



Radicado No. 20201600038661
Oficio No. FDCSJ-10100-
24/11/2020
Página 1 de 10

Bogotá, D.C.

Honorables Magistrados
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

ASUNTO: Casación 55430
Incidente de Reparación Integral
Demandante: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
Demandado: Sentenciados y Compañía Mundial de Seguros S.A
Magistrado Ponente: Luis Antonio Hernández Barbosa

Respetados Magistrados:

Actuando en calidad de Fiscal Séptimo y por delegación del Fiscal General de la Nación, en aplicación del acuerdo **020 del 29 de abril de 2020** mediante el cual esa Corporación implementó sendos mecanismos de trámite extraordinario, transitorio y excepcional para la sustentación del recurso extraordinario de casación, en procesos regidos por la ley **906 de 2004**, me permito descender el traslado, como no recurrente, respecto de la demanda ejercitada por el doctor **Frederick Rodríguez Largo**, en calidad de apoderado de la **Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**, víctima y actora dentro de la presente actuación e incidente de reparación integral, contra la providencia calendada **siete (07) de marzo de dos mil diecinueve (2019)**, en virtud de la cual el **Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín** desestimó las pretensiones del impugnante en relación con la llamada en garantía **Compañía Mundial de Seguros S.A.**

Lo anterior sin perjuicio de que la Corte, *a priori*, pueda desestimar esta intervención de la Fiscalía, frente a los problemas jurídicos aquí planteados, en razón a que el ente acusador no participó, en forma alguna, en las instancias procesales precedentes, amén de que la entidad víctima ejercitó directa y oportunamente, mediante la representación de apoderado judicial, su pretensión restauradora en contra de la aquí demandada, y menos aún si se considera que un pronunciamiento de este Delegado, cualquiera sea su sentido, podría resultar intrascendente, menoscabar el principio de igualdad de las partes, entre otros, y al mismo tiempo desequilibrar la balanza que debe existir entre los convocados, dada la naturaleza eminentemente *inter-partes* y

civil que entraña este instituto procesal.¹

Conviene advertir, desde ya, que conforme lo normado en la causal 4 del artículo 181 de la ley 906 de 2004, y en concordancia con lo reglado en el artículo 336 del Código General del Proceso, cuando el recurso de casación versa sobre la sentencia de segundo grado adoptada respecto del incidente de reparación integral, estará sometido, en todo, a los preceptos que lo regulan en materia civil, principalmente en lo relacionado con la cuantía y la postulación de las causales descritas en la última codificación adjetiva para acceder a la casación privada.

Teniendo en cuenta lo anterior, acorde con los artículos 338 y 342 del Código General del Proceso, el primero modificado por el decreto 1736 de 2012, el recurso extraordinario de casación en el procedimiento civil es viable siempre y *“cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente sea superior a un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”*; cuantía que en el presente asunto se observa ampliamente superada, amén de los valores determinados e indexados por los juzgadores de instancia en la suma de **\$2.657'897.000** y el monto de la póliza **M-100005426** correspondiente a la cifra de **\$1.093'216.000**, emitida esta última, en su oportunidad, por dicha compañía aseguradora con ocasión del trámite de las devoluciones fraudulentamente obtenidas.

Tampoco debe perderse de vista, que los comportamientos ilícitos fuente de las obligaciones exigidas se habrían perpetrado en mayo de dos mil ocho (**2008**), por las personas naturales y jurídica condenadas penal y civilmente dentro de esta actuación. En consecuencia, la cuantía establecida se ha de determinar con referencia al salario mínimo mensual legal vigente estimado para dicha anualidad, al igual que el marco jurídico legal aplicable al presente asunto, en razón de preceptos rectores como el de legalidad y favorabilidad contenidos también, aunque con otros matices, en la legislación tributaria².

