

Proceso n.º 35802

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

Aprobado Acta No. 101

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

Bogotá D. C., veintitrés de marzo de dos mil once.

Se pronuncia la Corte sobre la admisibilidad de la demanda de casación discrecional presentada por el defensor de Víctor Guillermo Ardila Meisel contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué el 23 de septiembre de 2010, mediante la cual revocó parcialmente la proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de esa ciudad el 19 de junio de 2009, que absolvió al procesado por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador.

Hechos

La División Jurídica Tributaria de la Administración Local de Impuestos Nacionales de Ibagué presentó en el año 2004 denuncia penal contra Víctor Guillermo Ardila Meisel y LUZ AMANDA CABALLERO VILA, en condición de representantes legales de la empresa FIBRATOLIMA S. A., por haber dejado de consignar los dineros declarados por concepto de impuesto sobre las ventas y retención en la fuente correspondientes a varios períodos de los años 1998, 2000, 2001, 2002, 2003 y 2004, por valores que ascendían a \$16.807'400.000 en ese momento.

Actuación procesal relevante

1. La fiscalía inició investigación por estos hechos, vinculó al proceso mediante indagatoria a Víctor Guillermo Ardila Meisel y LUZ AMANDA CABALLERO VILA, y el 3 de noviembre de 2004 calificó el mérito del sumario con resolución de acusación en su contra por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador. Esta decisión fue apelada y confirmada por el superior el 31 de julio de 2006.¹

2. Rituado el juicio, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué, mediante sentencia de 19 de junio de 2009, absolvió a Víctor Guillermo Ardila Meisel y LUZ AMANDA CABALLERO VILA de los cargos imputados en la acusación, por considerar que les era aplicable la causal de improcedencia de la acción penal prevista en el inciso último del parágrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, toda vez que la empresa FIBRATOLIMA S.A. había sido admitida a un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 550 de 1999.²

3. El apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales apeló esta decisión para pedir su revocatoria y que se dictara en su lugar fallo de condena, argumentando que FIBRATOLIMA S.A. no se hallaba incurso en ninguno de los supuestos que autorizaban la extinción de la acción penal, previstos en el artículo 42 de la Ley 633 de 2000, puesto que no había pagado, ni había compensado, ni se hallaba en proceso concordatario, ni en liquidación forzosa administrativa, y si bien es cierto había sido admitida a un proceso de reestructuración, esa etapa ya había sido superada y se hallaba en proceso de liquidación obligatoria, que es distinto del proceso de liquidación forzosa administrativa.³

4. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en decisión de 23 de septiembre de 2010, tomó las siguientes decisiones: 1. Mantuvo la absolución de LUZ AMANDA CABALLERO VILA por considerar que la investigación no había probado su condición de representante legal de la empresa. 2. Revocó parcialmente la absolución de Víctor Guillermo Ardila Meisel para condenarlo por el delito imputado en la acusación, pero sólo respecto de los dineros dejados de consignar con posterioridad a la fecha de admisión

del acuerdo de estructuración, tras considerar que en relación con los causados con anterioridad operaba la extinción de la acción penal. 3. Tasó la pena principal en 70 meses de prisión y multa de \$12.775'364.000 y le impuso como pena accesoria la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad. 4. Negó los sustitutos de la condena de ejecución condicional y la prisión domiciliaria.⁴ Contra esta decisión recurre en casación excepcional la defensa.

La demanda

Contiene un cargo principal y dos subsidiarios. El principal, de nulidad, al amparo de la causal prevista en el numeral tercero del artículo 207 de la Ley 600 de 2000. El primero subsidiario con fundamento en la causal prevista en el numeral primero cuerpo primero ejusdem, por violación directa de la ley sustancial. Y el segundo subsidiario por violación indirecta, al amparo de la misma causal, apartado segundo.

Justificación de la casación discrecional

Sostiene que en el presente caso se torna necesario dar aplicación a los dos fundamentos que inspiran esta modalidad especial del recurso de casación. De una parte, el restablecimiento del derecho fundamental al debido proceso, y de otra, el desarrollo de la jurisprudencia nacional sobre el tema debatido.

Al referirse al primero, transcribe el texto completo del artículo 402 del Código Penal, que define el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, y destaca las causales de improcedencia de la acción penal previstas en la norma, para afirmar, con apoyo en ellas, que la acción penal no ha debido iniciarse, por hallarse acreditada la causal de improseguibilidad consistente en haber sido admitida la empresa en un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 550 de 1999.

Explica que la condena se circunscribe a las sumas dejadas de consignar por concepto de retención en la fuente y del impuesto sobre las ventas durante el tiempo que estuvo vigente el acuerdo de reestructuración, que “todo parece indicar no fueron efectivamente percibidas por el agente retenedor”, afectándose de esta forma los derechos fundamentales, en cuanto se vio sometido de manera injusta a afrontar un proceso viciado de nulidad por desconocimiento de las normas que protegen el debido proceso.

Se violaron también los principios de dignidad humana y de libertad, que es necesario reestablecer, puesto que el tribunal incurrió en errores de hecho en el análisis de la prueba que debió ser tomada en cuenta en el estudio orientado a ilustrar su criterio sobre la conveniencia de conceder al procesado la detención domiciliaria, que de no haberse presentado, habrían conducido a concluir que el doctor ARDILA MEISEL no colocaría en peligro la comunidad ni evadiría el cumplimiento de la pena.

En relación con el desarrollo jurisprudencial, afirma que la intervención de la Corte no sólo resulta necesaria para la protección de los derechos fundamentales, sino para que fije de “manera definitiva y suficiente el alcance del inciso segundo del párrafo contenido en el artículo 402 del Código Penal, en forma tal que hacia futuro pueda utilizarse como criterio orientador o auxiliar de una sana actividad judicial, criterio que de suyo no aparece manifiesto en la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué”.

Reconoce que la Corte, en diferentes decisiones, se ha ocupado de algunos aspectos que se relacionan con el contenido del párrafo del artículo 402 del Código Penal, y que específicamente en la casación 24065 de 13 de febrero de 2008 se refirió a aspectos estrechamente vinculados con el caso que se estudia, pero asegura que los mismos no resultan suficientes para resolverlo adecuadamente.

