



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

Magistrado ponente

SP2996-2024

Radicado N° 59012

Acta 273.

Bogotá, D.C, trece (13) de noviembre de dos mil veinticuatro (2024).

ASUNTO

Examina la Corte, en sede de impugnación especial, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, el 23 de noviembre de 2020, por medio de la cual condenó por primera vez, en segunda instancia, a ROSALBA SÁENZ CUERVO, como autora del delito de omisión de agente retenedor o recaudador.

HECHOS

Como consecuencia de la actividad económica “industrias básicas y otros metales no ferrosos –

comercialización de chatarra”, ejercida durante los años 2011 y 2012, la comerciante ROSALBA SÁENZ CUERVO poseía la calidad de agente retenedor o recaudador del impuesto sobre las ventas, perteneciente al régimen común.

En tal condición, pretermitió su obligación de presentar las correspondientes declaraciones bimestrales del impuesto sobre las ventas – IVA – y consignar, dentro del plazo fijado por el gobierno nacional, el valor por dicho concepto, durante los bimestres 5° y 6° del año 2011, y 1° del 2012.

Con posterioridad, en el mes de mayo de 2013, declaró haber recaudado valores por impuesto sobre las ventas en esos bimestres, sin disponer su pago total ni suscribir acuerdo de pago o solicitar compensaciones, pese a que la Dirección de Impuestos y Aduanas de Tunja elevó requerimiento en dicho sentido.

ROSALBA SÁENZ CUERVO presentó demanda de reorganización de pasivos, de que trata la Ley 1116 de 2006, la cual fue admitida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Tunja, mediante auto de julio 29 de 2015, en el que ella figura como deudora.

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia preliminar efectuada el 27 de junio de 2017, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Tunja, la Fiscalía General de la Nación

le formuló imputación a ROSALBA SÁENZ CUERVO, por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, en concurso homogéneo y sucesivo, conforme al artículo 402 del Código Penal, sin que la procesada se allanara al cargo atribuido.

El 9 de agosto siguiente, la Fiscalía radicó el escrito de acusación, que fue asignado al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Tunja.

La formulación de acusación se formalizó en audiencia celebrada el 6 de octubre de ese mismo año, en los mismos términos dispuestos desde la audiencia preliminar.

La audiencia preparatoria se surtió el 27 de noviembre de 2017. El juicio oral se realizó en sesiones del 5 de febrero de 2018 y 9 de marzo siguiente, oportunidad en la cual, previo a emitir sentido del fallo, se precluyó la investigación¹, decisión que luego de ser apelada por el apoderado de víctimas, fue anulada por el Tribunal Superior de Tunja mediante auto interlocutorio del 19 de septiembre de 2018.

El juicio oral prosiguió el 6 de marzo de 2019, y a su culminación, el juzgado emitió sentido de fallo de carácter absolutorio, cuya lectura se realizó 7 de noviembre de 2019. La

¹ Folio 167 de la carpeta. “Se decretó la preclusión de la acción penal en favor de la acusada ROSALBA SÁENZ CUERVO por el delito de agente retenedor en concurso homogéneo, por la causal 1ra del artículo 332 del C.P.P., segundo párrafo del artículo 665 del Estatuto Tributario (misma parte final del inciso segundo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000), el cual integra el artículo 402 del C.P y, como consecuencia, la cesación del procedimiento y archivo de las diligencias (...)”

sentencia fue recurrida y sustentada en término por el apoderado de víctimas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado encontró acreditado que ROSALBA SÁENZ CUERVO ejercía actividades económicas, de las cuales derivaba su responsabilidad en el recaudo del impuesto sobre las ventas – comercio de chatarra –, perteneciente al régimen común. Así mismo, adujo que SAENZ CUERVO, efectivamente percibió dineros por concepto del referido impuesto, sin disponer su pago.

No obstante, afirmó que el comportamiento de la procesada no es punible *“de conformidad con lo establecido en el artículo 665 del Estatuto Tributario que recoge el tipo penal, a partir de la admisión del acuerdo de reestructuración de que trata la Ley 550 de 1999, norma reemplazada por la Ley 1116 de 2006 que igualmente comprende la reorganización de pasivos, por aplicación de la interpretación efectuada en sentencia del 18 de marzo de 2015 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 42822, que abordó un caso análogo en ese precedente jurisprudencial”*.

Así, consideró que por haberse admitido la demanda de reorganización de pasivos, ese auto admisorio enervó el ejercicio de la acción penal adelantada contra la acusada, quien, reitera,

ejercía la actividad de comerciante, según se demostró testimonialmente.

Explicó que a partir de la admisión del proceso de reorganización de pasivos, el deudor pierde la autonomía para decidir sobre pagos o acuerdos de pagos con sus acreedores, por lo que, a partir del 29 de julio de 2015, cuando se admitió la demanda, ROSALBA SÁENZ CUERVO ya no podía decidir qué pagos podía efectuar, pues, la demanda civil impedía realizar estos o adelantar una transacción, acuerdo, compensación o arreglo con sus acreedores, incluida la DIAN; por lo que, resultaría contradictorio que, admitida la demanda por el juez civil, penalmente se declarara responsable a la prenombrada, por omitir el pago a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En consecuencia, absolvió a SÁENZ CUERVO, por encontrar su conducta atípica.

SENTENCIA IMPUGNADA

El Juez Colegiado se refirió, inicialmente, a la estructura dogmática del delito, como un tipo penal abierto y, por ende, de remisión a disposiciones de índole administrativa, mencionó su evolución y reformas en materias económica y tributaria.

El ad quem aclaró, en primer lugar, que, de acuerdo con el precedente de esta Corporación, radicado 42822 del 18 de

marzo de 2015, el art. 42 de la Ley 633 de 2000, hace parte integrante del tipo penal, empero, sin 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”*.

Seguidamente, refirió que la Ley 1116 de 2006 regula el régimen de insolvencia *empresarial*, siendo su finalidad, a través de un acuerdo, la de preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

Para despejar la problemática atinente a si ese proceso de reestructuración de la Ley 1116 de 2006², es el señalado en el inciso 2° del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, como eximente de responsabilidad *–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–*, el Tribunal acudió a lo mencionado en el precedente arriba citado *–rad. 42822–* y, a partir de lo allí expuesto, concluyó que sí, en tanto, uno y otro plexo normativos, poseen una misma finalidad, no diversa de la recuperación de la empresa o la persona natural

² A través de la cual se sustituyó lo dispuesto en la Ley 550 de 1999.

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; pactos que en la Ley 599 corresponden a los llamados acuerdos de reestructuración, y en la Ley 1116, acuerdos de reorganización.

Ahora bien, situó el problema jurídico en establecer si la solicitud de reestructuración o reorganización, una vez admitida por el juez del concurso, impide al deudor hacer pagos o arreglos relacionados con obligaciones contraídas con la DIAN, *con anterioridad* a esa admisión.

Esta Corte, afirmó el Tribunal, arriba a una tesis afirmativa sobre el particular, toda vez que, resulta diáfano que una vez admitida tal petición, el deudor no puede – sin autorización del juez – hacer pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones, incluidas, desde luego, las deudas con la DIAN, razón por la cual, se marginó 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”*.

Sin embargo, prosiguió, este presupuesto que exime de responsabilidad penal, solo incluye a las *sociedades*, no a todas las personas jurídicas ni a las naturales, dado que el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, así lo referencia.

De esta manera, consideró que ROSALBA SÁENZ CUERVO, conforme con las pruebas recaudadas, ejerció actividades gravadas con el impuesto a las ventas y era responsable del recaudo por haber ejecutado una actividad económica identificada con el código 4665 “*comercio al por mayor de desperdicios, desechos y chatarra*”, según se desprende del oficio de la jefe de la sección de gestión de asistencia al cliente de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Tunja, y de su relato ofrecido en el juicio oral.

En esa función, la contribuyente realizó el recaudo por concepto de IVA en los periodos 5 y 6 de 2011, y 1 de 2012, respecto de los cuales debía presentar declaración, atendiendo el calendario tributario de la época, y realizar el pago en las fechas que el Gobierno Nacional establecía, lo cual no realizó, no obstante presentar declaraciones de corrección de recaudo. En ese orden, incurrió en la omisión propia del deber específico contemplado en el artículo 402 del Código Penal.

