



SALA PENAL

Magistrado Ponente:

JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ

Trámite incidental: 2013-01318

Aprobado mediante acta 084

Medellín, mayo treinta (30) de dos mil veintitrés (2023).

La apoderada de los llamados en garantía Seguros del Estado y La Previsora S.A. interpusieron recursos de apelación contra la decisión proferida el 8 de marzo último, por el Juez Quinto Penal del Circuito Especializado de Medellín, mediante la cual negó la práctica de unos testimonios en el trámite de incidente de reparación integral, adelantado a continuación de un proceso que culminó con la condena por los delitos de concierto para delinquir agravado, fraude procesal, falsedad en documento privado, lavado de activos agravado, estafa agravada y enriquecimiento ilícito de particulares; por tanto procederemos a su análisis y solución.

ANTECEDENTES

1. Las sentencias.

El 1 de abril de 2014, fueron condenados Francy Elisa Moreno Hernández, Margarita Vargas Rodríguez, María Altagracia

Loaiza Bermúdez, Hugo Alexander Álzate Bustamante, Óscar Alberto Carvajal Ríos y Libardo de Jesús Marulanda Ruiz como autores de diversos delitos contra el orden económico social, seguridad pública, patrimonio económico, fe pública y administración de justicia, según la aceptación unilateral de cargos que cada uno hizo en la audiencia de imputación. La sentencia fue confirmada por esta Sala de Decisión el 20 de octubre ulterior, con varias modificaciones a las penas.

El 6 de diciembre de 2017, la Sala de Casación Penal de la Corte readecuó las sanciones de **Francy Elisa Moreno Hernández** y **Óscar Alberto Carvajal Ríos** y excluyó la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio respecto de unos procesados y la modificó en relación con otra.

2. El incidente de reparación integral.

El 29 de enero de 2018, la entonces apoderada de la DIAN solicitó el inicio del incidente de reparación integral, y mediante escrito recibido en el centro de servicios administrativos de los juzgados especializados el 12 de octubre de 2018, el jefe de coordinación penal de la DIAN, remitió el listado de incidentados, terceros civilmente responsables y llamados en garantía "*que serán convocados dentro del presente incidente de reparación integral*", entre estos últimos se relacionaron las aseguradoras Mundial de Seguros, Axa Colpatria, Seguros del Estado, La Previsora y Aseguradora Solidaria.

El 26 de octubre de 2018, se realizó la primera audiencia del incidente, en la que el apoderado de la DIAN indicó que la pretensión indemnizatoria de la entidad que representa ascendía a \$ 9.853'266.000 (\$ 2.674'146.000 del valor de las devoluciones y el compensado, y \$ 7.179'120.000 del lucro cesante), informando que solicitó fueran llamadas en garantía las aseguradoras mencionadas para el pago del monto asegurado a favor de la DIAN. Luego de que el Juez verificara las pólizas que le fueron entregadas por la representación de la víctima, ordenó su llamamiento en garantía para una posible conciliación, suspendiéndose para esos efectos la diligencia.

El 22 de marzo de 2019, se continuó la diligencia en la que se decretó la conexidad con el proceso de César Augusto Álzate Henao, por solicitud realizada por la representación de la víctima. Luego se suspendió nuevamente la diligencia, y se reanudó el 16 de octubre de 2019, en la que el apoderado de la Dian recordó su pretensión indemnizatoria con la indicación de que todas las solicitudes de devolución presentadas, "*que se pretenden hacer valer en el IRI*", por esta organización al momento de los hechos, estaban respaldadas por una póliza de cumplimiento de los requisitos legales que se encontraban vigentes y que ninguna de las aseguradoras había impugnado su validez.

Concretó que los condenados, según las diferentes sentencias del proceso, obtuvieron mediante diversas actuaciones fraudulentas en el trámite, 42 resoluciones de devolución o compensación por parte de la DIAN, sin embargo, en este trámite incidental se retiraron 8 solicitudes,

las cuales fueron inadmitidas o rechazadas de manera definitiva en sede administrativa de la DIAN, y no se realizó ningún desembolso. Así, de las 34 resoluciones restantes en las que hubo desembolso efectivo de recursos por la DIAN, retiró las que presentaban pagos a los diferentes procesos administrativos (24), quedando en forma definitiva 10 resoluciones de devolución que a la fecha no tenían pago y que son objeto del presente trámite incidental:

