

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

Magistrada ponente

SP-3001-2015

Radicación 42822

(Aprobado Acta No. 105)

Bogotá D.C., marzo dieciocho (18) de dos mil quince (2015).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado JAVIER MURGUEITIO CORTÉS, contra la sentencia condenatoria proferida en su contra por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Neiva y confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El mencionado, en su condición de Director Ejecutivo y representante legal de la sociedad Telefonía Celular Telcell

Empresa Precooperativa, le dejó de consignar a la DIAN –en noviembre de 2006 y diciembre de 2007— \$90.962.000.00, correspondientes al impuesto a las ventas recaudado por la compañía durante los períodos 5 y 6 del año 2006. Así lo denunció el 27 de agosto de 2007 la Administradora de Impuestos Nacionales de Neiva, doctora Rosa Teodolinda Castañeda Hernández.

El agente retenedor, tiempo después, le hizo algunos abonos a la entidad nacional, quedando pendientes de pago \$66.536.000.00.

El Juzgado 4° Civil del Circuito de Neiva, mediante providencia del 15 de abril de 2010, admitió en relación con la compañía mencionada “*la apertura de reorganización empresarial*” prevista en la Ley 1116 de 2006.

2. Al proceso, iniciado el 3 de septiembre de 2007, fue vinculado mediante indagatoria JAVIER MURGUEITIO CORTÉS, a quien la Fiscalía –luego de invalidar la actuación el Tribunal Superior de Neiva el 31 de marzo de 2011— le resolvió la situación jurídica con detención preventiva el 2 de junio de 2011 y lo acusó el 26 de septiembre del mismo año por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, sancionado en el artículo 402 del Código Penal con pena de prisión de 3 a 6 años. Esta determinación quedó en firme el 13 de diciembre siguiente.

3. Tramitado el juicio, el 31 de agosto de 2012 el Juzgado 5° Penal del Circuito de Neiva condenó al acusado a 36 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, multa de \$133.072.000.00 y a cancelarle a la DIAN, por concepto de perjuicios materiales, 16,0784 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se le concedió la condena de ejecución condicional.

El mismo despacho judicial, mediante providencia del 11 de septiembre de 2012, señaló que la indemnización que el procesado debía pagar a la DIAN era por el equivalente a 163,0784. La escrita en la parte resolutive del fallo (16,0784) constituyó un error aritmético.

4. El defensor apeló la sentencia de primera instancia y el Tribunal Superior de Neiva, a través del pronunciamiento recurrido en casación, expedido el 15 de agosto de 2013, la confirmó en su integridad.

LA DEMANDA:

Cargo único.

1. Con la sentencia impugnada se afectó al acusado el derecho fundamental al debido proceso por desconocerse que *“se encontraba excluido de persecución penal en virtud del inciso segundo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000”*. Esto en consideración a que el Juzgado 4° Civil del Circuito de Neiva, mediante providencia del 15 de abril de 2010,

admitió respecto de la sociedad por él representada “*la apertura de reorganización empresarial*” prevista en la Ley 1116 de 2006, trámite en el cual la DIAN se hizo parte.

2. El Tribunal interpretó equivocadamente el inciso 2° del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, por el cual se modificó el artículo 402 del Código Penal. Señaló la Corporación, en efecto, “*que el beneficio allí consagrado sólo es procedente para personas jurídicas en proceso de REESTRUCTURACIÓN de que trata la Ley 550 de 1999, y no para las personas jurídicas en proceso de REORGANIZACIÓN señalado en la Ley 1116 de 2006, interpretación que no corresponde pues esta última sólo modificó la denominación y el procedimiento fijados en la Ley 550 sólo para personas jurídicas distintas de las entidades territoriales*”.

La ley 550 de 1999, a juicio del censor, fue sustituida por la Ley 1116 de 2006. ¿La razón? El artículo 126 de la última prorrogó durante 6 meses más la vigencia de la primera. “*Por consiguiente, en el análisis de la hermenéutica jurídica integral esta sustitución debe tener como incorporada también inciso 2 del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, que modificó el artículo 402 de la Ley 600 (sic) de 2000*”.

3. Agregó el demandante que tanto los procesos de “*reorganización*” de la Ley 1116 de 2006, como los de “*reestructuración*” de la Ley 550 de 1999, se crearon “*para personas jurídicas y naturales catalogadas como comerciantes, que se hallaban en cese o en imposibilidad de*

pago, con el propósito de conservar las empresas y generar empleo en el país”.