Aclaró seguidamente, el Tribunal, que es verdad que a SÁENZ CUERVO, el 29 de julio de 2015, le fue admitida demanda de reorganización de pasivos conforme al trámite previsto en la Ley 1116 de 2006, y que a partir de ese momento no podía realizar pagos; no obstante, a salvo quedaron los pendientes debidos al fisco, en atención a que la procesada es persona natural, no representante legal de sociedad alguna.

Corolario de ello, revocó la absolución y declaró penalmente responsable a la acusada ROSALBA SÁENZ CUERVO, por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador tipificado en el artículo 402 del Código Penal, por lo que le impuso una sanción principal de sesenta (60) meses de prisión y multa de doscientos setenta y un millones ochocientos cuarenta y dos mil pesos (\$271.842.000), tras considerar que la prueba practicada en el juicio oral arrojaba el convencimiento, más allá de duda razonable, sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de la acusada.

ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE

La defensa sostuvo que, en su criterio, las personas naturales comerciantes son destinatarias del régimen de insolvencia, de conformidad con la Ley 1116 de 2006, dado que sus actividades también se afectan cuando se ven inmersas en un proceso de insolvencia, por lo que se les debe dar “*protección, recuperación y conservación*”.

En respaldo de su postura, invocó el artículo 21 de ese cuerpo normativo, según el cual, son destinatarios del régimen de insolvencia las personas naturales comerciantes y las jurídicas no excluidas de la aplicación de este; así mismo, cuando se menciona que los procesos de insolvencia son instrumentos legales que permiten a los *deudores* en dificultades renegociar sus obligaciones con sus acreedores,

es claro que no se está haciendo distinción alguna entre personas jurídicas comerciantes y personas naturales comerciantes

Así las cosas, pide que se revoque la sentencia de segunda instancia y se dé aplicación a la eximente de responsabilidad contemplada en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000.

NO IMPUGNANTES

Las partes e intervinientes no se pronunciaron sobre la impugnación interpuesta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

De conformidad con lo señalado en el artículo 3° numeral 2°, del Acto Legislativo 01 de 2018, corresponde a esta Sala resolver la impugnación especial presentada contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que condenó por primera vez a ROSALBA SÁENZ CUERVO, por el delito de delito de omisión de agente retenedor o recaudador, al desatar el recurso de apelación instado por la representación de víctimas, contra la decisión absolutoria expedida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento del mismo distrito judicial.

La Corte procederá a resolver la impugnación especial, en tanto, verifica que fue presentada por la defensora para hacer efectiva la garantía de la doble conformidad judicial introducida mediante el Acto Legislativo 01 de 2018.

En este marco, corresponde a la Sala analizar si, tal cual sostiene la impugnación, el juez colegiado erró al considerar que ROSALBA SÁENZ CUERVO, como persona natural comerciante, **no** está incluida en el supuesto establecido en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 –que integra el artículo 402 del Código Penal– a fin de ser beneficiada con la exención penal dispuesta para los deudores cuya demanda sea admitida a negociación de un acuerdo de reestructuración, a pesar de que el Juzgado 4° Civil del Circuito de oralidad de Tunja, el 29 de julio de 2015, profirió auto admisorio dentro del proceso de reorganización de pasivos promovido por la procesada de conformidad con lo estipulado en la Ley 1116 de 2006, por considerar el ad quem, que tal eximente de responsabilidad únicamente está instituida para los gerentes o representantes legales de las sociedades, o si, por el contrario, dicha marginación de responsabilidad penal también se predica respecto de personas naturales comerciantes.

Indiscutible resulta en este asunto, pues así lo declararon las instancias y no fue controvertido por los sujetos procesales, que ROSALBA SÁENZ CUERVO, durante los años 2011 y 2012, ejerció actividades como comerciante, específicamente “comercio al por mayor de desperdicios,

desechos y chatarra”, según lo mencionó la funcionaria de la DIAN, Luz Marina Díaz Rojas, en el juicio oral.

Tampoco hay duda, de que la contribuyente realizó el recaudo por concepto de IVA en los periodos 5° y 6° del año 2011, y 1° del año 2012.

En razón de ello, debía presentar declaración y realizar el pago en las fechas dispuestas por el Gobierno Nacional, actividades que nunca realizó.

