

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
PEREIRA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

M.P. MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE 2ª INSTANCIA

Pereira, dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020)
Aprobado por acta No. 908
Hora: 9:45 a.m.

PROCESADO: GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ DELITOS: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR RADICADO: 66001 6000 036 2012 05947 02 ASUNTO: SE DESATA RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA DEFENSA EN CONTRA DE SENTENCIA CONDENATORIA PROCEDE: JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA TEMA: CALIDAD DE PÚBLICOS DE CIERTOS DOCUMENTOS Y LA FORMA COMO SE INTRODUCEN AL JUICIO ORAL DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA

VISTOS:

Procede la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del procesado **GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ**, en contra de la sentencia condenatoria proferida el 23 de octubre de 2020, por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta localidad, dentro del proceso que se adelantó en su contra por incurrir en la comisión del delito de omisión de agente retenedor.

ANTECEDENTES:

Acorde con lo consignado en el escrito de acusación, se dice que el Sr. GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ, en su calidad de

representante legal de la sociedad "*Aladino Sucesores S.A.S.*", como consecuencia de la actividad económica ejercida por la sociedad de marras, tenía la obligación de recaudar las sumas generadas por concepto del impuesto a las ventas (IVA), para luego pagarlas dentro de los plazos fijados por el Gobierno Nacional, lo cual no hizo al no declarar la suma de \$16.948.180 recaudada durante los periodos 02 y 03 del año 2.011, en los que debía cancelar las respectivas sumas de \$8.416.180 y \$8.5532.000.

De igual manera, de los medios de conocimiento aducidos por la Fiscalía, se tiene que el acusado había declarado en ceros en las calendas del 10 de mayo de 2.011 y el 8 de julio de 2.011 las sumas que le correspondía cancelar por concepto del recaudo del IVA durante los aludidos periodos.

SINOPSIS DE LA ACTUACIÓN PROCESAL:

- 1) Las audiencias preliminares se celebraron el 28 de marzo de 2.014 ante el Juzgado 4º Penal Municipal de esta localidad, con funciones de control de garantías, mediante la cual la Fiscalía le enrostró cargos al ciudadano GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ por incurrir en la presunta comisión del delito de omisión de agente retenedor.
- 2) El escrito de acusación data del 18 de junio de 2.014, correspondiéndole el conocimiento del proceso al Juzgado 3º Penal del Circuito de esta localidad, ante el cual el día 23 de enero de 2.015 se llevó a cabo la audiencia de formulación de la acusación, en la que la Fiscalía reiteró los cargos endilgados en contra del procesado GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ por incurrir en la presunta comisión del delito de omisión de agente retenedor.
- 3) La audiencia preparatoria se celebró el 02 de junio de 2.017, mientras que la audiencia de juicio oral tuvo lugar los días 19 de diciembre de 2.017 y 04 de marzo de 2.019. Posteriormente mediante providencia del 04 de junio de 2020,

el Juzgado *A quo* decidió precluir la actuación. En contra de esa providencia se alzaron de manera oportuna tanto la Fiscalía como el apoderado de las víctimas, quienes sustentaron por escrito sus sendas alzas, lo que llevó a que la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira, mediante auto del 11 de agosto de 2.020, decidiera revocar parcialmente dicho proveído, pues se evidenció que si bien es cierto ya había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal en lo que respecta a los hechos relacionados con el período gravable 02 del año 2011, lo mismo no ocurría con el período gravable 03 de ese mismo año; por tal motivo ordenó la devolución del expediente para que se fallara.

4) Atendiendo lo ordenado por la Colegiatura, el Juzgado de conocimiento, profirió sentencia condenatoria el 23 de octubre de 2020, por medio de la cual declaró la responsabilidad penal del señor GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ, condenándolo a la pena principal de 48 meses de prisión y multa de \$17.064.000, y le concedió la suspensión condicional de la ejecución de la pena. Contra esta decisión se alzó de manera oportuna la defensa del procesado.

LA PROVIDENCIA OPUGNADA:

Como ya se indicó, se trata de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, en las calendas del 23 de octubre del año en curso, mediante la cual se declaró la responsabilidad criminal del procesado GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ en la comisión del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

Para llegar a la conclusión sobre la responsabilidad penal del señor GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ, el Juzgado de primer nivel tuvo en cuenta lo siguiente:

- Se acreditó por parte del Ente Acusador que en efecto para el año 2011 el señor DE LA PAVA VÉLEZ figuraba en el certificado de existencia y representación como representante legal, en

calidad de gerente, del establecimiento comercial denominado "Aladino Sucesores SAS".