Nombre del solicitante	Número de acto de resolución	Fecha de la resolución de devolución	Compañía aseguradora	Número de Póliza
Insumecol SAS	9041	02/07/2010	Solidaria	994000000014
Comercializadora Marruso y CIA	16592	25/11/2008	Colpatria	8001004103
Insumecol SAS	1799	10/02/2010	La Previsora Seguros	1011644
Comercializadora Marruso y CIA	10528	01/09/2008	Mundial de Seguros	M-100007226
Comercializadora Marruso y CIA	14283	15/10/2008	Mundial de Seguros	M-100007812
Comercio Universal SAS	6927	07/04/2009	Seguros del Estado	6543101000116-1
Insumecol SAS	2716	4/03/2010	Seguros del Estado	21-43101004094
Insumecol SAS	3483	19/03/2010	Seguros del Estado	21-43101004222
Marrocol	640	24/03/2010	Seguros del Estado	2143101004246
Marrocol SAS	1239	08/07/2010	Seguros del Estado	2143101004696

En este sentido, manifestó que sus pretensiones eran las siguientes:

(i) Se declare que los condenados son civil y extracontractualmente responsables por los daños y perjuicios ocasionados con los delitos por los cuales fueron declarados responsables, y en consecuencia se les condene al pago a favor de la DIAN, por valor de \$ 2.674'146.000 a título de daño emergente, que correspondía al valor devuelto y compensado con base en las operaciones desarrolladas por la organización criminal, es decir, la suma de las 10 resoluciones que se pretenden hacer valer en el presente trámite incidental; y \$ 7.179'120.000 como lucro cesante, que es el valor de los intereses bancarios corrientes causados desde la fecha de expedición de cada resolución al 26 de octubre de 2010, valor que solicitará sea actualizado a la fecha en que se realice el pago, para un total de "9.853'276.000".

(ii) Se declare la responsabilidad civil de los terceros civilmente responsables en este caso: Comercializadora Marruso y CIA SA, con nit 900217985, representada legalmente por Hugo Alexander Alzate Bustamante; Comercio Universal SAS con nit 900260098, representada legalmente por Arneides de Jesús Quintero Mejía; Insumecol SAS, con nit 900298557 representada legalmente por Nicole Elibete Romero Moreno; Marrocol SAS con nit 900281964, representada legalmente por Carlos Arturo Salazar Aristizábal, o quienes hicieran sus veces, *"esta aclaración se hace porque según conocimiento de la dirección de impuestos y aduanas nacionales, varias de estas sociedades se encuentran en este momento intervenidas o administradas por la Sociedad de Activos Especiales, razón*

por la cual dicha entidad se encuentra convocada al presente incidente en calidad de administradora de estas sociedades”.

(iii) Que se declare la ocurrencia del siniestro amparado a favor de la unidad administrativa de la DIAN como beneficiaria de la garantía otorgada para el cumplimiento de las disposiciones legales de las pólizas de las solicitudes de devolución relacionadas anteriormente.

(iv) Como consecuencia, se vincule como terceros llamados en garantía, a las compañías aseguradoras Mundial de Seguros, AXA Colpatria, Seguros del Estado, La Previsora Seguros y Solidaria.

(v) Declarar la responsabilidad civil contractual de los llamados en garantía, compañías aseguradoras relacionadas, y como consecuencia de esto se ordene el pago del monto asegurado en las pólizas de garantía referidas en la pretensión tercera a la Unidad Administrativa Especial de la DIAN, dentro de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que resuelva el incidente.

(vi) Se ordene, en caso de que dicho pago no se realice, se generen los intereses máximos moratorios establecidos en el artículo 884 del Código de Comercio.

(vii) Se condene en costas a los demandados.

El 28 de junio de 2021, esta Sala decidió decretar la nulidad de la desvinculación dispuesta por la primera instancia, de los terceros civilmente responsables y llamados en garantía.

3. Las peticiones probatorias.

En lo que es objeto actual de apelación, en audiencias realizadas el 25 de febrero de 2022 y 15 de febrero de 2023, el apoderado de los llamados en garantía Seguros del Estado y La Previsora S.A, solicitaron cuatro testimonios, cuya pertinencia, conducencia y utilidad fue explicada de la siguiente manera:

(i) En relación con la señora Ligia Cristina Restrepo Patiño, apoderada externa de Seguros del Estado, se indicó que con su declaración se dará cuenta de los trámites adelantados en relación con cada póliza (5 en total), pues es quien ha estado al tanto de los requerimientos y las comunicaciones proferidas por la DIAN y ha respondido los mismos. También ha sido la encargada de presentar las demandas ante la jurisdicción administrativa en representación de la compañía de seguros.