En el proceso judicial de “*reorganización*” relacionado con Telefonía Celular TELCELL Empresa Precooperativa, la DIAN se hizo parte para reclamar el pago de “*todas sus acreencias por concepto de IVA reclamados en la acción penal*”.

Las instancias se negaron a aplicar en el presente caso el inciso 2° del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 y a cesarle el procedimiento al inculpado, aduciendo que en esa norma no se encontraban comprendidos los casos de “*reorganización empresarial*” regulados en la Ley 1116 de 2006. Se equivocaron, sin embargo, porque la Ley 1116 simplemente sustituyó los procedimientos de reestructuración de la Ley 550 de 1999 y los siguió llamando “*reorganización*”.

Para el casacionista, en conclusión, “*debe entenderse como incorporado al artículo 42 de la Ley 633 de 2000 todo proceso de reorganización empresarial, salvo los de las entidades territoriales y descentralizadas, las que sí se regulan por el proceso de reestructuración de la Ley 550 de 1999, citadas en el artículo 125 de la Ley 1116 de 2006*”.

Así las cosas, procedía en favor del acusado la cesación de procedimiento prevista en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 desde cuando la justicia civil admitió, en relación con la persona jurídica por él representada, la apertura del

trámite de “*reorganización empresarial*”. Mencionó el censor, en respaldo de su tesis, la providencia CSJ SP 13 Feb. 2008, Rad 24065. Le pidió a la Corte, por último, casar el fallo recurrido y absolver a su defendido.

CONCEPTO DEL PROCURADOR 2º DELEGADO:

1. Señaló que conforme a la ley se debe declarar la cesación de la acción penal respecto del delito de omisión de agente retenedor, cuando el agente retenedor o responsable del impuesto extinga en su totalidad la obligación tributaria mediante pago o compensación o cuando demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y lo está cumpliendo.

La Corte Constitucional (C-009 de 2003) y la Corte Suprema de Justicia (CSJ SP, 4 May 2006, Rad. 22902), de otra parte, han entendido que esa conducta punible no está prevista para las sociedades en concordato y liquidación, ni para aquellas sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria que se encuentren en proceso de “*toma de posesión*”.

El artículo 22 de la Ley 383 de 1997 consagraba esa circunstancia de atipicidad del comportamiento. También se estableció en el artículo 71 de la Ley 488 de 1998 y en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, “*sin variaciones respecto de las sociedades que se encuentren en proceso*”.

concordatario, o que sean admitidas a un acuerdo de reestructuración, conforme a la Ley 550 de 1999”.

La razón de tales normas, según el Procurador, “*radica en el propósito del Estado de fomentar la industria, preservar los puestos de trabajo ya creados y, en general, promover el desarrollo empresarial y ayudar a la libre empresa; todo lo anterior en desarrollo de los fines del estado social de derecho*”. Su teleología es evitar que desaparezcan las empresas “*que se sometían al proceso que otrora se denominaba concordato y que, con la Ley 550, se llama de reestructuración*” y con la ley 1116 de 2006 se denomina de “*reorganización empresarial*”, como acertadamente lo concluyó el casacionista.

2. Preciso el Delegado que el parágrafo 2º del artículo 42 de la Ley 633, por el cual se modificó el artículo 402 del Código Penal, definió que no se aplicaría el tipo penal allí descrito en caso de sociedades “*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*”.

La Ley autorizaba la celebración de esos convenios entre las compañías que presentaban deficiencias operativas o dificultades económicas y sus acreedores —con la intervención de una autoridad de control—, hacia la finalidad de superarlas dentro del plazo y las condiciones pactadas. La negociación “*tenía por objeto las obligaciones pendientes al momento de su iniciación, pues se trataba de*

solventar el pasivo de la empresa existente en ese momento, a través de pactos con los acreedores, lo cual permitía establecer una clara separación entre las acreencias causadas antes de la iniciación de la negociación y las que se generaban a partir de ese instante, que no hacían parte del acuerdo". Así surge indiscutible del articulado de la Ley 550 y durante años ha sido la doctrina de la Superintendencia de Sociedades.

La cancelación de las obligaciones anteriores, en suma, se sujetan a los términos del acuerdo. Las causadas con posterioridad *"tienen un pago preferencial y permanente tanto en la etapa de la negociación como en la etapa de ejecución del acuerdo, pudiendo el acreedor exigir su pago por las vías que legalmente correspondan"*.

