



Radicado No. 20211600011051
Oficio No. FDGSJ-10100-
07/04/2021
Página 1 de 10

Bogotá, D.C.,

Honorables Magistrados
SALA DE CASACIÓN PENAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Ciudad

ASUNTO: Casación No 51168.
Incidente de Reparación Integral
Demandante: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN)
Demandados: Condenados. Terceros Civilmente Responsables: FUNDALCERT S.A., METALEXA S.A., Metales Medellín S.A., Comercializadora Almetal S.A., DIVIPACAS S.A.. Llamados en garantía: Seguros del Estado S.A., Aseguradora de Fianzas S.A., Colpatria S.A. y Compañía Mundial de Seguros S.A.
Magistrado Ponente: Dra. Patricia Salazar Cuellar.

Respetados Magistrados:

Actuando en calidad de Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte, por disposición del señor 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 las leyes 906 de 2004 y 600 de 2000; me permito descorrer el traslado, como no recurrente, respecto de la demanda incoada por la doctora Sandra Patricia Quirama Grajales, en calidad de apoderada de la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), víctima y actora dentro del presente incidente de reparación integral, contra la providencia calendada veintitrés (23) de junio de dos mil diecisiete (2017), en virtud de la cual el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín confirmó la denegación de la pretensión condenatoria de la demandante, en relación con las compañías aseguradoras llamadas en garantía.¹

¹ Todo ello dentro de la actuación No. **11-001-60-00000-2012-00299**, siendo condenados penalmente los procesados **John Jairo Carvajal Gutiérrez, José Moneada Moneada, Hugo Fernando Gravinni González y Juan Fernando Serna Villa**.



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDGSJ-10100-

07/04/2021

Página 2 de 10

Lo anterior sin perjuicio de que la Corte, *a priori*, pueda desestimar de plano esta intervención de la Fiscalía, en razón a que el ente acusador no participó en las instancias procesales anteriores de este trámite incidental; amén de que la entidad víctima ejercitó directamente su pretensión restauradora a través de apoderado judicial, y mucho más si se considera que un pronunciamiento de este Delegado, cualquiera sea su sentido, podría menoscabar el principio de adversalidad e igualdad de partes, contenido también en el Código General del Proceso, y desequilibrar la balanza dialógica que debe existir entre los convocados, dada la naturaleza eminentemente *civil e interpartes* inherente a este instituto procesal.²

A más de ello, no puede perderse de vista que si bien jurisprudencialmente se ha permitido la intervención de la Fiscalía en este tipo de trámites incidentales, aunque sean promovidos por un sujeto procesal diferente a aquella, también lo es que deberá estimarse sí la participación del delegado acusador esta circunscrita a apoyar las pretensiones resarcitorias de la víctima; pues en el evento contrario, un flaco favor se le haría a las aspiraciones de quien procesalmente ha sido reconocido como tal y, por ende, perjudicado moral y materialmente por los responsables penales y civiles del injusto perpetrado en su contra.

También conviene advertir, que de conformidad con lo normado en la causal 4 del artículo 181 de la ley 906 de 2004, en concordancia con lo establecido en el artículo 336 del Código General del Proceso, cuando quiera que el recurso de casación verse sobre la sentencia de segundo grado adoptada en el incidente de reparación integral, en todo caso estará sometido a los preceptos que lo regulan en materia civil, principalmente en lo relacionado con la cuantía y las causales exigidas en esa codificación para acceder a la casación privada.

Teniendo en cuenta lo explicitado, acorde con los artículos 338 y 342 del Código General del Proceso, el primero modificado por el decreto 1736 de 2012, se tiene que el recurso extraordinario de casación en el proceso civil procederá 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 *sub iudice* se observa ampliamente superada,

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



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDGSJ-10100-

07/04/2021

Página 3 de 10

amén de los valores determinados por los juzgadores de instancia, al igual que las coberturas de las distintas pólizas discriminadas y calculadas por la demandante, emitidas por las aseguradoras con ocasión de las devoluciones fraudulentamente obtenidas por los condenados.

De otro lado, no puede olvidarse que los comportamientos ilícitos fuente de las obligaciones aquí exigidas, se habrían cometido en Medellín y Bogotá durante el período comprendido entre los años dos mil seis y dos mil diez (2006-2010), por las personas naturales y jurídicas condenadas penal y civilmente en autos. Así pues, la cuantía aquí establecida se ha de actualizar con referencia al salario mínimo mensual estimado para dicho cuatrienio, al igual que el marco jurídico aplicable al presente asunto, en razón del tránsito legislativo y de ciertos preceptos rectores como los de legalidad y favorabilidad, comunes también, aunque con otros matices, a la legislación tributaria.³

Recapitulando, muy a pesar que el objeto material de los injustos recayó sobre dineros públicos, lo que hace mayormente deseable su recuperación para el bien de la administración estatal; para la Fiscalía es claro que la interpretación del colegiado se ofrece como la más jurídica, en tanto preserva principios y valores de jerarquía superior como los de buena fe y el orden justo, y con ello al mismo tiempo excluye el dolo como “riesgo asegurable” y/o fuente generadora de riqueza; aspectos transversales a las sentencias atacadas y que en sintonía con la regulación de los elementos esenciales del contrato de seguros,⁴ imposibilitan la vocación de prosperidad de las pretensiones indemnizatorias de la demandante.

Ahora bien, en lo que comporta todas y cada una de las causales en que la demandante finca el presente recurso de casación, vale la pena señalar que en esta oportunidad la Fiscalía no comparte los fundamentos de la recurrencia ni los cargos postulados por la censora para derruir la sentencia atacada, luego de ser abordados y analizados fáctica, probatoria y, sobre todo, jurídicamente, con las limitaciones funcionales que presupone dicha recurrencia

³ Artículo 293 ley 1819 de 2016.

⁴ Artículo 1045 del Código de Comercio.

⁵ Al respecto debe recordarse, que en un caso análogo reciente el entonces titular del despacho acompañó las pretensiones de la demandante.

extraordinaria, a la luz de las circunstancias⁵ y probanzas ventiladas en esta y en pretéritas oportunidades procesales. Entonces, de cara a los planteamientos constitutivos de la censura, este Delegado explicará su postura negativa respecto de ellos, en los siguientes términos:

1.- Sobre la interpretación del artículo 860 del Estatuto Tributario

Lo primero que, a manera de paréntesis, vale la pena destacar, es el acierto de la colegiatura al reconocer la legitimidad en la causa por pasiva de las llamadas en garantía, acorde con las pretensiones de la demandante, precisamente por ser estas unos sujetos pasivos con interés legítimo en la relación jurídica sustancial debatida dentro de la actuación incidental, conforme ha sido reconocido inclusive por el H. 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).

1.1.- Ahora bien, en contravía a lo esgrimido por la censora sobre su interpretación del artículo 860 del Estatuto Tributario, considera este Delegado que la autoridad administrativa representada por la DIAN, sí debió ejercer, en su momento, los mecanismos legales (cobro coactivo) a su alcance y proferir previamente las actuaciones administrativas de requerimiento especial, liquidación oficial o la resolución sanción a que hubiere lugar, con miras a hacer exigible, con prontitud, el pago de las pólizas correspondientes, las cuales le habían sido entregadas en su oportunidad, por los contribuyentes para garantizar la procedencia y el cumplimiento de las disposiciones legales

⁵ Los hechos constitutivos del presente pronunciamiento se originan en la "sentencia de 25 de septiembre de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito Especializado de Medellín, que declaró penalmente responsables a John Jairo Carvajal Gutierrez y otros, por la serie de delitos cometidos en el caso conocido como "El cartel de las devoluciones" y que afectó el recaudo de la DIAN. La anterior decisión fue apelada y confirmada por la Sala Penal del Tribunal de Medellín, mediante providencia del 11 de diciembre del mismo año. Ejecutoriada la condena y dentro del plazo que prevé la ley, la UAE DIAN, en su condición de víctima, promovió el Incidente de Reparación Integral, cuya primera audiencia se surtió el 25 de noviembre de 2013. Allí se presentaron los elementos materiales probatorios con los que se perseguía la declaración de responsabilidad civil de los demandados, entre ellas las llamadas en garantía. Seguidamente se celebraron las audiencias de práctica de pruebas y el 16 de noviembre de 2016 se dio lectura a la sentencia de primer grado. La misma fue objeto de apelación y confirmada por esa colegiatura con providencia adiada el 23 de junio de 2017, la cual fue objeto del presente recurso extraordinario de casación.