Lo anterior, por cuanto en el precedente citado, se consideró, después de referirse al

propósito y la finalidad de los acuerdos de reestructuración, que la verificación probatoria de la admisibilidad de este proceso satisfacía suficientemente el requerimiento legal para la inaplicación del tipo penal, sin que fuera necesario, como lo exigieron los juzgadores de instancia, que las acreencias causadas con anterioridad hubiesen sido efectivamente canceladas.

Aunque este pronunciamiento de la Corte pareciera suficiente en orden a brindar claridad respecto de la imposibilidad de condicionar la aplicación de la causal de improseguibilidad al cumplimiento de supuestos no previstos en la norma, “es lo cierto que en el evento examinado en esa oportunidad la ausencia de pago estaba referida con exclusividad a las vigencias anteriores al acuerdo de reestructuración”, circunstancia que resultó determinante para que el tribunal se abstuviera de dar aplicación integral al referido párrafo y de absolver consecuentemente al procesado, como ha debido hacerlo, por la totalidad de las conductas atribuidas.

Esto evidencia la necesidad de extender el alcance de la jurisprudencia de la Corte en esta materia, “en forma tal que cobije o se refiera a todas las eventualidades que puedan presentarse tanto con anterioridad a la admisión del acuerdo de reestructuración, como durante su vigencia, pues aunque la Corte se refirió con total claridad a la imposibilidad de condicionar la aplicación del inciso segundo del párrafo a hechos o situaciones que tal disposición no contiene, es lo cierto que el tribunal, al aplicar el precedente a este caso, se abstuvo equivocadamente de reconocer los efectos del referido precepto, argumentando que las hipótesis eran distintas.

Cargo principal

Sostiene que la sentencia se dictó en un juicio afectado de nulidad, por violación al debido proceso, como quiera que la acción penal no podía iniciarse ni proseguirse de

acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo, inciso segundo, del artículo 402 del Código Penal y en los artículos 39, 327 y 399 de la Ley 600 de 2000.

Afirma que un correcto entendimiento de la causal de improseguibilidad prevista en la primera de las normas citadas, remite necesariamente al texto de la Ley 599 de 1999, que reguló la negociación y la celebración de los acuerdos de reestructuración (artículo 3°, numeral 1°), cuando las empresas presentaran dificultades económicas, con el fin de facilitar su reactivación, siendo éste uno de los mecanismos previstos en el inciso segundo del párrafo del artículo 402, que prevé la inaplicación del tipo penal cuando la sociedad haya sido admitida a la negociación del acuerdo.

De conformidad con el artículo 5° de la Ley 550 de 1999, se denomina acuerdo de reestructuración la convención que se celebra a favor de una o varias empresas, con el objeto de corregir deficiencias que se presenten en su capacidad de operación, en forma tal que progresivamente atiendan de mejor manera sus obligaciones pecuniarias y puedan recuperarse dentro del plazo y condiciones establecidas, siendo su finalidad, en consecuencia, la de obtener su recuperación.

El proceso demostró que la sociedad FIBRATOLIMA S.A., de la cual era representante legal el procesado, solicitó el 26 de marzo de 2002 su admisión a un acuerdo de reestructuración conforme a lo previsto en la Ley 550 de 1999, y que esta petición fue admitida el 18 de abril del mismo año por la Superintendencia, celebrándose el acuerdo el 21 de junio de 2003, en el cual se le concedió a la compañía un plazo de 19 años para la cancelación de las obligaciones pendientes, y que el 20 de abril de 2004 la Superintendencia convocó a la empresa a un proceso concursal obligatorio.

También se demostró que los dineros que se dejaron de consignar por concepto del impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, a los cuales se concreta la condena, corresponden a períodos comprendidos entre abril de 2002 y abril de 2004, es decir, al

tiempo en que estuvo vigente el acuerdo de reestructuración, situación que evidencia cómo, en el presente caso, concurre la causal de atipicidad consistente en haber sido la empresa admitida en dicho proceso.

Lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 35 de la Ley 550 de 1999, en el sentido de que el incumplimiento en el pago de alguna de las acreencias causadas con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, que se hallen incluidas en los gastos de administración, es causal de terminación del acuerdo, y el trámite de liquidación previsto por dicho motivo en el artículo 36 ejusdem, no significa, como lo entendió el tribunal, que no se pueda dar aplicación al párrafo cuando la empresa es admitida en un proceso de reestructuración y debido a sus dificultades económicas no puede sufragar las obligaciones contraídas antes de la vigencia del acuerdo, ni las surgidas durante el mismo.

Tan claro es esto, que la misma ley se encarga de autorizar, con respeto de la filosofía que inspiró su redacción y vigencia, sin diferencia alguna, la concesión de prórrogas o plazos respecto de obligaciones vencidas, forma y prelación de pagos, al igual que el levantamiento de medidas cautelares vigentes, la terminación de los procesos ejecutivos en curso y la suspensión de los gravámenes y garantías reales, para que pueda recuperarse, y si no lo logra, prevé la finalización del acuerdo y la liquidación de la empresa, tal como ocurrió en el presente caso (artículos 33, 34 y 35 de la Ley 550 de 1999).

Verdad es que el artículo 17 del mismo estatuto consagra el deber del empresario de atender los gastos administrativos mientras dure el acuerdo, los cuales deben gozar de preferencia en sus pagos, pero por parte alguna la norma establece sanciones distintas a la terminación de la negociación y el inicio de la liquidación en caso de incumplimiento, liquidación que implica el reconocimiento de la ineptitud de la empresa para atender sus obligaciones económicas, “lo que de plano descarta la posibilidad de derivar responsabilidad penal por el no pago de los tributos, ya que dicho incumplimiento surge de

la incapacidad material de cumplir la obligación y, como lo enseña un principio general de derecho, a nadie se le puede exigir lo imposible”.