Para el Agente del Ministerio Público, conforme a lo dicho, el párrafo introducido al artículo 402 del Código Penal por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, hace referencia al impuesto sobre las ventas y a las retenciones *"existentes al momento de iniciarse la negociación del acuerdo, es decir, a las que tienen vocación de ser incluidas en el mismo, y no a las contraídas con posterioridad a ese momento, la cuales, como se ha dejado visto, gozan de preferencia en su pago"*.

3. Para el Delegado, en conclusión, le asiste la razón al casacionista porque la figura de la *"reorganización empresarial"* de la Ley 1116 de 2006, a la cual se sometió la sociedad representada por el sindicato, sustituyó la de la

“reestructuración” consagrada en el Ley 550 de 1999, prevista en el inciso 2º del artículo 42 de la Ley 633 de 2000 como circunstancia que excluye la acción penal *“en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas”*.

En su opinión, entonces, prospera el cargo y procede casar la sentencia impugnada para, en su lugar, cesarle el procedimiento a JAVIER MURGUEITIO CORTÉS.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La Sala, en sentencia del 1 de agosto de 2007 (casación 25747), reiterada el 13 de febrero de 2008 (casación 24065), se refirió a las normas que han regulado en el país la responsabilidad penal de los agentes retenedores o recaudadores de impuestos. En esta oportunidad, para la buena comprensión del problema jurídico planteado en el cargo y una absoluta claridad en la solución por la que finalmente se optará, se sintetiza el recorrido hecho en el precedente jurisprudencial.

La disposición que por primera vez se refirió a la conducta de esos agentes consistente en no consignar las sumas retenidas fue el artículo 10 de la Ley 38 de 1969. Les hizo extensivas las sanciones del peculado por apropiación si no entregaban lo recaudado dentro de los 15 primeros días del mes siguiente a aquel en el que se hizo el pago o el abono en cuenta.

Dicha norma, sin el elemento temporal, fue reproducida por el Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario), expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó la Ley 75 de 1986. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-285 de 1996, declaró inexecutable el precepto por la indefinición del término para consignar y exhortó al Congreso para emitir uno similar con todos los elementos que debe contener un tipo penal.

Se dictó, entonces, la Ley 383 de 1997. Su artículo 22 —por el cual se adicionó al Estatuto Tributario el artículo 665— tipificó la responsabilidad penal del agente recaudador por no consignar en un plazo determinado las retenciones en la fuente, el IVA y el impuesto sobre las ventas. Las penas allí establecidas fueron las mismas previstas para los servidores públicos incurso en peculado por apropiación y se agregaron los siguientes dos párrafos:

“1°. El agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, se hará beneficiario de la cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo.

“2°. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa

administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas".

Luego de modificar el legislador los anteriores párrafos por intermedio del artículo 71 de la Ley 488 de 1998, los volvió uno solo del siguiente tenor, a través del artículo 42 de la Ley 633 de 2000:

“Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal. Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma.

“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”.

Antes de la Ley 633 de 2000 había sido expedido el Código Penal del mismo año (Ley 599), en cuyo artículo 402 se tipificó por primera vez por fuera del Estatuto Tributario y desvinculada del peculado por apropiación, la conducta punible de “*omisión del agente retenedor o recaudador*”. Los que siguen fueron sus términos:

“El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

“Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas

naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

“Parágrafo. *El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar”.*

Claramente, como se puede ver, uno era el texto del parágrafo del artículo 665 del Estatuto Tributario –el cual correspondía al artículo 42 de la Ley 633 de 2000— y otro el del artículo 402 del Código Penal. Obviamente la situación fue objeto de debate y al final **la Corte Constitucional, por medio de la sentencia C-009 de 2003, definió que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 –al ser posterior— derogó tácitamente el parágrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000.**

Conforme a lo dicho, en conclusión, sin olvidar que el artículo 21 de la Ley 1066 del 29 de julio de 2006 derogó expresamente la frase *“Tampoco habrá responsabilidad penal cuando el agente retenedor o responsable del impuesto sobre*

las ventas demuestre que ha suscrito un acuerdo de pago por las sumas debidas y que éste se está cumpliendo en debida forma”, contenida en el inciso 1° del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, le permite a la Corte señalar –como igual lo hizo en la sentencia del 13 de febrero de 2008 (casación 24065)— que el texto del artículo 402 del Código Penal en vigor –sin considerar el aumento de penas de la Ley 890 de 2004— es el siguiente:

“Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

“Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

“Parágrafo. *“Cuando el agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas extinga en su totalidad la obligación tributaria, junto con sus correspondientes intereses y sanciones, mediante pago o compensación de las sumas adeudadas, no habrá lugar a responsabilidad penal.*

“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”.

