



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., cuatro (4) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: TUTELA
Radicación: 11001-03-15-000-2019-00587-01
Demandante: SEGUROS DEL ESTADO S.A.
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Temas: Tutela contra providencia judicial. Póliza de cumplimiento de disposiciones legales

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte demandante, contra el fallo del 10 de mayo de 2019, proferido por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, a través del cual negó el amparo solicitado en la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La sociedad comercial Seguros del Estado S.A, por conducto de apoderado, instauró acción de tutela el 8 de febrero de 2019, contra el Tribunal Administrativo de Santander, con el fin de que se protegieran sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia, los cuales consideró vulnerados con ocasión de la sentencia de segunda instancia del 9 de agosto de 2018, proferida por la referida autoridad judicial, en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 68001-33-31-005-2011-00244-01.

En concreto, formuló las siguientes pretensiones:

"1. TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso (artículo 29 de la Constitución), defensa y principio de legalidad como componentes del debido proceso (artículo 29 de la Constitución) y acceso a la justicia (artículo 229 de la Constitución) de los que es

Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia
www.consejodeestado.gov.co





titular *SEGUROS DEL ESTADO S.A.*, vulnerados por la sentencia de agosto 9 de 2018, proferida por el *TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER*.

2. *DEJAR SIN EFECTOS* la sentencia de agosto 9 de 2018, proferida por el *TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER* dentro del proceso de nulidad con restablecimiento del derecho, en el que figura como demandante *SEGUROS DEL ESTADO S.A.* y como demandada *LA NACIÓN - DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN*.

3. *ORDENAR* al *TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER*, que dentro de los 15 días siguientes a la notificación del fallo de tutela, se sirva *DICTAR SENTENCIA DE REEMPLAZO*, en la que se declare la nulidad de los actos administrativos demandados, precisando dentro de la parte considerativa del fallo, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 1079 del Código de Comercio, *SEGUROS DEL ESTADO S.A.*, en calidad de garante con responsabilidad solidaria, no está obligada a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada.

4. *SE ADOPTEN* todas las demás decisiones y medidas que el Juez colegiado de tutela considere necesarias para el restablecimiento inmediato de los derechos fundamentales de *SEGUROS DEL ESTADO S.A.*¹

La petición de tutela, tuvo como fundamento los siguientes:

2. Hechos

Indicó que Seguros del Estado S.A., es una sociedad comercial anónima de carácter privado, debidamente constituida.

Mencionó que el 7 de diciembre de 2007, dicha sociedad expidió la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales CU-DL 96-43-101000426, en la que fue tomador el contribuyente Cesar Augusto Hernández Fernández, en beneficio de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN), por valor asegurado de \$16'673.000.00, cuyo objeto consistió en *"El cumplimiento de las disposiciones legales referente al impuesto a la venta quinto bimestre (septiembre –octubre) de 2007, para devolución de saldos a favor de Cesar Augusto Hernández Fernández, por valor de \$16'673.000 (Dieciséis Millones Seiscientos Setenta y Tres Mil Pesos) y especialmente el artículo 860 del estatuto tributario (sic) modificado por el artículo 144 de la Ley 223 de 1995 (...)"*.²

¹ Folios 1 a 38.

² El contribuyente había presentado su declaración del impuesto sobre las ventas del quinto bimestre de 2007, que registró un saldo a favor por la suma en mención. Al momento de solicitar su devolución, constituyó la referida póliza, para de esta forma garantizar su



Señaló que el 28 de junio de 2010 la DIAN emitió la Resolución Sanción 042412010000260, por medio de la cual impuso sanción al referido contribuyente por devolución improcedente, y ordenó el reintegro de la suma de \$16'673.000.00, más los intereses moratorios aumentados en un 50%.

Indicó que el 7 de diciembre de 2010 la DIAN profirió mandamiento de pago en su favor, y en contra de Seguros del Estado S.A., por valor de \$16'673.000.00, más los intereses moratorios causados aumentados en un 50%.

Agregó que el 18 de enero de 2011 Seguros del Estado propuso las excepciones de falta del título ejecutivo, falta de ejecutoria del título, calidad de deudor solidario, indebida tasación del monto de la deuda y pago de la obligación.

