



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
Magistrados Ponentes

SP3999- 2021

Radicación 49.522

(Aprobado en acta No.223)

Bogotá D.C., primero (01) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala los recursos extraordinarios de casación interpuestos por los apoderados de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN y de la Compañía Aseguradora La Previsora S.A., contra la sentencia de septiembre 30 de 2016, mediante la cual el Tribunal Superior de Medellín revocó parcialmente la condena en perjuicios emitida por el

Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado del mismo Distrito Judicial.

ANTECEDENTES

Fácticos

Entre 2006 y 2010, JOSÉ ALDEMAR MONCADA MONCADA, a través de personas jurídicas y con el aporte de revisores fiscales, contadores y funcionarios de la DIAN, creó y utilizó *empresas fachada*¹ que simulaban ventas por exportación, con el propósito de obtener el pago por concepto de la devolución del IVA. Con el anotado designio, los diferentes involucrados consignaban falsedades, en diversos documentos, sobre hechos económicos inexistentes.

El empresario LUIS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ, responsable de un grupo comercial de sociedades, utilizó esa estructura para solicitar directamente la devolución del IVA y a la par facturaba supuestas ventas a las empresas de MONCADA MONCADA.

¹ Solicitantes de la referida devolución: Fundecol, Maometales, Samuel Metales, Excedentes LCM, Metales Leo y Comercializadora WFR.

Esas operaciones de devolución de tributos se encontraban amparadas por pólizas de cumplimiento de disposiciones legales.

La responsabilidad de La Previsora S.A. se comprometió, en este proceso, por la obligación contraída en la póliza n° 1010955, expedida el 25 de marzo de 2009, tomador/afianzado Samuel Metales S.A.U, asegurado la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN; por su parte, la de la Compañía Suramericana de Seguros S.A. por las adquiridas según pólizas n° 114872-6 y 143112-0 expedidas respectivamente el 10 de noviembre de 2008 y el 15 de enero de 2009, tomador/afianzado Samuel Metales S.A.U, beneficiario/asegurado la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

La responsabilidad a cargo de las aseguradoras se condicionó a la ocurrencia del siniestro así entendido:

Póliza n° 1010955, condiciones generales, condición décima segunda: *“se entiende causado el siniestro cuando quede debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declara el incumplimiento que ampara la presente póliza, por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal, cuando tal resolución haya sido notificada*

oportuna y debidamente al deudor de la obligación garantizada y a PREVISORA (sic)”.

Pólizas n° 114872-6 y 143112-0, condiciones generales, condición segunda: *“se entiende causado el siniestro cuando quede debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declara el incumplimiento que ampara esta póliza por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal cuando tal resolución haya sido notificada oportuna y debidamente a LA SURAMERICANA (sic)”*.

Este incidente se suspendió por prejudicialidad en relación con Seguros del Estado S.A., mientras se resuelvan las acciones adelantadas administrativamente contra la resolución de liquidación oficial n° 1924129110000012 del 30 de mayo de 2011, resolución sanción n° 322412013000656 de fecha 27 de septiembre de 2013 y resolución sanción n° 322412013000581 de fecha 15 de agosto de 2013 proferidas por la DIAN, donde se pretende el cobro de las pólizas n° 1443101000707, 1443101000679 y 1443101000766.

Procesales

De conformidad con el escrito de acusación, el 9 de febrero de 2009, la DIAN denunció la existencia de múltiples

irregularidades con ocasión de la solicitud de devolución de impuestos. Esa noticia criminal y la correspondiente indagación permitieron evidenciar la existencia de numerosos casos de defraudaciones con características similares, a nivel nacional, ante la Dirección Tributaria, como resultado de los cuales se adelantaron diferentes investigaciones y procesos penales que sirvieron de antecedente a esta actuación, en la que el 12 de marzo y el 8 de abril de 2013, ante los Juzgados 16 y 27 Penal Municipales con función de control de garantías de Medellín fuera adelantada la audiencia de formulación de imputación con allanamiento a cargos de los imputados.

El 7 de junio de 2013, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, con fundamento en la aceptación de cargos por parte de los imputados y los elementos materiales probatorios presentados por la Fiscalía, condenó a JOSÉ ALDEMAR MONCADA MONCADA², CARLOS MAURICIO BETANCUR PENAGOS³, LUIS CARLOS MONCADA CALDERÓN⁴,

² A la pena de prisión de 11 años, 9 meses y 15 días, multa de 25.000 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 9 años y 6 meses como coautor del concurso homogéneo y sucesivo y a su vez heterogéneo de 25 falsedades en documento privado, 25 fraudes procesales e interviniente en 21 peculados por apropiación y lavado de activos.

³ A la pena de prisión de 4 años, 10 meses, multa de 825 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años como coautor del concurso homogéneo y sucesivo y a su vez heterogéneo de 5 falsedades en documento privado, 5 fraudes procesales y lavado de activos.

⁴ A la pena de prisión de 5 años, multa de 925 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años como coautor del concurso homogéneo y sucesivo y a su vez heterogéneo de 6 falsedades en documento privado, 6 fraudes procesales y lavado de activos.

ADOLFO LEÓN CARMONA RUÍZ⁵, JUAN FERNANDO SERNA VILLA⁶, WILMAR FRANCO RAMÍREZ⁷, DIEGO ALONSO MURILLO GÓMEZ⁸ y LUIS FERNANDO GÓMEZ RAMÍREZ⁹.

Esa decisión cobró ejecutoria el 4 de diciembre de 2013, luego de que la segunda instancia aceptara los desistimientos presentados por los tres apelantes.

El 24 de enero de 2014, la apoderada de la DIAN solicitó la convocatoria del incidente de reparación.

En concreto, de interés para la resolución del caso, se destaca que la pretensión civil presentada por parte la DIAN, en diligencia de 27 de marzo de 2014, es que los procesados JOSÉ ALDEMAR MONCADA y LUIS FERNANDO GÓMEZ sean

⁵ A la pena de prisión de 3 años, 15 días, multa de 100 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años como coautor del concurso heterogéneo de falsedad en documento privado y fraude procesal.

⁶ A la pena de prisión de 3 años, 4 meses, 15 días, multa de 300 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años coautor del concurso homogéneo y sucesivo y a su vez heterogéneo de 3 falsedades en documento privado y 3 fraudes procesales.

⁷ A la pena de prisión de 4 años, 15 días multa de 7.000 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años como coautor del concurso homogéneo y sucesivo y a su vez heterogéneo de 7 falsedades en documento privado y 7 fraudes procesales.

⁸ A la pena de prisión de 3 años, 7 meses, 15 días, multa de 400 s.m.l.m.v., inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años como coautor del concurso homogéneo y sucesivo y a su vez heterogéneo de 4 falsedades en documento privado y 4 fraudes procesales.

⁹ A la pena de prisión de 4 años, 3 meses, multa de \$964.492.580, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años como coautor de concurso heterogéneo de 6 falsedad en documento privado, fraude procesal, estafa agravada y enriquecimiento ilícito de particulares.

declarados civilmente responsables por los dineros devueltos y/o compensados en cuantía de \$9.656.171.809 y que, en su defecto, dicho monto sea reintegrado por los terceros llamados en garantía (La Previsora – Compañía Suramericana) en proporción a los montos asegurados mediante las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales n° 1010955, 114872-6 y 143112-0.

El 27 de marzo de 2014, la peticionaria formuló oralmente su pretensión, solicitó la vinculación de terceros civilmente responsables y de tres aseguradoras como llamadas en garantía (La Previsora, n° 1010955 – Compañía Suramericana, pólizas 114872-6 y 143112-0 - Seguros del Estado, pólizas n° 1443101000707, 1443101000679 y 1443101000766).

El 12 de septiembre de 2014, concluida la fase probatoria, el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín resolvió:

“Primero: Condenar a José Aldemar Moncada Moncada al pago solidario, con excedentes LCM y Samuel Metales, de la suma de \$16.168.620.809 – suma probada- por daño emergente y lucro cesante a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Segundo: Condenar a Luis Fernando Gómez Ramírez al pago solidario, con Protec, de la suma de \$3.220.569.266 – suma solicitada- por daño emergente y lucro cesante a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Tercero: Condenar a la empresa Samuel Metales, representada legalmente por Carlos Mauricio Betancur Penagos, o quien haga sus veces al pago solidario, con José Aldemar Moncada Moncada, de la suma de

\$12.965.422.085 – suma probada- por daño emergente y lucro cesante a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Cuarto: Condenar a la empresa Excedentes LCM, representada legalmente por Luis Carlos Moncada Calderón, o quien haga sus veces al pago solidario, con José Aldemar Moncada Moncada, de la suma de \$3.126.933.280 – suma solicitada- por daño emergente y lucro cesante a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Quinto: Condenar a la empresa Productos Técnicos Protec, representada legalmente por Luis Fernando Gómez Ramírez, o quien haga sus veces al pago solidario, con Luis Fernando Gómez Ramírez, de la suma de \$3.220.569.266 – suma solicitada- por daño emergente y lucro cesante a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Sexto: Condenar a La Previsora S.A. al pago solidario de la suma de \$1.269.078.000, por la póliza n° 1010955 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Séptimo: Condenar a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. al pago solidario de la suma de \$870.525.000, por la póliza n° 114872-6 y \$1.574.855.000 por la póliza n° 143112-0 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Octavo: Suspender por prejudicialidad y de manera parcial este trámite incidental, por el término máximo de dos años, frente a Seguros del Estado S.A. a la espera que se resuelvan las acciones legales interpuestas en sede administrativa , contra la resolución de liquidación oficial n° 1924129110000012 del 30 de mayo de 2011, resolución sanción n° 322412013000656 de fecha 27 de septiembre de 2013 y resolución sanción n° 322412013000581 de fecha 15 de agosto de 2013 proferidas por la DIAN, donde se pretende el cobro de las pólizas n° 1443101000707, 1443101000679 y 1443101000766, respectivamente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia” (Se destaca).

El 30 de septiembre de 2016, al desatar los recursos de apelación promovidos por los apoderados de Seguros Generales Suramericana S.A. y La Previsora S.A., la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín decidió:

“Primero: Revocar parcialmente la sentencia de 12 de septiembre de 2014 proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, que condenó a las aseguradoras La Previsora S.A. al pago solidario de la suma de dinero de \$1.269.078.000, por la póliza 1010955 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, y a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. al pago solidario de la suma de

\$870.525.000 por la póliza n° 114872-6 y \$1.574.855.000 por la póliza n° 143112-0 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Segundo: En su lugar **condenar a la Aseguradora La Previsora S.A. al pago solidario de la suma de \$499.652.000**, más los intereses moratorios incrementados en un 50% al momento de ser tasada la póliza 1010955.

Tercero: **Absolver a la Aseguradora Suramericana S.A. por la póliza n° 114872-6 y por póliza n° 143112-0, de cualquier pago a favor de Dirección (sic) de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN** (Se destaca).

Contra tal determinación los apoderados de la DIAN (víctima) y de La Previsora S.A. (llamado en garantía) interpusieron recurso de casación y allegaron las respectivas demandas, las cuales, por auto de agosto 15 de 2018, fueron declaradas formalmente ajustada a derecho.

LAS DEMANDAS

El **tercero llamado en garantía - La Previsora S.A.** formuló **tres cargos** por error de hecho en la valoración probatoria.

Primer cargo

El Tribunal dio por probado, sin estarlo, que la póliza n° 1010955 *contenía un contrato de seguro válido, existente y eficaz.*

Lo anterior, a pesar de no haber establecido previamente si ese acuerdo *había o no nacido a la vida jurídica*, pues para poder declarar la existencia de una obligación debía precisarse que la fuente contemplara el evento reclamado como amparado y no concurrieran causales de exclusión del amparo.

Se dejó de apreciar que, en la citada póliza, no concurrían los elementos esenciales y que el contrato de seguro era inexistente, en vista de la ausencia de riesgo e interés asegurable, así como obligación condicional del asegurador, dado que los condenados cimentaron sus conductas en hechos económicos ilusorios.

Fueron soslayados los testimonios de Álvaro Muñoz y Mariano Sánchez, quienes, en declaración juramentada, de junio 19 de 2014, señalaron que *“la compañía fue asaltada en su buena fe, pues la documentación presentada contenía información no veraz”* y *“la póliza solamente sirvió de complemento para perfeccionar la defraudación ya materializada”*, respectivamente.

El *ad quem* inobservó esas manifestaciones que demuestran que, para 2008, *“la DIAN conocía... de los fraudes que se venían realizando por el gremio de los chatarreros... y aun así permitió que La Previsora expidiera una póliza para encubrir un ilícito a sabiendas de la existencia previa de la ocurrencia de un siniestro”*.

Pasó por alto la segunda instancia que *“La Previsora cumplió con sus obligaciones... pero engañada por el tomador para la suscripción del mismo, en connivencia con funcionarios de la DIAN generándose con esos actos, debidamente probados y confesados, la inexistencia e ineficacia de dicho contrato”*.

Solicitó casar la sentencia *en lo que es desfavorable a la aseguradora La Previsora y se ordene la devolución en su favor de lo impropiamente pagado*.

Segundo cargo

El Tribunal no dio por demostrado, a pesar de estarlo, que la condena contra La Previsora S.A. es una suma que correspondía a un hecho anterior al incidente de reparación y ya se encontraba cancelada (\$499.652.000), es decir fue condenada a *pagar lo ya pagado sin existir una causa jurídica que justifique ese traspaso*.

Se dejó de apreciar la evidencia de ese pago, esto es el oficio n° 1-11-244-445-31-83, de 27 de agosto de 2014, remitido por la misma DIAN al *a quo*, así como el recibo oficial de pago de impuestos nacionales n° 4907034699856, con sello de pagado DIAN, por valor de \$499.652.000, generado el 3 de agosto de 2013, a favor de Samuel Metales.

Con posterioridad a ese pago, la DIAN *no acreditó otro supuesto siniestro por ese mismo valor, razón por la cual “el Tribunal supuso la existencia de un acto posterior por la suma que condena, que no aparece en el expediente”*.

Olvidó justipreciar el anexo 2, del dictamen pericial contable de la DIAN, en lo que atañe a la resolución n° 65, en el que aparece valor cancelado (Samuel Metales, La Previsora) \$499.652.000. El Tribunal, sin razón, ordenó efectuar un doble pago *ya estando satisfecha la obligación y sin que exista una causa jurídica que justifique ese traspaso*.

En esos términos, reiteró la solicitud casar la sentencia *en lo que es desfavorable a la aseguradora La Previsora*.

Tercer cargo

Haber dado por acreditado, sin estarlo, que la DIAN cumplió con los requisitos necesarios para demostrar la ocurrencia de un siniestro en el caso, con cargo a La Previsora S.A.

El siniestro que podía predicarse ya había sido cancelado el 3 de agosto de 2013, por valor de \$499.652.000, único que tenía como presupuesto la existencia de un acto administrativo anterior, sin que exista ni haya sido notificada una resolución sanción posterior contra La Previsora. En otros términos, “*el*

Tribunal, ahora para condenar, supuso la existencia de un acto, que no aparece en el expediente”.

No concurren los requisitos para ordenar el pago, en la medida en que no existe una nueva resolución de siniestro individualizada por idéntico valor, ni ésta ha sido comunicada lo que, a la luz de las cláusulas de la póliza, impide el pago.

Se trata de un error ostensible y manifiesto que exige que la sentencia sea casada *en lo que es desfavorable a la aseguradora La Previsora.*

El **apoderado de la víctima DIAN** propuso **dos cargos**, a saber: el primero por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y el segundo por violación directa de la ley sustancial.

Primer cargo

En lo atinente a **La Previsora S.A.**, el Tribunal concedió un alcance totalmente ajeno al objetivo de la resolución sanción n° 192412011000022 de 2 de febrero de 2011, por cuanto la devolución n° 65, a favor de Samuel Metales, que ascendía a \$1.768.730.000, fue corregida, el 25 de marzo de 2010, en el sentido de reducir dicho monto a \$1.269.078.000, “*es decir una*

corrección de \$499.652.000, porque \$1.768.730.000 - \$1.269.078.000 = \$499.652.000”.

Distorsionó totalmente el anexo 2 del dictamen pericial contable, dado que *“el “valor cancelado” se refiere a los montos efectivamente pagados por los aseguradores”* y lo cercenó gravemente, pues de no haber ignorado los diferentes valores allí registrados, habría concluido que el perjuicio asciende a *\$1.269.078.000*.

No valoró ni la resolución n° 65 de abril 17 de 2009 que ordenó compensar y devolver, ni el informe CC-601 de DECEVAL, ni la misma sentencia condenatoria, pruebas que dejan sin soporte la conclusión según la cual el perjuicio se cifraba en *\$499.652.000*.

También omitió la valoración de los testimonios de Cesar Alfonso Forero Castañeda y Juan Carlos Yate (perito), quienes explicaron con detalle *“la situación presentada con la resolución n° 65 expedida a favor de Samuel Metales S.A.S.”* lo que permite explicar por qué el daño equivale a *\$1.269.078.000*.

La segunda instancia le concedió a la póliza un alcance del que carece, pues su objeto no es amparar las eventuales sanciones que llegue a imponer la DIAN, como consecuencia de

la devolución y/o compensación que del IVA se haga, ni puede ser pactado entre las partes.

Por el contrario, *“el objeto del contrato de seguro de disposiciones legales se encuentra establecido por ley y, consisten precisamente en el riesgo de que el trámite de las devoluciones y/o compensaciones no se ajuste a las disposiciones legales que regulan el tema”*.

Lo anterior, demuestra que el Tribunal violó, por falta de aplicación, el artículo 176 del Código General del Proceso.

Tratándose de la **Compañía Suramericana de Seguros S.A.**, el *ad quem* incurrió en múltiples infracciones de hecho, por indebida y/o inexistente valoración de las pruebas (anexo 3, resoluciones n° 21 y 368, informe CC-601), pues esas evidencias, con claridad, acreditan que: i) ni los contribuyentes, ni las aseguradoras cancelaron valores por concepto de perjuicio, por eso la casilla registra “cero”; ii) los perjuicios, por concepto de devoluciones efectuadas, son del orden de \$ 1.557.709.000 y \$870.525.000.

No valoró los testimonios de Cesar Alfonso Forero Castañeda y Juan Carlos Yate (perito), quienes explicaron con detalle *“el caso de las resoluciones n° 398 del 26 de noviembre de 2008 y 21 del 29 de enero de 2009”* y la efectiva realización de

esas devoluciones, la primera por consignación en cuenta y la segunda a través de DECEVAL lo que permite explicar por qué el daño equivale a los valores señalados.

En el caso del testigo Luis Felipe Estrada, manifestó que su versión no podía ser fundamento de la decisión adoptada, en la medida en que la ocurrencia del siniestro amparado tiene lugar con independencia de que la DIAN expida un acto administrativo (resolución de sanción) y lo notifique.

Ese trámite es ajeno a la existencia del perjuicio debidamente demostrado y *“si el Tribunal lo que entiende es que no se siguió un procedimiento legal, no debería apoyar su decisión en testimonios dado que la Ley no requiere prueba”*.

La segunda instancia concedió al artículo 670 del Estatuto Tributario un alcance del que carece, pues si bien *“señala que las devoluciones y compensaciones no constituyen un reconocimiento definitivo del perjuicio, no de ello se puede suponer que existe determinada tarifa legal en orden a la acreditación de los perjuicios sufridos... resulta contraevidente que por no constituir un reconocimiento definitivos, se siga que en el presente caso no existieron perjuicios”*.

Dislate idéntico pregonó del artículo 860 de la misma normatividad, pues se equivocó el Tribunal al entender que *“la*

única forma de probar perjuicio en las situaciones relacionadas con las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales relativas a las devoluciones y/o compensaciones, consiste en la emisión de una resolución sanción por parte de la administración de impuestos”.

Esas normas no constituyen la tarifa legal reconocida y aplicada, sin acierto, por el Tribunal.

Dado que erróneamente el *ad quem* entendió que los perjuicios no se habían demostrado, encontrándose debidamente acreditados, corresponde reconocerlos en las cuantías solicitadas en el incidente, por lo que solicita casar la sentencia y emitir una sentencia que acoja las pretensiones de la demandante.

Segundo cargo

El Tribunal interpretó indebidamente los artículos 860 y 670 del Estatuto Tributario y dejó de aplicar los artículos 1054, 1072, 1080 y 1162 del Código de Comercio.

La conclusión de la segunda instancia según la cual la resolución sanción *coincide con el concepto de siniestro y es la única forma de constitución de este* no solo es errada, sino que además carece de fundamento normativo, al punto que en la

sentencia no se invoca el precepto del que se extracta tal interpretación.

El inciso segundo del artículo 860 no es una regulación general para todos los casos de devolución, por lo que no resulta cierto que sin resolución de liquidación oficial o de sanción no haya siniestro.

Ese aparte *“prevé una situación particular y concreta: qué pasa si dentro de los dos años, de vigencia de la cobertura, la administración de impuestos notifica la liquidación oficial de revisión... el garante (aseguradora) se vuelve solidariamente responsable con el contribuyente y ii) dicha solidaridad incluye, inclusive, las sanciones e intereses... la posición correcta fue la que asumió el a-quo, cuando, advirtiendo esta situación y dando un adecuado sentido e interpretación de la norma – inciso segundo artículo 860 del ET –se abstuvo de condenar de manera solidaria a las aseguradoras vinculadas (La Previsora S.A y Compañía Suramericana de Seguros S.A.), pero sí las condenó por el monto de las pólizas otorgadas, es decir entendió el Juzgado... que por no presentarse la situación prevista en el inciso segundo del artículo 860 del E.T. no podía condenar en forma solidaria, pero ello no significaba que no hubiera ocurrido el siniestro. El Tribunal, por el contrario, amplificó la premisa fáctica del inciso segundo, aplicándola a un evento que no era el que subsumía en su*

supuesto fáctico y con ello vulneró la norma de manera grave y con consecuencias en su decisión”.

En cuanto a los restantes preceptos normativos erró el *ad quem*, pues el riesgo objeto de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales “*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 siniestro, en estos casos, vendría a ser la efectiva constatación de que el trámite de la devolución y/o compensación no se adecuó a las normas que regulan su trámite*”, siniestro que ocurrió en los términos del artículo 1072 del Código de Comercio.

Acreditado el riesgo y su cuantía lo que correspondía era sufragar el monto asegurado y “*el Tribunal no podía entender que las pólizas ... establecían una forma convencional de siniestro, porque los artículos 1054 y 1072 del C. de Co., son inmodificables por naturaleza por voluntad de las partes dado que consagran definiciones legales*”.

Deprecó casar la sentencia, restablecer el derecho sustancial y emitir una decisión que acoja las pretensiones de la demanda.

AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

En la primera sesión¹⁰, el **apoderado de La Previsora S.A.** solicitó que la sentencia sea casada, dado que *los dos cargos propuestos están demostrados*.

En cuanto a la indebida apreciación probatoria insistió en que la responsabilidad de su representada surgía del contrato de seguro y no de la comisión del delito, no obstante, ese acuerdo era *ineficaz*, en tanto la aseguradora *fue engañada para su suscripción por los propios funcionarios de la DIAN*.

En consecuencia, no se verificó el hecho incierto amparado y la póliza no podía *producir efectos jurídicos, todo lo anterior con fundamento en la sentencia condenatoria y la declaración del investigador Mariano Sánchez*. Ese estudio no fue realizado por el Tribunal.

El segundo yerro de la misma naturaleza consistió en que el fallador tuvo por verificado el riesgo, a pesar de la inexistencia de siniestro - resolución sanción con constancia de ejecutoriada -, aunado a que condenó por una suma que ya había sido *objeto de*

¹⁰ 4 septiembre 2018.

conciliación y pago por 499 millones, única que sí contaba con resolución sanción debidamente ejecutoriada. El Tribunal dejó de apreciar la conciliación y el recibo de pago y vuelve y condena por la misma suma, sin poder condenar por ninguna otra.

Insistió en que el concepto de riesgo asegurable, en la póliza de cumplimiento de disposiciones, *lo da la resolución sanción con constancia de ejecutoria y si no obra no hay siniestro y no surge obligación.*

Peticionó un pronunciamiento expreso sobre el contrato de seguro en circunstancias fácticas como las aquí acreditadas.

El **representante judicial de la DIAN** reiteró los dos cargos formulados en la demanda, los hechos y el trámite incidental.

Consideró que el Tribunal, sin acierto, impuso una tarifa legal que el artículo 860 del Estatuto Tributario no contempla, en la medida en que sólo se configura el siniestro con la expedición de la resolución de la DIAN, lo que *en opinión de la entidad que representa carece de fundamento normativo y desconoce el artículo 1054 del Código de Comercio, en el entendido que el riesgo era el cumplimiento de las disposiciones legales, resultado que no se alcanzó por los delitos cometidos y, entonces, se configuraba el siniestro.* Lo anterior, en cuanto al cargo segundo de la demanda.

En punto de la indebida valoración sostuvo que el Tribunal incurrió en un grave error al apreciar las resoluciones 65, 368 y 21, las pólizas, el informe pericial y los testimonios de César Alfonso Forero y Juan Carlos Yate.

Remitió al libelo y solicitó casar la demanda.

El **Fiscal delegado** dividió su intervención en dos partes.

En lo atinente a la demanda presentada por La Previsora S.A. señaló que *mientras no existiera un acto administrativo ejecutoriado que determinara el valor del reintegro, los intereses y el monto de la sanción por devolución y/o compensación improcedente no se establece la responsabilidad del garante y la exigibilidad de la obligación a su cargo*. Destacó que la DIAN no siguió el trámite administrativo legal y consideró que *el cargo no está llamado a prosperar*¹¹.

En relación con la Compañía Suramericana S.A. no fue allegada prueba en la que conste la consignación a cuenta, dispuesta en resolución n° 368, *lo cual no demuestra que se haya realizado efectivamente el pago*. En consecuencia, no resulta posible *condenar a los demandados sin la prueba aportada en la*

¹¹ Récord 22:21.

etapa probatoria y el cargo formulado por la DIAN no prospera por este hecho específico.

Frente a esa misma entidad, el Tribunal confundió el concepto de perjuicio económico, pues no es el derivado de las conductas punibles, sino de lo consignado en la resolución sanción, mismas que no fueron expedidas y que acreditaban el siniestro. La demostración de desembolso *conlleva la responsabilidad de los terceros civilmente responsables*, pero dado que no se emitieron las resoluciones sanción, siendo requisito legal y contractual la póliza no resulta exigible, motivo por el cual el cargo tampoco está llamado a prosperar.

Indicó que esa interpretación es correcta, según la jurisprudencia invocada por las instancias en sus fallos, pues *en los casos de devolución con garantía el acto que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de la obligación es la resolución sanción debidamente notificada y ejecutoriada, por lo que resulta improcedente condenar a las aseguradoras en el incidente cuando legal y contractualmente se ha regulado de esa manera.*

Aseveró que, sin existir una causa jurídica que así lo avalara, el Tribunal condenó a La Previsora a pagar dos veces lo ya cancelado, pues ese hecho era anterior al incidente y ya había

sido sufragado. Insistió en que ese pago fue debidamente acreditado en el trámite incidental, motivo por el cual este cargo está llamado a prosperar.

La **agente del Ministerio Público** precisó que, revisado el contrato de seguro y las normas comerciales aplicables, a *la aseguradora nacional* sí le asiste la obligación de cancelar las sumas garantizadas.

Diferenció que la condena del *a quo* obedecía a una responsabilidad indemnizatoria directa entre el autor del delito y la aseguradora, en la que el valor de lo reclamado equivale a lo entregado, mientras que la del *ad quem* al entendimiento según el cual la póliza sólo aseguraba las sumas impuestas a título de sanción por la DIAN, caso en el cual *se equivocó en tanto debió proceder a la condena por \$1.269.078.000* y no por \$499.652.000, valor que ya había sido cancelado.

En el caso de Suramericana S.A. descartó que el monto del perjuicio fuera “cero pesos”, según lo entendió la segunda instancia, y correspondía declarar su responsabilidad en cuantía de los montos amparados por las pólizas 1431120 y 1438726.

En su criterio, según los artículo 1072 y siguientes del Código de Comercio, *la producción del siniestro y el deber de pago*

por parte del asegurador no está atada únicamente a la declaratoria que se haga por el propio asegurado, pues en efecto basta para declarar el siniestro que pueda derivarse de una declaración contenida en una decisión judicial, como ocurrió aquí una sentencia condenatoria.

Con referencia a la cláusula 12 del contrato de seguro aclaró que *el siniestro se entiende causado cuando obre ejecutoria de la resolución oficial que así lo declara y esta haya sido debidamente notificada a la aseguradora, lo que no impide que esa declaratoria se verifique por otra autoridad como la judicial.*

Estimó totalmente infundado el planteamiento de ineficacia e inexistencia del contrato, toda vez que lo asegurado no era el dolo, la culpa grave o el comportamiento unilateral del adquirente, pues tal y como se indica en la póliza el elemento objetivo era el cumplimiento por parte del tomador de los requisitos legales de devolución de los valores cancelados del IVA.

Con fundamento en la sentencia 16.534, de 12 de mayo de 2010, del Consejo de Estado, afirmó que si estaban dadas las condiciones para el cumplimiento del contrato de seguro.

Con apoyo en los artículos 1060 y 1062 del Estatuto Comercial solicitó casar la sentencia y acoger los planteamientos de la DIAN.

Durante la segunda sesión¹², el **apoderado de la Compañía de Seguros** Suramericana S.A. solicitó no casar la sentencia, pues no fue demostrada la existencia de la actuación administrativa de la DIAN – resolución sanción – que contractualmente permitía la configuración del siniestro, tal y como lo reconoció la segunda instancia.

Luego de reseñar los aspectos esenciales de la demanda presentada por la Dirección de Impuestos, consideró que la *única fuente de responsabilidad jurídica en el incidente fue haber proferido dos pólizas de cumplimiento de disposiciones legales, las cuales establecen una responsabilidad de tipo contractual, según las cláusulas del respectivo contrato.*

Expresó que de conformidad con las pólizas suscritas “*se entiende causado el siniestro cuando quede debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declare el incumplimiento que ampara esta póliza por causas imputables a la persona obligada en cumplimiento de la respectiva disposición*

¹² 24 de septiembre de 2018.

legal, cuando tal resolución o providencia haya sido notificadas oportuna y debidamente a suramericana”.

Manifestó que el Consejo de Estado – Sentencias n° 21953 de 2006; n° 17374 de 2011- se había pronunciado sobre cuál era el hecho para las compañías de seguros que generaba el siniestro de la obligación de indemnizar por incumplimiento de disposiciones legales, cuando se respalda el reintegro de impuestos, el cual no era otro que la resolución que declara la improcedencia de la devolución.

En tanto se había demostrado en el incidente que la DIAN no había proferido dichos actos, la sentencia de segunda instancia que así lo había declarado no debía ser revocada, sin que ello implique el desconocimiento de la causación de los perjuicios.

El **defensor de los procesados** precisó que éstos se habían allanado a cargos y que le habían dado la instrucción de no oponerse al trámite incidental, sin tener consideración de relevancia en lo que se llegue a decidir.

CONSIDERACIONES

1. Una vez admitidas las demandas de casación y agotada la audiencia de sustentación, corresponde a la Sala de Casación Penal de la Corte emitir fallo de fondo.

La Corporación anuncia que **la sentencia será casada**, pues es evidente que la decisión del Tribunal no logra sobrevivir a las críticas formuladas y además se encuentran reunidos en la actuación penal los presupuestos para emitir una condena en materia civil.

2. De conformidad con el criterio de la **Sala mayoritaria**, las consideraciones que a tener en cuenta para la resolución de este caso deben ser las mismas que expresadas en el **radicado 51.168** y que fueron del siguiente tenor:

“7.1.2. En relación con la competencia del juez penal para resolver sobre la responsabilidad contractual de las aseguradoras vinculadas a este trámite, cabe precisar que:

(i) En el proceso incidental instituido -en los artículos 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004- tanto las víctimas

como el condenado penalmente -o su defensor- pueden pedir que se convoque a los terceros civilmente responsables¹³.

(ii) Conforme con el artículo 108 *idem*, comprendido en armonía con las sentencias C-423 de 2006, C-425 del mismo año y C- 409 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, las compañías aseguradoras también pueden ser vinculadas a la actuación por solicitud de cualquiera de los sujetos procesales antes mencionados para que respondan por la indemnización pecuniaria que les corresponda, en virtud de la cobertura amparada en contrato de seguro válidamente celebrado.

Esto por cuanto, de acuerdo con la última de las providencias citadas, el incidente de reparación es un instrumento de justicia restaurativa mediante el cual se propende por una solución integral, eficaz, breve y oportuna de reparación, para hacer efectiva la indemnización por parte de todos los obligados a ello o que *“deban sufragar los costos de tales condenas”*, cuales son: el condenado, el tercero civilmente responsable y *“la aseguradora”*.

Además, acorde con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la víctima tiene derecho a una *“pronta e integral reparación”* de los daños sufridos, a cargo del autor

¹³ Inciso 2 del artículo 107 del C.P.P.

o participe del injusto “o de los terceros llamados a responder en los términos de este Código” y el Estado el deber de garantizarle real acceso a la administración de justicia.

7.2. Generalidades del contrato de seguro: clasificación, caracterización, partes, prueba y elementos esenciales.

(i) Los contratos comerciales de seguro son celebrados por compañías aseguradoras¹⁴ que operan en el mercado con ánimo de lucro. Esto los diferencia de otros tipos de aseguramiento como los seguros sociales, contratos de medicina prepagada y seguros mutuales¹⁵.

De acuerdo con el artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros comerciales pueden ser de “daños” o de “personas”. Los primeros a su vez –de interés para el presente proceso- pueden ser “reales” o “patrimoniales”.

Los *seguros de daños* son aquellos en el que el *interés asegurable* es la relación económica apreciable en dinero, de contenido patrimonial determinable y medible en especies monetarias¹⁶.

¹⁴ Persona jurídica comerciante.

¹⁵ En Colombia son contratos celebrados por cooperativas especializadas de seguros – aseguradoras mutuales- que limitan sus servicios a sus miembros.

¹⁶ Andrés E. Ordoñez. Cuestiones generales y caracteres del contrato, lecciones de derecho de seguros N°. 1., Bogotá, Ed. Universidad Externado, junio de 2001, P. 27.

(ii) El contrato de seguro es un negocio jurídico consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (artículo 1036 del Código de Comercio) y, por regla general, de carácter indemnizatorio, particularmente en los seguros de daños.

Que el contrato sea consensual significa que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin que deba ser vertido en documento o en alguna forma específica.

No obstante, cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 1046 *ídem*, el contrato de seguro se prueba “*por escrito o por confesión*”.

La *prueba por escrito* se refiere a documentos en los que conste los elementos esenciales del contrato, la identidad de las partes, así como su consentimiento recíproco, mas no a documentos *ad substantian actus* porque, como viene de verse, aquellos elementos del negocio jurídico también pueden acreditarse mediante confesión y, por lo mismo, el que conste por escrito no es requisito de su existencia y validez.

(iii) Conforme con el artículo 1037 del mismo Código, las partes en el contrato de seguro son: (a) el “*asegurador*”, persona jurídica que asume los riesgos, y (b) el “*tomador*”, persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos al primero de los mencionados.

No obstante, junto al “*tomador*” se encuentran tanto el “*asegurado*” como el “*beneficiario*”. Estas denominaciones hacen referencia a posiciones jurídicas y todas bien pueden recaer en una sola persona –o grupo de personas- o en diferentes personas o grupos de estas, y sus características no son necesariamente idénticas en los distintos tipos de seguro comercial.

Concretamente en los *seguros de daños* (a) el “*tomador*” es quien concurre con la aseguradora a formular las manifestaciones recíprocas de voluntad que constituyen el contrato, (b) el “*asegurado*” es el titular del *interés asegurable* y (c) el “*beneficiario*” es el llamado a recibir la indemnización en caso que ocurra el siniestro.

(vi) De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, los elementos esenciales del contrato de seguro son (a) el interés asegurable, (b) el riesgo asegurable, (c) la prima o precio del seguro y (d) la obligación condicional a cargo del asegurador.

La *obligación* del asegurador en los seguros de daños patrimoniales consiste en el pago de la indemnización una vez se constituya la condición positiva y suspensiva, cual es la realización del *siniestro*. De manera que por regla general aquella se hace *exigible* a partir de la ocurrencia de este.

No obstante, cabe precisar que, por ejemplo, en los seguros de responsabilidad civil, conforme con el artículo 1131 del C. de Co., para la *exigibilidad* de la obligación del asegurador es necesario que, además del *siniestro*, la víctima del daño causado por el asegurado formule contra éste una reclamación judicial o extrajudicial.

De modo que si bien en el derecho comercial, en punto de los contratos de seguro (i) el *siniestro* es requisito necesario para la exigibilidad de la obligación a cargo del asegurador y (ii) la *exigibilidad* de esta puede surgir –aunque no siempre– a partir de la ocurrencia de aquel; cada uno de estos significantes tiene su respectivo significado ontológico, con identidad propia y diferenciada.

El *siniestro*, por su parte, conforme con el artículo 1072 del Código de Comercio, es “*la realización del riesgo asegurado*”; se refiere entonces a la ocurrencia del *hecho dañoso* que se estipula como condición para el surgimiento de la obligación del asegurador. La *exigibilidad* de esta alude a la satisfacción de condiciones adicionales a partir de las cuales emerge su responsabilidad contractual y el beneficiario queda válidamente facultado para pedir o reclamar el pago de la indemnización.

En consecuencia, los conceptos de “*siniestro*” y “*exigibilidad*” de la obligación no son conceptos equiparables ni sustituibles entre sí.

(v) El *interés asegurable*, de acuerdo con la sentencia C-269 de 1999, es el objeto del contrato de seguro, equivale a “*la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular*”¹⁷, el cual presenta características diversas según se trate de seguros de *daños* o de *personas*.

En los seguros de daños el *interés asegurable* es la relación económica que vincula a una persona o a un grupo de personas –naturales o jurídicas- a un determinado bien o patrimonio –constitutivo del objeto sobre el que recae el aseguramiento- y cuya situación jurídica es digna de protección¹⁸.

El *objeto del contrato de seguro* es entonces el interés asegurable – es decir, la relación económica antes mencionada- y el *objeto asegurado* es simplemente el bien o patrimonio que resultaría afectado al configurarse el siniestro.

¹⁷ Tomado por la Corte Constitucional de OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro - El Contrato. Editorial Temis Bogotá-Colombia 1.991, pág.73.

¹⁸ Ordóñez O, Andrés E. Elementos esenciales, partes y carácter indemnizatorio del Contrato. Lecciones del Contrato de Seguro N° 2- Universidad Externado de Colombia, Colombia 2002. Folio 31.

Por su parte, *riesgo* es la posibilidad de un suceso incierto - que de llegar a ocurrir resulta dañoso para quien tiene el interés asegurable- el cual, por regla general no puede depender “*exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario*” y cuya realización configura la condición convenida que da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por tanto, extraños al contrato de seguro (artículo 1054 del C. Co.).

El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del *tomador, asegurado o beneficiario*, en principio no son asegurables (artículo 1055 ídem). *Contrario sensu*, sí son asegurables la culpa grave y el dolo o actos potestativos de personas que no constituye ninguna de aquellas calidades, cual es el caso, por ejemplo, de los seguros de hurto, cuyo acto constitutivo del siniestro sin duda es doloso, pero no proviene del *tomador, asegurado o beneficiario*.

No son asegurables las sanciones penales –incluidas las pecuniarias- debido a los fines que las justifica. Tampoco las sanciones de origen policivo, entre las que se cuentan las impuestas por autoridades que ejercen función de policía administrativa, toda vez que su imposición también suelen tener propósitos de interés general.

7.3. El seguro de cumplimiento.

Esta especie de aseguramiento es una variante del seguro de daño -patrimonial- regido por el “*principio indemnizatorio*” consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, por el cual la obligación de la aseguradora consiste en resarcir al *acreedor asegurado* el perjuicio originado en el incumplimiento del *deudor -garantizado o “afianzado”-*, hasta máximo la suma amparada en la póliza. Se caracteriza en que (i) es obligatoria su constitución “*cuando se celebra contratos con entidades estatales*”; (ii) “*siempre es un contrato comercial sujeto a las normas del Código de Comercio*” (iii) “*sólo cobija obligaciones contractuales o legales*” y (vi) “*el asegurado es la parte que sufrirá el riesgo del incumplimiento*”¹⁹.

Se diferencia de las demás modalidades de seguro de daño en que (i) la póliza no es revocable por falta de pago de la prima; (ii) debe ser aprobada por el asegurado; (iii) protege el patrimonio del asegurado del incumplimiento de la obligación a cargo del tomador “*afianzado*” -en el quantum convenido- y (iv) la aseguradora puede repetir contra éste, así como exigirle la constitución de algún título, regularmente pagará abierto o cerrado, que opera como contragarantía ejecutable en caso de que se haga exigible la obligación y el pago de la indemnización.

¹⁹ Características tomadas de Estudios sobre derechos de Seguro., Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia. Eds. Saúl Sotomonte S y Tatiana Gaona C. 2018, P.162-164.

Esta modalidad de aseguramiento tuvo origen en Colombia en la Ley 225 de 1938²⁰ y su objeto, señalado en el artículo 2, fue reproducido en el numeral 1²¹ del artículo 203 del Decreto Ley 663 de 1993. Se instituyó precisamente para contar con la posibilidad jurídica de respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanan de leyes o contratos. Se convirtió en el principal mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público, para cuyo propósito esa normativa especial no excluyó del amparo el originado en la culpa, el dolo o la voluntad del garantizado o “afianzado”, pues de haberlo hecho lógicamente no cumpliría la finalidad para la que fue creada.

Ciertamente, así lo entendió la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia²², la cual en sentencia proferida el 15 de marzo de 1983, señaló que *el objeto del seguro de cumplimiento es el de servir de garantía al acreedor de las obligaciones de su deudor, originadas en “un contrato o en la ley”*. De esta manera la aseguradora, por el pago de una prima, ampara el patrimonio del

²⁰ “Artículo 2° El seguro de que trata el artículo anterior [de ‘manejo o de cumplimiento’] tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos”.

²¹ “Dentro de los seguros de manejo o de cumplimiento habrá uno que tendrá por objeto garantizar el correcto manejo de fondos o valores de cualquier clase que se confíen a los empleados públicos o a los particulares, en favor de las entidades o personas ante las cuales sean responsables; y podrá extenderse también al pago de impuestos, tasas y derechos y al cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes o de contratos.” (Subrayado fuera de texto).

²² Providencia reiterada por la misma colegiatura el 3 de abril de 2017, radicación N° 11001-31-03-023-1996-02422-01.

asegurado (acreedor) del eventual incumplimiento de las obligaciones “*de la estirpe señalada*” a cargo del deudor.

La misma colegiatura en sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, reiterada en sentencia del 3 de abril de 2017, radicación N° 11001-31-03-023-1996-02422-01, indicó cómo ese tipo de aseguramiento específico previsto en la Ley 225 de 1938:

(i) Continuó vigente con la expedición del Código de Comercio;

(ii) Para servir de garantía en la observancia de las obligaciones el asegurador “*no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor*”;

(iii) Su base legal especial excluye en punto del actuar del tomador “*la aplicación del principio general contenido en el art. 1055²³ del Código de Comercio*” y;

(iv) No es jurídicamente plausible desconocer la certeza propia de los pactos “*ajustados por las personas*” y dejar sin efecto su

²³ “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”.

propio compromiso. En ese sentido, se explica, sería muy nociva la conducta de la aseguradora que con conocimiento propiciara *“la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro semejante, sino que ahora -sumaría- a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño”*.

De similar postura es la Sección Tercera del Consejo de Estado, la cual, al resolver respecto de la nulidad de varios apartes del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, por medio del cual se expidió el régimen de garantías en la contratación de la Administración Pública, señaló que en razón de la finalidad que se persigue con la exigencia de las garantías de cumplimiento en materia contractual -la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los fines estatales-, la administración no puede quedar expuesta a las excepciones que se formulen y que tengan origen en la conducta del tomador del seguro -el contratista afianzado-, o en su comportamiento, no solo ante su eventual incumplimiento del contrato garantizado, sino también ante la reticencia e inexactitud en que haya incurrido al momento de adquirir la póliza.

De manera que, agregó esa corporación, el haber establecido en el decreto antes mencionado *“los amparos, las exclusiones, las*

reglas de cesión del contrato, la improcedencia de la terminación automática del seguro –por falta de pago– y la inoponibilidad de las excepciones por la conducta del tomador, entre otras, como se hace en el artículo 15 acusado, no es otra cosa que la definición de las condiciones generales que debe contener toda garantía de cumplimiento”²⁴. (Subrayado fuera de texto, sentencia de 14 de junio de 2019, Radicación 11001 03 26 000 2009 00047 00).

En síntesis, en el seguro de cumplimiento el riesgo asegurable es el eventual incumplimiento de la obligación del tomador “*afianzado*”, lo cual incluye tanto su culpa grave como sus actos potestativos, entre los que, por su puesto, se cuenta el dolo”.

En otro apartado de la susodicha providencia, se dijo por la Sala Mayoritaria, en cuanto al riesgo y las devoluciones se afirmó:

“7.4.2.1. El artículo 860 del Estatuto Tributario con las modificaciones introducidas en la Ley 223 de 1995, vigente al momento de la celebración de los contratos de seguro objeto de examen (todos suscritos entre los años 2005 a 2008), contenido en el Título X sobre las “*devoluciones*” de impuestos, señala lo siguiente:

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

²⁴ Subrayado fuera de texto.

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.

Como se ve, el precitado artículo no contiene concepto alguno de siniestro. Establece (i) el termino en el que la Administración tributaria deberá proceder a la devolución de impuestos cuando su reclamación esté acompañada de una garantía a favor de la Nación; (ii) el término de vigencia que debe tener la garantía para que aquélla pueda proceder a la devolución en el término de 10 días y (iii) la consecuencia jurídica que debe asumir el garante en el caso de que la Dirección de impuestos notifique liquidación oficial de revisión, cuál es su responsabilidad solidaria respecto tanto de la obligación garantizada como de la sanción y los intereses -moratorios-.

Sin embargo, efectivamente la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencias emitidas el 19 de mayo de 2016 (radicación 540012333000201300305) y 14 de noviembre de 2019 (radicación número: 25000-23-37-000-2013-00452-01) señaló, en su orden lo siguiente:

(i) (...). *En esas condiciones, el siniestro cubierto por la garantía 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 se declara la improcedencia de la devolución y se ordena el reintegro a que haya lugar.*

(ii) *[E]l siniestro ocurre cuando se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante.*

Pero en las precitadas decisiones el Consejo de Estado no tuvo como objeto discernir sobre la configuración del riesgo asegurado ni interpretar o fijar el alcance de los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio, sino establecer el momento a partir del cual la Administración tributaria debe convocar la intervención del asegurador en garantía de su derecho al debido proceso administrativo.

En la primera providencia el Consejo de Estado concluyó que “*la resolución sanción*” debe ser notificada a la compañía aseguradora para que pueda ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, y para que, en los términos del artículo 829 del Estatuto Tributario, ese acto administrativo quede ejecutoriado frente al garante y pueda servir de fundamento del procedimiento de cobro coactivo.

En la segunda, corrigió esa postura, pues tras indicar que hasta ese momento la misma colegiatura le había dado *“un alcance restrictivo a las disposiciones del Estatuto Tributario que regulan la materia y a la sentencia C-1201 de 2003, lo que ha generado, en ciertas ocasiones, una limitación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso de las compañías aseguradoras”*, señaló necesario *“un pronunciamiento que precise la intervención de los deudores solidarios, garantes y aseguradoras”*; y concluyó que dicha intervención debe habilitarse desde cuando *“se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante”*.

De modo que, examinadas esas providencias, se advierte que en ellas no se distinguió entre el nacimiento de la obligación -el siniestro- y el requisito de exigibilidad de la misma, constituido por el acto administrativo que lo declara o establece el quantum del perjuicio, lo cual se entiende frente al problema jurídico entonces resuelto, pero que la Corte no puede reproducir para resolver este caso, por las razones que se pasan a ver:

(i) Afirmar que *“el siniestro ocurre cuando se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante”*, configura una contradicción en sus mismos términos, toda vez que si mediante la *liquidación oficial o la resolución sanción* se determina la suma que puede ser cobrada por la Administración de impuestos al asegurador, ello implica la

existencia previa del siniestro -o del hecho generador del daño-, pues de otra manera no habría lugar a establecer suma alguna que deba ser pagada por la aseguradora. De manera que lógicamente *el siniestro* no puede estar constituido por el acto que declara o especifica el quantum del perjuicio.

(ii) El artículo 1072 del Código de Comercio instituye que siniestro es *“la realización del riesgo asegurado”*.

Como ya se indicó en el numeral anterior, la Sala de Casación Civil tiene precisado que (i) el objeto del contrato de seguro de cumplimiento es *“servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado”*; (ii) el *siniestro* o, lo que es lo mismo, la ocurrencia del riesgo *“consiste en el no cumplimiento”*, situación en la cual (iii) el *“asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada”*. (C.S.J., SC del 15 de marzo de 1983 reiterada en SC4659 de 3 de abril de 2017, radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01).

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia del 12 de mayo de 2010 (radicado 25000-2327-000-2004) distinguió nítidamente (i) *el nacimiento de la obligación* a cargo del asegurador de (ii) su *exigibilidad*. Indicó cómo lo primero tiene lugar con la ocurrencia del siniestro, -o hecho dañoso previsto por las

partes-; mientras que lo segundo surge, acorde con los artículos 1077²⁵ y 1080²⁶ del Código de Comercio, cuando el asegurado acredita judicial, o incluso extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro, momento a partir del cual la aseguradora cuenta con un mes para pagar la indemnización.

Así se pronunció la citada colegiatura:

El seguro de cumplimiento, al cual ceñirá su estudio la Sala por ser aplicable al caso, tuvo su origen en la Ley 225 de 1938, cuyo objeto es el de servir de garantía a los acreedores de obligaciones que emanen de la ley o de los contratos, acerca de su cumplimiento por parte del obligado, entre otras.

El riesgo asegurado, de conformidad con el artículo 1054 del Código de Comercio, se define como aquel “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.” El siniestro, por su parte, es la realización del riesgo asegurado, y, por tanto, “incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado”. En ese orden de ideas, en un contrato de seguro de cumplimiento, el nacimiento de la obligación a cargo del asegurador está subordinado al acaecimiento del evento dañoso previsto por las partes. Por ende, el siniestro constituye el origen de la obligación de pagar las correspondientes indemnizaciones.

El nacimiento de la obligación no puede confundirse con la exigibilidad de la misma. La obligación nace por la realización del riesgo asegurado.

²⁵ “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. (Inciso primero).

²⁶ “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”. (Inciso primero).

La obligación es exigible a partir del momento en que el asegurador está obligado a pagar la indemnización, derivada de la ocurrencia del siniestro. De conformidad con el artículo 1080 del C. de Co., “el asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad. (...)” Por tanto, se concluye que una vez verificado el siniestro, no nace, sino que se consolida el derecho del asegurado a obtener del asegurador el cumplimiento de la prestación, que no es otra que el pago de la correspondiente indemnización. Con fundamento en esos presupuestos, para efectos del impuesto de renta, y para los contribuyentes que llevan el sistema de causación, los gastos que se deriven de los contratos de seguro de cumplimiento, nacen cuando se realiza el riesgo asegurado. (Subrayado fuera de texto).

La misma corporación en sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 (25000-23-37-000-2015-00385-01), también indicó que la resolución sanción por la que la Administración de impuestos declara la improcedencia de la devolución y ordena el correspondiente reintegro “*determina la exigibilidad de la obligación garantizada*”. Afirmación en la cual se apoyó para señalar que a partir de ese acto surge el interés o legitimación de las compañías de seguros en calidad de garantes “*para recurrir la decisión y demandarla en vía judicial*”.

En síntesis, el *riesgo asegurable* es la eventual e incierta²⁷ insatisfacción de las obligaciones a cargo del deudor -afianzado y tomador del seguro-; el *siniestro* es la realización del riesgo. En

²⁷ Para el asegurado, no para el tomador.

consecuencia, ninguna duda hay en que el siniestro en el contrato de seguro de cumplimiento de disposiciones legales exigido en el artículo 860 del E.T. para la pronta devolución de impuestos, es -acorde con la norma contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio- *el incumplimiento del tomador, de las disposiciones que rigen la devolución*, mas no el proferimiento de algún acto administrativo por parte del asegurado en el que lo declare y determine el quantum del perjuicio. Dicho acto solo materializa el requisito de exigibilidad de la obligación y con el que se integra el título ejecutivo complejo para que la entidad estatal pueda proceder al cobro coactivo. Así lo precisó el Consejo de Estado en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2009²⁸:

El artículo 860 del Estatuto Tributario, vigente para la época de los hechos, preveía que cuando el contribuyente presentara con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, por un valor equivalente al monto objeto de devolución, la Administración debería entregarle 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 el pliego de cargos para imponer la sanción por improcedencia de la devolución, el garante respondía solidariamente por las obligaciones garantizadas y 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.

A su vez, el artículo 828 [4] del Estatuto Tributario, establece que prestan mérito ejecutivo las garantías y cauciones otorgadas a favor de la Nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto administrativo que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas. De la interpretación armónica de los artículos 828 [4] y 860 del Estatuto Tributario, se

²⁸ Sección Cuarta, proceso número 08001233100019930791401. Rad. interno número 16835.

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 los presupuestos de que da cuenta el artículo 829 ibídem. Así mismo, la resolución ejecutoriada, que declara la improcedencia de la devolución y la póliza o garantía, integran el título ejecutivo que sirve de base para el mandamiento de pago.

Lo anterior, por su puesto, sin perjuicio de que el siniestro, la cuantificación del perjuicio y la consecuente responsabilidad del asegurador puedan ser declarados judicialmente, como se verá más adelante (en el numeral 7.4.3.), en proceso en el que sea vinculada la aseguradora en garantía de sus derechos de defensa y contradicción.

7.4.2.2. Por su parte, el artículo 1162²⁹ *ídem* establece que son inmodificables, además de las normas expresamente relacionadas en la misma disposición, las contenidas en el Título V del Código de Comercio, denominado “*del contrato de seguro*”, en razón de su naturaleza o redacción.

Ahora, siendo el *riesgo asegurable* un elemento esencial del contrato de seguro (artículo 1045 *ídem*) y el *siniestro* la

²⁹ “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 1o., 2o. y 4o.), [1065](#), [1075](#), [1079](#), [1089](#), [1091](#), [1092](#), [1131](#), [1142](#), [1143](#), [1144](#), [1145](#), [1146](#), [1150](#), [1154](#) y [1159](#). (...)”.

configuración del mencionado riesgo (artículo 1072 *ídem*), estas normas no pueden ser suplidas por la voluntad de las partes, pues de ocurrir (i) degeneraría el contrato en especies diferentes a la de los seguros comerciales nominados y establecidos por ministerio de la ley, y (ii) las compañías aseguradoras terminarían celebrando negocios jurídicos para las que no están legalmente autorizadas.

Sobre esto último cabe precisar que el numeral 3 -inciso 1- del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) establece que *“el objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en los términos que establezca el Gobierno Nacional”*. (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 184 *ídem*, dispone que las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;

b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y

c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.

En síntesis, la sentencia está incurso en falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 1072 y 1162 del Código de Comercio, por cuya inobservancia el Tribunal ignoró que, conforme con los artículos precitados, el siniestro es la realización del riesgo asegurado, no su declaración mediante acto -administrativo- proveniente del asegurado, y que aquel concepto, no es sustituible por “*la autonomía de la voluntad que gobierna los negocios de los particulares*”.

Frente a la prueba del siniestro y la cuantía del perjuicio en el incidente de reparación integral, en el **radicado 51.168** se aprobó la argumentación que seguidamente se cita como prolijable en este caso:

“(...) el asegurador no puede excusar su responsabilidad con el argumento de que *esos hechos sólo pueden ser acreditados mediante acto administrativo proferido en trámite adelantado por la DIAN*, como se pasa a demostrar:

(i) Si bien la vía administrativa es una posibilidad prevista en el Estatuto Tributario, lo cierto es que el Código de Comercio, el cual rige los contratos de seguro, también habilita la demostración del siniestro y la cuantía del perjuicio en sede jurisdiccional, sin que la existencia de aquella opción excluya o invalide ésta, como tampoco se verifica alguna razón jurídica que imponga un entendimiento opuesto o diferente.

(ii) Por el contrario, como viene de verse [en el numeral 7.4.2.1., (iii)], la obligación a cargo del asegurador nace con la realización del riesgo amparado, y la misma es exigible simplemente cuando el asegurado o el beneficiario prueba tanto el siniestro como la cuantía del perjuicio; para cuyo fin al asegurador le resulta irrelevante si ello ocurre en sede judicial o administrativa, pues en ambas el Ordenamiento garantiza el debido proceso.

Ciertamente, los artículos 1077³⁰ y 1080³¹ *idem* establecen en su orden (a) que al asegurado le corresponde acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida, frente a lo cual (b) el asegurador está en el deber jurídico de pagarla dentro del mes siguiente a la fecha de la demostración del derecho “*aún extrajudicialmente*”, lo cual cobija la posibilidad de que ello se surta en sede jurisdiccional.

(iii) La norma contenida en el artículo 1080 antes citada es imperativa para el asegurador, pues sólo puede ser modificada a favor de la parte asegurada, conforme lo establece el artículo 1162 del Código de Comercio al señalar que “*sólo podrán modificarse*

³⁰ “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso”. (Inciso primero).

³¹ “El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad”. (Inciso primero).

*en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario -las normas consignadas- en los artículos (...) 1080, (...) y 1161*³².

(iv) Mediante las facultades concedidas en el Estatuto Tributario a la Administración de impuestos para declarar el siniestro y el quantum del perjuicio -como ya se indicó en el numeral 7.4.2.1.-, se integra un título ejecutivo complejo con el cual la Administración Tributaria queda facultada a activar, de ser necesario frente al no pago, el cobro coactivo. De manera que por este procedimiento se pretende hacer efectivo un derecho cierto o formalmente acreditado -expreso, claro y exigible- en contra del deudor obligado, mientras que por la vía judicial se busca la declaración del derecho subjetivo carente de certeza -o la modificación o extinción de una relación jurídica - y, de ser necesario, la consecuente impartición de la orden al deudor para que satisfaga la prestación debida³³.

Ahora bien, la carencia de los presupuestos para el cobro coactivo o la acción ejecutiva, no implica imposibilidad jurídica para activar el trámite declarativo, cual es el caso, en asuntos como el que es objeto de estudio, el del incidente de reparación integral en el que tiene cabida el llamamiento en garantía de las aseguradoras, acorde con normas de orden público contenidas en los artículos 102 y 108 del Código de Procedimiento Penal de

³² Subrayado fuera de texto.

³³ C.S.J. SC15032- 22 de septiembre de 2017.

2004, comprendido este último en armonía con la sentencia C-409 de 2009, reiterada en la C-059 de 2010, en la cual la Corte Constitucional declaró inexecutable que *la citación al asegurador al incidente tuviera alcance meramente facultativo para éste y “exclusivamente” para efectos de la conciliación*, con el fin de que el aseguramiento pueda servir al propósito de reparar a la víctima y hacerlo prontamente, de modo que no se convierta en una medida nugatoria del derecho de la víctima a la reparación integral y en burla a la legítima esperanza indemnizatoria que el contrato inspira *“(art. 250 núm. 6º y 7º CP, arts. 11, lit. c) y 102-107 CPP)”*.

(v) Tampoco a partir, *per se*, de la inactividad del acreedor asegurado en orden a propender por la constitución de un título ejecutivo para el consecuente *cobro ejecutivo*, la Corte puede derivar alguna sanción o limitación al derecho fundamental de acceder a la administración de justicia mediante el ejercicio de la *acción ordinaria*, pues incluso el artículo 2536³⁴ del Código Civil frente a la prescripción de la primera, habilita la posibilidad de que el acreedor acuda a la segunda.

(vi) De otra parte, la Sala no puede pasar inadvertido que en asuntos como el presente -donde los hechos que se postulan como constitutivos del siniestro están originados en conductas delictivas de concierto para delinquir, falsedad en documentos privados y fraude

³⁴ “La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5”).

procesal, entre otras-, se desborda la capacidad de las verificaciones que le compete adelantar a la DIAN mediante el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario; pues ese comportamiento delictual es perpetrado precisamente para victimizarla, es decir, para inducirla y mantenerla en error de modo que no logre detectar, mediante el procedimiento de verificación administrativa, irregularidades en las solicitudes de devolución que le permita expedir algún acto administrativo sancionatorio o de liquidación oficial dentro del plazo establecido en el artículo 860 *ídem*.

Es así como aquellos hechos exigen para su verificación, una compleja investigación, que en estos asuntos tienen cabida, como corresponde, mediante el trámite establecido en el Código de Procedimiento Penal; y cuya activación puede concluir en sentencia condenatoria.

En firme esa decisión judicial, la víctima queda habilitada para, en el marco del incidente de reparación integral, demandar una “*pronta e integral reparación*”, no sólo en contra de las personas penalizadas, sino también de “*los terceros llamados a responder en los términos de este Código*”, (literal c) del artículo 11 del C.P.P. de 2004) lo cual, como viene de verse -en el literal anterior-, incluye a las aseguradoras en razón de contrato de seguro válidamente celebrado (artículo 108 *ídem* y sentencia C-409 de 2009).

En este evento el Estado tiene el deber constitucional de garantizarle a la víctima real acceso a la administración de justicia (artículo 229 de la Constitución Política), en actuación donde prevalezca el derecho sustancial (artículo 228 *ídem*), y la “*vigencia de un orden justo*” (artículo 2 *ídem*).

Estos postulados le imponen a la Corte (i) descartar cualquier interpretación o comprensión del derecho dirigida a impedirle al órgano jurisdiccional que, en el incidente de reparación integral, pueda dirimir de fondo sobre la responsabilidad de las llamadas en garantía, y (ii) considerar ineficaz cualquier cláusula del contrato que implique el mismo efecto, es decir, le imposibilite al juez dirimir el debate sobre los aspectos medulares con los que se determina la responsabilidad contractual de las aseguradoras, señalados en el artículo 1080 del Código de Comercio.

Esta última consideración, no es una visión aislada de la Sala de Casación Penal.

Ciertamente, en proceso -conocido por su homóloga de Casación Civil³⁵- adelantado contra Seguros Colpatria S.A. en razón de dos contratos de seguros de cumplimiento contentivos de la estipulación según la cual, *es necesario acompañar sentencia*

³⁵ Y descrito por la misma colegiatura en sentencia proferida el 24 de julio de 2006 (expediente 00191).

judicial que declare el incumplimiento para obtener el pago, en las instancias se decretó la “nulidad absoluta” de dicha cláusula por “contrariar el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el artículo 83 de la ley 45 de 1990, norma imperativa de acuerdo con el artículo 1162 del Código de Comercio”. El juzgador sin embargo declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación de indemnizar a cargo de la aseguradora; frente a lo cual la Corte en sentencia proferida el 24 de julio de 2006 (expediente 00191) señaló lo siguiente:

[A]caecido el siniestro merced a la realización del riesgo asegurado, o sea, en la tipología de seguros que ocupa la atención de la Sala, el incumplimiento de la obligación amparada o garantizada, sustrato de la obligación condicional del asegurador (art. 1045 C.Co), es indispensable por parte del asegurado demostrar ante el asegurador su ocurrencia, es decir, la inejecución de la obligación o débito garantizado, así como el menoscabo patrimonial irrogado (perjuicio) y la cuantía del mismo, para que éste, a su turno, correlativamente proceda a indemnizarle el daño padecido, hasta el monto del valor asegurado, sin la interferencia emergente de estipulaciones enderezadas a minar su efectividad o extensión cuantitativa. (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Consecuentemente, la misma colegiatura resolvió casar -en contra de la aseguradora-, al advertir que:

El juzgador concluyó que el siniestro no se acreditó, porque ‘la terminación unilateral del contrato no la realizó el demandante de acuerdo con lo pactado’ incurriendo en el yerro fáctico que denuncia el censor, pues terminó considerando que el siniestro se materializaba, no con el incumplimiento del contrato por parte del contratista (...), sino con la terminación del negocio jurídico asegurado ‘por haberse presentado una de las causales señaladas’ en la cláusula décima octava de este”.

Y aclaró cómo:

“[E]l Tribunal en lugar de determinar con apoyo en las pruebas recaudadas si había existido incumplimiento (...), se alejó del núcleo del amparo conferido, situándose en una zona adyacente o periférica del mismo, aludiendo a ciertas circunstancias contractuales que aunque tenían alguna relación con el asunto sometido a su consideración (...) no eran las que debían ser escrutadas (...)”.

Como se ve, la norma contenida en el artículo 1080 del Código de Comercio, contrario a lo propuesto por Axa Colpatria Seguros S.A., no puede ser suplida o restringida por cláusulas contractuales en detrimento del derecho del asegurado, consistente en que el asegurador frente a la demostración del siniestro y la cuantía de la pérdida, ya sea por vía judicial o extrajudicial, responda por su obligación de pagar la indemnización.

En resumen, los yerros de la sentencia relacionados con la validez de los contratos de seguro de cumplimiento y el concepto de siniestro, generaron consecuentemente (i) la violación del artículo 1080 del Código de Comercio, cuya naturaleza imperativa obliga su aplicación; (ii) el desconocimiento del alcance integral de la reparación, instituida para el presente trámite en normas de orden público del Código de Procedimiento Penal; y (iii) la violación de la Constitución Política, en cuanto subvirtió la prevalencia del derecho sustancial, restringió a la víctima el acceso a la administración de justicia previsto en el Código antes mencionado y desconoció el deber de las

autoridades jurisdiccionales de propender por la vigencia de un orden justo.

Ahora, este último fin esencial del Estado en el caso concreto se materializa -de manera contraria a la propuesta por las aseguradoras- dejando a salvo la posibilidad de que, en el incidente de reparación integral, el juez pueda resolver sobre la responsabilidad del asegurador en contratos de seguro válidamente celebrados, a partir de verificar sus elementos medulares, cuales son precisamente los señalados en el artículo 1080 del Código de Comercio, esto es, si el asegurado probó el siniestro, el consecuente perjuicio y la cuantía de la pérdida, sin la interferencia de estipulaciones que frustren “*su efectividad o extensión cuantitativa*” como en efecto, ya lo tiene precisado la Sala de Casación Civil en la sentencia antes citada”.

Precisado lo anterior, que sienta las bases con las que se deciden las demandas de casación, pasa la Corte a señalar las condiciones en que se resuelven los reproches definitivamente.

Caso concreto

3. Una vez precisado el precedente y necesario marco conceptual, se impone establecer las premisas **fácticas y probatorias** concretas de la presente decisión.

Durante la práctica probatoria del incidente fue debidamente acreditado que:

3.1. La Previsora expidió, el **25 de marzo de 2009**, el seguro de cumplimiento **póliza** de disposiciones legales n° **101955**³⁶, tomador Samuel Metales SAS, con vigencia hasta abril 25 de 2011, por un valor total de **\$1.768.730.000**, asegurado la Nación –Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos con el objeto de *“garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 670 y 860 del Estatuto Tributario (...) en relación con la solicitud de devolución del saldo a favor en el impuesto sobre las ventas del **primer bimestre de 2009**”*.

En las condiciones generales de dicha póliza, como **condición décima segunda – siniestro** se pactó *“**se entiende causado el siniestro cuando quede debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declara el incumplimiento** que ampara la presente póliza, por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal, cuando tal resolución haya sido notificada oportuna y debidamente al deudor de la obligación garantizada y a PREVISORA (sic)”*.

³⁶ Cuaderno n° 1 fl 2.

3.2. La **Compañía Suramericana** emitió dos pólizas de seguro de cumplimiento de disposiciones legales, a saber:

3.2.1. N° 0143112-0³⁷, 15 de enero de 2009, tomador Samuel Metales SAS, beneficiario la Nación unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, inicio 15 de febrero 2009, vencimiento 15 de febrero del 2011, valor asegurado **\$1.574.855.000** periodo **bimestre 6 noviembre - diciembre 2008**.

3.2.2. N° 0114872-6³⁸, **10 de noviembre de 2008**, tomador Samuel Metales SAS, beneficiario la Nación Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, inicia 10 de noviembre de 2008, vence 10 de diciembre (sic) de 2010, valor total asegurado **\$870.525.469**, **bimestre 5 septiembre a octubre 2008**.

3.3. En esos dos documentos se consignó que *“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 evolución las cuales se harán efectivas*

³⁷ Fl 107.

³⁸ Fl 125.

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 improcedencia de la evolución aun si éste se produce con posterioridad a los 2 años”.

Según las condiciones generales de las dos pólizas (segunda - siniestros) *“se entiende causado el siniestro cuando quede debidamente ejecutoriada la resolución administrativa que declara el incumplimiento que ampara esta póliza por causas imputables a la persona obligada al cumplimiento de la respectiva disposición legal cuando tal resolución haya sido notificada oportuna y debidamente a la Sudamericana (sic)”.*

3.4. Debidamente precisado el contenido de las cláusulas relevantes de las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales n° 1010955, 114872-6 y 143112-0, lo primero es señalar que, en armonía con lo precisado en los numerales precedentes de esta decisión y que sirven de fundamento a la resolución del cargo, para los actuales fines, **ejecutoriada la sentencia penal, resulta suficiente acreditar en el incidente de reparación integral, que: i) se procedió a una devolución; ii) improcedente; iii) realizada en vigencia de una póliza de cumplimiento de disposiciones legales, con lo que queda demostrada la existencia del daño y su cuantía.**

En este asunto se acreditó que la DIAN dispuso la devolución de tributos, en vigencia de las siguientes garantías:

Resolución	Póliza
N° 65	N° 1010955.
17 de abril de 2009 , por \$1.733.579.000, año gravable 2009, periodo 1	Vigencia 2009/03/25 a 2011/04/25, primer bimestre 2009
N° 21	N° 143112-0.
29 de enero de 2009 , por \$ 1.557.709.000, año gravable 2008, periodo 6	Vigencia 2009/01/15 a 2011/02/15, bimestre 6° (noviembre diciembre/2008)
N° 398	N° 114872-6.
26 de noviembre de 2008 , por \$870.525.000, año gravable 2008, periodo 5	Vigencia 2008/11/10 a 2010/12/10, bimestre 5° (septiembre octubre/2008)

4. La división de gestión de recaudación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Santa Marta adoptó los siguientes actos administrativos y procedió a las devoluciones que se detallan a continuación:

4.1. Resolución número 65³⁹, de 17 de abril de 2009, mediante la cual **reconoció, devolvió y compensó** un saldo a

³⁹ Cuaderno n° 1, folio 95.

favor de Samuel Metales SAS, en cuantía de **\$1.768.330.000**, esa operación se encontraba respaldada por la póliza n° 101955 de La Previsora.

Según declaración rendida por el vicepresidente de operaciones de Deceval S.A., César Alfonso forero Castañeda, así como por la documentación por él aportada, se pudo establecer que por virtud de lo dispuesto en la resolución n° 65 de 17 abril de 2009, Deceval tramitó la operación y se procedió a la **devolución efectiva de un valor de \$1.733.579.000**, a través de Bancolombia, con intermediación de Global Securities S.A., comisionista de bolsa, que negoció el título finalmente adquirido por el Banco Corpbanca Colombia S.A.

La diferencia de \$35.151.000 millones entre lo reconocido en la resolución n° 65 y lo efectivamente devuelto, con intermediación de Deceval S.A., se explica por compensación⁴⁰ que hiciera, el mismo 17 de abril de 2009, la división de gestión de recaudación de la DIAN.

4.2. Resolución n° 21⁴¹, de 29 de enero del 2009, ante solicitud de devolución y compensación presentada por Samuel

⁴⁰ Cuaderno n° 1, fl 11. Impuesto debido por el contribuyente que le fue descontado del saldo a favor reconocido previamente.

⁴¹ Cuaderno n° 1, fl 105.

Metales SAS, por un valor total de \$1.574.855.000, compensó el valor de \$17.146.000 y devolvió **\$1.557.709.000**.

Según declaración rendida por el vicepresidente de operaciones de Deceval S.A., César Alfonso forero Castañeda, así como por la documentación por él aportada, se pudo establecer que por virtud de lo dispuesto en la resolución n° 21 de 29 de enero de 2009, Deceval tramitó la operación y se procedió a la **devolución efectiva de un valor de \$1.557.709.000.**, a través de Bancolombia, con participación de las comisionistas de bolsa Global Securities S.A. y Stanford S.A.

4.3. Resolución n° 398⁴² de 26 de noviembre de 2008 por medio de la cual resolvió la solicitud de devolución y compensación presentada por Samuel Metales SAS, por un valor total de **\$870.525.000**, en la que, en la misma orden, la Dian dispuso “*devolver la esa suma mediante giro a la cuenta corriente o de ahorros (sic) número 916 438 1774 1 departamento Magdalena ciudad Santa Marta banco Colombia sucursal Santa Marta*”.

Esa operación no se realizó por intermedio de Deceval S.A. y, a pesar de lo dispuesto en el referido acto administrativo, no fue allegado ningún soporte que acredite que dicha transacción

⁴² Cuaderno n° 1, fl 122.

se llevó a cabo efectivamente. No obstante, según la declaración de Juan Carlos Yates y el dictamen pericial por él realizado, esa suma sí fue efectivamente devuelta.

4.4. Procesalmente se acreditó que la DIAN, con base en la documentación espuria, hizo esas tres millonarias devoluciones garantizadas con pólizas de seguro de cumplimiento.

Por tanto, se probó la realización *fáctica* del riesgo asegurado en las pólizas, en tanto se verificó el incumplimiento de disposiciones legales antes indicadas, es decir, se demostró la existencia del daño y su cuantía, por lo que procede la condena civil.

Con fundamento en las consideraciones fácticas, jurídicas y probatorias que anteceden, la Sala procede a dar una puntual contestación a los cargos formulados.

La Previsora

Primer cargo. No prospera.

5. La póliza n° 1010955 de cumplimiento de disposiciones legales, contrario a lo sostenido por el demandante, sí contiene

un contrato de seguro válido, existente y eficaz que indiscutiblemente nació a la vida jurídica.

Como quedó establecido, con fundamento en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, sí resulta posible verificar la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de seguro de cumplimiento, toda vez que la aseguradora, mediante el pago de una prima, amparó al asegurado (acreedor) contra el eventual incumplimiento del tomador el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste, precisamente, en el no cumplimiento.

Si bien los testigos Álvaro Muñoz y Mariano Sánchez, señalaron, entre otras, que *la compañía fue asaltada en su buena fe y la documentación presentada contenía información no veraz*, ese tipo de manifestaciones carecen del alcance otorgado de cara a la existencia y validez del contrato de seguro de cumplimiento, pues se itera que la aseguradora asumió el riesgo de incumplimiento del tomador y, por lo mismo, le corresponde soportar la conducta dolosa de éste.

No se corresponde con lo efectivamente acreditado sostener que, para 2008, *la DIAN conocía los fraudes que se venían realizando y aun así permitió que La Previsora expidiera una póliza*. Esa manifestación carece de soporte demostrativo y se

limita única y exclusivamente a *la inferencia y percepción subjetiva* exteriorizada por Mariano Sánchez, investigador de fraudes de la aseguradora.

Segundo cargo. Está llamado a prosperar.

6. El Tribunal erró al condenar a La Previsora a pagar una suma que ya había sido cancelada, por concepto de devolución improcedente, al amparo de la póliza n° 1010955, el 30 de agosto de 2013.

Una condena por monto (\$499.652.000) y concepto (indebido reintegro) idénticos no resulta procedente.

Se allegó a la actuación el recibo oficial de pago de impuestos nacionales n° 490703469985-6, con sello de pagado, por valor de \$499.652.000, generado el 30 de agosto de 2013, a favor de Samuel Metales.

La Resolución 900018, febrero 15 de 2012, que confirmó la sanción impuesta, al resolver un recurso de reconsideración, por **la resolución sanción n° 192412011000022, de febrero 2 de**

2011⁴³, adicionada⁴⁴ por la n° 900.001 de febrero 15 de 2011⁴⁵, mediante la cual “*impuso la sanción por devolución y/o compensación improcedente prevista en el artículo 670 del Estatuto Tributario consistente en el reintegro de los \$499.652.000, más los intereses moratorios correspondientes incrementados en un cincuenta por ciento (50%)*”⁴⁶, a Samuel Metales y **La Previsora**.

Con esa decisión se dio por agotada la vía gubernativa. Esa determinación estuvo determinada por la solicitud de corrección presentada por el contribuyente.

Se logró establecer que, producto de la solicitud de devolución presentada por Samuel Metales SAS, el 2 de abril de 2009, por valor de \$1.768.730.000, la DIAN inició un proceso de investigación que motivó a que dicho contribuyente, el 25 de marzo de 2010, de manera voluntaria, presentara una declaración electrónica de corrección en la que disminuía el total

⁴³ Cuaderno n° 1, fl 399.

⁴⁴ Cuaderno n° 1, fl 8. “En el sentido de vincular a la citada compañía de seguros La Previsora S.A Cia. de seguros... en su condición de deudor solidario de la obligación mencionada”.

⁴⁵ Cuaderno n° 1, fl 404- 406. “RESUELVE Primero: vincular a La Previsora S.A compañía de seguros a la resolución sanción número 19 24120 110000 22 de fecha 02/02/2011 por la improcedencia de la evolución al contribuyente Samuel Metales S.A.S. que ordena el correspondiente reintegro. Segundo: declarar que La Previsora S.A compañía de seguros debe pagar a la DIAN las obligaciones garantizadas en calidad de deudor solidario por valor de cuatrocientos noventa y nueve millones seis cientos cincuenta y dos pesos \$499.652.000 más los intereses moratorios que correspondan aumentados en un 50%”.

⁴⁶ Cuaderno n° 1, fls 8 y 401.

del saldo a favor susceptible de ser solicitado en devolución para declararlo en cuantía de \$1.269.078.000.

Así las cosas, dado el reconocimiento unilateral de Samuel Metales SAS, automáticamente devino improcedente, por ausencia de derecho reconocido de manera autónoma, el pago de la suma de \$499.652.000.

Así consta en la resolución DIAN 900018 de 15 de febrero de 2012⁴⁷.

El 30 de agosto de 2013, La Previsora seguros **canceló**⁴⁸ a favor de la DIAN el valor de \$499.652.000⁴⁹, con ocasión de la actuación administrativa sancionatoria adelantada por esa entidad contra Samuel Metales SAS, por el primer bimestre de 2009.

Ese monto exacto fue la sanción impuesta por la DIAN al contribuyente y a la aseguradora, obtenido de la diferencia entre el valor solicitado en devolución (**\$1.768.730.000**) y la corrección voluntaria, efectuada por la referida persona jurídica, en cuanto

⁴⁷ Cuaderno n° 1, fls 7 a 17, por medio de la cual se resuelve un recurso de reconsideración.

⁴⁸ Cuaderno n° 1, fl 20.

⁴⁹ Decreto 699 de 2013, artículo 4° - Parágrafo. "Cuando se trate de sanciones por devolución improcedente, los garantes que se acojan a la terminación por mutuo acuerdo deberán acreditar el pago o acuerdo de pago de los valores asegurados, sin los intereses ni el incremento a que se refiere el artículo 670 del Estatuto Tributario".

al monto *real* de la devolución a la que tenía derecho (**\$1.269.078.000**).

Ese faltante **ya fue cancelado por La Previsora (\$499.652.000)**.

Así mismo, como con acierto lo planteó el libelista, con posterioridad a la resolución sanción de febrero 2 de 2011 y a ese pago de agosto 30 de 2013, la DIAN no acreditó la exigibilidad de ningún otro siniestro ni por ese mismo, ni por otro valor vinculado a la citada póliza, con ocasión de la referida devolución.

Vista la ausencia de prueba sobre la exigibilidad de otros siniestros no resultaba viable condenar al pago de **\$499.652.000** a La Previsora.

En consonancia con lo planteado en el *cargo tercero*, se advierte que efectivamente el único siniestro que, configurado, también resultaba exigible, a través de la resolución sanción, fue cancelado el 30 de agosto de 2013, por valor de \$499.652.000, sin que concurren los requisitos legales para ordenar otro pago adicional contra esa aseguradora, por idéntico monto y concepto.

Por lo expuesto, *el cargo prospera* y se revocará el numeral segundo del fallo de segunda instancia.

La Dirección de Impuestos y Aduanas

7. Razón le asiste al demandante cuando afirma que el Tribunal concedió un alcance totalmente ajeno al objetivo de la resolución sanción n° 192412011000022 de 2 de febrero de 2011, por cuanto la devolución n° 65, a favor de Samuel Metales, que ascendía a \$1.768.730.000, fue corregida, el 25 de marzo de 2010, en el sentido de reducir dicho monto a \$1.269.078.000, “es decir una corrección de \$499.652.000, porque $\$1.768.730.000 - \$1.269.078.000 = \$499.652.000$ ”.

Se concede también que, según diferentes probanzas, descontado el pago parcial efectuado por La Previsora, en el caso de la póliza expedida por esa entidad, el perjuicio asciende a \$1.269.078.000 por indebida devolución.

Así mismo, sí se probó la realización de devoluciones efectuadas del orden de \$ 1.557.709.000 y \$870.525.000, estaban amparadas con pólizas de la **Compañía Suramericana de Seguros S.A.**

En otros términos, la víctima demostró en el incidente i) la existencia del daño (tres devoluciones improcedentes); ii) su cuantía (\$1.269.078.000, \$1.557.709.000 y \$870.525.000); iii) la existencia y vigencia de las pólizas n° 1010955, 114872-6 y 143112-0; y iv) que las devoluciones fueron ejecutadas en

vigencia de las mismas y correspondieron a los periodos tributarios allí amparados. Todo lo cual tuvo ocurrencia dentro del término de ley.

Por lo expuesto, **el cargo está llamado a prosperar** y, tal y como con acierto lo resolvió el *a quo*, **se condenará** a:

i) **La Previsora S.A.** al pago solidario de la suma de \$1.269.078.000, por la póliza n° 1010955 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN; y

ii) **La Compañía Suramericana de Seguros S.A.** al pago solidario de la suma de \$870.525.000, por la póliza n° 114872-6 y \$1.574.855.000 por la póliza n° 143112-0 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

En efecto se demostró que la Dian efectuó tres millonarias devoluciones del impuesto del IVA, claramente improcedentes, determinadas por el actuar delictivo de los contribuyentes, empero debidamente amparadas por pólizas de cumplimiento, pues tratándose del seguro de cumplimiento de disposiciones legales la existencia de aquél, no configura la exigibilidad de éste, como quedo ampliamente establecido.

Lo anterior se aclara en tanto el o los perjuicios (detrimento patrimonial de la Dian) pueden ser acreditados por cualquier medio legal, en cabal aplicación del principio de libertad probatoria, mientras que la exigibilidad de la obligación del asegurador deviene del trámite adelantado ante la jurisdicción penal.

8. Por lo antes expuesto, con la misma consecuencia, el *segundo cargo está llamado a prosperar*, pues resulta viable sostener que el siniestro existió desde la perspectiva fáctica, en tanto el riesgo asegurable se realizó con el incumplimiento de las disposiciones legales en materia de devolución de impuestos, sin que resulte posible exigir la efectiva expedición de las correspondientes resoluciones sanciones, porque se acudió a la vía judicial.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: CASAR parcialmente la sentencia impugnada.

Segundo: REVOCAR el numeral segundo del fallo del Tribunal, que condenó a la aseguradora La Previsora al pago de la suma de \$499.652.000, más los intereses moratorios.

Tercero: CONDENAR a La Previsora S.A. al pago de la suma de \$1.269.078.000, por la póliza n° 1010955 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Cuarto: CONDENAR a la Compañía Suramericana de Seguros S.A. al pago de las sumas de \$870.525.000, por la póliza n° 114872-6 y \$1.574.855.000 por la póliza n° 143112-0 a favor de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

Contra esta providencia no procede recurso alguno.

Devuélvase la actuación a la Corporación de origen.

Cópiese, comuníquese y cúmplase,

GERSON CHAVERRA CASTRO

Presidente

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

ACLARO VOTO

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria