

Doctora

**PATRICIA SALAZAR CUELLAR**  
**SALA DE CASACIÓN PENAL**  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

Bogotá

<b>REFERENCIA:</b>	<b>ALEGATOS DE REFUTACIÓN</b>
<b>TRÁMITE:</b>	<b>RECURSO DE CASACIÓN (IRI)</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>DIAN</b>
<b>DEMANDADAS:</b>	<b>AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., Y OTRAS</b>
<b>RADICADO:</b>	<b>110016000000 2012 00299 01</b>
<b>NUMERO INTERNO:</b>	<b>51168</b>

**JULIO CÉSAR YEPES RESTREPO**, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en calidad de apoderado de la sociedad **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.**, me permito presentar algunas consideraciones que apuntan a que se desestimen los argumentos esbozados en la demanda de casación y se declare impróspero el recurso, en los siguientes términos:

**1. IMPROCEDENCIA DEL RECURSO POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA:**

Uno de los presupuestos que deben darse en el trámite de casación es la legitimación en la causa de la parte recurrente, entendiéndose como el interés que le puede asistir a la parte recurrente de debatir lo discutido en el trámite que dio origen a la sentencia atacada. Al respecto, se afirma que no le asiste este interés a la recurrente, por las siguientes razones:

**1.1.** El Artículo 337 del Código General del Proceso establece que quien no haya apelado la sentencia de primera instancia no podrá interponer el recurso de casación si esta fue confirmada. En el caso de estudio, si bien la apoderada de la DIAN interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, los argumentos esgrimidos como sustento ante el juzgador de segunda instancia no contenían un reproche serio y fundado contra las motivaciones de la decisión tomada por el A quo, razón por la cual, el Ad quem, previo a hacer un análisis de fondo del caso, hizo referencia al recurso de apelación de la DIAN (Cfr. pág. 14), indicando la ausencia de argumentos del recurso de apelación y la procedencia de que fuera declarado desierto. Ahora bien, el Tribunal procedió a hacer el estudio del caso, en razón a que el apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sí atacó la sentencia en su recurso de apelación. Así las cosas, se cumple el supuesto establecido en el Artículo 337 *ibídem* para que se declare la falta de legitimación en la causa de la casacionista y que no se proceda al estudio de la demanda de casación.

**1.2.** El segundo argumento que fundamenta la ausencia de legitimación en la causa que le asiste a la DIAN es la falta de congruencia entre el recurso de apelación incoado en contra de la sentencia del A quo y la demanda de casación, esta falta de congruencia según se ha desarrollado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conlleva a una carencia del presupuesto procesal. Para mayor ilustración de la Sala, me permito transcribir un aparte de la providencia del 02 de diciembre de 2.008, radicado No. 30771, con ponencia de la doctora María Del Rosario González de Lemos, en la cual se indicó: "*Y prototipos de falta de legitimación en la causa son, entre otros, la ausencia de identidad de materia entre lo debatido en el recurso de apelación y lo planteado en la demanda de casación o, en caso de sentencias obtenidas por vía de allanamientos o preacuerdos, discutir aspectos que impliquen retractación respecto de lo aceptado.*" Así las cosas, no cabe duda de que en el caso de estudio se evidencia una notoria falta de legitimación en la causa por parte de la DIAN para hacer uso del recurso de casación, siendo procedente que la Sala haga un estudio juicioso de este presupuesto y se abstenga del estudio de los cargos formulados en contra de la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, toda vez que los escasos motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación por parte de la DIAN son diferentes a las argumentaciones planteadas en la demanda de casación, configurándose el presupuesto señalado en la jurisprudencia citada.

**1.3.** Cabe mencionar que la carencia de legitimación en la causa por parte de la DIAN para interponer el recurso de casación que conlleva a que la Corte no pueda hacer un estudio de las consideraciones planteadas, generan que la coadyuvancia del apoderado de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no tenga efecto alguno, pues se coadyuva una demanda de casación carente de legitimación, siguiendo este acto procesal subsidiario la suerte del acto principal; si el recurrente no está legitimado, quien coadyuva la demanda tampoco tiene legitimación.

Por lo expuesto en esta consideración previa, debe la Sala analizar la legitimación en la causa de la casacionista, y concluir que la misma no se presenta, siendo improcedente el estudio de fondo de los cargos y reproches presentados contra la sentencia proferida por el Tribunal.

## **2. RESPECTO AL CARGO PRIMERO: VIOLACIÓN DIRECTA POR INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 860 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO, 1045, 1072, 1080, 1083 Y 1131 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1054, 1077 Y 1162 IBIDEM Y LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 1055 DEL CÓDIGO DE COMERCIO:**

### **2.1. INDEBIDA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 860 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO:**

De manera categórica indica la casacionista que el Tribunal Superior de Medellín (en adelante el Tribunal), cometió un error respecto a la interpretación del Artículo 860 del Estatuto Tributario, en el entendido que esta norma en su inciso primero está dando una regulación general a todos los casos de las devoluciones que se tramitan ante la DIAN, por lo que se llega a la conclusión que sin resolución de liquidación oficial o resolución sancionatoria no hay siniestro. Situación que lleva a desconocer dos principios rectores de la interpretación: i.) la sabiduría del legislador; ii.) no se atiende al sentido natural y obvio de las palabras, porque pasa por alto el contenido de la conjunción condicional "si" que inicia la redacción de la norma comentada.

Frente a este argumento debe tenerse que la casacionista hace su propia interpretación del Artículo 860 del Estatuto Tributario, sin acreditar la indebida interpretación del Tribunal, indicando que su interpretación es la correcta; el casacionista indica que en tratándose de pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, según su interpretación, existen dos hipótesis para su reclamación, a saber: i.) La primera, que la DIAN expida el acto administrativo que constituye el siniestro; ii.) la segunda que no expida ese acto y que busque hacer efectiva la póliza en un trámite de incidente de reparación integral.

Esta interpretación de la DIAN, rebasa el texto mismo del Artículo, dándole un contenido a la norma que no tiene, cuando el legislador no distingue no le es dable al interprete distinguir, la DIAN da un contenido a la norma amañado a sus intereses, más cuando por la conducta negligente e imprudente de sus funcionarios, se permitió la ocurrencia de un fraude al sistema de devoluciones y no se hizo efectiva la póliza dentro del tiempo establecido por la ley, siendo imposible subsanar dicho defecto acudiendo al trámite del Incidente de Reparación Integral, para la DIAN era mandatorio realizar el trámite administrativo, en el que debía vincular al asegurador para afectar la póliza.

El Artículo 860 del Estatuto Tributario, previo a las modificaciones realizadas en el año 2.010, establecía:

*"ARTÍCULO 860. 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."*

La lectura de este Artículo, contrario a lo indicado por la casacionista, no admite una interpretación amañada como la esbozada por ésta en el cargo, la norma no da alternativa a la DIAN de expedir o no expedir el acto administrativo en el cual se declare improcedente la devolución realizada al contribuyente y mucho menos permite que ese acto administrativo no le sea notificado al asegurador que ha expedido la póliza, el legislador fue claro y contundente al establecer que si la DIAN luego de analizar la devolución que le hizo al contribuyente que allegó la póliza, encuentra que la devolución no era procedente, ésta debía emitir la liquidación oficial de revisión y notificarla al garante para que éste sea solidariamente responsable, quien podrá agotar los recursos a que haya lugar e incluso acudir al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa. La norma no trae la hipótesis que vía interpretación quiere crear la casacionista, en materia tributaria las regulaciones son expresas y no pueden derivarse obligaciones para los contribuyentes o sus garantes de interpretaciones extensivas de las normas, el contenido del Artículo es claro en señalar un término de dos años para hacer efectiva la póliza y con la conducta de la DIAN de acudir al Incidente de Reparación Integral se está transgrediendo ese plazo perentorio establecido en la ley.

Vale la pena mencionar que este procedimiento ha sido realizado por la DIAN en múltiples ocasiones, afectando gran variedad de pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, obteniendo de las aseguradoras el respectivo pago, lo que quiere ahora es vía casación alegando una indebida interpretación por parte del Tribunal del Artículo 860 del Estatuto Tributario, subsanar u opacar el error de no haber proferido los actos administrativos que tenía obligación de expedir y la notificación al garante de tales actos para que surgiera la solidaridad de este contemplada en la norma dentro del término establecido en la ley.

Contrario a lo endilgado por la casacionista, **NO ESTAMOS ANTE UNA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA POR PARTE DEL TRIBUNAL**, sino ante una acertada lectura y aplicación de una norma que no admite interpretación, estamos ante una posición del casacionista que es contraria al sentido y texto de la norma. Y es que, al hacer un análisis del tan mencionado Artículo, se puede percibir lo siguiente:

Cuando la norma indica "*La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos años*", se hace referencia al término en que la póliza operara como garantía de las eventuales obligaciones que se deriven de la devolución que se haga al contribuyente. Por su parte, cuando se indica "*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*", lo que indica el legislador, es la consecuencia que se derivará a un tercero de la ocurrencia de un supuesto (la expedición y notificación de la liquidación oficial de revisión), en este caso el SI, debe entenderse como una conjunción de conexión entre el supuesto, el término para la ocurrencia del mismo y la consecuencia (la solidaridad que adquiere el garante de las obligaciones garantizadas).

La teoría de la casacionista en la que fundamenta el supuesto error del Tribunal lleva a que se presente un absurdo desde el punto de vista jurídico, y es que al admitir que el Artículo 860 del Estatuto Tributario sólo regula los casos en que se emite liquidación oficial, mas no los casos en que ésta no se emite, llevaría a que se presente un vacío legal y una obligación irredimible a cargo de la aseguradora, quien estará obligada a afectar la póliza sin que medie la Resolución que indique las razones que conllevan a tal afectación y la cuantía de la misma de manera indefinida en el tiempo, es decir que la DIAN podrá hacer el cobro en el momento que quiera, sin que medie un procedimiento legal en el que la aseguradora pueda ejercer su derecho de defensa, agotar los recursos necesarios y acudir ante el juez competente para que se dirima cualquier controversia respecto al valor pretendido por la DIAN, pues al no existir resolución no podría ejercer esos recursos, pues no habría acto administrativo atacable ni acto a estudiar por parte de la jurisdicción, adicional a ello a que se le cobre a la aseguradora cualquier suma, pues no habría liquidación que declare la afectación sufrida por la DIAN.

El sustento del cargo esgrimido por la DIAN lleva a que la Sala se plantee los siguientes interrogantes: ¿en qué norma del Estatuto Tributario o en que normativa se encuentra regulado el otro procedimiento

que alega la DIAN se puede dar para afectar la póliza sin que sea necesaria la expedición de la liquidación oficial?, ¿si no existe liquidación oficial, cómo se determina el monto de la obligación a cargo del contribuyente y el garante?, ¿cómo puede el garante ejercer el derecho de defensa si no existe acto administrativo frente al cual ejercer la vía gubernativa?, ¿qué ocurre con la solidaridad predicada en el Artículo 860?, ¿la obligación del asegurador como garante es indefinida?

Si no existe norma que regule el otro trámite indicado por la DIAN en su teoría, debe tenerse que no es posible su ejercicio, esto por el mandato constitucional establecido por el Artículo 6 de la Constitución Política, en el cual se indica que los servidores públicos sólo podrán realizar las acciones autorizadas por la ley, lo que no ocurre en el caso de estudio. Y es al confrontar el Artículo 853 del Estatuto Tributario puede constatarse el imperativo que dicha norma le impone al jefe de la Unidad de Devoluciones de proferir actos para ordenar, rechazar o negar las devoluciones, estudiando y verificando las mismas y profiriendo los actos administrativos que las normas posteriores regulan.

Otro error craso en la teoría de la casacionista consiste en que si para afectar la póliza el acto administrativo requerido para ello puede darse dentro del trámite del Incidente de Reparación Integral, ¿en qué momento podrá la aseguradora o el garante agotar la vía gubernativa?, ¿este tipo de recursos deberá ejercerlos ante el juez que tramita el Incidente de Reparación Integral, según la teoría de la DIAN? Claramente esto conlleva un rompimiento de la tridivisión de poderes establecida en la Norma Superior.

No cabe duda que la única manera de hacer efectiva la póliza es con el procedimiento señalado en el Artículo 860 y como no existió liquidación oficial proferida por la DIAN, la oportunidad para afectar la póliza precluyó por la conducta pasiva de los funcionarios de esta entidad y esta no puede revivirse con el incidente de reparación integral ni con un indebido trámite de casación, la única opción que tiene la DIAN es repetir contra los funcionarios que omitieron cumplir las funciones de su cargo.

La casacionista le endilga al Tribunal una indebida interpretación del Artículo 860 del Estatuto Tributario, olvidando considerar que en la fundamentación de su fallo éste no fue el único fundamento normativo tenido en cuenta; en las consideraciones de segunda instancia el Tribunal realizó un análisis normativo y jurisprudencial que le permitió arribar a la conclusión a la que llegó, citando la ley 225 de 1938 y el Decreto 663 de 1993. Adicionalmente, hizo un valioso análisis jurisprudencial, trayendo a colación una sentencia del Consejo de Estado, proferida en el proceso tramitado bajo el radicado No. 54001233300020130030501, con ponencia de la doctora Marta Teresa Briceño de Valencia, en la que este órgano indicó:

*"En esas condiciones, el siniestro cubierto por la garante ocurre con la expedición de la resolución sanción, y en ese momento nace el interés y la legitimación del garante (compañía de seguros) para actuar en el procedimiento que se adelanta ante la Administración, pues en ese acto administrativo se declara la improcedencia de la devolución y se ordena el reintegro a que haya lugar.*

*Al respecto, la Sala precisó*

*En efecto, la sala ha dicho que el artículo 860 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los hechos, preveía que cuando el contribuyente presentaba con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, por un valor equivalente al monto objeto de devolución, la Administración debía entregar el cheque, título o giro dentro de los cinco días siguientes. Si dentro del término de vigencia de la garantía, que era de seis meses, la Administración practicaba requerimiento especial o notificaba del pliego de cargos para imponer la sanción por devolución improcedente, el garante respondía solidariamente por las obligaciones garantizadas y por la sanción por devolución improcedente establecida en el artículo 670 del Estatuto Tributario, con los intereses correspondientes. Estas obligaciones se harían efectivas una vez quedara en firme la liquidación oficial o la sanción.*

*De la interpretación armónica de los artículos 828 (4) y 860 del Estatuto Tributario se desprende que en el caso de devoluciones con garantía, el acto que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de la obligación a su cargo es la resolución que declara la improcedencia de la devolución y ordena el reintegro. Para que dicho acto administrativo pueda servir de fundamento para el cobro coactivo debe estar ejecutoriado, esto es, que se cumpla respecto de él alguno (sic) los presupuestos de que da cuenta el artículo 829 íbidem."*

Más adelante, el Tribunal citó la decisión 25000232700020120050901, con ponencia del doctor José Octavio Ramírez R., en la cual el Consejo de Estado indicó:

*"Así pues, cuando ocurre el "siniestro" que estaría constituido por la resolución que impone la sanción o por la ejecución forzosa de la sanción dentro del proceso coactivo administrativo, es cuando surge el interés o legitimación de las compañías aseguradoras para actuar dentro del proceso que se surta ante la administración tributaria y/o demandar, ante la jurisdicción contenciosa administrativa los actos que ella expida, en el límite de cobertura de la póliza de seguro"*

Como puede apreciarse del análisis esbozado, el Tribunal realizó una correcta interpretación y aplicación del Artículo 860 del Estatuto Tributario y para aplicarlo acudió a las decisiones que en la justicia contenciosa administrativa se han tomado respecto a las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, las cuales hacen referencia a la exigencia del acto administrativo que declara improcedente la devolución y la liquidación oficial para que se dé el siniestro en este tipo de seguros y se pueda proceder a la exigencia de la indemnización al asegurador. No cabe duda que la aplicación que dio el Tribunal a dicha norma es la adecuada y está en el mismo sentido del máximo órgano en materia contenciosa administrativa, bastará a la Sala comparar lo indicado en esas decisiones del Consejo de Estado con la *sui generis* interpretación que el casacionista hace para sustentar su tesis, para concluir que no existió error del Tribunal y que la DIAN pretende darle al Artículo 860 del Estatuto Tributario un alcance que no tiene, todo esto con el fin de justificar la grave omisión en que incurrió al no proferir los actos administrativos que le permitían exigir a la aseguradora el cobro de la indemnización. Si la DIAN hubiese proferido los actos administrativos en cada una de las pólizas objeto del incidente habría obtenido el pago de los aseguradores, tal y como lo obtuvo en aquellos casos en que profirió el acto administrativo y no habría tenido que acudir a maniobras como las de subsanar su error u omisión con el trámite de un Incidente de Reparación Integral o la interposición de una demanda de casación que no tiene fundamento alguno.

Así las cosas, debe la Sala declarar imprósperos los argumentos de la casacionista y abstenerse de casar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

## **2.2. INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1045, 1072, 1080, 1083 Y 1131 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 1055 IBÍDEM:**

Alega la casacionista que el Tribunal hizo una interpretación errada de los Artículos 1045, 1072, 1080, 1083 del Código de Comercio y la aplicación indebida del Artículo 1055 ibídem, apreciación que fundamenta de manera acomodada y sin un sustento claro de este reproche.

Frente a este reparo es importante advertir la diferencia que existe entre la *Ratio Decidendi* y la *Obiter Dicta*, pues a partir de tal diferenciación podrá constatar la Sala la improcedencia del cargo y la sesgada interpretación que le ha dado la parte casacionista a la sentencia, lo que ha llevado a la formulación de cargos sustentados en apreciaciones personales, carentes de fundamentos jurídicos.

La *ratio decidendi* debe ser entendida como aquellos argumentos fundamentales para decidir sobre las pretensiones del litigio. Sin estos, la sentencia quedaría carente de la motivación exigible por la tutela judicial efectiva. Por su relevancia, e innovación en el mundo jurídico, al fundamentar la declaración del derecho que aporta la nueva sentencia, se alzan en criterio vinculante para el mismo órgano jurisdiccional (salvo motivación de apartamiento). La *obiter dicta* son argumentos complementarios que actúan de criterio auxiliar de interpretación. Son producto de la intención del juzgador para dar peso a la fundamentación de la sentencia o, en ocasiones, por el estilo didáctico al afrontar la redacción de la sentencia. Son prescindibles, pues sin ellos, la sentencia daría respuesta a las partes y resolvería el conflicto.

Al dar lectura a la sentencia objeto de reproche se percibe como el fundamento del Ad quem para confirmar la sentencia de primera instancia no se dio en torno al contrato de seguro, sino que giró en lo concerniente al Artículo 860 del Estatuto Tributario, norma que fue utilizada por el A quo para desestimar las pretensiones de la casacionista en el Incidente de Reparación Integral. Es fundamental en este punto mencionar que el objeto de reparó de la DIAN en el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia consistió en hacer una exposición de la sentencia C-409 de 2009 y afirmar

que al haberse probado la responsabilidad civil de las personas que por mandato del Artículo 96 del Código de Procedimiento Penal están obligadas a reparar los perjuicios, era menester imponer la obligación indemnizatoria a éstos y a las aseguradoras. Por su parte, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado indicó en su recurso de apelación que se había dado una interpretación errada al Artículo 860 del Estatuto Tributario, dado que este regulaba sólo el trámite de las devoluciones ante la DIAN y adujo una indebida interpretación del Artículo 1054 del Código de Comercio y la inaplicación del Artículo 1072 *ibídem*. Estos argumentos limitaban la competencia del juzgador de segunda instancia, debiendo sólo decidir sobre estos argumentos.

El Tribunal al estudiar los recursos presentados, cumplió con esa limitante de su competencia, haciendo un análisis del Artículo 860 del Estatuto Tributario para tomar la decisión (confirmar la sentencia de primera instancia), sin que en ninguna parte se indicara que se confirmaría la sentencia por el análisis del contrato de seguro realizado en la sentencia, pues estos argumentos no pertenecen a la *ratio decidendi*, sino a la *obiter dicta* de la sentencia, lo que lleva a que el cargo predicado por el casacionista deje de tener peso jurídico y esté llamado a no prosperar. Si de la decisión del Tribunal se suprimen las argumentaciones realizadas por este al contrato de seguro, se encontrará que la razón de ser de su decisión fue la correcta aplicación del Artículo 860 *ibídem* y el soporte jurisprudencial del Consejo de Estado en torno a las pólizas de cumplimiento legales.

### **2.3. FALTA DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1054, 1077 Y 1162 IBÍDEM:**

Otro de los reproches que hace el casacionista al fallo proferido por el Tribunal es la no aplicación del Artículo 1054, según el casacionista el Ad quem entendió que el riesgo asegurado presuponía la expedición del acto administrativo que debía expedir la DIAN, lo que no debió exigirse según el casacionista.

No existió falta de aplicación de esa norma; por el contrario, el Tribunal dio aplicación de la misma. La norma es clara al indicar que la realización del riesgo asegurado genera la obligación del asegurador de pagar la indemnización, ante lo cual el Tribunal se dio a la tarea de revisar la póliza que se había expedido y se percató que la misma es una póliza con una regulación específica, en la cual el riesgo que cubre la aseguradora es que el tomador del seguro que le solicita a la DIAN la devolución no esté cumpliendo la normatividad tributaria que regula las devoluciones (Estatuto Tributario), el Tribunal se dio a la tarea de verificar con la prueba recogida en el incidente la expedición del acto administrativo a cargo de la DIAN, lo que corroboró no se había dado, lo que conllevó a que no se concretizara la realización del riesgo asegurado y, por eso, concluyó que no había surgido la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador. En este punto se hizo un análisis jurisprudencial del momento en que surge el siniestro, concluyendo el Tribunal que para el caso de estudio el riesgo no se había materializado, siendo improcedente predicar obligación alguna en cabeza de las aseguradoras.

Dentro de los múltiples reproches infundados que se hacen a la sentencia del Tribunal, indica la casacionista que el Ad quem no aplicó el Artículo 1077, pues considera que la DIAN cumplió con la carga de demostrar el incumplimiento de las disposiciones legales por el contribuyente y la cuantía. Al respecto, omite la DIAN tener en cuenta que el siniestro para estas pólizas no se demostraba afirmando que el contribuyente incumplió las normas, sino que debía demostrarlo generando un acto administrativo, el cual debía expedirse dentro de un periodo de 2 años tal y como lo señala el Artículo 860 del Estatuto Tributario, acto que debía notificársele a cada asegurador.

El Código de Comercio para los seguros en general, regula que el asegurado le reclame al asegurador y le acompañe las pruebas del siniestro y la cuantía, pero para esta póliza, por su carácter especial, se señaló un procedimiento específico para formular la reclamación, conforme a lo dispuesto en el Estatuto Tributario, consistente en la expedición del acto administrativo, procedimiento que no fue seguido por la DIAN, conllevando a que no se pueda predicar el cumplimiento de la obligación consistente en acreditar siniestro y cuantía.

Reprocha la casacionista que el Tribunal no tuvo en cuenta esta norma que le da carácter de inmodificables a unas normas del Código de Comercio como los artículos 1054 y 1072, al considerar que se había realizado una modificación convencional a los artículos 1054 y 1072, premisa que es falsa por las siguientes razones:

La póliza de cumplimiento de disposiciones legales no es una póliza que haya sido creada por los aseguradores modificando la regulación del contrato de seguro regulado en el Código de Comercio, este tipo de póliza como la garantía única estatal tienen una regulación específica creada en leyes especiales, es así como el Estatuto Tributario reglamentó para los casos de devoluciones solicitadas por los contribuyentes, la expedición de este tipo de seguro especial, indicando que si el contribuyente desea que la DIAN le devuelva el dinero solicitado de manera previa o antes de que se analice por esta la solicitud de devolución, debe otorgar esta póliza especial, y a renglón seguido el estatuto señala el procedimiento para tramitar la reclamación ante el asegurador, dejando de lado la reclamación establecida en el Código de Comercio y pasando a la expedición de unos actos administrativos. Es claro entonces que la regulación del Código de Comercio no se varía por el mero querer del asegurador o del Ad quem, sino por la existencia de una norma especial; por lo tanto, la modificación convencional alegada por la casacionista no existió. Una norma legal rige este específico seguro y señaló procedimientos especiales diferentes a los establecidos en el Código de Comercio; por lo que no puede ahora la DIAN, que conoce esta situación y que en su día a día exige a los contribuyentes el otorgamiento de pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, llegar a sostener que se modificaron normas del Código de Comercio, es claro las partes no pueden modificar esas normas, pero una norma legal para un seguro especial, si puede modificarla y eso fue lo que aconteció en nuestro caso.

### **3. RESPECTO AL CARGO SEGUNDO: VIOLACIÓN DIRECTA DEL ARTÍCULO 1055 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y EL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 860 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO:**

Se llama la atención de la Corte que en el primer cargo se indicó que el artículo 1055 se había interpretado indebidamente y en este cargo se indica que se aplicó indebidamente, lo que es contradictorio; la interpretación indebida es diferente a la aplicación indebida y por esta razón se encuentran estructuradas como causales de casación autónomas, o el artículo se interpretó indebidamente o se aplicó en forma indebida, bastará leer la argumentación presentada en este acápite para corroborar que aunque el cargo se titula como indebida aplicación, se argumenta como una indebida interpretación, lo que permite concluir que no se trata de un nuevo cargo, sino del mismo cargo primero pero denominado de diferente manera, y cómo está forma de presentar el cargo riñe con la técnica de casación, como lo ha definido la Corte en sede de casación, la consecuencia es la no prosperidad del cargo. Adicional a ello, como se dijo en los reparos realizados respecto al cargo primero, no fueron las normas de seguros las que sirvieron al Ad quem para proferir su sentencia, pues el análisis de estas es el *obiter dicta* de la sentencia, el asunto se resolvió con el contenido del Artículo 860 del Estatuto Tributario y la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo (*Ratio decidendi*)

En igual sentido ocurre con las consideraciones esgrimidas respecto al supuesto error en la aplicación del Artículo 860 del Estatuto Tributario, al dar lectura del cargo PRIMERO, la Sala podrá colegir que la argumentación es la misma y gira en torno a la interpretación del artículo por la conjunción "si" que trae el contenido de la norma en mención. La casacionista le quiere dar a la expresión "sí" un alcance que no tiene, esa es su lectura de la norma por demás errada, y que el Tribunal no le haya dado ese sentido que ella quiere no se constituye en un error de aplicación; el operador jurídico está en la libertad de aplicar las normas al proferir su decisión y no puede calificarse como errada la aplicación cuando no corresponde al sentido o aplicación que una parte quiere darle a esa norma, máxime cuando ese alcance de la parte rebasa el sentir del contenido regulado en la norma.

Vale mencionar que con los argumentos esgrimidos en este cargo la casacionista incurre en un notorio error de técnica casacional, toda vez que en el primer cargo alega la indebida interpretación del Artículo

860 *ibídem*, con lo cual se colige que esta era la norma a aplicar por el fallador, lo que es una dicotomía con lo planteado en este cargo, pues cada causal tiene una configuración diferente, propia y autónoma que lleva a que sean inconfundibles, pero que en el caso *sub júdice* resulta una mezcla al utilizarse el mismo argumento para invocar un error por interpretación de una norma y un error en la aplicación. Al respecto, vale la pena traer a colación un pequeño aparte de la sentencia del 17 de mayo de 2.017, de la Sala Civil del H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la doctora Margarita Cabello B., en la cual se refirió respecto a este error de técnica de casación, lo siguiente: *"Una de las exigencias del recurso de casación consiste, en que sus causales tienen una configuración propia y autónoma que las torna inconfundibles, por manera que le está vedado al recurrente transitar indistintamente por una u otra alegando falencias que no se avienen al motivo del ataque."*

Es por esto que la Sala debe inhibirse de estudiar los argumentos repetitivos que plantea el casacionista en el cargo SEGUNDO de la demanda, desestimando el mismo.

No obstante lo anterior, para el evento en que se considere pertinente el estudio del cargo, deberá tener en cuenta la Sala que el argumento medular que llevó al Tribunal a no imponer a los aseguradores la obligación indemnizatoria fue la aplicación correcta del artículo 860 del Estatuto Tributario, en cual se fijó un procedimiento específico para afectar la póliza de cumplimiento de disposiciones legales que el contribuyente otorgó al recibir la devolución de la DIAN, procedimiento que, indefectiblemente, conlleva la expedición de un acto administrativo en el cual se señalan las razones por las cuales no procedía la devolución y se realiza la liquidación oficial, señalando el monto de la obligación y que necesariamente debe notificarse al asegurador para que surja la obligación tal y como lo indicado en Consejo de Estado en múltiples decisiones que sirvieron de base para el Ad quem. En razón a que este procedimiento no fue seguido por la DIAN al cerciorarse de la improcedencia de la devolución y a que dentro del término de dos años establecido por esta norma dentro del supuesto regulador del procedimiento, operó la consecuencia jurídica (que en este caso es sancionatoria), en contra de la DIAN, consistente en la pérdida del derecho a exigir a la aseguradora el reconocimiento del valor asegurado. Así las cosas, no puede predicarse error alguno en la aplicación del Artículo 860 *ibídem*, más cuando el juzgador, al momento de dar aplicación a la norma, se apoyó en la jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano jurisdiccional que se encarga del cierre de los procesos tramitados por la DIAN respecto a sus funciones en el control tributario y fiscal en Colombia.

Es importante referir que la casacionista para darle el alcance perseguido al Artículo 860 del Estatuto Tributario, quiere hacer giros idiomáticos, indicando que este inciso regula el evento en que dentro de los dos años se lleve a cabo el procedimiento administrativo y se notifique la liquidación oficial de revisión al garante, con lo cual éste es solidariamente responsable, pero que pueden existir otros eventos en los cuales el garante también deba responder, lo que es contrario al texto mismo de la norma, la cual es clara al indicar: *"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..."*

Este Artículo no regula la hipótesis que plantea la casacionista y no la regula porque el efecto de no proferir el acto administrativo citado es la preclusión de la oportunidad para vincular al asegurador y/o hacerle exigible la obligación. Si el legislador estableció un procedimiento y un tiempo para que el asegurador sea solidariamente responsable de la obligación del contribuyente, y ese procedimiento no se cumple en el plazo señalado, precluye la oportunidad, y pretender darle un alcance diferente a la norma es buscar extender su contenido a hipótesis no reguladas, la solidaridad para que exista debe tener fundamento en una norma y en la hipótesis que pretende la DIAN, esa norma brilla por su ausencia, no existe normal alguna en el Estatuto Tributario que regule ese segundo procedimiento sugerido por la DIAN y menos aún una norma que mantenga la solidaridad del asegurador por un plazo mayor de dos años.



Por lo expuesto, en el evento de que la Sala entre a estudiar el cargo, deberá desestimarse el mismo por las razones indicadas.

**4. RESPECTO AL CARGO TERCERO: INFRACCIÓN INDIRECTA DEL 1.055 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 860 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO, DEBIDO A EQUIVOCACIONES EN LA APRECIACIÓN DEL ACERVO PROBATORIO, ASÍ COMO EN LA INTERPRETACIÓN DEL INCIDENTE QUE HICIERON CREER AL TRIBUNAL ENCONTRARSE FRENTE A LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LA NORMA CITADA:**

Sea lo primero advertir respecto a este cargo, la incompatibilidad del mismo con los cargos anteriores. La Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado al respecto:

*"1.- La vulneración recta de las normas sustanciales, que como motivo de casación contempla la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, sólo se produce cuando, el sentenciador deja de emplear en el caso controvertido, la norma a que debía sujetarse y, consecuentemente, hace actuar disposiciones materiales extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la norma rectora del asunto yerra en la interpretación que de ella hace.*

*También ha sido criterio reiterativo de la Sala, que cuando la denuncia se orienta por esta vía, presupone que el censor viene aceptando plenamente las conclusiones fácticas y probatorias deducidas por el Tribunal." (Sentencia del 17 de mayo de 2.017, de la Sala Civil del H. Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la doctora Margarita Cabello B.).*

Se colige entonces del aparte jurisprudencial citado que, con la formulación de los cargos PRIMERO y SEGUNDO, con fundamento en la causal contenida en el numeral 1 del Artículo 336 del Código General del Proceso (norma que reemplazo al Artículo 368 del Código de Procedimiento Civil), la casacionista aceptó plenamente las conclusiones fácticas y probatorias a que llegó el Tribunal, siendo improcedente que dentro de la misma demanda de casación se invoque un error por una violación directa de una norma sustancial y una violación indirecta por una apreciación errada del acervo probatorio y/o de un supuesto fáctico de la demanda, en este caso del Incidente de Reparación Integral.

De acuerdo con lo planteado, la Sala deberá desestimar este cargo, para el hipotético y remoto evento en que se aborde el análisis del mismo, pasará a hacer un estudio breve del cargo, evitando redundar en asuntos que ya se hubieran tratado, lo que desde ya se advierte es posible, toda vez que este cargo se fundamenta en las mismas razones expuestas en los cargos anteriores.

**4.1. VIOLACIONES DEL TRIBUNAL EN MATERIA PROBATORIA:**

Indica el casacionista que el Tribunal dejó de valorar las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales expedidas por cada aseguradora para el trámite de devolución ante la DIAN y las respectivas resoluciones de devolución, pasando luego a hacer un análisis jurídico de normas cuya infracción predica.

Para sustentar el cargo el casacionista indicó que el Tribunal no apreció que las pólizas tenían como tomadores a las personas jurídicas y no a las personas naturales condenadas y que, por lo tanto, su aplicación de la norma que prohíbe asegurar el dolo era equivocada, ya que esos condenados penalmente no tenían la calidad de tomadores del seguro. Este argumento va en contravía de lo dispuesto por el Artículo 29 del Código Penal, pues en esta materia no se investiga a la persona jurídica sino al representante legal de ésta, quien puede ser considerado como autor de la conducta punible; si bien los tomadores de los seguros de cumplimiento de disposiciones legales eran las personas jurídicas, quienes incurrieron en las conductas delictivas fueron sus representantes legales.

El Tribunal, para determinar que las aseguradoras no estaban obligadas a asumir el pago de indemnizaciones, SÍ valoró las pólizas que el casacionista le enrostra no haber apreciado y las tuvo en cuenta para llegar a la conclusión de que se había omitido por parte de la DIAN el trámite exigido por el Estatuto Tributario para hacerlas responsables. Tan claro es el análisis probatorio juicioso del Ad quem, que se tuvo en cuenta que no sólo el Artículo 860 exigía la expedición de ese acto administrativo, sino que también las condiciones de la póliza expedida por mi representada y aceptadas por la DIAN al admitir la póliza cuando el contribuyente la presentó para obtener la devolución, exigían tal acto para

configurarse el siniestro y la reclamación; si las partes del contrato de seguro pactaron la necesidad de expedir y notificar el acto administrativo que declara el incumplimiento de la disposición legal, debía cumplirse con esa obligación; y el Tribunal en su análisis tuvo en cuenta ese condicionado y por eso arribó a la conclusión consistente en que, al no haberse expedido el acto administrativo, no era posible afectar la póliza e imponer una obligación indemnizatoria al asegurador. Al dar lectura de la caratula de de la póliza expedida por mi representada, podrá la Sala constatar que en esta se pactó: "*COBERTURA. (...) LA GARANTÍA DE QUE TRATA ESTE ARTÍCULO TENDRÁ UNA VIGENCIA DOS AÑOS Y TREINTA DÍAS 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 QUEDEN EN FIRME EN LA VÍA GUBERNATIVA O EN LA VÍA JURISDICCIONAL CUANDO SE INTERPONGA DEMANDA ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, EL ACTO ADMINISTRATIVO DE LA LIQUIDACIÓN OFICIAL O DE IMPROCEDENCIA DE LA DEVOLUCION, AUN SI ESTE SE PRODUCE CON POSTERIORIDAD A LOS DOS AÑOS.*"

Además, en la cláusula 3.9.2. de las condiciones generales se indicó: "*FORMALIZACIÓN DEL RECLAMO: Para dar cumplimiento al Artículo 1077 del Código de Comercio, el asegurado deberá notificar a Colpatria de acuerdo a la ley, el acto administrativo que declare el incumplimiento de la respectiva devolución legal a cargo del afianzado. Colpatria tiene derecho a interponer los recursos legales que considere procedentes contra el acto administrativo que declare la ocurrencia del siniestro.*"

Desvirtuado queda el argumento de la casacionista y la afirmación infundada de que en la sentencia no se valoraron las pólizas, pues, por el contrario, sí fueron tenidas en cuenta al momento de proferirse la sentencia.

Otra de las pruebas que se afirma fueron mal valoradas, son las Resoluciones de devolución expedidas por la DIAN, por medio de las cuales ordenó la devolución solicitada por cada contribuyente previo al otorgamiento de la respectiva póliza; sin embargo, en el precario argumento no se indica en qué consistió la indebida valoración que generó la infracción de las normas. Estas Resoluciones, y así podrá constatarlo la Sala, sólo indican que cada contribuyente presentó una solicitud de devolución de IVA, que como se presentó la póliza, se hace la devolución del dinero de manera inmediata, ninguna de esas Resoluciones analiza la procedencia o no de la devolución, pues este tipo de estudios se realizan cuando la DIAN profiere el acto administrativo en que define que la devolución no era procedente y hace la liquidación oficial, y como en todos los casos que son materia del incidente, la DIAN no profirió ese acto administrativo no se hizo dicho estudio. Cabe preguntarse. ¿si con esas meras Resoluciones que sólo admiten la devolución, era posible establecer que el contribuyente no había cumplido las disposiciones legales? La respuesta es NO, y, por lo tanto, era imposible determinar que se había realizado el riesgo asegurado y sin esa verificación no podía imponerse una obligación al asegurador. Tan claro es que Tribunal SÍ analizó las Resoluciones indicadas por el casacionista y todo el acervo probatorio, que al echar de menos los actos administrativos que la DIAN debía expedir conforme lo dispuesto por el Artículo 860, arribó a la conclusión correcta de desechar las pretensiones incoadas en el Incidente de Reparación Integral, sin que pueda predicarse una incorrecta valoración de la prueba ni una indebida aplicación de una norma sustancial; por lo tanto, no debe prosperar este cargo.

#### **4.2. ERRORES DEL TRIBUNAL EN CUANTO A LA APRECIACIÓN FÁCTICA SOMETIDA A CONSIDERACIÓN:**

Alega la casacionista que el Ad quem hizo una apreciación errada del incidente y las consideraciones que se le ponían de presente, puesto que amplió el supuesto contenido en el Artículo 1.055 del Código de Comercio, identificar el aseguramiento del dolo o culpa grave como un objeto ilícito y entroncarlo con el interés asegurable e interpretar de manera equivocada la situación que enmarcaba la formulación del incidente en cuanto a la no emisión del acto administrativo que declare la devolución.

En lo concerniente a las consideraciones realizadas por el Tribunal respecto al contrato de seguro, como ya se ha dicho a lo largo de este escrito, estas no fueron el fundamento de la decisión atacada, pues sólo fueron parte del *obiter dicta* de la sentencia, el pilar de la decisión (*ratio decidendi*) lo compone la acertada aplicación que dio el juzgador al Artículo 860 del Estatuto Tributario y que acredita la omisión de la DIAN en la realización del procedimiento administrativo requerido para afectar la póliza otorgada

por mi representa y las demás aseguradoras vinculadas al presente trámite aunado al análisis jurisprudencial realizado por el juzgador.

En cuanto a la interpretación equivocada, la situación que enmarcaba la formulación del incidente en cuanto a la no emisión del acto administrativo que declare la devolución, basta dar una lectura simple, para corroborar que se trata del argumento esgrimido en el cargo PRIMERO y SEGUNDO respecto a la aplicación e interpretación del Artículo 860 del Estatuto Tributario, pero titulado con un nombre diferente. Para evitar que el presente escrito pierda fuerza de atracción del lector con la redundancia de los argumentos, sólo indicare que la consideración planteada por la casacionista es una forma de encubrir una notoria omisión de la administración en la realización de un acto administrativo dentro del término establecido por la ley. La sentencia atacada sólo concibe la consecuencia jurídica del Artículo 860, ante la no configuración de un supuesto normativo y por esta razón no puede predicarse un error o una infracción en la valoración normativa y probatoria realizada.

**SOLICITUD:**

Ante los argumentos esgrimidos en este escrito, amablemente, solicito a la Sala se abstenga de casar la sentencia impugnada y, en consecuencia, se desestimen los cargos formulados, condenando a la casacionistas a las costas y agencias en derecho.

De la señora Magistrada,



**JULIO CÉSAR YEPES RESTREPO**  
**C.C. No. 71.651.989**  
**T.P. No. 262.022 C.S.J.**

14634 CASACIÓN