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDGSJ-10100-

07/04/2021

Página 5 de 10

respecto de las reclamaciones tributarias efectuadas, por lo que las mismas prestaban mérito ejecutivo.

1.2.- A este propósito, conviene aclarar que dichas actuaciones solo exigían de la DIAN, la simple verificación del carácter irregular o indebido de las devoluciones efectuadas a los contribuyentes, independientemente de que estas revistieran o no un substrato ilícito; razón suficiente para que la autoridad tributaria ejercitara en forma imperativa, pronta y cumplida las herramientas legales de que disponía, tendientes a obtener la recuperación total o parcial de los recursos devueltos; sin necesidad de agotar y atenerse a las contingencias de un proceso penal para tal efecto, máxime si se tiene en cuenta las vicisitudes intrínsecas a este tipo de actuaciones judiciales.

1.3.- También vale la pena resaltar, que la H. Corte Constitucional aclaró la interpretación de esa normativa a la luz de la constitución y del ordenamiento jurídico colombiano, en el sentido de que dicho proceder constituye una *garantía encaminada a evitar que el erario sufra un detrimento a causa de devoluciones indebidas de dinero a los contribuyentes*. Siendo ello así, la administración pública estaba compelida a surtir prontamente esos mecanismos administrativos, en procura de recuperar con celeridad los cuantiosos recursos objeto de defraudación, mediante la exigibilidad de las pólizas previamente expedidas por las compañías aseguradoras, durante el plazo de su vigencia o dentro de los dos años subsiguientes a la devolución irregular.

1.4.- Aunado a lo anterior, dichas actuaciones también constituyen un medio eficaz para garantizar el debido proceso administrativo a las entidades involucradas en las mismas, por cuanto de esa forma se les garantiza el derecho a la defensa a todos los afectados, más si se considera su carácter coactivo o sancionatorio. Empero, lo anterior no significa que dentro del incidente de reparación, aquí ventilado, las partes no hubieren podido ejercer su derecho a la defensa y al debido proceso; sino que, para una eficacia mayor de los fines constitucionales y procesales proclamados, se debió ejecutar, en forma primigenia y preferente, esos mecanismos administrativos previstos en la legislación tributaria.

1.5.- Por manera que, de haberse proferido y notificado oportunamente la resolución sanción, ante esas múltiples devoluciones advertidas luego como



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDGSJ-10100-

07/04/2021

Página 6 de 10

improcedentes, se hubieren hecho exigibles prontamente la garantías con las cuales se viabilizaron, efectivizando así el correlativo pago de las pólizas emitidas a favor de la Nación, por cuanto ello determinaba, al mismo tiempo, la preconfiguración del siniestro y establecía sanciones más severas en los casos de reclamaciones fraudulentas; lo que permite colegir, a su vez, la independencia y perentoriedad de esas actuaciones administrativas, además de erigirse como condición necesaria para el agotamiento de la vía gubernativa, con miras a una ulterior acción judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

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

2.1.- En punto al “riesgo asegurable” como uno de los requisitos esenciales del contrato de seguro, vale decir que su significado se comprende mejor si se lo vincula con el patrimonio económico que pudiere verse afectado dentro de esa relación contractual. Bajo tal discernimiento, y de acuerdo con las anteriores premisas, el interés asegurable corresponde a una situación en que la realización del riesgo –ocurrencia del siniestro- repercute negativamente en la hacienda de una persona, y precisamente a través del seguro lo que se busca es conjurar dicha afectación de forma anticipada. Así, el riesgo asegurable se predica más del evento incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, cuya realización (siniestro) deriva la obligación reparadora por parte del asegurador.

