

Señores:
CONSEJO DE ESTADO (Reparto)
E.S.D.

1

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA

DEMANDANTE: LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
DEMANDADO: CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA- DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES." DIAN" DIRECCION SECCIONAL DE IMPUESTOS DE BOGOTA.

CONTRIBUYENTE: CI Exportmundial Ltda declaración de IVA del 3.º bimestre de 2009. Póliza 1008483.

EXPEDIENTE RADICADO TUTELADO 25000-23-37-000-2015-02126-01 (23610)

JOSE DEL CARMEN BERNAL CALVO, identificado con C.C. 19.258.731 expedida en Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la T.P. 33.274 del C.S. de la J., actuando en mi condición de apoderado especial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**, presento **ACCIÓN DE TUTELA** contra el **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA** por considerar que la decisión de Segunda Instancia del 2 de mayo de 2019, pero el fallo sólo fue publicado en la página de la Rama el 19 de enero de 2021, y notificado por correo electrónico el 22 de enero de 2021, proferido dentro del radicado 25000-23-37-000-2015-02126-01 (23610)., mediante la cual revocó parcialmente la sentencia de primera instancia proferida por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION CUARTA SUBSECCION "B"**, incurrió en varios defectos que adelante expondré ampliamente, causando un agravio a los derechos fundamentales de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.**, tales como el derecho al debido proceso, y el adecuado acceso a la administración de justicia, los cuales son necesarios de amparar por vía de la presente acción, con base en los siguientes fundamentos de orden fáctico y jurídico:

I. HECHOS

1. El 23 de octubre de 2009, la sociedad CI Exportmundial Ltda. presentó corrección a la declaración de IVA del 3.º bimestre de 2009, en la cual liquidó un saldo a favor por \$83.120.000 (ff. 31 ca 1), el cual solicitó en devolución y/o compensación el 03 de marzo de 2010, para lo cual presentó garantía representada en la Póliza de Cumplimiento nro. 1008483, del 4 de febrero de 2010, otorgada por La Previsora S. A., por un valor asegurable de \$83.120.000 (ff. 24 ca 1).
2. El 17 de marzo de 2010, mediante la Resolución nro. 3317, la DIAN ordenó devolver a la afianzada la suma de \$83.120.000.
3. El 23 de diciembre de 2011, la demandada profirió el Requerimiento Especial nro. 322402011000366, por medio del cual propuso modificar la declaración del IVA mencionada, en el sentido de disminuir el saldo a favor en la suma de \$13.357.000 planteamiento que acogió la Liquidación Oficial de Revisión nro. 322412012000365, del 23 de junio de 2012, La Previsora., no fue informada ni notificada del requerimiento especial.

4. La División de Gestión de Liquidación de la DIAN, emitió la liquidación oficial de revisión el día **23 de JUNIO DE 2.012** con el Nro. 3224121200365.
5. El artículo 860 del estatuto tributario **norma vigente al momento de contratarse el Seguro, disponía para la fecha de expedición de la póliza, que la resolución de liquidación oficial deba ser notificada dentro de los dos (2) años siguientes a la expedición de la póliza,** con el fin de mantener vigente la obligación solidaria del garante, hecho que no ocurrió, como bien lo indico el Tribunal el plazo de los dos años contenido en el artículo 860 del Estatuto Tributario **venció el día 04 de febrero de 2.012.**
6. El 11 de julio de 2014, la demandada profirió la Resolución nro. 900020, mediante la cual sancionó por devolución improcedente a la sociedad afianzada. En consecuencia, le exigió el reintegro del saldo a favor devuelto improcedentemente (\$69.763.000), más los intereses moratorios incrementados en un 50 % y el pago de \$132.970.000 a título de sanción por la utilización de medios fraudulentos, equivalente al 500 % de la suma devuelta de forma improcedente. Así mismo, ordenó hacer efectiva la precitada póliza de cumplimiento expedida por la actora.
7. El 27 de agosto de 2014, se interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución nro. 900020, del 11 de julio de 2014 que fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución nro. 06099, del 26 de junio de 2015.
8. La Previsora S.A., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA, Ley 1437 de 2011), formuló las siguientes pretensiones:

Primera. Que se declare la nulidad de la Resolución Sanción nro. 900.0020 del 11 de julio de 2014 emitida en contra del contribuyente: CI Exportmundial Ltda. Nit. 900.252.664-6 devolución de IVA período 3, año gravable de 2009. Póliza: 1008483. Segunda. Que se declare la nulidad de la Resolución 06099 del 26 de junio de 2015, por medio del cual se resolvió el recurso de reconsideración impuesto contra la Resolución Sanción proferido por la subdirectora de Gestión de Recursos Jurídicos Dirección de Gestión Jurídica de la DIAN, relacionado con el contribuyente: CI Exportmundial Ltda. Nit. 900.252.664-6 devolución de IVA período 3, año gravable de 2009. Póliza: 1008483.

Tercera. Que se restablezcan los derechos de mi representada y se disponga que ante violación del debido proceso, el derecho de defensa y además frente a la expiración del plazo establecido por el artículo 860 del ET, sin que hubiera proferido la resolución oficial de liquidación dentro del trámite administrativo: CI Exportmundial Ltda. Nit. 900.252.664-6 devolución de IVA período 3, año gravable de 2009. La Previsora S. A. Compañía de Seguros perdió su condición de deudor solidario frente a la póliza nro. 1008483.

Cuarta. Que como consecuencia de la anterior declaración se decrete que La Previsora S. A. Compañía de Seguros no está obligada a pagar solidariamente con el contribuyente CI Exportmundial Ltda. Nit. 900.252.664-6, el reintegro de la suma que por concepto de devolución del IVA correspondiente al periodo 3 del año 2009, que le fuera devuelto y para lo cual presentó la póliza nro. 1008483

Quinta: Se indique que la DIAN debe afrontar y asumir los costos y gastos incurridos por mi representada en el presente trámite administrativo, así como los que se demuestren como incurridos en defensa de sus propios intereses.

3

9. El tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección B, declaró la nulidad parcial de los actos demandados por cuanto acertadamente concluyo que de acuerdo con el artículo 860 del ET y la Ley 223 de 1995, la responsabilidad de la aseguradora en un proceso sancionatorio por devolución improcedente está supeditada a que, dentro del término de vigencia de la póliza (2 años), se notifique al contribuyente la liquidación oficial de revisión que modifica el respectivo saldo a favor. Al respecto, al analizar el material probatorio allegado, observó que para el caso sub examine, dicho término transcurrió entre el 2 de febrero de 2010 y el 2 de febrero de 2012; sin embargo, durante este lapso no le fue notificado al contribuyente la correspondiente liquidación oficial de revisión (este acto solo se expidió hasta el 23 de julio del mismo año). Por cuenta de esta circunstancia, concluyó que la Administración incumplió los requisitos del citado artículo 860, para que la aseguradora pudiera ser considerada como responsable solidaria de la sanción impuesta a la contribuyente.
10. La Dian presento en términos recurso de apelación contra la sentencia proferida dentro del tramite contencioso y se le dio tramite ante el CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN CUARTA.
11. Mediante Sentencia de segunda instancia del CONSEJERO PONENTE: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ Bogotá, D. C., de fecha del 2 de mayo de 2019, pero el fallo sólo fue publicado en la página de la Rama el 19 de enero de 2021, y notificado por correo electrónico el 22 de enero de 2021, proferido dentro del radicado 25000-23-37-000-2015-02126-01., resuelve la alzada y concluye que:

"la modificación introducida por la Ley 1430 de 2010 al artículo 860 del ET, varió el momento procesal a partir del cual se puede establecer la responsabilidad solidaria del garante. En efecto, cuando se presentan devoluciones y/o compensaciones de saldos a favor con garantías, la responsabilidad solidaria de la aseguradora ya no va a depender de que, dentro del término de vigencia de la póliza, i.e., 2 años, se le notifique al contribuyente la liquidación oficial de revisión, sino que, a partir de la vigencia de la modificación, dependerá de que, en la misma oportunidad, se notifique el requerimiento especial al sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria o este corrija su declaración tributaria"

... "el 29 de diciembre de 2010, entró a regir la Ley 1430 de 2010, conforme al artículo 64 (Diario Oficial nro. 47.937). Así, **al momento de expedición y notificación del requerimiento especial, esto es, 23 de diciembre de 2011 y 17 de enero de 2012, respectivamente, ya se encontraba en vigor la modificación procedimental que dicha normativa realizó al artículo 860** del ET y, por lo tanto, resulta aplicable al caso sub"

II. PRETENSIONES

4

PRIMERA: Que se declare el Consejo de Estado Sección Cuarta mediante el Fallo tutelado, Sentencia de Segunda instancia proferida dentro del expediente, incurrió en defectos sustantivos, facticos y errores de relevancia constitucional, por violación a los derechos fundamentales de la accionante.