La evidencia probatoria enseña que FIBRATOLIMA S. A. tenía serias dificultades de carácter económico; que se presentaron circunstancias de diversa índole que incidieron en su baja producción y en la reducción de las utilidades, y que las pérdidas alcanzaron grandes proporciones. También se estableció que la DIAN acompañó a la empresa en todo el proceso, que avaló con su voto las medidas adoptadas y que en consecuencia se persuadió de que el incumplimiento en el pago de las obligaciones obedeció a una situación real de iliquidez, “que es tratado por la ley de manera benévola, tornando atípica la conducta de quienes en estas condiciones se abstienen –por imposibilidad material de hacerlo- de consignar el dinero recibido (o facturado) por concepto de impuesto a las ventas y retención en la fuente”.

Recapitulando, debe concluirse entonces que FIBRATOLIMA S. A., a pesar de que omitió consignar a la administración de impuestos los dineros provenientes de retención en la fuente y el impuesto sobre las ventas, causados en el tiempo comprendido entre abril de 2002 y marzo de 2004, se encontraba durante dicho lapso en proceso de reestructuración, el cual se inició el 18 de abril de 2002 y culminó el 20 de abril de 2004, cuando se convocó a liquidación obligatoria, situación consagrada en la ley como causal de atipicidad de la conducta.

Esto impedía que en su momento se iniciara o se prosiguiera la investigación y el juzgamiento en contra del procesado. Pero no ocurrió así, dictándose sentencia en las referidas condiciones, lo cual configura violación al debido proceso, que tiene como sanción la nulidad de lo actuado. Empero, a tenor de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 600 de 2000 lo que procede es casar la sentencia y dictar el fallo de reemplazo, que para el caso, sería la cesación de todo procedimiento.

Primer cargo subsidiario

Asegura que la sentencia impugnada viola en forma directa la ley sustancial por errónea interpretación del inciso segundo del párrafo del artículo 402 del Código Penal, circunstancia que impidió que el tribunal reconociera los efectos jurídicos previstos en la citada disposición, referidos a su inaplicabilidad cuando la empresa ha sido admitida a la negociación de un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 550 de 1999.

Explica que la empresa FIBRATOLIMA S.A., durante el tiempo que se presentaron las omisiones a las cuales se circunscribe la condena, se encontraba en proceso de reestructuración, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 550 de 1999, figura jurídica que fue prevista por el legislador con el fin de permitir que las empresas con dificultades financieras tuvieran a su alcance fórmulas de supervivencia, “una de las cuales es la suspensión de las acreencias durante el tiempo que permanezcan en un régimen especial de vigilancia por las autoridades económicas”.

La admisión a la negociación de un acuerdo de reestructuración es justamente la circunstancia que prevé la ley en el párrafo del artículo 442 como generadora de inaplicabilidad del tipo penal, al ordenar que lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que... 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”.

Sostiene que la interpretación que el tribunal hace de esta normativa es equivocada porque limita su marco de aplicabilidad al momento en que la empresa es admitida en proceso de reestructuración, cobijando la no consignación de recaudos y retenciones anteriores, pero dejando por fuera todo el período dentro del cual la empresa se encontró amparada por la negociación y en el que también concurrió la omisión de

consignar el impuesto sobre las ventas y retenciones causadas.

Este entendimiento del tribunal proviene al parecer de analizar en forma separada las diversas medidas contempladas en la norma, para hacerle producir efectos disímiles, no obstante que en puro derecho no tienen diferencia sustancial en función de la intención del legislador de consagrar formas de supervivencia de las empresas con dificultades económicas, pues los procesos concordatarios, las situaciones de liquidación forzosa administrativa y los procesos de toma de posesión, así como acuerdos de reestructuración, son todas formas de salvamento de las unidades económicas.

La circunstancia de improseguibilidad de la acción penal por la iniciación de un proceso de reestructuración, a la cual se hace mención, no tiene limitantes temporales. La única condición para que tenga operatividad es que la empresa haya sido admitida en proceso de reestructuración, en los términos de la Ley 550 de 1999, alcance que se desprende de una lectura desprevenida del párrafo.

En el caso analizado, la empresa FIBRATOLIMA S. A. no atendió todos los gastos administrativos que se causaron durante el período de la reestructuración de la empresa, como lo ordena el artículo 17 del estatuto, pero tal situación se presentó por incapacidad económica, por lo que el desconocimiento de lo regulado en el citado artículo no la colocaba per se por fuera del acuerdo de reestructuración, sino tan solo en un estado de incumplimiento.

El tribunal ad quem reconoce que la empresa se hallaba en proceso de reestructuración, pero se equivoca al considerar que la norma no aplicaba a la situación investigada porque “se trataba de recaudos causados, antes de la admisión de un acuerdo de reestructuración, los cuales permitían cesar el procedimiento. Aquí la DIAN formula denuncia, el 20 de febrero de 2004, cuando ya se había presentado la solicitud de reestructuración”, introduciendo así una situación temporal que no está contenida en la

norma, y desconociendo que la falta de consignación constituye tan solo un incumplimiento que no pudo ser remediado.

Un correcto entendimiento del precepto, permite concluir, (i) que no se puede sancionar a los representantes legales de sociedades que hayan sido admitidas a un acuerdo de reestructuración, (ii) que la excluyente hace referencia atemporal al impuesto sobre las ventas y a las retenciones en la fuente causadas, por lo que se debe entender que todas las obligaciones por este concepto quedan amparadas por la causal, (iii) que el párrafo no exige a las empresas en acuerdo de reestructuración que establezca diferencias entre los recursos destinados al pago de las acreencias fiscales y los demás recursos, sino que se debe conformar una sola bolsa capital, siendo por ello “que se expresa en el párrafo que serán los impuestos sobre las ventas y retenciones causados, no los recaudados”.

El Tribunal descartó la aplicación al caso concreto del precedente judicial de la Sala de Casación Penal del 13 de febrero de 2008, por considerar que la conducta imputada a ARDILA MEISEL se había presentado con posterioridad a la admisión del acuerdo de reestructuración, y no con anterioridad, entendiéndose así, equivocadamente, tanto la ley como el precedente, porque ninguno de ellos permite concluir que la excluyente sólo se aplica para las omisiones surgidas con antelación a la admisión de la empresa al proceso de reestructuración.

