



PROCURADURIA TERCERA DELEGADA PARA LA CASACION PENAL

Bogotá, D.C., 27 de octubre de 2020

Doctor
LUIS HERNANDEZ BARBOSA
SALA DE CASACION PENAL
H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

Ref. Casación No. 55430
Procesados: Lady Janeth Pareja Londoño y Otra
Delito: Lavado de Activos

Honorables Magistrados

En mi condición de Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal, en cumplimiento de la función atribuida a la Procuraduría General de la Nación en el artículo 277-7 de la Carta Política, presenté los alegatos que en derecho corresponden, en defensa del orden jurídico y los derechos y garantías de los intervinientes dentro de la demanda de casación interpuesta por la DIAN, contra la sentencia del 7 de marzo de 2018, proferida por el Tribunal de Medellín, mediante la cual, SE revocó el numeral 1° del fallo, emitido el 6 de julio de 2018, por el Juzgado 1° Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad.

1. SOBRE LOS HECHOS

Los hechos fueron resumidos por el Tribunal Superior de Medellín, del siguiente tenor literal:¹

“Como hechos relevantes, se destacan de la noticia criminal, la existencia de una serie de irregularidades relacionadas con varios trámites de devoluciones de impuesto de IVA, en el que había participado un grupo de personas naturales, entre ellas las acusadas, utilizando ropajes societarios con la colaboración de contadores y revisores fiscales, al igual que con la participación de algunos funcionarios de la división de devoluciones y de fiscalización de impuestos de la DIAN, seccionales Medellín y Bogotá, con el propósito de defraudar al Estado a través de devolución de IVA por parte de varias empresas entre 2006 y 2010. Como consecuencia de lo anterior, la División de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN denunció por falsedad en documento privado y lavado de activos a LADY JANETH PAREJA LONDOÑO y YOREDY DEL SOCORRO VELÁSQUEZ CASTAÑO. El juicio finalizó con sentencia proferida el 22 de febrero de 2016 del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual condenó a la señora LADY JANETH PAREJA LONDOÑO a la pena principal de prisión 114 meses y multa equivalente a 850 SMLMV, por hallarla responsable de los delitos de lavado de activos y falsedad en documento privado como coautora y fraude procesal como cómplice; y a la señora YOREDY DEL SOCORRO VELÁSQUEZ CASTAÑO a la pena principal de 78 meses de prisión y multa equivalente a 200 SMLMV, por hallarla responsable de los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado en calidad de coautora.”²

2. DEMANDA DE CASACIÓN

El recurrente formuló los siguientes cargos contra la sentencia del Tribunal, sobre el cual se ocupará esta Agencia del Ministerio Público en los alegatos correspondientes, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 020 de 2020.

2.1. CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por indebida interpretación de normas del Estatuto Tributario y del Código de Comercio y aplicación indebida del artículo 1055 del C.Co., así: *“Con fundamento en la causal primera de casación, establecida en el artículo 336 numeral 1 del C.G.P., impugno la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, leída el 7 de marzo de 2.019, por violación directa por indebida interpretación de los artículos 860 del Estatuto tributario, 1045, 1072, 1080, 1083 y 1131 del Código de Comercio, falta de aplicación de los artículos 1054,1077, y 1162 del C. de Co. y por aplicación indebida del 1055 del Código de Comercio.”³*

¹ Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.

² Fls. 1 y 2 fallo del Tribunal.

³ Fl. 9 Demanda de Casación.

Adujo, que el Tribunal incurrió en indebida interpretación del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario, toda vez que: *“En este tema puntual, la equivocación del Tribunal radica en que pasa por alto que el citado inciso solamente regula una particular situación y confiere alcances generales como si el mismo se refiriera a todas las reclamaciones sobre pólizas que amparen tramites de devolución. Se configura así, una incorrecta interpretación del supuesto fáctico regulado por el artículo 860 del E.T., donde ha debido entender que se regula el tema específico de aquellos casos en que se emita, dentro de la vigencia de la póliza de cumplimiento de disposiciones legales, equivocadamente interpreta el Tribunal se está dando una regulación general a todos los casos de las devoluciones, y por tanto sin resolución de liquidación oficial o resolución sanción no hay siniestro.”*⁴. Aseveró que el fallo de segundo grado incurrió también en la indebida interpretación del artículo 1045 del C. de Co.: *“Aunque en un punto, el Tribunal en su decisión, transcribe el artículo 1045 del C. de Co. para subrayar como se consideran elementos esenciales del contrato de seguro, el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio y la obligación condicional del asegurador, lo cierto es que omite la aplicación correcta de este precepto, y de manera inexplicable va a apoyar su decisión en la no verificación de uno de estos elementos, puntualmente el interés asegurable”*.⁵

Aseveró a su vez, que existe indebida interpretación del artículo 1083 del C. de Co.: *“Aunado a lo anterior, al no determinar correctamente el alcance de los elementos esenciales del contrato de seguro, infringe, por indebida interpretación el artículo 1083 del C de Co.”*⁶ Señaló en su exposición el recurrente, que el fallo del ad quem, está incurrido también en la indebida aplicación del artículo 1055 del C. de Co.⁷