Explicó que su testimonio es pertinente porque se puede establecer, conforme a las pólizas que fueron objeto del trámite administrativo, cuál fue el procedimiento realizado por Seguros del Estado, y exponer las razones por las cuales se trata de las mismas pretensiones que hoy se plantean en este incidente. Es una testigo directa de los hechos que tienen que ver con el cobro de las pólizas, participó en las

respuestas y en los recursos ante lo jurisdiccional que se presenta frente a estas pólizas, pudiendo explicar la determinación de responsabilidad contractual, cuáles son los trámites administrativos que adelantó la DIAN, cuáles no, en qué momento debió hacerlo, cuándo los hizo, y cuál es la forma de garantizar el derecho de defensa de la aseguradora. También declarará, respecto de las pólizas que son objeto de este trámite, si le consta o conoce las actuaciones de la DIAN.

(ii) En cuanto al señor Óscar Javier Marmolejo Olaya, funcionario de Seguros del Estado, se expuso que se dará cuenta de las actuaciones que desplegó esa aseguradora frente a las pólizas relacionadas, las cuales “entiende” y “conoce” desde el punto de vista del agotamiento del trámite administrativo que tiene que ver con la determinación de la resolución sanción que es el objeto de la póliza, o el siniestro de las mismas, y puede dar fe de *“qué trámite de procedimiento administrativo se agotó, cómo se garantizó el derecho de defensa y desde cuando debía la DIAN notificar a la compañía de seguros para poder realizar su derecho de defensa”*.

Se resaltó que es quien ha estado al tanto de los pronunciamientos de la DIAN, atendiéndolos en su representación, conoce los trámites que se adelantan frente a las pólizas, cómo se atienden los requerimientos de la DIAN, cómo y cuál es el procedimiento de suscripción de las pólizas, cuál es la información con la que cuenta la aseguradora, situaciones relevantes para demostrar que las pólizas no pueden serle exigibles a Seguros del Estado, que algunas de ellas ya están tramitándose en vía jurisdiccional,

y que frente a otros la DIAN no adelantó ningún trámite como correspondía conforme al clausulado.

También expondrá los elementos estructurales del contrato de seguros, uno de ellos el consentimiento, explicando cómo en esos trámites de suscripción, al existir, como consta en la sentencia condenatoria y en este incidente, una organización criminal en la que participaron aproximadamente 17 funcionarios de la DIAN, corresponde en punto del contrato de seguros, demostrar *“cómo existía previamente un acuerdo entre el beneficiario de la póliza, en este caso funcionarios de la DIAN, el tomador de la póliza, para efectos de inducir en error a las aseguradoras para realizar los pagos respectivos”*.

(iii) Respecto de Johan Sebastián Hernández Ordoñez, representante legal, judicial y extrajudicial de la aseguradora La Previsora S.A, y subgerente de procesos judiciales, se explicó que será el encargado de introducir las correspondientes pólizas y las condiciones generales solicitadas como prueba documental, su cargo le ha permitido conocer los trámites adelantados en relación con la póliza vinculada a este proceso, y podrá pronunciarse sobre las mismas. Con este testigo se pretende acreditar y establecer las obligaciones y derechos que surgen y se derivan de los contratos de seguros que se pretenden hacer efectivos en este incidente.

Se expuso que se trata de un contrato entre INSUMECOL S.A.S, La Previsora y la DIAN, como asegurado o beneficiario, y con este testimonio se explicarán las obligaciones de este

contrato de seguro y sus límites, con lo cual se podrá determinar si la compañía debe hacerse responsable de las pretensiones de la DIAN. También se llamó la atención en que es relevante para determinar cómo la DIAN *“adelantó (sic) para notificar a la aseguradora, respecto de la póliza 1011644, tomador Insumecol”*.

(iv) Acerca de Gina Patricia Cortés Páez, representante judicial de La Previsora y gerente de litigios, se dijo que es a quien desde el punto de vista de atención de los requerimientos de la DIAN, le correspondía indicar cuál es el trámite para atender el procedimiento administrativo de obtención de las resoluciones sanción, y cuál es la postura asumida por la aseguradora al respecto.

También se dijo que se le cuestionará respecto de cómo frente a las pólizas en las que se ha garantizado el debido proceso se han hecho los pagos respectivos y la cuantía de los mismos, en el caso concreto de la póliza 1011644, cuál fue la actividad que conoció, la suscripción de la misma y trámites con la DIAN o si se ha notificado algún acto administrativo por parte de esa entidad. Adicionalmente, le corresponderá indicar, conforme a la póliza ya referida, la postura contractual de la aseguradora respecto del alcance las obligaciones asumidas.

4. La decisión.

En audiencia realizada el pasado 8 de marzo fueron negadas por la primera instancia estas pruebas testimoniales, con base en los siguientes argumentos:

En lo que tiene que ver con la señora Ligia Cristina Restrepo Patiño, se expuso que su declaración versará respecto de los trámites adelantados, las respuestas a las demandas y el procedimiento realizado por Seguros del Estado, y eso lo dicen los documentos que se decretaron como prueba.

En el mismo sentido, en relación con Óscar Javier Marmolejo Olaya, indicó que respecto de la actuación de Seguros del Estado frente a esas pólizas, el agotamiento del trámite administrativo, lo referente al siniestro de la póliza y cuándo debía aportarlo, le parece que eso lo dirá el propio contrato, la ley y la jurisprudencia, por lo que resultaba innecesario el testimonio. Además, en cuanto a los elementos estructurales del contrato de seguro y la existencia de la organización delincinencial con participación de funcionarios de la DIAN, eso lo establecerán las sentencias que fueron solicitadas como prueba documental.

Mientras que respecto de Johan Sebastián Hernández Ordoñez, solicitado para introducir las pólizas y declarar acerca de los trámites adelantados con ellas y las obligaciones y derechos contractuales, explicó que como se trata de un proceso civil dentro de este trámite penal, no era necesario testigo de acreditación para la introducción de esas pólizas, conforme lo ha dicho la Corte; y que respecto de los trámites adelantados con esa póliza, reiteró que *“eso nos lo*

dirá cada uno de los documentos o muchos de los documentos que decreté como prueba, y las obligaciones y derechos y límites contractuales, pues eso lo dirá la misma póliza, la ley y la jurisprudencia”.

Finalmente, respecto de la señora Gina Patricia Cortés Páez, expuso que consideraba que era irrelevante el tema de los pagos y las cuantías, *“ya lo solicitamos y deberá decírnoslo la DIAN”*. La actividad, trámite y actos realizados por esa entidad serán aspectos que se evidencien con la prueba documental decretada, y las obligaciones asumidas suelen estar en el contrato en la ley o en la jurisprudencia por lo que también le parece innecesario el testimonio.

5. La interposición de recursos.

La apoderada suplente de Seguros del Estado y La Previsora S.A interpuso los recursos de reposición y apelación. Indicó que respecto del testimonio de la señora Restrepo Patiño, si bien se dijo en la decisión que las pólizas son claras y que todo está en la ley y en la jurisprudencia, esta testigo, al ser la profesional encargada de presentar algunos requerimientos o reclamaciones relacionados con los temas de discusión, aclarará aquellos datos relacionados con las reclamaciones que se han llevado ante la jurisdicción administrativa, en calidad de representante de la compañía Seguros del Estado, y que si bien se decretaron pruebas documentales importantes, hay pormenores procesales que deben conocerse en este trámite. Concluyó que era necesario escucharla atendiendo a que su testimonio va mucho más

allá de lo que *“obra en las letras y documentos que fueron decretados”*.

En relación con el señor Óscar Javier Marmolejo Olaya, expresó que debe ser escuchado no para que interprete el contrato de seguros ni la ley ni la jurisprudencia, sino para que en su lugar informe todos los trámites internos y aquellas condiciones concernientes con esta reclamación presentada por la DIAN y que tiene que ver con las pólizas en cuestión *“que no obran, por decirlo de cierta manera, en documentos”*, sino que por el contrario es necesario, conducente, pertinente y útil su testimonio, para que indique *“el tratamiento en que se llevó a cabo de manera interna en la aseguradora, todo el tema del proceso de la suscripción de las pólizas, la información que fue presentada a la aseguradora con ocasión de la toma de las pólizas, y como se atendieron los diferentes requerimientos de la DIAN”*.

En cuanto al testimonio de Joan Sebastián Hernández Ordoñez, manifestó que aportará información importante relacionada con el tratamiento o la práctica del giro ordinario de los negocios aseguradores, lo que no se encuentra en la documentación decretada. No se tienen como testigos de acreditación, sino que considera pueden brindar información y guiar la interpretación global de la documentación.

Por último, respecto de la declarante Gina Patricia Cortés Páez, explicó que podrá advertir los requerimientos concretos de la DIAN referentes a la póliza 1011644, cuyo tomador es

INSUMECOL SAS, relacionado específicamente con la actividad, suscripción y trámites relacionados con la DIAN.

Resaltó que dada la experticia y los cargos de cada uno de los testigos solicitados, pueden aclarar la forma en que se llevaron a cabo procesos internos e incluso reclamaciones administrativas.

Culminada la intervención de la recurrente, el Juez cuestionó a la apelante acerca de qué aspectos iban a explicar estos testigos, indicando la apelante que si los contratos fuesen tan claros no existiría controversia respecto de ellos ni mecanismos de interpretación de clausulados ni reclamaciones relacionadas con ellos, concluyendo que eran importantes estos testimonios, puesto que conocen de mejor manera los contratos de seguros, especialmente la razones por las cuales se pueden generar acciones como las que llevaron a la sentencia condenatoria que dio lugar a este incidente, e incluso sobre condiciones que no obren en los documentos decretados.

Llamó la atención de que Joan Sebastián podría *dar luces* sobre la importancia de determinar si contractualmente o no La Previsora debe hacerse responsable de las pretensiones de la DIAN, respecto de la póliza que adelantó para notificar a la aseguradora (1011644).

6. El no recurrente.

El representante de la DIAN reprochó inicialmente que los recursos no son el escenario para adicionar la pertinencia, solicitando se confirme la decisión.

Respecto de la doctora Ligia Cristina, indico que se ordenó que se trajeran todos los documentos del expediente, cuestionándose entonces cuál es la relación directa *“si lo que está en un proceso está en un proceso”*, se dijo que aclarará el trámite de un expediente que ya fue decretado en su parte documental, entonces la prueba es repetitiva. Tampoco se especificó una pertinencia concreta de que es lo que pretende decir, y bajo la regla de la mejor evidencia se debe tener en cuenta el proceso decretado, no el testimonio.

Frente al doctor Óscar Javier se dijo que informará el trámite interno de las reclamaciones de la DIAN y que declarará sobre el trámite de una de las pólizas, pero el contrato está firmado y no se dio una pertinencia específica ni una relación directa con los hechos. Adujo que si lo que se quiere discutir es el trámite de la póliza y su alcance, se trata de un tema de ley, así como sus requisitos. Existen por lo menos tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que señalan cuál es la importancia de la póliza, *“cuál es el objeto de la ley y cómo debe tenerse”*, refiriéndose a los radicados 2011-00299, 2011-00546, 2011-00547, entonces el testigo vendría a declarar de algo que ya fue zanjado por la Corte, reiterando que conforme a la regla de mejor evidencia la ley no se debe probar, concluyendo que el testimonio es impertinente e inútil.

En relación con la señora Gina Patricia, expresó que no se dijo si tiene un conocimiento directo de los hechos, o si desde su cargo de gerente, cuya función no es la de llevar esos procesos, tiene ese conocimiento, por lo que simplemente sería una testigo experta, con la cual se pretende imponer un tipo de valoración sobre temas ya definidos por la jurisprudencia. Las sentencias citadas hacen referencia al trámite de devoluciones improcedentes, incidentes de reparación por estos trámites, alcance y objeto del seguro de cumplimiento, condiciones específicas para el siniestro, por lo que es un tema que ya fue presentado en la ley.

En cuanto al señor Joan Sebastián, criticó que se señaló un giro ordinario de los negocios, pero en el sector asegurador esto puede aludir a cualquier cosa, y ni siquiera se dijo si ello comprendía la suscripción de pólizas de cumplimiento de requisitos legales, y la pertinencia, conducencia y utilidad alude es a la relación directa con los hechos o para hacer más o menos probable la teoría del caso.

7. La solución de la reposición.

El Juez no repuso su decisión. Respecto de Ligia Cristina explicó que se quedó sin saber cuáles son los datos de esas reclamaciones ante la jurisdicción administrativa que los documentos que solicitará a la DIAN, respecto de esas reclamaciones ante la jurisdicción administrativa, no establecerán, y cuáles son los pormenores procesales que debe conocer que tampoco puede encontrarse en los mismos.

Adicionando falencias en la pertinencia, adujo que respecto de la declaración del señor Marmolejo no la observa en cuanto al trámite interno de la reclamación, porque no tiene que ver con lo perjuicios causados a la DIAN, si es que se causaron, y su cuantía. El objeto, alcance y demás cuestiones que interesan al juzgado para poder determinar si hubo perjuicio o no, lo dirá la ley y la jurisprudencia, explicó.

Expuso que con los doctores Joan Sebastián y Gina Patricia ocurría algo similar entre ellos, y es que se dijo que declararían acerca de la interpretación global *"y yo creo que el doctor Joan Sebastián no me puede imponer a mi la interpretación de ese contrato"*, ni de las cláusulas. Igual ocurre con la segunda, respecto de la que se manifestó que es para que indique cuáles son los requerimientos de esa póliza de Insumecol, pero es que esos requerimientos también están en el contrato, y si no lo están, la norma o la jurisprudencia dirá como se debe interpretar las cláusulas ambiguas, sus palabras o alcance.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico que nos corresponde resolver en esta ocasión se concentra en si resulta correcta la negativa del Juez de decretar varios testimonios que fueron solicitados por el representante de dos compañías de seguros llamadas en garantía en el presente trámite incidental, Seguros del Estado y La Previsora S.A., con el argumento general inicial de su innecesaridad ante la admisión de senda prueba documental que se considera suple sus declaraciones.

En términos generales, recordemos que el incidente de reparación integral (art. 102 y ss de la Ley 906 de 2004) permite a la víctima reclamar, ejecutoriada la sentencia condenatoria, la reparación de los perjuicios que fueron generados como consecuencia del delito, trámite al que pueden ser vinculados diferentes terceros, como los llamados en garantía, para pretender su pago a partir de una relación contractual previamente establecida, en este caso a partir de unas pólizas de seguro, que ya fueron delimitadas desde la presentación de la pretensión indemnizatoria por parte de la DIAN.

Esa vinculación de las compañías aseguradoras al incidente *"...para que respondan por la indemnización pecuniaria que les corresponda, en virtud de la cobertura amparada en contrato de seguro válidamente celebrado..."*¹, a partir de lo dispuesto en el artículo 108 de la misma norma, necesariamente activa su posibilidad de defensa a través de los medios legalmente establecidos, y por ello consideramos que la decisión de primera instancia debe ser revocada, puesto que la pertinencia de todos los testigos fue debidamente explicada.

En concreto, recordemos que la representación de Seguros del Estado y La Previsora S.A. solicitaron como pruebas testimoniales las siguientes:

¹ Sala Penal de la Corte, sentencia del 22 de septiembre de 2021, radicado 55430, con ponencia del doctor Luis Antonio Hernández Barbosa.

- La funcionaria Ligia Cristina Restrepo Patiño, como apoderada externa de Seguros del Estado, para declarar acerca de los trámites adelantados en relación con cinco pólizas involucradas, pues es quien ha estado al tanto de los requerimientos y las comunicaciones proferidas por la DIAN, emitiendo las respuestas, ha sido la encargada de presentar las demandas ante la jurisdicción administrativa, y respecto de su pertinencia se dijo expondrá las razones por las cuales se trata de iguales pretensiones *"en algunas que hoy se plantean en este incidente"*, pudiendo también explicar y *"dar luces"* acerca de la determinación de responsabilidad contractual, cuáles son los trámites administrativos que adelantó la DIAN, cuáles no, y en qué momento debió hacerlo.

- El funcionario Óscar Javier Marmolejo Olaya de Seguros del Estado, para dar cuenta de las actuaciones que desplegó esa compañía frente a las pólizas, el agotamiento del trámite administrativo que tiene que ver con la determinación de la resolución sanción o el siniestro de éstas, y *"qué trámite de procedimiento administrativo se agotó, cómo se garantizó el derecho de defensa y desde cuando debía la DIAN notificar a la compañía de seguros para poder realizar su derecho de defensa"*. Conoce, además, los trámites que se adelantan frente a las pólizas, cómo se atienden los requerimientos de la DIAN, cuál es el procedimiento de suscripción de aquellas y cuál es la información con la que cuenta la aseguradora, entre otras situaciones relevantes a efectos de demostrar que las pólizas involucradas no pueden serles exigibles a la compañía, puesto que algunas de ellas ya están tramitándose

en vía jurisdiccional, y que frente a otros la DIAN no adelantó ningún trámite como le correspondía conforme al clausulado.

También se dijo que declararía acerca de los elementos estructurales del contrato de seguros, en el entendido de que al estar involucrados varios funcionarios de la DIAN en la organización criminal, en esos trámites de suscripción, *“existía previamente un acuerdo entre el beneficiario de la póliza, en este caso funcionarios de la DIAN, el tomador de la póliza, para efectos de inducir en error a las aseguradoras para realizar los pagos respectivos”*.

- El representante legal Johan Sebastián Hernández Ordoñez, de la aseguradora La Previsora S.A, quien en desarrollo de sus funciones conoció los trámites adelantados en relación con la póliza vinculada a este proceso, y con quien se procura establecer las obligaciones y derechos contractuales que surgen y se derivan de los contratos de seguros que se pretenden hacer efectivos mediante este incidente.

- La representante judicial de La Previsora Gina Patricia Cortés Páez, quien atendió los requerimientos de la DIAN, y le correspondía indicar cuál es el trámite para atender el procedimiento administrativo de obtención de las resoluciones sanción. Con ella se establecerá que se han hecho los pagos respectivos, los trámites con la DIAN, si se ha notificado algún acto administrativo por parte de esa entidad, e indicará la postura contractual de la aseguradora respecto del alcance las obligaciones asumidas.

Todas estas declaraciones son pertinentes y necesarias.

Como se dijo, el Juez, quien inicialmente negó los testimonios por innecesarios, y luego agregó en la solución de la reposición que eran impertinentes, argumentó que todos estos aspectos mencionados en la petición de las declaraciones, podían evidenciarse en la prueba documental decretada (copias de las pólizas, de sus condiciones generales, de las demandas administrativas, resoluciones sanción, sentencias, entre otras), pero la Sala considera que el planteamiento resulta equivocado por especulativo.

Más allá de una simple denominación, no resulta viable que en este momento procesal, en el que apenas se están realizando las solicitudes probatorias, pueda determinarse el contenido real de cada documento, como para entender como solucionadas las aristas que cada tercero llamado en garantía aspira dilucidar, en ejercicio de su derecho a la defensa y contradicción, como un eventual doble cobro por parte de la DIAN o la prescripción para el pago de las pólizas, que entendemos pretende alegarse en el trámite, incluso si se tiene en cuenta que varios de los documentos que se pidieron en la audiencia apenas van a ser solicitados por el juzgado, por ejemplo, a la DIAN.

La pertinencia está ligada al tema de prueba integrado por un conjunto de hechos jurídicamente relevantes, en este caso referidos a la responsabilidad civil derivada del delito, y en ese sentido consideramos que al tratarse las declaraciones de funcionarios de las compañías, que hablarán acerca de

temas dirigidos a la constatación de la vigencia de las pólizas, los contratos, la existencia paralela o previa de un proceso administrativo de cobro, entre otros aspectos expuestos por los llamados en garantía, los testimonios resultan admisibles.

Es claro que la normatividad y sendas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, pueden determinar aspectos relativos a los elementos del contrato de seguros, el alcance de la responsabilidad de las aseguradoras, entre otros temas, y que le corresponde al Juez determinar la solución final de este incidente, pero esas no pueden ser las razones para entender como inadmisibles las declaraciones.

Se trata de aspectos que pueden ser controlados por el director del proceso, e incluso por las demás partes al momento de los interrogatorios, entendiéndose, además, que el principio de libertad probatoria, cuya aplicación encontramos viable aun en este tipo de casos, permite que los "*Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso...*", puedan ser determinados por cualquiera de los medios lícitos habilitados (artículo 373 de la Ley 906 de 2004).

El Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal:

RESUELVE

Revoca el auto que por apelación se revisa y en su lugar se decretan los testimonios solicitados por los terceros llamados en garantía, Seguros del Estado y La Previsora, conforme

fueron solicitados en la audiencia. Contra esta decisión no procede ningún recurso. Cítese a audiencia para su notificación virtual.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOHN JAIRO GÓMEZ JIMÉNEZ



MIGUEL HUMBERTO JAIME CONTRERAS



PÍO NICOLÁS JARAMILLO MARÍN