Adujo que mediante la Resolución 000268 del 7 de febrero de 2011, la DIAN declaró no probadas dichas excepciones y ordenó seguir adelante la ejecución.

Señaló que interpuso recurso de reposición contra el acto en mención, el cual fue confirmado en todas sus partes mediante la Resolución 000825 del 7 de abril de 2011.

Afirmó que por los hechos descritos, Seguros del Estado S.A. presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la DIAN, en la que solicitó la anulación de las resoluciones 000268 y 000825 de 2011, y a título de restablecimiento del derecho la devolución de los dineros pagados.

Precisó que el Juzgado Trece Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá³ dictó sentencia de primera instancia, en la que negó las pretensiones de la demanda.

Adujo que dicha autoridad judicial consideró que la resolución sanción no se debe notificar al garante, y que si bien la póliza de que se trata precisó la suma asegurada, no se debe desconocer que el riesgo amparado, además

reintegro, en el evento de que dicha devolución fuera improcedente. Según el artículo 860 del Estatuto Tributario, *"Cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución, (...), la Administración de Impuestos, dentro de los veinte (20) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro."* En consecuencia, la DIAN procedió a devolver el saldo a favor mediante la Resolución 1404 del 19 de octubre de 2007. Más adelante, previo agotamiento del proceso de determinación del impuesto sobre las ventas, la DIAN advirtió que la devolución de que se trata era improcedente, por lo que profirió resolución sanción.

³ Despacho al que correspondió el conocimiento del asunto por virtud de la medida de descongestión prevista en el Acuerdo PSAA14-10251 del 14 de noviembre de 2015.





de la devolución del monto asegurado, implica el pago de las sanciones por improcedencia.

Expuso que Seguros del Estado S.A. apeló el fallo, y que el Tribunal Administrativo de Santander, mediante sentencia del 9 de agosto de 2018, lo confirmó.

Explicó que, en criterio de dicha autoridad judicial, si bien la resolución sanción no fue notificada, sí fue comunicada al garante para que ejerciera su derecho de defensa, lo que perfeccionó el título.

Aseveró que, en lo concerniente al monto asegurado, el Tribunal consideró que en los actos demandados se estableció una sanción contra el contribuyente y la orden de cumplimiento de cobertura de la póliza de garantía, y que la tasación del monto correspondiente al riesgo asegurado no es un asunto que deba ventilarse en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que tal aspecto es propio del ámbito de la obligación de aseguramiento que se rige por el contrato de seguro, y de una eventual discusión en relación con su cobertura.

3. Sustento de la petición

Sostuvo que la providencia bajo cuestionamiento adolece de **defecto procedimental absoluto** por cuanto negó la nulidad de los actos que negaron las excepciones contra el mandamiento de pago, emitido en el marco de un proceso administrativo que se adelantó sin notificar el acto sancionatorio a Seguros del Estado S.A., lo que impidió su ejecutoria y el ejercicio del derecho de defensa.

Al respecto, explicó que el título ejecutivo para proferir mandamiento de pago lo constituyó la Resolución 042412010000260 del 28 de junio de 2010, por medio de la cual la DIAN impuso sanción al contribuyente Cesar Augusto Hernández Fernández por devolución improcedente, y ordenó el reintegro de la suma de \$16'673.000.00, más los intereses moratorios aumentados en un 50%.

Agregó que dicho acto no se notificó a Seguros del Estado S.A., quien emitió la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales CU-DL 96-43-101000426, donde figuraba como tomador el contribuyente sancionado.

Expuso que la falta de notificación de que se trata trajo como consecuencia que no surgiera la ejecutoria del título, e impidió a Seguros del Estado S.A. ejercer su derecho de defensa respecto de la sanción, específicamente frente a los intereses moratorios aumentados en un 50%.





175

Radicado: 11001-03-15-000-2019-00587-01
Demandante: Seguros del Estado S.A.

Advirtió que tal aspecto fue alegado tanto al momento de proponer las excepciones contra el mandamiento de pago, como en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

Indicó que de acuerdo con los artículos 564 y 565 del Estatuto Tributario, las resoluciones en las que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse.