Ahora bien, en lo que comporta todas y cada una de las causales en que el demandante funda el recurso de casación aquí examinado, vale la pena señalar que la Fiscalía acompaña las pretensiones de la víctima y comparte la sustentación de los cargos formulados por el censor para deruir la sentencia atacada, los cuales deberán ser abordados y analizados con las limitaciones funcionales que presupone dicha recurrencia extraordinaria, teniendo siempre como base los hechos y circunstancias contenidos y contextualizados en esta y en pretéritas oportunidades procesales. Así, aunado a los planteamientos de la censura, este Delegado explica su postura respecto de algunos de ellos, en

¹ Sentencia AP7576-2016, noviembre 2/2016, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia.

² Artículo 293 ley 1819 de 2016.

los siguientes términos:

1.- Sobre la legitimación en la causa por pasiva.

Vale destacar el acierto de la colegiatura al reconocer la legitimidad en la causa por pasiva de la llamada en garantía, acorde con las pretensiones de la demandante, precisamente por ser esta un sujeto pasivo con interés legítimo en la relación jurídica sustancial debatida dentro de la presente actuación, conforme ha sido reconocido incluso por el Consejo de Estado en reiterados y recientes pronunciamientos jurisprudenciales, en el sentido de que las personas con legitimación en la causa se hallan en una relación directa con la pretensión, ya sea desde la parte activa como demandante o desde la posición pasiva como demandada, *esta última en la medida que conforme al derecho sustancial puede discutir válidamente las pretensiones de la demanda.* (Subrayado fuera de texto).

2.- De la interpretación del artículo 860 del Estatuto Tributario.

2.1.- Ahora bien, en punto a lo argumentado por el censor sobre la voluntad e interpretación auténtica del artículo 860 del Estatuto Tributario, conviene tener en cuenta que precisamente una de las razones de modificar dicho precepto fue el poder hacer efectivas las garantías presentadas por los contribuyentes o responsables, para lo cual se debían sincronizar mejor los tiempos entre la notificación del requerimiento especial, que no de la liquidación oficial como rezaba la norma anterior, y la exigibilidad de la póliza por parte de la **DIAN**, cuando quiera que estas actuaciones se hubieren presentado. Deviene oportuno reseñar aquí, que la Corte Constitucional aclaró su interpretación acerca del contenido del artículo 860 del Estatuto Tributario, y de su norma modificatoria contenida en el artículo 18 de la ley 430 de 2010, definiéndolo como la constitución de una *garantía encaminada a evitar que el erario sufra un detrimento a causa de devoluciones indebidas de dinero a los contribuyentes.*

Lo anterior sin perjuicio de que, en forma contingente, la administración pública a través de la misma entidad, pueda eventualmente ejercitar otros procedimientos administrativos, mecanismos y/o acciones legales pertinentes, afín de recuperar los recursos públicos y sancionar eficazmente a los responsables de tales proceder irregulares o delictivos.

2.2.- En lo que comprende ciertos hechos puntuales ventilados en el presente asunto, y de mayúscula incidencia en la resolución del mismo, cabe advertir que las defraudaciones finalmente sancionadas tuvieron ocurrencia en el mes

de mayo³ de dos mil ocho (2008), sin que la **DIAN** hubiere detectado oportunamente temeridad e ilicitud en dichas tramitaciones; pues solo vino a percatarse de ello hasta el año dos mil trece (2013), fecha para la cual la Fiscalía General de la Nación tuvo conocimiento y develó el gran entramado criminal subyacente a estas operaciones, conocidas luego como el carrusel de las devoluciones tributarias, por lo que se entiende el que esa entidad hubiere ejercitado preferentemente sus pretensiones dentro de la correspondiente actuación penal.

2.3.- De otro lado, asiste razón al censor en el sentido de que el Tribunal ha debido observar las limitaciones funcionales que presupone el recurso de alzada, lo que le hubiera evitado elucubrar sobre planteamientos o aspectos ajenos y escindibles de los fundamentos fáctico-jurídicos de la anterior impugnación y de las pretensiones del incidentante. En esa medida, debió observar que para la fecha de inicio de la indagación penal la declaración tributaria era inmodificable, lo que permitía a la judicatura decretar el pago de la póliza que amparó las devoluciones ilícitas, por vía de este incidente, inmediatamente después de haberse declarado la responsabilidad penal y civil de las procesadas y del tercero civilmente responsable, como quiera que en tales circunstancias esta, y no otra jurisdicción, podía definir eficazmente la materialidad de los injustos investigados y la participación de las enjuiciadas en los mismos.