Sin discusión, también se verifica que a través de auto admisorio proferido por el Juzgado 4° Civil del Circuito de oralidad de Tunja, dentro del proceso de reorganización de pasivos 2015-110, promovido por ROSALBA SÁENZ CUERVO conforme al trámite previsto en la Ley 1116 de 2006, la comerciante quedó en imposibilidad de efectuar pago alguno a cualquiera de sus acreedores, como consecuencia de la admisión del acuerdo de reorganización.

Ahora bien, sobre el contenido del tipo penal por el cual se encuentra procesada ROSALBA SÁENZ CUERVO, la Sala se remitirá a lo mencionado en SP001 Mar. 18 de 2015. Rad. 42822:

“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, hasta que, finalmente, 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 párrafo del artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Conforme a lo dicho, 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, la Corte señala –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”.

Para la fecha en que ocurrieron los hechos, esa era la norma vigente. Allí se expresa con claridad, que en caso de *sociedades* admitidas a la negociación del 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, operaba la circunstancia de improcedibilidad de la acción penal consagrada en esa parte final del 2º inciso del párrafo del art. 402 del Código Penal.

Sin embargo, para la fecha en que fue admitida la demanda promovida por ROSALBA SÁENZ CUERVO – 29 de julio de 2015 –, la normatividad vigente ya no lo era la Ley 550 de 1999, sino la Ley 1116 de 2006, que la sustituyó, por lo que, en este sentido, resulta pertinente efectuar las siguientes precisiones, consignadas en decisión anterior de la Sala:

*“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.

Ahora bien, la Corte se pronunció, en pretérita oportunidad, sobre la exposición de motivos del “régimen general insolvencia” – Ley 1116 de 2006 –, en los siguientes términos:

- *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,*

³ CSJ SP 3001 de 2015. Rad. 42822

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*

En ese orden, si el propósito de la expedición de normas del tenor de la Ley 550 de 1999 o la Ley 1116 de 2006, es el de celebrar acuerdos que permitan a los deudores corregir deficiencias que se presenten en su capacidad de operación y que obstaculicen la atención de las obligaciones, para

⁴ SP3001-2015, 18 mar. 2015, rad 42822

lograr su recuperación dentro del plazo y en las condiciones que se hayan previsto y, de la misma forma, lograr una reactivación empresarial, es palmario que a dichos mecanismos puede acudir, no solo el gerente o representante legal de una sociedad, sino las personas naturales comerciantes que se encuentren en el mismo supuesto de dificultad financiera.

Justamente, respecto de la calidad de comerciante, el artículo 10° del Código de Comercio, dispone que lo son, *“las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles”*; y, el numeral 2° del artículo 20 de la misma codificación, considera mercantil la *“adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos de igual forma, y la enajenación de los mismos”*, como lo es la actividad a la cual se dedicaba SÁENZ CUERVO – comercialización de chatarra –.

Por ende, destaca la Sala, las personas naturales comerciantes también materializan el concepto de empresa, entendida, en la acepción del artículo 25 ídem, como *“toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios”* y, en ese orden, pueden celebrar acuerdos y lograr exoneraciones de responsabilidad penal.

Así las cosas, la postura del Tribunal, no justifica válidamente el carácter diferenciado otorgado a la persona natural comerciante, en relación con la empresa o persona jurídica.

En efecto, ningún sentido tiene aceptar – porque la Ley 1116 de 2006, no discrimina quiénes pueden solicitar la admisión del proceso de reorganización, en tanto, en todo el cuerpo normativo alude a los **deudores**, no a sociedades ni a empresas en general – que ROSALBA SÁENZ CUERVO pueda entenderse como deudora y se le haya efectivamente admitido la demanda de reorganización, pero resulte penalmente responsable por el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, cuando es forzosa la imposibilidad de efectuar, a partir de ese momento, algún pago o transacción respecto de cualquier clase de obligación -incluidas las tributarias, sin contar antes con la autorización del juez del concurso, según lo estipula el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Aquí, importa destacar que la calidad de comerciante ajena a una sociedad, no representa algún tipo de diferencia respecto al pago de las acreencias fiscales, como para entender que en estos casos las mismas deben ser cubiertas por fuera del proceso de restructuración, tal cual parece entenderlo el Tribunal, cuando afirma, entre líneas, que, ya abierto el trámite en cuestión, seguía siendo factible para la acusada realizar acuerdos o pagar a la DIAN.

En este sentido, mírese cómo el artículo 34 de la Ley 1116 en cita, regula:

Los créditos a favor de la DIAN y los demás acreedores de carácter fiscal no estarán sujetos a los términos del estatuto tributario y demás disposiciones especiales, para efectos de

determinar sus condiciones de pago y tasas, las cuales quedarán sujetas a los resultados del acuerdo de reorganización o de adjudicación.

Ello significa evidente que, independientemente de su naturaleza o de quién es el deudor, una vez iniciado el trámite de restructuración, las obligaciones pendientes con la DIAN se inscriben dentro de los presupuestos de que gobiernan el proceso de reestructuración, al punto que, no se hallan sujetos a las normas del Estatuto Tributario.

Para la Sala, contrario a las conclusiones del Tribunal ad quem, es claro que, si esos mecanismos dispuestos por el legislador para hacer frente a las dificultades financieras en la actividad productiva, no son asuntos que involucren única y exclusivamente a las sociedades, con la misma nitidez puede afirmarse que las personas naturales comerciantes, incluidas dentro del concepto de *deudoras* que trae la Ley 1116 de 2006, también son destinatarias de la circunstancia extintiva de la acción penal que consagra la parte final del artículo 402 del Código Penal.

En otros términos, no encuentra la Corte algún fundamento objetivo que permita advertir, respecto de la actividad de comerciante de la acusada, pero ajena a la conformación de una sociedad, la necesidad de aplicar en su contra un tratamiento diferenciado en torno de la naturaleza y efectos de la causal de improcedibilidad de la acción penal.

Al efecto, la simple remisión exegética y descontextualizada al término “sociedad” utilizado en la norma eximente, se reporta insuficiente e injusto, pues, en términos de igualdad, para la Sala es claro que en este caso se manifiestan evidentes e incontrastables, para efectos de aplicar la norma que favorece a la acusada, los elementos subjetivo, objetivo y teleológico.

Esto es, la procesada funge como comerciante y es en razón de ello que se generó la deuda con la DIAN; se sometió ella al proceso de restructuración consignado en la Ley 1116 de 2006, por cuya virtud se adelantó el correspondiente trámite; y, no está en posibilidad de pagar o llegar a un acuerdo individual con la entidad fiscal, porque dicho crédito se encuentra sometido a las resultas del proceso de restructuración.

En consecuencia, es claro que el Tribunal incurrió en un error de juicio jurídico al interpretar la parte final del artículo 402 de la Ley 599 de 2000, por ocasión de lo cual, dictó sentencia condenatoria, pese a que antes se estructuró una circunstancia de improcedibilidad de la acción penal.

Por lo anterior, se revocará el fallo condenatorio de segunda instancia y, en su lugar, se dispondrá la cesación de procedimiento en favor de ROSALBA SÁENZ CUERVO.

En mérito 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

Primero: REVOCAR la sentencia emitida, el 23 de noviembre de 2020, por el Tribunal Superior de Tunja, por medio de la cual se condenó, por primera vez, en segunda instancia, a ROSALBA SÁENZ CUERVO, como autora del delito de *Omisión de agente retenedor o recaudador*.

Segundo: Como consecuencia de lo anterior, **CESAR PROCEDIMIENTO**, en favor de **ROSALBA SÁENZ CUERVO**, por concurrir en su favor la circunstancia de improcedibilidad de la acción penal consagrada en la parte final del inciso 2° del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, por el cual se adicionó el artículo 402 de la Ley 599 del mismo año.

Tercero: PRECISAR que corresponde al juez de primera instancia proceder a la cancelación de los compromisos adquiridos por la procesada en razón de este diligenciamiento.

Cuarto: Contra la presente sentencia no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal
de origen.



DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN
Presidente de la Sala



MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

024



GERARDO BARBOSA CASTILLO

520



FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS



GERSON CHAVERRA CASTRO



~~JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO~~



~~HUGO QUINTERO BERNATE~~



~~CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO~~

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 9F56B69C9A0C4A7B5C97942C5E6B788F50482EDF475EC8519A63D54F5E09E219

Documento generado en 2024-11-19