- Igualmente, se demostró que para el período gravable 03 del año 2011, el procesado en representación de la mencionada empresa, presentó ante la DIAN la declaración bimestral del impuesto sobre las ventas -IVA-, por un valor de \$8.532.000, dineros que no fueron consignados a favor del erario público dentro de los dos meses siguientes, como lo ordena la ley.
- No se puede olvidar que en temas de recaudo del IVA, el comerciante recaudador lo hace como un simple intermediario entre el Estado y el contribuyente, que en este tipo de casos son aquellos ciudadanos que usan los servicios que prestan o venden los establecimientos comerciales legalmente constituidos, de tal suerte, esos dineros no pertenecen al comerciante declarante sino al erario público y es deber de dicho tributante consignarlo dentro de los plazos establecidos para ello, pues los mismos en ningún momento pueden hacer parte de la esfera de liquidez ni del comerciante ni del establecimiento comercial.
- Es claro que el presente asunto no se consignó dentro de los dos meses siguientes a su presentación la suma de dinero indicada en la declaración de impuestos como recaudo del IVA por el período 03 del 2011, responsabilidad que estaba en cabeza del señor GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ, quien omitió hacer dicho pago.

Lo expuesto fue suficiente para que el Juzgado *A quo* determinara la responsabilidad penal del enjuiciado, pues consideró que la Fiscalía demostró más allá de toda duda que él, como gerente y representante legal del establecimiento comercial "Aladino sucesores SAS", era el responsable tanto de presentar las declaraciones de impuestos de dicho establecimiento como de pagar las sumas que en tales documentos se expresaban como recaudadas.

LA ALZADA:

Inconforme con la decisión de instancia, el defensor del señor DE LA PAVA VÉLEZ, presentó un escrito por medio del cual dio a conocer lo que considera falencias en la apreciación probatoria por parte de la falladora de primera instancia, señalando, de una manera un poco enredada, aquellos puntos en los que esas fallas se dieron, las cuales se pueden resumir en:

- Al parecer un mismo funcionario de la DIAN realizó múltiples actividades dentro de la entidad, es el caso de YENNY MARCELA IDARRAGA RENDÓN, abogada externa de la DIAN, con quien se introdujo al juicio un certificado de existencia y representación de "Aladino sucesores SAS", el cual no fue expedido por la Cámara de Comercio de Pereira, sino que dicha Letrada lo imprimió de los archivos electrónicos de la DIAN; con ella también se presentó una copia del supuesto oficio persuasivo penalisable que se le envió al procesado, mismo que ella no elaboró, un RUT que no tiene firma, y un informe y una constancia para denuncia penal que ella tampoco realizó, pues el mismo fue firmado por el Jefe de Gestión de Cobranzas de la DIAN.
- El certificado de existencia y representación de la empresa, ya que el mismo no es un original expedido por la Cámara de Comercio de Pereira, no debe ser tenido en cuenta pues no se puede decir que en efecto estuviera actualizado para el año 2011, como se afirmó en la sentencia, ya que como se indicó, dicho documento lo imprimió la abogada que presentó la denuncia de los archivos de la DIAN, lo que implica que para la época de los hechos endilgados al señor DE LA PAVA, era posible que el representante legal de la empresa fuese otra persona.
- El RUT de la empresa "Aladino sucesores SAS" que se allegó al juicio no tiene firmas ni del funcionario que lo elaboro ni del solicitante del mismo, por ende, queda en duda su autenticidad.

- No existe prueba alguna de que al procesado se le hubiesen notificado de manera personal los diferentes cobros, pues la denunciante no allegó prueba de tal cosa, y lo único que aportó fue un documento de notificación por aviso, por lo que no puede entenderse como que en efecto las notificaciones personales se debieron enviar, pero fueron devueltas por la oficina de correo, como se aseguró en el juicio.
- Frente al documento denominado "consulta de obligación financiera", se debe tener en cuenta que el mismo no tiene firma, y a pesar de que la testigo señaló que este es un documento interno de la DIAN, en ninguna parte se indicó cuál de las dependencias de esa entidad lo realizó, o si la mencionada abogada tenía autorización para imprimirlo, pues en ninguna parte se demostró que ella lo hubiese solicitado a alguna de las dependencias.
- Consideró el apelante que las declaraciones de impuestos deben ser entendidas como documentos privados que requieren de ser autenticados por el funcionario competente o reconocidos por quien los firma.
- La Fiscalía nunca demostró que los dineros que se dice se dejaron de consignar a la DIAN, hubiesen entrado al peculio del procesado.

Las mencionadas observaciones se realizaron en la etapa de juicio, sin que la Juzgadora de primer nivel las considerara al momento de tomar su decisión, como tampoco tuvo en cuenta el testimonio del señor GUSTAVO ANTONIO en donde dejó claro que en ningún momento recibió notificación alguna por parte de la DIAN respecto a los dineros que por concepto de IVA no se consignaron en dos períodos del año 2011, y de los cuales se supone él era el responsable por haber firmado las declaraciones presentadas ante esa entidad.

De esa manera, considera el recurrente que no es cierto que dentro de este asunto existiera prueba suficiente para derrumbar

la presunción de inocencia del procesado, y poder concluir, más allá de cualquier duda razonable, que en efecto el encartado es el responsable del delito que se le endilgó; es por ello, que solicita que se revoque la decisión de instancia y en su lugar se profiera un fallo absolviendo al señor GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ de cualquier responsabilidad en el cargo que se le endilgó.

LAS RÉPLICAS:

La DIAN en su condición de parte no recurrente, allegó un escrito en que señaló que no es cierto que los documentos aportados por la Fiscalía no sean auténticos, pues los mismos fueron expedidos por una entidad pública y aportados con la denuncia penal por un funcionario público de la administración competente para ello, además, se debe tener en cuenta que la defensa, en ningún momento presentó prueba alguna para demostrar que tales documentos no eran auténticos, limitando así, su estrategia defensiva a hacer especulaciones sobre el tema. Aunado a ello, los documentos que el recurrente tachó de dudosos, por no tener una firma, como es el caso del RUT y del RUES (registro único empresarial), son documentos cuyo registro se realiza por voluntad del interesado, haciéndose el primero ante la DIAN y el segundo ante la Cámara de Comercio, razón por la cual la DIAN puede acceder a ellos a través de sus sistemas de información y generarlos de forma automática, sin que por ello se puedan tachar de falsos o no auténticos, pues se expidieron conforme lo permite ley.

Además de ello, el propio acusado aceptó que para la época de los hechos acá denunciados en efecto se desempeñaba como representante legal de la sociedad "Aladino Sucesores SAS", además de conocer las obligaciones tributarias que acompañan dicha representación, tanto es así que con posterioridad a su vinculación al proceso penal se acercó en distintas oportunidades ante las oficinas de la DIAN para hacer abonos a la deuda que tiene a causa de esos dineros del IVA declarados y no consignados en su momento, como era su deber, pues dichos

dineros no le pertenecían ni a él ni a la sociedad que representaba, sino que eran del erario público, mismo que sufrió un detrimento a causa del comportamiento antijurídico del procesado.

Conforme a lo anterior, solicitó que se confirma la decisión de instancia.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

- Competencia:

Según lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 C.P.P. esta Corporación, en su Sala Penal de Decisión, es la competente para asumir el conocimiento de la presente alzada, no sin antes declarar que hasta ahora no se avizora nulidad alguna que haga inválida la actuación.

- Problema Jurídico:

De lo expuesto en la tesis invocada por el recurrente al momento de sustentar la alzada, a juicio de la Sala se desprende el siguiente problema jurídico:

¿Con las pruebas habidas en el proceso, se cumplían o no con los requisitos exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir en contra del ciudadano GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ un fallo de responsabilidad criminal, acorde con los cargos por los cuales fue llamado a juicio?

- Solución:

En aras de dar una solución al problema jurídico acá propuesto, se debe empezar por decir que la tesis de la discrepancia del recurrente radica en cuestionar la autenticidad de los documentos aportados al proceso por la Fiscalía como prueba no solo de la responsabilidad penal del procesado sino de su condición de representante legal de una sociedad, para la época de los hechos, con base en el argumento consistente en que los

mismos no fueron introducidos al juicio con la persona que los elaboró o los signó, además de que no pueden ser considerados como documentos públicos, lo cual generaba un manto de dudas respecto de la posibilidad de que los mismos no fueran auténticos, y como quiera que la Fiscalía le asistía la obligación de esclarecer dichas dudas, al no hacerlo no cumplió con los requisitos probatorios exigidos por el artículo 381 C.P.P. para poder proferir una sentencia condenatoria.

Frente a lo anterior, la Sala inicialmente dirá que es cierto, tal como lo argumenta el apelante, que acorde con lo consignado en el inciso 4º del artículo 29 de la Carta y en el artículo 7º C.P.P. como consecuencia del principio de la presunción de inocencia, se tiene que por regla general la carga de demostrar la responsabilidad penal del acusado le incumbe es al Estado por intermedio de su órgano persecutor, en este caso la Fiscalía General de la Nación (F.G.N). Asimismo es claro que dicha carga probatoria no se puede invertir, pero, a los apelantes se les olvidó que acorde con el esquema adversarial que es propio del sistema penal acusatorio que nos rige y según los postulados que orientan el denominado principio de «*la incumbencia probatoria*»¹, tal restricción no se tornaría en óbice alguno para que en aquellos eventos en los cuales la Defensa pretenda proponer una hipótesis tendiente a desvirtuar o a refutar la que ha sido propuesta por la Fiscalía, a fin de procurar el éxito de sus pretensiones, es obvio que no se encuentra eximida de acreditar o de demostrar los supuestos de hecho en los que se fundamenta la tesis esgrimida en pro de sus intereses.

Lo antes expuesto quiere decir que a pesar de que la carga de la prueba la tiene la Fiscalía, de igual forma la Defensa en aquellos eventos en los cuales pretenda refutar la teoría del caso propuesta por el Ente Acusador, si quiere salir avante en sus pretensiones, no debe quedarse de brazos cruzados, y más por

¹ El cual según lo ha expuesto la Corte en la sentencia de 1ª instancia del 8 de septiembre de 2015. SP12772-2015. Rad. # 39419, en materia de la carga de la prueba «*le corresponde al interesado probar el supuesto de hecho de las normas que establecen el efecto jurídico que persigue, sin que ello signifique trasladar la carga probatoria de responsabilidad o fijar cargas dinámicas en torno a ese tópico*».

el contrario le asiste el deber de suministrar las pruebas con las cuales pueda demostrar la hipótesis propuesta.

De igual forma, se debe tener en cuenta que el delito de omisión de agente retenedor tipificado en el artículo 402 C.P. se caracteriza por presentar un sujeto activo calificado que vendrían siendo aquellas persona facultadas por la ley para fungir en el rol de agente retenedor en el recaudo de algunos impuestos, entre los cuales se encuentra el IVA², por lo que sería válido colegir que para efectos penales, acorde con lo consignado en el artículo 20 del C.P. el sujeto activo de la conducta punible de marras debe ser considerado como servidor público por tratarse de un particular que cumple funciones públicas de manera transitoria al constituirse en una especie de tercero intermediario en la relación Gobierno, representado en este caso por la DIAN, y todos los habitantes del territorio nacional que al adquirir un bien o un servicio les corresponde asumir el pago del impuesto a las ventas.

Sobre las calidades especiales del sujeto activo, o sea la de ser un particular que cumple funciones públicas, bien vale la pena traer a colación lo que en los siguientes términos ha dicho la Corte:

“El sujeto activo es el agente retenedor, autorretenedor o recaudador, particular considerado como un servidor público por cuanto la ley le asignó de manera transitoria una función pública, lo cual conlleva una serie de consecuencias en aspectos civiles, penales y disciplinarios, incluyendo el aumento del término de prescripción en una tercera parte, conforme lo expresó la Corte en sentencia del 27 de julio de 2011 radicado 30170 , donde hizo un análisis del artículo 63 del Código Penal de 1980 actualmente 20 de la Ley 599 de 2000, en concordancia con las sentencias C-1144 de 2000, C-551 de 2001 y C-009 de 2003...”³.

Por lo tanto, al ser un hecho cierto, indubitable e incuestionable el consistente en que el sujeto activo del delito de omisión de agente retenedor debe ser considerado como servidor público,

² En el caso *subexamine* la fuente de dicha autorización sería el artículo 368 de Estatuto Tributario.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: Sentencia del 11 de diciembre de 2013. Rad. # 33468. M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER.

ello implica que los documentos signados por esas personas como consecuencia del ejercicio o el cumplimiento de dichas funciones públicas transitorias, entre los cuales se encuentran las declaraciones tributarias que se deben presentar de manera periódica al gobierno nacional por el recaudo del IVA, deben ser considerados como documentos públicos; lo que a su vez ocasiona que estos, por su condición de públicos, se encuentren bajo el amparo de la égida de la presunción de autenticidad, como bien se desprende de lo reglado por los artículos 425 C.P.P. y 244 C.G.P. por lo que es obvio que la persona que quiera cuestionar dicha presunción le asiste la carga de aportar los elementos de juicio que considera que sean necesarios para desvirtuarla.

De igual manera, se tiene que no solo las declaraciones de impuestos se consideran como documentos públicos, pues para el caso que nos concierne, también debe considerarse como tales, el registro mercantil y el RUT, puesto que se debe recordar, tal como lo señaló la DIAN en su calidad de no recurrente, que ambos registros se elaboran a petición de parte, por ende, no son creados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, ni por las Cámaras de Comercio del País de manera oficiosa y unilateral, lo que permite entrever que es el mismo titular de la información allí contenida quien decide entregarla, aceptando con ello el tratamiento que estas entidades le dan a la misma, incluyendo el hecho de que la misma no goza de reserva legal.

Para entender mejor lo anterior, resulta importante traer a colación lo establecido en el numeral 2º del artículo 3º del Decreto # 1377 de 2013, en donde se define que debe entenderse como dato público, indicando que:

"Artículo 3. Definiciones. Además de las definiciones establecidas en el artículo 3 de la Ley 1581 de 2012, para los efectos del presente Decreto se entenderá por:

{...}

2. Dato público: Es el dato que no sea semiprivado, privado o sensible. Son considerados datos públicos, entre otros, los datos

relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público. Por su naturaleza, los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva.”

Bajo la égida de lo anterior, resulta entonces claro que la información contenida en el Registro Único Tributario, al igual que aquella relativa a la calidad de comerciante de una persona natural o jurídica, hace parte de aquellos documentos que por los datos que contienen revisten entonces la calidad de públicos, a menos que por alguna razón dichos documentos tengan la desde el momento de su creación la calidad de documentos reservados.

En aras de reforzar la idea precedente, vale la pena también recordar que el art. 26 del Código de Comercio señala de manera clara la calidad de público del Registro Mercantil y la posibilidad que tiene cualquier persona interesada de poder acceder a ellos, sin necesidad de una autorización judicial o del titular de la información contenida en dicho registro:

“ARTÍCULO 26. <REGISTRO MERCANTIL - OBJETO - CALIDAD>. El registro mercantil tendrá por objeto llevar la matrícula de los comerciantes y de los establecimientos de comercio, así como la inscripción de todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exigiere esa formalidad.

El registro mercantil será público. Cualquier persona podrá examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos.”

Con lo dicho hasta este punto, es evidente entonces que tanto el Registro de Cámara de Comercio de la sociedad “Aladino Sucesores SAS” como el RUT del señor DE LA PAVA VÉLEZ, son documentos de carácter público y por ende, como se indicó párrafos atrás, de acuerdo a lo establecido en el art. 425 del C.P.P. y el art. 246 del C.G.P., los mismos se presumen auténticos independientemente de que se presentaran en copias que llevaran o no sello de ser “copia auténtica”, pues recuérdese

que el art. 244 del C.G.P., en su inciso 2º nos indica que: "*Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.*", y como en el presente asunto, más allá de las especulaciones que realizó el defensor en torno a la autenticidad o no de tales documentos y la forma como se arrimaron al proceso, la unidad de defensa en ningún momento acreditó de manera efectiva que los mencionados documentos fueran apócrifos, como tampoco lo hizo con el documento denominado "consulta de obligación financiera" y menos con el "oficio persuasivo penalizable", o que carecieran de mismicidad, como lo trató de insinuar en su escrito de apelación.

Respecto a este tema, ha dicho la Sala de Casación Penal de la CSJ que:

"Frente a los documentos amparados con presunción de autenticidad, la parte interesada en desvirtuar esa presunción tiene la carga de demostrar que no son auténticos, acudiendo a su vez a cualquiera de los medios probatorios admisibles. El silencio deja esa presunción incólume."⁴

Claro lo anterior, la Sala tampoco encuentra sustento alguno respecto a las objeciones de la defensa en cuanto a la manera como se realizó la introducción de los atrás mencionados documentos, puesto que al tratarse, como ya se indicó, de documentos considerados como públicos, pueden ser allegados al juicio directamente por la parte interesada, pues así lo señala el art. 427 del C.P.P., sin que para ello se requiera del testigo de acreditación como sucede con otro tipo de documentos, v.gr. un informe pericial. De tal suerte, es viable decir que para lo que le compete a este caso específico, el Ente Acusador cumplió con su deber de arrimar al proceso los documentos a través de quien consideró era la persona idónea para ello, a pesar de que no necesariamente se tratara de quien los elaboró, pero que hace

⁴ Sentencia del 21 de febrero de 2007. Rdo. 25.920

parte de la entidad denunciante y que en últimas fue la encargada de adjuntar los mismos a la denuncia.

En cuanto a este punto, vale la pena mencionar que si bien es cierto en años atrás el Órgano de Cierre en materia penal fue bastante ambivalente en lo concerniente a la manera cómo se deben o pueden introducir al juicio los documentos catalogados como públicos, en el último tiempo y a partir de la sentencia SP-7732-2017, radicado No. 46278 del 01 de junio de 2017, ha dejado claro que cuando un documento goza de presunción de autenticidad, como sucede con los documentos públicos, no es necesario ingresarlos por medio de un testigo de acreditación, pudiéndose hacer ello de manera directa por la parte interesada:

“La Corte juzga necesario reconsiderar parcialmente ese criterio y retomar de nuevo aquel según el cual el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad a que se refiere el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, de tal manera que aquellos que gozan de esa presunción pueden ser ingresados directamente por la parte interesada.

Ese es el lógico y justo alcance que debe atribuirse tanto al literal d) del numeral 5. del artículo 337 de la Ley 906 de 2004, como al artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, porque si la finalidad del testigo de acreditación es demostrar la autenticidad del documento, no tiene ningún sentido hacerlo cuando el mismo goza de esa presunción. Ésta tiene como implicación que se invierta la carga de la prueba, de modo que será a la otra parte a quien le corresponderá desvirtuarla, si considera que la escritura es falsa total o parcialmente.

Desde luego, no se discute que para poder ejercer en esos términos la debida confrontación es necesario que la contraparte conozca a cabalidad el contenido del documento. Pero, para la Sala, ese derecho se garantiza plenamente con el descubrimiento de la prueba en las oportunidades que la ley prevé para el efecto y con su solicitud y decreto en la audiencia preparatoria.

No es, por tanto, que el artículo 63 de la Ley 1453 de 2011, al emplear el vocablo “podrá”, establezca una facultad discrecional para la parte, pues frente a los documentos que no gozan de la presunción de autenticidad sí se requiere obligatoriamente el testigo de acreditación. Respecto de ellos quien los introduce al juicio oral tiene la carga de demostrar la forma como se obtuvieron, quién los suscribió, si son originales o copias y los

datos generales referentes a su contenido, es decir, conforme se señaló en CSJ SP, 21 febr. 2007, rad. 25920, le corresponderá "afirmar en la audiencia pública que un documento es lo que la parte dice que es", todo en orden a demostrar su genuinidad.

Esa obligación, se insiste, no opera en relación con los documentos enlistados en el artículo 425 de la Ley 906 de 2004, entre los cuales se encuentran los públicos, pues ellos gozan de presunción de autenticidad, de manera que los mismos, como se dijo en precedencia, pueden ser ingresados directamente en el juicio oral por la parte interesada, a condición de que hayan sido descubiertos oportunamente y su práctica solicitada y decretada en la audiencia preparatoria. Deberá sí, previamente a ser entregados al juez, dársele traslado a la contraparte para que ésta verifique que se trata de los mismos documentos descubiertos y cuya práctica se ordenó en su momento."

En ese orden de cosas y al haberse dejado claro que los documentos ingresados al presente proceso por parte del Ente Acusador deben ser considerados como públicos, es lógico entonces que podían ser ingresados al juicio sin necesidad de un testigo de acreditación, y por ello no había problema con que tal cosa se hiciese por intermedio de una de las Letradas que hacen parte de la oficina jurídica de la DIAN, que es la persona que tiene a su cargo el presentar las denuncias en contra de los evasores de impuestos; por ende, si se pretendía poner en duda su autenticidad de dichos documentos, la parte interesada en ello, debía arrimar las pruebas que acreditaran tal cosa, y no solo limitarse a decir que eran dudosos porque la funcionaria que presentó la denuncia extrajo los mismos de los sistemas informáticos y aplicativos de la entidad en que se almacena la información de los contribuyentes a fin de unificar la documentación que manejan las diferentes áreas de la DIAN.

Con todo lo dicho hasta el momento, los reproches formulados por el recurrente en su libelo no encuentran eco alguno en esta Sala de Decisión, pues se ha dejado claro que los documentos allegados al proceso por la parte denunciante para demostrar la ocurrencia del reato de omisión de agente retenedor o recaudador en cabeza del señor GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ, fueron correctamente ingresados y además a pesar de que algunos de ellos ser copias, existe una presunción que

ampara su autenticidad, en punto de la existencia de los documentos originales, como es el caso del RUT del procesado y el Registro de Cámara de Comercio de la sociedad "Aladino Sucesores SAS", en donde consta que para el año 2011 el ahora encartado era el representante legal de la misma.

Así las cosas, para la Sala no existen las dudas probatorias denunciadas por el apelante en su alzada y por el contrario lo que hay es una certeza más allá de toda duda razonable de que el señor GUSTAVO ANTONIO en su calidad de representante legal de la sociedad "Aladino Sucesores SAS.", para el año 2011, presentó declaración ante la DIAN del recaudo del IVA para el período 03 de 2011 por valor de \$8.532.000 los cuales no fueron consignados dentro de los meses siguientes a esa presentación de la declaración.

Finalmente, los dichos del recurrente en punto de que a su representado no se le notificó de manera personal el oficio persuasivo penalizable, debe decirse que eso no es algo cuya discusión en realidad tenga cabida dentro del proceso penal, pues esto está más relacionado con el proceso administrativo que adelanta la DIAN para lograr los pagos de los impuestos que los contribuyentes omiten hacer, que con el proceso penal en el que lo que se juzga es la conducta omisiva del agente retenedor que deja de hacer lo que debe, esto es, consignar a favor del erario público los dineros que recauda, en este caso, por concepto del IVA, entonces cuestionar a la entidad denunciante sobre qué o cómo realizó los actos previos a la denuncia para lograr obtener el pago de lo debido, es algo que se escapa de la esfera de injerencia del derecho penal, en especial si se tiene en cuenta que ello fue algo que el procesado pudo haber controvertido o alegado desde hace mucho tiempo y por otros medios judiciales.

A la luz de todo lo que se ha dicho, es evidente que la decisión de este Juez Colegiado será la de confirmar en su integridad la decisión de primera instancia.

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 se 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 llevará a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

En mérito de lo antes expuesto, la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, por parte del Juzgado Tercero Penal del Circuito de esta localidad, por medio de la cual se declaró la responsabilidad penal del procesado **GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ**, al haberlo hallado responsable del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

SEGUNDO: DISPONER 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 se 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

PROCESADO: GUSTAVO ANTONIO DE LA PAVA VÉLEZ
DELITOS: OMISIÓN DE AGENTE RETENEDOR
RADICADO: 66001 60 00 036 2012 05947 02
PROCEDE: JUZGADO 3º PENAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR DEFENSA EN
CONTRA DE LA SENTENCIA CONDENATORIA
DECISIÓN: CONFIRMA DECISIÓN

notificación de la presente providencia se llevará a cabo, dentro de lo posible, vía correo electrónico acorde con las disposiciones del artículo 8º del Decreto Legislativo 806 de 2.020.

TERCERO: INDICAR que contra la presente decisión solo procede el recurso extraordinario de casación el cual deberá ser presentado y sustentado en los términos de Ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

LUZ STELLA RAMÍREZ GUTIÉRREZ
Magistrada

Firmado Por:

MANUEL ANTONIO YARZAGARAY BANDERA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA PENAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

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:
**940d87c3fa15331ff445af168696b826416486afc2317e08c1a25ab4
937fae25**

Documento generado en 18/12/2020 10:01:03 a.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>