2.2. CARGO SEGUNDO: Violación directa de la ley sustancial

El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por aplicación indebida del artículo 1055 del C. de Co. y del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario. En relación con la indebida aplicación del artículo 1055 del C. de Co. señaló: *“De la simple lectura de la norma en comento, tenemos que en ninguna parte se encuentra una prohibición o exclusión de manera general a la posibilidad de asegurar culpa grave o dolo. En efecto, la precitada norma lo que excluye es el dolo y la culpa grave, y aún los actos meramente potestativos, del tomador, asegurado o beneficiario”*.⁸

Recalcó, que las coberturas de seguros pueden referirse a actuaciones en las que medie culpa grave o dolo, siempre y cuando el mismo no sea cometido por el tomador, asegurado o beneficiario: *“Por supuesto que las coberturas de seguros si pueden referirse a actuaciones en las que medie culpa grave o dolo, siempre y cuando el mismo no sea cometido por el tomador, asegurado o beneficiario de esa específica relación contractual de seguros. De hecho, las coberturas de hurto, actos mal intencionados, infidelidad de empleados, entre otras, parten de la comisión de un acto doloso, pero por parte de un tercero diferente al tomador, asegurado o beneficiario.”*⁹

Insistió, que el artículo 1055 del C. de Co. no prohíbe el aseguramiento de dolo o culpa grave de manera general o abstracta: *“Una correcta identificación del alcance del artículo 1055 del C. de Co. habría llevado a concluir al Tribunal que solamente se encuentra por fuera de toda cobertura de seguro, el dolo y la culpa grave del tomador, beneficiario y asegurado, por lo que, advirtiendo que ninguno de las condenadas penalmente como responsables detentaba alguna de esas calidades, le habría llevado a concluir que no era posible aplicar el precepto del artículo mencionado. De igual manera, una correcta validación de los presupuestos de norma del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario, necesariamente habría evidenciado su inaplicación por cuanto no se configuraban.”*¹⁰

⁴ Fls. 9 y 10 de la demanda.

⁵ Fl. 11 de la demanda.

⁶ Fls. 11 y 12 de la demanda.

⁷ Fl. 13 de la demanda.

⁸ Fl. 20 Demanda de Casación.

⁹ Fl. 21 de la demanda.

¹⁰ Fls. 21 y 22 de la demanda.

El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por cuanto en su sentir, incurrió en equivocaciones en la apreciación de las pruebas, que llevaron a infringir el artículo 1055 del C.Co. y el artículo 860 del E.T., así: *“Con fundamento en la causal segunda de casación, establecida en el artículo 336 numeral 2 del C.G.P., impugno la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, leída el 30 de junio de 2.017, por infracción indirecta del artículo 1055 del C. de Co. y del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario, debido a equivocaciones en la apreciación del acervo probatorio así como en la interpretación del incidente que hicieron creer al Tribunal encontrarse frente a los supuestos de hecho de la norma citada, sin estarlo.”*¹¹

Señaló que el fallo del Tribunal está admitiendo tácitamente que no apreció el contenido expreso y claro de la póliza que se allegó al proceso. Insistió sobre el yerro del ad quem, en que: *“El error del Tribunal, en este aspecto consiste en identificar a las declaradas penalmente Lady Janeth Pareja Londoño y Yoredy Velásquez Castaño como aseguradas, beneficiarias o tomadoras de las pólizas cuyo cobro se pretende, cuando en realidad ninguna de las mencionadas actuó como tomador o fue designada como asegurada o beneficiaria de las pólizas. Igualmente consideró, el Tribunal, que eran contribuyentes, cuando lo cierto es que en ninguna de las resoluciones aportadas como prueba demostraba tal calidad.”*¹²

3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO: No Casar la sentencia del Tribunal de Medellín, del 7 de marzo de 2019

3.1. AL CARGO PRIMERO: Violación directa de la ley sustancial

El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por indebida interpretación del artículo 860 del Estatuto Tributario, así como la interpretación indebida y falta de aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio: *“por indebida interpretación de los artículos 860 del Estatuto tributario, 1045, 1072, 1080, 1083 y 1131 del Código de Comercio, falta de aplicación de los artículos 1054, 1077, y 1162 del C. de Co. y por aplicación indebida del 1055 del Código de Comercio.”*¹³

El problema jurídico por resolver en el sub examine, se contrae a elucidar si el fallo del *ad quem* está incurrido en la vulneración alegada, al interpretar de manera indebida el artículo 860 del Estatuto Tributario, así como la indebida interpretación y falta de aplicación del artículo 1055 del Código de Comercio, referidas a las reclamaciones sobre pólizas que amparan los tramites de devolución del IVA y desestimar las pretensiones frente a la compañía Mundial de Seguros S.A.

Al respecto, esta Agencia del Ministerio Público, se permite destacar que la demanda, en efecto, parte de una apreciación equivocada, pues el Tribunal no incurrió en la aplicación indebida del artículo 860 del E.T., ni en la indebida interpretación y falta de aplicación del artículo 1055 del C. de Co. que regula la devolución con presentación de garantía y los riesgos no susceptibles de aseguramiento, respectivamente, como lo alega la censura. El artículo 860 del Estatuto Tributario, determina los eventos en los cuales proceden las solicitudes de devoluciones.¹⁴

¹¹ Fl. 23 de la demanda de Casación.

