes expuesto, la Sala válidamente puede concluir que una prueba debe ser considerada como pertinente cuando tiene relación con los hechos objeto de la acusación, o cuando esta intrínsecamente relacionadas con temas que tienen que ver con la responsabilidad o la ausencia de responsabilidad penal del acriminado.

Al aplicar lo anterior al caso en estudio, considera la Sala que de ser cierto lo aducido por la Defensa en el sentido que en contra de la sociedad *OT S.A.S.* representada legalmente por el ahora procesado DGH, se está adelantando un proceso concursal y liquidatario ante la Superintendencia de Sociedades, es claro que las pruebas deprecadas por la Defensa se tornarían en pertinentes y conducentes porque las mismas tendrían relevancia en una de las hipótesis objetivas que impedirían el ejercicio de la acción penal, sí tenemos en cuenta que acorde con los términos de la Ley # 1.116 de 2.006, se tiene que cuando una sociedad se somete al régimen de insolvencia empresarial, cuya finalidad es la de conservar aquellas empresas que se encuentran en problemas financieros y en incapacidad de pagar sus deudas a los distintos acreedores, por lo que la insolvencia se torna en una figura protectora del deudor. Razón por la cual, acorde con el artículo 17 de la ley # 1.116 del 2006, ello daría lugar a la imposibilidad de realizar el pago de lo adeudado desde la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización. Tal situación, en concordancia con lo reglado en el inciso final del artículo 42 de la Ley # 633 de 2.000[[2]](#footnote-2), repercutiría en la configuración de una causal de improseguibilidad del ejercicio de la acción penal, que tendría lugar como consecuencia de los efectos que generarían los acuerdos de reorganización, los cuales trascenderían en la falta de capacidad que le asistiría al acreedor para poder cumplir con la obligación legal y la imposibilidad de retribuir al Estado lo recaudado.

Para poder llegar a la anterior conclusión, o sea la relacionada con los efectos que en el devenir de un proceso de insolvencia cuando se llegue a un acuerdo de reorganización, podrían tener con la improseguibilidad en el ejercicio de la acción penal en un proceso tramitado por la presunta comisión del delito de omisión de agente retenedor, es menester que se tenga en cuenta lo que sobre ese tópico ha dicho la Corte:

“El recorrido anterior deja claro que la Ley 550 de 1999, expedida para hacer frente a la crisis económica del sector productivo y cuya finalidad era proporcionarle a deudores y acreedores “mecanismos adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas, que permitían a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y atender sus compromisos financieros”, fue reemplazada por la Ley 1116 de 2006, que en lo sustancial mantuvo sus mismas finalidades. Es decir, la recuperación de la empresa o la persona natural comerciante en casos de tener problemas de viabilidad financiera, a través de un compromiso con sus acreedores para la cancelación a largo plazo de las obligaciones con dificultades en su cubrimiento. Esos convenios entre deudores y acreedores para asegurar la subsistencia de la empresa, corresponden a los llamados en la Ley 550 de 1999 “acuerdos de reestructuración” y en la Ley 1116 de 2006 “acuerdos de reorganización”, cuyo incumplimiento, en los dos casos, se previó como causal de liquidación inmediata y obligatoria.

**Así las cosas, si esas dos leyes se identifican en su espíritu, si persiguen propósitos similares y si en su contenido nada hace deducir que la derogatoria de la primera (550) a través de la segunda (1116) signifique la revocatoria de la causal de improcedibilidad prevista en la parte final del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 (sociedades “admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999”), no estima la Corte que la circunstancia extintiva de la acción penal haya dejado de regir por el hecho de la referencia expresa al mecanismo transitorio de reactivación empresarial diseñado en 1999 y no al de vocación permanente que lo sustituyó en 2006.**

**En ambos procedimientos, una vez admitida la solicitud de reestructuración o de reorganización, entre muchas otras prohibiciones, el deudor ya no puede –sin autorización del Juez del concurso— hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas desde luego las deudas con la DIAN. Esta, sin duda, fue la razón para marginar de responsabilidad penal por la conducta punible descrita en el artículo 402 del Código Penal a los gerentes o representantes legales de las sociedades “admitidas a la negociación de un acuerdo de reestructuración”, la cual, bajo el liderazgo de un promotor ajeno a la empresa, tenía como finalidad poner de acuerdo a deudor y acreedores en relación con un plan de normalización de la actividad productiva y de atención a los compromisos financieros. No lograr el acuerdo o incumplirlo conducía –sin escapatoria— a la liquidación del negocio.**

**Así las cosas, si admitir a la compañía a la negociación del acuerdo de reestructuración traía consigo la imposibilidad de pagarle o compensarle las sumas adeudadas a la DIAN –como acreedora la entidad debía concurrir al proceso para la satisfacción de la deuda a su favor—, resulta explicable la decisión legislativa de exonerar de proceso penal en una circunstancia como esa a los gerentes o representantes legales responsables de no consignar los impuestos retenidos o autorretenidos en la fuente.**

**Y si se tiene en cuenta la lógica similar del procedimiento regulado en la Ley 1116 de 2006, para la Corte es incuestionable que la iniciación del proceso de insolvencia o de reorganización, cuyos efectos son semejantes a los de admisión a la negociación de un acuerdo de reestructuración a que se refiere la Ley 550 de 1999, configura la causal de extinción de la acción penal objeto de examen**…”[[3]](#footnote-3).

Por lo tanto, sí con las pruebas documentales deprecadas por la Defensa, en últimas lo que en verdad se pretende es demostrar que en el presente asunto se está en presencia de un evento que de manera negativa conspiraría en contra del ejercicio de la acción penal, para la Sala, acorde con lo dicho con antelación, es obvio que nos encontraríamos en presencia de unas pruebas conducentes y pertinentes, porque las mismas estarían relacionadas con el escenario de la responsabilidad penal, la cual quedaría sin sustento en la hipótesis de presentarse alguna circunstancia que impida el ejercicio de la acción penal.

Siendo así las cosas, al asistirle razón a la tesis de la inconformidad propuesta por la Defensa, la Sala revocará el proveído opugnado, y en consecuencia por ser conducentes y pertinentes, ordenará la admisión de las pruebas documentales deprecada por la Defensa, pero, a fin de evitar confusiones y malos entendidos, se modulará la petición probatoria de la Defensa en los siguientes términos: La Defensa deberá allegar un certificado expedido por la Superintendencia de Sociedades, en el cual se diga: I. Sí en efecto, acorde con los términos de la Ley # 1.116 de 2.006, ante esa entidad se tramita un proceso concursal o liquidatario en contra de la Sociedad *OT S.A.S.* II. Si la DIAN hace o no parte del cúmulo de acreedores de esa sociedad, y cuáles son las acreencias demandadas por dicha entidad; III. Sí el ahora procesado DGH figura o no como representante legal de la Sociedad *OT S.A.S.*; IV. Sí en el devenir del proceso de insolvencia, la Sociedad *OT S.A.S.* ha suscrito o se ha comprometido con algún tipo de acuerdo de reorganización o de reestructuración, y de ser ello así, en que consistió dicho acuerdo.

A modo de colofón, en lo que tiene que ver con la celebración de la audiencia para enterar a las partes e intervinientes de lo resuelto y decidido mediante el presente proveído, la Sala se abstendrá de hacerlo como consecuencia de lo consignado en el Decreto legislativo # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional, ante la pandemia generada por el coronavirus, y lo regulado en el Decreto legislativo # 457 de 2.020, que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, por lo que la notificación de la presente providencia se llevara a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo # 806 de 2.020[[4]](#footnote-4).

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** **REVOCAR** laprovidencia interlocutoria adoptada por el Juzgado 5º Penal del Circuito de Pereira en el devenir de la audiencia preparatoria celebrada el 07 de septiembre de 2.021, mediante la cual el Juzgado de primer nivel inadmitió la práctica de unas pruebas documentales solicitadas por la Defensa; para en su lugar **ORDENAR**, por ser conducentes y pertinentes, la admisión de las pruebas documentales deprecada por la Defensa.

**SEGUNDO:**  **MODULAR** la petición probatoria de la Defensa en los siguientes términos: La Defensa deberá allegar un certificado expedido por la Superintendencia de Sociedades, en el cual se diga: I. Sí en efecto, acorde con los términos de la Ley # 1.116 de 2.006, ante esa entidad se tramita un proceso concursal o liquidatario en contra de la Sociedad *OT S.A.S.* II. Si la DIAN hace o no parte del cúmulo de acreedores de esa sociedad, y cuáles son las acreencias demandadas por dicha entidad; III. Sí el ahora procesado DGH figura o no como representante legal de la Sociedad *OT S.A.S.*; IV. Sí en el devenir del proceso de insolvencia, la Sociedad *OT S.A.S.* ha suscrito o se ha comprometido con algún tipo de acuerdo de reorganización o de reestructuración, y de ser ello así, en que consistió dicho acuerdo.

**TERCERO: DISPONER** que en atención a la situación generada por la pandemia de la propagación del virus COVID-19 y siguiendo lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, y en lo consignado en el Decreto # 417 de 2.020, en el que declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional y el Decreto # 457 de 2.020 que fijó los parámetros de las normas del aislamiento obligatorio o cuarentena, esta decisión se le notificará a las partes e interesados por Secretaría vía correo electrónico.

**TERCERO:** Declarar que en contra de la presente decisión no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE:**

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

1. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal: Providencia del 14 de julio de 2021. AP2913-2021. Rad. # 56889. M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA. [↑](#footnote-ref-1)
2. El cual es del siguiente tenor: *«Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en procesos concordatarios; en liquidación forzosa administrativa; en proceso de toma de posesión en el caso de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, o hayan sido admitidas a la negociación de un Acuerdo de Reestructuración a que hace referencia la Ley 550 de 1999, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas…»*. [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 18 de marzo de 2015. SP-3001-2015. Rad. # 42822. M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR. (Negrillas fuera del texto original), [↑](#footnote-ref-3)
4. En tal sentido se puede consultar la sentencia dentro del Rad. # 58318. AP3042-2020, proferida 11 de noviembre de 2.020 por parte de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se estableció la procedencia en el proceso penal del régimen de notificaciones electrónicas consagrado en el Decreto # 806 del 4 de junio de 2020. [↑](#footnote-ref-4)