Lo que se desprende del precedente de la Corte es que la conducta omisiva allí analizada se circunscribió al período antecedente a la admisión de la empresa a la negociación del acuerdo, y que la Corte aplicó la excluyente en virtud del principio de favorabilidad, porque la norma entró en vigencia después de la comisión de los hechos, situación que permite concluir que el tribunal se equivocó al ampararse en esta jurisprudencia para limitar su alcance a las omisiones causadas con antelación a la fecha de la admisión de la empresa al acuerdo de reestructuración, y no a las surgidas con posterioridad.

Esta errónea interpretación del precepto determinó la violación directa de la ley sustancial, con grave perjuicio para el procesado, quien se halla condenado por un tipo penal que no le era aplicable y por el que debió en consecuencia ser absuelto. La Corte, en el precedente mencionado, se refirió a algunos aspectos relacionados con el contenido del párrafo del artículo 402, pero no ha tenido la ocasión de referirse específicamente a los eventos en que la empresa continúa en cesación de pagos después de haber sido admitida en proceso de reestructuración. De ahí la importancia de su pronunciamiento.

Segundo cargo subsidiario

Asegura que la sentencia viola en forma indirecta la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 38 del Código Penal, que prevé el sustituto de la prisión domiciliaria, debido a errores de hecho por falsos juicios de existencia y falsos juicios de identidad en la apreciación de las pruebas.

Afirma que los artículos 13 y 28 de la Constitución Nacional establecen la libertad personal como derecho fundamental y principio general del Estado de Derecho, en estrecha relación con la dignidad humana, y que la Corte Constitucional ha venido entendiendo que cuando se establezcan normas sustanciales para regular libertades, derechos o deberes del individuo, debe tenerse en cuenta la dignidad, como valor superior.

Estos postulados son desarrollados por el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, donde se encuentran incorporados en condición de normas rectoras y como tal instituidos con carácter vinculante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 13 y 24 de uno y otro estatuto, respectivamente, “cuando advierten que constituyen la esencia y orientación del sistema penal, prevaleciendo sobre las demás e informando su interpretación”.

El juzgador, al momento de imponer gravámenes al derecho a la libertad, está en el deber de verificar si sus determinaciones consultan un criterio de justicia y equidad, y si las medidas que se adoptan en la sentencia no afectan innecesaria y excesivamente derechos y garantías fundamentales, por lo que se ofende la libertad y la dignidad humana cuando se opta por restringir al máximo esta garantía, existiendo en la legislación otros mecanismos menos severos o más acordes con la persona y sus derechos inmanentes.

Asegura, después de este introito, que en el presente caso el tribunal incurrió en errores de identidad y existencia en el análisis de la personalidad, desempeño social, laboral y familiar del procesado, al igual que en el de su comportamiento procesal y los antecedentes de todo orden, que de haber sido tenidos en cuenta de forma adecuada, lo habrían conducido necesariamente a afectar de manera menos severa su libertad personal.

En el primer error (de identidad) incurrió al desatender el contenido real de la indagatoria del procesado, cuando concluye, a partir de expresiones que la misma no contiene, que posee una personalidad poco confiable y que no resulta procedente exponer a la comunidad al peligro de convivir con alguien a quien se le encomendaron dineros públicos y se los apropió, tomando de ella sólo dos aspectos que no constituyen más que la verificación de circunstancias objetivas (que es ingeniero industrial y ocupaba un alto cargo en la empresa), que por sí solos resultan insuficientes para establecer un aspecto tan importante para la situación del procesado.

Se refiere a los apartes de la sentencia, donde se afirma “al efecto, debe recordarse que se trata de un ingeniero industrial que para la época de los acontecimientos se desempeñaba en alto cargo de FIBRATOLIMA S.A. (fls.49/1), entidad para la cual dijo recaudar millonarias suma (\$6'387.682.000) y luego no la entregó al erario público al cual pertenecía, reflejando una grave y perjudicial conducta frente al patrimonio público”, para sostener que revisado el texto de la indagatoria en parte alguna pueden leerse las

frases que el tribunal le atribuye.

En el curso de esta diligencia, el procesado manifestó que no registraba antecedentes de ningún orden, que había desempeñado varios cargos, que en su contra se adelantó una investigación por el mismo delito que culminó con preclusión y que no posee bienes de fortuna, aspectos todos que pasaron inadvertidos para el tribunal. También dijo que el proceso se inició por el no pago de algunas declaraciones de impuestos, debido al estado de iliquidez de la firma, que entró en proceso de reestructuración en abril de 2002, sin lograr su cometido.

Afirma que el indagado, con el fin de mostrar que las sumas por recaudo de impuestos y retención no fueron efectivamente percibidas por la empresa, lo cual ponía en evidencia la imposibilidad material del recaudo de esos dineros, afirmó: “en forma adicional, y debido a los plazos en que se vende la mercancía de un negocio textil (de 90 a 120 días) cuando la DIAN exige el pago bimestral de impuestos sobre la venta y el pago mensual de retención en la fuente, termina el contribuyente financiando al Estado pues dichas declaraciones de impuestos no llegan ni a la mitad del plazo que se les concede a los clientes, situación que para una compañía en dificultades es absolutamente imposible de cumplir”.

El tribunal también desconoce que, tal como se acreditó en el proceso, la empresa FIBRATOLIMA S.A. entró en acuerdo de reestructuración en razón de sus dificultades económicas, en el que se previó la necesidad de aplazar la consignación de los dineros declarados por impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, los que nunca entraron al patrimonio del sentenciado, y que en verdad no se lograron consignar por la situación de iliquidez.

En conclusión, una lectura de la indagatoria y su correlación con la situación económica de la empresa permite asegurar que el procesado jamás dijo haber recaudado la cantidad de

\$6.387.682.000 a favor de la administración de impuestos, suma con la cual la empresa nunca contó, de manera que permitiera su apropiación por terceras personas, esmerándose, por el contrario, en mostrar su absoluta iliquidez y la imposibilidad de disponer de los dineros para su pago.