Mencionó que la Corte Constitucional sostuvo, en la sentencia C-012 de 2013, que la falta de notificación del acto sancionatorio es una irregularidad trascendente, que impide el cumplimiento del principio de publicidad y viola los derechos de la parte afectada.

Advirtió que, en consecuencia, la falta de notificación del acto sancionatorio impidió su ejecutoria y, por lo tanto, no podía servir de fundamento para proferir mandamiento de pago, por cuanto no cumplió el requisito previsto en el artículo 828 del Estatuto Tributario, de acuerdo con el cual prestan mérito ejecutivo *“Las garantías y cauciones prestadas a favor de la Nación para afirmar el pago de obligaciones tributarias a partir de la ejecutoria del acto de la administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.”*

Sostuvo que la ausencia del título ejecutivo por falta de ejecutoria, es atribuible a la DIAN, entidad que tiene conocimiento del domicilio y sede de Seguros del Estado S.A., y de su obligación legal de notificar los actos administrativos sancionatorios.

Agregó que, por lo tanto, el Tribunal Administrativo de Santander debió anular los actos administrativos demandados en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que el título bajo el cual se inició el proceso ejecutivo en el que se profirieron, no estaba ejecutoriado por falta de notificación, por lo que se desconoció el derecho al debido proceso de Seguros del Estado S.A.

Afirmó que la providencia bajo censura adolece de **defecto sustantivo** por inaplicación de la ley del contrato de seguro que regula el caso concreto.

Sobre el particular, señaló que el Tribunal Administrativo de Santander no aplicó la ley del caso, constituida por el contrato de seguro contenido en la póliza correspondiente y el artículo 1079 del Código de Comercio.

Explicó que las pólizas como la del caso, se otorgan para garantizar el cumplimiento de obligaciones contenidas en disposiciones legales, como leyes, decretos, resoluciones, acuerdos etc.





Luego de explicar las características de dicho instrumento, señaló que el siniestro se configura cuando se profiere el acto administrativo que declara el incumplimiento que ampara la póliza, y que la responsabilidad de la aseguradora concurre hasta el monto amparado.

Posteriormente, señaló que en los términos del artículo 1079 del Código de Comercio *"El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)"*, regla que ratificó el Consejo de Estado en sentencia del 15 de noviembre de 2018⁴.

Indicó que el Tribunal Administrativo de Santander, en la providencia bajo censura, sostuvo que la resolución sancionatoria no tasó el monto a reintegrar por una suma superior al monto asegurado, y que por ello no se desconoció el artículo 1079 del Código de Comercio.

Agregó que, sin embargo, el acto sancionatorio impuso al contribuyente amparado la sanción consistente en reintegrar la suma de \$16'673.000.00, más los intereses moratorios aumentados en un 50%, con lo que desbordó el monto asegurado.

Concluyó que, por lo anterior, la autoridad judicial demandada incurrió en defecto sustantivo por desconocimiento de la normatividad aplicable al caso.

4. Trámite en primera instancia

Por auto del 12 de febrero de 2019, el ponente admitió la presente solicitud de amparo, dispuso la notificación de la autoridad judicial demandada, y la vinculación del juez Trece Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, del director de la DIAN, y del señor Cesar Augusto Hernández Fernández, como terceros interesados en el resultado del proceso⁵.

5. Contestación

5.1. Juzgado Sesenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá

La titular del Despacho advirtió que el expediente fue remitido al Juzgado Trece Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2015, en virtud de lo dispuesto en el Acuerdo PSAA14-10251 del 14 de noviembre de 2015, y que dicho despacho profirió sentencia de primera instancia el 29 de septiembre de 2015.

Agregó que si bien es cierto que mediante el Acuerdo CSBTA15-442 del 10

⁴ Citó la sentencia proferida en el expediente con radicación 05001-23-33-000-2014-01483-01, con ponencia del doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

⁵ Folio 106.





de diciembre de 2015, el Juzgado Sesenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá asumió los procesos que estaban a cargo del Juzgado Trece Administrativo de Descongestión del Circuito de Bogotá, también lo es que a la fecha de entrada en vigencia de tal medida, dicho despacho ya había proferido sentencia y remitido el expediente al Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Bucaramanga, por lo que, en realidad, no tuvo conocimiento el asunto, luego no le es posible efectuar pronunciamiento sobre el particular⁶.