¹² Fl. 24 del escrito de la demanda.

¹³ Fls. 9 y 10 Demanda de Casación.

¹⁴ Fls. 27 y 28 fallo del Tribunal. **ARTICULO 860. DEVOLUCIÓN CON PRESENTACIÓN DE GARANTÍA.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> <Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1430 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando el contribuyente o responsable presente con la solicitud de devolución una garantía a favor de la Nación, otorgada por entidades bancarias o de compañías de seguros, por valor equivalente al monto objeto de devolución, (más las sanciones de que trata el artículo 670 de este Estatuto siempre que estas últimas no superen diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes), la Administración de Impuestos, dentro de los veinte (20) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.

La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos (2) años. Si dentro de este lapso, la Administración Tributaria notifica el requerimiento especial o el contribuyente corrige la declaración, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de las sanciones por improcedencia de la devolución, las cuales se harán efectivas junto con los intereses correspondientes, una vez quede en firme en la vía gubernativa, o en la vía jurisdiccional cuando se interponga demanda ante la jurisdicción administrativa, el acto administrativo de liquidación oficial o de improcedencia de la devolución, aún si este se produce con posterioridad a los dos años.

En el texto de toda garantía constituida a favor de la Nación –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales–, deberá constar expresamente la mención de que la entidad bancaria o compañía de seguros renuncia al beneficio de excusión.

El Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, previa evaluación de los factores de riesgo en las devoluciones, podrá prescribir mediante resolución motivada, los contribuyentes o sectores que se sujetarán al término general de que trata el artículo 855 de este Estatuto, aunque la solicitud de devolución y/o compensación sea presentada con garantía, caso en el cual podrá ser suspendido el término para devolver y/o compensar hasta por un máximo de noventa (90) días conforme con lo previsto en el artículo 857-1.

En todos los casos en que el contribuyente o responsable corrija la declaración tributaria cuyo saldo a favor fue objeto de devolución y/o compensación, tramitada con o sin garantía, la Administración Tributaria impondrá las sanciones de que trata el artículo 670 de este Estatuto, previa formulación del pliego de cargos y dará traslado por el término de un (1) mes para responder, para tal efecto, el pliego de cargos debe proferirse dentro de los dos (2) años siguientes a la presentación de la declaración de corrección.”

Por su parte, el artículo 1055 del C.Co., establece una prohibición sobre los riesgos no susceptibles de aseguramiento, aquellos derivados del dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario:¹⁵ La censura alega que el Tribunal incurrió en la indebida interpretación del inciso segundo del artículo 860 del E.T., pues en su sentir, de manera equivocada interpretó el ad quem que dicha norma estaba dando una regulación general a todos los casos de las devoluciones, y, por tanto, sin resolución de liquidación oficial o resolución sanción no había siniestro.¹⁶

Según lo decantaron los fallos de instancia, que las procesadas LADY JANETH PAREJA LONDOÑO y YOREDY DEL SOCORRO VELÁSQUEZ CASTAÑO, solicitaron la devolución sobre el impuesto sobre las ventas, IVA, del primer periodo del año 2008 y acompañaron para tal efecto, una garantía a favor de la Nación, como lo ordena el artículo 860 del E.T., la cual se hizo efectiva mediante Resolución No. 4153 del 12 de mayo de 2008, que dio inicio al proceso penal y concluyó con la condena de las enjuiciadas, por los delitos de lavado de activos, fraude procesal y falsedad en documento privado.¹⁷ Adicionalmente, mediante sentencia que resolvió el incidente de reparación integral, las procesadas fueron declaradas civilmente responsables de los perjuicios materiales ocasionados a la Dirección de Impuestos Nacionales, DIAN, junto con la empresa Metales y Excedentes S.A., representada legalmente por Edgar Feria Reyes, por el detrimento patrimonial que sufrió la entidad recaudadora ante la devolución de \$1.093.216.000.oo, objeto de la sentencia condenatoria base del incidente de reparación integral.¹⁸

El demandante indicó que el fallo del ad quem aplicó indebidamente el artículo 1055 del C.Co. y solicita casar la sentencia del Tribunal para que se condene a la compañía Mundial de Seguros S.A. al pago de las indemnizaciones correspondientes, como consecuencia del incidente de reparación integral intentado por la DIAN, para el pago de los daños causados con la conducta delictuosa de las condenadas Lady Janeth Pareja Londoño y Yoreddy del Socorro Velásquez Castaño.¹⁹ Al respecto, se dirá que no le asiste razón al censor, toda vez que el fallo del Tribunal dedujo que en razón a que se solicitó a la DIAN certificara si se había expedido el acto administrativo de sanción y como quiera que la entidad respondió que efectivamente no existía esa resolución, no se procedió al pago de la reclamación efectuada por la DIAN:²⁰ *“Nótese que la Vicepresidenta Jurídica de la Compañía Mundial de Seguros indicó no solo que no hubo constitución del siniestro en tanto no se realizó el acto administrativo de sanción, sino que mediante derecho de petición solicitaron a la DIAN si había expedido o no el correspondiente acto, cuya respuesta en efecto fue que no existía tal resolución y esta fue la razón para que no fuese pagada la reclamación pretendida por la Dirección de Aduanas”.*