No sobra advertir, que en relación con el contrato de seguros que vincula al tercero civilmente responsable (**METALES Y EXCEDENTES S.A.**) y a la compañía llamada en garantía (**COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**), el primero fungió como tomador y la segunda como aseguradora, siendo la entidad estatal la asegurada y beneficiaria de la misma (**DIAN**), habida cuenta de las pruebas recaudadas en desarrollo del trámite incidental, principalmente del contenido de la póliza.

3.- Sobre la indebida interpretación del artículo 1045 de la legislación comercial.

En punto al “riesgo asegurable” como uno de los requisitos esenciales del contrato de seguros, el cual echa de menos el Tribunal y parecería trastocarlo en el discurrir de su argumentación con el “interés asegurable”, el sentido y alcance de estos conceptos se comprende mejor si se les vincula con el patrimonio económico que pudiere verse realmente afectado dentro del esquema e intervinientes en esa relación contractual. Bajo tal entendimiento, y de acuerdo con las anteriores premisas, mientras el interés asegurable corresponde a una situación en que la realización del riesgo –ocurrencia del

³ Resolución 4153 del 12 de mayo de 2008 emanada de la DIAN.

siniestro- puede repercutir negativamente en el patrimonio de una persona, y a través del seguro lo que se busca es prevenir y conjurar dicha afectación anticipadamente; el riesgo asegurable, en cambio, se predica más del evento incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización origina la obligación reparadora del asegurador.

Sobre esto último conviene hacer algunas precisiones, con apoyo en reiterados y recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, en el sentido de que el hecho de que las devoluciones obtenidas sean producto de fraudes en su tramitación **NO ANULA**, *per se*, el contrato de seguros por ausencia del “riesgo asegurado”, como elemento esencial en esta clase de contrataciones,⁴ pues la aseguradora al momento de su celebración conocía, o ha debido calcular, el riesgo que acarreaba el incumplimiento de las obligaciones tributarias atinentes a la devolución en favor del contribuyente. Así lo enseña la máxima Corporación en materia contencioso administrativa, en los siguientes términos:

“La Sala considera que la sociedad demandante, al momento de suscribir el contrato de seguros que se discute, conoció del riesgo que involucraba el incumplimiento de las obligaciones tributarias relacionadas con la devolución del saldo a favor registrado por el contribuyente, pues contó con la oportunidad de evaluarlo y, a pesar de ello, decidió asegurarlo.

Por tal motivo, en el momento en que la compañía demandante firmó el contrato de seguros con el otro extremo del vínculo contractual, esto es, con el tomador de la póliza, el acuerdo de voluntades se hizo eficaz y las condiciones del mismo estaban dadas, lo que incluye la delimitación del riesgo asegurable y las consecuencias de la ocurrencia del siniestro, que como se dijo, se dieron con la expedición de la resolución que le impuso al contribuyente la sanción por devolución y/o compensación improcedente. Lo anterior, teniendo en cuenta que el contrato de seguro, es de carácter, consensual, bilateral, oneroso y aleatorio⁵.

En esa medida, la Administración, que es ajena al vínculo contractual al no ser parte del contrato, no debe asumir la responsabilidad derivada de la indebida o errada evaluación del riesgo hecha por la parte demandante, que como se dijo, conoció las condiciones de las obligaciones que decidió asegurar y las consecuencias derivadas de su incumplimiento”.

Así las cosas, no es dable ahora atacar la validez del contrato ni justificar el impago de la póliza de seguros, por parte de la compañía aseguradora, con

⁴ Sentencia de 17 de marzo de 2016, expediente No. 21996, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Consejo de Estado.

⁵ Artículo 1036 del Código de Comercio

fundamento en su errónea o deficiente evaluación del riesgo asegurable, a más que tampoco es jurídico alegar la propia culpa para eludir sus obligaciones o deberes contractuales, mucho menos trasladársela a la administración pública en cabeza de la DIAN; sin perjuicio de la observancia del principio de buena fe en las actuaciones que la vinculan recíprocamente con los ciudadanos o particulares.

Lo explicitado en razón a que la devolución expedita de tributos comporta un riesgo de defraudación al fisco, de ahí que la constitución de garantías en estas materias persiga un fin e interés legítimo para la administración, como lo es el de salvaguardar el erario y la hacienda pública. Por contera, al no apreciarse correctamente el alcance de los elementos esenciales del contrato de seguro, se pudo haber infringido también, por indebida interpretación, el artículo 1083 del Código de Comercio.

4.- Indebida aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio.

En lo que tiene que ver con la inasegurabilidad de los actos potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, así como del dolo y la culpa grave, conviene tener en cuenta la diferenciación que de vieja data ha concebido la Sala de Casación Civil, principalmente a partir de la disimilitud aparejada al objeto y/o naturaleza de la responsabilidad civil, según se trate de una fianza o un contrato de seguros, y dentro de este de sus diferentes modalidades o variables, por ejemplo cuando *el asegurador se obliga a indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley*», lo cual podría hacer asegurable *«la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055»*. Esto para significar que lo que se asegura con el contrato de cumplimiento de disposiciones legales es el riesgo económico producto de la inobservancia de la ley en relación con el trámite de devoluciones, con independencia del plexo etiológico que hubiere conllevado a ello, salvo que el dolo o la culpa grave se predique de algún sujeto de esa relación contractual.

Así mismo, y conforme lo reclama el censor en el segundo cargo, con miras a un ejercicio de aplicabilidad normativa o de adecuación fáctica sobre la disposición legal pertinente, el Tribunal debió discriminar el rol de cada una de las partes finalmente involucradas dentro de la triada contractual **tomador-asegurado-beneficiario**, para, a partir de esto, deducir los predicados legales exigibles a cada una de ellas, dentro del marco jurídico contenido en leyes de distinto orden y reguladoras del presente asunto, cuales son el estatuto tributario, así como la legislación comercial y civil en el articulado pertinente. Lo explicitado le hubiere permitido deducir, al Tribunal, que, en estricto sentido, ninguna de las partes vinculadas al referido contrato obró con dolo.

Por manera que, no de otra manera se podrían explicar también los contenidos armónicos advertidos entre los artículos **670 y 860** del Estatuto Tributario, en los que se establecen graves sanciones para los contribuyentes que actúen falsaria o fraudulentamente en este tipo de devoluciones, y la consecuente responsabilidad solidaria deducida de la aseguradora por las obligaciones garantizadas, incluyéndose, en ciertos casos, el monto de la sanción por la improcedencia de la devolución. Así, conforme lo regulado en dichas normativas, estos hechos también deben ser estimados por los garantes como posibles causales de incumplimiento, toda vez que se encuentran previstos en el ámbito de las legislaciones tributaria y comercial, que también definen la forma de corresponsabilidad civil ante eventuales ilicitudes.

Así las cosas, se aviene plausible que en tratándose de transacciones o trámites de los que las entidades estatales hacen parte o pueden resultar seriamente comprometidas, puesto que se ponen en juego cuantiosos recursos o dineros públicos, se amparen estos riesgos inclusive contra actos constitutivos de delitos lesivos de la administración pública u otros, en razón a que indistintamente sí se trata de una acción dolosa o culposa, bien sea delictiva o no, se puedan hacer efectivas las garantías correspondientes en procura de su recuperación, dada la calidad de los bienes afectados como objeto material de estas conductas irregulares o ilícitas.

5.- Sobre la falta e indebida aplicación de los artículos 1054 y 1072 de la Codificación Comercial.

Consecuencia del acaecimiento del siniestro, entendido este como la realización del riesgo asegurable, la obligación del asegurador no ha de ser otra distinta a la de indemnizar al asegurado o beneficiario, ante el incumplimiento del tomador y por valor de la suma asegurada. Además, desde esta perspectiva resultaba indispensable que el asegurado acreditará ante el asegurador, como efectivamente aquí sucedió, la real ocurrencia del siniestro, así como el detrimento patrimonial sufrido y la cuantía del mismo, por lo cual también devenía imprescindible su demostración por vía de la jurisdicción penal, más aun si se tiene en cuenta que dichas defraudaciones respondieron a un complejo entramado criminal, que además hizo imposible que las mismas fueran detectadas oportunamente por la entidad tributaria.

Así mismo, del espectro fáctico que soporta el incidente objeto de decisión, cabe precisar que una cosa es el momento en que ocurre el siniestro, el que debe darse en vigencia de la póliza y sin que medie el dolo de ninguna de las partes de esa relación contractual, y otra bien diferenciable es la actuación

administrativa o judicial que así lo declare⁶, con fundamento en las irregularidades o ilicitudes que lo causaron, la cual, conforme la misma ley lo prevé⁷, puede exceder el término de dos (02) años; sin que ello afecte su exigibilidad al asegurador y la correlativa indemnización. Esto es lo que hace contingentes los procedimientos administrativos establecidos en la legislación tributaria, siendo importante resaltar que tratándose de conductas punibles, lo conducente era que se surtieran conjuntamente dichas reclamaciones por vía de la jurisdicción penal.

Entonces, en tal contexto de hechos indagados, refulge ineludible que la aquí demandada proceda a indemnizar el daño padecido a la **UAE-DIAN**, mediante el pago de la póliza suscrita por aquella con tal fin, hasta por el monto del valor asegurado y a título de la declaratoria que se haga por su inminente responsabilidad civil en el presente asunto, esto es, en su condición como garante y con fundamento en el contrato de seguro de incumplimiento de disposiciones legales antes reseñado, todo ello en virtud del principio de “restablecimiento del derecho” y del definido por la Corte como “principio de indemnización”.⁸

Lo enunciado, conforme se anotó en precedencia, en consonancia con lo enseñado por la Corte Constitucional al precisar que la *vinculación del asegurador, además de propender por el interés general y la finalidad social del Estado, constituye una medida razonable, pues garantiza los principios de función administrativa y economía procesal y evita un juicio adicional para hacer efectivo el pago de la indemnización, luego de la culminación del proceso de responsabilidad fiscal, con lo cual se logra el resarcimiento oportuno del daño causado al erario.*

6.- De la falta de aplicación del artículo 1077 del C. de Co.

Para este Delegado de la Fiscalía, le asiste razón al censor en el sentido de que la entidad tributaria (**DIAN**) cumplió con todas sus cargas probatorias dentro del enjuiciamiento penal, primero como víctima y luego como

⁶ Así mismo, conviene aclarar que una cosa es el surgimiento del derecho a obtener la indemnización y otra el derecho a recibir su pago, el que se concreta una vez se hace la reclamación en la forma establecida por la ley.

⁷ Artículo 860 del Estatuto Tributario.

⁸ Análogamente ha decantado la corte sobre contratos de seguros similares, que *el seguro de cumplimiento que ampara las obligaciones emanadas de los contratos del Estado, por ser una especie del seguro de daños, de carácter patrimonial, está inspirado en el principio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual, respecto del asegurado, este tipo de seguro es un contrato de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento; en otras palabras, "... los seguros de daños tienen como última finalidad indemnizar al asegurado o al beneficiario cuando su patrimonio se ve afectado por la realización del riesgo asegurado y esto es, precisamente, lo que se conoce en materia de seguros como el principio de la indemnización"* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de casación 063, del 24 de mayo de 2000, expediente No. 5.439).

incidentante, mientras que la aseguradora, por su parte, no demostró eficazmente ninguna causal de exclusión de responsabilidad en su favor, conforme dan cuenta sus frágiles intervenciones dentro del presente trámite incidental. Aunado lo anterior, refulge oportuno advertir que no compete a los juzgadores de instancia, en virtud del principio de imparcialidad del operador judicial e igualdad de las partes, suplir o remediar deficiencias argumentativas de los concurrentes, mucho menos proveer oficiosamente sobre aspectos no excepcionados por aquellas, pues lo jurídico es que la aseguradora como parte interesada las hubiere alegado y sustentado en forma puntual.

