



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Relatoría Sala de Casación Penal

# Boletín Jurisprudencial

## Sala de Casación Penal

Septiembre 22 de 2021 n.º 08

El contenido de este boletín es un extracto de carácter informativo. Se recomienda revisar directamente las providencias en: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>

### **DOSIFICACIÓN PUNITIVA - Concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo.**

Al resolver una acción de revisión basada en la causal séptima por cambio de jurisprudencia, la Sala ratifica y consolida los requisitos de procedencia de esta causal y la manera como debe determinarse el monto de la pena, cuando se ha cometido la conducta penal durante la vigencia de dos o más normas punitivas.

**SP3943-2021 (55484) del 08/09/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

Ocurrieron entre los años 2005 a 2009, cuando la niña [...], quien tenía 9 años de edad para el 2005, fue víctima de abuso sexual por parte del procesado, quien era su abuelastro [...].

### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos

«[...]», a tono con la previsión normativa y los precedentes de esta Corporación antes citados, se tiene que **los presupuestos sustanciales para invocar la causal 7ª de revisión son los siguientes:**

i) Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal;

ii) Que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, hubiese variado su jurisprudencia o entendido de manera diversa una norma o instituto jurídico;

iii) Que exista identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial;

iv) La falta de aplicación del criterio jurídico por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación;

v) Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante, frente a su responsabilidad o su punibilidad, de modo que el criterio planteado en el fallo contra el cual se dirige la acción resulte injusto;

vi) Que el concepto judicial soporte de la solicitud, provenga de la Corte Suprema de Justicia, por ser esta Corporación el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, atendiendo la función que cumple de unificar la jurisprudencia nacional como ente de casación, de conformidad con lo establecido en el artículo 206 del Código de Procedimiento Penal».

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, sentencia ejecutoriada fundada en criterio jurisprudencial anterior / **ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: dosificación punitiva, frente al concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo, en vigencia de la Ley 890 de 2004 y luego de la ley 1236 de 2008

«[...] la Sala procederá a analizar si en el presente asunto los referidos presupuestos se encuentran cumplidos o no.

i) **Que se dirija contra una sentencia ejecutoriada** cuya condena se haya fundamentado en un criterio jurisprudencial específico de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

La acción de revisión se dirige contra la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 13 de septiembre de 2012 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad, que condenó a LMAC, en calidad de autor penalmente responsable de los delitos de actos sexuales con menor de catorce años y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo; decisión que quedó ejecutoriada el 13 de septiembre de 2013, conforme la constancia suscrita por la secretaria del juzgado, de fecha 19 de marzo de 2019; por lo que estos requisitos se encuentran satisfechos.

En punto a la dosificación punitiva -tema que se discute en este asunto- **el Juez de primera instancia indicó lo siguiente:**

*“Atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos, esto es, que los mismos iniciaron cuando la menor víctima tenía 9 años, es decir, **desde 2005 y se mantuvieron hasta el mes de diciembre de 2009**, cuando la señora ARGC tuvo conocimiento de los mismos y formuló la correspondiente denuncia, **el Despacho en atención a la tesis de la razón objetiva, utilizada por la Corte Suprema de Justicia, para considerar que dado que en el presente caso aun cuando los hechos ocurrieron en vigencia de diferentes legislaciones procedimentales y penales, al haber sido tramitados bajo una misma cuerda procesal y estar en presencia de un concurso homogéneo y sucesivo de delitos respecto a la conducta de actos sexuales abusivos agravados con menor de 14 años, se aplicará la pena contenida en los artículos 208 y 211 numeral 2° del C.P., modificados por los artículos 4° y 7° de la Ley 1236 de 2008, por ser la que resulta mayor**”.*

Aspecto que fue confirmado integralmente por el Tribunal.

Dicho esto, se debe indicar que **la Ley 1236 de 2008** -Por medio de la cual se modifican algunos artículos del Código Penal relativos a delitos de abuso sexual- **entró en vigencia el 23 de julio**

**de 2008, y significó un aumento de las penas** previstas para los tipos penales descritos en los artículos 205 a 219A del Código Penal.

Ahora bien, frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cuyas penas fueron aumentadas en virtud de la Ley 1236 de 2008, relacionadas con **hechos ocurridos antes y después de su promulgación**, la Corte en la decisión CSJ AP, 9 agosto. 2011, Rad. 34738, manifestó **que en esos casos las penas debían dosificarse de manera individual** para cada delito, atendiendo la norma vigente para la fecha de la comisión de **cada uno de ellos**.

[...]

[...] **con posterioridad** a esta decisión, **la Sala adoptó una postura contraria** y en reiteradas oportunidades manifestó que frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cuyas penas fueron aumentadas en virtud de la Ley 1236 de 2008, relacionadas con hechos ocurridos antes y después de su promulgación, **la dosificación punitiva** para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, **debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito**.

Así, por ejemplo, en la decisión CSJ SP, 5 sept. 2012, Rad. 38164, en un caso en donde el procesado fue condenado por un concurso homogéneo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ocurrido en el período comprendido entre el año 2005 y el 2010, la Corte al dosificar la pena tuvo en cuenta la norma vigente para la fecha de la comisión del último delito concursal, esto es, la Ley 1236 de 2008 [...].

[...]

Lo mismo ocurrió en la decisión CSJ SP, 10 oct. 2012, Rad. 36860, caso en el que el implicado fue condenado por un concurso heterogéneo de delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales abusivos con menor de 14 años, ambos en concurso homogéneo, por hechos ocurridos entre los años 2005 y 2009.

Por la misma línea, en la decisión CSJ AP2833-2014, Rad. 42259, frente a un caso en donde los hechos ocurrieron entre el año 2007 y mediados del 2009 [...].».

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, sentencia ejecutoriada fundada en criterio jurisprudencial anterior / **ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE 14 AÑOS** - Agravado: dosificación punitiva, frente al concurso homogéneo y sucesivo ocurrido durante tránsito legislativo, en vigencia de la Ley 890 de 2004 y luego de la ley 1236 de 2008

«En conclusión, no cabe duda que la acción de revisión se dirige contra una sentencia ejecutoriada -la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 26 de agosto de 2013, mediante la cual confirmó la sentencia condenatoria emitida el 13 de septiembre de 2012 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con funciones de conocimiento de esa ciudad-.

Y, de otro lado, que **la sentencia que se revisa se fundamentó en el criterio jurisprudencial de la Sala vigente para esa época, según el cual**, frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cuyas penas fueron aumentadas en virtud de la Ley 1236 de 2008, relacionadas con hechos ocurridos antes y después de su promulgación, **la dosificación punitiva para todas las infracciones** que concursan (de manera homogénea o heterogénea), incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, **debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito**.

Por lo tanto, el requisito analizado se encuentra cumplido».

\_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_  
**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, variación jurisprudencial favorable / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA** - Se vulnera: por aplicación indebida de la Ley 1236 de 2008, cuando no se encontraba vigente

«**Que la Corte Suprema de Justicia**, Sala de Casación Penal, **hubiese variado su jurisprudencia** o entendido de manera diversa una norma o instituto jurídico.

La defensora de LMAC invocó la aplicación de la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, del 7 de octubre de 2015, que, en su sentir, incluye una variación favorable al criterio jurídico que

sirvió de base para sustentar la sentencia condenatoria.

Pues bien, **en la decisión referida la Corte nuevamente analizó el concepto de aplicación de la ley en el tiempo y el principio de legalidad**, según el ámbito temporal en que se suscitó el hecho, de cara a las situaciones concursales que involucren delitos sucesivos cometidos en el lapso del tránsito legislativo acaecido entre la ley 599 de 2000, con el aumento punitivo de generalizado de la Ley 890 de 2004, y el régimen descrito en la Ley 1236 de 2008, e indicó que para efectos de la dosificación punitiva, **debe obligatoriamente distinguirse lo ocurrido en vigencia de una y otra normatividades**.

[...]

La anterior postura ha sido reiterada por la Sala. Así, en la decisión CSJ SP4349-2019, Rad. 50825, la Corte señaló [...]

[...]

[...] Y, en la decisión CSJ SP1028-2020, Rad. 51230[...]

[...]

Como se ve, entonces, debe entenderse que **a partir de la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, la Sala recogió su postura**, según la cual, la dosificación punitiva para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), por hechos ocurridos antes y después de la promulgación de la Ley 1236 de 2008, debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito, incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley.

**Y volvió a aquella posición, conforme con la cual**, en esos eventos, para efectos de la dosificación punitiva **se debe obligatoriamente distinguir lo ocurrido en vigencia de una y otra normatividades**, con el fin de salvaguardar los principios de legalidad y favorabilidad.

Por lo anterior, este requisito también se encuentra cumplido».

\_\_\_\_\_ . \_\_\_\_\_  
**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, identidad entre los supuestos del fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial

**«Que exista identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial.**

En la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, los hechos juzgados ocurrieron en la ciudad de Bogotá, entre los años 2001 -época para la cual la víctima tenía 5 años de edad- y julio de 2010, época en que la menor L.V.C.G. fue objeto de múltiples tocamientos en su zona genital, por parte del procesado; quien por estos hechos fue condenado como autor penalmente responsable del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo.

El Tribunal, **al momento de realizar la dosificación punitiva, tuvo en cuenta las penas dispuestas en la Ley 1236 de 2008 para todos los sucesos, incluyendo los ocurridos antes de la vigencia de la referida norma.**

**La Sala, como ya se indicó, señaló que respecto de los delitos perfeccionados antes de que entrara a operar la Ley 1236 de 2008, esto es, el 23 de julio del mentado año, el juzgador colegiado estaba impedido para imponer las sanciones conforme a esa normativa, pues, debía atenderse a la norma vigente al tiempo de los hechos, que, entonces, era la Ley 599 de 2000, artículos 208 y 209, con el incremento autorizado por el canon 14 de la Ley 890 de 2004, por lo que redosificó la pena de los delitos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008.**

En este caso, los hechos juzgados ocurrieron entre el 16 de octubre de 2005 -época para la cual la víctima tenía 9 años de edad- y el 25 de diciembre de 2009, período en el que la menor J.H.P.G. fue objeto de múltiples tocamientos y penetraciones en su zona genital por parte del procesado, quien, por estos hechos fue condenado como autor penalmente responsable de los delitos de actos sexuales y acceso carnal abusivo con menor de catorce años, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo y sucesivo.

El Juez de primera instancia al momento de realizar la dosificación punitiva tuvo en cuenta las penas dispuestas en la Ley 1236 de 2008, para todos los sucesos, incluyendo los ocurridos antes de la vigencia de la referida norma.

Por lo tanto, existe identidad entre los supuestos contenidos en el fallo cuestionado y los que dieron origen al cambio jurisprudencial, por lo

que este requisito también se encuentra satisfecho».

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, falta de aplicación del criterio jurídico vigente

**«La falta de aplicación del criterio jurídico** por virtud del desconocimiento de su existencia o la emisión de la sentencia atacada con anterioridad a su formulación

**Para la época en que se emitieron las decisiones atacadas** -13 de septiembre de 2012 y 26 de agosto de 2013-, **la Corte no había emitido la decisión** CSJ SP11648-2015, Rad. 46482 -ello ocurrió el 7 de octubre de 2015- **mediante la cual varió la postura jurisprudencial anterior**, vigente para el momento en que se emitieron las providencias referidas, según la cual, frente a la comisión de varias conductas punibles relacionadas con delitos sexuales, cometidas antes y después de la Ley 1236 de 2008, la dosificación punitiva para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), incluso, aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito».

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, análisis comparativo de beneficios

**«Que a través de un análisis comparativo se pueda demostrar que fundamentado en el nuevo razonamiento jurídico el proveído atacado habría sido más beneficioso para el demandante, frente a su responsabilidad o su punibilidad, de modo que el criterio planteado en el fallo contra el cual se dirige la acción resulte injusto**

**No cabe duda que la aplicación del nuevo razonamiento jurídico** planteado por la Corte en la decisión CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, **al caso que aquí se analiza, implicaría un tratamiento más beneficioso para LMAC en punto a la punibilidad**, pues, su aplicación obligaría a que se redosifique la pena para los delitos ocurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 1236 de 2008, lo que significaría una disminución en la pena».

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia: requisitos, que el concepto judicial soporte de la solicitud provenga de la Corte Suprema de Justicia

«Que el concepto judicial soporte de la solicitud, provenga de la Corte Suprema de Justicia

Al respecto, basta decir que el pronunciamiento judicial que se pide aplicar proviene de esta Corporación, por lo que este requisito se encuentra cumplido».

**ACCIÓN DE REVISIÓN** - Cambio de jurisprudencia / **PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA PENA** - Se vulnera: por aplicación indebida de la Ley 1236 de 2008, cuando no se encontraba vigente / **ACCIÓN DE REVISIÓN** - Se configura la causal alegada

«[...] LMAC fue condenado como autor penalmente responsable de los delitos de acceso carnal abusivo y actos sexuales con menor de catorce años, ambas conductas agravadas y en concurso homogéneo, por hechos ocurridos entre el 16 de octubre de 2005 y el 25 de diciembre de 2009, sin embargo, **la penas por todos los delitos fueron dosificadas atendiendo la última modificación normativa** -Ley 1236 de 2008-, **la cual resulta más gravosa** que la Ley 599 de 2000, con la modificación de las penas introducida por la Ley 890 de 2004.

La Corte, mediante la sentencia CSJ SP11648-2015, Rad. 46482, recogió su postura según la cual, la dosificación punitiva para todas las infracciones que concursan (de manera homogénea o heterogénea), por hechos ocurridos antes y después de la promulgación de la Ley 1236 de 2008, debía adelantarse atendiendo la norma vigente para el momento de la comisión del último delito, incluso aquellas cometidas antes de la promulgación de la referida ley, y volvió a aquella posición conforme con la cual, en esos eventos, **para efectos de la dosificación punitiva se debe obligatoriamente distinguir lo ocurrido en vigencia de una y otra normatividad**, con el fin de salvaguardar los principios de legalidad y favorabilidad; la cual resulta más favorable a los intereses del actor.

**No atender la variación jurisprudencial referida, implicaría avalar decisiones injustas, contrarias al debido proceso y atentatorias de los principios de legalidad y favorabilidad, fundantes del sistema penal y procesal.**

Por tanto, ante la concurrencia de todos los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico para la procedencia de la causal de revisión objeto de invocación, se declarará fundada la misma, lo que obliga a que se redosifique la pena impuesta a LMAC [...].