El fallo del Tribunal, destacó también que le asistía razón al juez de primer grado, cuando afirmó que no se probó la existencia del perjuicio asociado de manera directa a la resolución sanción, ante la carencia del acto administrativo por medio del cual se reconocía el siniestro, pues el mismo apoderado de la DIAN, aceptó que no fue expedida la resolución de sanción:²¹ *“Entonces, advierte la Corporación que le asiste razón al Juez de instancia toda vez que no se probó la existencia del perjuicio asociado de manera directa a la resolución sanción, acto administrativo por medio del cual se reconoce el siniestro, aunado a que fue reconocido por el apoderado de la DIAN en sus intervenciones que no fue expedida la resolución sancionatoria,*

¹⁵ Fl. 28 fallo segunda instancia. *“ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”*

¹⁶ Fl. 10 de la demanda.

¹⁷ Fl. 58 fallo del a quo.

¹⁸ Fls. 58 y 59 fallo del a quo.

¹⁹ Fl. 10 de la demanda.

²⁰ Fl. 16 fallo del Tribunal.

²¹ Fl. 18 fallo del ad quem. *“PRIMERO: ACOGER la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación con las compañías Mundial de Seguros S.A, vinculada a este trámite incidental, la cual queda exonerada de responsabilidad.*

SEGUNDO: DECLARAR que las señoras Lady Janeth Pareja Londoño, identificada con la C.C. No. 43.748.138 y Yoreddy del Socorro Velásquez Castaño, identificada con la C.C. No. 21.424.674, son civilmente responsables de los perjuicios materiales ocasionados a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES -DIAN-, en la forma como quedó expuesta en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR que la empresa Metales y Excedentes S.A, representada legalmente por representada legalmente por el señor Edgar Feria Reyes, identificado con cédula de ciudadanía No 71.584.874 o por quien haga sus veces, es civilmente responsable de los perjuicios materiales ocasionados a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS NACIONALES -DIAN-, en la forma como quedó expuesta en la parte motiva de este proveído.”

6. Por su parte, el fallo del juez de segundo grado revocó el numeral primero de la sentencia del a quo y en su lugar, desestimó las pretensiones frente a la compañía Mundial de Seguros S.A. y la confirmó en lo demás:²¹

“PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia de naturaleza y origen conocidos y en su lugar DESESTIMAR las pretensiones frente a la compañía MUNDIAL DE SEGUROS S.A., por las consideraciones antes expuestas.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la providencia de naturaleza y origen conocidos, en cuanto fue materia de apelación. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación en los términos de la Ley.”

por cuanto fue iniciada la investigación penal y en su consideración con ello bastaba para configurar el siniestro, dejando de lado la condición cuarta de la póliza de seguro de cumplimiento.”

Además, expresó el fallo de segundo grado, que la entidad perjudicada con el delito, no probó ni allegó el acto administrativo por medio del cual declaraba la improcedencia de la devolución de impuestos, así como tampoco la respectiva resolución de sanción:²² *“Enfatizando lo anterior y, teniendo en cuenta la carga probatoria que le incumbe a la víctima, se observa que esta no probó ni allegó el acto administrativo por medio del cual declaraba la improcedencia de la devolución de impuestos o resolución de sanción y simplemente se limitó a manifestar que la actuación administrativa no fue adelantada debido al proceso penal que adelantaba la Fiscalía General de la Nación y en los actos que hicieron que la DIAN incurriera en error y así expidiera las resoluciones de devolución el IVA, defraudando la entidad, reiterando sin expedir acto sancionatorio.”*

En esta dirección, es necesario precisar por parte de esta Agencia del Ministerio Público, que el Tribunal no incurrió en el yerro alegado por la censura, pues según jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la exigibilidad de la obligación del garante, en la sentencia con el Radicado 2012-00509-01 (19879), del 21 de mayo de 2014, señaló que cabalmente, es la resolución que declara la improcedencia de la devolución, la que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de su obligación:²³ *“Así pues, con la liquidación oficial de revisión se entiende configurado el “siniestro” y nace la obligación de la aseguradora de pagar la suma liquidada - impuesto más sanción- y, si se trata de deudor solidario, con mayor razón. No puede perderse de vista que el propio artículo 860 del Estatuto Tributario dispone que si en los dos años de vigencia de la garantía, la Administración Tributaria notifica el requerimiento especial o el contribuyente corrige la declaración, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de las sanciones por improcedencia de la devolución”... Es importante señalar, además, atendiendo el precedente jurisprudencial, “que es diferente cuando los actos que se demandan son los que imponen al contribuyente sanción por devolución improcedente, puesto que si a la solicitud de devolución se acompañó la garantía a favor de la Nación, es procedente aceptar que la garante interponga directamente la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, pues en esos casos la entidad que expide la correspondiente póliza de cumplimiento deberá garantizar el eventual reintegro al fisco de las sumas cuyas devolución no sea procedente. Así que la resolución que declara la improcedencia de la devolución es la que determina la responsabilidad del garante y la exigibilidad de su obligación”.*

En relación con el incidente de reparación integral, la Corte Suprema de Justicia, en el proceso con Radicación No. 49.402, ha indicado que a través de este procedimiento, se permite a la víctima la reparación de los perjuicios causados como consecuencia del delito, pues es por dicho mecanismo que se obtiene el pago del daño causado por el ilícito a cargo de quien es declarado penalmente responsable:²⁴ *“Regulado en los artículos 102 y siguientes de la Ley 906 de 2004, el incidente de reparación integral permite a la víctima, entendida ésta como toda persona, natural o jurídica, que ha sufrido un daño como consecuencia del punible, reclamar ante los jueces una vez la sentencia condenatoria ha adquirido firmeza, la reparación de los perjuicios causados como consecuencia del delito, es decir que por este mecanismo se pretende el pago del daño causado por el ilícito a cargo del declarado penalmente responsable.”*

²² Fl. 31 fallo de segundo grado.

²³ Consejo de Estado. Sentencia del 21 de mayo de 2014. Radicado 2012-00509-01 (19879). C.P. Jorge Octavio Ramirez Ramirez.

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de enero de 2017. Radicación No. 49.402. M.P. Eugenio Fernández Carlier. La Sala se ha pronunciado acerca del incidente de reparación, en el sentido de señalar que:

«Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito -reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional:

“(…) si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, la cual también está cobijada por la responsabilidad civil. Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional ”»

La reparación del daño, entonces, parte del supuesto que la fuente de obligación se encuentra acreditada al existir sentencia condenatoria que declara la responsabilidad penal del procesado lo cual faculta a la víctima para iniciar el trámite incidental en pro de encontrar satisfechas sus pretensiones indemnizatorias, es así como este mecanismo ya no encuentra su eje gravitacional en el compromiso penal de la persona sino en su responsabilidad civil como producto de la conducta delictiva.

Ahora la reparación integral a la víctima, además de abarcar los derechos a la verdad y la justicia incluye así mismo la reparación, la cual, tomada en su perspectiva económica, contiene la retribución de los perjuicios materiales y morales.

1 Por todo esto, se ofrece diáfano, conforme lo decidió el juez de segundo grado, que se hizo patente la negligencia de la DIAN, pues no adelantó el debido proceso interno para proceder a declarar el siniestro como se lo exigían las normas especiales del Estatuto Tributario (art. 860 E.T.) y ahora pretende efectuarlo a través del incidente de reparación integral, pues cabalmente era requisito *sine qua non*, expedir el correspondiente acto administrativo que declarara la improcedencia de la devolución de las sumas de dinero que pertenecían al fisco, pues dicha resolución expedida por la DIAN, es la que en últimas determina la responsabilidad del garante y la consecuente exigibilidad de su obligación y, por ende, el primer cargo así propuesto deberá ser desestimado.²⁵ *“Y es que el hecho de que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en su momento haya iniciado y buscado colaboración y el apoyo de investigación de la Fiscalía por la defraudación frente a la devolución del IVA, no significa que con el incidente de reparación integral se pretenda cobrar ahora la negligencia administrativa, pues una cosa es el proceso interno que debe adelantar la DIAN para declarar el siniestro y poder reclamar ante la aseguradora y otra la acción judicial que se adelantó.”*

3.2. AL CARGO SEGUNDO: Violación directa de la ley sustancial

El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por aplicación indebida del artículo 1055 del C. de Co. y del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario. En relación con la indebida aplicación del artículo 1055 del C. de Co. señaló: *“De la simple lectura de la norma en comento, tenemos que en ninguna parte se encuentra una prohibición o exclusión de manera general a la posibilidad de asegurar culpa grave o dolo. En efecto, la precitada norma lo que excluye es el dolo y la culpa grave, y aún los actos meramente potestativos, del tomador, asegurado o beneficiario.”*²⁶

En relación con este cargo, se indicará que tampoco le asiste razón a la censura, pues la sentencia de segundo grado, destacó con acierto, que ninguna clase de entidad aseguradora puede asegurar el dolo ni la culpa grave, pues ello no solo constituye objeto ilícito, sino que desconoce uno de los elementos sin los cuales no podría existir el contrato de seguro, que hace referencia al interés asegurable.²⁷ *“Respecto al argumento de la censura concerniente a que los contribuyentes reclamaron la devolución del IVA aportando documentación espuria y aquellas pólizas de seguro de cumplimiento de disposiciones legales y que la DIAN pudo detectar las irregularidades que fue víctima, y que ésta no podía determinar la ocurrencia de conductas punibles y que el Juez separó del norte jurídico al invocar el artículo 860 del Estatuto Tributario vigente para la época de la comisión de los punibles, en el entendido de que las aseguradoras jamás estaban obligadas en forma solidaria a pagar los perjuicios ocasionados con los delitos, advierte la Corporación que sin importar la clase de seguro que se contrate e inclusive del beneficiario o asegurado del mismo, lo cierto del caso es que ningún seguro puede asegurar el dolo y/o la culpa grave, pues ello no solo constituye objeto ilícito, sino que desconoce uno de los elementos sin los cuales no podría hablar de contrato de seguro, esto es el interés asegurable, como ya se indicó precedentemente.”*

Precisamente, en relación con la prohibición que establece la ley al respecto, el artículo 1055 del C.Co., preceptúa que tanto el dolo, como la culpa grave, así como los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, no pueden ser asegurables, es decir, es por voluntad de la ley que se excluye expresamente esa cobertura aseguradora.²⁸ **“ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.”**

Ante dicha prohibición legal, el juez de segundo grado destacó que, al constituir la póliza, la empresa Metales y Excedentes S.A., faltó al principio de la buena fe, y pretermitió detalles relevantes, en especial en lo relacionado con el riesgo asegurado, pues sabían con anticipación sobre la defraudación que estaban cometiendo contra la DIAN: *“Coherente con las anteriores consideraciones, encuentra el Despacho que la empresa METALES Y EXCEDENTES S.A., como se explicó en detalle en otros apartados de esta providencia, desde el momento de constituir la póliza faltaron al principio de la buena fe, obviando detalles importantes sobre todo*

²⁵ Fls. 31 y 32 fallo segundo grado.

²⁶ Fl. 20 Demanda de Casación.

²⁷ Fl. 19 fallo del Tribunal.

²⁸ Artículo 306 del C.P.

lo relacionado con el riesgo, pues anticipadamente sabían la defraudación que estaban cometiendo, por los documentos aportados para la devolución del IVA pretendida, es decir, que no tenían el más mínimo interés en que se presentara o no el siniestro, esto es, que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- declarara improcedente la devolución, por lo que no puede decirse que nació a la vida jurídica el contrato de seguro.”

Entonces, frente a la aseveración expuesta en el segundo cargo, no le asiste razón a la parte censora cuando indica que el artículo 1055 del C.Co., no prohíbe el aseguramiento del dolo o culpa grave, no solo porque contrario a lo sostenido en su escrito, existe expresa prohibición legal al respecto, sino que conforme a lo estatuido por dicha norma legal, esas categorías jurídicas encarnan presupuesto constitutivo de una exclusión del amparo y en concordancia con lo establecido en el artículo 860 del Estatuto Tributario, sería amparar los actos dolosos premeditados y planeados con antelación, en que incurrieron las procesadas, pues nótese que precisamente fueron condenadas por los delitos de lavado de activos, falsedad en documento privado y fraude procesal, por las irregularidades relacionadas con varios trámites de devoluciones de impuesto de IVA, efectuadas ante la DIAN y, por ello, el cargo segundo también deberá ser rechazado.²⁹

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en el Expediente No. 68001 310300120CC0031101, indicó que en materia de seguros, la culpa grave y el dolo, constituyen una situación excluyente de cobertura asegurativa:³⁰ *“Recuérdese que si bien la culpa de la referida especie, a la luz del artículo 63 del Código Civil, consiste “en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios” y que la aludida norma la equipara al dolo, o sea, a la intención positiva de inferir daño, lo cierto es que, en materia de seguros, la culpa grave -al igual que el dolo- constituye una situación excluyente ab initio de la cobertura asegurativa, razón por la cual en lo concerniente a su estructuración ostenta ciertos rasgos objetivos, que no pueden desdeñarse, ya que aun cuando no puede negarse que la culpa está configurada como ingrediente de una conducta, lo cierto es que igualmente opera como presupuesto constitutivo de una exclusión del amparo, proyectado conforme a las reglas de la técnica aseguradora que gobierna lo relativo a la delimitación del riesgo.”*

Adicionalmente, en relación con el interés asegurable, el artículo 1083 del C.Co. señala que es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero. Es decir, recalca que ese interés no solo deba ser susceptible de una estimación pecuniaria, si no que sea de origen lícito³¹. Es decir, en concordancia con lo estatuido por el artículo 1055 ibídem, dicho interés asegurable estriba en la relación de carácter económico o pecuniario de origen lícito que ostenta el asegurado sobre un bien o sobre un derecho estimable en dinero, cuyo dominio, uso o aprovechamiento resulte amenazado por uno o varios riesgos, pero lo que no se podía asegurar era precisamente un interés ilícito, como lo pretendían hacer los procesados, de quienes se probó por los fallos de instancia, actuaron dolosamente frente a la reclamación de unas devoluciones de IVA ante la DIAN:³² *“Sin embargo, olvida el recurrente que METALES Y EXCEDENTES adquirieron una póliza de cumplimiento, en el que anticipadamente ya tenía conocimiento de que no estaba cumpliendo con las normas especiales que regulan el tema de devoluciones de IVA, creyendo que la aseguradora cubriría su desidia, sin afectar luego su patrimonio económico y faltando precisamente a la buena fe contra la aseguradora, por lo que no es dable ahora castigar a la llamada en garantía y a través del incidente pretender que sean ellos quienes paguen solidariamente la condena en perjuicios causada.”*

Mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en el Expediente No. 0500131030082005-00425-01, sobre la aparente contradicción existente ente los artículos 1055 y 1127 del C.Co., normas coincidentes en cuanto a la imposibilidad de asegurar la culpa grave, expresó:³³ *“En ese orden de ideas, aplicando los diferentes criterios, lo primero que se advierte es que los artículos 1055 y 1127 forman parte del mismo estatuto, esto es, el Código de Comercio contenido en el Decreto 410 de 1971, que cuando fue promulgado, en su orden,*

²⁹ Fl. 20 de la demanda.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 68001 310300120CC0031101, del 19 de diciembre de 2006. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

³¹ Artículo 1083 Código de Comercio.

³² Fl. 24 fallo de segunda instancia.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente No. 0500131030082005-00425-01, del 5 de julio de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

establecía: *“Artículo 1055. El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo”.*

“Artículo 1127. El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que sufra el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley. Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, con la restricción indicada en el Artículo 1055”.

Vistos así, no se observa contradicción ni cosa diferente a que eran normas complementarias, coincidentes en cuanto a la imposibilidad de asegurar la culpa grave, so pena de que cualquier pacto en ese sentido quedaría viciado. Sin embargo, la Ley 45 de 1990, por la cual se expidieron normas en materia de intermediación financiera y actividad aseguradora, en su artículo 84 modificó el 1127 del estatuto mercantil en los siguientes términos: “El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado (...) Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055”. De la confrontación entre la norma original y la que la reformó, se observa que la modificación se centró en esclarecer que los perjuicios a indemnizar eran los sufridos por la víctima, quien asume la calidad de beneficiario, así mismo que se hace asegurable la culpa grave. A pesar de que se conservó la “restricción indicada en el artículo 1055”, la misma no puede tener otro alcance que a los otros eventos contemplados en ella como son el “dolo (...) y los actos meramente potestativos del tomador”.

Lo anterior en consideración a que, a pesar de que ambos artículos hacen parte de la misma codificación, el 1055 corresponde a una norma general dentro del capítulo “principios comunes a los seguros terrestres”, mientras que el 1127 es norma especial para el “seguro de responsabilidad”, posterior dentro de la misma codificación y más reciente en su expedición, en consideración al cambio de que fue objeto. En otros términos, luego de la modificación introducida, es claro que en el “seguro de responsabilidad” los riesgos derivados de la “culpa grave” son asegurables, y, por ende, su exclusión debe ser expresa en virtud de la libertad contractual del tomador, ya que de guardarse silencio se entiende cubierto.”

Por lo anterior, no le asiste razón en sus argumentaciones a la censura, y pretender ahora revocar el numeral primero de la sentencia de la corporación de segundo grado, para condenar a la compañía Mundial de Seguros S.A. al pago solidario a favor de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en la cuantía propuesta como indemnización de los perjuicios materiales ocasionados,³⁴ sería desconocer, como bien lo destacó el Tribunal, que faltaron al principio de buena fe contra las citada aseguradora y por todo esto, el cargo deberá ser desatendido.

3.3. AL CARGO TERCERO: Violación indirecta de la ley sustancial

El demandante censuró la sentencia del Tribunal, por cuanto en su sentir, incurrió en equivocaciones en la apreciación de las pruebas, que llevaron a infringir el artículo 1055 del C.Co. y el artículo 860 del E.T.: *“por infracción indirecta del artículo 1055 del C. de Co. y del inciso segundo del artículo 860 del Estatuto Tributario, debido a equivocaciones en la apreciación del acervo probatorio así como en la interpretación del incidente que hicieron creer al Tribunal encontrarse frente a los supuestos de hecho de la norma citada, sin estarlo.”*³⁵

Sobre este aspecto, es preciso destacar que el censor plantea el escenario jurídico del cargo, como un debate probatorio derivado de unas supuestas equivocaciones en la apreciación del acervo probatorio por parte de la corporación seccional, cuando precisamente el Tribunal destacó que el contrato de seguro no nació a la vida jurídica, pues la empresa tomadora del mismo actuó de mala fe, ya que de antemano sabía sobre la defraudación que estaba ejecutando, para así obtener fraudulentamente unas devoluciones del impuesto del valor

³⁴ Fls. 20 y ss. de la demanda.

³⁵ Fl. 23 de la demanda de Casación.

agregado, IVA:³⁶ *“Encuentra el Despacho que la empresa METALES Y EXCEDENTES S.A., como se explicó en detalle en otros apartados de esta providencia, desde el momento de constituir la póliza faltaron al principio de la buena fe, obviando detalles importantes sobre todo lo relacionado con el riesgo, pues anticipadamente sabían la defraudación que estaban cometiendo, por los documentos aportados para la devolución del IVA pretendida, es decir, que no tenían el más mínimo interés en que se presentara o no el siniestro, esto es, que la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- declarara improcedente la devolución, por lo que no puede decirse que nació a la vida jurídica el contrato de seguro.”*

Según se relacionó en los fallos de instancia, a través de la Póliza M-100005426, expedida por la Compañía Mundial de Seguros S.A., la sociedad Metales y Excedentes S.A. como tomadora, constituyó dicha garantía de manera dolosa en favor de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas e Impuestos Nacionales-DIAN, con el propósito de defraudar a la entidad recaudadora:³⁷ *“Precisamente, fue la empresa Metales y Excedentes S.A., quien dolosamente obtuvo la póliza que de buena fe le expidiera la Compañía Mundial de Seguros S.A. con el fin de defraudar tanto a la DIAN como a la Aseguradora, que también es víctima de su actuar fullero, razón por la cual no se comparten los argumentos del curador ad litem del tercero civilmente responsable, porque nadie puede alegar su propio dolo, su propia culpa y eso fue lo que ocurrió precisamente con esta empresa, quien obtuvo la póliza para reclamar unas devoluciones de IVA con la plena conciencia de que eran absolutamente improcedentes.”*

A través de la Resolución No. 4153 del 12 de mayo de 2008, por valor de 1.093.216.000.00, la DIAN procedió a efectuar las devoluciones de IVA, pero como se destacó por el juez de primera instancia, ese monto entregado por el fisco, fue recibido fraudulentamente por parte de las procesadas, y fue objeto de la sentencia condenatoria base del incidente de reparación integral:³⁸ *“Tenemos que, en el presente asunto, se tienen como acreditados por la DIAN dichos presupuestos, lo anterior mediante la copia auténtica de la Resolución de devolución No 4153 del 12 de mayo de 2008, por valor de mil noventa y tres millones doscientos dieciséis mil pesos (\$1.093.216. 000.00), objeto de la sentencia condenatoria base del presente incidente de reparación integral.”*

Por tal razón, el juez de primer grado declaró la responsabilidad en el incidente de reparación integral de las enjuiciadas, Lady Janeth Pareja Londoño y Yoredy del Socorro Velásquez Castaño y la responsabilidad solidaria del tercero civilmente responsable, a la empresa Metales y Excedentes S.A., como los llamados a efectuar el pago de las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados a la DIAN:³⁹ *“Así las cosas, se declara la responsabilidad en el presente trámite y los llamados a efectuar el pago de las indemnizaciones por los perjuicios ocasionados a la DIAN en cabeza de las penalmente declaradas responsables, las señoras Lady Janeth Pareja Londoño y Yoredy del Socorro Velásquez Castaño y la responsabilidad solidaria del tercero civilmente responsable, en este caso, la empresa Metales y Excedentes S.A. a través de su representante legal.”*

Ante tal perspectiva, indicó la Corporación judicial, que el haber adquirido la póliza de manera dolosa, faltaba al principio de buena inmerso en toda clase de contratos, el que además se presume y que para el contrato de seguro la buena fe cobraba especial relevancia:⁴⁰ *“Advierte esta Corporación desde ya, que no le asiste razón al indicar que el haber adquirido la póliza de manera dolosa no tenía nada que ver con la responsabilidad al momento de declararse el siniestro y presentarse la reclamación pues la empresa había cumplido con la adquisición de la póliza y con ello la libraba de cualquier tipo de responsabilidad, pues resulta evidente para la Sala que es bien sabido que en cualquier tipo de contrato, la buena fe va inmersa en ellos presumiéndose tal principio. No obstante, para el contrato de seguro la buena fe cobra especial importancia, por cuanto la habilidad de alguna de las partes puede llevar a obtener ventajas”.*

En esta dirección, el juez de segundo grado, subrayó que una de las cargas de la parte tomadora del seguro, consiste en que su declaración debe ser verídica y cierta sobre el estado del riesgo asegurable, pues de no cumplirse con esa obligación, tal aspecto conduciría a las sanciones legales y, por ello, concluyó que no se podía condenar al pago a la entidad aseguradora, pues fue la

³⁶ Ver fl. 23 fallo de segunda instancia.

³⁷ Fl. 52 fallo del a quo.

³⁸ Véase fl. 55 fallo de primer grado.

³⁹ Fl. 54 fallo del a quo.

⁴⁰ Fl. 24 fallo del ad quem.



empresa Metales y Excedentes S.A., quien dolosamente obtuvo la póliza que de buena fe le expidiera la compañía Mundial de Seguros S.A.:⁴¹ *“Por la razón antes expuesta, se tiene que una de las cargas de la parte es la de que su declaración debe ser veraz y certera sobre el estado del riesgo, por lo que de no cumplirse la obligación en comento acarrea indefectiblemente a las sanciones que la ley establece para tal falta y una de estas como ya se indicó es no condenar al pago como entidad aseguradora, contrario a lo expuesto por el apoderado de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN y el curador ad litem de Metales y Excedentes S.A.”*

Por todo lo anterior, se estima que el fallo del Tribunal no incurrió en los yerros que le atribuye la censura, toda vez que la valoración jurídica efectuada por el *ad quem* no condujo, desde este estricto punto de vista, a desbordar el entendimiento propio de las normas aplicables al caso concreto, contenidas en el artículo 860 del E.T. y artículos 1045 y 1055 del C.Co., por lo que se estima jurídicamente correcta la decisión de segunda instancia, en cuanto concluyó que se debía revocar el numeral primero del fallo del a quo, frente a la excepción previa y desestimó las pretensiones en relación con la aseguradora Mundial de Seguros S.A. y confirmó el fallo en lo demás, pues se probó el dolo en el obrar de los procesados para la obtención de la póliza que de buena fe le expidiera la compañía de seguros y, por todo ello, se estima no casar el fallo de segundo grado.⁴²

8. En consecuencia, esta Agencia del Ministerio Público, estima pertinente no casar la sentencia del Tribunal de Medellín, del 7 de marzo de 2019, el cual deberá permanecer incólume, en cuanto desestimó las pretensiones en el incidente de reparación integral, frente a la compañía Mundial de Seguros S.A.⁴³

Atentamente,

PAULA ANDREA RAMÍREZ BARBOSA
Procuradora Tercera Delegada para la Casación Penal

⁴¹ Ver fl. 52 fallo del a quo y fl. 26 fallo del ad quem.

⁴² Fl. 17 fallo de primer grado.

⁴³ Fl. 26 fallo del Tribunal.