Así las cosas, es dable recalcar que en el curso del presente incidente de reparación integral, la compañía aseguradora tuvo posibilidades reales de ejercer debidamente su derecho a la defensa y al debido proceso, en procura de demostrar cualquier causal de exclusión de responsabilidad civil en su favor. Sin embargo, en desarrollo del mismo no se aprecia cómo de sus intervenciones y/o manifestaciones, y ante su ineficacia en materia probatoria, pueda colegirse la demostración de alguna excepción o causal exculpatoria que las respalde.

7.- De la incorrecta interpretación del artículo 1131 del Código de Comercio.

En lo que atañe al régimen prescriptivo establecido en el artículo **1131** del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, se ha de considerar aquí, preponderantemente, que en el presente asunto la fuente de tales obligaciones la constituye un acontecer delictivo, conforme quedó demostrado con suficiencia en el proceso penal que dio origen a este incidente de reparación integral, debiéndose colegir también de ello la necesidad de su análisis a partir de una especie de prejudicialidad penal, en aras de garantizar legalidad sustantiva y adjetiva a las partes e intervinientes, máxime si se atiende a que la confirmación del evento delictual y sus consecuencias penales y civiles, son determinantes para estos fines y están íntimamente relacionadas con las resultas del proceso penal.

Por manera que, eventos o momentos como la petición indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), en cabeza de la víctima, necesariamente podrán ser distintos o contingentes, según se trate de conductas irregulares o delictivas, o de la forma y momento en que la defraudada haya tenido conocimiento de los hechos y, en general, tratándose de las últimas, de las vicisitudes o celeridad de cada proceso penal del que se derive el correspondiente incidente. Lo anterior en aras de hacer precisión sobre estos y otros fenómenos jurídicos que pudieran suscitarse en materia civil y comercial, y al mismo tiempo garantizar una mayor seguridad jurídica relativa a esta clase de comportamientos criminales, tanto para las procesadas como para las víctimas

y terceros involucrados en los mismos.

8.- De las falencias en la apreciación probatoria del colegiado.

Sobre esta causal en particular observa la Fiscalía, más allá de los errores de apreciación posiblemente cometidos por el Tribunal respecto de las probanzas copiadas, lo que devela la decisión atacada, y pone de manifiesto el censor, son sendos yerros de adecuación, aplicación e interpretación normativa en relación con las preceptivas legales, de diversa índole, llamadas a regular el caso en cuestión; lo que finalmente se tradujo en los prominentes desatinos alegados en la censura. Por lo anterior, esta Delegada no ahondará ni volverá sobre tales aspectos, merced a considerar que fueron enunciados y evidenciados desde otras aristas y sin que ello implique demeritar el análisis propuesto por el impugnante.

Por lo expuesto, sumado a las razones ofrecidas por el censor, este Delegado apoya su pretensión indemnizatoria y en consecuencia solicita respetuosamente a la corporación se condene a la aseguradora al pago de la póliza e intereses que correspondan⁹ (moratorios y/o remuneratorios), con ocasión del siniestro demostrado dentro del proceso penal y con afectación de la garantía por ella otorgada en favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, para lo cual se deberá **CASAR PARCIALMENTE** la providencia atacada, únicamente en punto a las reclamaciones de la demandante respecto de la llamada en garantía.

En los anteriores términos queda sentada la sustentación del recurso de casación interpuesto por el demandante.

Cordialmente,



IVAN AUGUSTO GÓMEZ CELIS

Fiscal Séptimo (7º) Delegado ante la Corte Suprema de Justicia

⁹ En todo caso deberá ajustarse a lo decidido en la Sentencia C-1201 de 2003, proferida por la Corte Constitucional.