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

### **CONTRATO DE SEGUROS, SEGUROS DE DAÑOS, SEGURO DE CUMPLIMIENTO, PARTICULARIDADES**

**Este tipo de contrato de seguro se instituyó para contar con la posibilidad jurídica de respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanan de leyes o contratos. Se convirtió en el principal mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público.**

Al resolver una demanda de casación formulada en calidad de víctima por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN-, coadyuvada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contra la sentencia de reparación integral que determinó en su último punto “Acoger la

*excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva” a favor de las cuatro compañías aseguradoras llamadas en garantía, por cuanto no se constituyó el siniestro por el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario “y el incidente de reparación no es el medio para efectuarse”, la Sala de Casación Penal señaló las particularidades de este tipo de seguro y su incidencia dentro del proceso penal, en la etapa del incidente de reparación integral.*

**SP3898-2021 (51168) del 01/09/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Patricia Salazar Cuéllar**

## RESUMEN DE LOS HECHOS:

[...] Las empresas [...], realizaron solicitudes de devolución de IVA simulando ventas efectuadas a comercializadoras internacionales, algunas de ellas sin facultades para llevar a cabo tales actividades, así como la compra a proveedores por grandes sumas de dinero, con el aval de contadores y revisores fiscales, entre ellos [...].

[...].

Las devoluciones de IVA se llevaron a cabo de manera sucesiva, lo cual conllevó injusta apropiación de dinero perteneciente al Estado, pagado por la DIAN en títulos de devolución de impuestos -TIDIS- o en cheques [...].

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

### CASO DEVOLUCIONES ILÍCITAS DE IVA EN LA DIAN

**AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** - Facultades en el marco de la defensa los intereses patrimoniales del Estado / **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO** - Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales: cuando velan por los intereses del Estado lo hacen como unidad de defensa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: interés para recurrir de la ANDJE y la DIAN

«Alega Axa Colpatria Seguros S.A. que la DIAN carece de interés para recurrir en casación, pues sus planteamientos no tienen unidad temática con lo manifestado por la misma entidad ante el Tribunal, toda vez que la sentencia impugnada fue producto de la apelación promovida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mas no por la formulada por aquélla con argumentos que no atinaron a controvertir los motivos de la sentencia.

Conforme con el artículo 610 del Código General del Proceso, **la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE) está facultada para actuar como apoderada, o como interviniente en todas las jurisdicciones** “en cualquier estado del proceso” en los asuntos “donde sea parte una entidad pública” o donde se considere necesario defender los intereses patrimoniales del Estado.

El párrafo 1º del mismo artículo, establece que cuando la ANDJE actúa como interviniente, podrá proponer excepciones previas, de mérito, “**coadyuvar**” la demanda u oponerse, aportar pruebas, solicitarlas, intervenir en su práctica, interponer recursos ordinarios y extraordinarios, **llamar en garantía**, solicitar medidas cautelares o su levantamiento sin prestar caución, impugnar las providencias, incluidas las que aprueban acuerdos conciliatorios o que terminen el proceso por cualquier causa y, **en general, cuenta con** “*las mismas facultades atribuidas legalmente a la entidad o entidades públicas vinculadas como parte en el respectivo proceso*”.

De lo expuesto se sigue que **las actuaciones en el incidente de reparación tanto de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en calidad de víctima y en beneficio del interés público que representa, como las desplegadas por la ANDJE a favor de la misma parte y en procura de idéntico interés, constituyen unidad de defensa.**

Por tanto, **resulta irrelevante si la apelación fue promovida directamente por la víctima o por la Agencia legitimada para defenderla**, máxime cuando ésta no sólo promovió el recurso de apelación, también suscribió la demanda de casación en la cual expresó su voluntad de coadyuvarla y acoger “*plenamente su argumentación, solicitudes y demás contenidos de la misma*”, en ejercicio de su prerrogativa para actuar en cualquier estado del proceso con las mismas facultades atribuidas a la DIAN».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Casación: Contra la sentencia que decide el incidente de reparación integral / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: competencia del juez penal / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: vinculación del llamado en garantía / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: vinculación de compañías de seguros / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: es un instrumento de justicia restaurativa / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Víctimas: derecho a la reparación integral

«**En relación con la competencia del juez penal** para resolver sobre la responsabilidad contractual de las aseguradoras vinculadas a este trámite, cabe precisar que:

(i) En el proceso incidental instituido -en los artículos 102 y siguientes del Código de Procedimiento Penal de 2004- tanto las víctimas como el condenado penalmente -o su defensor- pueden pedir que se convoque a los terceros civilmente responsables.

(ii) Conforme con el artículo 108 ídem, comprendido en armonía con las sentencias C-423 de 2006, C-425 del mismo año y C-409 de 2009 proferidas por la Corte Constitucional, **las compañías aseguradoras también pueden ser vinculadas a la actuación por solicitud de cualquiera de los sujetos procesales antes mencionados** para que respondan por la indemnización pecuniaria que les corresponda, en virtud de la cobertura amparada en contrato de seguro válidamente celebrado.

Esto por cuanto, de acuerdo con la última de las providencias citadas, **el incidente de reparación es un instrumento de justicia restaurativa** mediante el cual se propende por una solución integral, eficaz, breve y oportuna de reparación, para **hacer efectiva la indemnización por parte de todos los obligados a ello** o que *“deban sufragar los costos de tales condenas”*, **cuales son:** el condenado, el tercero civilmente responsable y **“la aseguradora”**.

Además, acorde con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la víctima tiene derecho a una *“pronta e integral reparación”* de los daños sufridos, a cargo del autor o participe del injusto *“o de los terceros llamados a responder en los términos de este Código”* y el Estado el deber de garantizarle real acceso a la administración de justicia».

CONTRATO DE SEGUROS - Clasificación  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Concepto  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Generalidades  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Seguros de daños  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Partes  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Prueba  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Elementos esenciales / CONTRATO DE SEGUROS - Siniestro: concepto / CONTRATO DE SEGUROS - Exigibilidad: concepto  
/ CONTRATO DE SEGUROS - Cobertura

«**Generalidades del contrato de seguro:** clasificación, caracterización, partes, prueba y elementos esenciales.

(i) **Los contratos comerciales de seguro son celebrados por compañías aseguradoras** que operan en el mercado con ánimo de lucro. **Esto los diferencia de otros tipos de aseguramiento** como los seguros sociales, contratos de medicina prepagada y seguros mutuales.

De acuerdo con el artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros comerciales pueden ser de *“daños”* o de *“personas”*. Los primeros a su vez -de interés para el presente proceso- pueden ser *“reales”* o *“patrimoniales”*.

**Los seguros de daños son aquellos en el que el interés asegurable es la relación económica apreciable en dinero**, de contenido patrimonial determinable y medible en especies monetarias.

(ii) El contrato de seguro es un negocio jurídico consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (artículo 1036 del Código de Comercio) y, por regla general, de carácter indemnizatorio, particularmente en los seguros de daños.

Que el contrato sea consensual significa que se perfecciona por el sólo consentimiento de las partes, sin que deba ser vertido en documento o en alguna forma específica.

No obstante, cabe precisar que, de acuerdo con el artículo 1046 ídem, el contrato de seguro se prueba *“por escrito o por confesión”*.

La prueba por escrito se refiere a documentos en los que conste los elementos esenciales del contrato, la identidad de las partes, así como su consentimiento recíproco, mas no a documentos ad substantiam actus porque, como viene de verse, aquellos elementos del negocio jurídico también pueden acreditarse mediante confesión y, por lo mismo, el que conste por escrito no es requisito de su existencia y validez.

(iii) Conforme con el artículo 1037 del mismo Código, **las partes en el contrato de seguro son:** (a) el **“asegurador”**, **persona jurídica que asume los riesgos**, y (b) el **“tomador”**, persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos al primero de los mencionados.

No obstante, junto al **“tomador”** se encuentran tanto el **“asegurado”** como el **“beneficiario”**. Estas denominaciones hacen referencia a posiciones jurídicas y todas bien pueden recaer en una sola persona -o grupo de personas- o en diferentes personas o grupos de estas, y sus características no son necesariamente idénticas en los distintos tipos de seguro comercial.

Concretamente en los seguros de daños (a) el “*tomador*” es quien concurre con la aseguradora a formular las manifestaciones recíprocas de voluntad que constituyen el contrato, (b) el “*asegurado*” es el titular del interés asegurable y (c) **el “beneficiario” es el llamado a recibir la indemnización en caso que ocurra el siniestro.**

(vi) De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, los **elementos esenciales del contrato de seguro** son (a) el interés asegurable, (b) el riesgo asegurable, (c) la prima o precio del seguro y (d) la obligación condicional a cargo del asegurador.

**La obligación del asegurador en los seguros de daños patrimoniales consiste en el pago de la indemnización una vez se constituya la condición positiva y suspensiva, cual es la realización del siniestro.** De manera que por regla general **aquella se hace exigible a partir de la ocurrencia de este.**

No obstante, cabe precisar que, por ejemplo, en los seguros de responsabilidad civil, conforme con el artículo 1131 del C. de Co., para la exigibilidad de la obligación del asegurador en necesario que, además del siniestro, la víctima del daño causado por el asegurado formule contra éste una reclamación judicial o extrajudicial.

De modo que si bien en el derecho comercial, en punto de los contratos de seguro (i) el siniestro es requisito necesario para la exigibilidad de la obligación a cargo del asegurador y (ii) la exigibilidad de esta puede surgir -aunque no siempre- a partir de la ocurrencia de aquel; cada uno de estos significantes tiene su respectivo significado ontológico, con identidad propia y diferenciada.

**El siniestro**, por su parte, conforme con el artículo 1072 del Código de Comercio, **es “la realización del riesgo asegurado”**; se refiere entonces a la **ocurrencia del hecho dañoso** que se estipula como condición para el surgimiento de la obligación del asegurador. **La exigibilidad de esta alude a la satisfacción de condiciones adicionales** a partir de las cuales emerge su responsabilidad contractual y el beneficiario queda válidamente facultado para pedir o reclamar el pago de la indemnización.

En consecuencia, **los conceptos de “siniestro” y “exigibilidad”** de la obligación **no son**

**conceptos equiparables ni sustituibles entre sí.**

(v) El interés asegurable, de acuerdo con la sentencia C-269 de 1999, es el objeto del contrato de seguro, equivale a “*la relación económica, amenazada en su integridad por uno o varios riesgos, en que una persona se halla consigo misma o con otra persona, o con otras cosas o derechos tomados en sentido general o particular*”, el cual presenta características diversas según se trate de seguros de daños o de personas.

En los seguros de daños **el interés asegurable es la relación económica que vincula a una persona o a un grupo de personas** -naturales o jurídicas- a **un determinado bien o patrimonio** -constitutivo del objeto sobre el que recae el aseguramiento- y cuya situación jurídica es digna de protección.

El objeto del contrato de seguro es entonces el interés asegurable - es decir, la relación económica antes mencionada- y el objeto asegurado es simplemente el bien o patrimonio que resultaría afectado al configurarse el siniestro.

Por su parte, **riesgo es la posibilidad de un suceso incierto** -que de llegar a ocurrir resulta dañoso para quien tiene el interés asegurable- el cual, por regla general no puede depender “*exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario*” y cuya realización configura la condición convenida que da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgo y son, por tanto, extraños al contrato de seguro (artículo 1054 del C. Co.).

El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario, en principio no son asegurables (artículo 1055 ídem). Contrario sensu, **sí son asegurables la culpa grave y el dolo o actos potestativos de personas** que no constituye ninguna de aquellas calidades, cual es el caso, por ejemplo, de los seguros de hurto, cuyo acto constitutivo del siniestro sin duda es doloso, pero no proviene del tomador, asegurado o beneficiario.

No son asegurables las sanciones penales - incluidas las pecuniarias- debido a los fines que las justifica. Tampoco las sanciones de origen policivo, entre las que se cuentan las impuestas por autoridades que ejercen función de policía

administrativa, toda vez que su imposición también suelen tener propósitos de interés general».

**CONTRATO DE SEGUROS** - Seguros de daños: seguro de cumplimiento: concepto / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguros de daños: seguro de cumplimiento: particularidades / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: riesgo asegurable, incluye la culpa grave y el dolo del tomador

#### «El seguro de cumplimiento.

Esta especie de aseguramiento **es una variante del seguro de daño** -patrimonial- regido por el “*principio indemnizatorio*” consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, por el cual **la obligación de la aseguradora consiste en resarcir al acreedor asegurado el perjuicio originado en el incumplimiento del deudor** -garantizado o “*afianzado*”-, hasta máximo la suma amparada en la póliza. Se caracteriza en que (i) **es obligatoria su constitución “cuando se celebra contratos con entidades estatales”**; (ii) **“siempre es un contrato comercial sujeto a las normas del Código de Comercio”** (iii) “*sólo cubija obligaciones contractuales o legales*” y (vi) “*el asegurado es la parte que sufrirá el riesgo del incumplimiento*”.

**Se diferencia de las demás modalidades de seguro de daño** en que (i) la póliza no es revocable por falta de pago de la prima; (ii) debe ser aprobada por el asegurado; (iii) **protege el patrimonio del asegurado del incumplimiento de la obligación a cargo del tomador** “afianzado” -en el quantum convenido- y (iv) la aseguradora puede repetir contra éste, así como exigirle la constitución de algún título, regularmente pagará abierto o cerrado, que opera como contragarantía ejecutable en caso de que se haga exigible la obligación y el pago de la indemnización.

Esta modalidad de aseguramiento tuvo origen en Colombia en la Ley 225 de 1938 y su objeto, señalado en el artículo 2, fue reproducido en el numeral 1 del artículo 203 del Decreto Ley 663 de 1993. **Se instituyó precisamente para contar con la posibilidad jurídica de respaldar el cumplimiento de obligaciones que emanan**

**de leyes o contratos.** Se convirtió en el principal mecanismo de cobertura del riesgo en la contratación estatal y de protección del patrimonio público, para cuyo propósito **esa normativa especial no excluyó del amparo el originado en la culpa, el dolo o la voluntad del garantizado** o “*afianzado*”, pues de haberlo hecho lógicamente no cumpliría la finalidad para la que fue creada.

Ciertamente, así lo entendió la **Sala de Casación Civil** de la Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia proferida el 15 de marzo de 1983, señaló que **el objeto del seguro de cumplimiento es el de servir de garantía al acreedor de las obligaciones de su deudor, originadas en “un contrato o en la ley”**. De esta manera la aseguradora, por el pago de una prima, ampara el patrimonio del asegurado (acreedor) del eventual incumplimiento de las obligaciones “*de la estirpe señalada*” a cargo del deudor.

La misma colegiatura en sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp. 6785, reiterada en sentencia del 3 de abril de 2017, radicación N° 11001-31-03-023-1996-02422-01, indicó cómo ese tipo de aseguramiento específico previsto en la Ley 225 de 1938:

(i) Continuó vigente con la expedición del Código de Comercio;

(ii) Para servir de garantía en la observancia de las obligaciones el asegurador “*no puede argüir, ni jurídica ni éticamente, que el seguro es nulo por contemplar un siniestro que depende de la voluntad del deudor*”;

(iii) Su base legal especial excluye en punto del actuar del tomador “*la aplicación del principio general contenido en el art. 1055 del Código de Comercio*” y;

(iv) No es jurídicamente plausible desconocer la certeza propia de los pactos “*ajustados por las personas*” y dejar sin efecto su propio compromiso. En ese sentido, se explica, **sería muy nociva la conducta de la aseguradora que con conocimiento propiciara “la contratación de pólizas de cumplimiento ineficaces; ni para qué decir que con tamaña actitud se vuelve la espalda a la función social del seguro. Ciertamente hay desdoro en sembrar falsas ilusiones a sabiendas; la mengua que de los temores busca un asegurado, no pasaría de una cruel ironía, pues no sólo seguiría tan desprotegido como antes de adquirir seguro**

semejante, sino que ahora -sumaría- a su frustración el descubrir que fue víctima del engaño”.

De similar postura es la **Sección Tercera del Consejo de Estado**, la cual, al resolver respecto de la nulidad de varios apartes del Decreto 4828 del 24 de diciembre de 2008, por medio del cual se expidió el régimen de garantías en la contratación de la Administración Pública, señaló que en razón de la finalidad que se persigue con la exigencia de las garantías de cumplimiento en materia contractual -la protección del patrimonio público y el cumplimiento de los fines estatales-, **la administración no puede quedar expuesta a las excepciones que se formulen y que tengan origen en la conducta del tomador del seguro** -el contratista afianzado-, o en su comportamiento, no solo ante su eventual incumplimiento del contrato garantizado, sino también ante la reticencia e inexactitud en que haya incurrido al momento de adquirir la póliza.

De manera que, agregó esa corporación, el haber establecido en el decreto antes mencionado “*los amparos, las exclusiones, las reglas de cesión del contrato, la improcedencia de la terminación automática del seguro -por falta de pago- y la inoponibilidad de las excepciones por la conducta del tomador, entre otras, como se hace en el artículo 15 acusado, no es otra cosa que la definición de las condiciones generales que debe contener toda garantía de cumplimiento*”. (Subrayado fuera de texto, sentencia de 14 de junio de 2019, Radicación 11001 03 26 000 2009 00047 00).

**En síntesis, en el seguro de cumplimiento el riesgo asegurable es el eventual incumplimiento de la obligación del tomador “afianzado”, lo cual incluye tanto su culpa grave como sus actos potestativos, entre los que, por su puesto, se cuenta el dolo».**

**CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: el asegurado no es el contribuyente, sino la Administración / **CONTRATO DE SEGUROS** - Los actos potestativos del tomador, entre los que se cuenta su propio dolo, no constituyen riesgo asegurable, excepción / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: riesgo asegurable, incluye la culpa grave y el dolo del tomador

**«Señala la sentencia que las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales no podían amparar “los actos dolosos en que incurrieran los contribuyentes”; pues siendo “asegurados” sabían que no cumplirían con las disposiciones que regulan la devolución o compensación del tributo. Afirmación a partir de la cual también indicó que los contratos carecen de interés asegurable.**

**Se equivoca conceptualmente el Tribunal al haber dado tratamiento de “asegurados” a los “contribuyentes”, pues en los contratos de seguro de cumplimiento de disposiciones legales establecidos en el artículo 2 de la Ley 225 de 1938 y empleados en el procedimiento de devolución de impuestos -artículo 860 del Estatuto Tributario-, el asegurado no es el contribuyente, sino la Administración de impuestos por ser la que soporta el riesgo del incumplimiento de las obligaciones de aquél.**

Hecha esta precisión, cabe señalar que ciertamente, de acuerdo con los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio, por regla general los actos potestativos del tomador, entre los que se cuenta su propio dolo, no constituyen riesgo asegurable.

Sin embargo, como se anticipó en el numeral anterior, **ese componente normativo no es aplicable a los seguros de cumplimiento**, porque de serlo se desnaturalizaría esta modalidad contractual, en la que el “afianzado” es a su vez el tomador, **cuyo proceder eventualmente contrario a sus obligaciones, constituye el riesgo** que amenaza el patrimonio del asegurado y por el que, precisamente, este es objeto de aseguramiento.

Ahora, acorde con el artículo 1083 del Código de Comercio, “*tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo*”.

**El Tribunal encontró que no se configuró el anterior elemento esencial de los seguros**, el interés asegurable, porque los contribuyentes sabían que no cumplirían con las disposiciones que regulan la devolución o compensación del tributo, pues conocían la inexistencia de los fundamentos fácticos “acreditados” ante la DIAN para solicitar la devolución de impuestos.

Confianza S.A. alega que siendo las únicas partes del contrato del seguro el tomador y el asegurador, y el interés asegurable un elemento esencial del contrato de seguro, la falta de este

*“determina la ausencia del contrato de seguro y por ende surge la exoneración de responsabilidad del asegurador, como así fue declarado judicialmente”.*

**Tanto el Tribunal como la aseguradora pasan por alto que el patrimonio que podía resultar afectado** con la configuración del riesgo previsto en los contratos de seguro de cumplimiento de disposiciones legales, **no es el del contribuyente** -“afianzado” y tomador del seguro-, **sino el del asegurado** -la DIAN- por hallarse amenazado por el riesgo de incumplimiento atribuible al primero.

De allí que algunos doctrinantes, en relación con el seguro de cumplimiento, propusieron que el asegurado -no el afianzado- debe ser considerado el tomador del seguro a través de tercera persona. Tesis que si bien no ha sido acogida en la jurisprudencia, es precisamente porque a diferencia de las demás modalidades de seguro, en el de cumplimiento el **asegurado necesariamente debe aprobar la póliza**, como se exige en el artículo 7° de la Ley 150 de 2007, cuya norma, como lo reconoce la doctrina especializada, ha sido guía para el funcionamiento de todos los contratos de la misma naturaleza, incluso para los celebrados entre particulares. De manera que **el asegurado, quien soporta el riesgo, expresa su voluntad sobre las condiciones en las que admite la garantía.**

Considerando entonces las especificidades propias del seguro de cumplimiento, **la relación económica sobre la que el Tribunal debió verificar la concurrencia del “interés asegurable” no es la de los contribuyentes** y su patrimonio, **sino la de la DIAN y el patrimonio público.** De haberlo hecho, lógicamente habría llegado a la conclusión de que sí se estructuró ese elemento esencial del contrato de seguro contenido en el artículo 1083 del Código de Comercio.

En síntesis, la sentencia está incurso (i) en aplicación indebida de los componentes normativos de los artículos 1054 y 1055 del Código de Comercio que excluyen del riesgo asegurable el dolo del tomador o sus actos potestativos, pues, como viene de verse, estas concretas exclusiones no tienen cabida en los seguros de cumplimiento y (ii) en falta de aplicación del artículo 1083 ídem, con base en el cual, contrario a lo establecido en la sentencia, sí se configura el interés asegurable, pues no está en cabeza del contribuyente -tomador-, sino de la

DIAN -asegurada- en relación con el patrimonio público amparado».

**CONTRATO DE SEGUROS** - Siniestro y exigibilidad: diferencia / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: riesgo asegurable diferente a la configuración del siniestro y el acto que lo declara / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: las normas que lo regulan no se pueden modificar por la voluntad de las partes / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: requisitos de la póliza

«El artículo 860 del Estatuto Tributario con las modificaciones introducidas en la Ley 223 de 1995, vigente al momento de la celebración de los contratos de seguro objeto de examen (todos suscritos entre los años 2005 a 2008), contenido en el Título X sobre las “devoluciones” de impuestos, señala lo 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, la Administración de Impuestos, dentro de los diez (10) días siguientes deberá hacer entrega del cheque, título o giro.*

*La garantía de que trata este artículo tendrá una vigencia de dos años. Si dentro de este lapso, la Administración Tributaria notifica liquidación oficial de revisión, el garante será solidariamente responsable por las obligaciones garantizadas, incluyendo el monto de la sanción 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 éste se produce con posterioridad a los dos años.*

Como se ve, **el precitado artículo no contiene concepto alguno de siniestro.** Establece (i) el término en el que la Administración tributaria deberá proceder a la devolución de impuestos cuando su reclamación esté acompañada de una garantía a favor de la Nación; (ii) el término de vigencia que debe tener la garantía para que aquélla pueda proceder a la devolución en el término de 10 días y (iii) la consecuencia jurídica que debe asumir el garante en el caso de que la

Dirección de impuestos notifique liquidación oficial de revisión, cuál es su responsabilidad solidaria respecto tanto de la obligación garantizada como de la sanción y los intereses -moratorios-.

**Sin embargo**, efectivamente **la Sección Cuarta del Consejo de Estado** en sentencias emitidas el 19 de mayo de 2016 (radicación 540012333000201300305) y 14 de noviembre de 2019 (radicación número:25000-23-37-000-2013-00452-01) señaló, en su orden lo siguiente:

(i) (...). En esas condiciones, el siniestro cubierto por la garantía ocurre con la expedición de la resolución sanción, y en ese momento nace el interés y la legitimación del garante (compañía de seguros) para actuar en el procedimiento que se adelanta ante la administración, pues en ese acto se declara la improcedencia de la devolución y se ordena el reintegro a que haya lugar.

(ii) [E]l siniestro ocurre cuando se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante.

Pero **en las precitadas decisiones el Consejo de Estado no tuvo como objeto discernir sobre la configuración del riesgo** asegurado ni interpretar o fijar el alcance de los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio, **sino establecer el momento a partir del cual la Administración tributaria debe convocar la intervención del asegurador** en garantía de su derecho al debido proceso administrativo.

En la primera providencia el Consejo de Estado concluyó que “*la resolución sanción*” debe ser notificada a la compañía aseguradora para que pueda ejercer sus derechos de defensa y de contradicción, y para que, en los términos del artículo 829 del Estatuto Tributario, ese acto administrativo quede ejecutoriado frente al garante y pueda servir de fundamento del procedimiento de cobro coactivo.

En la segunda, corrigió esa postura, pues tras indicar que hasta ese momento la misma colegiatura le había dado “*un alcance restrictivo a las disposiciones del Estatuto Tributario que regulan la materia y a la sentencia C-1201 de 2003, lo que ha generado, en ciertas ocasiones, una limitación de los derechos de contradicción, defensa y debido proceso de las compañías aseguradoras*”, señaló necesario “*un pronunciamiento que precise la intervención de los*

*deudores solidarios, garantes y aseguradoras*”; y concluyó que dicha intervención debe habilitarse desde cuando “*se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante*”.

De modo que, **examinadas esas providencias**, se advierte que **en ellas no se distinguió entre el nacimiento de la obligación** -el siniestro- **y el requisito de exigibilidad** de la misma, constituido por el acto administrativo que lo declara o establece el quantum del perjuicio, lo cual se entiende frente al problema jurídico entonces resuelto, pero que **la Corte no puede reproducir para resolver este caso**, por las razones que se pasan a ver:

(i) Afirmar que “*el siniestro ocurre cuando se tiene determinada, mediante liquidación oficial o resolución sanción independiente, la suma a favor de la administración tributaria que puede ser cobrada al asegurador o garante*”, **configura una contradicción en sus mismos términos**, toda vez que si mediante la liquidación oficial o la resolución sanción se determina la suma que puede ser cobrada por la Administración de impuestos al asegurador, ello **implica la existencia previa del siniestro** -o del hecho generador del daño-, pues de otra manera no habría lugar a establecer suma alguna que deba ser pagada por la aseguradora. De manera que lógicamente **el siniestro no puede estar constituido por el acto que declara o especifica el quantum del perjuicio**.

(ii) **El artículo 1072 del Código de Comercio instituye que siniestro es “la realización del riesgo asegurado”**.

Como ya se indicó en el numeral anterior, la Sala de Casación Civil tiene precisado que (i) el objeto del contrato de seguro de cumplimiento es “*servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado*”; (ii) **el siniestro** o, lo que es lo mismo, **la ocurrencia del riesgo “consiste en el no cumplimiento”**, situación en la cual (iii) el “*asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación’ amparada*”. (C.S.J., SC del 15 de marzo de 1983 reiterada en SC4659 de 3 de abril de 2017, radicación n° 11001-31-03-023-1996-02422-01).

Por su parte, **el Consejo de Estado** en sentencia del 12 de mayo de 2010 (radicado 25000-2327-000-2004) **distinguió** nítidamente (i) **el nacimiento de la obligación** a cargo del asegurador **de (ii) su exigibilidad**. Indicó cómo **lo primero tiene lugar con la ocurrencia del siniestro**, -o hecho dañoso previsto por las partes-; mientras que **lo segundo surge**, acorde con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, **cuando el asegurado acredita judicial, o incluso extrajudicialmente, la ocurrencia del siniestro**, momento a partir del cual la aseguradora cuenta con un mes para pagar la indemnización.

[...]

La misma corporación en sentencia proferida el 21 de agosto de 2019 (25000-23-37-000-2015-00385-01), también indicó que la resolución sanción por la que la Administración de impuestos declara la improcedencia de la devolución y ordena el correspondiente reintegro *“determina la exigibilidad de la obligación garantizada”*. Afirmación en la cual se apoyó para señalar que a partir de ese acto surge el interés o legitimación de las compañías de seguros en calidad de garantes *“para recurrir la decisión y demandarla en vía judicial”*.

**En síntesis, el riesgo asegurable es la eventual e incierta insatisfacción de las obligaciones** a cargo del deudor -afianzado y tomador del seguro-; **el siniestro es la realización del riesgo**. En consecuencia, **ninguna duda hay en que el siniestro en el contrato de seguro de cumplimiento** de disposiciones legales exigido en el artículo 860 del E.T. para la pronta devolución de impuestos, **es** -acorde con la norma contenida en el artículo 1072 del Código de Comercio- **el incumplimiento del tomador, de las disposiciones que rigen la devolución, mas no el proferimiento de algún acto administrativo** por parte del asegurado en el que lo declare y determine el quantum del perjuicio. **Dicho acto solo materializa el requisito de exigibilidad de la obligación** y con el que se integra el título ejecutivo complejo para que la entidad estatal pueda proceder al cobro coactivo [...].

[...]

Por su parte, el artículo 1162 ídem establece que son inmodificables, además de las normas expresamente relacionadas en la misma disposición, las contenidas en el Título V del

Código de Comercio, denominado *“del contrato de seguro”*, en razón de su naturaleza o redacción.

Ahora, **siendo el riesgo asegurable un elemento esencial del contrato de seguro** (artículo 1045 ídem) **y el siniestro la configuración del mencionado riesgo** (artículo 1072 ídem), **estas normas no pueden ser suplidas por la voluntad de las partes**, pues de ocurrir (i) degeneraría el contrato en especies diferentes a la de los seguros comerciales nominados y establecidos por ministerio de la ley, y (ii) las compañías aseguradoras terminarían celebrando negocios jurídicos para las que no están legalmente autorizadas.

Sobre esto último cabe precisar que el numeral 3 -inciso 1- del artículo 38 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto Ley 663 de 1993) establece que *“el objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la ley con carácter especial. Así mismo, podrán efectuar operaciones de reaseguro, en los términos que establezca el Gobierno Nacional”*. (Subrayado fuera de texto).

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo 184 ídem, dispone que las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias:

*a. Su contenido debe ceñirse a las normas que regulan el contrato de seguro, al presente estatuto y a las demás disposiciones imperativas que resulten aplicables, so pena de ineficacia de la estipulación respectiva;*

*b. Deben redactarse en tal forma que sean de fácil comprensión para el asegurado. Por tanto, los caracteres tipográficos deben ser fácilmente legibles, y*

*c. Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza.*

En síntesis, la sentencia está incurso en falta de aplicación de las normas contenidas en los artículos 1072 y 1162 del Código de Comercio, por cuya inobservancia **el Tribunal ignoró** que, conforme con los artículos precitados, **el siniestro es la realización del riesgo asegurado, no su declaración mediante acto -administrativo-** proveniente del asegurado, y que aquel concepto, no es sustituible por *“la autonomía de la voluntad que gobierna los negocios de los particulares”*.

**CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: siniestro, no se acredita a través de acto administrativo / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: se rige por el Código de Comercio, no por el Estatuto Tributario / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: obligación del asegurador, nace con la realización del siniestro / **LLAMADO EN GARANTÍA** - Su vinculación al incidente de reparación integral no es con ánimo conciliatorio / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: se puede reclamar el pago por vía judicial o extrajudicial / **CONTRATO DE SEGUROS** - Seguro de cumplimiento: las normas legales no pueden ser suplidas por cláusulas contractuales / **NORMA SUSTANCIAL** - Prevalencia / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Incidente de reparación integral: vinculación de compañías de seguros

**«Frente a la prueba del siniestro y la cuantía del perjuicio en el incidente de reparación integral, el asegurador no puede excusar su responsabilidad con el argumento de que esos hechos sólo pueden ser acreditados mediante acto administrativo proferido en trámite adelantado por la DIAN, como se pasa a demostrar:**

(i) Si bien la vía administrativa es una posibilidad prevista en el Estatuto Tributario, lo cierto es que **el Código de Comercio, el cual rige los contratos de seguro**, también habilita la demostración del siniestro y la cuantía del perjuicio en sede jurisdiccional, sin que la existencia de aquella opción excluya o invalide ésta, como tampoco se verifica alguna razón jurídica que imponga un entendimiento opuesto o diferente.

(ii) Por el contrario, como viene de verse [en el numeral 7.4.2.1., (iii)], **la obligación a cargo del asegurador nace con la realización del riesgo amparado, y la misma es exigible simplemente cuando el asegurado o el beneficiario prueba tanto el siniestro como la cuantía del perjuicio**; para cuyo fin al asegurador le resulta irrelevante si ello ocurre en sede judicial o administrativa, pues en ambas el Ordenamiento garantiza el debido proceso.

Ciertamente, los artículos 1077 y 1080 ídem establecen en su orden (a) que al asegurado le corresponde acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida, frente a lo cual (b) el asegurador está

en el deber jurídico de pagarla dentro del mes siguiente a la fecha de la demostración del derecho *“aún extrajudicialmente”*, lo cual cobija la posibilidad de que ello se surta en sede jurisdiccional.

(iii) **La norma contenida en el artículo 1080 antes citada es imperativa para el asegurador, pues sólo puede ser modificada a favor de la parte asegurada**, conforme lo establece el artículo 1162 del Código de Comercio al señalar que *“sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario -las normas consignadas- en los artículos (...) 1080, (...) y 1161”*

(iv) Mediante las facultades concedidas en el Estatuto Tributario a la Administración de impuestos para declarar el siniestro y el quantum del perjuicio -como ya se indicó en el numeral 7.4.2.1.-, se integra un título ejecutivo complejo con el cual la Administración Tributaria queda facultada a activar, de ser necesario frente al no pago, el cobro coactivo. De manera que por este procedimiento se pretende hacer efectivo un derecho cierto o formalmente acreditado -expreso, claro y exigible- en contra del deudor obligado, mientras que por la vía judicial se busca la declaración del derecho subjetivo carente de certeza -o la modificación o extinción de una relación jurídica - y, de ser necesario, la consecuente impartición de la orden al deudor para que satisfaga la prestación debida.

Ahora bien, **la carencia de los presupuestos para el cobro coactivo o la acción ejecutiva, no implica imposibilidad jurídica para activar el trámite declarativo**, cual es el caso, en asuntos como el que es objeto de estudio, el del incidente de reparación integral en el que tiene cabida el llamamiento en garantía de las aseguradoras, acorde con normas de orden público contenidas en los artículos 102 y 108 del Código de Procedimiento Penal de 2004, comprendido este último en armonía con la sentencia C-409 de 2009, reiterada en la C-059 de 2010, en la cual **la Corte Constitucional declaró inexecutable** que la citación al asegurador al incidente **tuviera alcance meramente facultativo para éste y “exclusivamente” para efectos de la conciliación**, con el fin de que el aseguramiento pueda servir al propósito de reparar a la víctima y hacerlo prontamente, de modo que no se convierta en una medida nugatoria del derecho de la víctima a la reparación integral y en burla a la legítima

esperanza indemnizatoria que el contrato inspira “(art. 250 núm. 6º y 7º CP, arts. 11, lit. c) y 102-107 CPP)”.

(v) **Tampoco** a partir, per se, de **la inactividad del acreedor asegurado en orden a propender por la constitución de un título ejecutivo** para el consecuente cobro ejecutivo, **la Corte puede derivar alguna sanción o limitación al derecho fundamental** de acceder a la administración de justicia mediante el ejercicio de la acción ordinaria, pues incluso el artículo 2536 del Código Civil frente a la prescripción de la primera, habilita la posibilidad de que el acreedor acuda a la segunda.

(vi) De otra parte, la Sala no puede pasar inadvertido que **en asuntos como el presente** -donde los hechos que se postulan como constitutivos del siniestro están originados en conductas delictivas de concierto para delinquir, falsedad en documentos privados y fraude procesal, entre otras-, **se desborda la capacidad de las verificaciones que le compete adelantar a la DIAN mediante el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario**; pues **ese comportamiento delictual es perpetrado precisamente para victimizarla**, es decir, para **inducirla y mantenerla en error** de modo que no logre detectar, mediante el procedimiento de verificación administrativa, irregularidades en las solicitudes de devolución que le permita expedir algún acto administrativo sancionatorio o de liquidación oficial dentro del plazo establecido en el artículo 860 ídem.

Es así cómo **aquellos hechos exigen para su verificación**, una compleja investigación, que en estos asuntos tienen cabida, como corresponde, mediante el trámite establecido en el Código de Procedimiento Penal; y cuya activación puede concluir en **sentencia condenatoria**.

**En firme esa decisión judicial, la víctima queda habilitada para**, en el marco del incidente de reparación integral, **demandar una “pronta e integral reparación”**, no sólo en contra de las personas penalizadas, sino **también de “los terceros llamados a responder en los términos de este Código”**, (literal c) del artículo 11 del C.P.P. de 2004) lo cual, como viene de verse -en el literal anterior-, incluye a las aseguradoras en razón de contrato de seguro válidamente celebrado (artículo 108 ídem y sentencia C-409 de 2009).

En este evento **el Estado tiene el deber constitucional de garantizarle a la víctima real acceso a la administración de justicia** (artículo 229 de la Constitución Política), **en actuación donde prevalezca el derecho sustancial** (artículo 228 ídem), y la “*vigencia de un orden justo*” (artículo 2 ídem).

**Estos postulados le imponen a la Corte** (i) descartar cualquier interpretación o comprensión del derecho dirigida a impedirle al órgano jurisdiccional que, en el incidente de reparación integral, pueda dirimir de fondo sobre la responsabilidad de las llamadas en garantía, y (ii) **considerar ineficaz cualquier cláusula del contrato que implique el mismo efecto, es decir, le imposibilite al juez dirimir el debate sobre los aspectos medulares con los que se determina la responsabilidad contractual de las aseguradoras**, señalados en el artículo 1080 del Código de Comercio.

[...]

Como se ve, **la norma contenida en el artículo 1080 del Código de Comercio**, contrario a lo propuesto por Axa Colpatria Seguros S.A., **no puede ser suplida o restringida por cláusulas contractuales en detrimento del derecho del asegurado**, consistente en que el asegurador frente a la demostración del siniestro y la cuantía de la pérdida, ya sea por vía judicial o extrajudicial, responda por su obligación de pagar la indemnización.

En resumen, los yerros de la sentencia relacionados con la validez de los contratos de seguro de cumplimiento y el concepto de siniestro, generaron consecuentemente (i) la violación del artículo 1080 del Código de Comercio, cuya naturaleza imperativa obliga su aplicación; (ii) el desconocimiento del alcance integral de la reparación, instituida para el presente trámite en normas de orden público del Código de Procedimiento Penal; y (iii) la violación de la Constitución Política, en cuanto subvirtió la prevalencia del derecho sustancial, restringió a la víctima el acceso a la administración de justicia previsto en el Código antes mencionado y desconoció el deber de las autoridades jurisdiccionales de propender por la vigencia de un orden justo.

Ahora, este último fin esencial del Estado en el caso concreto se materializa -de manera contraria a la propuesta por las aseguradoras- **dejando a salvo la posibilidad de que, en el**

**incidente de reparación integral, el juez pueda resolver sobre la responsabilidad del asegurador en contratos de seguro válidamente celebrados**, a partir de verificar sus elementos medulares, cuales son precisamente los señalados en el artículo 1080 del Código de Comercio, esto es, si el asegurado probó el siniestro, el consecuente perjuicio y la cuantía de

la pérdida, sin la interferencia de estipulaciones que frustren “su efectividad o extensión cuantitativa” como en efecto, ya lo tiene precisado la Sala de Casación Civil en la sentencia antes citada».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

### **PECULADO POR APROPIACIÓN - Reintegro parcial de lo apropiado**

**Rebaja de pena se calcula según el porcentaje de lo reintegrado sobre la cuarta parte de la pena y en relación con el número de delitos.**

Al resolver la apelación contra una sentencia donde se realizó un preacuerdo, la Sala analiza si se concedió un doble beneficio y explica como tasar la rebaja por el reintegro parcial de una parte del total apropiado. Además, llama la atención al Tribunal para que en casos como este se verifique de mejor manera el monto de lo apropiado por el procesado.

el inciso 6°, artículo 610 de la Ley 1564 de 2012 y el Decreto Reglamentario 1365 de 2013, (ii) reconoció la pensión de vejez de alto riesgo en favor de los demandantes, sin cumplimiento de requisitos legales, (iii) condenó a Colpensiones a pagar la diferencia de las mesadas causadas y no canceladas, agencias en derecho y costas y (iv) desconoció el contenido del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, por cuanto, no tramitó la consulta de dichas decisiones.

Las actuaciones de [...] ocasionaron un detrimento patrimonial a Colpensiones por valor de \$3.129.988.682; suma respecto de la cual él se apropió de valor correspondiente al 10%.

**SP3738-2021 (57905) del 25/08/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Diego Eugenio Corredor Beltrán**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

[...] en calidad de Juez [...] Laboral del Circuito de [...], conoció de los radicados [...], correspondientes a las demandas ordinarias laborales y subsecuentes procesos ejecutivos promovidos contra Colpensiones para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de alto riesgo en favor de [...].

Al interior de tales procesos y durante el lapso comprendido entre el mes de noviembre de 2013 y el 5 de junio de 2014, [...] concertado con [...] -apoderados de los demandantes-, incurrió en las siguientes irregularidades: (i) omitió la notificación de las demandas de los procesos ordinarios a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, contrario a lo establecido en

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**CASACIÓN** - Legitimación en la causa / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: víctima / **CASACIÓN** - Interés para recurrir: identidad temática con la apelación, excepciones / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: Interés para recurrir, víctima / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: derecho de las víctimas, impugnación / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: Naturaleza, bilateral, sin perjuicio de escuchar a la víctima

**«Podrá recurrir una decisión quien ostente legitimación dentro del proceso y demuestre tener interés. Éste existirá cuando la decisión impugnada le hubiere causado un perjuicio o agravio al sujeto procesal, parte o interviniente**, medido de manera real, material y efectiva, de cara a los intereses que representa dentro del proceso (CSJ SP 30 abr. 2014, rad. 41.543).

Así lo ha sostenido la Sala:

*“La legitimación en la causa o interés jurídico para recurrir propiamente dicho, ha puntualizado esta Corporación (CSJ SP, 15 jun. 2016, rad. 47666), es un requisito relacionado con el daño, el perjuicio, el gravamen que de manera real o efectiva hubiese causado la providencia al quejoso.*

*Ese detrimento se mide en relación con los intereses que defiende el sujeto procesal que postula el recurso, de manera que si la decisión judicial censurada se pronuncia en los específicos términos reclamados por el sujeto procesal, deriva obvio que la misma no puede perjudicarlo”.*

**Ese interés que legitima a la víctima para recurrir la sentencia de primera instancia** está vigente en el sub exámine, pues, no sólo es un interviniente debidamente reconocido en el proceso, sino que, con la sentencia **se produjeron consecuencias adversas a sus demandas de justicia**, dado que, además del beneficio otorgado por vía del preacuerdo celebrado entre las partes, se concedió una rebaja adicional como consecuencia del reconocimiento de una atenuante, de manera que la decisión impugnada le causó un agravio que impacta negativamente su deseo de que se haga justicia en los términos por ella reclamados, pues, según se indica en el libelo, **entendió que ello generó un doble beneficio para el condenado**, sin posibilidad legal para hacerlo.

Por supuesto, la Sala ha sostenido en otras oportunidades que el interés para recurrir tiene ciertas limitaciones temáticas, justificadas en los principios de lealtad y buena fe que deben regir la actuación procesal, así como en la consonancia entre las peticiones de las partes e intervinientes y las declaraciones judiciales.

[...]

Empero, en el presente caso no **puede predicarse la falta de legitimidad del apoderado de Colpensiones para recurrir la decisión de primera instancia, bajo el argumento que estuvo de acuerdo en los términos del preacuerdo**. La razón es evidente: **si bien, participó activamente en la negociación por la cual culminó el proceso de manera anticipada**, desde el momento en que se pronunció en relación con los tópicos del artículo 447 de la Ley 906 de 2004, es decir, una vez aprobado el preacuerdo, **manifestó su inconformidad en punto del eventual**

**reconocimiento de la rebaja punitiva por la causal de atenuación**, actitud que descarta de plano mala fe o deslealtad.

En ese mismo sentido, debe agregarse que **el Tribunal Superior de Barranquilla**, luego de aprobar el preacuerdo, **no habilitó oportunidad para interponer recursos**; de suerte que el único momento para manifestar alguna inconformidad se constituyó luego de la lectura de la sentencia condenatoria.

Véase, además, cómo **la intervención de la víctima en sede del preacuerdo, si bien activa**, esto es, con posibilidades de presentar reparos al mismo, **no conduce a que sus términos puedan modificarse o impedir lo acordado**, razón por la cual, se resalta, la única manera efectiva, en términos procesales, de controvertir lo negociado, es a través de la interposición del recurso de apelación, en caso de su aceptación por el juez.

Junto con lo anotado, es pertinente señalar que, en principio, **el acuerdo en sí mismo no afectaba las perspectivas de la víctima**, en lo que corresponde al motivo de impugnación, dado que apenas se generaba una expectativa respecto de que el juez aceptase o no la atemperación por el reintegro parcial de lo apropiado. **Solo con ocasión del fallo, la expectativa en cuestión se materializó** en disfavor de la pretensión del afectado, razón por la cual fue este el momento adecuado para controvertirla, que no remite apenas a un desbordado apetito de venganza, sino a la alegada ilegalidad de la pena e incluso del acuerdo mismo, si se acepta su tesis de que producto de este se produjo un doble beneficio para el procesado».

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: relación con el principio de legalidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: límites, están supeditados al reintegro del incremento patrimonial obtenido a raíz del delito / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: reintegro de lo apropiado, habilitación procesal para acudir a la justicia premial y rebaja de pena, no constituye doble beneficio / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Reintegro de lo apropiado: efectos en el proceso penal

«Acorde con lo planteado, lo primero a precisar es que **los preacuerdos y negociaciones**, como forma de composición del conflicto y desarrollo de

la **facultad otorgada a la Fiscalía** General de la Nación de orientar la anticipación de la sentencia condenatoria con base en los fines establecidos en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, **tienen posibilidad de celebrarse dentro de un margen racional de maniobra**, con el fin de que el fiscal pueda adelantar su tarea de forma efectiva.

Por supuesto, como bien se conoce, tal prerrogativa no puede extenderse hasta el punto de desconocer los principios de legalidad penal o estricta tipicidad, pues, cada evento deberá atenderse con estricto apego a los parámetros y límites trazados por el artículo 29 Superior.

En ese cometido, dentro del ejercicio propio de la negociación será posible, de manera consensuada y razonada, excluir causales de agravación punitiva, como también algún cargo en específico o tipificar la conducta dentro de la alegación conclusiva de una manera específica con miras a morigerar la pena, **pero no podrá, bajo ninguna justificación, sobrepasar lo aceptado**, los pilares de la administración de justicia, a través de la concesión de beneficios que la desprestigien y que traduzcan escenarios de impunidad o atropello a la verdad.

De acuerdo con lo expuesto, como acertadamente lo coligió el recurrente, a la luz del artículo 350 inciso 2° de la Ley 906 de 2004, **el cambio favorable para el acusado con relación a la pena por imponer constituirá la única rebaja compensatoria** por el acuerdo; de suerte que **cualquier pacto adicional** que suponga una modificación complementaria a ello, **devendrá en violatoria de los presupuestos establecidos en esa norma y no podrá recibir el aval del juez de conocimiento**.

En este asunto, **el libelista parte por reconocer que** por virtud del acuerdo, el único beneficio **que se ofreció fue el reconocimiento de la complicidad para fines punitivos** a cambio de la aceptación de responsabilidad por los delitos imputados, de manera que no supone un esfuerzo significativo aceptar que el preacuerdo en sí mismo considerado respetó los presupuestos legales y que de modo alguno emerge necesaria la intervención de la Colegiatura para su corrección.

[...] para justificar su postura el censor extiende el calificativo “*doble beneficio*” al **reconocimiento expreso que hizo el juez**, no del acuerdo, se repite, **de una circunstancia de atenuación**

**post delictual que en estricto sentido fue ajena a la negociación culminada.**

[...]

Del desarrollo de la audiencia es claro que, **como cláusula del preacuerdo, se mencionó que nada se pactaría frente al reconocimiento de la circunstancia de atenuación punitiva establecida en el canon 401 de la Ley 599 de 2000**, pues, **por corresponder a un derecho, su reconocimiento correspondería al fallador y no a las partes.**

Las cláusulas del preacuerdo, en esos términos, son válidas. Desde el momento en el cual la Fiscalía enunció los términos de la negociación, se dijo que el único beneficio ofrecido a cambio de la aceptación de responsabilidad, consistía en la imposición de la pena correspondiente al cómplice y bajo ese entendido, se definió la fijación de 84 meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses.

Se sostuvo que el Juez Colegiado, en su autonomía, sería quien dispusiera lo concerniente a las circunstancias de atenuación punitiva establecidas en el mencionado artículo 401 del Código Penal, en el entendido que no se trataba de un aspecto de libre negociación por cuenta de las partes e intervinientes, precisamente, porque la premisa normativa hace mención a un fenómeno post delictual, que como tal, tiene cabida una vez se determine la pena - bien sea producto del preacuerdo o de la individualización conforme lo dispone el artículo 61 ibidem -.

Desde luego, también era factible, pero no por consecuencia del acuerdo y sus beneficios anejos, sino en estricto cumplimiento de la función del Fiscal, que le impone adecuar los hechos a su correcta delimitación típica, también era factible que en ese espacio se corrigiese o adicionase la acusación, para advertir presente el fenómeno en cuestión, dada su objetividad.

Desde luego, **la verificación de su materialidad corresponde al administrador de justicia, a fin de determinar que no se trata de un doble beneficio embozado**, sino de la efectiva materialización de una circunstancia objetiva con cabal definición normativa, en calidad de atenuante de pena, para este tipo de ilicitudes.

[...]

Como viene de verse, **dicha premisa normativa establece un tratamiento punitivo más favorable para el autor del delito de peculado que de forma voluntaria**, directamente o a través de terceras personas, **repare lo dañado o reintegre lo apropiado**, en el entendido que con tal proceder se mitiga el daño ocasionado al patrimonio público y se rescata, en cierta forma, el deber funcional de lealtad quebrantado con la conducta reprochada por el ordenamiento jurídico.

[...]

[...] conforme a las previsiones del artículo 349 de la Ley 906 de 2004, **la aprobación de los preacuerdos** respecto de aquellos delitos en los cuales el sujeto activo hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto del mismo, **estará supeditada al reintegro al menos de la mitad de lo percibido y al aseguramiento del recaudo del remanente**.

La norma en cita, debe precisarse, comporta un evidente matiz procesal, que no impacta de manera directa en el monto de pena a imponer, en calidad de mecanismo necesario que habilita la posibilidad de acudir a los medios de terminación anticipada del proceso, en los casos en los que el delito es fuente de enriquecimiento o acrecimiento patrimonial para quien lo ejecuta.

Esto para delimitar, respecto de la discusión planteada por la representación de la víctima, que **se trata, la habilitación procesal para acudir a la justicia premial y la rebaja de pena por reintegro parcial, de dos figuras ontológica y jurídicamente distintas, que también comportan efectos diferentes**.

Descendiendo al caso de la especie, como consecuencia de la comisión del delito de peculado, CO obtuvo un incremento patrimonial de \$312.998.868, de los cuales devolvió el 50%, mediante consignación efectuada el 22 de mayo de 2019 en el Banco Agrario a nombre de la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla.

El valor restante, es decir el otro 50%, lo garantizó mediante la imposición de un gravamen al bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria número (...), ubicado en la ciudad de Santa Marta. La propiedad fue afectada con garantía real de embargo y se determinó que su valor es superior al dinero cuya entrega aún se encuentra pendiente.

A partir de lo anterior, erigido en exigencia expresa de la ley - aunado al análisis de los demás presupuestos de obligatorio cumplimiento -, el a quo determinó la viabilidad de aprobar el preacuerdo.

Ello no es óbice para que se estimase procedente, una vez impuesta la pena preacordada, esto es, 84 meses de prisión, multa equivalente a 5.100 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 112 meses, realizar el descuento punitivo consagrado en el canon 401 ibídem, por cuanto, dicha preceptiva consagra una situación favorable para el declarado penalmente responsable que de forma voluntaria, antes de dictarse sentencia de segundo grado, cese en el mal uso del bien público, repare lo dañado, corrija la aplicación oficial diferente o reintegre total o parcialmente lo apropiado o su valor equivalente.

**Se trata de un beneficio cuyo reconocimiento depende de la demostración del supuesto de hecho que origina la diminuyente punitiva**, esto es, la reparación de lo dañado o el reintegro de lo apropiado, producto de la voluntad del procesado. Por ende, **constituye una circunstancia de atenuación de la pena, cuya concesión no depende de la alegación o consenso de las partes**, pues, incluso debe ser decretada de manera oficiosa cuando se verifique su materialización.

**Para el recurrente no es posible considerar el reintegro parcial de lo apropiado, como medio para impulsar una terminación anticipada del proceso, y al mismo tiempo, beneficiarse por idéntica razón**, con una rebaja adicional a título de atenuante, precisamente porque ese presupuesto - el reintegro - ya fue valorado para el primer fin mencionado.

**Pasa por alto el profesional del derecho**, como se anotó antes, que ambos institutos, el de los preacuerdos y los fenómenos post delictuales, poseen una naturaleza disímil e independiente: **mientras que el reintegro**, conforme lo dispone el artículo 349 de la Ley 906 de 2004, **es un presupuesto que condiciona la viabilidad de negociar, la devolución** de que trata el canon 401 de la Ley 599 de 2000, **alude a comportamientos del autor o actos de carácter procesal posteriores al delito**, que reflejan una situación objetiva de disminución punitiva como reconocimiento a la atenuación del daño causado al erario público, cuya incidencia

se presenta frente a la sanción ya individualizada, ante la reparación del perjuicio, en porcentaje variable según se trate de reintegro parcial o total y de acuerdo con el momento procesal en el cual se verifique, “siendo viable colegir que la diminuyente se refiere a todas las sanciones previstas para el tipo penal en cuestión, incluida la multa”.

Agréguese a lo anterior, que la censura trae como punto de partida una apreciación equivocada, referida a la idea según la cual, un aspecto o presupuesto solo puede ser valorado desde una única perspectiva.

En efecto, **el reintegro, además de constituir requisito sine qua non para viabilizar una sentencia anticipada**, bien sea por la vía del preacuerdo, ora por la aceptación unilateral de cargos, **es un aspecto que nuevamente es de susceptible valoración para la individualización de la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente**, en los eventos en los cuales no se haya pactado de manera definitiva la pena a imponer; incluso, desde otra arista, su análisis confluye en el estudio de la prisión domiciliaria, por cuanto, la reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38b del Código Penal.

El reproche, de acuerdo con lo expuesto, carece de vocación de prosperidad».

---

**PECULADO POR APROPIACIÓN** - Reintegro de lo apropiado: parcial / **PECULADO POR APROPIACIÓN** - Reintegro de lo apropiado: rebaja de pena se calcula según el porcentaje de lo reintegrado sobre la cuarta parte de la pena y en relación con el número de delitos

«Sobre este tópico, la Sala ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse, significando que **la rebaja de pena por la atenuante del artículo 401, lo será dependiendo del porcentaje de la apropiación**, sin superar el límite impuesto en el inciso 3° de la norma, esto es, **de una cuarta parte en los eventos de restitución parcial**.

Veamos:

“Por tanto, el reintegro hecho suma \$ 29.316.443,50, que frente a \$ 203.413.223,31, que los jueces demostraron, y la defensa no controvierte, fue la suma apropiada indebidamente, equivale aproximadamente a un 15%, desde donde consulta criterios de equidad y

razonabilidad que el descuento punitivo sea igual al 15% del tope máximo del artículo 401 (una cuarta parte), que debe aplicarse a los 72 meses de prisión y \$ 203.413.223,31 de multa, que fueron las sanciones establecidas para el peculado, llegándose a 69 meses 9 días y \$ 195.785.227,43,”.

En ese entendido, siguiendo la teleología de la norma, **como aquí el reintegro se efectuó de manera parcial y no hay discusión sobre el monto de lo apropiado por C - 10% del desfaldo total** que ascendió a \$3.129.988.680 -, la Sala advierte que **el correcto ejercicio de dosificación consiste en otorgar como descuento punitivo por la atenuante en cita, el 10% del tope máximo del inciso tercero de la norma - una cuarta parte -**

En ese aspecto, **erró el Tribunal** al aplicar “la diminuyente en cita en **una décima parte de la pena impuesta** dado que la devolución parcial solo fue del diez por ciento de lo apropiado y la disminución punitiva por mandato del legislador debe ser proporcional a lo restituido”.

Así las cosas, como la cuarta parte de 84 meses equivale a 21 meses, el 10% de ese monto corresponde a 2 meses y 3 días de prisión. Valga aclarar que, **los 84 meses corresponden a la pena tasada por virtud del preacuerdo** en relación con los **cuatro delitos** cometidos por C, pero como **la rebaja establecida en ese artículo 401 del Código Penal sólo opera respecto del peculado** -en tanto de los cuatro punibles cometidos, es el único delito susceptible de reintegro patrimonial de lo apropiado-, **se concederá sólo el 2.5% de rebaja, resultado de dividir el 10% total en los cuatro crímenes**.

**Eso arroja un total de 15 días**, es decir, por la circunstancia de atenuación verificada, la pena impuesta en definitiva corresponde a 83 meses y 15 días de prisión. Igual corrección deberá realizarse en relación con la pena de multa y la de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas, las cuales, efectuada idéntica operación, se fijan en 5.068 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 111 meses y 15 días».

---

**SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Preacuerdos y negociaciones: control por el juez de conocimiento, comprende tanto la negociación como la conducta punible original

«[...] la Sala debe hacer un llamado de atención al Tribunal Superior de Barranquilla para que ajuste la manera como imparte aprobación a los preacuerdos celebrados entre las partes.

Ello por cuanto **los eventos culminados por esa vía de terminación anticipada, no eximen a la judicatura** de la obligación de verificar en debida forma los presupuestos habilitantes para la aplicabilidad de la figura en comento y, en ese orden, **resultaba imperativo demostrar que el dicho de JCCO acerca de que lo apropiado por él fue sólo el 10% del valor total de la defraudación, encontraba respaldo en otros medios de convicción.**

Sin embargo, **al Tribunal de primer grado le bastó la afirmación del acusado en ese sentido sin propender por una adecuada y necesaria acreditación del asunto.** Por tal razón, **es razonable exigir a los funcionarios** encargados de revisar la legalidad de las actuaciones, **que realicen su labor con la diligencia debida**, con estricto apego a la normatividad, para que así se garanticen los derechos de los procesados, se salvaguarden los intereses de la víctima y, finalmente, se satisfaga la aspiración de la ciudadanía a que se imparta justicia de manera pronta y eficaz».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

#### **ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Elementos y características**

**El bien jurídico protegido “patrimonio” abarca, tanto al social, como al de los socios, y protege otros bienes jurídicos de carácter intermedio (mediato), como son el orden económico social y la administración pública.**

Al resolver el recurso de casación presentado por la defensa de las procesadas, la Corte analizó a profundidad el delito de administración desleal, explicando sus principales características, elementos, sujetos activo y pasivo, entre otros, y determina si en este caso si se actualizó la conducta típica.

#### **SP3601-2021 (53624) del 18/08/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Fabio Ospitia Garzón**

---

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El 10 de enero de 2008, los esposos [...], constituyeron la sociedad anónima denominada Clínica [...] [en adelante, la Clínica] JFC.

El 10 de noviembre de 2010, ECRF vendió a la Clínica un lote de terreno localizado en aquella municipalidad, identificado con el folio de

matrícula inmobiliaria n.º [...], pactándose que su precio (\$240.000.000,00) sería pagado en el término de tres años.

El 15 de marzo de 2013, ECRF instauró demanda de separación de bienes conyugales en contra de [...], [...]. El 21 de marzo de 2013, la junta directiva de la Clínica, conformada por la entonces pareja y por su hija [...], destituyó a [...] como gerente y representante legal y seguidamente designó en ese cargo a MBAO.

El 5 de abril de 2013, MBAO, en su condición de gerente de la Clínica, a través de la figura de dación en pago y por escritura pública, [...] «para saldar totalmente la obligación dineraria», transfirió a ECRF los derechos de propiedad y posesión sobre el predio [...], ante «la imposibilidad del pago de precio de venta pactado sobre el inmueble».

La dación en pago se efectuó por idéntico monto de venta, irrisorio frente al avalúo comercial del inmueble, el cual incluyó el lote de terreno, la edificación que sobre él se construyó y que servía al desarrollo del objeto social y actividad principal de prestación de servicios médicos por parte de la Clínica y los elementos, equipos e instrumentos hospitalarios que pertenecían a la sociedad, lo cual condujo a que se afectara directamente su funcionamiento y existencia misma.

El 6 de septiembre de 2013, ECRF, única accionista y representante legal de la Clínica BA., a título de aportes en especie, transfirió a esa entidad el referido bien raíz ubicado en [...],

constituyéndose en el domicilio de la aludida sociedad por acciones simplificadas, antes, el domicilio social de la Clínica perjudicada.

## TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES

**LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN** - Normatividad aplicable / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Normatividad aplicable / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Antecedentes / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Derecho comparado

«Además de ciertos instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano, nuestro país cuenta desde 1995 con una codificación -Ley 190- consagratoria de medidas tendientes a luchar contra la corrupción.

En el año 2011, con el ánimo de actualizar la normatividad frente a novedosos contextos delictivos que comprometen el indebido manejo y apropiación de recursos públicos y a hacer frente a aquel fenómeno criminal, extendido al ámbito privado, sobre todo en el ejercicio empresarial, el legislador expidió la Ley 1474, comúnmente conocida como Estatuto Anticorrupción.

De la lectura de este último cuerpo legal, entre otros asuntos relacionados con la creación de organismos especiales para encarar situaciones que atentan o lesionan la moralidad en la administración pública y con políticas institucionales y pedagógicas para prevenir la corrupción (especialmente en la contratación estatal), claramente se establece la consagración de diversas medidas orientadas a combatir la corrupción, verbigracia: (i) administrativas; (ii) penales; (iii) disciplinarias; y (iv) de control fiscal.

Dentro de las segundas y para lo que al asunto sub examine interesa, se encuentra la tipificación de **conductas punibles cometidas en el escenario societario o corporativo**: corrupción privada, **administración desleal**, utilización indebida de información privilegiada, evasión fiscal y acuerdos restrictivos de la competencia (artículos 16, 17, 18, 21 y 27 que, respectivamente, adicionaron y modificaron el Código Penal en sus artículos 250A, 250B, 258, 313 y 410A).

Precisamente, al interior del Capítulo Quinto (del abuso de confianza), Título VII (delitos contra el patrimonio económico), Libro Segundo del Estatuto Punitivo, el canon 17 de la Ley 1474 de

2011 adicionó el artículo 250B, el cual es del siguiente tenor:

*“Administración desleal. El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directivo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurrirá en [...]”*

[...]

Hasta aquí es imperioso manifestar que **el origen del punible en cuestión** hunde sus raíces en una iniciativa gubernamental que aglutina herramientas con la **pretensión de combatir un fenómeno de macrocriminalidad** que afecta al interés general, como lo es la corrupción, extendida de su nicho habitual en el sector público, hasta penetrar el entorno privado.

Con todo, al parecer, en atención a esto último, el legislador situó la infracción delictiva en aquellos delitos que atentan contra el patrimonio económico y con ello signó el bien jurídico tutelado.

[...]

De la revisión del Proyecto de Ley n.º 142 de 2010 Senado, en su trámite, discusión, conciliación y aprobación en Senado y Cámara, se advierte que el órgano legislativo patrio, más allá de la modificación en el quantum punitivo (para aumentarlo), no efectuó variación alguna respecto de los contornos de la estructura típica del punible de administración desleal propuesto por el gobierno, el que **guarda correspondencia con el tipo penal homólogo instituido en la legislación española**, extraído de la Ley Orgánica 10 de noviembre 23 de 1995 (Código Penal).

En el país ibérico, la arquitectura original de aquella infracción establecía:

*Artículo 295. Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los*

bienes, valores o capital que administren, serán castigados con (...).

Es conveniente indicar que el Código Penal español de 1995, ubicó la tipificación de administración desleal como un delito societario (establecido en el Capítulo XIII, Título XIII delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico).

No obstante, esta norma fue suprimida por el artículo único ciento sesenta de la Ley Orgánica 1 de 30 de marzo de 2015, convirtiéndose, por virtud del artículo único ciento veintiocho ibidem, en el artículo 252 (ahora en el capítulo VI de la administración desleal, del mismo Título XIII), así:

*1. Serán punibles con las penas del artículo 249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado (...).*

Vale decir, **pasó de ser delito societario, a infracción contra el patrimonio**, de la que **puede ser víctima cualquiera que confiera a otro la administración de su patrimonio**.

**La última referencia normativa de derecho comparado es traída por la Corte a simple título informativo**, habida cuenta que, **para todos los efectos, se tendrá en cuenta la codificación anterior**, pues, **innegable resulta que ese fue el modelo descriptivo adoptado por el legislador colombiano**.

A partir de esta precisión, útiles resultan las **consideraciones expuestas por el Tribunal Supremo de España**, Sala de lo Penal, cuando en reiterada jurisprudencia se ha referido a los **requisitos que la norma reclama** (artículo 295 del Código Penal de ese país), **para entender configurada la conducta delictiva de administración desleal**.

Por ejemplo, en sentencia de casación STS 3533/2020 de 21 de octubre (Cfr. igualmente, entre otras, STS 4273/2017 de noviembre 29), explicó:

*[e]s necesario recordar los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para la comisión del tipo penal del artículo 295 vigente en el momento de los hechos:*

*1º En cuanto al sujeto activo ha[n] de ser los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida [o] en formación - conforme la definición legal del artículo 297 CP que incluye a las cooperativas-*

*2º La acción nuclear es doble: o bien la **disposición fraudulenta de los bienes** o también, la **contracción de obligaciones a cargo de la sociedad**. De tal forma que el legislador ha previsto dos modalidades alternativas de la acción en las que deben plasmarse la administración desleal, siendo válida cualquiera de ellas para cometer el delito, sin que sea preciso que ambas aparezcan simultáneamente en el caso concreto (tipo mixto alternativo).*

*En el primer caso el tipo de infidelidad del administrador se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad. En el tipo de infidelidad no es necesario que la conducta punible se manifieste mediante la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas ( SSTS 949/2004 del 26 julio, 402/2005 de 10 marzo ).*

*La segunda modalidad típica consiste en contraer obligaciones con cargo a los bienes de la sociedad, supone hacerla aparecer como titular de cargas que no responden a los objetivos sociales, sino van en beneficio del sujeto activo o un tercero.*

*3º Un elemento normativo del tipo constituido por **obrar con abuso de funciones propias de su cargo**, lo que da entrada a la legislación mercantil de sociedad[es] (o cooperativas) para su interpretación.*

***El abuso significa** -dice la STS 91/2010 y 15 febrero- **una actuación que sobrepasa los deberes de lealtad del administrador para con la sociedad representada y los socios. No es preciso que el acto sea ilegal, sino abusivo**, que [s]on dos cosas distintas. El abuso ha de ponerse en contacto con la lealtad propia de todo administrador con sus socios y con los intereses sociales.*

*4º **El resultado es un perjuicio económicamente evaluable** a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.*

Ahora bien, si bien el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es el patrimonio de aquellas personas, puede ser útil distinguir entre el **sujeto pasivo de la acción** (aquel sobre el que recae la conducta delictiva) y el **sujeto pasivo del delito** (titular del bien jurídico protegido y, al mismo tiempo en este caso, perjudicado).

**El sujeto pasivo de la acción es la sociedad** o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, **su patrimonio**, pues las acciones típicas consistentes en que “dispongan fraudulentamente de los bienes” o en que “contraigan obligaciones” han de recaer sobre la sociedad, resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “**el perjuicio**” resultado del mismo, **ha de afectar** en régimen alternativo “**a sus socios**, depositarios (parece que debiera decir “depositantes”), cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre”. Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo (SSTS 121/2008 del 26 febrero, 374/2008 del 24 junio).

5º **Se ha de originar un beneficio propio del sujeto activo o de un tercero**, incluyéndose jurisprudencialmente la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido: **basta la despatrimonialización de la sociedad**, no siendo necesario que se pruebe que el beneficio ha quedado incorporado al patrimonio del acusado, sino únicamente acreditar el perjuicio patrimonial de lo administrado como consecuencia de la gestión desleal infractora de los deberes de fidelidad inherentes a su función.

La doctrina entiende que “en beneficio propio o de un tercero” representa un elemento subjetivo del injusto y que por tanto, su función consiste en configurar la antijuridicidad de la conducta desde el ángulo del autor, calificando este supuesto como delito de intención o tendencial (STS 374/2008 de 24 junio)».

---

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Bien jurídico tutelado: patrimonio económico de los socios y patrimonio económico social / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Delito pluriofensivo: protege otros bienes jurídicos intermedios

«Recuérdese que **el tipo penal sub examine fue incorporado al Título VII (delitos contra el patrimonio económico)** del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, a través del Capítulo V denominado “Del abuso de confianza”.

Tal y como se infiere de la ubicación de la respectiva disposición prohibitiva en el Estatuto Punitivo, ninguna duda asoma en que la administración desleal se enlista entre los punibles que afectan el patrimonio económico.

Ahora, lo que no resulta pacífico es la naturaleza del desmedro patrimonial al que la norma pretende brindar protección jurídico penal, asunto que en España mereció amplio debate doctrinal, luego trasladado al escenario judicial.

Con todo, como acaba de verse, el Tribunal Supremo de ese país parece convenir en que, en el punible de administración desleal, es dable considerar que el patrimonio protegido por el legislador consiste, tanto en el adjudicado al sujeto pasivo descrito en la infracción delictiva, como en el de la sociedad, pues, “*no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación*” (Cfr. sentencia STS 916/2010 de 15 de febrero).

Un análisis reflexivo -se agrega- sugiere que, **si el patrimonio de los socios ha sido dañado** por cuenta del proceder del sujeto activo de la conducta, ello, de suyo, **implica la afectación del patrimonio social, o viceversa**. Dicho de otra manera, no es posible lesionar los patrimonios individualmente considerados al interior de una sociedad, sin menoscabar el haber social. **No podría efectuarse un ataque a los intereses de los socios, sin configurar una agresión del patrimonio social**.

No de otra manera se explica que la descripción típica haga referencia a un perjuicio económicamente evaluable a los socios, pero, a través de la disposición fraudulenta “*de los bienes de la sociedad*”, o a la contracción de “*obligaciones a cargo de ésta*”.

[...]

Lo expuesto en precedencia necesariamente apunta a que **el bien jurídico protegido patrimonio abarca, tanto al social, como al de los socios**.

[...]

[...] **una conducta puede lesionar, al mismo tiempo, varios bienes jurídicos, uno de ellos apreciado por el legislador como principal** (corresponde a la denominación que aparece en cada Título del Estatuto Punitivo) y, **los demás** intereses que resultaren amenazados o afectados, que **se tienen como secundarios** por ser indirecta su amenaza.

**En el asunto de la especie, tampoco admite duda el carácter pluriofensivo en la infracción delictiva de administración desleal**, en tanto, de forma individual, en concreto, protege el patrimonio económico, pero, a la par, se advierte un bien jurídico colectivo, orientado a la tutela de intereses supraindividuales, **entre otros, el correcto funcionamiento de las estructuras mercantiles, la estabilidad y conservación de la sociedad en el tráfico jurídico y económico como motor de desarrollo del país y la fiabilidad de la buena marcha de las sociedades en el marco de la economía de mercado**, todos ellos dirigidos a garantizar el buen orden del sistema económico.

Por contera, se considera que a la protección del patrimonio (insístase, de la sociedad y/o de los socios), no se arriba a través de simples intereses individuales o particulares, sino que, evidentemente **concurren intereses colectivos**, referidos, en sentido amplio, al orden económico social. Así, la lesión del patrimonio individual supera el interés de los socios y coloca en peligro el orden socioeconómico.

[...]

En ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en la sentencia CC C-084-2013, examinó algunas normas de la Ley 1474 de 2011 y luego de referir la definición de corrupción establecida en su artículo 16 (corresponde al canon 250A del Código Penal), expuso que *“la Ley 1474 de 2011 se refiere en sus artículos 2, 3, y 13 a 33 a un conjunto de conductas punibles contra la Administración Pública, consideradas como actos de corrupción, dentro de las cuales se encuentran [...] la administración desleal [...] entre otras conductas”* [subrayado fuera de texto].

[...]