2. Tal era la norma vigente cuando los hechos. En ella, eso no se discute, se definía como circunstancia de improcedibilidad de la acción penal *“el caso de las sociedades”* 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”.*

A la Ley 550 de 1999 hizo referencia la Sala en la sentencia del 13 de febrero de 2008 (casación 24065). Recordó la Corporación que en la misma se definió el “*acuerdo de reestructuración*” como aquel celebrado “*a favor de una o varias empresas con el objeto de corregir deficiencias que presenten en su capacidad de operación y para atender obligaciones pecuniarias, de manera que tales empresas puedan recuperarse dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto en el mismo*”. Se destacó, igualmente, que esos convenios debían constar por escrito y se aludió a quiénes podían promoverlos, cómo y ante cuáles entidades. Finalmente se trajo a la memoria que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, o la Superintendencia o Cámara de Comercio respectiva, debían aceptar dentro de los tres días siguientes a su presentación las solicitudes de acuerdo de reestructuración que cumplieran los requisitos previstos en la ley.

Se concluyó enseguida en el precedente, frente al caso allí examinado –referido a hechos ocurridos entre 1997 y 1999—, que estaba demostrado que la sociedad deudora de la DIAN “*fue aceptada, en los términos y con las formalidades previstas en la Ley 550 de 1999, a la promoción de un acuerdo de reestructuración mediante oficio 155-2001-01 expedido por la Superintendencia de Sociedades*”. Y que esa admisión, publicada mediante comunicación del 29 de enero de 2001, en la cual estaban comprendidos los impuestos sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas, configuraba la circunstancia de improcedibilidad de la acción penal consagrada en la parte final del 2º inciso del párrafo del

artículo 42 de la Ley 633 de 2000, modificatorio –como se dijo— del artículo 402 del Código Penal.

Así las cosas, tras advertir la Corte en ese caso que para el reconocimiento de la circunstancia de extinción de la acción penal era suficiente la demostración de la admisión del acuerdo de reestructuración en los términos de la Ley 550 de 1999, resolvió casar la sentencia condenatoria impugnada y cesar el procedimiento al acusado.

El asunto sometido en esta oportunidad a consideración de la Sala presenta una diferencia con el del precedente. Aquí no ocurrió “*la admisión*” de la compañía de la que era representante el procesado “*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*”. Simplemente porque esa Ley no estaba vigente cuando el agente retenedor omitió consignar los impuestos retenidos a que se refiere esta actuación y mucho menos cuando la justicia civil, el 15 de abril de 2010, aceptó dar comienzo –con fundamento en la Ley 1116 de 2006— al proceso de reorganización empresarial de la sociedad TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA.

Justamente de la situación antes descrita surge el problema jurídico que plantea el cargo. Vale decir, si la referencia a la Ley 550 de 1999 hecha en el parágrafo del artículo 402 del Código Penal (adicionado por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000), debe entenderse también efectuada

a la Ley 1116 de 2006, a través de la cual fue sustituida la Ley 550 de 1999.

3. Muy pertinente evocar, antes de responder el interrogante, que la Ley 550 de 1999 –por la cual se estableció un régimen para promover y facilitar la reactivación empresarial, la reestructuración de los entes territoriales y para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones— se propuso y expidió en razón de la difícil situación económica del sector productivo, reflejada en el número creciente de concordatos y liquidaciones de empresas, y en la consiguiente reducción del empleo.

El objetivo de la Ley, según su exposición de motivos, se hizo consistir

“en dotar a deudores y acreedores de incentivos y mecanismos que sean adecuados para la negociación, diseño y ejecución conjunta de programas que le permitan a las empresas privadas colombianas normalizar su actividad productiva y, al mismo tiempo, atender sus compromisos financieros.

“De ser posible su reactivación –continuaron los Ministros de Hacienda y de Desarrollo proponentes de la iniciativa— las empresas han de aliviar su carga financiera, mejorar sus perspectivas de producción, mantener el empleo que generan y ser otra vez sujetos de crédito con capacidad de pago. Por su parte, el

sistema financiero ha de mejorar la calidad de su cartera con la consecuente liberación de provisiones y la irrigación de crédito nuevo al sistema”.

