

SENTENCIA C-112-22**M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najjar****Expediente: D-14273**

NO SE PUEDE OBLIGAR A LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO O A LAS ENTIDADES BANCARIAS A RESPONDER POR ACCIONES QUE NO LES SON IMPUTABLES Y QUE DESBORDAN EL RIESGO ASEGURABLE. LA LEY NO PUEDE IMPONER ASEGURAR SANCIONES POR CONDUCTAS ILEGALES O ILÍCITAS

La Corte declaró inexecutable el enunciado “incluyendo el monto de las sanciones por improcedencia de la devolución”, contenido en artículo 860

del Estatuto Tributario, contenido en el Decreto 624 de 1989, modificado por el artículo 18 de la Ley 1430 de 2010, al constatar que desconocía el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria o de intransmisibilidad de la responsabilidad de las conductas sancionables, al obligar al garante a responder por acciones que no le son imputables y que desbordan el riesgo asegurable o, lo que es lo mismo, por hacer solidariamente responsable a las compañías de seguro o entidades bancarias por el monto de las sanciones impuestas al contribuyente como consecuencia de una devolución improcedente o injustificada.

1. Norma acusada

DECRETO 624 DE 1989

Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confieren los Artículos 90, numeral 5°, de la Ley 75 de 1986 y 41 de la Ley 43 de 1987, y oída la Comisión Asesora de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

Artículo 860 (Modificado por el artículo 18 de la Ley 1430 de 2012). *Devolución con presentación de garantía.* Cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución, la Administración de Impuestos, dentro de los veinte (20) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.

La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos (2) años. Si dentro de este lapso, la Administración Tributaria notifica el requerimiento especial o el contribuyente corrige la declaración, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, **incluyendo el monto de las sanciones por improcedencia de la devolución**, las cuales se harán efectivas junto con los intereses correspondientes, una vez quede en firme en la vía gubernativa, o en la vía jurisdiccional cuando se interponga demanda ante la jurisdicción administrativa, el acto administrativo de liquidación oficial o de improcedencia de la devolución, aún si este se produce con posterioridad a los dos años.

En el texto de toda garantía constituida a favor de la Nación –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–, deberá constar expresamente la mención de que la entidad bancaria o compañía de seguros renuncia al beneficio de excusión.

El Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, previa evaluación de los factores de riesgo en las devoluciones, podrá prescribir mediante resolución motivada, los contribuyentes o sectores que se sujetarán al término general de que trata el artículo 855 de este Estatuto, aunque la solicitud de devolución y/o compensación sea presentada con garantía, caso en el cual podrá ser suspendido el término para devolver y/o compensar hasta por un máximo de noventa (90) días conforme con lo previsto en el artículo 857-1.

En todos los casos en que el contribuyente o responsable corrija la declaración tributaria cuyo saldo a favor fue objeto de devolución y/o compensación, tramitada con o sin garantía, la Administración Tributaria impondrá las sanciones de que trata el artículo 670 de este Estatuto, previa formulación del pliego de cargos y dará traslado por el término de un (1) mes para responder, para tal efecto, el

pliego de cargos debe proferirse dentro de los dos (2) años siguientes a la presentación de la declaración de corrección”.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** el enunciado “*incluyendo el monto de las sanciones por improcedencia de la devolución*”, contenido en el segundo inciso del artículo 860 del Decreto Ley 624 de 1989, “*Por el cual se expide el Estatuto Tributario de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales*”, tal y como fue modificado por el artículo 18 de la Ley 1430 de 2010.

3. Síntesis de los fundamentos

Correspondió a la Corte estudiar la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 860 (parcial) del Estatuto Tributario contenido en el Decreto Ley 624 de 1989, en la que se formuló un único cargo por la vulneración del artículo 6 de la Constitución Política.

El enunciado normativo acusado consagraba la responsabilidad solidaria del garante respecto del sujeto pasivo de la obligación tributaria, al establecer que aquél sería solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de las sanciones que la administración llegase a imponer a este último por una devolución de saldos improcedente o injustificada. Para los demandantes, dicha preceptiva desconocía el principio de responsabilidad personal en materia sancionatoria o de intransmisibilidad de la responsabilidad de las conductas sancionables, al obligar al garante a responder por acciones que no le son imputables y que desbordan el riesgo asegurable.

En el análisis de fondo, la Corte se planteó el siguiente problema jurídico: ¿permitir que, en el marco de un procedimiento de devolución de saldos, la compañía de seguros o la entidad que sirve de garante responda por el monto de la sanción que se le impone al contribuyente por la improcedencia de las sumas devueltas, a pesar de que ello no haya sido objeto de la garantía, vulnera el principio de intransmisibilidad de la responsabilidad de las conductas sancionables, previsto en el artículo 6 de la Constitución Política?

Al examinar el cargo propuesto, encontró que la responsabilidad solidaria del garante, prevista en la norma acusada, no atendía a la finalidad

legítima de las sanciones administrativas de transformar comportamientos humanos frente a los cuales se realiza un juicio de desvalor que pretenden ser evitados o corregidos a través de su tipificación y/o previsión e imposición de medidas coercitivas razonables y proporcionadas.

Destacó que, en el caso analizado, la responsabilidad solidaria del garante no cumplía dicha finalidad porque aquél no realiza ninguna conducta que deba ser evitada o corregida, sino que, por el contrario, únicamente expide una póliza o garantía bancaria en los términos que le impone la ley. En esa medida, si se acepta que el garante debe responder solidariamente por las sanciones establecidas en el artículo 670 del Estatuto Tributario, las cuales se derivan de conductas que, por supuesto, no ha cometido, entonces, además de que no se disciplina al verdadero responsable de la infracción, el garante tendría que asumir en todos los casos la mala fe del contribuyente, con lo cual se desconocería también el artículo 83 superior y el precedente constitucional ampliamente señalado.

Así las cosas, al establecerse la solidaridad del garante por la eventual imposición de una sanción por devolución improcedente sin exigir imputación personal ni culpabilidad de éste, la norma demandada admite que aquél responda solidariamente de manera objetiva y por el hecho de otros o por situaciones que no le son imputables, lo que desconoce las condiciones que permiten aceptar la constitucionalidad de la solidaridad en materia sancionatoria.

Finalmente, destacó que en la Sentencia C-877 de 2011 se dejó sin efectos la exigencia de que la garantía que debe presentar el contribuyente amparara el monto de la sanción por una devolución injustificada, por lo que mal haría el garante en responder por un riesgo que ni siquiera puede ser objeto de cobertura en el contrato de seguro o en la garantía bancaria y la ley no puede imponer asegurar sanciones por conductas ilegales o ilícitas, sea por dolo o culpa.

A partir de tales consideraciones, la Sala Plena constató que la norma era inconstitucional porque hacía solidariamente responsable a las compañías de seguro o entidades bancarias por el monto de las sanciones impuestas al contribuyente por una devolución improcedente o injustificada, lo que, a su turno, desbordaba el riesgo asegurable.

4. Salvamentos de voto

Los magistrados **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** y **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** salvaron su voto.

El magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO** se apartó de la decisión mayoritaria por considerar que es un error analizar la figura del “garante solidario” como si fuera un “responsable solidario” o sujeto imputable o culpable de las conductas reprochadas al contribuyente.

El magistrado Lizarazo señaló que cuando el artículo demandado dice que el “garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas”, se refiere al garante, del cual predica solidaridad en cuanto debe responder por lo garantizado no de forma subsidiaria -cuando el contribuyente no pueda pagar-, sino que puede ser perseguido directamente en virtud del contrato de seguro que media con el contribuyente.

Tal es también la interpretación del Consejo de Estado¹ al indicar que el garante solidario responde “siempre que estén amparados esos riesgos en el respectivo seguro o garantía” y que, en tales casos, contrario a lo dicho en la sentencia de la cual me aparto, la aseguradora no es tratada como un sujeto imputable por las conductas del contribuyente, sino que simplemente es llamada a responder por razón del contrato de seguro.

Así, al responder como garante, únicamente por lo debidamente garantizado con el contrato de seguro, realmente no se le está sancionando por la conducta del contribuyente. Por tanto, asegura el magistrado Lizarazo, la sentencia se equivoca al partir del supuesto de que la disposición demandada atribuye a la aseguradora el carácter de sujeto “responsable solidario” de una conducta reprochada por la administración y que, por tanto, se le transfiere una sanción no obstante no haber realizado la conducta reprochable.

Además, considera el magistrado Lizarazo que es cuestionable la afirmación de la sentencia que sostiene que no es procedente asegurar sanciones de esta naturaleza debido a que el “contrato de seguro no tiene por objeto asumir la cobertura de violaciones legales, como en este caso lo sería la conducta culpable cometida por el sujeto pasivo que solicita la devolución de un saldo a favor apoyado en conductas fraudulentas o que induzcan a error a la administración tributaria”. Recuerda que en muchos otros casos la

ley expresamente dispone asegurar sanciones o multas eventuales a través de una póliza, como es por ejemplo el caso de la Ley 1150 de 2007, que en su artículo 17 faculta a la administración a imponer las multas (sanciones económicas) que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones, permitiendo que sean garantizadas a través de una póliza.

Una prohibición como la que se sugiere en la sentencia -afirma el magistrado Lizarazo- además de no tener sustento constitucional podría generar graves consecuencias para el mercado de los seguros y para el Estado colombiano que incluye en diversas disposiciones la obligación de contar con pólizas, para cubrir por ejemplo sanciones por incumplimientos contractuales con el Estado o para cubrir otras situaciones reprochables creadas por el mismo contratista tomador de la póliza.

Por último, recuerda el magistrado Lizarazo que, en estos casos, la aseguradora asume el pago de las erogaciones producto de la responsabilidad del contratista en virtud del contrato de seguro y no por el hecho de la transmisibilidad de la responsabilidad.

En consecuencia, considera el magistrado Lizarazo que el cargo por “violación al principio de la intransmisibilidad de la pena” no es procedente y la expresión cuestionada es exequible, bajo el entendido de que la aseguradora responde por las sanciones siempre y cuando estas estén incluidas en el contrato de seguro.

El magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES** se apartó de la decisión de la mayoría de la Sala Plena y presentó un salvamento de voto. Para el magistrado Reyes, existían fuertes razones que permitían encontrar una lectura de la norma objeto de la demanda compatible con la Constitución. De allí que el tribunal debió declarar la constitucionalidad del artículo 860 del Decreto Ley 624 de 1989.

En primer lugar, el magistrado Reyes advirtió la diferencia fundamental entre la transmisión de la responsabilidad disciplinaria a un tercero (prohibida constitucionalmente) y la asunción del deber de responder por la consecuencia patrimonial de la sanción derivada de un vínculo contractual previo. El magistrado sostuvo que la norma objeto de la demanda no le transmitía la sanción a la aseguradora. Por el contrario, la aseguradora se limita a asumir las consecuencias patrimoniales de la sanción que se le impone a un tercero (el tomador) por defraudar al sistema tributario. En ningún caso la aseguradora se puede considerar como sancionada, sino

como mera responsable patrimonial solidaria por el efecto económico de la sanción impuesta a su asegurado en virtud del vínculo contractual previo.

En segundo lugar, el magistrado Reyes sostuvo que, dado que no se trataba de un caso de transmisión de la sanción, no resultaban aplicables los precedentes (Sentencia C-038 de 2020) en los que la Corte Constitucional había declarado inválidas ese tipo de transmisiones. En esas decisiones previas se invalidaron normas que transmitían la responsabilidad disciplinaria o las sanciones sin que existiera un vínculo contractual entre el infractor y quien era llamado a responder por el hecho de un tercero. Por el contrario, bajo la norma objeto de control, las aseguradoras actúan como simples garantes. Eso significa que expiden una póliza de seguro que, precisamente, ampara determinados hechos que podrían derivar en una afectación al erario. Como advirtió el magistrado, es sobre tales hechos asegurables y no sobre otros diferentes que la aseguradora (como garante) responde por dicha obligación.

Para el magistrado Reyes resulta insoslayable el hecho de que el sujeto sancionado por la solicitud fraudulenta en la devolución del IVA siempre es el contribuyente/retenedor que solicita una devolución injustificada total o parcialmente. Asimismo, esa persona natural o jurídica es la responsable por la sanción impuesta por parte de la administración. No obstante, otro sujeto puede ser válidamente el garante de la consecuencia patrimonial de la sanción aplicada. La norma objeto de control preveía que esa garante fuera la aseguradora siempre que el contribuyente/retenedor hubiera suscrito un contrato de seguro que amparara ese riesgo.

El magistrado concluyó que, en ningún caso, la aseguradora se puede considerar como la infractora o que la obligación patrimonial de aquella derivara de haber incurrido en una falta. De manera que no se transmite la responsabilidad sancionatoria del solicitante a la aseguradora, sino que se establece una relación de solidaridad entre ambos derivada directamente de las obligaciones previamente pactadas en un contrato de seguros. Finalmente, el magistrado advirtió que resulta plenamente compatible con la Constitución que, dentro de la libertad del mercado y con base en el conocimiento del riesgo, las aseguradoras amparen las solicitudes de devolución del IVA bajo la condición de que se adquiera una póliza que cubra tanto el monto de la devolución como las potenciales sanciones.