

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Subsección A

Consejero Ponente (E) : HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá D. C., trece (13) de mayo de dos mil quince (2015)

Radicación: 05001233300020130077900 (AP)
Actor: C.I. DHOWS CONGO S.A.
Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y OTROS
Referencia: ACCION POPULAR -APELACION DE SENTENCIA-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el C.I. Dhows Congo S.A., contra la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se dispuso:

"PRIMERO: Se deniegan las súplicas de la demanda, por lo expuesto en la motiva.

SEGUNDO: No se condena en costas."

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

La empresa C.I. Dhows Congo S.A., presentó, el 9 de mayo de 2013, acción popular contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN- y la Superintendencia Financiera de Colombia, con las siguientes pretensiones¹:

"1. Que se ordene a las entidades accionadas, especialmente a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Comercio Industria y Turismo para que en cumplimiento del estatuto orgánico del sistema financiero se dicten normas encaminadas al acceso efectivo de la garantía global de que trata el Decreto 2766 de

¹ De acuerdo con la corrección de la demanda, obrante en los folios 63 a 65, cuaderno 1.

2012, por parte de las Comercializadoras Internacionales del País conforme los instrumentos de intervención establecidos en el artículo 48 del Decreto 663 de 1993², con el fin de que tal requisito no sea un imposible, como viene sucediendo en la actualidad.

2. Se garantice a todas las sociedades de comercialización internacional del país el acceso al servicio financiero y asegurativo, para lo cual deberá:

2.1. Ordénarse a la Superintendencia Financiera de Colombia expida las circulares con carácter vinculante a todas las Compañías de Seguros Nacionales para que en cumplimiento de los deberes y principios orientadores establecidos en el estatuto orgánico del sistema financiero, Decreto 663 de 1993, permitan el acceso efectivo de las comercializadoras internacionales a la garantía global de que trata el Decreto 2766 de 2012.

2.2. Ordénarse a la Superintendencia Financiera de Colombia para que en razón de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas por Ley, de manera oficiosa abra investigación en contra de todas las compañías de Seguros que de manera injustificada se están negando a la expedición de la garantía global de que trata el Decreto 2766 de 2012, con lo cual se está negando el acceso al sistema asegurativo de cientos de consumidores financieros del País.

2.3. Ordénarse a la Superintendencia Financiera de Colombia para que de manera oficiosa imponga las sanciones establecidas por el estatuto orgánico del sistema financiero – Decreto 663 de 1993 y demás normas concordantes, en contra de las compañías de seguros que de manera injustificada niegan el acceso al servicio público de seguros.

3. Ordenar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN se abstenga de imponer cualquier sanción o anular autorizaciones para las Comercializadoras Internacionales hasta tanto no se garantice que las Compañías de Seguros expiden la garantía global del decreto 2766 de 2012.

² “**Artículo 48º.** Instrumentos de la Intervención.

1. Facultades del Gobierno Nacional. En desarrollo de lo previsto en el artículo 46 del presente Estatuto, el Gobierno Nacional tendrá las siguientes funciones de intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público:

a. Autorizar las operaciones que puedan realizar las entidades objeto de intervención en desarrollo de su objeto principal permitido en la ley. En desarrollo de las facultades consagradas en este literal no podrán reducirse los tipos de operaciones actualmente autorizadas por las normas vigentes a las entidades objeto de intervención, ni autorizarse operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas. Además, las facultades aquí consagradas se ejercerán, previa información a la Junta Directiva del Banco de la República, a fin de que este organismo pueda pronunciarse sobre su incidencia en las políticas a su cargo. (...)”

4. Se ordene a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN – tome medidas contingentes para evitar que las comercializadoras internacionales que no han podido constituir la póliza de que trata el decreto 2766 de 2012, por causas no imputables a ellas, queden sin autorización o salgan del comercio internacional, toda vez que la función de la DIAN es promover y estimular a tales empresas, y no garantizar su desaparición como se pretende con la exigencia de un requisito imposible.

5. Conforme a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 114 (SIC) de la Ley 1437 de 2011³, de forma respetuosa solicito al Tribunal Administrativo de Antioquia adopte las medidas que en su concepto protejan los derechos e intereses colectivos vulnerados, especialmente los derechos del consumidor financiero, la libre competencia y actividad económica, y la moralidad administrativa".⁴

2.- Los hechos.

Como fundamento de las pretensiones el actor planteó, en síntesis, que:

2.1. Mediante el Decreto 2766 de 28 de diciembre de 2012, por el cual se modificó el Decreto 2685 de 1999⁵, se impuso la constitución y entrega de una garantía

³ **Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.), Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos.** "Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos."

⁴ Escrito mediante el cual la parte actora subsanó los requisitos de la demanda, en cumplimiento del auto de 23 de mayo de 2013. Folios 63 a 65, cuaderno 1.

⁵ Decreto 2685 de 1999 (Estatuto Aduanero), modificado en lo pertinente, por el Decreto 380 de 26 de febrero de 2012 y por el Decreto 2766 de 28 de diciembre de 2012, en el cual se dispuso:

"Artículo 40-3. Garantías. Artículo adicionado por el artículo 2 del Decreto 380 de 2012.

"Las Sociedades de Comercialización Internacional deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera, dentro de los quince (15) días siguientes a la ejecutoria del acto administrativo en que se otorga la autorización, una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, en los términos que indique la autoridad aduanera, cuyo objeto será garantizar el pago de los impuestos, gravámenes y sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en este decreto."

Inciso modificado por el artículo 2 del Decreto 2766 de 2012.

global por parte de las sociedades de comercialización internacional (C.I.), así:

"Artículo 4. Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del mes siguiente a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2 del presente Decreto."

2.2. Mediante el Decreto 112 de 30 de enero de 2013 se amplió el plazo para entregar la garantía global, así:

"Artículo 4. Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera una garantía global de compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto de acuerdo a lo señalado en el artículo 2 del Decreto 2766 de 2012."

Parágrafo. Los trámites referidos a la constitución, aprobación, renovación y efectividad de la garantía, se regirán por lo dispuesto en los artículos 9 y 85 del Decreto 2685 de 1999 y en los artículos 495 al 504 de la Resolución 4240 de 2000 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y demás normas que los modifiquen o adicionen."

2.3. La parte actora resaltó que el problema para las comercializadoras internacionales no era de tiempos o plazos, ya que las compañías de seguros se negaron a expedir las pólizas esgrimiendo razones tales como: que el tipo de riesgo se encuentra fuera de las políticas de la aseguradora, que la garantía exigida por el decreto 2766 no es amparada por las compañías de seguros, que los reaseguradores no autorizan la suscripción de dichas pólizas, o sin motivación alguna, decidieron no expedir estas pólizas.

"El monto de la garantía será determinado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del valor FOB de las exportaciones realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización o, cuando no se hubiere realizado operaciones de exportación, su monto será del dos por ciento (2%) de la proyección de exportaciones según el estudio de mercado, sin que en ningún caso sea inferior a nueve mil (9.000) Unidades de Valor Tributario - UVT."

Por lo tanto, según observó la parte actora, las comercializadoras internacionales se encontraban frente a un requisito imposible de cumplir. A título de ejemplo expuso que la propia actora suministró a las compañías aseguradoras toda la documentación e información requerida y ofreció garantías reales y personales para respaldar la expedición de la póliza, sin que nada de ello sirviera para que las aseguradoras accedieran a expedir la garantía en los términos exigidos por los decretos citados.

2.4. La actora agregó que:

“El Gobierno Nacional se está haciendo el de la vista gorda frente a la problemática que enfrentan las Comercializadoras Internacionales. Tal vez motivados por su deseo de seguir creando monopolios internacionales al interior del territorio nacional, no solo crean requisitos imposibles de cumplir para las empresas nacionales, sino que se abstienen de tomar medidas urgentes para que se puedan cumplir con los requisitos que el propio gobierno impone”.

3. Derechos colectivos afectados.

La actora invocó la violación de los derechos colectivos de la libertad de empresa y la libre competencia consagrados en el artículo 333 de la Constitución Política.

Puntualizó que el Decreto 2766 de 2012 es reprochable por dos razones: la primera, consiste en que se restringe en forma injustificada la posibilidad de constituir la garantía global a través de otros medios como por ejemplo el depósito bancario y la segunda, resulta del requisito imposible de cumplir para las compañías nacionales, toda vez que las aseguradoras no les están otorgando las garantías de que trata el Decreto 2766. Indicó que el Gobierno Nacional en conocimiento de esa situación no ha hecho nada al respecto, lo cual configura una actuación contraria a la Moralidad Administrativa, tanto por la conducta mediante la cual se imponen requisitos imposibles de cumplir, como por la pasividad para tomar las medidas urgentes y necesarias que garanticen el acceso a las garantías exigidas.

En el escrito mediante el cual subsanó la demanda, la parte actora concretó que la acción se orientó a proteger los derechos y el interés colectivo vulnerado del consumidor financiero, la libre competencia y actividad económica y la moralidad administrativa⁶.

⁶ Folio 65, cuaderno 1.+

4. Actuación procesal en la primera instancia.

Mediante auto de 23 de mayo de 2013 fue inadmitida la demanda⁷ en orden a solicitar a la parte actora la clarificación de las medidas administrativas y policiales solicitadas y la entrega de las copias requeridas con destino a los demandados, requerimiento que fue debidamente atendido⁸, cumplido lo cual, mediante auto de 6 de junio de 2013 se admitió la demanda y se ordenó la notificación a las autoridades accionadas, al Procurador General de la Nación, a la Defensoría del Consumidor, así como también se dispuso la información de ley a la comunidad a través de un medio masivo de comunicación, trámite que se acreditó por el demandante haber efectuado⁹.

En auto de 25 de junio de 2013, se adicionó el auto admisorio y se ordenó la notificación a la Agencia Nacional para la Defensa del Estado.

4.1. Audiencia de Pacto de Cumplimiento.

El 20 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia de Pacto de Cumplimiento, la cual se declaró fallida toda vez que las entidades demandadas aportaron las actas de sus comités de conciliación, en las que no se aprobó realizar acuerdo y por lo tanto, en el acta de la audiencia, se hizo constar que no existió ánimo conciliatorio¹⁰.

En la audiencia, la parte actora puso de presente que se había hecho efectivo el daño por vulneración del derecho colectivo, con ocasión de un oficio mediante el cual la DIAN dio lugar a la cancelación del código correspondiente en el RUT de las sociedades comercializadoras, ante lo cual solicitó revocar la medida, con fundamento en la violación al debido proceso.

