



## SALA PENAL

Radicado: 05-266-60-00-203-2009-03671  
Procesada: Olga Victoria Arismendy Valencia  
Delito: Omisión de agente retenedor o recaudador  
Asunto: Apelación de auto que no decreta prueba  
M. Ponente: Miguel Humberto Jaime Contreras

Aprobado por Acta No. 076

Medellín, trece (13) de junio de dos mil dieciocho (2018)

### 1. VISTOS

Resuelve la Sala el recurso de apelación que interpuso la defensa en contra del auto proferido por el Juzgado Único Penal del Circuito de Envigado a través del cual negó el decreto de prueba, en audiencia preparatoria celebrada el pasado 13 de junio de 2014.

No sobra advertir que la dilación en resolver no es imputable al Tribunal en tanto el expediente se extravió en primera instancia, de modo que solo después de su reconstrucción, llegó al despacho el 1 de junio de 2018.

### 2. ANTECEDENTES

#### 2.1. Acusación

El 25 de marzo de 2014, la Fiscalía acusó a *Olga Victoria Arismendy Valencia* de ser autora del delito de omisión de agente retenedor o recaudador, descrito en el artículo 402 del Código Penal. El fundamento fáctico de la acusación se hizo consistir en que la señora Martha Gladys

Nieto como contadora de la Empresa Boomerang Express E.U. del municipio de Envigado, presentó declaración de IVA para los periodos 06-2005 y 1-2-3-4-5 y 6 de 2006; sin embargo, no fueron pagados, ascendiendo a un valor de \$ 6.393.000 lo omitido de cancelar. La responsabilidad de esta conducta se le atribuye a la señora Olga Victoria Arismendy Valencia como la representante legal de la entidad.

## 2.2. Audiencia preparatoria

En audiencia preparatoria celebrada el 13 de junio de 2013, la defensa realizó el descubrimiento probatorio y tanto ella como la Fiscalía enunciaron y pidieron las pruebas que pretendían hacer valer en juicio.

En esta providencia solo reseñaremos lo concerniente a las que fueron objeto del recurso de apelación, así: La defensa solicitó, entre otras, (i) el testimonio de la señora Soley Echeverry, para demostrar que ella es la liquidadora de Boomerang Express EU y la insolvencia económica que tenía la empresa para el momento de los hechos; (ii) el Acta de liquidación definitiva número 24 del 23 de marzo de 2007, de dicha compañía para demostrar su teoría del caso que consiste en la insolvencia de la entidad y que por esta razón debió liquidarse; iii) su balance general a 30 de marzo de 2007, con el mismo fin y (iv) el cheque N° 0000041 de BBVA oficina 248, Belén Medellín, del 14 de julio de 2006, por valor de \$ 4.445.142 que estaría encaminado a probar que la persona encargada de los pagos no era la procesada.

La Fiscalía objetó algunas de las pruebas solicitadas por la Defensa, entre otras, se opuso a que se decretara como prueba documental el acta de liquidación definitiva número 24 del 23/03/2007 de la empresa Boomerang Express E.U. en liquidación, así como del balance general del 30/03/2007 de la misma empresa, como quiera que considera que serían documentos a utilizar de manera eventual en un incidente de reparación

integral, porque en el evento no es objeto de discusión la insolvencia económica de la empresa, sino si la señora Olga Victoria Arismendy Valencia es responsable por el delito de omisión de agente retenedor y si ese hecho ocurrió.

Por su parte, la Representante de Víctimas comulga con la objeción de la Fiscalía, puesto que la defensa anuncia que estos documentos están encaminados a probar la insolvencia económica de la empresa, circunstancia que estima no es de recibo para el delito que se juzga y en cuanto al título valor solicitado como medio de prueba por cuanto la emisión de un solo cheque no tendría vocación de probar lo pretendido por la defensa.

### 2.3. La decisión impugnada

Al resolver las solicitudes probatorias, el juez decretó la totalidad de las pruebas pedidas por la Fiscalía y algunas de la defensa, pero de las solicitadas por esta parte denegó las ya reseñadas, además la citación de la Fiscalía 247 Seccional de Envigado dirigida a la señora Martha Gladys Nieto Rodríguez, sobre la cual la defensa no formuló reparo.

Explicó el juez que la prueba testimonial no la decreta por no resultarle útil ni necesaria para la discusión de la responsabilidad de la procesada por cuanto lo que pretende la defensa con ella es demostrar que su tarea fue realizar la liquidación de la empresa, consecuencia lógica de una crisis de insolvencia.

Respecto al acta de liquidación y el balance general de la empresa, con las que pretende la defensa demostrar la insolvencia de la empresa, consideró el juez que no eran pertinentes, puesto que no es objeto de discusión las dificultades económicas que tuvo la empresa, sino la responsabilidad penal, en tanto con la desaparición de la compañía no

desaparecen las obligaciones que se hubieran contraído en ejercicio de su objeto social. De este modo, estimó que estos documentos que también podrían hacerse valer de manera eventual en un incidente de reparación integral, en caso de desvirtuarse la presunción de inocencia.

Finalmente, respecto el cheque que solicita la defensa sea ingresado como prueba documental, la estima el juez como impertinente, en tanto lo que pretende demostrar la defensa, esto es, que la persona investigada no era la encargada de realizar los pagos del IVA, no es viable, pues por el hecho de que se firme el cheque y se paguen unas obligaciones, esto no demuestra que la acusada sea o no responsable de la omisión que se le atribuye, entendiendo que tal vez podría con este documento demostrarse que han habido unos pagos parciales.

#### 2.4. Sustentación del recurso de apelación por la defensa

Apela la defensa la negativa del juez de decretar el testimonio de la señora Soley Echeverry y la introducción de los documentos contentivos del acta de liquidación y el balance general de la empresa Boomerang Express EU, como quiera que, en su criterio, considerar que estas pruebas pueden ser utilizadas en el incidente de reparación integral, es presumir que habrá sentencia condenatoria, afectando de ese modo el principio de presunción de inocencia de la procesada.

Al margen de esto y si en gracia de discusión se llegara hasta el incidente de reparación, alega que no podrá excepcionar la insolvencia económica de la empresa Boomerang Express EU para la época de los hechos, como quiera, que los bienes que tenga la acusada al inicio el incidente, serán los que garantizaran las pretensiones económicas de la víctima.

Estima el defensor que las pruebas que se le denegaron son útiles y necesarias, como quiera que nadie está obligado a lo imposible y si se logra establecer que para la época de los hechos la empresa no está produciendo rentabilidad, tampoco era viable realizar el pago de impuestos a la DIAN, y por ende, es una solicitud lógica, como quiera que esa insolvencia está relacionada con la responsabilidad penal, en tanto estamos en presencia de un delito doloso, siendo necesario demostrar que la procesada se sustrajo de las obligaciones del pago de impuestos a sabiendas de que cometía un delito.

Respecto a la negativa de ser introducido el cheque como prueba documental, se aparta de la decisión asumida por el juez por cuanto la suscripción de ese título valor es indicativo de que la representante legal de la empresa para la fecha de los hechos no era la procesada, sino otra persona y en cumplimiento de sus funciones en ese cargo, debió llevar a cabo el pago de los impuestos ante la DIAN.

Acorde con las razones que vienen de enunciarse, solicitó se revocara la decisión de primera instancia y en su lugar se escuchara el testimonio y se permita la incorporación de la prueba documental.

## 2.5. La opinión de los no recurrentes

La Fiscalía se opone a los argumentos de la defensa, porque estima que el juez fue cuidadoso en motivar que el acta de liquidación, el balance general y el cheque podrían ser eventualmente utilizados en un incidente de reparación integral sin darlo por sentado, además de no considerarlos pertinentes y conducentes por cuanto no guardaban relación con la omisión de agente retenedor, por lo que solicita se confirme la decisión en ese sentido. Estima que igual suerte debe correr el testimonio de Soley quien solo dará cuenta de la insolvencia, siendo un asunto de orden comercial. De igual modo, considera que fue acertado desestimar el

cheque como prueba documental, ya que con una sola firma de la señora Martha, no se puede predicar esta responsabilidad.

Por su parte, la representante de la víctima, solicitó sea confirmada la decisión de primera instancia, sin exponer argumentos adicionales.

### 3. CONSIDERACIONES

Dado que en lo fundamental las razones del funcionario judicial de conocimiento se reducen a invocar la impertinencia de la prueba denegada, le corresponde a la Sala de Decisión establecer si efectivamente carecen de la pertinencia requerida y de contera si puede predicarse en este momento que sean inútiles.

El concepto de pertinencia lo tiene claramente establecido la ley, pues de modo expreso lo define en el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal Acusatorio, así:

*Artículo 375. Pertinencia. El elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba deberán referirse, 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. También es pertinente cuando sólo sirve para hacer más probable o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiere a la credibilidad de un testigo o de un perito.*

De esta consagración legislativa se tiene que para considerar un medio de prueba pertinente no se demanda un estricta relación fáctica con la existencia del delito y su responsabilidad, pues basta que sea indirecta y aún más que apenas haga más o menos probable hechos o circunstancias de la acusación.

Desde luego que la principal virtud del sistema acusatorio es la obtención de la verdad con base en la contradicción de las partes, en la que la aducción de pruebas es un aspecto fundamental, por lo cual debe

darse la oportunidad a las mismas de demostrar su teoría del caso, cuya corrección, de guardar relación con el asunto debatido, se evaluará al decidir de fondo y no antes.

Observada la solicitudes probatorias, de bulto encuentra la Sala que procedía el decreto de la prueba documental del cheque en mención en tanto aporta un elemento de juicio sobre quién hacía los pagos del impuesto, así solo sea un aspecto singular cuya importancia se establecerá al valorar en conjunto la prueba.

Igualmente, el testimonio de la liquidadora de la sociedad, el acta de liquidación y el balance surgen como pertinentes en tanto con ellas se intenta demostrar cuál fue la causa para no consignar los dineros correspondientes al IVA, invocando la defensa la imposibilidad de hacerlo. Entonces, saber por qué no se pago es asunto que eventualmente podría incidir en la configuración del delito y su responsabilidad, en tanto corresponde a una decisión de fondo evaluar si ello justifica la omisión, sin que pueda adelantarse por ahora que se descartará su aceptación.

Por supuesto que la razón ofrecida de que los medios de acreditación pueden emplearse en el incidente de reparación integral no es relevante, pues de lo que se trataba es de establecer si eran pertinentes y admisibles, con independencia de que puedan o no utilizarse en otro escenario procesal.

Entonces, atendiendo a que para la Sala los medios de prueba denegados a la defensa que fueron objeto del recurso, guardan relación fáctica con la omisión de consignar los dineros del impuesto de IVA y no se encuentra causa de inadmisión, se revocará la decisión recurrida y en su lugar se decretaran los medios de prueba denegados a la defensa, excepto la citación de la Fiscalía 247 Seccional de Envigado, dirigida a la señora Martha Gladys Nieto Rodríguez, que no fue objeto del recurso. Los medios de prueba deberán incorporarse de la forma como fueron anunciados.

*Radicado:* 05-266-60-00-203-2009-03671  
*Procesada:* Olga Victoria Arismendy Valencia  
*Delito:* Omisión de agente retenedor o recaudador

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Decisión Penal,

## RESUELVE

Revocar la decisión recurrida, y en su lugar, ordenar la práctica de la prueba negada a la defensa y que fue objeto del recurso de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Contra esta decisión, la que queda notificada en estrados al momento de su lectura, no procede recurso por agotar el objeto de la impugnación.

MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS  
MAGISTRADO

PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN  
MAGISTRADO

MARITZA DEL SOCORRO ORTIZ CASTRO  
MAGISTRADA