El término de vigencia de la Ley 550 del 30 de diciembre de 1999 se fijó en 5 años contados a partir de su publicación. Cumplido ese lapso se prorrogaron sus efectos durante 2 años. Se hizo a través de la Ley 922 del 29 de diciembre de 2004, en cuya exposición de motivos se recordó la importancia que venía jugando la Ley 550 *“para propiciar y facilitar acuerdos de reactivación empresarial, tanto a empresas de carácter público o privado como a la normalización y reestructuración de los entes territoriales en función del desarrollo armónico de las regiones del país”.*

Para cuando se presentó la iniciativa de prórroga, de hecho, 914 empresas se habían sometido a la Ley 550 y 665 se salvaron de ser cerradas, al lograr acuerdos con sus acreedores. Esas compañías, según datos de la Superintendencia de Sociedades, poseían bienes y activos por 8.3 billones de pesos, obligaciones de 6 billones de pesos y generaban 56.158 empleos. Con los acuerdos de reestructuración tales empresas, según la misma fuente, lograron estabilidad operacional, aliviaron las cargas de sus flujos de caja, las posibilidades de pago a sus acreedores a largo plazo y mantuvieron la expectativa de existir como unidad generadora de recursos y empleo.

Se agregó en las motivaciones de la iniciativa que también en el plano municipal y departamental la Ley 550

venía teniendo buenos resultados. Pero en consideración a que los 5 años previstos para su aplicación “*han resultado en la práctica muy cortos para afrontar un problema de tanta magnitud*” resultaba aconsejable la prórroga del instrumento de intervención estatal en la economía

“para permitir a las empresas privadas o mixtas y a las entidades territoriales y descentralizadas del orden territorial, continuar acogiéndose de los beneficios de esta ley, con el propósito de realizar acuerdos de reactivación y reestructuración de pasivos, para que puedan normalizar cada una de ellas su actividad productiva y, al mismo tiempo atender de manera adecuada sus compromisos financieros. Si no se prorroga dicha ley por un tiempo suficiente –se dijo en la propuesta—, que consideramos dos años o más si así lo consideran los honorables Senadores y Representantes como término prudente para que se expida la norma sustitutiva, tendríamos que volver a los preceptos de la Ley 222 de 1995 con efectos traumáticos que perturbarían el cabal desarrollo de los procesos de negociación y ejecución de los acuerdos de reactivación y reestructuración”.

Otros “*argumentos básicos*” justificantes de la necesidad de la prórroga se transcriben a continuación:

- *“Aunque la opinión pública conoce que la Superintendencia de Sociedades y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo viene trabajando en un*

proyecto de régimen de insolvencia, relacionado con los mismos aspectos objeto de la Ley 550 de 1999 y la Ley 222 de 1995, dicho proyecto se encuentra aún en discusión, y a la fecha aún no ha sido presentado al Congreso de la República”.

- *“El Congreso de la República se ocupará a partir del 16 de marzo (de 2004) del análisis y trámite de proyectos de vital importancia para el país, presentados por el Gobierno Nacional o por los mismos Congresistas relacionados con reforma a la justicia, la alternatividad penal, el estatuto antiterrorista, la reestructuración del Estado, del ordenamiento territorial y la carrera administrativa, que demandarán dedicación exclusiva y por tanto no permitirían el estudio juicioso y detenido de una iniciativa de especial importancia, como es la adopción de un régimen de insolvencia”.*
- *“La discusión de un proyecto que sustituya a la Ley 550 de 1990 y a la Ley 222 de 1995, exige un trabajo cuidadoso y de especial análisis, pues tiene incidencia directa en las empresas del sector real y la necesaria tutela del derecho de crédito”.*
- *“La Ley 550 en materia de acuerdos de reestructuración y la Ley 222 de 1995 consagran en su orden instrumentos de recuperación y liquidación de negocios que han sido trajinados por la comunidad empresarial, conocidos por ella, que han registrado una experiencia importante y que pueden ser útiles para enfrentar la*

crisis de las empresas del sector real mientras se discute un nuevo régimen”.

La prórroga, en fin, fue autorizada hasta el 31 de diciembre de 2007.

El 16 de diciembre de 2005, a su turno, el Gobierno presentó el proyecto de “*régimen general de insolvencia*”, el cual se convirtió en Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006. En el artículo 126 de ésta se determinó que empezaría a regir 6 meses después de su promulgación (junio 27 de 2007) y durante ese término seguiría vigente la Ley 550 de 1999. Superado dicho lapso quedarían derogados el Título II de la Ley 222 de 1995 y la Ley 550 de 1999 respecto de personas naturales comerciantes y jurídicas no excluidas de la aplicación del régimen de insolvencia, que realicen negocios permanentes en Colombia, de carácter privado o mixto. Se mantuvieron los acuerdos de reestructuración de pasivos del título V y demás normas pertinentes de la Ley 550 de 1999 para las entidades territoriales, las descentralizadas del mismo orden y las universidades estatales del orden nacional o territorial de que trata la Ley 922 de 2004.

Se resaltan, de la exposición de motivos del “*régimen general insolvencia*”, los siguientes:

- La Ley de intervención económica 550 de 1999 se concibió como un instrumento transitorio “*para atender una situación de crisis económica generalizada, en consideración a que los mecanismos concursales*

diseñados para situaciones ordinarias resultaron insuficientes e inadecuados.

- El proceso concordatario, por la razón antes dicha, se suspendió por 5 años y durante ellos adquirió vigor la Ley 550 de 1999, prorrogada 2 años más mediante la Ley 922 de 2004.
- Ante la expiración de la Ley 550 se estimó oportuno poner a consideración del Congreso de la República *“un proyecto de ley basado en las experiencias ocurridas durante la aplicación de los diferentes mecanismos concursales”*, para la obtención de *“una nueva propuesta que cubra las expectativas de acreedores, deudores, jueces y en general de la comunidad económica empresarial, que garantice un proceso seguro, ágil y efectivo”*.
- Así las cosas, se estudió una iniciativa legislativa *“referente a un régimen general de insolvencia que sustituya, tanto al sistema temporal de la citada Ley 550 de 1999, como al concordato y la liquidación obligatoria regulados en la Ley 222 de 1995”*, aplicable a *“las personas naturales, las personas jurídicas y las sucursales de sociedades extranjeras”*.
- En la elaboración del proyecto se tuvieron en cuenta *“los comentarios y sugerencias de gremios, entidades públicas y privadas y profesionales vinculados al tema del derecho concursal, así como, las experiencias, los*

aportes doctrinales y jurisprudenciales obtenidos y desarrollados por la Superintendencia de Sociedades, a través de 32 años, desde la expedición del Código de 1971. El resultado de esta tarea es un texto legal que propone recoger lo positivo de los anteriores regímenes concursales, corregir las deficiencias de los mismos e introducir modificaciones para mejorarlo”.

- *Se elaboró el proyecto “para convertirse en régimen con vocación de permanencia, manteniendo y mejorando la agilidad y los principios contractuales que orientaron la Ley 550 de 1999”. La asimilación del nuevo sistema, por ende, “además de otorgar bondades e innovaciones al régimen concursal, no implicaría un cambio difícil de asimilar para la comunidad empresarial colombiana. Adicionalmente, en su concepción, este régimen general de insolvencia tiene como su principal objetivo el servir como instrumento tanto para momentos de normalidad como de inestabilidad económica del país”.*

4. 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.

En consecuencia, acreditado en el caso sometido a consideración de la Sala que el Juzgado 4º Civil del Circuito de Neiva, mediante providencia del 15 de abril de 2010, resolvió “*admitir la apertura de reorganización empresarial presentada por TELCELL EMPRESA PRECOOPERATIVA*”, es claro que las instancias incurrieron en el error de juicio jurídico planteado en el cargo al dictar sentencia condenatoria habiéndose estructurado antes una circunstancia de improcedibilidad de la acción penal, que se negaron a admitir con el argumento de que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 hace referencia a la Ley 550 de 1999 y no a la Ley 1116 de 2006.

De acuerdo con el Procurador Delegado, entonces, se casará el pronunciamiento impugnado y se cesará el procedimiento al acusado.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. CASAR la sentencia condenatoria impugnada y, en su lugar, **CESAR EL PROCEDIMIENTO** al procesado JAVIER MURGUEITIO CORTÉS, por concurrir en su favor la circunstancia de improcedibilidad de la acción penal consagrada en la parte final del inciso 2º del artículo 42 de

la Ley 633 de 2000, por el cual se adicionó el artículo 402 de la Ley 599 del mismo año.

2. PRECISAR que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por el procesado en razón de este diligenciamiento.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ

GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ

EYDER PATIÑO CABRERA

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria