

Doctor

H. MAGISTRADO LUIS ANTONIO HERNANDEZ BARBOSA

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal.

E. S. D.

Ref. Incidente de Reparación Integral

Expediente No. 110016000002013-00547 NI. 2013-01440

Sentenciados: YOREDY DEL SOCORRO VELÁSQUEZ CASTAÑO y LADY JANETH PAREJA LONDOÑO.

Tercer Civilmente Responsable: METALES Y EXCEDENTES S.A.

Aseguradora Vinculada: COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

Asunto: Recurso Extraordinario de Casación (Alegatos).

FREDERICK RODRÍGUEZ LARGO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.063.970 de Bogotá y portador de la Tarjeta Profesional No. 124285 del C. S. de la J., en mi calidad de apoderado de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, víctima dentro del proceso de la referencia, estando dentro de la oportunidad legal correspondiente, por medio del presente escrito, de manera respetuosa, procedo a presentar los **ALEGATOS DE SUSTENTACIÓN** de la demanda de casación presentada contra la sentencia calendada el 7 de marzo de 2.019, proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín dentro del trámite de la referencia, en los términos que a continuación se exponen.

Con esta demanda se pretende que se **CASE** la sentencia del Tribunal en cuanto a confirmar la decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal Especializado de Medellín sobre la exoneración de la aseguradora vinculada y, en su lugar, proceda la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, a emitir sentencia que acceda a las pretensiones consignadas en la formulación del incidente en favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales particularmente se acceda a condenar a la aseguradora.

Dentro de la violaciones cometidas por el Tribunal en la sentencia objeto del recurso extraordinario de casación encontramos que el Tribunal comienza por recordar cuales son, conforme al artículo 1045 del C. de Co., los elementos esenciales del contrato de seguro, para luego concretarse en la definición de siniestro contenida en el artículo 1072 del C. de Co. y el 1131 del mismo ordenamiento y refiriéndose al 860 del Estatuto Tributario, para concluir que conforme a todas estas normas debe entenderse que **el siniestro ocurre**, para el caso de las pólizas que amparan el trámite de las devoluciones, y surge, por tanto, la obligación condicional del asegurador, **solamente cuando la autoridad tributaria emite acto administrativo declarando improcedente la devolución** (página 18 fallo apelado). Más adelante determina el Tribunal que realmente la razón de la negativa a condenar al pago de las indemnizaciones por parte de las aseguradoras vinculadas corresponde es a la **prohibición de asegurar culpa o dolo** contenida en el artículo 1055 del C. de Co.

El argumento del Tribunal se soporta en interpretaciones equivocadas, falta de aplicación de normas y aplicación indebida.

El artículo 860 del Estatuto Tributario, vigente al momento de efectuar las devoluciones que fueran objeto, posteriormente, del trámite del incidente de reparación integral, establecía: *“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 diez (10) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.*

La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos años. Si dentro de este lapso, la Administración Tributaria notifica liquidación oficial de revisión, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de la sanción 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 éste 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.” (subrayado y negrilla fuera de texto).

El inciso segundo del mencionado artículo prevé por tanto una situación particular y concreta: que pasa si dentro de los dos años, de vigencia de la cobertura, la administración de impuestos notifica la liquidación oficial de revisión, y atribuye unas consecuencias a esa situación, a saber: i) el garante (aseguradora) se vuelve solidariamente responsable con el contribuyente; y ii) dicha solidaridad incluye, inclusive, las sanciones e intereses.

En este tema puntual, la equivocación del Tribunal radica en que pasa por alto que el citado inciso solamente regula una particular situación y confiere alcances generales como si el mismo se refiriera a todas las reclamaciones sobre pólizas que amparen tramites de devolución. Se configura así, una incorrecta interpretación del supuesto fáctico regulado por el artículo 860 del E.T., donde ha debido entender que se regula el tema específico de aquellos casos en que se emita, dentro de la vigencia de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, equivocadamente interpreta el Tribunal se está dando una regulación general a todos los casos de las devoluciones, y por tanto sin resolución de liquidación oficial o resolución sanción no hay siniestro. Para arribar a esta conclusión, el Tribunal desconoce, por lo menos, dos principios rectores de interpretación: i) la sabiduría del Legislador, porque si este hubiera querido regular el tema del siniestro lo habría podido decir con absoluta claridad; ii) no se atiene al sentido natural y obvio de las palabras del artículo, porque pasa por alto el contenido de la conjunción condicional “Si” con que empieza la norma comentada. De acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, esta tiene el siguiente significado: “1. conj. Denota condición o suposición en virtud de la cual un concepto depende de otro u otros. Si llegas el lunes, llegarás a tiempo. Estudia, si quieres ser docto”.” (subrayado y negrilla fuera de texto). En el caso que nos ocupa, la afirmación del Tribunal en cuanto a que no se emitió la resolución sanción o la liquidación oficial, corresponde a una respuesta que jamás se planteó como fundamento de las pretensiones del incidentante. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- nunca invocó o pretendió acreditar que se había emitido dicha resolución dentro del término conferido por ley. Todo lo contrario, de hecho, el no haberse plegado al presupuesto fáctico consagrado en el inciso segundo es lo que viene a determinar: i) que el cobro de las pólizas que amparaban los tramites de las devoluciones ya referidas se intente por vía del incidente de reparación y; ii) que en las pretensiones consignadas en contra de las aseguradoras NO se hubiera incluido rubro relativo a la sanción y a los intereses reseñados en la norma tributaria. Ahora bien, **es resultado del proceso penal que se logra establecer que la devolución era improcedente y no con base en el procedimiento de la administración.**

La interpretación hecha por el tribunal desconoce el sentido útil de la norma y genera que únicamente mediante la expedición de actos administrativos sean responsables las aseguradoras, provocando que las aseguradoras no respondan por la configuración de los siniestros a pesar de que el siniestro que es la realización del riesgo asegurable se haya presentado. Aunque en un punto, el Tribunal en su decisión, transcribe el artículo 1045 del C. de Co. para subrayar como se consideran elementos esenciales del contrato de seguro, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio y la obligación condicional del asegurador, lo cierto es que omite la aplicación correcta de este precepto, y de manera inexplicable va a apoyar su decisión en la no verificación de uno de estos elementos, puntualmente el interés asegurable. El interés asegurable, ha de entenderse, según lo reconoce la jurisprudencia y doctrina de manera extendida, como aquel vinculo de contenido económico que ha de detentar el asegurado con el objeto del seguro (*Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. Sentencia del 25 de enero de 2008. Expediente 00171-01*) / *Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Sentencia del 3 de abril de 2017 SC4659-2017*).

Cuando el Tribunal no reconoce que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales se relacionaba con el objeto del seguro, es decir con la conformidad que debía existir entre el trámite puntual de cada devolución y la legislación que regula precisamente dichos trámites, de manera que de presentarse la no correspondencia se afectaría el patrimonio de aquella, desconoce el alcance del precitado artículo 1045 del C. de Co. y da una interpretación errónea a los elementos contenidos en el precitado artículo. Aunado a lo anterior, al no determinar correctamente el alcance de los elementos esenciales del contrato de seguro, infringe, por indebida interpretación el artículo 1083 del C. de Co.

En efecto, pese a referir la definición legal del riesgo asegurable, contenido en esta última norma, concluye el Tribunal que no se verifica el interés asegurable porque los asegurados “desde el momento de constituir la

*póliza faltaron al principio de la buena fe, obviando detalles importantes sobre todo lo relacionado con el riesgo, **pues anticipadamente sabían la defraudación que estaban cometiendo**, por los documentos aportados para la devolución del IVA pretendida, es decir, que **no tenían el más mínimo interés en que se presentara o no el siniestro**, esto es, que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- declarara improcedente la devolución, por lo que no puede decirse que nació a la vida jurídica el contrato de seguro” (página 23 fallo recurrido en casación. Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Esta afirmación denota desconocimiento del régimen legal vigente en materia de seguros, como paso a explicar:

i) En primer lugar, el interés asegurable NO coincide con el sentido coloquial o común de la palabra interés. El interés asegurable, por definición legal del artículo 1083 del C. de Co., comporta una relación económica del asegurado con el objeto del seguro. Dicha norma, aunque se encuentra dentro del acápite de seguro de daños es susceptible de aplicación por vía de analogía, como quiera que la sección V del Capítulo II del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, relativo al seguro de responsabilidad no trae una definición particular para el interés asegurable de esta clase de seguros. Entonces, la manifestación del Tribunal en cuanto no se verifica la existencia del interés asegurable porque los que él llama asegurados – que se anticipa no son los que se determinaron en las pólizas arrimadas al trámite del incidente- no tenían interés en evitar que ocurriera el siniestro es realmente superflua y carente de cualquier sustento de índole jurídica.

ii) Por el contrario, entendiendo cabalmente el interés asegurable en su acepción legal, al tiempo que el asegurado por determinación en las pólizas que se intentan cobrar y por regencia de la situación fáctica es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, no puede sino concluirse que efectivamente si existe un interés asegurable porque es evidente que entre el objeto del seguro –la conformidad de las normas que regulan las devoluciones y los tramites de cada uno de las resoluciones amparadas con las pólizas materia del incidente- y el patrimonio de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se configura una relación de índole económica. De no existir, las conductas penalmente reprochables no hubieran afectado el patrimonio de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

iii) Como ya se adelantó, el asegurado en el caso de la póliza que nos ocupa, no es, ni podrían ser, las personas naturales que a la postre resultaron condenadas penalmente. El asegurado, es decir la persona que soporta inicialmente el riesgo que se traslada solamente en virtud del contrato de seguro, en estos casos es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Desconocer que entre la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y el objeto específico de estos seguros, es decir la correspondencia del trámite particular y concreto con las normas que rigen la devolución, existe una relación de contenido económico es tan grave como considerar que las pólizas que se garantizan la conformidad entre tramites específicos y la legislación que los regula no se encuentran llamadas a operar por cuanto no es posible garantizar conductas dolosas, que consiste en el error en que incurrió el Tribunal como se analizará en el numeral siguiente.

El artículo 1055 del C. de Co. establece la inasegurabilidad de los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, así como del dolo y la culpa grave, se entiende en que los mencionados incurran. En este caso particular, el Tribunal equivocadamente entiende que debe aplicar este precepto y termina radicando en él su decisión.

Esta posición solamente puede tener dos explicaciones: i) entendió el Tribunal que la prohibición del artículo 1055 del C. de Co. era absoluta e independiente de quien se predicara la culpa grave o el dolo, o ii) asumió que las condenadas penalmente detentaban alguna de las calidades descrita en la norma. En cualquier caso, la afirmación contenida a folio 19 del fallo impugnado, según la cual, en este caso la póliza cuyo cobro se pretende no amparaba los actos dolosos en que incurrieran los contribuyentes, es totalmente gratuita. El artículo 1055 del C. de Co. se refiere puntualmente a quienes debe verificarse el dolo o no y resulta que, en este asunto, las condenadas no actuaron como tomadores, ni fueron designados como asegurados o beneficiarios en ninguna de las pólizas, la aseguradora es llamada como resultado de su vínculo con el tercero civilmente responsable, sociedad que efectivamente fue el tomador de la póliza y para la cual trabajaron las condenadas como parte o cumpliendo con su rol en la organización criminal. Así pues, se equivoca el Tribunal al seleccionar una norma -1055 C. de Co.- cuyos presupuestos fácticos ni por asomo se configuraban.

Pero es que adicionalmente, una interpretación de tal naturaleza equivale, y así hay que decirlo, a cercenar por completo no solo las garantías de cumplimiento de disposiciones legales sino el seguro de cumplimiento en su integridad. De acogerla, nunca habría cobertura porque siempre habría que verificar de manera anticipada si el declarante –para estos casos de garantía de cumplimiento de disposiciones legales- o el contratista afianzado –en tratándose de seguros de cumplimiento- tiene o no la voluntad de cumplir, porque de lo contrario no podría ser exigible la póliza, cuando la vocación económica y práctica de la posibilidad de acudir a las coberturas de seguros es totalmente la contraria, vale decir, se agiliza el procedimiento de emisión de resoluciones de devolución –para estos casos- o la suscripción del contrato – en los temas generales de seguros de cumplimiento- porque interviene un tercero a esa relación inicial –la aseguradora autorizada para operar en Colombia- que se supone que emite su aval porque valoró al declarante o al contratista integralmente y lo considera digno de su aseguramiento comprometiéndose a responder por él en caso de incumplimiento.

Donde quedó el cumplimiento de las disposiciones señaladas en el Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Artículos 102 a 107 - Prevención de actividades delictivas), aunado a las instrucciones impartidas en materia de administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo, emanadas de la Superintendencia Financiera con las Circulares Externas 007 de 1996 - Circular Básica Jurídica, 022 de 2007 - Instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo y 061 de 2007 - Modificación Circular Externa 022 de 2007. Todas estas normas de obligatorio cumplimiento por el sector asegurador y que buscan la prevención a la amenaza que constituyen el lavado de activos y la financiación del terrorismo, para el caso concreto se extraña su cumplimiento porque solo basto por parte de la compañía aseguradora con hacer una verificación formal de la sociedad METALES Y EXCEDENTES S.A. para asegurarla y dejar, si se atiende la teoría del Tribunal, a la entidad expuesta a todas las maniobras irregulares que se demostraron en este proceso y por las que fueron condenadas las señoras YOREDY DEL SOCORRO VELÁSQUEZ CASTAÑO y LADY JANETH PAREJA LONDOÑO.

De aceptar la peligrosa tesis que nos presenta el Tribunal Superior de Medellín, en este fallo, en adelante los funcionarios de la DIAN encargados de las devoluciones se encontrarán ante la insalvable disyuntiva de no aceptar solicitudes de devolución con garantía de póliza, vulnerando así las disposiciones propias de estos trámites y con ello los derechos de los contribuyentes, o aceptarlas sabiendo que en caso de que se requiera cobrar la garantía contenida en la póliza, la aseguradora vinculada alegará que no es posible atender la reclamación porque el contribuyente, o lo que es peor un tercero que actuó como su agente – como en este caso-, aún externo al contrato de seguro, sabía que no existía conformidad entre el trámite y su solicitud, configurándose la causal exonerativa del artículo 1055 del C. de Co. por vía de la imposibilidad de asegurar el dolo o la culpa grave.

Así mismo, es preciso indicar que la Superintendencia Financiera, ente de control natural de las compañías aseguradoras, a través del Concepto 2001070161-1 del 15 de noviembre de 2002 señaló: *“No obstante, tratándose del seguro de responsabilidad, el artículo 1127 del Código de Comercio modificado por el artículo 84 de la Ley 45 de 1990, **consagra una excepción a la regla general contenida en el artículo 1055 precitado, al señalar la posibilidad de asegurar la culpa grave.** La limitación consignada en dicho artículo 1055 se explica en consideración a que una conducta dolosa de cualquiera de las partes intervinientes en el contrato, como determinante de la ocurrencia del siniestro, elimina el factor de la incertidumbre en el riesgo y, adicionalmente, repugna al orden jurídico, a la moral y a las buenas costumbres. Por lo que hace referencia a la culpa grave se castiga a las mismas partes esa falta de diligencia o prudencia que ni aún las personas negligentes o menos prudentes emplean en el manejo de sus negocios. Con todo, debe subrayarse que en la medida en que la norma mencionada establece una limitante, su aplicación es de carácter restrictivo pues refiere estrictamente al dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, el asegurado o el beneficiario. Definido así el alcance de la restricción legal y en atención a las normas de responsabilidad civil indirecta consagradas en el Código Civil **se infiere que resulta legalmente viable asegurar el dolo y la culpa grave de terceros o de los dependientes.**”* (subrayado fuera de texto).

Conforme a lo anterior, es dable considerar que es legalmente valido asegurar el dolo y la culpa grave de terceros o de los dependientes, a efectos de que las víctimas del punible como lo es en el presente asunto, la Dirección de Impuestos Nacionales pueda hacer efectivo el cobro ante las aseguradoras y éstas se encuentran obligadas al pago respectivo.

Por otra parte, y volviendo a la idea de que con su sentencia avaló el Tribunal la decisión del a-quo en cuanto a la no ocurrencia del siniestro, debe decirse que de conformidad con el artículo 1054 del C. de Co., por riesgo ha de entenderse *“el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador”*.

De manera que para estos casos el riesgo es, precisamente, el incumplimiento de las normas que configuran el asunto de las devoluciones. En otras palabras, el objeto de la cobertura es la conformidad de las circunstancias que configuran la devolución con la normatividad respectiva y el riesgo coincide con la eventualidad de que la actuación concreta se adecue o no a dichas formas. El Tribunal por el contrario, y acorde con su argumentación, deja de aplicar el precepto contenido en este artículo y determina, tácitamente, que el riesgo correspondería a que se emitiera o no el acto administrativo por parte de la administración que declarara improcedente la devolución.

De manera que, el Tribunal al emitir la sentencia de instancia de incidente de reparación integral, no acudió a lo consagrado en el artículo 1054 del Código de Comercio, el cual define el riesgo, lo cual claramente genera un desconocimiento del ordenamiento jurídico.

El artículo 1072 del C. de Co. define siniestro como: *“la realización del riesgo asegurado”*. Teniendo en cuenta la definición de riesgo analizada en el numeral anterior, y la de siniestro, para estos casos, vendría a ser la efectiva constatación de que el trámite de la devolución y/o compensación no se adecuo a las normas que regulan su trámite. En concreto, que METALES Y EXCEDENTES cuando tramitó la resolución 4153 no cumplió con las disposiciones legales pertinentes pues de lo contrario ninguno de sus agentes o representantes hubiera sido condenado penalmente.

Y eso fue, así quedó evidenciado en la sentencia penal, lo que sucedió en este caso, valga decir que las condenadas se valieron de empresas y documentación espuria para tramitar y obtener compensaciones y devoluciones a las que no tenían derecho. De manera que se vino a concretar el riesgo, sucedió el siniestro, en los términos del artículo 1072 del C. de Co.

Pero el Tribunal, cuando acoge la idea expuesta por el a - quo conforme a la cual, sin liquidación oficial o resolución sanción NO hay siniestro. Denota una interpretación equivocada del 1072 del C. de Co. que cita en un pie de página de su fallo. Y es que exigir que para que se entienda el siniestro debe presentarse una actuación o circunstancia adicional a la pura y simple realización del riesgo, envuelve una inadecuada interpretación precisamente de la norma que define de manera clara que es siniestro.

Conforme a lo anterior, se tiene que la realización del riesgo asegurable se concretó cuando las ahora condenadas valiéndose de métodos criminales, esto, documentación falsa entre otros engañaron a la entidad haciendo que se concretaran devoluciones de dineros de forma ilícita, atentando en contra de las arcas patrimoniales del Estado.

Conforme al artículo 1077 del C. de Co. las obligaciones que competen al asegurado, en punto de la reclamación, se circunscriben a demostrar la existencia del siniestro -en este caso la NO conformidad entre las normas relativas a la devolución y el trámite particular de cada devolución amparada con la cobertura de las pólizas que se intentan cobrar- y la cuantía del mismo (dictamen pericial en firme) al paso que a la aseguradora le corresponde acreditar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. En el presente caso, el incidentante, en este caso, la DIAN cumplió con su carga probatoria conforme a la ley dentro del trámite de incidente de reparación integral al tiempo que las aseguradoras vinculadas no demostraron ninguna causal exonerativa de su responsabilidad. No obstante lo anterior, termina el Tribunal absolviendo a estas últimas y dejando de aplicar, por tanto, el precepto contenido en el artículo 1077 del C. de Co.

Con su decisión, vino, el Tribunal en la sentencia recurrida por esta vía, a interpretar equivocadamente el artículo 1080 del C. de Co., porque pese a citar esta norma dentro de su fundamento de decisión, y a que el siniestro, en términos legales, sucedió, se abstuvo de reconocer la consecuencia legalmente establecida para cuando ello sucede. Esto es, una vez se le acredite, por parte del interesado la ocurrencia del siniestro y la cuantía del mismo, ha de sufragar el monto asegurado dentro del plazo, inmodificable por virtud de la disposición del 1162 del C. de Co., de un mes, so pena de asumir la carga de reconocer intereses liquidados a la máxima tasa legal permitida incrementada en un 50%.

Como parte del fundamento de su decisión, cita el Tribunal el artículo 1131 del C. de Co., puntualmente en lo que tiene que ver con el momento a partir del cual se entiende configurado el siniestro en los seguros de responsabilidad. Sin detenernos en que la redacción de la norma parece más enfocada a discernir el momento a partir del cual deben contarse los términos de prescripción en los casos de responsabilidad extracontractual, pues diferencia tajantemente víctima de asegurado, lo que si debemos resaltar es que bajo ninguna interpretación posible, la norma citada, condiciona la ocurrencia del siniestro a la emisión de

determinado acto administrativo, en la forma que más adelante en la sentencia recurrida plantea el Tribunal.

El artículo 1162 del C. de Co., dispone: **“Fuera de las normas que por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1, 2 y 4), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154, 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078, 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161”.** (subrayado y negrilla fuera de texto). De donde se sigue que, no podía el Tribunal, entender que la Póliza cuyo cobro se pretende en este trámite establecía una forma convencional de siniestro, porque los artículos 1054 y 1072 del C. de Co., son inmodificables, por naturaleza, dado que consagran definiciones legales, de manera que la autonomía de la voluntad no es suficiente para consagrar una definición diferente de riesgo y siniestro. De lo contrario, se estaría validando que se cualificaran de tal manera los conceptos de riesgo y siniestro que pudiera ser imposible o altamente difícil llegar a acreditarlos para proceder a la reclamación de la indemnización. Y es esto, precisamente es lo que hace el Tribunal cuando a más de la realización del riesgo, exige emisión de actos administrativos para entender configurado el siniestro. Igualmente, se resalta que expresamente se determina que el artículo 1080 del C. de Co. es modificable solamente en caso de beneficiar, con dicha modificación, al tomador, asegurado o beneficiario, situación que no ocurre en este caso.

Por supuesto que una correcta interpretación del artículo 860 del Estatuto Tributario, y de los artículos 1045, 1072, 1080, 1083 y 1131 del C. de Co., una aplicación de los artículos 1054, 1077 y 1162 y 1162 del C. de Co., y una inaplicación del 1055 del C. de Co. necesariamente habría llevado a una conclusión diferente a la que adoptó el Tribunal en el fallo impugnado. Esto porque habría implicado que el 860 del E.T. no es omnicompreensivo del régimen de las garantías constituidas mediante pólizas de cumplimiento de disposiciones legales referidas a compensaciones y/o devoluciones, abriendo paso, así, para la remisión a las normas correspondientes en el apartado de seguros del Código de Comercio, y ateniéndose a las definiciones legales de riesgo y siniestro, obligaciones de asegurado en la reclamación, y de la aseguradora para eximirse del pago, definición legal del interés asegurable otorgar el tratamiento adecuado a los casos que se le planteaban en el incidente de reparación integral.

Por otra parte, de haber comprendido que la prohibición de asegurabilidad del dolo y la culpa grave se refiere es a que tomador, asegurado o beneficiario incurran en ella, tendría, el Tribunal, que haberse abstenido de aplicar el artículo 1055 del C. de Co., bajo el entendido de que el asegurado no cometió dolo alguno por lo que el presupuesto inicial contenido en la disposición legal no se configuraba y por lo mismo no era viable su aplicación. Al no hacerlo, además de la obvia violación de tales normas, destinó su decisión al error evidente y dirimente, porque estos fueron precisamente los fundamentos de su fallo equivocado.

Adicionalmente, no sobra reiterar, con su desacertada decisión vino el Tribunal ha eliminar, en la práctica, la posibilidad de tramitar devoluciones con garantía emitida por aseguradora pues al eximir de responsabilidad por causa de la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave torna ineficaz cualquier garantía que se le presente a la administración de impuestos. Difícil situación la que genera el precedente jurisprudencial del Tribunal y que se ruega a la Corte rectificar con ocasión de esta demanda de casación. En el mismo sentido, la decisión del Tribunal conlleva, en el fondo, una patente de corzo para las aseguradoras quienes en el futuro, de acogerse la tesis del Tribunal en la sentencia recurrida, podrán libremente y sin ningún compromiso librar las pólizas de seguro de cumplimiento de disposiciones legales sobre devoluciones, ateniéndose confiadamente en que no es necesario hacer una valoración del contribuyente, y lo que es peor, sabiendo que en caso de siniestro les bastará oponer la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave para abstraerse de sus obligaciones contractualmente adquiridas. Es en esta vía, una inmunidad –y porqué no impunidad- jurisprudencial la que se está creando a favor de las aseguradoras y en detrimento del patrimonio del Estado, en esta ocasión de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, quien es víctima dentro del proceso de la referencia

Todas las normas citadas, como violadas por Tribunal, detentan el carácter de sustancial, por lo que su infracción, demostrada ya, abre paso a la impugnación de la sentencia por la vía de la causal primera invocada.

En el folio 20 de la sentencia recurrida en casación, el Tribunal transcribe el artículo 1055 del C. de Co. y cita una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (19 de diciembre de 2.006) en la que se recalca –por parte del ad-quem- que en materia de seguros, dolo y culpa grave son excluidos de la cobertura asegurativa.

Con esta aseveración, y la correlativa transcripción del mencionado artículo 1055 del C. de Co., entendió el Tribunal encontrar la salida jurídica para el asunto que se le sometía, y en este punto en donde comete los siguientes errores:

De la simple lectura de la norma en comento, tenemos que en ninguna parte se encuentra una prohibición o exclusión de manera general a la posibilidad de asegurar culpa grave o dolo. En efecto, la precitada norma lo que excluye es el dolo y la culpa grave, y aún los actos meramente potestativos, del tomador, asegurado o beneficiario.

Dice el artículo 1055 del C. de Co., ***“RIESGOS INASEGURABLES. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”***. (subrayado y negrilla fuera de texto).

Por supuesto que las coberturas de seguros si pueden referirse a actuaciones en las que medie culpa grave o dolo, siempre y cuando el mismo no sea cometido por el tomador, asegurado o beneficiario de esa específica relación contractual de seguros. De hecho, las coberturas de hurto, actos mal intencionados, infidelidad de empleados, entre otras, parten de la comisión de un acto doloso, pero por parte de un tercero diferente al tomador, asegurado o beneficiario.

Como ya se explicó, el contenido del artículo 1055 del C. de Co. se encuentra limitado a la culpa grave y el dolo predicable del tomador, asegurado o beneficiario.

Grave error en el que incurre el Tribunal, cuando de manera que no consulta el mandato expreso de la norma, amplía injustificadamente el radio de aplicación de la misma, sin detenerse a verificar si el sujeto que incurrió en la culpa grave, o en el dolo, detentaba las condiciones de ser tomador, asegurado o beneficiario de esa particular relación contractual de seguros.

Cuando el Tribunal, equivocadamente, amplía el restringido alcance del 1055 del C. de Co. erigiendo de su contenido una absoluta prohibición para que cualquier tipo de seguro implique indemnizaciones derivadas de dolo o culpa grave, esta, al mismo tiempo, patentando que mal interpretó la cuestión en sí que le se ofrecía como supuesto de hecho sometido a su arbitrio jurisdiccional.

Y es que el problema jurídico planteado en torno a la efectividad o no de las garantías constituidas mediante las pólizas de seguro cuyo cobro se pretende a través de incidente, nunca partió de la premisa de que se debía o no la indemnización como consecuencia de una conducta dolosa. Y además, esa no podría ser la consideración inicial por cuanto de acuerdo a la definición de riesgo y siniestro, y al objeto específico de los seguros configurados con las pólizas que se pretenden cobrar. Si el riesgo amparado consiste en la no conformidad entre el procedimiento general y abstracto establecido para la devolución tributaria, resulta incidental el que dicha disconformidad haya sido producto de una conducta dolosa o no. De esta manera, ninguno de los seguros contenidos en las pólizas cuyo cobro se pretende, amparaba o aseguraba –en palabras del Tribunal- dolo y/o culpa grave. Lo que se aseguró mediante estas pólizas fue que cada trámite de devolución correspondiera a la normatividad legal vigente, y eso queda claro desde la nominación de la póliza: *“Cumplimiento de Disposiciones Legales”*. Así, el desacertado enfoque que da el Tribunal, trasladando el problema al aseguramiento del dolo y la culpa grave, es lo que termina habilitando la indebida aplicación del artículo 1055 del C. de Co.

Con ocasión de los otros errores, vino el Tribunal a identificar, equivocadamente, una verificación de los presupuestos de hecho de la norma, y por ello se da la aplicación indebida de la misma. Como se abstuvo de determinar el alcance concreto de la norma incurre en error en el planteamiento del silogismo, en la premisa mayor, y luego, como consecuencia de tal error, necesariamente pasa por alto la no cualificación de los sujetos a los que atribuye el dolo o la culpa grave, con lo que indefectiblemente estaba condicionado a cometer un error por aplicación indebida de la norma.

Sobre el particular, en el laudo arbitral mediante el cual concluyó el proceso de tal jurisdicción adelantado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, por OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA contra LIBERTY SEGUROS S.A., en el que actuaron como árbitros los doctores JORGE SANTOS BALLESTEROS, HILDA ESPERANZA ZORNOSA PRIETO y JUAN PABLO NAVAS, emitido el 8 de noviembre de 2.006, se hizo clara esta distinción cuando se explicó que el dolo de los terceros así como el de los dependientes del tomador, asegurado o beneficiario, es asegurable, porque el artículo en mención –vale

decir el 1055 del C. de Co.- **solamente prohíbe** la protección de las conductas dolosas endilgadas al tomador, asegurado o beneficiario.

Una correcta identificación del alcance del artículo 1055 del C. de Co. habría llevado a concluir al Tribunal que solamente se encuentra por fuera de toda cobertura de seguro, el dolo y la culpa grave del tomador, beneficiario y asegurado, por lo que, advirtiendo que ninguno de las condenadas penalmente como responsables detentaba alguna de esas calidades, le habría llevado a concluir que no era posible aplicar el precepto del artículo mencionado.

De igual manera, una correcta validación de los presupuestos de norma del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario, necesariamente habría evidenciado su inaplicación por cuanto no se configuraban.

A folio 21 de la sentencia objeto del presente recurso, el Tribunal señala, luego de transcribir el artículo 1055 del C. de Co., que *“no puede declararse que la póliza de cumplimiento de disposiciones legales que expidió la compañía aseguradora para respaldar las solicitudes de devolución del tributo como prevé el artículo 860 del Estatuto Tributario, amparaban los actos dolosos en que incurrieran los contribuyentes”*.

Cuando el Tribunal, equivocadamente, a folio 19 de su decisión, señala que ningún seguro puede asegurar el dolo y la culpa grave, en virtud del artículo 1055 del C. de Co., está admitiendo tácitamente que no apreció el contenido expreso y claro de la póliza arrimada al proceso como fundamento de las pretensiones de indemnización, pues en ella se dejó la constancia de quienes actuaron como parte (aseguradora y tomador) y a quienes se designó como asegurado y beneficiario. Y en ninguna parte, se dejó constancia que alguno de las condenadas penalmente fuera parte, o se designara como asegurado o beneficiario. Cuando afirma, en el mismo folio 21 de la sentencia, que las pólizas no podían amparar los actos dolosos de los contribuyentes, está asumiendo que los penalmente responsables detentaban la calidad de contribuyentes, circunstancia ajena a la realidad material y procesal.

En este sentido, las pruebas que apreció de manera errónea el Tribunal, fueron:

Póliza No. número M-100005426 expedida por COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

En el texto de esta póliza, se observa de manera clara y concluyente que el asegurador es COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A., el tomador METALES Y EXCEDENTES y asegurado y beneficiario es UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE ADUANAS E IMPUESTOS NACIONALES –DIAN.

Resolución No. 4153 del 12 de mayo de 2008

En esta resolución se expresa que el contribuyente que tramitó su emisión y la devolución en ella contenida es la sociedad METALES Y EXCEDENTES

El error del Tribunal, en este aspecto consiste en identificar a las declaradas penalmente Lady Janeth Pareja Londoño y Yoredy Velásquez Castaño como aseguradas, beneficiarias o tomadoras de las pólizas cuyo cobro se pretende, cuando en realidad ninguna de los mencionadas actuó como tomador o fue designada como asegurada o beneficiaria de las pólizas. Igualmente consideró, el Tribunal, que eran contribuyentes, cuando lo cierto es que en ninguna de las resoluciones aportadas como prueba demostraba tal calidad.

El tomador fue la persona jurídica contribuyente, el asegurado, en todos los casos, fue la DIAN, e igualmente se designó a esta entidad como beneficiaria. Y el declarante o contribuyente la sociedad que pretendía y obtuvo el trámite de las devoluciones.

Las partes en el contrato de seguros solamente pueden entenderse, a voces del 1037 del C. de Co., al tomador, es decir la persona que actuando a título propio o por cuenta de alguien más suscribe la póliza trasladando el riesgo, y el asegurador, que es aquel que, estando legalmente autorizado para operar en el país, asume en forma profesional los riesgos que se transfieren en virtud del contrato de seguro.

La especial naturaleza del contrato de seguro, hace que el principio de relatividad de los contratos, infranqueable en otras especies negócias, admita la irrogación natural de efectos a personas que en principio no son partes pero que, repito teniendo en cuenta la especial naturaleza de esta clase de contratos, se ven incluidos, e incluso obligados, con ocasión de la suscripción de un contrato de seguros. Sobre este particular, la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, en el Concepto No. 1999040521-2 de agosto 20 de 1999 explicó: *“Las partes del contrato de seguro están definidas claramente en el artículo 1037 del Código de Comercio, siendo solamente el tomador y el asegurador quienes poseen esta calidad.*

No obstante, debemos precisar que adicionalmente a las partes del contrato de seguros existen otras personas que participan en el mismo, como son el asegurado y el beneficiario. Para mayor claridad, definiremos tanto las partes del contrato de seguro como las demás personas que intervienen en éste: El asegurador, es la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamentos (artículo 1037 del Código de Comercio). Debe ser una empresa constituida como sociedad anónima o como una cooperativa de seguros, previo el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Necesita certificado de autorización de la Superintendencia Bancaria y está sujeto a su vigilancia permanente. El tomador es la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos (artículo 1037 del Código de Comercio). Puede ser una persona natural o jurídica. En la mayoría de los casos la misma persona tiene las calidades de tomador y asegurado. El asegurado, en los seguros de daños, “es la persona cuyo patrimonio puede resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo” (artículo 1083 del Código de Comercio); es el titular del interés asegurable. **En los seguros de personas es asegurado aquel sobre cuya vida o integridad corporal se contrata el seguro.** El beneficiario es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada. Puede ser el mismo tomador o asegurado, o una persona diferente. El beneficiario se determina en la póliza y, de conformidad con el artículo 1142 del Código de Comercio en caso de que no se designe, o la designación se haga ineficaz o quede sin efecto por cualquier causa, tendrán la calidad de tales el cónyuge del asegurado, en la mitad del seguro, y los herederos de éste en la otra mitad”. Con las definiciones anteriores, se tiene plena claridad sobre los intervinientes dentro del contrato de seguros.

Adicionalmente a la falta de apreciación de las pruebas reseñadas, el Tribunal en la sentencia recurrida, interpretó de manera equivocada el incidente, las consideraciones y argumentaciones que se le ponían de presente dentro del trámite legal correspondiente. En este sentido, los errores del Tribunal en la apreciación de la situación fáctica fueron: Si la prohibición consagrada en el artículo 1055 del C. de Co., recae, ateniéndonos a la clara literalidad de su mandato que no admite interpretaciones, solamente sobre los tomadores, asegurados y beneficiarios, es evidente el error del Tribunal en la medida en que amplió el supuesto de la norma para deducir que se trata de una prohibición total, en la forma en que lo expresó: “ningún seguro puede asegurar el dolo y/o la culpa grave” y aún a pesar del asegurado y del beneficiario, incurrió en un error con consecuencias directas sobre la resolución que a la postre dio al asunto sometido para su consideración. Y es que, en realidad, no se entiende como pasa del específico marco del artículo 1055 del C. de Co., esto es de la prohibición de aseguramiento de los actos meramente potestativos, y del dolo y culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario a una prohibición absoluta y con independencia de quien ejerza ese dolo o incurra en culpa grave.

De aceptar la tesis planteada por el Tribunal, en la sentencia objeto del presente recurso, llegaríamos al absurdo de concluir que no podría haber coberturas de hurto por cuanto se estaría asegurando un desplegar doloso de un agente que comete un delito. Por supuesto que eso no es lo que pretende restringir el artículo 1055 del C. de Co., que simplemente es un desarrollo y consecuencia natural de la definición del riesgo (artículo 1054 del mismo Código) como suceso futuro e incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario. No tuvo en cuenta el Tribunal, cuál era el objeto del seguro, configurado en la póliza aportada como base de las pretensiones del incidentante, y por eso termina confundiendo la conducta que genera la afectación en cada caso con el objeto asegurado.

Es claro que conforme a la legislación nacional no podría obtenerse un seguro cuyo objeto fuera el cumplimiento de actividades que configuren un delito o supongan la simple voluntad del tomador, asegurado o beneficiario. Por este camino se prohíbe, a manera de ejemplo, que se tramite y obtenga cobertura para las obligaciones derivadas de un contrato para dar muerte a una persona, o cuya configuración del siniestro y por ende obligación condicional del asegurador se identificará exclusivamente con la manifestación de voluntad del tomador. Pero es que bajo ninguna hipótesis podría entenderse que una situación como estas, o asimilables, era la que se aseguró en estos casos. Se reitera, el objeto del seguro, era la correspondencia de los tramites particulares de cada devolución con la normatividad legal vigente frente a cada uno de ellos. Si se presenta una discrepancia entre uno y otro se entenderá configurado el riesgo asegurado y concomitantemente acaecido el siniestro, y si a ello se llega como consecuencia de un actuar doloso de algún agente del tomador, esta circunstancia le acarreará las sanciones penales correspondientes, pero sin que pueda, como equivocadamente lo hace el Tribunal, cambiar el objeto de la cobertura en un objeto ilícito.

En la parte final de su aseveración, establece el Tribunal que el aseguramiento del dolo o la culpa grave no solo apareja un objeto ilícito, sino que desconoce uno de los elementos esenciales del seguro cual es el interés asegurable. Una vez evidenciados los otros errores, tenemos claro que el 1055 del C. de Co. no establece una prohibición de aseguramiento del dolo y/o la culpa grave de manera tajante, y que la póliza que se quiere cobrar en el incidente implicaban el aseguramiento del dolo o la culpa grave y por lo mismo la aplicación del precitado artículo era indebida. Con todo, no se puede dejar pasar por alto que aún en

caso de que se hubiera cometido una de las prohibiciones que aduce el Tribunal como fuente de su decisión, la inasegurabilidad del dolo o la culpa grave no corresponden o no se correlacionan con un problema de interés asegurable, como equivocadamente entiende el Tribunal, sino se encuentran dentro del riesgo asegurable, esto por cuanto el interés entendido como la relación económica entre el objeto del seguro y el asegurado, se constituye aun cuando se esté transgrediendo, cosa que no sucede en estos eventos, la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave.

Pese a que la situación que configuraba el sustento fáctico del incidente de reparación integral era inequívocamente el que no se había emitido resolución de liquidación oficial, el Tribunal injustificadamente pretende dar un alcance omnicompreensivo al inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario, de manera que se entienda que la única forma de entender ocurrido el siniestro y consecuentemente derivar de tal situación la obligación condicional del asegurador.

La redacción del artículo 860 del E.T. vigente al momento del trámite de las resoluciones amparadas por las pólizas que se pretenden cobrar, establece: *“La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos años. **Si dentro de este lapso, la Administración Tributaria notifica liquidación oficial de revisión, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de la sanción 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 éste se produce con posterioridad a los dos años.**”* En otras palabras, este inciso segundo del artículo 860 del E.T. simplemente regula una particular cuestión: que pasa si dentro del término conferido por el mismo, la administración tributaria emite y notifica resolución de liquidación oficial, y atribuye dos efectos a esta situación: i) el garante (aseguradora) se vuelve solidariamente responsable con el contribuyente; y ii) dicha solidaridad incluye, inclusive, las sanciones e intereses.

En este caso, pese a no encontrarnos dentro del supuesto de la norma, entiende el Tribunal que debe aplicar este inciso segundo porque la redacción implicaba que era la única forma de afectar las pólizas que amparaban las devoluciones.

Por supuesto que si el Tribunal hubiera apreciado correctamente las pólizas y las resoluciones mencionadas, y de haber entendido cabalmente el marco fáctico que delimitaba el incidente propuesto, tendría que haber concluido que ninguna de las condenadas penalmente, actuó como parte en suscripción de las pólizas de seguro cuyo cobro se pretende, ni fue designada en ellas, o en anexo alguno que se entienda parte integral de las mismas, como aseguradora o beneficiario, de manera que no se encontraban acreditados los fundamentos de hecho para la aplicación del artículo 1055 del C. de Co. y que el inciso segundo del artículo 860 del E.T. no condiciona la emisión de un acto administrativo que declare improcedente la devolución para que se pueda afectar la póliza de seguro que ampara el trámite correspondiente.

De allí de que de no haber incurrido en los errores antes mencionados, el Tribunal, por el contrario, hubiese aplicado los artículos 1054, 1077, 1162 del Código de Comercio, inaplicado el 1055 del C. de Co. y dado una correcta interpretación al inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario y 1045, 1072, 1080, 1083 y 1131 del C. de Co., e igualmente al analizar la situación planteada en el incidente de manera correcta no hubiera condicionado la afectación de las coberturas de las pólizas a la emisión de una resolución que declare improcedentes las devoluciones, llegando a una decisión completamente diferente en el asunto sometido a su estudio, lo que impone, y así lo solicito, que se **CASE LA SENTENCIA**, para que, en sede de instancia, se restablezca el derecho sustancial, emitiendo decisión que acoja las pretensiones de la demanda en favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Atentamente,

FREDERICK RODRÍGUEZ LARGO

C.C. No. 80.063.970 de Bogotá

T.P. No. 124285 del C. S. de la J.