2.2.- Sobre esto último conviene acotar, que el hecho de que la improcedencia de las devoluciones fuere el resultado de conductas delictuales, perpetradas por agentes vinculados al tomador y al asegurado, no implica en sí mismo la anulación del contrato de seguros por ausencia del “riesgo asegurado”, pues dichas eventualidades también se encuentran previstas como probables dentro de la misma legislación, específicamente en el artículo 670 del Estatuto Tributario; lo que conlleva eso sí, y una vez demostradas tales ilicitudes, a consecuencias jurídicas diferentes respecto de la sanción y responsabilidad de las partes en esas contrataciones, máxime si estas obraron con dolo o mala fe.



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDGSJ-10100-

07/04/2021

Página 7 de 10

Entonces, habiéndose demostrado el entramado criminal desplegado por los infractores, quienes al mismo tiempo posiblemente habrían timado a las compañías aseguradoras en procura de sus designios criminales, no puede pretenderse ahora, bajo ese conocimiento de causa, la condena irrestricta a los terceros de buena fe que participaron en dichas negociaciones, respecto del pago de los hechos siniestrados en forma preconcebida y deliberada por los sentenciados.

2.3.- En efecto, analizado el contexto de los hechos y siniestros objeto de tales reclamaciones, amparados entonces mediante las pólizas referidas puntualmente por la demandante, se advierte que las ilicitudes cometidas por los infractores no pueden ser constitutivas en modo alguno del riesgo asegurado, toda vez que ello contraría los principios y valores de buena fe y equidad que proclama la Constitución Política, y que rigen también para todas las actuaciones y transacciones, bien sean estas de carácter público o privado, suscitadas dentro de las distintas relaciones o negociaciones que comportan el tráfico comercial en esos renglones.

2.4.- Así pues, no admite duda que las probanzas obtenidas en desarrollo del trámite de reparación integral no cuestionan la valoración y asunción de ese riesgo por parte de las compañías aseguradoras, mucho menos que exista el menor viso de culpa de su parte en las contrataciones celebradas con los hoy condenados penal y civilmente, o que aquellas hubieren posibilitado, con un actuar imprudente, alguna incidencia negativa en la determinación del riesgo amparado; lo que de suyo deja sin fundamento aquí y ahora la exigibilidad del pago de las pólizas en las cuantías especificadas en cada una de sus coberturas, pues de hacerlo se afectaría consciente e ilegalmente a un tercero de buena fe.

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

3.1.- En lo que tiene que ver con la inasegurabilidad de los actos potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, así como el dolo y la mala fe; conviene tener en cuenta que la presunción de buena fe que se espera de las distintas partes intervinientes en el contrato de seguro, impide predicar aquí que las compañías en cuestión hubieren propendido por asegurar estos eventos



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDGSJ-10100-

07/04/2021

Página 8 de 10

delictuales, pues muy seguramente de haber conocido lo que se fraguaba al interior de las mismas hubieren optado por no emitir las pólizas correspondientes, conforme las restricciones de que trata el artículo 1055 del código de comercio.

Ello para significar, que lo que se asegura con el contrato de cumplimiento de disposiciones legales es precisamente el riesgo económico producto de la inobservancia de la ley en relación con el trámite de las devoluciones tributarias declaradas luego como improcedentes, lo que no necesariamente se traduce en un subterfugio criminal al interior de las mismas, aunque en un primer momento las pólizas sean exigibles e incluso pagadas a favor de la entidad asegurada, con independencia de sus causas y que esta sea descubierta después, y menos aún si el dolo o temeridad se predicen de algunos agentes vinculados con alguna de las partes de esa triada contractual.

3.2.- Así mismo, si bien es cierto no puede atribuirse en forma genérica el dolo o la mala fe a las personas jurídicas que participaron en dichas relaciones y transacciones comerciales, también lo es que algunas personas naturales delegados por ellas para tales gestiones si obraron dolosamente en dichas contrataciones, lo que no puede predicarse hasta ahora de ninguno de los agentes que intervinieron en representación de las aseguradoras. En tal contexto, no puede declararse que las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales que expidieron las compañías aseguradoras para respaldar las solicitudes de devolución de los tributos, como lo prevé el artículo 860 del Estatuto Tributario, amparaban los actos dolosos en que incurrieran los contribuyentes.

3.3.- Por manera que, una cosa es que el Estado haga exigible el pago de las pólizas correspondientes en una fase primigenia, y a manera de garantía o caución, sin tener conocimiento del trasfondo ilícito que escondan tales reclamaciones improcedentes; y otra muy distinta que se pretenda hacerlo, luego de agotado todo un proceso penal, en el que ya se han determinado las responsabilidades penales y civiles de los únicos culpables, en todo caso ajenas al obrar de las llamadas en garantía, en contra de terceros también asaltados en su buena fe y bajo esos mismos designios criminales, pues ello reñiría con los principios y valores constitucionales, y con el ordenamiento jurídico y sus lineamientos jurisprudenciales en general.

3.4.- Así las cosas, se aviene plausible que en tratándose de transacciones o trámites en los que las entidades estatales pueden resultar seriamente afectadas, puesto que se ponen en juego cuantiosos recursos o dineros públicos, se amparen estas devoluciones indebidas con independencia de que a la postre se defina el carácter y los móviles de la improcedencia, se sancione a los verdaderos responsables y se restablezca el derecho a los perjudicados; en razón a que indistintamente sí se trata de una acción dolosa o culposa, llámese delictiva o no, se puedan hacer efectivas las garantías correspondientes en procura de la recuperación del erario, dada la calidad de los bienes comprometidos como objeto material de esas conductas irregulares o ilícitas.

Acorde con las normas analizadas, nótese que el artículo 1058 ibídem preceptúa que el contratante tiene la carga de «*declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador*», porque de lo contrario, la reticencia o inexactitud sobre estos aspectos, y siempre que sea dolosa, «*producirá la nulidad relativa del seguro*». Entonces, sí el ordenamiento jurídico protege a las compañías aseguradoras de la simple reticencia en que pueden incurrir el tomador o el asegurado, con mayor rigor en tratándose de actuaciones clandestinas y defraudatorias en las que hay detrás toda una empresa criminal, lo que permite inferir incluso el fraude duró desde su origen,⁶ además infiltrada y vinculada con algunas partes de esa relación contractual.

Lo anterior no obsta para que la Corporación pueda exhortar a las compañías aseguradoras y bancarias, a que en función de este tipo de contrataciones y pólizas de cumplimiento, ejerzan filtros y evaluaciones de riesgo más eficaces, en procura de garantizar una información mejor y más completa al tomador, al asegurado y al beneficiario, con el fin de salvaguardar los intereses de cada una de ellas y de la nación, lo que muy seguramente también redundaría en una disminución ostensible de actos de corrupción o delitos de esta naturaleza.

Así las cosas, estima este delegado que por sustracción de materia no se aviene necesario ahondar en mayores disquisiciones sobre los otros cargos objeto de censura, pues los hasta aquí analizados resultan suficientes para que la Corporación pueda pronunciarse de fondo sobre tales temáticas, en su

⁶ Lo que también permitiría predicar su causa ilícita.



Radicado No. 20211600011051

Oficio No. FDCSJ-10100-

07/04/2021

Página 10 de 10

sana justipreciación de los hechos y de las pruebas determinantes para proveer sobre el particular, en relación con los planteamientos acerca de la eficacia y validez del contrato de seguro y de la responsabilidad contractual de las llamadas en garantía.

Por lo expuesto, sumado a las razones ofrecidas por la colegiatura, este Delegado desestima la pretensión indemnizatoria de la víctima respecto de las compañías aseguradoras como garantes solidarias y en consecuencia solicita respetuosamente a la Corporación **NO CASAR** la providencia atacada.

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

Cordialmente,

MIGUEL EDUARDO MARTINEZ RIVERA

Fiscal Séptimo Delegado ante la Corte Suprema de Justicia