Por tanto, **a voces del Alto Tribunal Constitucional** y del propio legislador de 2011, también **habría de admitirse como bien jurídico protegido a la administración pública**, *“en aquellas situaciones en las cuales se afecte a*

*una empresa por un acto de desviación de recursos”*

En suma, de lo especificado es posible decantar que **el comportamiento delictivo de administración desleal:**

(i) es de naturaleza pluriofensiva;

(ii) por la ubicación del tipo penal en los delitos contra el patrimonio económico, este bien jurídico concreto se protege de forma directa (inmediata);

(iii) el patrimonio al que se refiere la norma es el de la sociedad y/o el de los socios individualmente considerados; y,

(iv) la acción típica prohibida, protege otros bienes jurídicos, de carácter intermedio (mediato), como son el orden económico social y la administración pública, esta última, con ocasión de hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción».

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Sujeto activo cualificado / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Administrador: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Administrador: de derecho y de hecho, concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Socios o directivos: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Asesores o empleados: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Sociedades constituidas: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Sociedades en formación: concepto

«La administración desleal **es una conducta de sujeto activo cualificado**, habida cuenta que solo la cometen quienes, dentro de una sociedad constituida o en formación, actúen en calidad de: (i) administrador de hecho o de derecho; (ii) socio; (iii) directivo; (iv) empleado; o, (v) asesor.

El alcance de cada uno de estos conceptos, hallan su fuente en normas de carácter extrapenal, en esencia, **categorías ligadas al derecho mercantil**.

En lo tocante al **administrador**, aun cuando la ley no brinda una definición al respecto, bien puede considerarse a **todo aquel encargado de la gestión social**, esto es, la persona que dirige la actividad societaria, administra los bienes y negocios ajenos -en este caso de la sociedad- y la representa ante terceros.

Lo **será de derecho cuando la administración derive de un título jurídicamente válido** conforme a la normatividad que rige la respectiva modalidad societaria, vale decir, designación o nombramiento en cumplimiento de los requisitos y formalidades legales o estatutarias, aceptación del cargo e inscripción en el registro mercantil y se actúe en ejercicio pleno y vigente de sus facultades y atribuciones.

El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 dispone que **son administradores**: (i) el representante legal; (ii) el liquidador; (iii) el factor; (iv) los miembros de juntas o consejos directivos; y, (v) quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.

**Será de hecho el administrador** que, **en la realidad del tráfico jurídico y mercantil, ejerza sin título las funciones propias de administración de la sociedad**, o aquellos de los que se predique alguna irregularidad en su situación jurídica, por nombramiento defectuoso, no aceptado, no inscrito, expirado, etc.

Como antecedente legislativo, el artículo 29 del Código Penal, contempla la figura así: “... **También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo**”.

Y el parágrafo del precepto 27 de la Ley 1258 de 2008, en lo correspondiente a las sociedades por acciones simplificadas, dispone: “*Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores*”.

En lo concerniente a los **socios o directivos** no existe mayor discusión al considerárseles sujetos activos de la conducta punible bajo examen, dado que, **debido a los derechos que ostentan, tienen la potencialidad de ejercer actos de representación o administración al interior de la sociedad** y adoptar determinaciones comprendidas dentro del objeto social o necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines.

Pero, **en tratándose de los asesores o empleados**, el asunto no resulta del todo claro, toda vez que, **en principio, estos no ejercen labores de gestión social**, ni de ellos se predicen los mismos deberes y prerrogativas de los

órganos de administración o representación, **salvo que se demuestre que son quienes, a la sombra, gobiernan y direccionan la sociedad**; solo que, con el ánimo de encubrir al verdadero administrador, se mimetizan en la estructura societaria en cargos de menor nivel.

Esta quizás la razón por la que el legislador colombiano, a diferencia del español, incluyó a personas que no detentan poder de administración de los bienes y negocios de una empresa. No obstante, una tal hipótesis estaría cubierta por la figura del administrador de facto, que también contempla la norma.

Será el análisis, en cada caso concreto, el que determine la forma de atribuir responsabilidad a este tipo de actores.

[...]

Además, que se trata de **sociedades**: (i) **constituidas**, entiéndase, **las que han cumplido todos y cada uno de los requisitos de ley**, procedimientos definidos y reglados que repercuten en el nacimiento de la personalidad jurídica. Suponen la existencia del contrato de sociedad; o (ii) **aquellas que se encuentren en formación**».

#### **SUJETO PASIVO DEL DELITO - Concepto / ADMINISTRACIÓN DESLEAL - Sujeto pasivo**

«Si se entiende al **sujeto pasivo del delito** como **el titular del interés jurídico protegido por el derecho**, en el caso de la administración desleal, como atrás se expusiera al justificar el patrimonio como bien jurídico inmediato, aquél posee una esfera individual cuando se refiere a las **personas jurídica (sociedad) o natural (socios)** que directamente sufren un perjuicio evaluable económicamente.

Ha de precisarse que los sujetos pasivos **se circunscriben a las personas vinculadas con el contrato social**, razón por la que otros terceros interesados que hubieren sostenido vínculos en el marco del tráfico económico, aunque pudieren resultar afectados, sólo ostentaran el carácter de víctimas de la conducta delictiva o de otra tipología penal, si así se acredita.

Agréguese que, **si se admite al orden económico y social como bien jurídico mediato, también la comunidad o colectividad sería sujeto pasivo del delito**, al ser la titular del interés en el correcto funcionamiento de las

estructuras mercantiles y su estabilidad y conservación en el tráfico jurídico y económico».

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Deberes de los administradores de sociedades / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Relación con el derecho mercantil / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Delito de resultado

«El injusto de administración desleal descrito en la oración gramatical del artículo 250B, **es de conducta mixta alternativa**, en la medida que se han previsto dos modalidades delictivas: (i) **disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad**, o (ii) **contraer obligaciones a cargo de la sociedad**. Cualquiera de ellas, por sí sola, configura el tipo penal.

[...]

Esto es, **toda conducta ejecutada con infracción al deber de protección del haber social, con efectos jurídicos sobre el patrimonio, de tal entidad que ocasione un perjuicio** (su disminución).

Esta concepción amplia de disposición admite la posibilidad, entre otros, de **enajenar, gravar, utilizar y usar ilegítimamente o de forma no autorizada, los bienes que componen el patrimonio**.

Ello equivale a decir que el sujeto agente, al exceder o abusar de las facultades de gestión del patrimonio ajeno, actúa como dueño de los bienes, con independencia de que los actos de dominio ostenten el carácter de permanente o definitivo, o simplemente temporal.

Por otra parte, **la norma exige que la disposición de los bienes sea fraudulenta**, vale decir, **con notoria deslealtad a la hora de su administración**, en contravía del principio de confianza; en términos generales, **con fraude**: a través de acciones contrarias a la verdad y a la rectitud, que perjudican a la sociedad y a los socios, contra quien se comete.

La segunda modalidad de conducta se refiere a la **contracción de obligaciones a cargo de la sociedad**. Contraer, según el Diccionario de la Lengua Española es *“asumir una obligación o un compromiso”*.

Lo relevante para la ley penal en este supuesto de administración desleal, radica en el hecho que **el sujeto agente, de forma abusiva genera para la**

**sociedad el deber de dar, hacer o no hacer algo**.

Sin embargo, como el tipo exige un perjuicio económicamente evaluable, **ese comportamiento debe traducirse en el aumento excesivo del pasivo social**, con una correlativa disminución del patrimonio total, con la capacidad de comprometer la existencia de la sociedad o dificultar el desarrollo de su objeto social.

**El artículo 250B también exige el abuso de las funciones propias del cargo**.

Este elemento normativo del tipo constituye el específico desvalor de acción característico del punible. Solo puede ser autor de administración desleal **quien abusa en el ejercicio de las funciones de su cargo e infringe los deberes esenciales de lealtad y fidelidad** que le son exigibles y de los que deriva el deber de protección o custodia patrimonial.

En principio, el mismo implica examinar las facultades otorgadas a los órganos de administración y representación, de conformidad con lo dispuesto en los estatutos sociales y, por supuesto, la naturaleza de la estructura societaria, para así verificar si el sujeto agente se comportó acorde a los deberes que le incumben.

**En caso de resultar insuficiente aquel convenio social, necesariamente habrá de acudir a la legislación mercantil** que, con precisión, regula la materia.

Así, el inciso primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, establece como **deberes** generales o principios de actuación **de los administradores**: *“obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”*.

[...]

**Se trata de un tipo de resultado material** -de lesión- porque, exige para su configuración la causación o producción de un perjuicio patrimonial o económicamente evaluable, como consecuencia de cualquiera de las modalidades comportamentales descritas en la norma, que disminuyen el activo o aumentan el pasivo social.

Con independencia de la forma o métodos que puedan ser utilizados a efecto de acreditar el daño (en virtud del principio de libertad probatoria), **de suma utilidad resultará**

**demostrar la disminución del patrimonio total**, lo cual podrá hacerse a través de una comparación entre el valor del patrimonio, antes y después de la comisión del delito.

Agréguese que a la despatrimonialización de la sociedad no se arriba sólo con la verificación de lo que compone el patrimonio. **También** puede concluirse la mengua, al cuantificar **aquello que no ingresó al patrimonio**, como consecuencia del comportamiento desleal del sujeto agente».

---

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: objeto material

«El **objeto material lo constituyen los bienes, derechos y obligaciones que componen el patrimonio** societario sobre los que se ejerce de manera abusiva las facultades de administración.

Se incluyen así, los bienes muebles, inmuebles, activos financieros, intangibles o inmateriales (por ejemplo, derechos de propiedad industrial o intelectual o el buen nombre o prestigio comercial), derechos de crédito, capital social, etc».

---

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Delito eminentemente doloso / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Consumación: no requiere que se obtenga beneficio

«La realización de la ilicitud de administración desleal ha sido concebida a través de una norma de **conducta eminentemente dolosa**.

Además, aunque la expresión “*en beneficio propio o de un tercero*” pudiera dar a entender la remisión a un segundo resultado típico, en realidad, aquella dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la intención del sujeto activo de obtener el beneficio.

Se precisa, también, que **el punible se consuma sin necesidad de que efectivamente se obtenga ese beneficio**. En otras palabras, no supone que los bienes pertenecientes al patrimonio social ingresen al del autor o al del tercero, sino que es suficiente **encaminar el comportamiento a su consecución**.

Por otra parte, la modalidad dolosa establecida para la delincuencia de administración desleal **descarta las actuaciones simplemente negligentes**, culposas o con ligereza, la mala

gestión social, la incompetencia en el ejercicio de la misma, los negocios de riesgo realizados dentro de las funciones propias del cargo, entre otros comportamientos afines, habida cuenta que la actividad mercantil, de suyo, comporta la toma de decisiones o prácticas riesgosas derivadas del mercado. De hecho, hoy día en todos los ámbitos, incluido el empresarial, se habla de sistemas de gestión del riesgo».

---

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Deberes de los administradores de sociedades / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: abuso de las funciones propias del cargo / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Demostración

«[...] se observa como punto de quiebre de la existencia de la sociedad y de partida del recorrido criminal aquí juzgado, lo acaecido el 21 de marzo de 2013, fecha en la que FCCD es relegado de la gerencia y representación legal de la sociedad.

Ello supuso la intervención de MBAO quien, **contados días después**, ya posesionada e inscrita en el cargo de gerente, **realizó el negocio jurídico de dación en pago que materializó la infracción punible**.

El motivo principal para la remoción del gerente, conforme al acta de junta ordinaria de la junta directiva de la Clínica, consistió en una deficiente gestión, que incluía el incumplimiento a acreedores y obligaciones bancarias y contractuales con subcontratistas, proceder negligente que “*arriesgaba el patrimonio social y el patrimonio personal de los accionistas*”.

Por lo mismo, **no se entiende**, sino es en razón al accionar delictivo, **que la persona designada para sacar adelante la sociedad y superar los problemas económicos** que al parecer se presentaban, **fuera quien de un plumazo dejara en el solo papel a la Clínica**, como mero registro histórico de su existencia como sociedad mercantil.

Con acierto lo adujo el Tribunal, **el rol de administradora** que por ley y estatuto social correspondía a MBAO, **le imponía** los mínimos deberes generales o principios de actuación establecidos en el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, esto es, **obrar** de buena fe, con lealtad y

con la diligencia de un “buen hombre” de negocios.

Ellos también eran predicables de ECRF, pues, dada su calidad de socia, pero, sobre todo, miembro de la junta directiva, ostentaba la administración de derecho de la sociedad, en virtud de lo previsto en el canon 22 ibidem.

[...]

El proceder de MBAO y ECRF no satisfizo las exigencias de la actividad societaria, con la finalidad de ejecutar cabal y satisfactoriamente el objeto social de la empresa.

La diligencia del “buen hombre” de negocios lleva implícito el deber de informarse suficientemente antes de tomar determinaciones que impliquen contravención al propósito social, razón por la cual, el administrador ha de asesorarse e indagar, así como discutir decisiones trascendentales con los órganos de administración colegiada. Ello no sucedió en el asunto de la especie.

Si de especificidad se trata, bien puede decirse que en el accionar de las procesadas no se vislumbra esfuerzo alguno conducente al adecuado desarrollo del objeto social (numeral primero del artículo 23 de la Ley 222 de 1995). Por el contrario, propende por su anulación.

Una muestra indiscutible del obrar fraudulento y con abuso de las funciones del cargo se percibe en el hecho de que una de las funciones de la junta directiva de la Clínica consistía en “5. Autorizar al gerente para comprar, vender o gravar bienes inmuebles y para celebrar los contratos que celebre la empresa en desarrollo de su objeto social”.

Esa autorización no fue dada en el caso concreto, pues, ello representaba la votación del miembro JEFDCD. Con independencia que el voto de este fuere negativo, una citación a junta directiva con esa finalidad conllevaría darle preaviso de lo que pretendía hacerse y finalmente se ejecutó.

Diciente asoma el hecho que, para comprar el predio, la junta directiva se reunió con ese fin el 9 de noviembre de 2010 y así se autorizó a través de acta n.º 006 pero, para enajenarlo a través del negocio jurídico de dación en pago, no se haya actuado de la misma forma.

En otras palabras, se obró de manera subrepticia y en contravía de lo previsto en el numeral segundo del artículo 23 ibidem, al no velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones estatutarias».

**ESTATUTO TRIBUTARIO** - Activos fijos o inmovilizados: concepto / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Enajenación de activos fijos / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Elementos: abuso de las funciones propias del cargo / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Bien jurídico tutelado: patrimonio económico de los socios y patrimonio económico social

«[...] viene diciéndose que el accionar de MBAO y ECRF, en la práctica, hirió de muerte a la sociedad Clínica JFDC S.A.

Lo anterior se explica en el entendido que el predio y la edificación que sobre él se construyó, constituían activos fijos de la sociedad.

De acuerdo con el artículo 60 del Estatuto Tributario, “son activos fijos o inmovilizados los bienes corporales muebles o inmuebles y los incorporales que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios del contribuyente” [subrayado fuera de texto].

[...]

En ese contexto, acorde con la definición técnica de las ciencias económicas, se corrobora que los “activos fijos o inmovilizados”, entre otros, son aquellos bienes inmuebles que no se enajenan dentro del giro ordinario de los negocios, toda vez que se adquieren para usarlos de forma duradera en el ejercicio de su actividad.

Entonces, si en el caso concreto existe claridad en que la Clínica funcionaba en el lote de terreno y el edificio en él levantado, ninguna duda emerge de su condición de activo fijo.

Conocido ampliamente su objeto social (atrás transcrito), el inmueble había sido adquirido y construido con el objetivo de explotarlo, colocarlo al servicio de la sociedad y estaba destinado a ser usado en forma permanente en el ejercicio de la actividad médica.

Por contera, lo que menos se esperaba de una administración acorde con los deberes que el cargo le imponía, era la enajenación (a título de dación en pago, en cualquier caso, acto de

disposición) **del mayor activo fijo que poseía el patrimonio** que se le había dado en gestión.

Al ahondar en la modalidad de disposición, con vulneración de los deberes de fidelidad por parte de MBAO y ECRF, es preciso indicar que, en estricto rigor, **para el momento en que se produce el acto de negociación, la Clínica no tenía el deber jurídico de cancelar la suma de \$240.000.000,00**, toda vez que por la sociedad se otorgó un plazo de tres años para su pago, los que para abril de 2013 no se habían superado y sólo se cumplirían en noviembre de ese año.

**El apremio que se patentiza entre el cambio de representante legal y la enajenación, sólo denotan el ánimo fraudulento** que guiaba la conducta de las administradoras, alejadas en todo caso de una adecuada gestión social de la Clínica.

Así, el abuso de las funciones del cargo y la disposición fraudulenta del bien, como modalidad de conducta atribuida a las enjuiciadas, se tornan evidentes».

DOCUMENTO - Autenticidad / **SISTEMA PENAL ACUSATORIO** - Prueba documental: documento sin presunción de autenticidad, incorporación por medio de testigo de acreditación / **ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Consumación: no requiere que se obtenga beneficio

«[...] a pesar que la prueba documental de cargo fue incorporada al plenario a través de quien se ha reconocido en este trámite como víctima, es preciso advertir que ello no comporta vicio alguno de legalidad, como quiera que, la que en estricto sentido sirvió para derivar responsabilidad en contra de MBAO y ECRF, esto es, **escrituras públicas, folios de matrícula inmobiliaria, registros mercantiles y los actos inscritos en él y la declaración de renta de la Clínica** para el año gravable 2012, cuya gestión estuvo a cargo de JEFDCD, **por su naturaleza goza de la presunción de autenticidad.**

En ese sentido, la línea jurisprudencial de la Sala indica que **el testigo de acreditación sólo se torna indispensable para introducir al juicio oral los documentos sobre los cuales no recae la presunción de autenticidad.** Por tanto, los que poseen esa condición pueden ser ingresados directamente por la parte interesada, criterio

invariable desde CSJ SP7732-2017, 1 jun. 2017, rad. 46278.

Ahora, aunque le asiste razón al recurrente cuando, por ilegal, solicita la exclusión de la documental relacionada con las declaraciones de renta de la sociedad Clínica Buenos Aires S.A., constituida por ECRF, toda vez que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 583 del Estatuto Tributario, se trata de información reservada de la cual se requería intervención del juez con función de control de garantías, a efecto de legalizar la búsqueda selectiva en base de datos e impartir control a sus resultados -trámite constitucional no acreditado-, la expulsión de esos elementos materiales probatorios del conjunto recaudado en nada modifica la decisión adoptada.

Lo anterior, porque con ello **la fiscalía pretendió demostrar el ingreso al haber patrimonial de RF del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria n.º (...)** y su valor.

Sin embargo, **lo primero se corrobora con la sola escritura pública n.º (...)** y su correspondiente inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos.

Y, **el segundo aspecto -el incremento patrimonial obtenido por la procesada-**, como se explicó en el numeral 5.2.3.2 de esta providencia, **no es un requisito necesario para la configuración del tipo penal.**

Reitérese que la expresión “*en beneficio propio o de un tercero*” dice relación a un elemento subjetivo especial del injusto, consistente en la sola intención del sujeto activo de obtener el beneficio, sin que se precise la efectiva obtención de éste.

Si la fiscalía logró probar que MBAO y ECRF, con abuso de las funciones del cargo de administradoras de la Clínica, actuaron en beneficio de la última, de nula utilidad resultan las declaraciones de renta de la sociedad constituida por RF, pues ello sólo acreditaría el monto del beneficio».

**ADMINISTRACIÓN DESLEAL** - Diferente a las gestiones para la recuperación económica de la sociedad

«[...] ha de decirse que **la estrategia defensiva en las instancias se fincó en hacer ver que la situación económica y financiera de la Clínica**

[...]. **no era la mejor para la época y que la maniobra realizada por sus administradoras procuró sacar adelante el patrimonio** que se veía amenazado por múltiples obligaciones insolutas.

Es así como se encargó la defensa de hacer notar la inviabilidad económica de la sociedad, la subrogación de créditos por la [...] en cabeza de ECRF, su cancelación y otras operaciones, entre ellas dos hipotecas sobre el inmueble, destinadas a obtener los recursos necesarios para el normal funcionamiento en el mercado de servicios médicos.

**Para la Corte, extraña que esas labores de salvamento financiero no se hicieren en la Clínica, bien a través de la gerente designada**

**o, por qué no, asumiendo RF las riendas de ella a través de su representación legal.**

Entonces, lejos de beneficiar a sus defendidas, una tal postura defensiva lo que hace es corroborar que MBO y ECRF, actuaron de forma mancomunada en contra de los especiales deberes de buena fe, lealtad y protección del patrimonio social, exigidos en su rol de administradoras, pues, las mínimas acciones descritas y probadas en juicio a través de la prueba de descargo, bien pudieron adoptarse al interior de la Clínica JFC S.A ».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

### **ESPIONAJE – Concepto y elementos**

**Por espionaje, en términos generales, se entiende la actividad dedicada a obtener, de modo oculto o fraudulento, información reservada o secreta**

Al resolver un recurso de casación la Sala analiza si el suministrar información sobre vigilancia marítima dentro de un grupo delincuenciales dedicado al narcotráfico, además de constituir el delito de concierto para delinquir también actualizaría la conducta de espionaje, para ello explica este delito y señala en qué momento realmente se puede cometer, estableciendo la diferencia entre el espionaje que pone en peligro la seguridad del Estado y otras conductas con que se puede confundir fácilmente.

**SP2692-2021 (53835) del 30/06/2021**

**Magistrado Ponente:**

**Luis Antonio Hernández Barbosa**

#### **RESUMEN DE LOS HECHOS:**

El 12 de abril de 2012, la inteligencia de la Fuerza Aérea Colombiana informó que, mediante interceptación de comunicaciones telefónicas,

mensajes de texto, seguimiento de personas y la acción de agentes encubiertos, se pudo establecer la vinculación de personal oficial a una organización de narcotraficantes.

La organización la lideraba [...], alias “La Señora”. [...], alias “El Negro”, se encargaba de la producción y transporte del estupefaciente. [...], alias “Primo”, Mayor del Ejército Nacional, coordinaba y verificaba los operativos en contra de la organización y reclutaba personal activo de la Fuerza Pública para el servicio de la misma. [...], alias “Parrado”, integrante de la FAC, se encargaba de revelar información sensible acerca de los movimientos de los aviones; y [...], alias “Pescado”, Capitán de la Armada Nacional, informaba la ubicación de embarcaciones de la Armada Nacional y lugares en donde se encontraban los buques custodios de la soberanía del territorio colombiano, y elaboraba rutas para el envío de lanchas rápidas con estupefacientes hacia destinos internacionales.

#### **TEMÁTICA Y CONSIDERACIONES**

**ESPIONAJE** - Concepto / **CONCIERTO PARA DELINQUIR** - Diferencias con el espionaje / **ESPIONAJE** - Elementos: no requiere sujeto activo cualificado / **ESPIONAJE** - Elementos: ingredientes normativos / **ESPIONAJE** - Bien Jurídico Tutelado: seguridad del Estado / **ESPIONAJE** - Pone en riesgo la seguridad del

Estado frente a otros Estados, no la seguridad pública interior / **BIEN JURÍDICO** - Concepto / **ESPIONAJE** - Tipos penales con que se relaciona, pero no constituyen el delito de espionaje / **ESPIONAJE** - No se configura: al no verse afectado el bien jurídico tutelado

«Con la doble conformidad se pretende examinar la legalidad fáctica, probatoria y jurídica del primer fallo condenatorio.

El demandante, en el primer cargo, planteó problemas de adecuación típica de la conducta, bajo la consideración de que el delito de concierto para delinquir carecía de referentes fácticos, puesto que el Tribunal consideró que el aporte a la organización ilegal constituía la base del delito de espionaje.

Según se explicó, el delito de concierto para delinquir, acuñado sobre la idea de la anticipación de la barrera de protección criminal, se configura, en este caso, por el acuerdo de voluntades para cometer delitos de narcotráfico. Obtener y brindar información sobre la ubicación de navíos a la organización ilegal es la forma como se manifiesta el aporte del acusado a la organización ilegal. El problema, entonces, no consiste en que se haya vaciado el delito de concierto para delinquir, sino si al brindar ese tipo de información el acusado incurrió también en el delito de espionaje.

**Por espionaje**, en términos generales, **se entiende la actividad dedicada a obtener, de modo oculto o fraudulento, información reservada o secreta**. De acuerdo con esa noción semántica, habría incurrido en ese comportamiento, como en el lenguaje del común se dice de quienes “*espían*” a personas o incluso instituciones, para obtener información de ellas. De acuerdo con esa lectura general, en esa categoría se incluyen los delitos de revelación de secretos, la utilización de asunto sometido a reserva y la utilización indebida de información oficial privilegiada (artículos 417, 419 y 420 del Código Penal).

De otra parte, **el delito de concierto para delinquir se concibe como un delito contra la seguridad pública**, mientras que **el de espionaje es una infracción contra la seguridad del Estado**. La primera conducta está inmersa en el propósito de traficar drogas, un elemento sustancial de la tipicidad del delito de concierto para delinquir agravado que obra a la manera de ingrediente subjetivo del tipo.

**El delito de espionaje** contra la Seguridad del Estado es mucho más complejo, tanto por su contenido como por el bien jurídico que protege. Incorre en él, el que “*indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político, económico o militar relacionado con la seguridad del Estado.*”

No requiere de un sujeto activo calificado, pero contiene ingredientes normativos complicados, tales como secreto militar, político o económico, y está diseñado en función de la protección de la seguridad del Estado, es decir, en función de la inmunidad del Estado en su seguridad exterior; del Estado como parte de la comunidad de naciones, al igual que la violación de tregua o armisticio entre la República y un Estado enemigo o fuerzas beligerantes, la violación de inmunidades diplomáticas y ofensa a diplomáticos, conductas todas del capítulo II del Título XVII del Código Penal, que destacan el sentido de dichas conductas.

Al margen del bien jurídico -elemento que limita y legitima la intervención penal y que sirve para definir el contenido material del injusto —, **se puede sostener que la conducta de PDBC corresponde a la noción lingüística de espionaje**, a la manera de como la opinión entiende esa conducta gramaticalmente. **Desde el punto de vista del bien jurídico protegido la situación es distinta. Incorre en el delito de espionaje** quien, **con la obtención y revelación de informes secretos de carácter militar, pone en riesgo la seguridad del Estado frente a otros Estados, no la seguridad pública interior.**

En ese margen, véase que **la conducta que interesa al derecho penal es la que interfiere un bien jurídico concreto**. Esta definición permite explicar que el sentido y contenido de la conducta lo define el bien jurídico como relación social comunicativa, prejurídica y dialéctica que el legislador selecciona y protege. Desde esta visión, **es diferente obtener información secreta para atentar contra el Estado, que hacerlo para una organización ilícita** como parte de un acuerdo para traficar estupefacientes. Ontológicamente pueden ser similares, valorativamente no.

Es más, **otros tipos penales sancionan conductas similares que en el argot popular se consideran actos de espionaje**. Así, entre otros, los siguientes:

El artículo 194 de la Ley 599 de 2000, sanciona la divulgación y empleo de documentos en los siguientes términos:

*“El que en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro divulgue o emplee el contenido de un documento que deba permanecer en reserva, incurrirá en multa, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.”*

Y, entre los delitos contra la administración pública, el artículo 416 de la misma ley, describe el delito de revelación de secreto, así:

*“El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público. Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión, multa de veinte (20) a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.”*

El artículo 419, por su parte, describe el delito de utilización de asunto sometido a secreto o reserva en los siguientes términos:

*“El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.*

Y el artículo 420 del mismo Código Penal, penaliza la utilización indebida de información privilegiada, así:

*El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.*

Incluso, por fuera de toda discusión en este caso del vínculo entre delito y función, el Código Penal Militar, Ley 1407 de 2010, en el artículo 130, sanciona la revelación de secreto, en los siguientes términos:

*“El miembro de la Fuerza Pública que revele documento, acto o asunto concerniente al servicio, con clasificación de seguridad secreto, o ultrasecreto, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años.*

*Si la revelación fuere de documento, acto o asunto clasificado como reservado, el responsable incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.*

Lo anterior permite mostrar que **existe una amplia gama de conductas que se refieren a lo que en el lenguaje común se trata como espionaje, sin que por esa razón la conducta del ahora acusado se pueda adecuar sin más al delito de espionaje** que jurídicamente se concibe como un atentado contra la seguridad del Estado, **bien jurídico con el cual su comportamiento no tiene nexo de imputación**, y tampoco con otros que hablan de obtención de información, pues no se acreditó el deber concreto de conservar la custodia de la información secreta.

La conducta analizada, por lo tanto, en este caso, **se considera parte integral del acuerdo de voluntades para realizar delitos de narcotráfico**, acto único que fue adecuado por la fiscalía y el Tribunal en dos normas -una de ellas inaplicable por las razones que se acaban de esbozar—, sin reparar que existen diferencias sustanciales entre la expresión ontológica del comportamiento y la manera como la conducta es valorada en relación con el bien jurídico por el legislador.

Como consecuencia de ese error de adecuación típica que corresponde a una infracción directa de la ley, **la Corte casará oficiosa y parcialmente la sentencia del Tribunal, excluyendo la condena por el delito de espionaje** y disminuyendo en consecuencia la pena impuesta por este comportamiento».

**(Texto resaltado por la Relatoría)**

---

**Carlos Alfonso Herrera Díaz**  
**Relator**

[relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co](mailto:relatoriapenal@cortesuprema.ramajudicial.gov.co)

Teléfono: 5622000 ext. 9606

Carrera 8 N° 12 A-19, Bogotá