

OBLIGACIONES ADUANERAS / DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO - Prescripción de acciones que se derivan del contrato de seguro / PRESCRIPCIÓN ORDINARIA - Incumplimiento de obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento debe expedirse dentro de vigencias de la póliza

Ahora bien, el apelante indica que el cobro de la póliza debió efectuarse por la administración, desde la fecha del primer incumplimiento y no esperar a que hubiere transcurrido un término superior a dos años para ello, como en efecto lo hizo, mediante la Resolución 4984 de 06 de diciembre de 1999, habiéndose configurado el fenómeno de la prescripción, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 1081 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone en su parte pertinente: *“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción...”* Es de anotar que según ha señalado esta Sección, la declaratoria de incumplimiento por parte de la administración debe efectuarse dentro del término de los dos años previstos por la norma transcrita a fin de evitar la ocurrencia de la prescripción. No obstante, se ha precisado también por la Sala, que el objeto de la póliza de seguros en tratándose del régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado, es garantizar el cumplimiento de dos obligaciones aduaneras claras: la finalización del régimen que le fue otorgado al importador y el pago oportuno de los tributos, de suerte que el riesgo amparado y, por ende, el siniestro que da lugar a su efectividad, es sencillamente el incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones. De este modo, y aun cuando la administración debe respetar el término de prescripción indicado, es del caso tener en cuenta que en el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado, el período con que cuenta la DIAN para efectuar la respectiva declaratoria de incumplimiento y ordenar hacer efectiva la póliza, se halla determinado fundamentalmente por la vigencia del seguro. Ello, en consideración a que las obligaciones contraídas en virtud de dicho régimen pueden configurar un incumplimiento, y por tanto, la ocurrencia del siniestro, en cualquiera de los momentos estipulados, bien para el pago de las cuotas de los tributos aduaneros, o al final, cuando sea menester terminar el régimen de importación según el plazo concedido por la administración; advirtiendo que la materialización del siniestro durante dicho lapso corre por cuenta del asegurador, en concordancia con la vigencia de la garantía.

PAGO DE OBLIGACION ADUANERA / FACULTAD DE LA DIAN PARA PERSEGUIR EL PAGO – Acto Administrativo declarativo de obligación

Ahora bien, como la administración guardó silencio sobre su decisión de perseguir la respectiva garantía o de no prescindir del cobro de la obligación en cabeza del deudor, debe estarse a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 14 que preceptúa: *“Efectos de la iniciación de la negociación. A partir de la fecha de iniciación de la negociación, y hasta que hayan transcurrido los cuatro (4) meses previstos en el artículo 27 de esta ley, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso, quedando legalmente facultados el promotor y el empresario para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir su suspensión al juez competente, para lo cual bastará que aporten copia del certificado de la cámara de comercio en el que conste la inscripción del aviso. En los anteriores términos se adiciona el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; y el juez que fuere informado por el demandado de la iniciación de la negociación y actúe en contravención a lo*

dispuesto en el presente inciso, incurrirá en causal de mala conducta”. Así las cosas, y en virtud de que la DIAN no se pronunció sobre lo señalado en el citado Parágrafo 1º del artículo 14 de la ley 550 de 1999, le era menester no iniciar ningún tipo de proceso de ejecución o cobro de la garantía, dentro del término allí previsto. Es de observar, sin embargo, que la prohibición de que trata la norma estriba en la imposibilidad para iniciar procesos de ejecución durante el término que esta dispone, lo que de suyo no obsta para que la administración emita el acto administrativo declarativo de la obligación, que para el caso, consistió en la resolución acusada. De este modo, cabe puntualizar que lo adelantado por la administración fue realmente la configuración del respectivo título ejecutivo, el cual consta de la póliza de seguro y el acto que declara el incumplimiento de la obligación garantizada; para, posteriormente, efectuar su cobro en el marco de otro procedimiento administrativo. De hecho, se considera que la administración obedeció a un mínimo de diligencia al declarar la ocurrencia del siniestro, pues no es de recibo que para surtir tal actuación deba supeditarse a los plazos de un proceso de reestructuración cuyas resultas son inciertas, y generando el riesgo de la pérdida de vigencia de la garantía.

OBLIGACION ADUANERA / PROCEDIMIENTO PARA EL COBRO – Garantías a favor de la Administración de Aduanas

Por su parte, nótese que el mismo decreto 1909 de 1992, vigente para la época de los hechos, en su artículo 29, prevé como procedimiento de cobro para las garantías que se emitan a favor de la Administración de Aduanas, una remisión normativa al proceso de cobro coactivo regulado en el Estatuto Tributario, así: “Competencia y procedimiento para el cobro. La Dirección de Aduanas Nacionales tendrá competencia tanto para el cobro persuasivo como para el cobro administrativo coactivo de los tributos aduaneros, sanciones, intereses y demás gravámenes o derechos que administre, así como de las garantías constituidas a favor de la Nación, Dirección de Aduanas Nacionales. Para tal efecto, seguirá el proceso de cobro consagrado en el Estatuto Tributario. También se podrán contratar apoderados para el cobro judicial de los mismos, en cuyo caso los procesos se adelantarán ante la justicia civil ordinaria”. A su turno, el proceso de cobro consagrado por el Estatuto Tributario, contempla su iniciación mediante la notificación del correspondiente mandamiento de pago, que es un acto administrativo independiente y respecto del cual es posible interponer las excepciones pertinentes. Así las cosas, para la Sala es evidente que en el caso sub examine no se ha iniciado proceso de cobro alguno, puesto que, como se observó, la emisión de un acto administrativo que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la póliza no representa per se su cobro coactivo o judicial, en los términos prohibitivos de la ley 550 de 1999. Para ello, tal como dispone la parte resolutive del acto acusado, se habrá de remitir el expediente a la División de Recaudación de la DIAN para que el funcionario competente adelante la correspondiente gestión de cobro, que constituye, se reitera, otro procedimiento administrativo independiente.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 29 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 41 / DECRETO 1909 DE 1992 – ARTICULO 42 / LEY 550 DE 1999 – PARAGRAFO 1º ARTICULO 14

NOTA DE RELATORIA: Sobre el incumplimiento en el régimen de importación, se citan las sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, del 21 de septiembre de 2000, Radicado 2000-5796, M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; de 28 de agosto de 2003, Radicado 8031, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Consejo de

Estado Sección Cuarta, del 29 de septiembre de 2011, Radicado 17399, M.P.
Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-24-000-2001-01126-01

Actor: LIBERTY SEGUROS S.A.

Demandado: DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN-

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de Liberty Seguros S.A. contra la Sentencia de 23 de agosto de 2007 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la cual deniega la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesta por la parte demandada, declara la nulidad del artículo 2º de la Resolución 655-4984 de 6 de diciembre de 1999 en lo relacionado con el valor de \$97.384.325 y de las Resoluciones que la confirman en ese aparte; ordena a la DIAN el reintegro del 40% del valor asegurado y cancelado por Liberty Seguros S.A; declara la nulidad del auto 03-064-216-137-006-16589 de 9 de agosto de 1999 y deniega las demás pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

I-. ANTECEDENTES

1.1- La sociedad LIBERTY SEGUROS S.A., actuando por medio de apoderado, en ejercicio de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, tendiente a que mediante sentencia, se decretara lo siguiente: i) la nulidad de la Resolución No. 4984 del 6 de diciembre de 1999 proferida por el Jefe de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, por medio de la cual se declara el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo autorizado a Clínica Los Rosales Ltda., y se hace efectiva la póliza de cumplimiento No. 200553 expedida por Colmena Seguros por un valor asegurado de \$97.384.325 y de la Resolución No. 16592 de 18 de agosto del 2000 por medio de la cual se confirma la Resolución anterior; ii) la nulidad del auto No. 03-064-216-137-006-16589 de agosto 9 de 2000 de la División de Liquidación de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, por el que se rechaza el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución 4984 de diciembre 6 de 1999; iii) la nulidad de la Resolución No. 11635 de 23 de abril de 2001 de la División Jurídica Aduanera por la cual se confirma en todas sus partes la Resolución No. 4984 de 6 de diciembre de 1999.

A título de restablecimiento del derecho solicitó: i) Que se condene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN a reintegrarle a Liberty Seguros las sumas que ilegalmente se vea obligada a pagarle, por concepto de la póliza de seguro; ii) que se condene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN a pagar los intereses comerciales moratorios de que trata el artículo 884 del Código de Comercio, causados desde la fecha en que los pagos se hubieren realizado, hasta la fecha en que se abonen al demandante; iii) que se condene a

¹ Folios 2 a 27 del cuaderno No. 1 del expediente.

la DIAN a pagar a la Compañía de Seguros los valores causados por perjuicios ocasionados como consecuencia del cobro de las sumas a que se hace referencia en la demanda y que pretende ilegalmente la demandada, correspondientes a costos por reservas para pagos de siniestros, incrementos en los costos de reaseguro, servicio de consultoría jurídica para atender la vía gubernativa, costas y agencias en derecho del presente proceso, pólizas, gastos generales, etc., daños a la imagen comercial y demás perjuicios derivados de la actuación ilegal de la entidad demandada, y que los estima en por lo menos sesenta millones de pesos (\$60.000.000)M/cte.; iv) que se condene a la demandada a pagar a favor de Liberty Seguros S.A., los valores correspondientes a las anteriores sumas por concepto de ajustes al valor de la moneda, por desvalorización, de conformidad con las certificaciones que para el efecto expida el Banco de la República y el DANE, todo cuantificado hasta el momento en que se produzca el pago; v) que se dé aplicación al artículo 90 de la C.N., frente a la responsabilidad patrimonial del Estado, que en esta demanda se concreta por la acción o la omisión de los funcionarios de la UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

1.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.2.1.- La Sociedad Liberty Seguros S.A., (antes Seguros Colmena) expidió la póliza de cumplimiento No. 200553 con vigencia del 6 de febrero de 1996 al 6 de mayo de 2001, a favor de La Nación - UAE Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN por cuenta de Clínica Los Rosales Ltda., para garantizar el cumplimiento de la terminación del régimen de importación temporal a corto plazo de la declaración de aduanas de 6 de febrero de 1996 y el pago oportuno de los tributos aduaneros, según lo dispuesto en el artículo 42 del decreto 1909 de 1992,

resoluciones 408 de 1992 y 1794 de 1993, por un valor asegurado de \$97.384.325 pesos M/cte.

1.2.2. El importador se había obligado a pagar los tributos aduaneros por cuotas de manera semestral el día 11 de los meses de agosto y febrero de cada año, durante cinco (5) años, contados desde el levante de la mercancía y para la fecha de la resolución 4984 acusada el importador tenía vencidas las cuotas 4, 5, 6, 7.

1.2.3. Con base en lo anterior se ordenó hacer efectiva la póliza de cumplimiento 200553, por el valor total de la suma asegurada, cuando en la parte motiva se habla solamente de la suma de US \$12.061,32 dólares divididos en diez cuotas iguales de US \$ 1.206,13.

1.2.4. En la resolución 11635 que resuelve el recurso de apelación se señala que las primeras tres cuotas o pagos realizados por el afianzado, se efectuaron sin los correspondientes intereses, y se presentó extemporaneidad en el pago de las cuotas. Eso implica que desde esas fechas ya se había incumplido, así fuese parcialmente, lo que ameritaba la declaratoria inmediata del incumplimiento.

1.2.5. Desde el 15 de agosto de 1996, fecha del incumplimiento, hasta la fecha de la resolución que lo declara, que es el 6 de diciembre de 1999, han transcurrido más de tres años configurándose la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro.

1.2.6. La póliza emitida por Colmena Seguros fue expedida en coaseguro con Seguros Alfa S.A., por lo que las aseguradoras responden sin solidaridad alguna en la proporción del 60% para Colmena Seguros y 40% para Seguros Alfa S.A.

1.2.7. La Clínica Rosales Ltda., celebró un acuerdo de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999, según consta en la escritura pública No. 5271 de 28 de diciembre de 2000, el que votó favorablemente la DIAN.

1.2.8. El artículo 3º de la parte resolutive de la resolución demandada ordena su notificación de conformidad con los artículos 98 y 99 del decreto 1909 de 1992, habiéndose omitido el procedimiento señalado por las aludidas normas, además de la citación para notificación personal del artículo 100 ibídem.

1.2.9. La demandante no fue legalmente notificada de la resolución acusada, la cual recibió el 14 de diciembre de 1999. Hasta el 21 de diciembre del mismo año se dio por notificada por conducta concluyente de presentación de los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

1.2.10. Mediante el auto demandado la DIAN rechaza los recursos interpuestos contra la Resolución 4984 de diciembre 6 de 1999, aduciendo que no fueron interpuestos dentro del plazo legal y que no se presentó prueba idónea de la fecha de recibido por parte de Colmena Seguros, cuando, según el demandante, estaba en manos de la DIAN determinar en qué fecha entregó el correo.

1.2.11. El actor reitera que el afianzado, Clínica Los Rosales Ltda., fue admitida por la Superintendencia de Salud, mediante Resolución No. 0373 de 7 de marzo del 2000 a un acuerdo de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999, situación que era conocida por la DIAN por haber votado favorablemente, liberando a Liberty Seguros S.A., de cualquier responsabilidad frente a las garantías expedidas.

1.3. Las normas que se consideran violadas son la Constitución Nacional, artículos 2, 4, 6, 23 y 29; Código Contencioso Administrativo, artículos 2, 3, 44, 46, 48, 51, 52, 60 y 135; decreto 1909 de 1992, artículos 98, 99 y 100; Código de Comercio, artículos 1081, 1088, 1092 y 1095; Ley 550 de 1999, artículos 11, 14 y 34.

1.4. El concepto de la violación fue expuesto así:

1.4.1. En cuanto a la violación directa de los artículos 2, 4, 6 y 29 de la C.N., de los artículos 2, 3, 44, 46, 48, 51, 52, 60 y 135 del C.C.A., y 98, 99 y 100 del decreto 1909 de 1992, hace alusión primeramente a que la DIAN no efectuó la notificación de los actos censurados dejando de garantizar el debido proceso y cercenando la posibilidad de agotar la vía gubernativa. También, preterminó el procedimiento para notificar el acto administrativo del artículo 44 del C.C.A., y al aplicar, los artículos 98 y 99 del decreto 1909 de 1992, se violó el derecho de defensa, toda vez que impidió la presentación de los recursos correspondientes.

La administración no efectuó la citación para notificación personal de que trata el artículo 100 del decreto 1909 de 1992.

Por lo señalado, el único medio que tuvo la demandante para enterarse de la existencia del acto administrativo fue la notificación por correo, que llegó de manera extemporánea, cuando era deber de la administración hacerlo personalmente, estando ante una falta de notificación, que genera como consecuencia lo dispuesto en el artículo 48 del C.C.A.

En consecuencia, solo desde la fecha de interposición de los recursos y en la que se tuvo a la demandante por notificada, el acto produjo efecto legal.

Sin embargo, la administración rechaza la ampliación al recurso por extemporáneo, violando el debido proceso y desconociendo lo dispuesto en el artículo 3º del C.C.A. y los artículos 50, 51, 52 y 135 ibídem.

1.4.2. Violación directa de los artículos 1081, 1088, 1092 y 1095 del Código de Comercio, que conlleva a una falsa motivación del acto.

En efecto, el afianzado se constituyó en mora desde el momento que incumplió con el pago de la primera cuota el 15 de agosto de 1996 y la administración, luego de más de dos años, pretende válidamente cobrarle a Colmena Seguros la totalidad de los valores adeudados.

Es claro que desde el mismo incumplimiento de una o varias cuotas debió proceder la DIAN a hacer exigible la garantía, máxime cuando en el contrato de

seguro, la ley ha querido que las acciones derivadas del mismo cuenten con prescripciones de corto tiempo.

Por su parte, el artículo 42 del decreto 1909 de 1992 se refiere al pago oportuno de los tributos aduaneros, habiendo debido la DIAN hacer efectiva de la garantía desde el incumplimiento. Esto se respalda en los conceptos de aduanas No. 073 de 1996 y 001 de 1999.

Se encuentra, entonces, que en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio operó la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, que es de dos años, toda vez que la administración tuvo conocimiento del incumplimiento desde el 15 de agosto de 1996 y sólo hasta el 6 de diciembre de 1999, mediante la Resolución 4984 se hace exigible la garantía. Si se cuentan los plazos se determina que transcurrieron más de tres años, configurándose la prescripción.

El actor, en sustento de la tesis planteada, cita la Sentencia de esta Corporación de 31 de octubre de 1994, Expediente No. 5759, M.P. Guillermo Chahín Lizcano.

Ahora, la resolución atacada procede a hacer efectiva la totalidad del valor asegurado por \$97.384.325 cuando de la parte motiva se desprende que la obligación adeudada asciende a poco más de USD \$12.000 dólares, en violación de los artículos 1088 y 1089 del Código de Comercio. Con esta actuación, es claro que la administración pretende enriquecerse sin mediar justificación alguna.

En cuanto a la violación al artículo 1095 ibídem, el actor reitera que la distribución del seguro fue del 60% para Colmena Seguros y del 40% para Seguros Alfa, sin que se genere solidaridad entre las aseguradoras. Por esto, debió cobrarse a la demandante en proporción al valor por ella asegurado. El demandante se funda también en el artículo 1092 del mismo Código.

1.4.3. Violación directa de los artículos 11, 14 y 34 de la Ley 550 de 1999.

La DIAN, no le expresó al Promotor dentro de los términos establecidos en el Parágrafo 1º del artículo 14 de dicha ley si se perseguía al asegurador o no y ese silencio lleva a la DIAN a ceñirse a la norma referente al acatamiento de lo que se decidió en el acuerdo, sin que pueda iniciar proceso de cobro en contra de la demandante.

Así las cosas, la DIAN desconoció el artículo 11 de tal ley, pues se efectuó la publicidad del acuerdo de reestructuración y aquella aprobó y votó favorablemente en todas sus partes el citado acuerdo. En este, no se habla de perseguir al garante, por lo que la responsabilidad de la demandante cesó.

1.5.- La Administración Especial de Aduanas de Bogotá, mediante apoderado, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

1.5.1. En lo que respecta a la supuesta violación de los artículos 2, 4, 6, 23 y 29 de la C.P., y de los artículos 2, 3, 44, 46, 48, 51, 52, 60 y 135 del C.C.A, y artículos 98, 99 y 100 del decreto 1909 de 1992, referentes a que la administración no efectuó la notificación de los actos administrativos censurados señala que en el artículo 3º de la Resolución 4984 del 6 de septiembre de 1999 se dispuso que esta debía ser notificada según los artículos 98 y 99 del decreto 1909 de 1992. El primero de estos habla, en general, de las formas de notificación y el artículo 99 se refiere específicamente a la notificación por correo certificado la cual se surte mediante el envío de la copia del acto administrativo a la dirección procesal, lo que en efecto así se hizo.

Frente a la violación de los artículos 44, 46 y 48 del C.C.A., considera que no son aplicables pues para ello se contaba con las normas vigentes señaladas del decreto 1909 de 1992 que le fueron aplicables.

Tampoco hubo indebido rechazo del recurso de reposición pues con la Resolución 16592 de 9 de agosto de 2000 el mismo fue resuelto y se concedió el de apelación.

1.5.2. En relación con la violación de los artículos 1081, 1088, 1092 y 1095 del Código de Comercio indica, como primera medida, que de haber operado el fenómeno de la prescripción, éste no podía ser decretado por la Administración oficiosamente sino que debía ser alegado por los interesados en la vía gubernativa, lo que no sucedió.

Tampoco es cierto que se haya producido la prescripción pues el plazo de dos años no puede comenzar a contarse desde el primer incumplimiento porque el objeto de la póliza es garantizar el pago de los tributos aduaneros suspendidos con ocasión de la importación temporal.

En efecto, el objeto de la póliza 200553 de Seguros Colmena es: *“Garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, referente al cumplimiento de la terminación del régimen de importación temporal de corto plazo según declaraciones de aduanas Nos. 2325503052672-4, 2225503052671-7, 2325503052763-1 de febrero 6 de 1996, según lo dispuesto en el Decreto 1909 de 1992, Resolución 408 de 1992 y Resolución 1794 de 1993”*. Como observación en la misma póliza aparece *“se prorroga la vigencia de la póliza de cumplimiento arriba mencionada quedando a partir de febrero 6 de 1996 hasta mayo 6 de 2001”*, la cual abarca otras declaraciones de importación según transcripción de la demandada. De ahí que el objeto de la póliza sea garantizar el pago oportuno de todos los tributos aduaneros y no de una sola cuota, concluyendo luego de citar al autor Efrén Ossa, que el término de prescripción solamente puede contarse desde la terminación del contrato de seguro.

En cuanto a la afirmación del actor referente a que la póliza es de daño y que por tanto no puede ser fuente de enriquecimiento para el Estado, señala la demandada que eso no es cierto pues en el cuerpo de la misma se indica que es *“una póliza de cumplimiento de disposiciones legales”* referentes al artículo 42 del decreto 1909 de 1992, la Resolución 408 de 1992 y la Resolución No. 1794 de 1993, normas estas que hacen relación a las importaciones temporales, su terminación y el pago de los tributos aduaneros, así como a la efectividad de la

póliza en caso de que se presente el siniestro. Por esto no se presenta enriquecimiento ilícito, sino el no pago oportuno de los tributos aduaneros, siendo este uno de los riesgos asegurados.

Con relación a los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio, observa que se ha suscrito una sola póliza con su correspondiente modificación por lo que para la DIAN la compañía aseguradora es Liberty Seguros S.A., sin que se den las condiciones del artículo 1094 ibídem para aceptar la coexistencia de seguros, ni las del 1095 para que se diga que se trata de un coaseguro.

Este concepto de violación no fue objeto de discusión por el demandante en vía gubernativa por lo que será aducido como excepción.

1.5.3. La violación de los artículos 11, 14 y 34 de la ley 550 de 1999, tampoco se presenta porque aunque es cierto que la DIAN conoce el acuerdo de reestructuración de la Clínica Los Rosales Ltda., esta situación es ajena al presente proceso.

Posteriormente, la demandada invoca el artículo 135 del C. C. A., en lo que respecta a la posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y cita jurisprudencia de esta Corporación sobre su indebido agotamiento, para señalar que en el presente caso, la actora no agotó la vía gubernativa respecto de la pretensión de la ocurrencia de la prescripción de que trata el artículo 1081, como tampoco hizo referencia a la violación de los artículos 1092 y 1095 del Código de Comercio ni de la ley 550 de 1999 en sus artículos 11,

14 y 34, pues en los escritos de reposición y apelación no se hizo mención alguna a esas pretensiones. Frente a estas nuevas violaciones se entiende no agotada la vía gubernativa lo que conlleva a que la Jurisdicción no pueda pronunciarse sobre ellas.

1.6. La Clínica Los Rosales Ltda., mediante apoderado, y en calidad de litisconsorte necesario, contestó la demanda señalando en síntesis lo siguiente:

1.6.1. El acto administrativo demandado viola los artículos 29 de la C.N., artículos 214 y 224 del decreto 2656 de 1984, artículo 77 del decreto 1909 de 1992, y la ley 550 de 1999, porque la DIAN considera que no obstante haberse celebrado acuerdo de reestructuración económica en los términos de la ley 550 de 1999, pueda esta ordenar el cobro de todos los tributos y el decomiso de la mercancía.

En el mencionado acuerdo el deudor acepta la totalidad de la acreencia con la DIAN y de acuerdo con el artículo 34 de la mencionada ley los acuerdos de reestructuración son de obligatorio cumplimiento para el empresario y todos los acreedores incluyendo a quienes no hayan participado en la negociación del acuerdo. También suspende la exigibilidad de gravámenes y garantías, se deben terminar los procesos iniciados por los acreedores contra el empresario y en general consagra la protección para la empresa.

La resolución que agotó la vía gubernativa, por medio de la cual se resolvía el recurso de apelación fue proferida el 23 de abril de 2001, cuando se encontraba

aprobado y en firme el acuerdo de reestructuración, que había sido votado favorablemente por la entidad demandada.

1.6.2. El acto demandado viola los artículos 64 del decreto 1909 de 1992, 14 de la ley 550 de 1999 y 683 del E.T., pues al ordenar que se dé traslado a la División de Cobranzas para que inicie el proceso de cobro, así como para que verifique la situación jurídica de la mercancía y su posterior aprehensión conlleva al cierre de la empresa.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo decidió lo siguiente: i) denegar la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesta por la demandada; ii) declarar la nulidad del artículo 2º de la Resolución No. 655-4984 de 6 de diciembre de 1999 en lo relacionado “...por un valor de \$97.384.325” y las resoluciones que la confirman en tal sentido (16592 de 9 de agosto de 2000 y 11635 del 23 de abril de 2001), en atención a la prosperidad relacionada con la existencia del coaseguro y con el cobro máximo del límite del valor asegurado. A título de restablecimiento del derecho ordenó a la DIAN, el reintegro correspondiente al 40% del valor asegurado cancelado por Liberty Seguros, suma que deberá ser indexada según el artículo 178 del C.C.A; pero, además, deberá descontar los pagos efectuados por la Clínica Los Rosales, por concepto de tributos aduaneros en virtud de la importación temporal a largo plazo, suma que igualmente deberá ser indexada de conformidad con la misma fórmula señalada; iii) Declarar la nulidad del Auto No. 03-064—216—137-006-

16589 del 9 de agosto de 1999 que rechazó los recursos interpuestos por la compañía aseguradora; iv) Denegar las demás pretensiones de la demanda.

El a quo sustentó, en síntesis, las declaraciones señaladas así:

2.1. En cuanto a la excepción relativa a la falta de agotamiento de la vía gubernativa sobre el fenómeno de la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio y de la violación a los artículos 1092 y 1095 junto con la de la ley 550 en sus artículos 11, 14 y 34 al no haberse incluido en los recursos de reposición y apelación, la primera instancia resume que en el numeral 3º de la Resolución 4984 se ordenó notificar el contenido del acto a los representantes legales o apoderados debidamente constituidos de la Clínica Los Rosales Ltda., y Seguros Colmena (hoy Liberty Seguros S.A.) conforme a lo dispuesto en los artículos 98 y 99 del decreto 1909 de 1992.

Los recursos interpuestos por Seguros Colmena fueron rechazados por extemporáneos mediante el Auto No. 08-064-216-137-7 de agosto 9 de 2000.

Sobre la notificación por correo señala que en los términos de las normas indicadas del decreto 1909 de 1992, esta se entenderá surtida al día siguiente de la fecha de introducción al correo. Trae a colación la Sentencia de la Corte Constitucional de 31 de enero de 2001, M.P. Dr. Alvaro Tafur Galvis, que al estudiar la constitucionalidad del artículo 566 del Estatuto Tributario señaló que no se puede considerar que se cumpla con el principio de publicidad, que el artículo 209 Superior exige, por la simple introducción al correo de la copia del acto

administrativo, de modo que debe entenderse que se le ha dado publicidad cuando el afectado recibe, efectivamente, la comunicación.

Luego, indica que de acuerdo con el artículo 135 del C.C.A., es requisito de procedibilidad agotar previamente la vía gubernativa pero si la administración no hubiera dado la oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos.

Por lo señalado, decide, en observancia del artículo 4º constitucional inaplicar la expresión *“se entenderá surtida al día siguiente de la fecha de introducción al correo”* del artículo 99 del decreto 1909 de 1992, en atención a su inconstitucionalidad debido a que viola el derecho de defensa de la demandante, puesto que el contenido de la Resolución demandada se entendería conocida por Colmena – Liberty Seguros S.A., el 10 de diciembre de 1999, antes que tal conocimiento fuera posible, cuando la misma fue recibida el 14 del mismo mes y año.

Teniendo ello en cuenta y contabilizados los términos de recibo de la Resolución 4984 de diciembre 6 de 1999 el 14 de diciembre de 1999 y la interposición de los recursos contra ésta el día 21 del mismo mes y año, se tiene que estos fueron interpuestos dentro de la oportunidad legal y no en forma extemporánea como lo afirmó la DIAN en el auto 03-064-216-137-00616589 de agosto 9 de 2000. Esto muestra que se está en aplicación del artículo 135 del C.C.A, asistiéndole al demandante el derecho de acudir directamente a la Jurisdicción.

Concluye entonces, que la excepción propuesta por la DIAN no prospera.

2.2. Continúa la primera instancia con el análisis de los cargos comenzando por el de la violación directa de los artículos 2, 3, 44, 46, 48, 51, 52, 60 y 135 del C.C.A y 98, 99 y 100 del decreto 1909 de 1992.

Ante todo, reconoce que la administración, al haber cercenado la posibilidad de agotar la vía gubernativa, pretermitió el procedimiento para notificar el acto administrativo violando el artículo 44 del C.C.A. Igualmente, violó el derecho de defensa al aplicar los artículos 98 y 99 del decreto 1909 de 1992 y no le dio aplicación al artículo 100 ibídem, que pretende otorgar varias alternativas para enterar al administrado de la decisión de la administración, presentándose claramente una falta de notificación. A su turno, y por las mismas razones resultan violados los artículos 50, 51 y 52 del C.C.A. Ahora, el artículo 135 ibídem le da la posibilidad al afectado de acudir a la Jurisdicción para impugnar el acto administrativo quedando a salvo, en últimas, el derecho de defensa. Además, la ausencia de notificación no es causal de nulidad sino su ineficacia, ya que no produce efectos legales, de conformidad con el artículo 48 del C.C.A. En consecuencia, el cargo no prospera.

2.3. En lo que se refiere a la violación directa de los artículos 11, 14 y 34 de la ley 550 de 1999, precisa que el cargo comprende dos aspectos diferentes: efectos de la publicidad de la promoción del acuerdo y de la iniciación del acuerdo, artículos 11 y 14 de la ley 550 de 1999; y los efectos del acuerdo de reestructuración, artículo 34 ibídem.

Frente a los efectos de la publicidad de la promoción del acuerdo y de la iniciación de la negociación, y luego de transcribir las respectivas normas, resume que de acuerdo con estas el acreedor del empresario que se encuentre en proceso de reestructuración y que sea beneficiario de cualquier clase de garantía real constituida por terceros, deberá informar al promotor si opta solamente por hacer efectiva su garantía o si no prescinde de obtener del empresario el pago de la obligación caucionada. Si el acreedor guarda silencio o manifiesta que no prescinde de hacer valer su crédito contra el empresario, se estará a lo previsto en el inciso 1º del artículo 14, esto es, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso, durante los cuatros meses previstos en el artículo 27 de la misma ley.

Para el a quo no existe prueba que indique que la DIAN haya iniciado procesos ejecutivos contra Liberty Seguros S.A., durante esta etapa para el cobro de la póliza No. 201987 por lo que el cargo no prospera.

En cuanto a los efectos del acuerdo de reestructuración señala que de acuerdo con la ley 550 de 1999, en su artículo 34, el acreedor que cuente con garantías constituidas por terceros, y haya hecho parte del acuerdo, no puede iniciar ni continuar procesos de cobro contra los codeudores, y se suspende la exigibilidad de las garantías, la cual sólo podrá hacerse efectiva durante el mismo, si es pactado expresamente en el acuerdo.

La DIAN se había hecho parte en el proceso de reestructuración, habiéndose pactado en el Acuerdo que la obligación de ésta sería cancelada en el término de cinco (5) años y acordó forma de amortización.

Para efectos de determinar la violación a dicha norma el a quo se refiere al tema de la exigibilidad de la garantía y la ocurrencia del siniestro, citando, además de las normas pertinentes, Jurisprudencia de esta Corporación referente al siniestro. Concluye que al ordenar la DIAN la efectividad de la garantía mediante la resolución acusada y su cancelación dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la misma, por parte de Seguros Colmena, habiéndose protocolizado anteriormente el Acuerdo del cual formó parte, no viola lo establecido en el artículo 34 -3 de la ley 550 de 1999, que establece entre los efectos del acuerdo de reestructuración, la no exigibilidad de la garantía durante la vigencia del acuerdo, a menos que se pacte lo contrario, en atención a que la decisión mencionada lo que hace es declarar el siniestro, y ordenar su cancelación, más no haciendo exigible la póliza, ni iniciando proceso de cobro por la cuantía asegurada, por lo que el cargo no prospera.

2.4. El cargo relativo a la violación directa de los artículos 1081, 1088, 1092 y 1095 del Código de Comercio, lo cual lleva a una falsa motivación del acto acusado, lo aborda precisando que el mismo comprende tres aspectos diferentes, que analizará en forma separada.

El primero hace referencia a que la entidad demandada no podía hacer exigible la garantía por encontrarse prescrita; la segunda a que existe falsa motivación porque la DIAN le cobra el límite del valor asegurado y que el afianzado se

constituyó en mora desde el momento en que incumplió con el pago total de la primera cuota y la administración deja pasar más de dos años para cobrarle a Colmena la totalidad de los valores adeudados.

En relación con el primero, el a quo considera que no existen prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, ya que la prescripción ordinaria en el presente caso comenzó a contarse a partir de la declaratoria de incumplimiento (6 de diciembre de 1999), el cual no podía darse con los incumplimientos parciales, sino totales, ya que la obligación de pago de los tributos aduaneros de la Clínica mencionada era de varias cuotas, aspecto contemplado en el régimen de importación a corto plazo, según lo establecido en el artículo 42 del decreto 1909 de 1992.

El segundo aspecto, esto es, el cobro del valor asegurado, no debió ser del 100% pues el artículo 42 del decreto 42 del decreto 1909 de 1992 debe ser interpretado sistemáticamente con lo establecido en los artículos 1078 y 1088 del C. de Co, según el cual la cuantía de la indemnización debe guardar proporción con el perjuicio que cause dicho incumplimiento, por lo que el cargo en ese sentido prospera y ordenará que de la suma que la demandante debe pagar a la DIAN, se descuenta los valores cancelados por la Clínica Los Rosales por concepto de tributos aduaneros por la importación temporal a largo plazo, los cuales deben ser indexados.

En lo relacionado con la coexistencia de coaseguro, observa que en la póliza se señala un coaseguro cedido, mediante el cual el riesgo es distribuido en un 60% para Seguros Colmena y en un 40% para Seguros Alfa, y que la Resolución No.

4984/99 ordena la efectividad de la garantía, sólo en relación con la primera, por el valor total asegurado. Considera el a quo que la DIAN debió ordenar la efectividad de la garantía en relación con Liberty Seguros solamente en un 60% en aplicación del artículo 1092, debiendo la DIAN devolver a la demandante el 40% del 100% del valor asegurado en la póliza, debidamente indexado de conformidad con el artículo 178 del C.C.A.

Las otras pretensiones no prosperan por no existir prueba alguna que demuestre los posibles perjuicios sufridos por la demandante con la expedición de los actos acusados, y de otro lado, al no haberse presentado los presupuestos del artículo 171 del C.C.A, no se condenará en costas.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de Liberty Seguros S.A. apeló la decisión de primera instancia, en lo que le es desfavorable, en los siguientes términos:

3.1. Señala el recurrente que el Tribunal se equivoca en el cargo correspondiente a la prescripción ordinaria derivada del contrato de seguro, al manifestar que esta no operó, por cuanto la obligación de declaratoria del incumplimiento surgía desde el momento en que el afianzado dejare de pagar la totalidad de las cuotas.

La garantía que se expide de conformidad con el artículo 42 del decreto 1909 de 1992 busca garantizar el pago de los tributos en las cuotas fijadas; por lo tanto, la mora en alguna de las mismas configura necesariamente la ocurrencia del riesgo asegurado, sin que tenga porqué esperar la administración para proferir el acto administrativo cuando el deudor se atrase en todas la cuotas, agravando el riesgo.

Es claro, entonces que el afianzado se constituyó en mora desde el momento en que incumplió el pago de la primera cuota, es decir, desde el 15 de agosto de 1996, y la administración, después de dejar pasar más de dos años, pretende válidamente cobrarle a Colmena Seguros, hoy Liberty Seguros, la totalidad de los valores adeudados.

En el presente caso, de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, operó la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, que es de dos años, toda vez que la administración tuvo conocimiento del incumplimiento desde el 15 de agosto de 1996 y sólo hasta diciembre 6 de 1999, mediante la resolución censurada hace exigible la garantía. Si se cuentan estos plazos, es fácil determinar que transcurrieron más de tres años, configurándose la aludida prescripción. El recurrente, cita nuevamente en sustento de sus afirmaciones, la Sentencia de 31 de octubre de 1994, Expediente No. 5759 M.P. Dr. Guillermo Chahín Lizcano.

3.2. Sostiene el recurrente que la responsabilidad de la asegurada cesó al haber ingresado la DIAN al acuerdo de reestructuración mediante voto directo.

Reitera que para la fecha de la Resolución 4984 de 6 de diciembre de 1999, la DIAN ya tenía conocimiento de que la Clínica Los Rosales estaba promocionando un acuerdo de reestructuración.

La DIAN no tuvo en cuenta todas las disposiciones pertinentes de la ley 550 de 1999, considerando que no le expresó al promotor, dentro de los términos establecidos en el párrafo 1º del artículo 14 de dicha ley si se perseguiría al asegurador o no, silencio que llevó a la administración a ceñirse a la norma, esto es, al sometimiento a lo que decida el acuerdo sin poder iniciar proceso de cobro en contra de Liberty Seguros, ni podía proferir el acto acusado, pues estaría falsamente motivado.

Indica que el Tribunal se equivoca cuando señala que el ordenar hacer efectiva la garantía por parte de la DIAN no viola las normas señaladas, en atención a que la decisión es declarar el siniestro y ordenar su cancelación, mas no haciendo exigible la póliza, ni iniciando proceso de cobro por la cuantía asegurada, puesto que desconoce que la declaratoria de la ocurrencia del riesgo en cuanto a garantías para el pago de tributos aduaneros es la misma exigibilidad de la garantía. Esta equivocación es fácil de determinar al revisar que el acuerdo otorga nuevos plazos al deudor para el pago de sus obligaciones.

Cuestiona el recurrente que pretender cobrar el dinero dentro de un acuerdo y hacer al mismo tiempo exigible las garantías sería un enriquecimiento sin causa del acreedor.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

2.- La apelación cuestiona el fallo impugnado en torno a los siguientes aspectos:

(i) Para la fecha de emisión de la Resolución 4984 de diciembre 6 de 1999 había operado el fenómeno de la prescripción del seguro en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio, toda vez que el incumplimiento ocurrió desde el 15 de agosto de 1995, habiendo transcurrido más de dos años para cuando se pretendió hacer efectiva la póliza mediante la Resolución acusada; ii) La DIAN no se encontraba facultada para perseguir el pago de la obligación a la aseguradora, en razón de la aceptación y voto favorable del acuerdo de reestructuración, sin que hubiere manifestado en la oportunidad legal pertinente, si optaba o no por hacer efectiva la garantía, de forma tal que ante su silencio, debía estarse a los términos del acuerdo, resultando imposibilitada para iniciar proceso de cobro alguno contra Liberty Seguros S.A.

3. La Sala abordará en su orden, los puntos que sobre el fallo de primera instancia cuestiona el actor, comenzando por el relativo a la configuración del fenómeno de la prescripción para la fecha en que se expidió el acto acusado; para luego, evaluar lo que atañe a la violación de las normas de la Ley 550 de 1999 aducidas por el recurrente.

Es menester advertir que la garantía en cuestión fue expedida para responder por las obligaciones contraídas en el marco de una importación temporal a largo plazo por parte de Clínica Los Rosales Ltda., en los términos del artículo 42 del decreto 1909 de 1992, vigente para la época de ocurrencia de los hechos. La norma era del siguiente tenor:

Artículo 42. GARANTIA. Con el objeto de responder por la finalización de la importación temporal en los plazos señalados en la declaración y por el pago oportuno de los tributos aduaneros, la Dirección de Aduanas Nacionales podrá exigir la constitución de garantía a favor de la Nación, hasta por el cien por ciento (100%) de dichos tributos, en la condiciones, modalidades y plazos señalados por la Dirección de Aduanas Nacionales. (Subrayado fuera de texto).

De acuerdo con el artículo 41 ibídem, el importador se comprometió a cancelar la suma de \$12.061.32 dólares, dividida en diez (10) cuotas iguales de \$1.206.13 dólares en forma semestral y en pesos colombianos a la tasa vigente para la fecha de la cancelación.

Para efectos de garantizar lo anterior, fue expedida por la entidad demandante la póliza No. 200553², con vigencia a partir del 6 de febrero de 1996 hasta mayo 6 de 2001, en cuyo texto se describe que el interés asegurado es garantizar el cumplimiento de las disposiciones legales, referentes al cumplimiento de la terminación del régimen de importación temporal a corto plazo³, y relaciona las correspondientes declaraciones de importación.

Ahora bien, el apelante indica que el cobro de la póliza debió efectuarse por la administración, desde la fecha del primer incumplimiento y no esperar a que hubiere transcurrido un término superior a dos años para ello, como en efecto lo hizo, mediante la Resolución 4984 de 06 de diciembre de 1999, habiéndose configurado el fenómeno de la prescripción, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 1081 del Código de Comercio, cuyo tenor literal dispone en su parte pertinente:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción...”

² Folios 41 y 42 del expediente.

³ Es de aclarar que el régimen fue modificado por el importador de corto a largo plazo y la vigencia de la póliza prorrogada según se señala en su texto.

Es de anotar que según ha señalado esta Sección, la declaratoria de incumplimiento por parte de la administración debe efectuarse dentro del término de los dos años previstos por la norma transcrita a fin de evitar la ocurrencia de la prescripción⁴. No obstante, se ha precisado también por la Sala, que el objeto de la póliza de seguros en tratándose del régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado, es garantizar el cumplimiento de dos obligaciones aduaneras claras: la finalización del régimen que le fue otorgado al importador y el pago oportuno de los tributos, de suerte que el riesgo amparado y, por ende, el siniestro que da lugar a su efectividad, es sencillamente el incumplimiento de cualquiera de esas obligaciones⁵.

De este modo, y aun cuando la administración debe respetar el término de prescripción indicado, es del caso tener en cuenta que en el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado, el período con que cuenta la DIAN para efectuar la respectiva declaratoria de incumplimiento y ordenar hacer efectiva la póliza, se halla determinado fundamentalmente por la vigencia del seguro. Ello, en consideración a que las obligaciones contraídas en virtud de dicho régimen pueden configurar un incumplimiento, y por tanto, la ocurrencia del siniestro, en cualquiera de los momentos estipulados, bien para el pago de las cuotas de los tributos aduaneros, o al final, cuando sea menester terminar el régimen de importación según el plazo concedido por la administración; advirtiéndose que la materialización del siniestro durante dicho lapso corre por cuenta del asegurador, en concordancia con la vigencia de la garantía.

⁴ Léase la Sentencia de 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 1997-24826-01. M.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

⁵ Léase la Sentencia de 2 de julio de 2009, Expediente No. 2003-00612-01, M.P. Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta.

Sobre el particular, esta Sección señaló lo siguiente en Sentencia de 21 de septiembre del 2000, Exp. No. 2000-N5796, M.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero, a propósito del estudio de legalidad del Concepto 000015 de 27 de enero de 1999, expedido por la División de Doctrina, Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN:

“Para la Sala, el actor parte de una premisa errada cuando asevera que se está extendiendo la responsabilidad de la aseguradora, pues es claro que ésta se concreta a la ocurrencia del siniestro, que en este caso se configura con el incumplimiento de la obligación garantizada; y que tal eventualidad está garantizada dentro del término de vigencia de la garantía, conforme prevé el artículo 2º de la Resolución No 1794 de 1.993, así: “Artículo 2º Vigencia. Las garantías se constituirán con una vigencia igual al término fijado para el cumplimiento de la obligación que se respalda, contado desde el momento de su aprobación o de la vigencia del contrato. Cuando se trate de la constitución de garantías bancarias o de compañía de seguros se constituirán por tres (3) meses más, a la vigencia establecida para cada caso, en la presente resolución.”

(...)

Debe tenerse en cuenta que uno es el término durante el cual se cubre el riesgo, que corresponde al período de duración del contrato de seguro y otro el término dentro del cual es exigible el cumplimiento de la obligación de indemnizar mediante la acción del asegurado o beneficiario del seguro.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo sección cuarta del 31 de octubre de 1994 M.P. Dr.. Guillermo Chaín Lizcano, indico lo siguiente:

“... Si expedido el acto administrativo que ordena hacer efectiva la garantía, dentro de los 5 años siguientes a su firmeza no se han realizado los actos que corresponden para ejecutarlo, no puede la administración exigir su cobro.”

Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía que junto con la póliza otorgada constituye el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 No. 5 del Código Contencioso, término que contrariamente a lo expresado por el a - quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía; por que este tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia, ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia. Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que puede ser coetáneo o posterior a la de la vigencia de la póliza. ” (subrayado textual)

A su vez en jurisprudencia del 30 de abril de 1991 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. R 087, hace un análisis de lo que ocurría antes del decreto 01 de 1984 y lo que procede a partir de dicha norma en que se diferencia el término de prescripción de la obligación y el término de prescripción del derecho que emana del contrato de seguro, determinando que la prescripción del derecho se rige por el artículo 1081, en tanto que el término de prescripción de la acción ejecutiva esta regulada por el artículo 66 No. 3 del Código Contencioso Administrativo, lo anterior para aclarar el término dentro del cual la administración debe proferir el acto que declare el incumplimiento a efectos de constituir el título ejecutivo, concluyendo lo siguiente:

“...De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los 2 años señalados por la norma primeramente citada, (haciendo referencia al artículo 1081 del Código de Comercio) no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que la obligación y el derecho ya se encuentran prescritos...”

Posteriormente, el Consejo de Estado mediante sentencia del 20 de agosto de 1998, retomando lo indicado a su vez en sentencia del 14 de diciembre de 1992 M.P. Dr. Yesid Rojas Serrano, hace referencia nuevamente al momento en el cual debe expedirse el acto administrativo que se declare el incumplimiento de la obligación asegurada mediante seguro de cumplimiento manifestando lo siguiente:

“...Es preciso dentro de una elemental lógica que el beneficiario del seguro, en este caso la Administración, ante el conocimiento del siniestro no solamente a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como lo previenen las condiciones generales estipuladas en el cuerpo de las pólizas, sino que debe dictar la

resolución administrativa que declare su ocurrencia dentro de su vigencia, que sería lo más lógico e indicado, o si no dentro de los dos años subsiguientes a la fecha en que tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado, para evitar la extinción del derecho por el fenómeno de la prescripción tal y como se encuentra consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio". (subrayado textual)

*De conformidad con las jurisprudencias anteriormente transcritas se evidencia que el Consejo de Estado ha establecido mediante interpretación que el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento, debe expedirse **dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado**; lo anterior con el fin de evitar que proceda la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio. (Subrayado fuera de texto).*

Asimismo, en Sentencia de 28 de agosto de 2003, Exp. No. 8031, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se confirma este criterio, haciendo alusión a la Sentencia arriba referenciada y a otro pronunciamiento de esta Sección:

Conforme se precisó por la Sala en la sentencia de 11 de julio de 2002, Exp. 7255, C.P. Manuel S. Urueta Ayola, que ahora se reitera, "... La vigencia de la póliza es ni más ni menos que la del contrato de seguro, consagrada como uno de los contenidos del mismo en el artículo 1047, numeral 6, del Código de Comercio, y se entiende que es el tiempo dentro del cual surte sus efectos y, por ende, en el que los riesgos corren por cuenta del asegurador, por consiguiente, una vez vencido el período de vigencia antes de que acontezca el siniestro, desaparece el correspondiente amparo respecto del mismo, luego no cabe pretenderlo en relación con un evento ocurrido cuando no hay contrato de seguro vigente...". Lo anterior pone en evidencia que la vigencia de la garantía está íntimamente relacionada con la ocurrencia del siniestro, lo que es independiente de la época o plazo dentro del cual la Administración ordena su efectividad, pues esta decisión se limita simplemente a declarar una situación fáctica

anterior, como es el hecho del incumplimiento... (Subrayado fuera de texto).

Por su parte la Sección Cuarta de esta Corporación en pronunciamiento reciente, también hace referencia a que el incumplimiento en el régimen de importación temporal para reexportación en el mismo estado, puede ser total o parcial, y en tal sentido, su declaratoria puede emitirse por la administración una vez constante su ocurrencia, o en un momento posterior, cuando se cumplan los plazos máximos establecidos para el cumplimiento de las obligaciones⁶.

Así las cosas, es claro que para la fecha de expedición del acto acusado declarando el incumplimiento y ordenando hacer efectiva la garantía, la póliza de seguro se encontraba todavía vigente, de forma tal que le era oportuno a la administración declarar su efectividad en atención al incumplimiento advertido, sin que se hubiere presentado la prescripción de que trata la norma invocada por el actor.

4. En lo que respecta al cuestionamiento según el cual la responsabilidad de la aseguradora cesó al haber ingresado la DIAN al acuerdo de reestructuración con su voto directo, la Sala observa que, en efecto, mediante la Resolución 0373 de 07

⁶ Al efecto, en Sentencia de 29 de septiembre de 2011, Exp. No. 17399, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas se señaló:

"...Y si el pago de los tributos aduaneros y la finalización del régimen estaban supeditados a condiciones de plazo, lo propio es interpretar que el incumplimiento de la obligación puede ser parcial como puede ser total, pero, por lo mismo, el siniestro, para efectos de la efectividad de las garantías, puede ser parcial o total, y puede ser declarado por la DIAN inmediatamente se percate del mismo o una vez se cumplan los plazos máximos establecidos para el cumplimiento de las mentadas obligaciones..." (Subrayado fuera de texto).

de marzo de 2000 de la Superintendencia Nacional de Salud⁷ se acepta la promoción de un acuerdo de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999, el cual fue votado favorablemente por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN⁸.

La norma que el recurrente estima desacatada es el Parágrafo 1º del artículo 14 de la ley 550 de 1999, que dispone:

Parágrafo 1º. Dentro de los diez (10) días siguientes a la iniciación de la negociación, el acreedor del empresario que sea beneficiario de fiducias mercantiles en garantía o de cualquier clase de garantía real constituida por terceros, o que cuente con un codeudor, fiador, avalista, asegurador, emisor de carta de crédito y, en general, con cualquier clase de garante del empresario, deberá informar por escrito al promotor si opta solamente por hacer efectiva su garantía o si no prescinde de obtener del empresario el pago de la obligación caucionada. Si el acreedor guarda silencio o manifiesta que no prescinde de hacer valer su crédito contra el empresario, se estará a lo previsto en el inciso 1º del presente artículo, los créditos objeto de los procesos suspendidos quedarán sujetos a lo que se decida en el acuerdo, y en caso de iniciarse procesos en su contra, los terceros garantes y los titulares de los bienes gravados podrán interponer la excepción previa correspondiente. (Subrayado fuera de texto).

Ahora bien, como la administración guardó silencio sobre su decisión de perseguir la respectiva garantía o de no prescindir del cobro de la obligación en cabeza del deudor, debe estarse a lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 14 que preceptúa:

“Efectos de la iniciación de la negociación. A partir de la fecha de iniciación de la negociación, y hasta que hayan transcurrido los cuatro

⁷ Folio 101 del cuaderno No. 1 del expediente.

⁸ Folio 106 del cuaderno No. 1 del expediente.

(4) meses previstos en el artículo 27 de esta ley, no podrá iniciarse ningún proceso de ejecución contra el empresario y se suspenderán los que se encuentren en curso, quedando legalmente facultados el promotor y el empresario para alegar individual o conjuntamente la nulidad del proceso o pedir su suspensión al juez competente, para lo cual bastará que aporten copia del certificado de la cámara de comercio en el que conste la inscripción del aviso. En los anteriores términos se adiciona el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; y el juez que fuere informado por el demandado de la iniciación de la negociación y actúe en contravención a lo dispuesto en el presente inciso, incurrirá en causal de mala conducta". (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, y en virtud de que la DIAN no se pronunció sobre lo señalado en el citado Parágrafo 1º del artículo 14 de la ley 550 de 1999, le era menester no iniciar ningún tipo de proceso de ejecución o cobro de la garantía, dentro del término allí previsto.

Es de observar, sin embargo, que la prohibición de que trata la norma estriba en la imposibilidad para iniciar procesos de ejecución durante el término que esta dispone, lo que de suyo no obsta para que la administración emita el acto administrativo declarativo de la obligación, que para el caso, consistió en la resolución acusada.

De este modo, cabe puntualizar que lo adelantado por la administración fue realmente la configuración del respectivo título ejecutivo, el cual consta de la póliza de seguro y el acto que declara el incumplimiento de la obligación garantizada⁹; para, posteriormente, efectuar su cobro en el marco de otro

⁹ "ARTÍCULO 68 del C.C.A. – Definición de las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo. Prestarán mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y actualmente exigible, los siguientes documentos:

(...)

procedimiento administrativo. De hecho, se considera que la administración obedeció a un mínimo de diligencia al declarar la ocurrencia del siniestro, pues no es de recibo que para surtir tal actuación deba supeditarse a los plazos de un proceso de reestructuración cuyas resultas son inciertas, y generando el riesgo de la pérdida de vigencia de la garantía.

Por su parte, nótese que el mismo decreto 1909 de 1992, vigente para la época de los hechos, en su artículo 29, prevé como procedimiento de cobro para las garantías que se emitan a favor de la Administración de Aduanas, una remisión normativa al proceso de cobro coactivo regulado en el Estatuto Tributario, así:

“Competencia y procedimiento para el cobro. La Dirección de Aduanas Nacionales tendrá competencia tanto para el cobro persuasivo como para el cobro administrativo coactivo de los tributos aduaneros, sanciones, intereses y demás gravámenes o derechos que administre, así como de las garantías constituidas a favor de la Nación, Dirección de Aduanas Nacionales. Para tal efecto, seguirá el proceso de cobro consagrado en el Estatuto Tributario.

También se podrán contratar apoderados para el cobro judicial de los mismos, en cuyo caso los procesos se adelantarán ante la justicia civil ordinaria”.

A su turno, el proceso de cobro consagrado por el Estatuto Tributario, contempla su iniciación mediante la notificación del correspondiente mandamiento de pago,

5. Las demás garantías que a favor de las entidades públicas se presten por cualquier concepto, las cuales se integrarán con el acto administrativo ejecutoriado que declare la obligación...”

que es un acto administrativo independiente y respecto del cual es posible interponer las excepciones pertinentes.

Así las cosas, para la Sala es evidente que en el caso sub examine no se ha iniciado proceso de cobro alguno, puesto que, como se observó, la emisión de un acto administrativo que declara el incumplimiento y ordena hacer efectiva la póliza no representa per se su cobro coactivo o judicial, en los términos prohibitivos de la ley 550 de 1999. Para ello, tal como dispone la parte resolutive del acto acusado, se habrá de remitir el expediente a la División de Recaudación de la DIAN para que el funcionario competente adelante la correspondiente gestión de cobro, que constituye, se reitera, otro procedimiento administrativo independiente.

De acuerdo con lo señalado, no se observa vulneración alguna del acto acusado a las previsiones normativas de la ley 550 que aduce el actor, por lo que la Sala procederá a confirmar la sentencia recurrida en apelación, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de 23 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