De ahí la imposibilidad de afirmar que el imputado dijo lo que en realidad no dijo, y de concluir, en orden a negar la prisión domiciliaria, que “no se trató de aislados o esporádicos comportamientos delictivos, sino de millonarias sumas de dinero, tomadas en más de veinte oportunidades, dinero que resintieron las arcas del Estado. Cómo pensar entonces que el procesado cumplirá con la prisión a domicilio o que no generará peligro para la comunidad cuando al confiársele el patrimonio público se apoderó del mismo”.

El segundo error (de existencia) se presentó en relación con el documento suscrito por la investigadora del Cuerpo Técnico de Investigación Martha Isabel Velásquez el 28 de diciembre de 2006, que no fue tenido en cuenta por el tribunal, en el que se da cuenta que realizadas algunas labores de campo pudo establecerse que el procesado residía en la urbanización Chicalá con su esposa, que trabajó en la empresa FIBRATOLIMA, donde permaneció 17 años y que en ese momento se desempeñaba como gerente de la Asociación para el Desarrollo del Tolima.

También informa que su núcleo familiar se hallaba conformado por dos hijos de su primer matrimonio con Alexandra Botero, y que actualmente vivía con su nueva esposa Liliana Pérez Morales y su padre Víctor Ardila Gómez. Y en cuanto a su personalidad y la forma como es percibido por la comunidad, precisó: “también se constató que el aquí precitado goza de una buena imagen dentro y fuera del conjunto residencial donde actualmente vive, como una persona de buena conducta, intachable, correcto”.

De haber tenido en cuenta el sentenciador este elemento de juicio,

“necesariamente habría tenido que llegar a la conclusión de su buen desempeño personal, familiar y social, pues es un hombre trabajador, que ha gozado de estabilidad en las empresas en donde ha laborado, en cargos de relativa importancia, que es responsable con sus compromisos familiares, vive con los hijos de su primer matrimonio y además con su padre, y la comunidad donde reside no duda en calificarlo como un hombre de buena conducta, intachable y correcto”.

El tribunal también incurrió en un error de hecho por omisión al ignorar la conducta asumida por el procesado a lo largo de las etapas procesales, pues de su confrontación se establece que con su apoderado estuvieron atentos al desenvolvimiento del proceso, interviniendo en sus diferentes etapas, aportando y solicitando pruebas, e interponiendo los recursos legales para oponerse a las decisiones judiciales cuando lo consideraron pertinente.

Estos errores cometidos por el tribunal, privaron al procesado de la posibilidad de ejecutar la pena que le fuera impuesta en el lugar de su residencia, puesto que lo llevaron a realizar, equivocadamente, un juicio negativo sobre su procedencia, medida que en las condiciones anotadas se torna además injusta. Por tanto, solicita casar parcialmente la sentencia y reconocer a su favor la prisión domiciliaria, en los términos previstos en el artículo 38 del Código Penal.

SE CONSIDERA

El demandante acierta en la selección de la vía de la casación discrecional para la proposición del recurso, puesto que el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, por el que se procede, no cumple el presupuesto punitivo requerido para la casación común, consistente en que tenga adscrita pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de ocho (8) años, de cara a las normas vigentes cuando ocurrieron los hechos que dieron origen a la investigación.⁵

También acierta en la labor de presentar una demanda ajustada a las exigencias mínimas de contenido formal requeridas para su selección a trámite, como quiera que hace una exposición clara de las razones por las cuales considera que debe abrirse paso a la casación discrecional, y desarrolla los cargos con apego a los postulados básicos de los errores que plantea, guardando correspondencia con los motivos que aduce para justificar la intervención de la Corte.

Pero esto no es suficiente para su admisión a trámite. La Corte ha sido insistente en sostener que más allá de la presentación de una demanda plausible desde el punto de vista formal, es necesario que los cargos que contiene contra la sentencia se adviertan de antemano fundados, de suerte que justifiquen su intervención para la protección de las garantías fundamentales o el desarrollo de la jurisprudencia, o de ambos, dado que de la constatación de la necesidad de su concurso es que depende su selección,

“De manera excepcional, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, discrecionalmente, puede admitir la demanda de casación contra sentencias de segunda instancia distintas a las arriba mencionadas, a solicitud de cualquiera de los sujetos procesales, cuando lo considere necesario para el desarrollo de la jurisprudencia o la garantía de los derechos fundamentales, siempre que reúna los demás requisitos exigidos por la ley”.⁶

En el caso que ocupa la atención de la Sala los cargos que se presentan contra la sentencia del tribunal se orientan a cuestionar dos aspectos, (i) la inaplicación de la causal de improcedencia de la acción penal prevista en el inciso segundo del párrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, modificadorio del artículo 402 del Código Penal, y (ii) la decisión de no otorgar al procesado el sustituto de la prisión domiciliaria consagrado

en el artículo 38 del Código Penal.

Al primer aspecto aluden, por distintas vías, los cargos principal y primero subsidiario, pues ambos se orientan a cuestionar la inaplicación del inciso segundo del parágrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, que introduce una causal de improcedencia de la acción penal cuando la empresa que ha dejado de consignar los dineros recaudados por impuesto sobre las ventas o retención en la fuente en los plazos legalmente previstos, es admitida a la negociación de un acuerdo de reestructuración, en los términos de la Ley 550 de 1999.

En orden a justificar la intervención de la Corte en relación con este primer ataque, el casacionista plantea la necesidad de realizar los dos fines previstos para la casación discrecional, esto es, el desarrollo de la jurisprudencia y la protección de las garantías fundamentales, sustentado en la consideración de que la temática que se discute, aunque ha sido estudiada por la Corte, no ha tenido el desarrollo requerido, porque los precedentes que existen no han aludido específicamente a las omisiones que se presentan en el curso del proceso de reestructuración, y que la decisión del tribunal de no aplicar la causal de improseguibilidad de la acción quebranta el debido proceso.

Contrario a lo considerado por el casacionista, la Corte no advierte que el tribunal haya realizado una interpretación equivocada de la norma que prevé la mencionada causal de improcedencia de la acción penal, ni mucho menos, que sea necesaria una decisión por vía excepcional para analizar una temática que ya ha sido abordada por la Sala en distintos pronunciamientos,⁷ como lo reconoce el mismo demandante, o para fijar doctrina frente a una variante fáctica que se resuelve con la simple confrontación del estatuto que regula los acuerdos de reestructuración.