5.2. Juzgado Quince Administrativo del Circuito de Bucaramanga

El secretario del juzgado informó que mediante el Acuerdo PSAA15-10414 del 30 de noviembre de 2015, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ordenó la transición entre los despachos de descongestión y los juzgados permanentes creados, por lo que ese Despacho entró en funcionamiento a partir del 23 de febrero de 2016, y la única actuación que surtió en el trámite en cuestión fue el auto del 28 de septiembre de 2018, mediante el cual dispuso avocar su conocimiento y obedecer y cumplir lo resuelto por el superior⁷.

5.3. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

El subdirector de Representación Externa, mencionó que la presente solicitud de amparo no cumple con los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, toda vez que la misma pretende plantear ante el juez constitucional asuntos que fueron resueltos en las instancias judiciales⁸.

Argumentó que la resolución sancionatoria de que se trata sí se notificó a Seguros del Estado, según la guía de entrega correspondiente que adjuntó, y que la parte actora, pese a tener conocimiento de tal acto, se abstuvo de interponer recursos contra el mismo.

Adujo que en el trámite ordinario se respetaron todas las garantías procesales de la demandante, toda vez que las decisiones allí tomadas fueron motivadas y pasibles de recursos.

Concluyó que no está acreditado algún perjuicio irremediable o la vulneración de los derechos de la actora, quien pretende utilizar la acción de tutela como un mecanismo extraordinario o de tercera instancia para debatir hechos y eventos ya examinados y decididos.

⁶ Folio 117.

⁷ Folio 119.

⁸ CD visible a folio 115.





5.3. Tribunal Administrativo de Santander

No se pronunció sobre el asunto, pese a que fue notificado⁹.

5.4. Cesar Augusto Hernández Fernández

Notificado en debida forma¹⁰, no intervino.

6. Sentencia de primera instancia

La Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, mediante sentencia del 10 de mayo de 2019, negó el amparo.

La consideraciones del *a quo* para proceder en el sentido indicado se sintetizan a continuación.

Explicó que el Tribunal demandado indicó que aunque la resolución sanción no fue notificada sino comunicada, no es procedente anular el acto acusado por tal circunstancia, ya que la falta de notificación del acto definitivo no es *per se* causal de nulidad.

Destacó que dicha conclusión tuvo sustento en pronunciamientos de la Sección Cuarta del Consejo de Estado y en las normas del Estatuto Tributario aplicables al asunto.

Agregó que a folio 46 del expediente ordinario se observa el oficio 1-04-242-448-1107, a través del cual la DIAN comunicó a Seguros del Estado que en contra del contribuyente se profirió resolución sanción por devolución improcedente, y que de acuerdo con el artículo 828-1 del Estatuto Tributario, la vinculación al proceso de cobro coactivo del deudor solidario se efectúa mediante la notificación del mandamiento de pago.

Advirtió que, en esas condiciones, no se configuró el defecto procedimental alegado, toda vez que, según lo consideró el juez colegiado demandado, si bien la resolución sanción no se notificó, la misma sí fue comunicada a la aseguradora demandante, como consta en la guía de entrega correspondiente, por lo que no es de recibo sostener que la falta de notificación impidió el ejercicio de su derecho de defensa.

Respecto del defecto sustantivo, sostuvo que el Tribunal demandado advirtió que la sanción a cargo del contribuyente estaba acorde con lo previsto en el artículo 670 del Estatuto Tributario, de ahí la orden de reintegro de la suma

⁹ Folio 108.

¹⁰ Folios 120 y 126.





177

Radicado: 11001-03-15-000-2019-00587-01
Demandante: Seguros del Estado S.A.

indebidamente devuelta más los intereses moratorios aumentados en un 50%.

Luego de transcribir parte del texto de la póliza 96-43-101000426 del 7 de diciembre de 2007, concluyó que en su clausulado no solo se estableció la garantía de devolución por valor de \$16'673.000.00, sino que además consagró la obligación, a cargo de la aseguradora, de ser solidariamente responsable por el monto de las sanciones por improcedencia de la devolución, con los intereses correspondientes.

Por lo tanto, concluyó que en el presente caso no se configuraron los defectos alegados por la tutelante.

7. Impugnación

Por escrito radicado oportunamente por medios electrónicos el 4 de junio de 2018¹¹, la parte demandante impugnó el proveído de primera instancia, mediante escrito en el que reiteró que la sentencia atacada adolece de los defectos procedimental absoluto y sustantivo, el primero por la presunta indebida notificación de la resolución sancionatoria que configuró el siniestro amparado por Seguros del Estado S.A., circunstancia que impidió la ejecutoria del título, y el segundo por haber desconocido el contrato de seguro y los artículos 860 del Estatuto Tributario y 1079 del Código de Comercio, que limitan la responsabilidad de la compañía aseguradora al valor asegurado en la respectiva póliza¹².

Destacó el texto de las sentencias del 15 de noviembre de 2018¹³ y 5 de febrero de 2019¹⁴, proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en las que, según su criterio, se expuso que las compañías de seguros, en virtud de lo previsto en el artículo 1079 del Código de Comercio, no están obligadas a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada; y de la Sentencia C-1201 de 2003 de la Corte Constitucional, en la que, de acuerdo con la interpretación de la parte actora, la responsabilidad de las aseguradoras se regula por normas especiales relativas al seguro de cumplimiento.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación interpuesta por la

¹¹ La sentencia se notificó por medios electrónicos el 29 de mayo de 2019 (Folio 134).

¹² Folios 140 a 151.

¹³ Expediente 05001-23-33-000-2014-01483-01 (22632).

¹⁴ Expediente 05001-23-33-000-2014-01261-01(22636).





parte demandante contra la sentencia emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en primera instancia, en atención a lo consagrado por los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015¹⁵, y el Acuerdo 80 de 2019.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar el fallo proferido la Sección tercera del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado, con base en los argumentos de la impugnación.

Para el efecto, se determinará si la autoridad judicial demandada incurrió en los defectos procedimental absoluto y sustantivo, por la presunta indebida notificación de la resolución sancionatoria que configuró el siniestro amparado por Seguros del Estado S.A., y por haber desconocido el contrato de seguro y los artículos 860 del Estatuto Tributario y 1079 del Código de Comercio.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹⁶ **unificó** la diversidad de criterios que esta Corporación tenía sobre la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹⁷ y declaró **su procedencia**¹⁸.

Así pues, esta Sección de manera reiterada ha establecido como parámetros para realizar su estudio, que cumpla con los siguientes requisitos: **i)** que no se trate de tutela contra tutela; **ii)** inmediatez; **iii)** subsidiariedad, es decir, agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado. De modo que, de no observarse el cumplimiento de uno de estos presupuestos, se declara la **improcedencia** del amparo solicitado, sin que se analice el fondo del asunto.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

4. Caso concreto

¹⁵ Modificado por el Decreto 1983 de 2017

¹⁶Ref.: Exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germania Álvarez Bello. M.P: María Elizabeth García González.

¹⁷ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñado.

¹⁸ Se dijo en la mencionada sentencia "**DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expresado a folios 2 a 50 de esta providencia."





Radicado: 11001-03-15-000-2019-00587-01
Demandante: Seguros del Estado S.A.

En el *sub lite* la parte accionante consideró que sus derechos fundamentales fueron vulnerados con ocasión de la sentencia de segunda instancia, que confirmó el proveído de primer grado que negó sus pretensiones de anulación de los actos administrativos proferidos por la DIAN en el marco del procedimiento administrativo de cobro coactivo, a saber, el que negó las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago, y el que confirmó tal decisión.

Con la presente acción de tutela, la parte demandante busca que se deje sin efecto la providencia materia de censura y, en su lugar, se dicte una decisión de reemplazo que acoja sus pretensiones.

En primera instancia se negó el amparo, por cuanto la resolución sancionatoria fue comunicada a la sociedad demandante, lo que garantizó su derecho de defensa y contradicción, y porque la póliza de cumplimiento materia del asunto estableció la obligación de la aseguradora de responder solidariamente por el valor indebidamente devuelto y por el monto de las sanciones a que hubiera lugar.

Inconforme con esta decisión, la parte demandante la impugnó, reiterando los cargos de la solicitud de amparo.

Establecido el escenario descrito, la Sala anticipa que confirmará el proveído impugnado, toda vez que la providencia bajo cuestionamiento no incurrió en los defectos procedimental y sustantivo.

La conclusión anterior tiene soporte en los siguientes razonamientos.

4.1. Defecto procedimental absoluto

En este cargo, la parte actora indicó que la sentencia materia de censura adolece de defecto procedimental absoluto, por cuanto no tuvo en cuenta que la DIAN, durante el proceso administrativo, no le notificó la Resolución Sanción 042412010000260 del 28 de junio de 2010, mediante la cual se impuso sanción por devolución improcedente al contribuyente Cesar Augusto Hernández Fernández, y ordenó el reintegro de la suma de \$16'473.000.oo., amparada en la póliza de seguro de cumplimiento de disposiciones legales CU-DL 96-43-101000426, más los intereses moratorios aumentados en un 50%.

En criterio de la parte demandante, el yerro en mención dio lugar a que el título ejecutivo, la resolución sanción, no adquiriera ejecutoria y, por lo tanto, no podía tenerse como tal. Por la misma razón, se desconoció su derecho de defensa.





La Sala advierte que la parte demandante, en realidad, endilgó el defecto procedimental bajo cita en la falta de notificación de la resolución sancionatoria que en su criterio debió efectuar la DIAN.

En ese contexto, se observa que el reproche de la tutela, más que dirigirse a poner de presente alguna irregularidad procesal cometida por la autoridad judicial demandada, pretende poner en tela de juicio el defecto que se presentó en el proceso administrativo de determinación del impuesto sobre las ventas.

Sin necesidad de recurrir a extensas precisiones en torno al defecto procedimental absoluto, bastará con aclarar que en materia de acción de tutela contra providencias judiciales, este se presenta *“cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.”*¹⁹, bien sea porque *“i) se ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente -desvía el cauce del asunto-, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”*²⁰. (Destacado por la Sala)

No sobra indicar que, en materia de tutela contra providencias judiciales, la conducta que da lugar a la lesión de las garantías fundamentales sólo es predicable de un sujeto cualificado, a saber, el juez, sea este unipersonal o colegiado, lo que significa que no es posible endilgar a otra autoridad alguna responsabilidad derivada de los yerros de las decisiones jurisdiccionales.

Bajo ese tenor, el defecto procedimental absoluto, cuando se controvierte una providencia judicial, sólo puede referirse a las irregularidades que toleró el juez conductor en el transcurso del trámite judicial, y que dieron lugar a la lesión de las garantías fundamentales por desconocer las formas propias de cada juicio.

Por lo tanto, la Sala advierte que la parte demandante no acertó al pretender estructurar un defecto procedimental por las presuntas irregularidades cometidas por la DIAN durante el procedimiento administrativo, ya que tal circunstancia debía plantearla ante el juez natural para que este resolviera si las mismas daban lugar a la anulación de los actos administrativos demandados en el proceso ordinario, como en efecto ocurrió y fue materia de decisión.

El extremo actor no refirió alguna irregularidad procesal acontecida en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se dictó la sentencia materia de cuestionamiento, por lo que no se encuentra

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-327 de 2011.



configurado el defecto procedimental absoluto.

Por esta razón, la Sala debe asumir que el defecto que el demandante advirtió consiste, en realidad, en que la autoridad judicial demandada no tuvo en cuenta que en el proceso administrativo se concretó una circunstancia que evitó que el título ejecutivo del cobro coactivo (la resolución sanción) adquiriera ejecutoria, a saber, su falta de notificación, por lo que el acto que negó la excepción propuesta en ese sentido debió anularse.

Sobre este punto, el Tribunal demandado señaló:

“A partir de las anteriores consideraciones, en el expediente está demostrado que la Administración expidió la Resoluciones (sic) Sanción 042412010000260 del 28 de junio de 2010 (Fl. 223 Anexos), respecto de las devoluciones realizadas al contribuyente HERNANDEZ FERNANDEZ CESAR AUGUSTO (sic), que estaban amparadas por las garantías expedidas por la sociedad actora.

Consta que los actos administrativos referidos, EFECTIVAMENTE, si le fueron comunicados a la demandante, que era garante de las obligaciones en estos contenidas, como se evidencia en la guía crédito No. 1031942548 (Fl. 230 vto), enviado (sic) el día 29 de junio de 2010, por la empresa de envíos certificados Servientrega S.A. con sello de recibido el día 30 de junio 2010 (sic). Lo que posibilitaba a la sociedad actora ejercer los derechos de defensa y de contradicción que le asistían mediante la interposición de los recursos respectivos. Los cuales no fueron presentados; quedando así ejecutoriado en los términos previstos por el artículo 829 del Estatuto Tributario, la Resolución Sanción el día 01 de septiembre de 2010. Como se observa la resolución sanción solo fue comunicada a la aseguradora pero no notificadas (sic). Sin embargo, esa situación no constituye una violación al debido proceso para la garante porque tuvo la posibilidad de conocer el acto y obtener copia de este para ejercer su derecho de defensa.

(...)

Por oficio No. 1-04-242-448-11017 (FL. 46), dirigido a SEGUROS DEL ESTADO ESA., la DIAN comunicó la existencia de las citadas resoluciones sancionatorias. La cual se transcribe a continuación:

“Por medio de la presente nos permitimos informarles que en cintra del contribuyente HERNANDEZ FERNANDEZ CESAR AUGUSTO (sic) Nit (...) se ha proferido Resolución Sanción por devolución improcedente No. 260 por valor de \$16.6730.000 ,oo (sic) más los intereses moratorios incrementados en un 50%, sanción de la cual ustedes se constituyen en responsables solidarios.

(...)”





Respecto de esta consideración, la Sala observa que el colegiado demandado advirtió, razonablemente, que la resolución que impuso la sanción por devolución improcedente al contribuyente fue debidamente comunicada a la aseguradora garante, por lo que fue acertada su conclusión al advertir que dicho acto administrativo sí era ejecutable y, por ende, procedía seguir adelante con la respectiva ejecución.

De ahí que, en consecuencia, la Sala proceda a despachar este cargo de manera desfavorable a la pretensión de la parte actora.

4.2. Defecto sustantivo

En este cargo, la sociedad actora advirtió que el Tribunal demandado no aplicó la ley del caso, constituida por el contrato de seguro contenido en la póliza de cumplimiento de obligaciones legales CU-DL 96-43-101000426 y el artículo 1079 del Código de Comercio, de acuerdo con los cuales el asegurador no está obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada.

En específico, afirmó que el acto sancionatorio impuso al contribuyente amparado la sanción consistente en reintegrar la suma devuelta, más los intereses moratorios aumentados en un 50%, con lo que desbordó el monto asegurado, que era únicamente por la suma materia de devolución.

La Sala considera que, contrario a la afirmación de la parte actora, el Tribunal demandado analizó el contenido del clausulado de la póliza CU-DL 96-43-101000426, y en la transcripción correspondiente destacó que la misma *"Garantiza el cumplimiento de las disposiciones legales referentes al impuesto a la venta quinto bimestre (septiembre- octubre) de 2007, para devolución de saldos a favor de Cesar Augusto Hernández Fernández, por valor de \$16.673.000 (dieciséis millones seiscientos setenta y tres mil pesos mcte) y específicamente el al (sic) artículo 860 del Estatuto Tributario modificado por el artículo 144 de la Ley 223 de 1995 (...) **incluyendo el monto de la sanción por improcedencia de la devolución, las cuales se harán efectivas junto con los intereses correspondientes (...)**".* (Destacado por la Sala)

De ahí que resulte acertada la conclusión en la que señaló que *"la resolución sanción no realizó la tasación a cargo de Seguros del Estado un monto superior al asegurado (sic), con relación a la devolución y/o compensación improcedente del saldo a favor determinado en los años 2007 a 2009, a cargo de HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ CESAR AUGUSTO. Diferente es que en los actos demandados se ordene hacer efectiva la póliza, pues es la consecuencia inherente a la determinación o materialización de la obligación garantizada."*





Entonces, es del caso concluir que tal y como lo verificó la autoridad judicial demandada, la póliza en cuestión no sólo garantizaba el reintegro de la suma indebidamente devuelta al contribuyente amparado, sino el monto de las sanciones por devolución improcedente, que en el caso se concretó en el aumento de los intereses moratorios en un 50%²¹.

Como consecuencia de lo anterior, no se advierte la configuración del defecto sustantivo alegado, comoquiera que el tribunal demandado tuvo en cuenta la ley aplicable al asunto, en específico las obligaciones contenidas en la póliza de cumplimiento de obligaciones legales CU-DL 96-43-101000426, y como la misma no solo amparaba el reintegro de la suma devuelta, sino las sanciones por devolución improcedente, no hay lugar a colegir que se apartó del texto del artículo 1079 del Código de Comercio.

Ahora bien, la demandante puso de presente los pronunciamientos de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 15 de noviembre de 2018²² y 5 de febrero de 2019²³, en los que, según su criterio, se expuso que las compañías de seguros, en virtud de lo previsto en el artículo 1079 del Código de Comercio, no están obligadas a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada.

En ambos casos, similares al presente, se analizó el cargo según el cual la aseguradora no estaba obligada a responder por las sanciones impuestas al contribuyente, sino únicamente por el monto asegurado en la póliza.

La actora no solo pierde de vista que dichas decisiones se profirieron con posterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia aquí atacada, por lo que la autoridad judicial demandada no podía considerarlas, sino que, además, no respaldan su tesis, ya que en ambas se concluyó, como lo hizo el colegiado aquí demandado, que no se desconocieron los artículos 1079 del Código de Comercio y 860 del Estatuto Tributario, porque la resolución sancionó no tasó a cargo de Seguros del Estado un monto superior al asegurado en relación con la devolución improcedente, sino que reconoció a la aseguradora como garante de la obligación del contribuyente, pero sólo hasta por el valor de la póliza, la cual, como ocurre también en el presente asunto, también respaldaba el monto de las sanciones por la eventual

²¹ La Sala debe precisar que de acuerdo con el texto entonces vigente del artículo 670 del Estatuto Tributario, **“Si la Administración Tributaria dentro del proceso de determinación, mediante liquidación oficial rechaza o modifica el saldo a favor objeto de devolución o compensación, deberán reintegrarse las sumas devueltas o compensadas en exceso más los intereses moratorios que correspondan, aumentados éstos últimos en un cincuenta por ciento (50%).”** (Destacado por la Sala)

²² Expediente 05001-23-33-000-2014-01483-01 (22632).

²³ Expediente 05001-23-33-000-2014-01261-01(22636).





improcedencia de la devolución, como se destacó en precedencia.

A su turno, la Sentencia C-1201 de 2003 de la Corte Constitucional, en la que se dijo, de acuerdo con la interpretación de la parte actora, que la responsabilidad de las aseguradoras se regula por normas especiales relativas al seguro de cumplimiento, la misma tampoco respalda la postura de la parte actora, ya que en ella se estudió la constitucionalidad del artículo 828-1 del Estatuto Tributario, frente al cargo según el cual la vinculación del deudor solidario desconocía el debido proceso, por cuanto ello procede mediante la notificación del mandamiento de pago, y no durante el proceso de determinación de la obligación tributaria.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma demandada, *“siempre y cuando se entienda que el deudor solidario debe ser citado oportunamente al proceso de determinación de la obligación tributaria, en los términos del artículo 28 del Código Contencioso Administrativo.”*

En parte alguna de la sentencia se dijo que la compañía aseguradora no estaba obligada a responder solidariamente por el monto de las sanciones por devolución improcedente, menos aún se dijo que tal obligación podía tenerse como inexistente aun si consta en los términos de la póliza, por lo que no es de recibo el argumento de la impugnante.

Por ello, en criterio de la Sala este cargo de la impugnación carece de vocación de prosperidad.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se confirmará el proveído impugnado, por cuanto la sentencia materia de censura no adolece defecto alguno.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Confírmase la sentencia del 10 de mayo de 2019, proferida por la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado, a través de la cual negó el amparo deprecado, por las razones anotadas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su





Radicado: 11001-03-15-000-2019-00587-01
Demandante: Seguros del Estado S.A.

eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada (E)