4.2. Contestaciones a la demanda

4.2.1.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones

⁷ Folio 62, cuaderno 1.

⁸ Folio 46 c.1.

⁹ Folio 62 c.1.

¹⁰ Folios 305 y 306.

incoadas por el actor y presentó las siguientes **excepciones: i)** teniendo en cuenta que la parte accionante solo aportó pruebas en relación con su propia afectación, se infiere que la acción es en su propio beneficio; **ii)** falta de legitimación pasiva, toda vez que no corresponde a ese ministerio dentro de sus funciones, ejercer la vigilancia y control de las compañías aseguradoras y tampoco reúne ese ministerio las calidades subjetivas en relación con el derecho material pretendido; **iii)** inexistencia de violación a la moralidad administrativa y al patrimonio público por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la cual se comprueba en que a falta de definición legal sobre este derecho colectivo y tratándose de una figura abierta, la diversa jurisprudencia del Consejo de Estado exigió la demostración de la desviación de poder, el abuso de la función administrativa en beneficio de un interés individual o particular, el obrar contra su competencia o la inexistencia de los estudios previos que le compete realizar, nada de lo cual se encuentra demostrado en el obrar del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **iv)** improcedencia de la acción popular, la cual se configuró por la inexistencia del supuesto de violación o amenaza a derecho colectivo alguno; **v)** inexistencia de la violación de derechos de los consumidores y usuarios, que se definen como aquellos que se benefician en últimas de la competencia, cuestión que no se vislumbró en este caso puesto que lo que se buscó garantizar fue el efectivo recaudo de los impuestos que en últimas protege a toda la comunicad; **vi)** daño y moralidad pública, excepción que hizo consistir en que no se demostró daño ni transgresión legal al marco normativo y presupuestal que correspondió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público; **vii)** no se vulneró el derecho a la libre competencia, pues no existió ninguna restricción a la libertad económica de las partes por parte del Gobierno Nacional, por el contrario lo que se buscó fue garantizar el recaudo de los impuestos.

4.2.2. El Ministerio de Comercio Industria y Turismo, se opuso a las pretensiones incoadas por el actor y presentó las siguientes excepciones: **i)** falta de legitimación en la causa por pasiva, la cual se configuró porque no le correspondió el control y vigilancia de las entidades aseguradoras, ni está llamado a responder por las obligaciones jurídicas materia de la acción; **ii)** ausencia de responsabilidad, toda vez que no existe prueba de acción u omisión a cargo de ese ministerio.

4.2.3. La Superintendencia Financiera de Colombia, negó haber recibido petición alguna en relación con este caso, se opuso a las pretensiones y presentó las siguientes excepciones: **i)** ineptitud de la demanda por falta de señalamiento concreto de las conductas conculcadas a esa Superintendencia; **ii)** acción

inadecuada, la cual se demuestra por la ausencia del presupuesto del artículo 2 de la Ley 472 de 1998, referido a la prevención del daño, peligro o agravio sobre los derechos o intereses colectivos, toda vez que las pretensiones del demandante no se orientan a evitar el daño, sino a controvertir la aplicación de una norma, asunto que no se protege a través de la acción popular; **iii)** inexistencia de vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa, toda vez que en manera alguna se configuró mala fe ni falta a la moralidad.

4.2.4. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, expuso en las razones de la defensa: **i)** El Decreto 2766 de 2012 exigió de manera exclusiva la garantía global de compañía de seguros, razón por la cual no es viable aceptar como garantía, el depósito bancario a que se refiere la parte actora; **ii)** La DIAN carece de competencia alguna respecto de la vigilancia y control de las compañías aseguradoras; **iii)** es patente la falta de violación de derecho colectivo alguno toda vez que el artículo 1056 del Código de Comercio establece la posibilidad que tienen las compañías de seguros de seleccionar los riesgos; **iv)** las pretensiones orientadas a que la DIAN se abstenga de imponer sanciones a las comercializadoras que operen sin la garantía, no pueden proceder, toda vez que significan la supresión de los efectos jurídicos consagrados en el artículo 82 del Decreto 2685 de 1999 o Estatuto Aduanero, en el cual se establece que *“si la garantía no se presenta dentro del término señalado y con el cumplimiento de los requisitos que se establezcan, la autorización quedará automáticamente sin efectos”*; **v)** no se comprende como la exigencia de la póliza puede atentar contra la libre competencia de las comercializadoras y por el contrario, la pretensión de obligar a las compañías aseguradoras a expedir la póliza representaría un quebrantamiento del derecho a la libre competencia respecto a las aseguradoras, que en ejercicio de la libertad negocial, están en su derecho de expedir pólizas a su discrecionalidad; **vi)** la exigencia de la póliza pretende asegurar el cumplimiento de las obligaciones de las comercializadoras dentro del régimen aduanero, lo cual, entonces, opera en beneficio del interés general al garantizar el pago de las eventuales sanciones, asunto que, por lo tanto no quebranta el derecho a la moralidad ni vulnera a la colectividad; **vii)** de conformidad con las consideraciones de la Corte Constitucionalidad, la preservación del orden público económico, hace referencia a la planificación de la economía del país, marco dentro del cual resulta viable establecer límites a la actividad privada y a la libertad de empresa para garantizar el interés colectivo¹¹.”

¹¹ Sentencia C-083 de 1999.

4.3. Intervención de la Liga de Consumidores de “Medellín para Antioquia”.

En conocimiento de la demanda, la Liga de Consumidores de “Medellín para Antioquia”, coadyuvó las pretensiones y argumentó la violación al debido proceso en la actuación mediante la cual se impuso el requisito de la póliza de seguro. Destacó que las compañías aseguradoras no pueden negar el acceso a la póliza de seguros sin motivación alguna, en tanto que desarrollan actividades de interés público y deben fundarse en una evaluación individual del riesgo, de acuerdo con la Circular No. 023 de 2005 expedida por la Superintendencia Bancaria de Colombia hoy financiera.

Reflexionó acerca del papel del Juez que si bien no puede cambiar la ley tiene una función creadora -en la interpretación- en orden a buscar soluciones justas. Finalmente abogó por el imperio del principio de la buena fe, según el cual, siguiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional, a los administrados no se les puede imponer una prestación *“cuando solo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida”*.

4.4. Otras Coadyuvancias.

Mediante auto del 25 de septiembre de 2013, el Tribunal *a quo* admitió las coadyuvancias a la parte actora, presentadas por las sociedades C.I. EXTRA S.A.S. y C.I. NOROPEL.

En el escrito de coadyuvancia, la sociedad C.I. EXTRA S.A.S., narró los hechos referidos a la Resolución No. 0009 de enero 28 de 2013 que reglamentó del Decreto 2766 de 2012 y el auto que ordenó el archivo del trámite de homologación de las comercializadoras internacionales. Igualmente se refirió a la actualización de oficio del registro único tributario, como resultado de la cual la DIAN eliminó el código 04, destinado a usuarios aduaneros (casilla 53 del formulario), según oficio No. 100210228-292 del 14-05-2013 -expedido con posterioridad a la presentación de la demanda en el sub lite- lo cual afectó a 5000 usuarios aduaneros. Expuso que, por ejemplo, en su caso no se le había revocado la resolución que le reconoció la calidad de comercializadora internacional y que esa sociedad solo se enteró de la cancelación del código 04, bajando el registro único tributario de la página de la DIAN, por lo cual evidenció la violación del Decreto 2788 de 2004 que consagra el

procedimiento para actualización del RUT. En el acápite de los derechos colectivos vulnerados se refirió al derecho de defensa, al debido proceso y a la falsa motivación.

Por su parte la sociedad C.I, NOROPEL S.A.S., narró hechos similares a los de la coadyuvancia anterior, afirmó que se violaron el debido proceso administrativo, el derecho de defensa y que la Resolución No. 00009 se expidió sin estudios previos que permitieran la determinación de datos justos para determinar el porcentaje del FOB sobre el cual se exigió constituir la póliza. Presentó petición de anulación de la Resolución 00009 de 2012 y del oficio de 14 de mayo de 2013¹². Este coadyuvante aportó como prueba el fallo del juzgado primero penal del circuito especializado de Medellín de fecha 1º de agosto de 2013, en el cual se resolvió TUTELAR los derechos fundamentales de C.I. Dhows Congo S.A., DEJAR SIN EFECTOS la decisión mediante la cual se eliminó del RUT el código 04 de esa empresa y se hizo constar que la tutelante contaba con 4 meses para ejercer la acción ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y que *“en caso de no acudirse en ese término cesarán los derechos de esta tutela”*¹³.

En proveído de 7 de octubre de 2013, al desatar el recurso de reposición interpuesto por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, el Tribunal a quo confirmó el auto de 25 de septiembre de 2013, por considerar que las coadyuvancias no contenían pretensiones distintas –materialmente- a las que habían sido objeto de la acción popular ¹⁴.

4.5. Alegatos de conclusión en la primera instancia.

4.5.1. La **parte actora**, observó que el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comercio Industria y Turismo expidió el Decreto 2766 de 2012, modificado por el Decreto 112 de 2013, mediante el cual exigió la constitución de una garantía global a todas las comercializadoras internacionales, sin adoptar un plan de contingencia en orden a garantizar la disponibilidad de las pólizas en el mercado asegurador para la pequeña y mediana empresa. A juicio de la parte actora, de ese requisito desproporcionado y de la falta de estrategia o seguimiento, se infiere un *‘dolo eventual’* en materia penal, de parte de las entidades demandadas y se establece la vulneración de los derechos a la libre competencia, moralidad administrativa y

¹² Folios 254 a 264, cuaderno 1.

¹³ Folio 291, cuaderno 1.

¹⁴ Folio 362, cuaderno 1.

derechos de los usuarios y consumidores. Agregó que en la audiencia de cumplimiento solicitó a la DIAN que revocara el oficio con fundamento en el cual despojó a las comercializadoras de la posibilidad de desarrollar la actividad correspondiente, a lo cual se negó esa entidad, habiéndose configurado el daño, en violación a los derechos colectivos

4.5.2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público no presentó alegato en esa oportunidad.

4.5.3. El Ministerio de Comercio Industria y Turismo se refirió que no hubo conducta de su parte en la supuesta violación de derechos colectivos. Destacó su participación como invitado en el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, en el cual la Dian –dentro de las competencias de esa entidad– sometió a consideración de dicho órgano un proyecto para modificar el Decreto 2685 de 1999, adicionado por el Decreto No. 380 de 2012. Indicó que se obtuvo la autorización de los miembros del Comité y se cumplió con la publicidad establecida en el artículo 8 de la Ley 1437 de 2011, para que la comunidad tuviera la oportunidad de intervenir y manifestar su desacuerdo. Finalmente alegó que no fueron demostrados los supuestos de la acción popular, contenidos en la definición del artículo 2 de la Ley 472 de 1998, esto es el daño y la violación del derecho colectivo.

4.5.4. La Superintendencia Financiera de Colombia observó que las pruebas desvirtúan la presunta omisión por parte de esa entidad y determinan que no existió vulneración de derecho alguno. En relación con la acción de tutela y la temporalidad del derecho que según las pruebas fue amparado a favor de la parte actora, indicó que la misma demandante instauró demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra las respectivas normas del estatuto aduanero, lo cual corrobora que, en realidad, pretende la revisión del decreto a través del cual se está exigiendo la garantía global.

Identificó los oficios que dirigió la parte actora a las entidades demandadas, dentro de los cuales advirtió que no se encontró petición alguna dirigida a la Superintendencia Financiera de Colombia acerca de la supuesta violación de derechos colectivos por parte de las aseguradoras. Igualmente observó que las sociedades coadyuvantes no se refirieron a acciones ni omisiones de esa Superintendencia y se enfocaron en la violación del debido proceso dentro de un

procedimiento en el que no intervino la citada Superintendencia.

4.5.5. La **DIAN** alegó que no se probaron los supuestos para la prosperidad de la acción popular: **i)** no hubo acción u omisión de la DIAN que hubiera dado origen a la supuesta vulneración del derecho colectivo, **ii)** no se acreditó un daño a los intereses colectivos y **iii)** la relación de causalidad entre los dos anteriores no existió para este caso. Estableció que las pruebas no permiten siquiera vislumbrar peligro o daño colectivo, quebrantamiento a la moralidad pública o la libre competencia.

5.- La sentencia recurrida.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia de 29 de noviembre de 2013 denegó las súplicas de la demanda con fundamento en la carencia de pruebas para establecer vulneración a amenaza a los derechos colectivos invocados.

En resumen el Tribunal a quo, consideró lo siguiente:

“(...) Analizadas las prueba (sic), encuentra la Sala que no se demostró la vulneración o amenaza o agravio de los derechos colectivos invocados, por lo que pasa a explicarse: (...)”

*Respecto a la violación o puesta en peligro del derecho o interés colectivo a la **moralidad administrativa**, (...) No se encuentra una afectación (...) por cuanto dicha póliza como su nombre lo indica, es una garantía para el incumplimiento de las obligaciones que contraen las referidas sociedades (...) la constitución de la póliza global no es caprichosa, sino que es de constitución legal, ordenada por el Gobierno Nacional. No se ve por este aspecto, que las entidades o sus funcionarios estén incurriendo en un comportamiento inadecuado, es decir violando los postulados de la honradez, pulcritud, rectitud, buena fe.*

*En cuanto a la conculcación del derecho colectivo a la **libre competencia económica** (...) L[.]a Sala no ve infringido este derecho, debido a que el Código de Comercio¹⁵, (...) establece la delimitación contractual de los riesgos al indicar, que con las restricciones legales, el asegurador podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos (...).// Es de anotar que de acuerdo con el artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la póliza global creada por el Decreto 2766 de 2012, no se trata de la creación de un seguro obligatorio.*

*En cuanto a la vulneración del **derecho colectivo de los consumidores y usuarios**, como lo ha indicado el Consejo de Estado, este derecho*

¹⁵ Artículo 1056 C.Co.

hace referencia a aquellos que se benefician de la competencia, lo cual les permite escoger los bienes y servicios ofrecidos, según sus preferencias de calidad y precio (...)."

En relación con las pretensiones de las sociedades que presentaron coadyuvancia en este proceso, teniendo en cuenta la regulación especial de la figura en el artículo 24 de la Ley 472 de 1998, el Tribunal a quo estimó que era innecesario considerarlas en la sentencia, por su relación con nuevas pretensiones y planteamiento de otros intereses colectivos vulnerados diferentes de los establecidos en la demanda.

6.- El recurso de apelación.

La parte demandante presentó y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

En relación con la falta de pruebas para concluir acerca de la vulneración de los derechos colectivos, argumentó:

"Lo anterior no se compadece con la realidad del proceso, por cuanto tal como se expuso en los alegatos de conclusión de primera instancia, se encontró plenamente probada la violación de los derechos colectivos, así como la pasividad de las entidades accionadas. // Es un hecho evidente que de las casi 5000 empresas comercializadoras internacionales del país, solo 229 de ellas cuentan hoy con el código que les permite operar en dicha calidad, siendo más de 4000 empresas las que el pasado 14 de mayo de 2013 perdieron su calidad de comercializadoras internacionales (...).// Sin duda alguna, tal como lo indicó la Liga de Consumidores de Medellín, la exigencia de pólizas resulta ser un requisito desproporcionado, si se considera la libertad con que cuentan las empresas aseguradoras (...) por lo que en realidad tales seguros terminan siendo un requisito casi imposible que discrimina la pequeña y mediana empresa nacional."

En relación con la moralidad administrativa, observó

"La omisión de las entidades accionadas se asimila a un 'Dolo Eventual' en materia penal, ya que dichas entidades se limitaron a exigir un requisito desproporcionado, que conocían de antemano dejaría a miles empresas sin trabajo (...)"

Explicó que los derechos violados son de diferente categoría de acuerdo con la actuación bajo la competencia de cada una de las autoridades demandadas; afirmó que la DIAN incurrió en un vicio de hecho al eliminar el código de las

comercializadoras que no pudieron cumplir con la garantía global y la Superintendencia Financiera de Colombia, como entidad encargada de la vigilancia y regulación del sector asegurador, faltó a su deber de velar por que las compañías aseguradoras pudieran cumplir con el servicio público al que estaban llamadas, otorgando la oportunidad de acceso en igualdad de condiciones y evitando que se configurara un abuso de la posición dominante.

Acerca de los derechos a la libre competencia y los derechos de los consumidores argumentó:

“Como se dijo anteriormente no es la disposición contenida en el decreto 2766 de 2012 lo que se ataca a través de la presente acción popular, sino la omisión comprobada de todas las entidades accionadas, quienes teniendo el deber de velar por garantizar los derechos colectivos (...) no hicieron nada al respecto, teniendo las herramientas de intervención que les otorga la Constitución y la Ley.”

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1. C.I Dhows Congo S.A., obrando como **parte actora**, relacionó los antecedentes de la demanda, explicó que esa sociedad “al igual de otras 4.770 empresas nacionales” se constituyeron como comercializadoras internacionales, calidad de la que fueron posteriormente despojadas, por parte de la DIAN, en forma arbitraria y con violación del debido proceso, mediante el oficio 10021000228-0292 de 14 de mayo de 2013, -expedido encontrándose en curso el presente litigio – a través del cual la DIAN dispuso la cancelación del código “04” en el RUT, medida que afectó al 95% de todas las empresas comercializadoras, que en su mayoría tuvieron dificultades insuperables para obtener la garantía global establecida por el Decreto 2766 de 2012. Esa decisión ocasionó la pérdida del régimen especial que les permitía operar bajo exención del pago del IVA¹⁶.

En las consideraciones del alegato argumentó que la medida se impuso sin que el

¹⁶ “Ahora bien, si bien es cierto que las empresas que perdieron su calidad de comercializadoras internacionales pueden seguir realizando actividades de exportación e importación, también es cierto que no pueden exportar a través del régimen especial que se había creado especialmente para ellas, régimen propio de las Comercializadoras Internacionales. Lo anterior significa en la práctica nada menos que las exportaciones de las empresas que perdieron su calidad de comercializadoras internacionales no están exentas del pago del IVA, a diferencia de la reducida cifra de comercializadoras internacionales que no perdieron tal calidad, y que por lo tanto se encuentran exentas de IVA, lo cual generó una desventaja insuperable para el 95% de las empresas del sector exportador.” C.I. Dhows Congo S.A., alegato de conclusión, página 3, folio 483, cuaderno principal, segunda instancia.

mercado asegurador del País estuviera preparado, favoreciendo a las grandes empresas exportadoras, que de la noche a la mañana se vieron privilegiadas, sin que para cada uno de los afectados mediara acto administrativo individualizado, expedido por la DIAN, que les permitiera agotar la vía gubernativa, configurando por ello la violación del procedimiento establecido en el Estatuto Tributario.

Reiteró que las compañías afectadas están sufriendo un perjuicio irremediable, de acuerdo con lo que se expuso en la audiencia del pacto de cumplimiento.

7.2. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público observó que la parte actora no arrió prueba al proceso que permita determinar que en efecto existió una amenaza a los derechos colectivos que invocó como vulnerados, por lo cual debe confirmarse la sentencia de primera instancia. Acerca de la moralidad administrativa, recordó la jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual, en cada caso concreto se debe demostrar cómo el funcionario actuó favoreciendo intereses personales o los de terceros en perjuicio del bien común, es decir que se debe llevar al juzgador a la evidencia de un abuso de la función pública y mala fe en el obrar, cosa que no ocurrió en este debate. También puntualizó que respecto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se configuró la falta de legitimación pasiva.

7.3. El Ministerio de Comercio Industria y Turismo, expuso que: **i)** la supuesta vulneración de los derechos en el *sub lite*, se refiere a un asunto ajeno a las funciones y competencias de ese ministerio, que son las establecidas en el Decreto 210 de 2003 y el Decreto 2785 de 2006. Advirtió que ese ministerio no tiene competencia para conminar o impartir órdenes a las compañías aseguradoras en materia de las garantías globales, por lo cual no es sujeto legitimado para responder en el marco de la acción popular que se ventila; **ii)** observó que la presencia del director de comercio exterior de ese ministerio, en el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior celebrado el 30 de octubre de 2012, en el cual la DIAN, sometió a consideración de dicho órgano el proyecto de decreto que modificó el Decreto 2685 de 1999, fue en carácter de invitado y que la competencia respecto de la administración y control del régimen de sociedades de comercio internacional correspondió a la DIAN, de conformidad con el Decreto 4048 de 2008, modificado por el Decreto 1321 de 2011; **iii)** las normas expedidas en virtud de las recomendaciones del referido Comité de Asuntos Aduaneros cumplieron con el requisito de publicidad exigido por el numeral 8 del

artículo 8 de la Ley 1437 de 2011; **iv)** el recurso de apelación contiene una argumentación de cifras y porcentajes sin el más mínimo soporte probatorio que permita cuestionar la sentencia de primera instancia.

7.4. La **Superintendencia Financiera de Colombia**, advirtió que la actora olvidó la técnica del recurso de apelación, que se deriva del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, *“pues no atacó la sentencia misma sino que [en realidad] interpuso una nueva demanda, a la cual le incluyó pretensiones y hechos nuevos, aunque los enmascaró dentro de un recurso”*¹⁷. En consecuencia, solicitó al Consejo de Estado, declararse inhibido para conocer del recurso de alzada, por la falla en la técnica referida.

Sobre los hechos y omisiones imputadas a la Superintendencia Financiera de Colombia, observó lo siguiente: **i)** se detuvo en el principio básico del contrato de seguro que corresponde a la selección del riesgo que debe realizar la compañía aseguradora, citó la doctrina acerca del deber de examinar *“el aspecto físico de los riesgos y la condición moral de asegurado antes de otorgar cualquier seguro”* y recordó que salvo los seguros obligatorios del artículo 191 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁸, las compañías aseguradoras pueden seleccionar los riesgos que deciden asumir de acuerdo con la experiencia obtenida en el desarrollo de su actividad y abstenerse de hacerlo cuando decidan que no deben asumir un determinado tipo de riesgo; **ii)** en cuanto a la protección del consumidor financiero, explicó que el artículo 335 de la Constitución Política fue desarrollado por el artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que establece la prohibición de todas las decisiones y acuerdos entre empresarios o asociaciones empresariales que tengan por objeto impedir, restringir o falsear la libre competencia, lo cual no se presentó en el caso que ahora se ventila. Argumentó que la Superintendencia Financiera de Colombia, cumplió con su cometido para garantizar el libre acceso al sector financiero y asegurador toda vez que impartió las instrucciones contenidas en la Circular 07 de 1996 – básica jurídica- encaminadas a evitar el abuso de la posición dominante y la obstrucción injustificada al acceso de los servicios, normativa en la cual impuso a las entidades vigiladas la instrucción de fundar toda negativa de acceso a la prestación de un servicio *“estrictamente en la evaluación de las condiciones y los riesgos inherentes a las operaciones”* que se realizan con cada consumidor y les advirtió a las entidades vigiladas el deber de

¹⁷ Folio 437 cuaderno principal apelación

¹⁸ **Artículo 191°.-** “Creación de Seguros Obligatorios. Solamente por ley podrán crearse seguros obligatorios.”

poner en conocimiento del consumidor que lo solicite, la justificación basada en “*criterios objetivos y razonables*”. Expuso que las pruebas aportadas al proceso se refieren al evento particular de la parte actora y en todo caso no permiten concluir acerca de la violación de las regulaciones antes citadas por parte de las compañías aseguradoras.

7.5. La **DIAN** advirtió que: **i)** no puede concluirse – como erradamente lo afirma el actor- que las entidades demandadas debieron tomar medidas administrativas y policivas “o casi obligar” a las compañías de seguros a que expidieran la garantía global de que trata el Decreto 2766 de 2012 o hacer un plan de contingencia, porque, los servidores públicos no tienen dentro de su competencia la potestad de obligar a las compañías de seguros para que expidan las referidas pólizas; **ii)** el derecho a la libre competencia definido como la posibilidad que tiene cualquier persona de participar en determinada actividad económica como oferente o demandante, no se vulnera por el principio de selección de los riesgos que tienen que realizar las compañías aseguradoras de conformidad con los artículos 1037 y 1056 del Código de Comercio; **iii)** la DIAN no puede pasar por alto la exigencia de la ley en torno al cumplimiento de las obligaciones aduaneras y por ello, la póliza tiene por objeto asegurar el pago de las posibles sanciones por incumplimiento en el ejercicio de la actividad aduanera en que eventualmente dicha sociedad comercializadora pueda incurrir. Además, destacó que en la referida exigencia está de por medio el interés general y el beneficio del orden público económico que la Administración busca proteger.

8. Concepto del Ministerio Público.

La Procuraduría delegada ante el Consejo de Estado conceptuó en el sentido de solicitar la confirmación de la sentencia de primera instancia, con apoyo en que el actor popular no cumplió con la carga de la prueba en orden a demostrar que se vulneraron derechos colectivos.

II.- CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración.

Para resolver la cuestión litigiosa, en primer lugar la Sala se referirá a los presupuestos

de la acción popular y finalmente, se pronunciará en el caso concreto, con base en el acervo probatorio cuya apreciación por parte del Tribunal *a quo*, constituye el motivo de inconformidad del apelante.

1. Competencia de esta Sección para conocer el recurso de apelación.

La Ley 1437 de 2011, en el numeral 16 de su artículo 152, dispuso que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia, entre otras, de las demandas relativas a la protección de los derechos e intereses colectivos, contra las autoridades de orden nacional o las personas privadas que dentro de ese mismo ámbito desempeñen funciones administrativas.

En el caso concreto, las entidades demandadas, son todas ellas autoridades de nivel nacional y se persigue en este proceso la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la libre competencia y los derechos de los consumidores financieros.

En el mismo sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Ley 472 de 1998, corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de las acciones populares originadas en *“actos, acciones u omisiones de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas”*.

De acuerdo con todo lo anterior, tanto por el criterio orgánico como por el material, se concluye acerca de la competencia de esta jurisdicción, para el conocimiento de la presente causa.

Se agrega que por disposición del artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, emanado de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer, por reparto, de las acciones populares que versen sobre *“asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa”*.

Así las cosas, se verifica la competencia de la Sala para conocer del presente recurso.

2. Legitimación pasiva.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo presentaron excepción de falta de legitimación pasiva, sobre lo cual nada especificó la sentencia de primera instancia y tampoco fue materia de recurso de apelación por parte de esas entidades.

La Sala considera pertinente advertir que tal excepción no estaba llamada prosperar, teniendo en cuenta que con independencia de lo que se resuelva en el fondo del debate, es evidente que el Ministro de Hacienda y Crédito Público y el Ministro de Comercio Industria y Turismo firmaron los Decretos No. 380 de 16 de febrero de 2012 y No. 2766 de 28 de diciembre de 2012, normas que crearon la exigencia de la póliza de seguro y fijaron los parámetros para que la DIAN entrara a exigir las garantías, con base en las cuales supuestamente se habría abierto paso una exigencia imposible de cumplir por parte de la mayoría de las comercializadoras, de manera que la conducta de esos ministerios hace parte del asunto que se debate en este proceso.

Se agrega que los citados ministerios concurrieron a suscribir la expedición de los decretos antes referidos, conformaron el Gobierno para efectos de los respectivos actos en los términos de la Constitución Política y por lo tanto, debían integrar la parte pasiva en el presente proceso, como en efecto sucedió.

Este presupuesto de legitimación pasiva se apoya en el artículo 115 de la Constitución Política, que establece:

“Artículo 115. El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.”

Se agrega a ello que los decretos fueron expedidos en uso de las atribuciones especiales del Presidente de la República, establecidas en el numeral 25 del artículo

189 de la Constitución Política, a cuyo tenor le corresponde:

“25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.”

En relación con el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, la legitimación pasiva no se altera por el hecho de que la presentación del proyecto de decreto frente al Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior le hubiera correspondido a la DIAN por razón de sus competencias, toda vez que –se reitera– el ministro del ramo integró el Gobierno, para efectos de la expedición del decreto 2766 de 2012, cuyo contenido fue cuestionado en este proceso, por la vía de la acción popular.

Además, el Ministerio de Comercio Industria y Turismo no fue ajeno a los hechos materia de debate toda vez que el Viceministro de Comercio Exterior obró como presidente de la sesión No. 248 y una funcionaria del mismo ministerio -Subdirección de Prácticas Comerciales- actuó como Secretaria Técnica del Comité y ambos funcionarios, en ejercicio de sus cargos¹⁹, suscribieron el acta número 248 mediante la cual se dejó constancia de las consideraciones expuestas por la DIAN frente al respectivo Comité²⁰.

Con relación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a la DIAN, se observa igualmente su participación en la determinación del requisito impuesto a través del Decreto 2766 de 2012, toda vez que sus funcionarios participaron en el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior y Cambiarios²¹.

2.- Las potestades del Juez en la Acción Popular, frente al medio de control de nulidad del acto administrativo.

La acción popular, se encuentra consagrada con rango constitucional, en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución Política, a cuyo tenor:

¹⁹ Decreto 330 de 2006

²⁰ Folio 199 a 208, cuaderno 1.

²¹ El acta número 248 de 2012 da cuenta de la asistencia de la Viceministra Técnica de Hacienda y Crédito Público y, por parte de la DIAN, registró la presencia de la Subdirectora Técnica, la asesora del Director General, la Subdirectora de Registro Aduanero, el Subdirector de Gestión Tecnológica, de información y comunicaciones y el Asesor de Gestión Tecnológica, de Información y Comunicaciones de la referida entidad.

Artículo 88. “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.”

La Ley 472 de 1998, en su artículo 4º estableció una descripción, no limitativa, de los derechos colectivos susceptibles de ser invocados en el ejercicio de la acción popular, dentro de la cual se encontraron mencionados, entre otros, los derechos que se invocaron como vulnerados en la presente acción, esto es la moralidad administrativa, la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios.

El artículo 7º de la Ley 472, estableció que los derechos colectivos deben observarse y aplicarse de acuerdo con la constitución, las leyes y los tratados internacionales, de manera que se tiene establecido que los derechos colectivos no se restringen a los mencionados en la Ley 472 de 1998:

Artículo 7º.- Interpretación de los Derechos Protegidos. “Los derechos e intereses protegidos por las Acciones Populares y de Grupo, de conformidad con el artículo 4 de la presente Ley se observarán y aplicarán de acuerdo a como están definidos y regulados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales que vinculen a Colombia.”

En este punto, se debe tener presente que el alcance del medio de control de la acción popular fue acotado por el legislador con la expedición de la Ley 1437 de 2011, contentiva del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.), mediante el artículo 144, en el cual dispuso:

Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. “Cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.” (Se subraya).

Mediante sentencia C-644 de 2011, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del aparte antes subrayado, advirtió que el legislador zanjó la discusión acerca de la compatibilidad de la acción popular y la acción de nulidad, estableció la autonomía de los medios de control, las diferentes pretensiones que son propias de cada uno y los límites del juez de la acción popular, bajo la égida de la Ley 1437 de 2011. En este sentido, los medios de control pueden coexistir o no, empero el Juez de la acción popular no debe pronunciarse sobre la nulidad del acto administrativo, siendo su poder el de ordenar que se *“adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”*

La Corte Constitucional se pronunció sobre el particular, con fundamento en el siguiente razonamiento:

*“Las acciones populares tiene un carácter principal y su proceso tiene una estructura especial que lo diferencia de los demás procesos de contenido litigioso. La configuración constitucional y legal de las acciones populares permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios. **De ahí su compatibilidad con las acciones contencioso administrativas prevista para solicitar la declaratoria judicial de nulidad de los actos o contratos estatales.**”* (La negrilla no es del texto).

(...)

*“Encuentra la Corte que la expresión: “sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”, contenida en el artículo 144 de la ley 1437 de 2011, y referida a los alcances que los jueces populares deben dar a sus sentencias, no desconoce el debido proceso judicial sino que por el contrario lo fortalece y clarifica los alcances de su competencia, habida cuenta de los desacuerdos y divergencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado sobre la materia, resultando válido que haya sido el propio legislador quien, dentro del marco de la potestad de configuración normativa que tiene, haya dado solución definitiva al problema de precisar **la improcedencia de que el juez de la acción popular decida sobre la anulación de actos administrativos y contratos estatales, sin que por esta razón se desconozcan el acceso a la administración de justicia o el carácter principal de las acciones populares, que en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción.** Se trata pues de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es*

procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011.” (La negrilla no es del texto).

Sin embargo, es importante anotar que en el nuevo contexto legal que se introdujo a partir de la Ley 1437 de 2011, también se predicán los presupuestos materiales que caracterizan la potestad del juez en conocimiento de la acción popular, reconocidos en providencia de esta Subsección con base en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado bajo la Ley 472 de 1998, considerando ahora que las apreciaciones de la Sala en esa oportunidad continúan vigentes, precisamente de acuerdo con la delimitación del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.).

“1).- Establecer sí los derechos cuyo amparo se pretende son, ciertamente, derechos colectivos y, en consecuencia, susceptibles de protección mediante el ejercicio de la acción popular, pues en caso contrario el reclamo debe incoarse acudiendo a los procedimientos judiciales establecidos para el efecto.

2).- Las acciones populares se instituyen para “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”(inciso 2º del artículo 88 de la Ley 472 de 1998), por lo tanto, la acción popular tiene un carácter eminente preventivo, en consideración a los intereses que a través de la misma se pretende proteger, por lo cual se requiere una justicia pronta y oportuna para evitar que tales intereses sean vulnerados, o lograr que sean, oportunamente restablecidos.

3).- Por el mismo carácter preventivo de la acción popular, la amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos debe ser cierta, directa, inminente, concreta y actual, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo, por lo tanto el actor popular tiene la obligación de precisar y probar el hecho dañoso que altera o vulnera los derechos o intereses que se pretenden proteger, así se desprende del artículo 30 de la Ley 472 de 1998 al definir que la carga de la prueba corresponde al demandante, salvo que por razones de orden económico o técnico, el actor esté en la imposibilidad de demostrarlo, evento en el cual se traslada la carga probatoria a la entidad demandada o el juez de oficio deberá ordenar la práctica de las pruebas que considere pertinentes, en tanto el juez constitucional, tiene la obligación de verificar que de los hechos planteados en la demanda sea posible deducir dicha amenaza o vulneración para la colectividad que

reclama el amparo.”²²

3. Las pruebas aportadas a este proceso.

Las siguientes son las pruebas que se aportaron al presente proceso:

3.1. Acta número 248 de 30 de octubre de 2012, correspondiente a la reunión del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior – Comité Triple A-, en la cual consta el desarrollo del siguiente punto del orden del día:

“6. Temas Aduaneros.

(...)

6.4. DIAN – Proyecto de Decreto que modifica el Decreto 2685 de 1999, adicionado por el Decreto 380 de 2012 sobre Comercializadoras Internacionales”²³

3.2. Auto de archivo No. 000015 de 14 de enero de 2013, emitido por el subdirector de gestión de registro aduanero de la DIAN, en el cual, considerando lo previsto en el artículo 3º del Decreto 2766 de 2012²⁴, dispuso el archivo de las solicitudes de homologación de las sociedades de comercialización internacional que a la fecha de la entrada en vigencia del citado decreto, se encontraban en trámite. En los considerandos aparecen relacionadas 56 sociedades²⁵.

3.3. Correo electrónico de Aseguradora Solidaria de Colombia S.A., de fecha 26 de octubre de 2012, con asunto de referencia *“expedir pólizas constructora laco s.a.”* en el cual se lee:

“Aseguradora Solidaria de Colombia, como entidad que desarrolla su función comercial en Colombia, regida por las normas legales de libre comercio, y de conformidad con las políticas y manuales de suscripción diseñados en coordinación con nuestros reaseguradores,

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. sentencia de 20 de mayo de 2013, radicación número: 25000-23-25-000-2002-92370-01 (AP), actor: Oscar Hernando Lelió Cruz (Asociación de Usuarios Kennedy ISS), demandado: Ministerio de Hacienda y otros.

²³ Folios 206. 207, cuaderno 1.

²⁴ Decreto 2766 de 2012, artículo 3. *“(...) En consecuencia, las Sociedades de Comercialización Internacional que se encontraban autorizadas con antelación a la entrada en vigencia del Decreto 380 de 2012, continuarán vigentes sin necesidad de homologación.”*

²⁵ Folios 272, cuaderno 1.

actualmente no expide garantías para este tipo de riesgos.”²⁶

3.4. Correos electrónicos de 9 de enero de 2013, cruzados entre la “suscriptora sucursal Medellín” de la Compañía Aseguradora de Fianza S.A. CONFIANZA S.A., y la directora técnica de esa compañía, reenviados el 25 de enero de 2013 a la gerencia de CI Dhows Congo, en los cuales consta lo siguiente:

Pregunta la Sucursal Medellín:

“En GT están revisando el negocio y me preguntan esto:

- 1. Con qué fin se hacen las exportaciones, es decir, son para la venta o para otro fin?*
- 2. Qué clase de mercancías exportan?”*

Responde la Directora Técnica de Riesgos:

“Nos informan que exportan para la venta y los productos son platino, oro, plata.”

Contesta la Sucursal Medellín:

“EN ATENCION A SU AMABLE SOLICITUD LE INFORMAMOS QUE POR ENCONTRARSE EL RIESGO POR FUERA POLÍTICAS DE SUSCRIPCION, NOS ABSTENEMOS DE PRESENTAR TÉRMINOS, ESPERAMOS PODER COLABORARLES EN OTRA OPORTUNIDAD.”²⁷

3.5. Correos electrónicos de Previsora Seguros S.A. , con fecha 14 de enero de 2013, reenviados a la gerencia de C.I. Dhows Congo S.A., con fecha 25 de enero de 2013:

“De acuerdo con la información financiera enviada, no es viable vincular al cliente, puesto que los indicadores no cumplen con nuestras políticas de suscripción.”²⁸

3.6. Comunicación de enero 23 de 2013, mediante la cual Suramericana de Seguros S.A., indicó en relación con la póliza de “DISPOSICIONES LEGALES COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL C.I. DHOWS CONGO S.A.”, lo siguiente:

“(…) le comentamos que una vez analizada la información suministrada por su apreciada compañía, por políticas internas de

²⁶ Folio 36, cuaderno 1.

²⁷ Folios 20 y 21, cuaderno 1.

²⁸ Folio 27, cuaderno 1.

suscripción en esta oportunidad SEGUROS GENERALES SURAMERICANA prefiere abstenerse de realizar la póliza"²⁹

3.7. Correo electrónico de SEGUROS DEL ESTADO S.A.- Auxiliar de Fianzas, de fecha 25 de enero de 2013, referencia: Decreto 2766, reenviado a C.I. Dhows Congo S.A., en el cual se lee:

"(...) Me permito informarte los requisitos para estudio de este tipo de pólizas, las cuales se pueden estudiar únicamente para CLIENTES VINCULADOS en la compañía:

1. *Qué tipo de bienes comercializan.*
2. *El lugar a donde lo envían.*
- 3- *Si son productores o fabricantes (o sus empresas filiales).*
4. *Si no los producen un listado de sus proveedores (...).*
5. *Patrimonio superior a \$241'569.000 al cierre financiero del año anterior.*
6. *La tasa para este riesgo será de 1.50 AP*
7. *Contragarantía suscrita por todos los socios de la sociedad."*³⁰

3.8. Correo electrónico de la gerente, "Casualty and Bonds" de la compañía RSA SEGUROS S.A., de fecha 15 de marzo de 2013, con referencia a "Se ampliará la garantía global para las S.C.I."

*"Definitivamente no logré ninguna autorización para este negocio. Mis reaseguradores no me dieron visto bueno para ninguna póliza Cis a la fecha."*³¹

3.9. Correo electrónico de Rave Administradores de Riesgos y Seguros, de fecha 25 de enero de 2013, con referencia a C.I. Dhows Congo S.A:

(...) esa solicitud ya había sido hecha a la compañía a través de otro intermediario, y lamentablemente fue declinada por el tipo de riesgo y porque los indicadores financieros del cliente no cumplen con el requisito establecido por la compañía para este tipo de riesgo."

3.10. Correo electrónico de CHUBB SEGUROS S.A. de fecha 17 de enero de 2013, con referencia a "SOLICITUD DE DISPOSICIÓN LEGAL SEGÚN DECRETO 2766 DE 2012", en el cual se indicó:

*"(...) en esta ocasión no presentaremos términos de emisión teniendo en cuenta que la información financiera del mismo no es favorable frente al riesgo"*³²

²⁹ Folio 14, cuaderno 1.

³⁰ Folios 24, 25 y 26, cuaderno 1.

³¹ Folios 22 y 23, cuaderno 1.

³² Folio 31, cuaderno 1.

3.11. Correo electrónico emitido por ACE GROUP, con fecha 15 de enero de 2013, con referencia a "INFORMACIÓN RESTANTE CI DHOWS CONGO S.A." en el cual se lee:

"Luego del análisis financiero de la empresa, la compañía ha decidido no participar del negocio, toda vez que la misma no genera cupo con su actual situación financiera".³³

3.12. Correo electrónico de COLPATRIA SEGUROS, de 17 de enero de 2013, en el cual se lee:

"(...) nos permitimos informarle que no fue aprobado el cupo para el cliente C.I. DHOWS CONGO S.A. ya que presenta pérdidas en los tres últimos años".³⁴

3.13. Oficio 100208221-00-0261 de 21 de marzo de 2013, emitido por la Subdirección de Gestión Normativa y Doctrina de la DIAN, con destino a C.I. Dhow Congo S.A., en el cual conceptuó:

"Manifiesta en su escrito que para la empresa que representa ha sido imposible obtener la póliza global de la compañía de seguros a que hace referencia el artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999 y por lo tanto solicita a la entidad que se abstenga de imponer cualquier medida o sanción en contra de la Sociedad de Comercialización Internacional que representa:

(...) De igual forma es necesario precisar que la exigencia de constitución de garantías se encuentra contemplada en la legislación aduanera desde el año de 1999, entre otros casos para todos aquellos usuarios que requieren obtener una autorización de habilitación o inscripción por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales. En efecto el artículo 9 del Decreto 2685 de 1999 señala: (...)."³⁵

3.14. Oficio No. 100210228344 – 178 de 14 de febrero de 2013, mediante el cual la Subdirección de Gestión de Riesgo Aduanero de la DIAN, dio respuesta a la petición presentada por C.I. Dhow Congo S.A., para que las compañías aseguradoras "expidan las garantías globales a que se refiere el decreto 2766 de 2012", con el siguiente contenido:

"(...) las competencias y funciones de la entidad están previamente establecidas en la Constitución Política y la Ley y entre ellas no se encuentra dicha función (...) la DIAN (...) no tiene competencia en los temas relacionados con las compañías aseguradoras, además de que este aspecto atañe al derecho privado."

³³ Folio 34, cuaderno 1.

³⁴ Folio 42. Cuaderno 1.

³⁵ Folio 48, cuaderno 2.

(...)

“En lo solicitado en el punto tres respecto a que no se imponga sanción a la sociedad por no acreditar la garantía (...) cabe señalar que como se dijo anteriormente las normas que rigen en materia aduanera son de carácter general y de obligatorio cumplimiento para todos los administrados y se deben aplicar en igualdad de condiciones.”

3.15. Comunicación de 28 de enero de 2013, dirigida a Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Comercio Industria y Turismo y Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sin firma ni constancia de recibido, presentada por C.I. Dhows Congo S.A., en la cual solicitó medidas urgentes encaminadas a que las compañías aseguradoras expidieran las garantías globales, información acerca de si resultaba posible una garantía bancaria y pidió que la DIAN se abstuviera de imponer medida o sanción contra D.I. Dhows Congo S.A.

3.16. Oficio DCE 025 de 31 de enero de 2013, suscrito por el Director de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Industria y Turismo en el cual manifestó a C.I. Dhows Congo S.A.:

“En respuesta al derecho de petición en referencia y conforme al ámbito de competencia del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, de manera atenta le informo que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 112 de enero de 2013, el cual modifica el Decreto 2766 de 2012 ampliando el término de constitución y entrega de la garantía global de compañía de seguros a la autoridad aduanera.”

3.17. Oficio UJ 0109/13 de 28 de enero de 2013, suscrito por la jefe de la oficina asesora jurídica del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, mediante el cual remitió la petición de C.I. Dhows Congo S.A. a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.³⁶

3.18. Comunicado de prensa de abril 23 de 2013 mediante el cual la DIAN informó que el 29 de abril vencía el plazo para que las sociedades de comercialización constituyeran la garantía global de acuerdo con el Decreto 2766 de 2012, modificado por el Decreto 112 de 2013, e indicó:

“En la página www.superfinanciera.gov.co se encuentran las Compañías autorizadas por la Superintendencia Financiera para expedir las pólizas de cumplimiento exigidas por el Decreto 2766 de 28 de diciembre de 2012 modificado por el Decreto 112 de 30 de enero

³⁶ Folio 51, cuaderno 1.

de 2013.”³⁷

4. El caso concreto

El asunto central del recurso de apelación estriba en que, a juicio de la parte actora, el Tribunal *a quo* desconoció las pruebas de la conducta pasiva de las entidades demandadas, consistente en la no utilización de los instrumentos de intervención a su alcance para evitar que la mayoría de las sociedades comercializadoras que operaban en el país se vieran despojadas de la referida condición, ante la imposibilidad de acceder al otorgamiento de la póliza de seguro para garantizar sus obligaciones. De acuerdo con la sustentación de la actora, se probó la exigencia de un requisito imposible de cumplir, impuesto en forma dolosa - en violación del derecho colectivo a la moralidad pública-, con el propósito de eliminar la competencia de la pequeña y mediana empresa.

Por lo tanto, con el propósito de resolver el asunto planteado procede realizar el análisis crítico de las pruebas aportadas, frente al supuesto materia de la alzada.

4.1. Carencia de la prueba de la vulneración del derecho a la moralidad administrativa.

En primer lugar, se debe ubicar el concepto de la moralidad administrativa, con el propósito de estudiar su prueba en el *sub lite*.

Uno de los temas más difusos en la acción popular, es el de la relación -y la diferenciación- entre el derecho positivo y la moral administrativa.

Bien se sabe que la Constitución Política, en su artículo 88, invocó la “moralidad administrativa” como un derecho de la colectividad. En el mismo sentido lo consagra el artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, han advertido que a falta de una definición legal, la moralidad administrativa constituye un principio abierto, de interpretación por el juez de la acción popular, no –necesariamente- equivalente al concepto de legalidad del acto administrativo.

Igualmente se tiene establecido que la acción popular puede coexistir con la de

³⁷ Folio 52, cuaderno 1.

nulidad del acto administrativo o la de nulidad y restablecimiento del derecho, se ventilan ellas en procesos independientes y no constituye presupuesto para la acción popular la imposibilidad de acudir al medio de control de nulidad.

También ha observado la jurisprudencia que la vulneración del derecho a la moralidad administrativa puede fundarse en supuestos diferentes a los de la legalidad del acto administrativo, con base en la violación de los principios constitucionales³⁸. En el mismo orden de ideas, el concepto de la vulneración de la moralidad administrativa se diferencia del ilícito penal y de la falta disciplinaria, aunque pueden concurrir en determinadas conductas.

Ahora bien, sin perjuicio de la textura abierta del derecho colectivo, es claro que la vulneración del derecho a la moralidad administrativa no se funda en un criterio subjetivo, de apreciaciones y convicciones íntimas del operador judicial, sino que debe ser materia de prueba, soportada en la conducta objetiva, violatoria de los principios constitucionales y legales que amparan el derecho de la colectividad.

³⁸ **Ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A.) Artículo 137. Nulidad.** "Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.

Excepcionalmente podrá pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos:

- 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.*
- 2. Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.*
- 3. Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.*
- 4. Cuando la ley lo consagre expresamente.*

Parágrafo. Si de la demanda se desprendiere que se persigue el restablecimiento automático de un derecho, se tramitará conforme a las reglas del artículo siguiente."

Descendiendo al caso concreto, en el recurso que ahora se desata, la parte actora argumentó la vulneración de la moralidad administrativa por haberse configurado un dolo eventual en la conducta omisiva respecto de las facultades de intervención de las entidades demandadas, las cuales supuestamente se encontraban en conocimiento de que la obtención de la garantía de cumplimiento era imposible para la mayoría de las entidades de comercialización internacional que existían a la fecha en que fue modificado el requisito.

La parte actora se refirió concretamente al dolo eventual en materia penal, el cual se encuentra tipificado en la ley³⁹, como una modalidad de la conducta punible, así:

*“Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. **También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.**” (Se resalta para los propósitos de este análisis)*

De acuerdo con lo anterior, el presupuesto de la acción popular se habría constituido por la conducta consistente en la configuración del requisito de la póliza de seguro¹² dejando al azar la posibilidad de que no pudiera ser cumplido por la mayoría de las comercializadoras internacionales, esto es incurriendo en falta de previsión por parte de las entidades demandadas acerca de que el decreto produciría el efecto de excluir del mercado a la gran mayoría de las sociedades denominadas comercializadoras internacionales (C.I.).

Pasa la Sala, entonces, a analizar las pruebas aportadas al proceso de cara al supuesto dolo eventual.

Se tiene probado que el 30 de octubre de 2012, la DIAN consultó la modificación que se habría de introducir con el Decreto 2766, al Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, del cual hacían parte, entre otros, funcionarios del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la propia DIAN. En esa oportunidad la DIAN presentó tres modificaciones al Decreto 380 de 2012, referidas a: las operaciones entre las sociedades de comercialización internacional, la base de estimación de las garantías y la ampliación del plazo para homologar los requisitos.

³⁹ Ley 599 de 2000.

En el punto de las garantías expuso:

“Base para la estimación de las garantías: actualmente el monto de las mismas lo determina la DIAN con base en los valores de las importaciones y exportaciones realizadas por la SCI o con base en las exportaciones proyectadas, si esta no ha realizado estas operaciones. Este organismo considera que la estimación del valor de la garantía no debe tener en cuenta las importaciones debido a que no todas las SCI efectúan esta operación. Esta disposición modificaría el 40-3 del decreto 2685 de 1999.”⁴⁰

Según el acta Número 248, el referido comité recomendó las modificaciones acerca de las operaciones entre comercializadoras (artículo 40-5) y la ampliación del plazo de homologación, pero aplazó la decisión sobre el artículo 40-3, en relación con las garantías, así:

“De otra parte la dirección de comercio exterior del MCIT solicitó adicionalmente que el beneficio que se encuentra estipulado en el párrafo del artículo 40-3 del Estatuto Aduanero para los Usuarios Aduaneros Permanentes se extienda a los Usuarios Altamente Exportadores – quienes realizan operaciones de exportación.

(...)

Evaluado el tema el Comité recomendó la modificación del decreto 380 en lo relativo a las operaciones entre las SCI así como el plazo para la homologación.

No obstante, debido a la adición de la propuesta relacionada con la incorporación de los ALTEX [Usuarios Altamente Exportadores] dentro de lo estipulado en el párrafo del artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999, consideró necesario someter este tema a una nueva sesión del Comité.”

Con el propósito de esclarecer el contexto de la modificación propuesta, la Sala pone de presente la comparación del texto del artículo 40-3 introducido por el Decreto 380 de 2012 y la modificación del inciso segundo, incorporada a ese artículo, a través del Decreto 2766 de 2012.

| Decreto 380 de 2012 | Decreto 2766 de 2012 |
|--|---|
| Artículo 40-3. Garantías. “Las Sociedades de Comercialización Internacional deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera, dentro de los quince (15) días siguientes a la, ejecutoria | Artículo 2. Modificase el inciso segundo del Artículo 40-3 del Decreto 2685 de 1999, adicionado por el artículo segundo del Decreto 380 de 2012, el cual quedará así: |

⁴⁰ Folio 206, cuaderno 1.

del acto administrativo en que se otorga la autorización, una garantía global, bancaria o de compañía de seguros, en los términos que indique la autoridad aduanera, cuyo objeto será garantizar el pago de los impuestos, gravámenes y sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en este decreto.