La necesidad de intervención de la Corte para que emita un pronunciamiento de fondo con criterio de autoridad en torno a un determinado aspecto, que justifica la casación

excepcional, debe sustentarse en situaciones reales que generen verdaderos estados de incertidumbre en la aplicación de la ley, bien porque presenta vacíos que es necesario suplir, o contradicciones que es indispensable resolver, o complejidades que es preciso dilucidar, o porque existen conflictos judiciales de interpretación que es apremiante unificar, o precedentes que es forzoso reconsiderar o redefinir, para evitar discrepancias y asegurar la realización de los principios de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

Las situaciones que no respondan a estas directrices, sino a posturas personales surgidas del interés de plantear o apoyar una determinada propuesta defensiva, invocada con el ánimo de continuar un debate probatorio o jurídico ya concluido, o de copar las posibilidades de impugnación extraordinaria que la ley ofrece, o de disfrazar ataques no postulables por esta vía, que ab initio se ofrecen infundados, carecen de la aptitud requerida para acceder al recurso, por no corresponder sus propósitos a la filosofía del instituto.

En el caso que se estudia, el casacionista, en el desarrollo de ambos cargos, es insistente en sostener que la empresa no estaba materialmente en condiciones de cumplir los pagos por su estado de iliquidez y porque los dineros no fueron efectivamente percibidos por ella, lo cual, en su criterio, descarta la responsabilidad penal del procesado, porque a nadie se le puede exigir lo imposible, situaciones que nada tienen que ver con los reparos propuestos, y que revelan, por el contrario, ataques velados a las conclusiones probatorias del fallo.

En casación toda afirmación que contraríe o se aparte de los contenidos asertivos de los fallos debe demostrarse. Por consiguiente, si el casacionista consideraba que la iliquidez de la empresa exoneraba al procesado de la obligación de consignar los dineros recaudados por impuesto sobre las ventas y retención en la fuente, o que la obligación de hacerlo no le era exigible porque los dineros nunca entraron a las arcas de la firma que

representaba, era su deber acreditarlo, y no apoyarse en estas afirmaciones, como verdades acreditadas, sin estarlo, para sustentar las censuras.⁸

La Corte, en repetidos pronunciamientos, ha precisado que la iliquidez de la empresa no la exonera del pago de los dineros recaudados por estos conceptos, ni dispensa de responsabilidad penal al encargado de cumplir este deber, porque la empresa, en estos casos, no actúa como contribuyente, sino como servidor del Estado en la función de recaudar los impuestos, y que la omisión de consignar sus valores nada tiene que ver con su estado de iliquidez, porque los dineros no provienen de su patrimonio, sino del patrimonio de terceros. De suerte que si no los consigna es porque ha dispuesto ilegalmente de ellos.

Cuestión distinta se presenta cuando los dineros declarados por la empresa como percibidos por concepto del impuesto sobre las ventas o retención en la fuente no ingresan a sus arcas, pues en estos casos, como lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-009 de 2003, no puede hablarse de conducta delictiva, porque la obligación de consignar sólo puede plantearse en relación con los dineros efectivamente captados. Pero quien alegue esta situación debe demostrar que los impuestos que la empresa declaró como percibidos y que se presumen captados, realmente no ingresaron. En torno al punto, el tribunal constitucional precisó,

“La inflexión verbal tipificada es la de no consignar. Abstención que se halla vinculada a las sumas retenidas o autoretenidas por concepto de retención en la fuente, o a las cantidades recaudadas por concepto de impuesto sobre las ventas, o a los montos recaudados por concepto de tasas o contribuciones públicas. Siendo necesario precisar de entrada que, esa abstención frente al deber de consignar, en la órbita penal, está circunscrita exclusivamente a las sumas efectivamente percibidas por el agente retenedor, el autoretenedor, el responsable del impuesto sobre las ventas, o el encargado de recaudar tasas o contribuciones. Lo cual encuentra su razón de ser en el

hecho de que si bien la causación del ingreso juega un papel fundamental en la configuración del recaudo estatal dentro del amplio campo de los tributos, no sería justo desconocer que la autoría y responsabilidad de los potenciales sujetos activos del delito sólo puede plantearse sobre la base de las sumas que hayan ingresado materialmente al ámbito de liquidez de tales sujetos. Lo contrario podría conducir a que dichos sujetos activos, para evitarse la sanción penal, tuvieran que financiar con sus propios fondos determinados ingresos y retenciones causados contablemente, pero en la práctica inexistentes por la posterior anulación, rescisión o resolución de las respectivas transacciones o actos”.

Ahora bien. El inciso segundo del párrafo del artículo 42 de la Ley 633 de 2000, modificadorio del artículo 402 del Código Penal, que define el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, cuya aplicación el casacionista reclama para el caso que es materia de estudio, dice textualmente,

“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 procesos 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”.

Los acuerdos de reestructuración son convenios que la Ley 550 de 1999 autorizaba realizar⁹ entre las empresas que presentaban deficiencias en su capacidad de operación o dificultades económicas, y sus acreedores, con la intervención de una entidad de control, con el fin de que pudiera superarlas dentro del plazo y en las condiciones estipuladas en el acuerdo logrado.¹⁰

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.

Esta delimitación del objeto surge indiscutible del articulado del referido estatuto, de cuyo estudio sistemático se establece que la negociación debía circunscribirse a las obligaciones causadas con anterioridad a la promoción del acuerdo, y que las contraídas con posterioridad quedaban sujetas al régimen de actividad normal de la empresa, entendimiento que es el que ha guiado además, durante años, de manera pacífica, la doctrina de la Superintendencia de Sociedades,

“La negociación de un acuerdo de reestructuración, constituye un mecanismo por medio del cual se pretende normalizar el pasivo de la entidad deudora mediante la celebración de un acuerdo con sus acreedores. Lo anterior implica que todas las obligaciones causadas con anterioridad a la fecha en que comenzó la negociación según las formalidades de la Ley 550 de 1999, serán objeto de negociación y en el acuerdo que finalmente se suscriba se debe estipular la forma como se pagarán todos y cada uno de los créditos a cargo de la deudora.¹¹

Sobre el pago de una y otra clase de acreencias, el estatuto es igualmente claro en señalar que las causadas con anterioridad a la iniciación de la negociación del acuerdo de reestructuración se sujetarán a la forma estipulada en el pacto logrado (artículo 33.2) y que las causadas después deben ser atendidas directamente por la empresa, de preferencia, quedando los acreedores librados a la posibilidad de exigir su cobro coactivo en caso de incumplimiento, o de demandar la terminación del acuerdo por el mismo motivo (artículos 17, 19 inciso cuarto, 34.9 y 35.5).¹²

En esto ha coincidido igualmente la doctrina de la Superintendencia de Sociedades, como lo destacó en su momento el ente acusador al calificar el mérito probatorio del sumario, y lo muestra el contenido de sucesivos conceptos emitidos sobre esta específica temática y otras estrechamente relacionadas con ella,

“[...] en el acuerdo de reestructuración existen dos tipos de obligaciones, según la fecha en que se causen, esto es, si son anteriores o posteriores al inicio de la negociación; las obligaciones pre acuerdo y post acuerdo se distinguen primordialmente en que las últimas tienen un pago preferencial y permanente tanto en la etapa de la negociación como en la etapa de la ejecución del acuerdo, pudiendo el acreedor exigir su pago por las vías que legalmente correspondan, mientras que los primeros sujetarán su pago a lo que se pacte en el acuerdo (artículos 17 y 19 de la Ley 550 de 1995)”.¹³

“Tratándose de gastos de administración, esto es, los causados con posterioridad a la fecha de negociación del acuerdo, serán pagados de preferencia, en el orden que corresponde de conformidad con la prelación de créditos del código civil y demás normas concordantes y no estarán sujetos al orden de pago que se establezca en el acuerdo. El incumplimiento en el pago de tales acreencias permitirá a los acreedores respectivos exigir coactivamente su cobro y podrá dar lugar a la terminación de la negociación del acuerdo o del acuerdo mismo (numeral 9, artículo 34 de la Ley).¹⁴

Hechas estas precisiones se concluye sin mayor esfuerzo que cuando el inciso segundo del párrafo traído por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000 se refiere a las obligaciones relacionadas con el impuesto sobre las ventas y retenciones en la fuente causadas, está haciendo alusión, sin ninguna duda, a las 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, las cuales, como se ha dejado visto, gozan de preferencia en su pago.

Esto deja sin soporte jurídico los dos primeros cargos de la demanda, pues permite establecer, de una parte, que el tribunal no se equivocó al negarse a aplicar la causal de improcedencia de la acción penal respecto de las obligaciones causadas con posterioridad a la iniciación de la negociación del acuerdo, que no tenían vocación de ser objeto del mismo, y de otra, que las violaciones a las garantías fundamentales que se hacen derivar de esta pretendida equivocación, no existieron.

La situación no se presenta distinta en el último cargo, donde el demandante sostiene que el tribunal violó las garantías fundamentales de la libertad y la dignidad humana al negar al procesado el sustituto de la prisión domiciliaria, pues confrontada la decisión cuestionada se advierte que los argumentos que expuso para arribar al juicio negativo que el demandante cuestiona, consultan la verdad real, y que los errores de identidad y existencia que se denuncian en apoyo de la pretensión impugnatoria, carecen de trascendencia.

El tribunal negó el sustituto por considerar que no se cumplía el aspecto subjetivo, en razón (i) a la formación profesional del procesado, (ii) el alto cargo que desempeñaba en la empresa, (iii) los montos de dinero comprometidos con la acción delictiva (\$6.387.682.000), y la deliberada reiteración de la conducta, aspectos que guardan fundamentalmente relación con los condicionamientos referidos al desempeño personal y laboral del procesado.

Si el casacionista pretendía por tanto demostrar que se cumplían las condiciones establecidas en la ley para gozar del sustituto, debía probar que los aspectos en los que se sustentaba la conclusión del tribunal no eran ciertos, o que no guardaban relación sustancial con la situación analizada, y adicionalmente a ello, acreditar que las condiciones referidas a los otros aspectos que la norma exige analizar en estos casos (desempeño familiar y social) también se cumplían.

Esta labor de demostración se advierte ausente en el caso analizado, pues el demandante, al referirse a las razones que el tribunal adujo para negar el sustituto, se limita a presentar sus propias conclusiones sobre la forma como debieron ser analizados los referentes que la norma ordena evaluar, denunciando, al efecto, por no haber sido valoradas, situaciones como la imposibilidad de pago, la existencia del acuerdo de reestructuración, la ausencia de poder de disposición y el no ingreso de los dineros a las arcas de la empresa, que apuntan más a la invocación de casuales excluyentes de responsabilidad, que a la acreditación de las violaciones denunciadas.

También plantea la falta de valoración de un informe de campo, que como se sabe, no tiene la condición de medio de prueba, sino de simple instrumento auxiliar de investigación, pero que además carece de la idoneidad requerida para acreditar la vulneración de la garantía que se denuncia, porque, como ya se indicó, las consideraciones del tribunal giraron fundamentalmente alrededor del análisis del desempeño personal y laboral del procesado, más que del familiar, que es hacia donde se enruta fundamentalmente el informe.

En síntesis, la Corte no encuentra que el fallo del tribunal desconozca las garantías fundamentales que el casacionista denuncia, ni advierte la necesidad de un pronunciamiento de fondo unificador de doctrina por vía de la casación excepcional. Por tanto, se la inadmitirá, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley 600 de 2000.

Pero en razón a que entre los cargos formulados en la acusación y los que se imputaron en la sentencia existe una disconformidad sustancial que permea el principio de consonancia, en lo que tiene que ver con el concurso de delitos, la Corte hará uso de la facultad oficiosa que le confiere el artículo 216 ejusdem para enmendar la irregularidad.

Casación oficiosa

Revisada la resolución de acusación se establece que el procesado fue acusado por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador, sin que en parte alguna se hiciera precisión expresa ni implícita en el sentido de que se procedía por un concurso homogéneo de conductas punibles.

No obstante ello, el tribunal, en la sentencia impugnada, condenó al procesado por un concurso de delitos, argumentando al efecto que de los hechos probados surgía la existencia de varias acciones jurídicamente autónomas, lo cual le representó un incremento de pena de treinta (30) meses,

“Al no imputar la fiscalía la circunstancia de mayor punibilidad y operar a favor del procesado, al menos, la ausencia de antecedentes como atenuante, la pena se fija en el primer cuarto, esto es, entre 36 a 45 meses. Así atendiendo que la gravedad del delito expresada en la millonaria suma de dinero recaudada y no pagada a la DIAN, se impondrá 40 meses de prisión. Ahora, como se trata de un concurso de delitos, se agregará otro tanto de 30 meses más para un total de setenta (70) meses de prisión y multa de \$12'775.364.000.000, equivalente al doble de lo no consignado, esto es \$6.387'682.000 a favor del Tesoro Nacional -Consejo Superior de la Judicatura-”.¹⁵

Como la introducción de esta variante jurídica viola el principio de congruencia, y desconoce, por ende, la estructura conceptual del proceso, con implicaciones en el ejercicio del derecho de defensa del procesado, quien no tuvo oportunidad de contradecir esta imputación en el juicio, la Corte casará parcialmente la sentencia impugnada para eliminar el incremento por el concurso, en ejercicio de la facultad oficiosa prevista en el artículo 216 de la Ley 600 de 2000.

En mérito de lo expuesto, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION PENAL,

RESUELVE

1. Inadmitir la demanda de casación discrecional presentada por el defensor de Víctor Guillermo Ardila Meisel.
2. Casar parcialmente, de oficio, la sentencia impugnada, para fijar en cuarenta (40) meses de prisión la pena principal privativa de la libertad que debe purgar el procesado y en el mismo tiempo la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas. En lo demás, el fallo se mantiene invariable.

Contra esta decisión no proceden recursos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

JAVIER ZAPATA ORTIZ

JORGE LUIS BARCELO CAMACHO

JOSE

LEONIDAS BUSTOS MARTINEZ

FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
PEREZ

SIGIFREDO ESPINOSA

ALFREDO GOMEZ QUINTERO
ROSARIO GONZALEZ DE LEMOS

MARIA DEL

AUGUSTO J. IBAÑEZ GUZMAN
SOCHA SALAMANCA

JULIO ENRIQUE

Excusa justificada

Teresa Ruiz Núñez

SECRETARIA

1 Folios 40, 49, 203, 207, 270-278 del cuaderno original 1 y 21-24 del cuaderno original 2.

2 Folios 71-94 del cuaderno original 3.

3 Folios 111-116 del cuaderno original 3.

4 Folios 5-37 del cuaderno original 4.

5 Artículos 205 de la ley 600 de 2000 y 402 del Código Penal, modificado por el artículo 42 de la Ley 633 de 2000.

6 Artículo 205 inciso tercero.

7 Confrontar Casación 23405 de 5 de julio de 2007, Casación 25747 de 1° de agosto de 2007 y Casación 24065 de 13 de febrero de 2008, entre otras.

8 En lógica formal a esta forma de argumentar se la denomina sofisma de petición de principio.

9 Este estatuto fue derogado por la ley 1116 de 27 de diciembre de 2006, que establece el régimen de insolvencia empresarial.

10 Ley 550 de 1999, artículos 5° y 6°.

11 Superintendencia de Sociedades, concepto (oficio) 220-131124 de 17 de noviembre de 2009. En el mismo sentido concepto (oficio) 220-103831 de 5 de agosto de 2009, entre muchos otros.

12 ARTICULO 33: "CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE REESTRUCTURACION: Los acuerdos de reestructuración deberán incluir cláusulas que contemplen como mínimo lo siguiente: 2) prelación, plazos y condiciones en las que se pagarán, tanto las acreencias anteriores a la fecha de iniciación del acuerdo, como las que surjan con base en lo pactado en el mismo...".

ARTICULO 17. ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO DURANTE LA NEGOCIACION DEL ACUERDO: A partir de la fecha de iniciación de la negociación, el empresario deberá atender los gastos administrativos que se causen durante la misma, los cuales gozan de preferencia para su pago; y podrá efectuar operaciones que correspondan al giro ordinario de la empresa con sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables...".

ARTICULO 19 inciso cuarto: "Cualquier crédito que se origine en fecha posterior a la de la iniciación de la negociación y con anterioridad a la celebración del acuerdo, no dará derecho a voto; pero su pago se atenderá en forma preferente, de conformidad con el tratamiento propio de los gastos administrativos".

ARTICULO 34. EFECTOS DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION: 9) Los créditos causados con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, al igual que la remuneración de los promotores y peritos causada durante la negociación, serán pagados de preferencia, en el orden que corresponda de conformidad con la prelación de créditos del código civil y demás normas concordantes, y no estarán sujetos al orden de pago que se establezca en el acuerdo. El incumplimiento en el pago de tales acreencias permitirá a los acreedores respectivos exigir coactivamente su cobro, y podrá dar lugar a la terminación de la negociación del acuerdo o del acuerdo mismo, a menos que el respectivo acreedor

acepte una fórmula de pago según lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 35 de la presente ley...”

ARTICULO 35: CAUSALES DE TERMINACION DEL ACUERDO DE REESTRUCTURACION: 5)

Cuando se incumpla el pago de una acreencia causada con posterioridad a la fecha de iniciación de la negociación, y el acreedor no reciba el pago dentro de los tres meses siguientes al incumplimiento, o no acepte la fórmula de pago que le sea ofrecida, de conformidad con lo dispuesto en la reunión de acreedores”.

13 Concepto (oficio) 220-129837 de 7 de noviembre de 2009.

14 Concepto (oficio 220-131124 de 17 de noviembre de 2009. En el mismo sentido concepto emitido en el radicado 491,837-0 de 2001.

15 Páginas 25 y 26 del fallo.