

EL PAGO DE LOS INTERESES PREVISTOS EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO, COMO CONDICIÓN PARA TERMINAR EL PROCESO PENAL POR EL DELITO DE OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR, NO DESCONOCE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO, TODA VEZ QUE ES UNA MEDIDA ADECUADA PARA LOGRAR LAS FINALIDADES DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS, LA DISUASIÓN Y LA REPARACIÓN DE LA VÍCTIMA

II. EXPEDIENTE D-12634 - SENTENCIA C-290/19 (junio 26)
M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

1. Norma acusada

LEY 1819 DE 2016
(diciembre 29)

Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones.

ARTÍCULO 339. Modifíquese el artículo 402 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así:

Artículo 402. 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 cuarenta (48) a ciento ocho (108) meses y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 1.020.000 UVT.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo 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.

El agente retenedor o el responsable del impuesto sobre las ventas o el impuesto nacional al consumo que omita la obligación de cobrar y recaudar estos impuestos, estando obligado a ello, incurrirá en la misma penal (sic) prevista en este artículo.

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 la ventas, el impuesto nacional al consumo 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 hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

2. Decisión

Declarar **EXEQUIBLE**, por el cargo analizado en esta sentencia, la expresión "*junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas*" prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 "*Por medio de la cual se adopta una Reforma Tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones*" que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 "*Por la cual se expide el Código Penal*".

3. Síntesis de los fundamentos

La Sala Plena examinó un cargo único de inconstitucionalidad formulado contra el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000 por la violación del artículo 29 superior. En particular, el demandante adujo que la norma acusada desconoce el principio de proporcionalidad como garantía del debido proceso porque exige el pago de intereses como requisito para la terminación del proceso penal por el delito de "*omisión del agente retenedor o recaudador*" a pesar de que dichos intereses no hacen parte del tipo penal.

Previo al análisis del problema jurídico de fondo, la Sala advirtió que los intervinientes plantearon diversas cuestiones previas con impacto en la competencia para resolver la demanda bajo examen y la determinación del problema jurídico. Por lo tanto, la Sala se ocupó inicialmente los asuntos relacionados con: (i) la cosa juzgada; (ii) la aptitud del cargo de inconstitucionalidad; y (iii) la integración de la unidad normativa.

En primer lugar, este Tribunal descartó la configuración de la cosa juzgada por cuanto el asunto decidido en la **Sentencia C-009 de 2003** y el examinado en esta oportunidad no recaen sobre el mismo objeto y no están fundados en los mismos argumentos de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, se analizó y corroboró que el cargo de inconstitucionalidad cumple los requisitos de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia desarrollados en la jurisprudencia constitucional.

En tercer lugar, la Sala examinó las solicitudes de integración de la unidad normativa elevadas por los intervinientes en relación con: (i) el artículo 279 de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 635 parcial del Estatuto Tributario; (ii) el artículo 634 del Estatuto Tributario y (iii) la totalidad del párrafo en el que está incluida la expresión acusada.

Con respecto a dichas solicitudes, concluyó que la integración de las normas que determinaban el tipo de intereses no resultaba necesaria para la comprensión de la disposición acusada ni para adelantar el examen de constitucionalidad de la norma con base en el cargo formulado por el demandante. Por ende, la Sala no podía integrar esas normas y extender su examen sobre las mismas, pues esto implicaría un control oficioso de constitucionalidad, que desbordaría la función asignada en el artículo 241 superior, vulneraría el derecho a la participación ciudadana y afectaría el debate democrático.

Asimismo, advirtió que la propuesta de integración de la totalidad del párrafo que contiene la disposición acusada se formuló con el propósito de que la Corte examinara un reproche que no fue planteado por el demandante, ni debatido por los intervinientes. Por ende, también se descartó la integración de dicha norma.

Finalmente, la Sala accedió a la integración de la expresión "*y normas legales respectivas*" incluida en el párrafo parcial acusado en aras de completar la proposición jurídica. Consideró que la expresión en mención está intrínsecamente relacionada con la disposición acusada y completa el sentido de la condición demandada. En consecuencia, concluyó que el examen recaería sobre la expresión "*junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas*" prevista en el artículo 339 parcial de la Ley 1819 de 2016 que modificó el artículo 402 de la Ley 599 de 2000.

Luego de pronunciarse sobre estas cuestiones preliminares, la Sala precisó que el problema jurídico que planteó la demanda consistía en establecer si el pago de intereses como una de las condiciones para la terminación del proceso penal por el delito de omisión del agente retenedor o recaudador vulnera el principio de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior porque incluye un elemento que no hace parte del tipo penal.

Para el análisis del problema en mención, la Sala partió del reconocimiento del amplio margen de configuración del Legislador en la definición de los procedimientos judiciales y concluyó que en el caso concreto no se advierte, *prima facie*, la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, indicó que la constitucionalidad de la medida acusada debía analizarse desde un juicio en el que se determinara (i) si el fin buscado es legítimo, pues no está constitucionalmente prohibido, (ii) si el medio utilizado tampoco está prohibido por la Carta y (iii) si el medio resulta adecuado para alcanzar el fin propuesto.

En el marco del juicio anunciado, la Sala concluyó que la disposición acusada no desconoció el límite de proporcionalidad que se deriva del artículo 29 superior, debido a que: (i) la condición demandada tiene como finalidades la protección de los recursos públicos, la disuasión y la reparación de la víctima; las cuales no están prohibidas por la Carta Política y son legítimas desde el punto de vista constitucional; (ii) la fijación de una condición de terminación del proceso penal es un medio que no está prohibido por las disposiciones superiores; y (iii) la condición de terminación del proceso penal examinada es una medida adecuada para el cumplimiento de los fines referidos.

4. Salvamentos y aclaración de voto

Los Magistrados **José Fernando Reyes Cuartas** y **Alberto Rojas Ríos** salvaron el voto frente a la decisión adoptada. Con tal propósito presentaron, en síntesis, los siguientes argumentos.

Advirtieron que la sentencia no justifica de forma adecuada la elección de la intensidad del examen de proporcionalidad. A su juicio, si bien el legislador es titular de competencias para regular materias de naturaleza penal y tributaria -lo que podría explicar un examen débil-, la disposición demandada implicaba una restricción intensa de la libertad personal reconocida en el artículo 28 constitucional y protegida por las garantías del debido proceso regulado en el artículo 29. En efecto, la norma acusada impide la procedencia de la *resolución inhibitoria*, la *preclusión de investigación* o la *cesación de procedimiento* cuando no se han pagado los intereses, a pesar de que dicho elemento no se relaciona con el contenido básico de la prohibición penal -no consignación de las sumas retenidas o auto retenidas por el agente retenedor o recaudador-, sino con una de sus consecuencias económicas. Teniendo en cuenta dicha circunstancia, la Sala ha debido concluir que la disposición impugnada afectaba el goce de un derecho constitucional fundamental y, por tanto, se imponía la aplicación del juicio de proporcionalidad más exigente.

Con fundamento en lo anterior, precisaron que la medida no superaba tal examen. En verdad, la medida adoptada por el Legislador no resulta necesaria dado que el ordenamiento prevé otros mecanismos judiciales eficaces para conseguir el pago de los intereses sin afectar la libertad de las personas. Incluso, en caso de suponer que la medida fuera indispensable, los Magistrados Reyes y Rojas señalaron que ella no superaba un examen de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto restringe gravemente la libertad personal, con el objeto de alcanzar una finalidad que en términos relativos tiene un peso menor.

Destacaron, finalmente, que la comprensión del derecho penal como el último instrumento de reacción frente a los conflictos sociales, exige del legislador acudir a este, únicamente cuando -como la Corte Constitucional lo ha dicho- "*las demás alternativas han fallado*".

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo** se reservó la presentación eventual de una aclaración de voto respecto de algunas consideraciones de la parte motiva.