SEGUNDA: *Tutelar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS.***

TERCERA: *Dejar sin valor y efecto el **FALLO** proferido dentro del proceso radicado 25000-23-37-000-2015-02126-01 (23610) Sentencia de Segunda Instancia) del honorable Consejo de Estado Sección cuarta.*

CUARTA: *Que se restablezcan los derechos de mi representada y en consecuencia se disponga confirmación de la Sentencia de Primera Instancia proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca que dispuso la nulidad parcial de las resoluciones demandadas, en lo atinente a la orden de hacer efectiva la póliza de seguro de cumplimiento., como quiera que mi representada había perdido la calidad de deudor solidario.*

QUINTA: *Se indique que la Dian, debe afrontar y asumir los costos y gastos incurridos por mi Representada en el presente trámite administrativo, así como los que se demuestren como incurridos en defensa de sus propios intereses.*

III. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

En primer lugar, es necesario precisar que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional se desprende la posibilidad de presentar acción de tutela contra providencias judiciales, siempre y cuando se enmarquen dentro de las causales generales de procedibilidad establecidas para tal fin.

La Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y en providencias posteriores, ha hecho alusión a los requisitos generales y especiales para la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, la cual se encuentra supeditada a que esta deba: (i) versar sobre un asunto de relevancia constitucional; (ii) agotar todos los recursos ordinarios y extraordinarios dispuestos por la legislación aplicable; (iii) presentarse en un término oportuno y razonable; (iv) si la alegación del defecto es por una irregularidad procesal, esta debe ser de tal magnitud que impacte en el sentido de la decisión; (v) una especificación detallada de los hechos y; (vi) que la providencia cuestionada no sea una sentencia de tutela.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 31 de julio de 2012, Expediente No. 11001-03-15-000-2009- 01328-01 (AC). M.P. María Elizabeth García González decidió unificar la jurisprudencia de las diferentes secciones de la corporación en torno al tema y declaró la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Aclarado lo anterior, procederé a exponer los requisitos especiales o materiales que han sido considerados como necesarios por la jurisprudencia para la procedibilidad de la acción de tutela:

Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. La cuestión que se discute en el presente caso resulta de evidente relevancia constitucional; toda vez que comprende los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Que se hayan agotado todos los medios - ordinarios y extraordinarios – de defensa judicial al alcance de la persona afectada. En este caso no se puede presentar otro tipo de recursos de defensa judicial que impida la vulneración de los derechos fundamentales de **la PREVISORA S.A., COMPAÑÍA DE SEGUROS.**

Que se cumpla con el requisito de la inmediatez. Esta acción se interpone en contra de la decisión tomada por el **Consejo de Estado** del 2 de mayo de 2019, pero el fallo sólo fue publicado en la página de la Rama el 19 de enero de 2021, y notificado por correo electrónico el 22 de enero de 2021; razón por la cual, se cumple con el requisito de la inmediatez en la interposición de la presente acción de tutela.

Se presenta en esta acción una especificación detallada de los hechos y la providencia cuestionada no es una sentencia de tutela.

En similar sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, mediante la sentencia SU-038 del 23 de enero de 2008, recordó su procedencia, en los siguientes términos:

“Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales: Vía de hecho.

“La Corte Constitucional en múltiples oportunidades ha considerado como regla general que la acción de tutela no es procedente contra providencias judiciales; sin embargo, ha exceptuado esta regla aduciendo que prosperará en los casos en donde se configure una vía de hecho, esto es, en los que el funcionario judicial haya incurrido en algún defecto relevante en su actuación¹. Este hecho determina la excepcionalidad de la tutela contra providencias judiciales, razón por la cual se ha señalado una serie de límites estrictos que deben ser atendidos cuando se pretenda invocar la protección por el juez constitucional.

“En este orden de ideas, la admisión de la tutela en estos casos juega un papel importante, pues armoniza las relaciones político sociales inherentes al Estado constitucional y democrático, dado que, aunque se establece como principio la improcedencia de la acción de tutela frente a providencias judiciales, para privilegiar principios y derechos superiores tales como la autonomía, imparcialidad e idoneidad de los jueces, la cosa juzgada, la vigencia de un orden justo, la seguridad jurídica y la prevalencia y protección real del derecho sustancial, de todas formas tal principio admite excepciones que, en vez de desdibujar los postulados antes enunciados, tienden a su consagración, puesto que así permiten atacar errores protuberantes de los jueces, con lo cual, además, se protegen derechos fundamentales de orden supra-legal como son el debido proceso, el acceso a la administración de

1 Ver entre otras, sentencias T-472 de 2005 y T-539 de 2002

justicia, la igualdad y la tutela judicial efectiva dentro del marco del Estado social de derecho”².

“De esta forma, la misión del juez de tutela, en este sentido, es la de evaluar la existencia de posibles vías de hecho en la actuación judicial. Empero, debe aclararse que, como lo ha reiterado esta corporación, el juicio realizado por el juez constitucional no puede convertirse en una nueva oportunidad para controvertir el material probatorio o las decisiones adoptadas por el juez en el transcurso del proceso ordinario, pues de hacerlo invadiría órbitas que no son de su competencia”

La jurisprudencia constitucional ha expresado también que la acción de tutela procede contra providencias judiciales, cuando en ellas se ha incurrido en una vía de hecho. En la precitada sentencia de la Corte Constitucional se indicó:

“Esta Corporación en su jurisprudencia ha establecido una doctrina en relación con las vías de hecho, al clasificar varios tipos de defectos en los que incurren las autoridades judiciales y que conllevan a que sus decisiones sean consideradas como tales. Así, los ha dividido en:

“(1) un grave **defecto sustantivo**, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto;

“(2) un flagrante **defecto fáctico**, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado;

“(3) un **defecto orgánico** protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y,

“(4) un evidente **defecto procedimental**, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.³

“Visto lo anterior se puede decir que una vía de hecho se produce cuando el Juez que conoce de un caso, en forma arbitraria y con fundamento en su única voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico, vulnerando o amenazando derechos fundamentales”.

Adicionalmente a los cuatro tipos de defectos judiciales presentados como los errores que pueden hacer que una actuación judicial se configure como una vía de hecho, y con ocasión de ellos deba ser revisada en sede de tutela, esta misma Corte, en sentencia SU-014 de 2001, planteó un posible quinto tipo de defecto en una actuación judicial y que podría definirse como una **vía de hecho por consecuencia**. En dicha providencia se señaló lo siguiente:

“De presentarse una sentencia en la que se verifique **una vía de hecho por consecuencia**, esto es, que la decisión judicial se base en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas, en cuya

² Sentencias T-231 de 1994, SU-132 de 2002, T-381 de 2004 y T-357 de 2005.

³ Sentencia T-567 de 1998

determinación los órganos competentes hayan violado derechos constitucionales, y que tenga como consecuencia un perjuicio ius-fundamental, se impone, en aras de garantizar los fines esenciales del Estado, su revisión. En caso de que no exista otro medio de defensa judicial, no existe razón constitucional alguna para que no se pueda acudir a la tutela". (Negrilla y subraya fuera del texto original).⁴

"De todo lo anterior se desprende, en conclusión, que existen dos requisitos que deben ser satisfechos para que la solicitud de tutela de los derechos fundamentales deba prosperar, aun en contra de providencias judiciales, estos son: (I). Que el fallador de un caso, en forma arbitraria y con fundamento únicamente en su voluntad, actúe en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico y (II). Que se vean vulnerados o amenazados derechos fundamentales."

La Corte Constitucional ha precisado, tal como lo hizo en la sentencia SU-918 del 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub que:

"...el defecto de la violación directa de la Constitución es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4º de la Carta Política, según el cual "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales".

Así mismo, dicha Corporación ha sostenido que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por violación directa de la Constitución se da cuando:

"(a) en la solución del caso se dejó de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional, (b) se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata y (c) el juez en sus resoluciones vulneró derechos fundamentales y no tuvo en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución."

Se desprende que, teniendo en cuenta el modelo constitucional actual que reconoce valor normativo superior a los preceptos constitucionales, resulta posible que una decisión judicial pueda discutirse a través de la acción de tutela cuando desconozca o aplique indebida o irrazonablemente tales postulados; en ese sentido, los jueces en su labor no pueden apartarse de las disposiciones consagradas en la Constitución, por lo que al hacer se configura una causal de procedencia de la acción de tutela contra la decisión adoptada.

Como se argumentará dentro de la presente Acción se configuran dos casuales de procedencia de la acción de tutela, cual es un Defecto Sustantivo del Fallo y una vía de hecho por Consecuencia con impacto constitucional en los derechos fundamentales de la accionante.

IV. DE LOS DEFECTOS DE LA SENTENCIA CONTRA LA QUE SE PRESENTA LA TUTELA

8

La sentencia proferida por El Consejo de Estado incurre en los siguientes defectos que permiten la presentación de esta acción constitucional:

(a) DEFECTO SUSTANTIVO:

APLICACIÓN INDEBIDA DEL ARTÍCULO 18 DE LA LEY 1430 DE 2010

El Consejo de Estado concluyo, remitiéndose a otra sentencia de la corporación, que “el aspecto normativo que varió la Ley 1430 de 2010 se concentró en el **procedimiento que debe desplegar la Administración para que la garante sea responsable solidariamente (obligación de notificar el requerimiento especial y no la liquidación oficial), pero, en modo alguno, alteró los aspectos sustanciales del contrato de seguro suscrito entre la contribuyente y La Previsora S. A.** Por lo mismo, el artículo 860 del ET, modificado por el artículo 18 de la Ley 1430 de 2010, era el fundamento jurídico para que la DIAN, al notificar en tiempo el requerimiento especial, determinara que la garante era responsable solidaria de la sanción impuesta.”

Esta interpretación permite ver la inaplicación del derecho de Seguros por parte de la Alta corporación, por cuanto desconoce que el Asegurador al momento de valorar el riesgo que esta asumiendo de conformidad con el artículo 1056 del Código de comercio, ha tenido en cuenta los tiempos que tiene la administración para vincularlo y hacerlo en este caso deudor solidario, y en función de ello tarifa la prima como elemento esencial del contrato de seguro, para mantener el equilibrio de la ecuación económica del contrato de seguro de cumplimiento de disposiciones legales que ha suscrito con el Afianzado.

Es por ello que una variación normativa de la Actuación administrativa que permitirá modificar desde que momento se adquiere o no la calidad del garante, NO ES una simple modificación procedimental, sino que **varia sin lugar a dudas el Riesgo** asumido por el asegurador, no debiendo el Consejo de Estado desconocer que el Riesgo es un Elemento Esencial del contrato de Seguro, conforme al artículo 1045 del Código de comercio:

Elementos esenciales

Son elementos esenciales del contrato de seguro:

- 1) El interés asegurable;
- 2) El riesgo asegurable;
- 3) La prima o precio del seguro, y
- 4) La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

El 04 de febrero de 2010 mi representada expidió la Póliza de Seguros de Cumplimiento de Disposiciones Legales Nro. 1008483, cuya vigencia era de dos años, esto es, hasta el 4 de febrero de 2012. Mi representada contrato el citado seguro teniendo dentro de sus previsiones de cálculo del riesgo que asumía, la Norma vigente al momento de contratarlo, para el calculo de la prima, por lo que no puede una interpretación caprichosa en desconocimiento del Contrato de Seguro y la forma como funciona la estimación del riesgo, concluirse que la Norma aplicable era la norma expedida con posterioridad a la contratación del seguro, vulnerando no solamente el artículo 38 de la ley 153 de 1887 que indica:

Art. 38.- En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Sino que también es claro que no cumple el artículo Art. 40. De la misma normativa, el cual indica:

Las leyes concernientes a la **sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.** Pero **los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.**

Sobre el particular se debe precisar entonces para valoración del Consejo de Estado:

1. Que la norma 1430 de 2017 defina el **Acto administrativo que debe ser notificado a las partes** para que les sea oponible y vinculante **y nazca una obligación solidaria en cabeza del asegurado**, no es un mero acto de sustanciación ni de tramite del procedimiento administrativo, **es un Acto Constitutivo de Derechos y deberes**, el cual **no puede depender de una norma posterior a la celebración del Negocio Jurídico que sea su fuente o causa.**
2. La misma norma indica de manera inequívoca que los términos que hubieran empezado a correr se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación. Para el Asegurador, que expidió la póliza el 4 de febrero de 2010 y que sabía que el Hito que determinaba su exposición al Riesgo era la notificación de la Liquidación oficial de Revisión, para lo cual la administración tenía 2 años, ahora no le puede ser oponible que se determine que la Actuación Administrativa es otra, acto, que por su naturaleza es muy anterior, por lo que como se expuso, no solo el Riesgo es distinto, sino que el trámite ya se había iniciado cuando El 17 de marzo de 2010, mediante la Resolución nro. 3317, la DIAN ordenó devolver a la afianzada la suma de \$83.120.000.

Adicionalmente el despacho debió valorar, pero no lo hizo, que si bien el 23 de diciembre de 2011, la demandada profirió el Requerimiento Especial Nro. 322402011000366, (Tesis del Consejo de Estado según la cual, por ello el Asegurador adquirió la condición de deudor solidario de acuerdo al artículo 18 de la ley 1430 de 2010)., se reitera que dicha Actuación no le fue ni informada ni notificada al Asegurador, y si bien existen múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado que indican que solo debe ser la Resolución Sanción la actuación que se notifica al Garante y que es contra dicha actuación que este puede ejercer su derecho de defensa, el Despacho olvido analizar la finalidad del Requerimiento Especial que profirió el Dian, el cual no tenía sino como fin, modificar la declaración

del IVA mencionada, en el sentido de disminuir el saldo a favor en la suma de \$13.357.000 planteamiento que acogió la Liquidación Oficial de Revisión nro. 322412012000365, del 23 de junio de 2012., por lo que en tal sentido de que obligación se iba a tener que entender deudor solidaria la Previsora, cuando del contenido mismo del Requerimiento Especial no se desprende bajo ninguna interpretación, que lo que se buscara con la citada actuación, fuera dar cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 18 de la ley 1430 de 2010.

10

Entonces, si bien puede ser cierto que el Requerimiento Especial nro. 322402011000366, del 23 de diciembre de 2011, fue notificado el 17 de enero de 2012, al Contribuyente, NO AL ASEGURADOR, es decir, dentro de los dos años de vigencia de la póliza. Por las razones expuestas eso no significa que pudiera aplicarse a la Previsora una norma expedida con posterioridad a la fecha en la que se celebró el contrato de Seguro, y la aseguradora NO es deudora solidaria de la afianzada, de tal manera que la Administración NO podía ordenar la efectividad de la garantía en los actos acusados.

Los anteriores argumentos resultan el sustento de la configuración del defecto sustantivo alegado.

1. INAPLICACIÓN DE LAS NORMAS ESPECIALES ARTICULO 860 DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

Por el indebido análisis de la aplicación del artículo 18 de la ley 1430 de 2010., La Sección cuarta del Consejo de Estado dejó de aplicar el artículo 860 del ET, incurriendo en grave error de hecho por defecto sustantivo según las siguientes consideraciones:

“ARTÍCULO 860. Cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución, la Administración de Impuestos, dentro de los diez (10) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.

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

Como ya se ha precisado en líneas anteriores, La División de Gestión de Liquidación de la DIAN, emitió la liquidación oficial de revisión el día **23 de JUNIO DE 2.012** con el Nro. 3224121200365.

El artículo 860 del estatuto tributario **norma vigente al momento de contratarse el Seguro, disponía para la fecha de expedición de la póliza, que la resolución de liquidación oficial deba ser notificada dentro de los dos (2) años siguientes a la expedición de la póliza**, con el fin de mantener vigente la

obligación solidaria del garante, hecho que no ocurrió, como bien lo indico el Tribunal el plazo de los dos años contenido en el artículo 860 del Estatuto Tributario **venció el día 04 de febrero de 2.012.**

11

En Sentencia SU-659 de 2015, la Corte Constitucional reitero que ésta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial puede identificarse en alguna de las siguientes situaciones:

"(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.

(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada.

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos 'erga omnes'. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad."

Así mismo sostuvo que "se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto"
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-459-17.htm>

(b). VÍA DE HECHO CONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS Y PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS. ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y DEBIDO PROCESO.

Tal como lo dispone el artículo 860 del ET, la causa legal o motivo obligacional a cargo del Asegurador constituye la orden legal contenida en dicha disposición según la cual **"Cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de**

devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución, la Administración de Impuestos, dentro de los diez (10) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.

12

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.

Lo anterior indica sin duda que tal disposición ordena a la DIAN que dentro de los dos años siguientes a la devolución efectúe al menos una liquidación oficial de revisión para lograr vincular al Asegurador como deudor solidario. Desafortunadamente, la DIAN NO LO HIZO, GUARDO SILENCIO Y DEJO TRANSCURRIR DICHO PLAZO.

Ahora se pone de presente que no obra en el expediente notificación a la Previsora S.A del requerimiento Especial, ni de la liquidación oficial de Revisión, para que mi representara pudiera saber sobre la expedición del citado Acto, por lo que mal podría mi Representada conocer que había perdido su condición de deudor solidario.

No es por la vigencia de la póliza que se determina la condición o no de deudor solidario en las pólizas de disposiciones legales vigentes, sino que si dentro de este lapso, la Administración Tributaria Notifica liquidación oficial de revisión, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas.

Luego entonces si no le ni notificada a la Previsora y mi representada solo pudo conocer el contenido de la resolución sanción, porque debió Vía derecho de petición solicitar a la Dian le remitirá copia de la citada actuación.

Luego tan solo la omisión de la DIAN, y su silencio por más de DOS años son las únicas causas para que el asegurador perdiera la condición de deudor solidario estando frente a un fallo violatorio de los principios constitucionales y legales, constitutivo de errores de hecho motivados en graves defectos sustantivos y fácticos que motivan la tutela de los derechos fundamentales de mi Representada.

V. PRUEBAS

DOCUMENTALES:

- Aporto Fallo de primera y segunda instancia proferido dentro del 25000-23-37-000-2015-02126-01 (23610)

OFICIOS

Peticiono se sirva decretar, practicar y tener como pruebas Documentales las siguientes, las cuales solicito sean aportadas.

-
- Requerir vía oficio al Consejo de estado sección Cuarta o al despacho de conocimiento, según quien tenga en custodia el expediente, para que remita copia integra del Expediente proceso 25000-23-37-000-2015-02126-01 (23610) 13

VI. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento afirmo que no he presentado acción de tutela o demanda, de cualquier naturaleza, relacionada con los mismos hechos a que hace referencia el presente asunto y respecto de las mismas partes.

VII. ANEXOS

1. Las documentales anunciadas en el acápite de pruebas.
2. Poder.

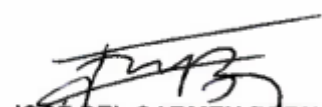
VIII. NOTIFICACIONES

La Previsora S.A. Compañía de Seguros., con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., en la calle 57 No. 9-07 en Bogotá. Correo electrónico para notificaciones: notificacionesjudiciales@previsora.gov.co

Para efectos de notificaciones las recibiré en la calle 33 No. 6B- 24 oficina 501 Edificio Casa de Bolsa, Centro Internacional en Bogotá D.C., teléfono 3504006. Celular 3002524313, correo electrónico: josedelcarmenbernalcalvo@gmail.com

AUTORIZO QUE TODAS LAS NOTIFICACIONES SE REALICEN A ESTE CORREO ELECTRÓNICO.

Cordialmente,



JOSÉ DEL CARMEN BERNAL CALVO

JOSE DEL CARMEN BERNAL CALVO

C.C. 19.258.731

T.P. 33.274 del C.S. de la J.

josedelcarmenbernalcalvo@gmail.com