El monto de la garantía será determinado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del valor FOS **de las importaciones y exportaciones** realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización o, cuando no se hubiere realizado operaciones de importación y exportación, su monto será del dos por ciento (2%) de la proyección de exportaciones según el estudio de mercado, sin que en ningún caso sea inferior a nueve mil (9.000) Unidades de Valor Tributario -UVT.

En el caso de las personas jurídicas constituidas en el mismo año en que presenten la solicitud, el monto de la garantía será el previsto en el inciso anterior.

Parágrafo. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante resolución de carácter general, determinará los montos de reducción gradual en la renovación de las garantías, en los casos en que no presenten incumplimientos en determinados periodos de tiempo en las obligaciones propias de las Sociedades de Comercialización Internacional.

Cuando la Sociedad de Comercialización Internacional sea además Usuario Aduanero Permanente, la garantía global constituida en calidad de este

"Artículo 40-3. Garantías. El monto de la garantía será determinado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y no podrá ser superior al dos por ciento (2%) del valor FOB **de las exportaciones** realizadas durante los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud de autorización o, cuando no se hubiere realizado operaciones de exportación, su monto será del dos por ciento (2%) de la proyección de exportaciones según el estudio de mercado, sin que en ningún caso sea inferior a nueve mil (9.000) Unidades de Valor Tributario UVT"...

(...)

Artículo 4. Todas las Sociedades de Comercialización Internacional que se encuentren autorizadas a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, deberán constituir y entregar a la autoridad aduanera **una garantía global de compañía de seguros vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia**, dentro del mes siguiente a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2 del presente Decreto.

Parágrafo. Los trámites referidos a la constitución, aprobación, renovación y efectividad de la garantía, se regirán por lo dispuesto en los artículos 9 y 85 del Decreto 2685 de 1999 y en los artículos 495 al 504 de la Resolución 4240 de 2000 expedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y demás normas que los modifiquen o adicionen." (La negrilla no es del texto, se destaca para efecto de mostrar los cambios).

| | |
|---|--|
| <p><i>Último, cubrirá el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en este Decreto para las Sociedades de Comercialización Internacional."</i></p> | |
|---|--|

El Ministerio de Comercio Industria y Turismo indicó que existió una reunión virtual del comité, realizada del 4 al 7 de diciembre de 2012, en cuya oportunidad se aprobaron las modificaciones referidas a la base de estimación de las garantías, incorporadas finalmente en el Decreto 2766 de 2012, mas no aportó la prueba del acta número 250 correspondiente a la aludida reunión⁴¹. Explicó que el director de comercio exterior de ese ministerio participó en la sesión virtual en calidad de invitado especial. En sus alegatos indicó que la competencia *"respecto de la administración y control de las sociedades de comercialización internacional, sistemas especiales de importación, exportación, zonas francas y zonas económicas especiales de exportación corresponde a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, de conformidad con el Decreto 4721 de 2005, derogado por el Decreto 4048 de 2008, modificado por el Decreto 1321 de 2011."*

La Sala no comparte la conclusión del Ministerio de Comercio Industria y Turismo según la cual era *"ajeno en cuanto a cualquier vinculación (...)de acuerdo a sus objetivos y competencias nada tendría que ver en el asunto"*, según afirmó su apoderada en la audiencia del pacto de cumplimiento⁴², toda vez que está comprobada su intervención como cartera que integró el "Gobierno" para efectos de la expedición del decreto, además de su participación en el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior en el cual conoció de la propuesta de modificación de garantías, que su propia funcionaria propuso extenderla a los altos exportadores (ALTEX), lo cual cobra sentido toda vez que el Decreto 330 de 2006 con apoyo en el Decreto 210 de 2003 determinó una participación específica de ese ministerio en el referido comité, así:

⁴¹ Sin embargo, se tiene como probada la aprobación del Comité, según dio cuenta el Decreto 2766 de 2012, así:

"Que el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior en sesiones 248 y 250, realizadas los días 30 de octubre y del 4 al 7 de diciembre de 2012, respectivamente, recomendó adoptar las medidas indicadas en los considerandos anteriores."

⁴² Medio magnético (CD), contenido de la Audiencia Pacto de Cumplimiento, 20 de septiembre de 2013.

Decreto 330 de 2006

“Artículo 1º. Funciones del Comité. El Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, ejercerá las siguientes funciones:

2. Estudiar y hacer las recomendaciones pertinentes al Consejo Superior de Comercio Exterior y al Gobierno Nacional, conforme a las leyes que regulan la materia, sobre:

a) El comportamiento de los regímenes de importación, exportación;

(...)

Parágrafo 1º. De conformidad con el numeral 20 del artículo 2º del Decreto-ley 210 de 2003, todo requisito a la importación o exportación en tanto es una regulación de comercio exterior, deberá ser establecida mediante decreto suscrito por el Ministro de Comercio, Industria y Turismo y el Ministro del ramo correspondiente.”

“Artículo 2º. Integración del Comité. El Comité estará integrado por los siguientes miembros:

El Viceministro de Comercio Exterior, quien lo presidirá.

El Viceministro Técnico de Hacienda y Crédito Público.

El Viceministro de Desarrollo Empresarial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

El Viceministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

El Viceministro de Minas y Energía.

El Subdirector General del Departamento Nacional de Planeación.

El Director de Aduanas Nacionales.

Los Asesores (2) del Consejo Superior de Comercio Exterior.”

Sin perjuicio de las competencias que fueron asignadas a la DIAN⁴³, es claro que el

⁴³ **Decreto 1321 de 2011**, Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 4048 de 2008, relacionado con la estructura de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

“Artículo 1o. Modifícase el artículo 1º del Decreto 4048 de 2008, el cual queda así:

“Artículo 1o. Competencia. A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales le competen las siguientes funciones:

(...)

Igualmente, le corresponde el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y subfacturación y sobrefacturación de estas operaciones.

La administración de los impuestos comprende su recaudación, fiscalización, liquidación, discusión, cobro, devolución, sanción y todos los demás aspectos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones tributarias.”

Ministerio de Comercio Industria y Turismo estaba obrando conforme a los Decretos 210 de 2003 y 330 de 2006, antes citados, según dio cuenta el acta número 248 de 2012, habiendo fungido el Viceministro de Comercio Exterior como presidente de la reunión y la Subdirectora de Prácticas Comerciales, como secretaria de la sesión. Se reitera que el Ministro de Comercio Industria y Turismo suscribió el Decreto 2766 de 2012, en lo cual se basó la legitimación pasiva invocada por la parte actora.

Sin embargo, aunque lo anterior indica la existencia de una conducta vinculante a esta causa, el acervo probatorio no permite establecer un dolo eventual en la adopción del requisito modificado por el Decreto 2766, por parte del Ministerio de Comercio Industria y Turismo, ni de los otros partícipes -Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la DIAN- teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

i) Las sociedades de comercialización internacional gozaban de un régimen especial de incentivos y exenciones *sobre la base del cumplimiento de las obligaciones de exportación*, desde que fueron creadas por la Ley 67 de 1979⁴⁴.

ii) El régimen de las sociedades de comercialización internacional fue desarrollado en el Decreto 1740 de 1994, modificado por el Decreto 093 de 2003, en el sentido de permitirles a estas sociedades y a sus proveedores acceder a la exención del impuesto a las ventas y retención⁴⁵, siguiendo la Ley 67 de 1979, *bajo determinadas condiciones, dentro de las cuales se encontró la exigencia de cumplimiento de los planes exportadores y de las obligaciones aduaneras y cambiarias.*

⁴⁴ **Ley 67 de 1979, Artículo 1.** “Con el fin de fomentar las exportaciones de conformidad con los términos de la presente Ley y en desarrollo del ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Gobierno podrá otorgar incentivos especiales a las sociedades nacionales o mixtas que tengan por objeto la comercialización de productos colombianos en el exterior. Entre sus actividades dichas compañías podrán contemplar también la importación de bienes o insumos, bien sea para abastecer el mercado interno o para la fabricación de productos exportables.”

Ley 67 de 1979, Artículo 5. “La realización de las exportaciones será de exclusiva responsabilidad de la sociedad de Comercialización Internacional y por lo tanto, si no se efectúan estas últimas dentro de la oportunidad y condiciones que señale el Gobierno nacional, con base en el artículo 3 de esta Ley, deberán las mencionadas sociedades pagar a favor del Fisco Nacional una suma igual al valor de los incentivos y exenciones que tanto ella como el productor se hubieran beneficiado, más el interés moratorio fiscal, sin perjuicio de las sanciones previstas en las normas ordinarias.”

⁴⁵ **Decreto 093 de 2003, artículo 2, Parágrafo.**

“Para los efectos previstos en los artículos 479 y 481 del Estatuto Tributario y en el artículo 1º del decreto 653 de 1990, el Certificado de Proveedor –CP–, será documento suficiente para demostrar la exención del impuesto sobre las ventas y de la retención en la fuente respectivamente”

iii) La posibilidad de definir las condiciones de las garantías para amparar las obligaciones aduaneras se encontraba establecida para la DIAN, en el estatuto aduanero contenido el Decreto 2685 de 1999⁴⁶.

iv) El cambio introducido a la regulación de las sociedades de comercialización internacional dentro del cual se les impuso otorgar una garantía para el cumplimiento de sus obligaciones legales, no permite inferir un dolo eventual de las entidades públicas demandadas, frente a los efectos adversos que podía producir esa decisión sobre la pequeña y mediana empresa, teniendo en cuenta que - desde la perspectiva que otorga este plenario- se encuentra coherente que la DIAN, como nueva autoridad competente, entrara a proponer el aseguramiento de las obligaciones sobre las cuales se estructuraban exenciones tributarias, en concordancia con el propósito de actualizar la normativa, tal como se hizo constar en las consideraciones del Decreto 380 de 2012⁴⁷.

vi) Teniendo en cuenta que la nueva exigencia se dispuso desde la expedición del Decreto 380 de 2012 para *"garantizar el pago de los impuestos, gravámenes y sanciones a que haya lugar por el incumplimiento de las obligaciones y responsabilidades consagradas en este decreto"*, se establece, tal como lo reconoció la parte actora, que no se les impidió a las antiguas sociedades de comercialización internacional continuar con su actividad comercial, sino que se generó un requisito de habilitación sin el cual no podían expedir los certificados de proveedor (CP), para soportar las exportaciones exentas en materia tributaria.

⁴⁶ **Decreto 2685 de 1999, Artículo 9. Constitución de Garantías.**

"En los casos previstos en este Decreto, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales establecerá los plazos, modalidades, vigencias y cuantías en que deban otorgarse las garantías, cuando las normas establezcan que determinada obligación deba estar respaldada con una garantía. No habrá lugar a constituir garantías cuando se trate de entidades de derecho público y demás entidades o personas cobijadas por convenios internacionales que haya celebrado Colombia, salvo en el caso de las garantías que se constituyan en reemplazo de aprehensión o por enajenación de mercancías."

⁴⁷ "Que se hace necesario actualizar el marco normativo que regula las Sociedades de Comercialización Internacional, estableciendo las condiciones generales y especiales para su autorización, los beneficios aplicables, así como las obligaciones y el procedimiento que se surte para las infracciones generadas por incumplimiento de las mismas."

En ese sentido, el efecto del Decreto 2766 era asegurar el cumplimiento de las obligaciones con la DIAN. Se acepta, entonces, como indicó esa entidad en este proceso, que con dicha medida se buscó proteger la legalidad -de las operaciones de comercio exterior exentas y el recaudo tributario de las sanciones en caso de incumplimiento, todo lo cual debía obrar en beneficio del patrimonio público.

Así las cosas, se concluye que no existen elementos de juicio acreditados en el proceso para establecer que las entidades demandadas obraron con dolo eventual, en consecuencia debe confirmarse la sentencia de primera instancia en el sentido de denegar las súplicas de la demanda.

4.2. Precisiones acerca de la participación de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Merece especial mención, la posición de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que no hacía parte del Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, no participó en la expedición de los decretos referidos en el *sub lite*, no tenía competencia sobre la regulación de las sociedades de comercialización internacional y tampoco fue requerida por el actor popular en forma previa al proceso⁴⁸, en relación con la negativa de las compañías aseguradoras para otorgar las pólizas de seguros.

De acuerdo con lo que advirtió la Superintendencia Financiera de Colombia, no se probó violación alguna a la Ley 1328 de 2009 que regula la protección al consumidor financiero, toda vez que hasta donde se puede observar en este proceso la no aceptación del aseguramiento obedeció a factores objetivos.

Igualmente se tiene presente que la regulación contenida en la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, estableció con claridad el deber de las entidades vigiladas de estudiar al cliente y de soportar la negativa de acceso en cada caso de acuerdo con el análisis del riesgo.

No debe olvidarse que las entidades financieras y aseguradoras, intermedian riesgos y están obligadas a medir y mitigar su exposición, sobre la base de criterios

⁴⁸ La comunicación contentiva del derecho de petición aportada por el actor no estaba dirigida a la Superintendencia Financiera de Colombia, no se acreditó radicación alguna de la misma, ni de otra solicitud elevada ante esa Superintendencia,

objetivos, obligación que se impone en protección del sistema financiero y asegurador y de la colectividad que accede al respectivo servicio.

En ese sentido se estima aplicable la consideración de la Corte Constitucional, en relación con el acceso al sector financiero, que en su oportunidad dio lugar al desarrollo de la regulación incluida en la Circular Básica Jurídica invocada por la Superintendencia Financiera de Colombia, en este proceso:

*“Así mismo, el concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, **la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera**, como quiera que se impone la universalidad del ahorro. En relación con la igualdad entre los usuarios para acceder a los servicios públicos, la Corte Constitucional ha sido clara en manifestar que el concepto genérico de igualdad incluye el de homogeneidad de oportunidades para alcanzar la eficiente prestación de aquellos.”⁴⁹ (La negrilla no es del texto).*

La Sala advierte, además, que las pruebas en el *sub-lite* carecen de fuerza para concluir acerca de la existencia de un requisito imposible de cumplir, toda vez que la negativa de que fue objeto el actor popular, se refirió según la mayoría de los correos electrónicos aportados a una condición individual de esa sociedad, consistente en la debilidad de su situación financiera y del riesgo de su actividad específica. Solamente se observó el caso de una compañía⁵⁰ que no tenía disponibilidad de ese tipo de pólizas y, de otra⁵¹, que indicó la negativa del reasegurador a respaldar el riesgo de esa clase, respecto de lo cual se acogen los argumentos expuestos por la Superintendencia Financiera de Colombia, acerca de que por la vía de la acción popular no se le puede imponer a esa Superintendencia la expedición de una instrucción administrativa que obligue a todo el sector asegurador a otorgar las pólizas de cumplimiento solicitadas por todas y cada una las sociedades comercializadoras, toda vez se llegaría a un seguro obligatorio –el cual solo puede establecerse por virtud de ley de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁴⁹ Sentencia SU-157/99.

⁵⁰ Aseguradora Solidaria de Colombia.

⁵¹ RSA Seguros.

Se comparte también la argumentación acerca del artículo 1056 del Código de Comercio⁵² y la Circular 07 de 1996⁵³ – con sus modificaciones expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia⁵⁴-, de acuerdo con las cuáles las compañías aseguradoras tienen la potestad de definir los ramos de aseguramiento que ofrecen al público y en cada caso están obligadas a conocer y estudiar el cliente y los riesgos del aseguramiento, antes de celebrar el contrato de seguro.

Es importante observar que el impacto del Decreto 2766 de 2012 no fue probado en el presente proceso: las cifras y porcentajes acerca de la afectación a la mayoría de la sociedades de comercialización, fueron expuestos por la parte actora sin llevar al proceso pruebas sobre ese particular. Es bien sabido que la decisión judicial debe fundarse en el análisis crítico de las pruebas allegadas al proceso⁵⁵, de manera que asistió la razón al Tribunal *a quo* al advertir la carencia de pruebas que permitiera determinar la existencia de una afectación a los derechos colectivos, la

⁵² **Artículo 1056 C. Co. Asunción de Riesgos.** “Con las restricciones legales, el asegurador pondrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado.”

⁵³ Subrogada por la Circular Externa 029 de 2014, expedida con posterioridad a los hechos en el *sub lite*.

⁵⁴ Por ejemplo, lo dispuesto en la Parte I, Título IV, Capítulo IV acerca del SARLAFT.

“4.2.2.2. Mecanismos

Las entidades deben adoptar mecanismos que les permitan como mínimo efectuar un adecuado:

4.2.2.2.1. Conocimiento del cliente -actual y potencial-

(...)

4.2.2.2.1.4.1. En el caso de contratos de seguros se debe solicitar la siguiente información adicional: i) vínculos existentes entre el tomador, asegurado, afianzado y beneficiario; ii) relación de las reclamaciones presentadas e indemnizaciones recibidas por concepto de seguros, respecto de cualquier asegurador, en los 2 últimos años; y iii) inventario general de los bienes objeto del seguro, salvo cuando se trate de pólizas flotantes o automáticas.//En los contratos de seguros y capitalización, cuando el asegurado, afianzado y/o beneficiario sea una persona diferente al tomador o suscriptor, debe recaudarse la información al momento de la vinculación, salvo que el tomador o suscriptor señale claramente las razones que le impiden suministrar la información de aquellos y la entidad las encuentre justificadas, en cuyo caso tal información debe recaudarse al momento de la presentación de la reclamación, vencimiento y pago del título, rescisión del mismo, pago del sorteo o presentación de la solicitud de préstamo sobre el título. En los eventos en que el asegurado, afianzado y/o beneficiario no suministren la información exigida en el presente instructivo, la operación debe calificarse como inusual.”

⁵⁵ **Artículo 187.C.P.A.C.A. Contenido de la sentencia.** La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.

cual se alegó como evidente pero, en realidad, no contó con soporte alguno para su demostración.

Por lo anterior, se acepta que las pretensiones contra la Superintendencia Financiera de Colombia, tampoco tienen asidero en el acervo probatorio.

4.3. Improcedencia de las pretensiones de nulidad y de intervención en las competencias de las demandadas.

Las pretensiones acerca de la revocatoria de las medidas individuales impuestas por la DIAN, planteadas por la parte actora en la audiencia del pacto de cumplimiento y por las coadyuvantes en sus respectivos escritos, no son de recibo en este recurso, por cuando corresponden a la materia propia de la acción de nulidad.

Igualmente, la Sala observa que en manera alguna podría seguirse la iniciativa de la Liga de Consumidores de "Medellín para Antioquia", llamando al juez que conoce de la acción popular a imponer lo que considere más justo, por encima de las disposiciones legales⁵⁶.

Como ya se mencionó, no se encuentra razón protegida para ordenar a la Superintendencia Financiera de Colombia que imponga un seguro obligatorio, cuando el artículo 191 del Decreto -ley 663 de 1993, -estatuto orgánico del sistema financiero- establece que los seguros obligatorios deben ser de origen legal.

Tampoco se descubre fundamento para ordenar al Ministerio de Comercio Industria y Turismo y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que impongan medidas, pasando por alto el concepto que legalmente debe emitir el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior, puesto que ello significaría una alteración de las competencias, sin razón alguna, bajo la cual la Sala llegaría a definir una decisión económica propia de la regulación de comercio exterior, cuando el poder y deber de la Jurisdicción en el medio de control que ahora ocupa su atención se circunscribe a proteger el derecho colectivo amenazado, respetando las atribuciones constitucionales y legales del Gobierno y del Congreso, amén de que en este caso no se probó vulneración de los derechos colectivos.

⁵⁶ En el asunto debatido se encuentran regulaciones específicas del derecho positivo, sobre las cuales puede moverse la decisión judicial. Siguiendo la argumentación del coadyuvante -que se considera improcedente en este caso- se llegaría a que el juez de la acción popular debe obrar a la manera del "Juez Hércules", planteado por Ronald Dworkin: un juez filósofo que podría elaborar teorías -y dar órdenes- sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos, lo cual se advierte como un camino inaceptable en un aspecto definido por la regulación, como sucede en el presente caso.

En igual sentido, es improcedente la petición de que se ordene a la DIAN que no se imponga sanciones a las sociedades comercializadoras, en contravía del estatuto aduanero.

Para concluir, se advierte que si en escenario de la acción popular no existe competencia para anular un decreto, tampoco le corresponde al juez pasar a modificarlo, abrogándose las funciones del poder ejecutivo, dejando atrás los procedimientos de ley, puesto que en ello se desconocerían, entre otros, los presupuestos de legalidad referidos a la obligatoriedad de los conceptos previos a la facultades de intervención y la publicidad -igualmente exigida en forma previa- para permitir la participación de la comunidad en relación con los asuntos materia de los actos administrativos correspondientes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2013, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el sentido de denegar las súplicas de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

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

CÓPIESE, COMUNÍQUESE y NOTIFÍQUESE.

HERNAN ANDRADE RINCON

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA