



Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Derecho

Especialización en Derecho de Seguros

Trabajo de Grado

Análisis Jurisprudencial

Características relevantes de la Póliza global bancaria.

Presentado por:

Julieth Patricia Cano Villanueva

Bogotá, abril de 2018

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de grado. Solo velara que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque los trabajos de grado no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellos el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

*Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946
Pontificia Universidad Javeriana*

CONTENIDO.

1. Introducción.

2. Análisis de la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 4 de abril de 2016. Rad. 25000-23-26-000-2011-00530-01 (49004). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
 - 2.1. Hechos relevantes.
 - 2.2. Problema jurídico.
 - 2.3. Fallos de instancia.
 - 2.4. Fundamentos del fallo de primera instancia.
 - 2.5. Recurso de Apelación.
 - 2.6. Decisión y consideraciones del Consejo de Estado.
 - 2.7. Evaluación crítica.

3. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, SC 18594-2016 de diciembre 19 de 2016. Radicación: 11001-31-03-038-2010-00703-01. Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.
 - 3.1. Hechos relevantes.
 - 3.2. Problema jurídico.
 - 3.3. Fallos de instancia.
 - 3.4. Fundamentos del fallo de segunda instancia.
 - 3.5. Recurso de Casación – reseña de los cargos planteados.
 - 3.6. Decisión y consideraciones de la Corte Suprema de Justicia.
 - 3.7. Evaluación crítica.

4. Análisis de la sentencia del Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, Sección Tercera de enero 25 de 2017. Rad. 25001-23-26-000-2008-00090 (48887). Consejero ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

4.1. Hechos relevantes.

4.2. Problema jurídico.

4.3. Fallos de instancia.

4.4. Fundamentos del fallo de primera instancia.

4.5. Recurso de Apelación.

4.6. Decisión y consideraciones del Consejo de Estado.

4.7. Evaluación crítica.

5. Conclusiones.

6. Bibliografía.

6.1 Doctrina.

6.2 Jurisprudencia.

6.3. Laudos.

6.4 Leyes.

ANALISIS DE SENTENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN.

Ante la imperiosa necesidad del ser humano de proteger diferentes aspectos de su vida respecto de riesgos externos o ajenos a los que a diario está expuesto, y, que podrían afectar negativamente su patrimonio, bienes, salud, integridad física y demás factores que componen su subsistencia; la costumbre mercantil ha dado paso a la creación de una serie de convenciones cuyo principal objeto es precaver la afectación de un individuo frente a tales situaciones.

Es evidente que las soluciones brindadas por la costumbre mercantil a las necesidades humanas, tienen una injerencia inmediata en el derecho positivo, como diría Durkheim “(...) *los hábitos colectivos se manifiestan bajo normas definidas, reglas jurídicas, morales, dichos populares, hechos de estructura social (...)*”¹, en efecto, los contratos de seguros como alternativa para precaver un riesgo y en ultimas el daño causado por un factor externo en la vida de un individuo, sin ir más allá, son una respuesta sociológica a los temores del ser humano que vive en sociedad. Sin duda alguna, estos fenómenos sociales siempre dan lugar al nacimiento del derecho.

De lo anterior resultaría claro afirmar que en Colombia el contrato de seguro esté expresamente definido en una norma de carácter positivo, pero no es así, en palabras del reconocido tratadista Dr. J. Efrén Ossa G., “*No define la Ley el contrato de seguro. Por considerar, sin duda, que es tarea laboriosa y arriesgada, dada la innegable complejidad de esta institución jurídica, ha preferido hacer caso omiso de ella, librarla al juicio de la doctrina (...) es por tanto explicable, aun plausible, que nuestro legislador haya dado la espalda a una concepción comprimida (...) del contrato de seguros*”. Sin embargo, pese a que el legislador no definió el contrato de seguros en sentido estricto², señaló las características del mismo como un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva³, determinando las partes que participan en él⁴ y sus elementos esenciales⁵.

1 DURKHEIM, Emilie. Las reglas del método sociológico. Pág. 88.

2 OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro. Págs. 1 y 2.

3 Artículo 1036 del Código de Comercio.

4 Artículo 1037 del Código de Comercio.

5 Artículo 1045 del Código de Comercio.

El doctor J. Efrén Ossa G., cita la definición de JOSEPH HÉMARD, acogida de PICARD Y BESSON⁶, según la cual el seguro es *“una operación por la cual una parte, el asegurado, se hace prometer, mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por otra parte, el asegurador, que, tomando a su cargo un conjunto de riesgos, los compensa conforme a la leyes de la estadística”*, explica el Dr. OSSA las razones del por qué comparte dicha definición, ya que la misma *“(…) no solo enfoca el seguro desde su perspectiva jurídica y en sus dos grandes vertientes (seguros de daños y de personas), sino en los soportes de su operación técnica”*⁷.

Por su parte, los Jueces de la República de Colombia han realizado un valioso esfuerzo por definir el contrato de seguros a partir de lo consagrado en las normas jurídicas, es así como, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección B, en sentencia de fecha 19 de junio de 2013⁸, frente al contrato de seguro indicó que, es *“aquel por medio del cual una persona legalmente autorizada para ejercer esta actividad, “(…) asume los riesgos ajenos mediante una prima fijada anticipadamente”; o dicho en otras palabras, es aquel contrato por el cual “(…) una parte, el asegurado, se hace prometer mediante una remuneración, la prima, para él o para un tercero, en caso de realización de un riesgo, una prestación por la otra parte, el asegurador (…)”*. *Se trata de un mecanismo de protección frente a múltiples riesgos que pueden afectar el patrimonio de las personas y que pueden ser asumidos por el asegurador, quien se compromete a pagar una indemnización en caso de realizarse tal riesgo -lo que se traduce en la producción del siniestro- a cambio del pago de una determinada suma de dinero, denominada prima”*.

Ahora bien, tal como quedó enunciado con anterioridad, la preocupación del ser humano de proteger su patrimonio frente a diferentes situaciones externas o ajenas a su voluntad, y, con la evolución histórica de los medios de producción y del sistema financiero, este contrato de seguro que inicialmente fue creado para amparar las expediciones marítimas y para amparar riesgos particulares y de cuantías menores, fue adquiriendo nuevas connotaciones y avanzando hacia el cubrimiento de “amenazas” de cuantías mayores y orientándose a proteger los daños causados al

6 PICARD Y BENSON, les assurances terrestres en droit français, 2^{ème} édition, tome premier, Le contrat d’assurance, Paris, L.G.D.J., 1964, Pág. 2.

7 OSSA G., J. Efrén. Teoría General del Seguro. Pág. 2.

8 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B- 25000-2326-000-2000-02019-01. Rad. 25472. CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de fecha 19 de junio de 2013.

asegurado por la defraudación y las conductas deshonestas de los trabajadores o empleados de dichas Entidades Financieras; lo anterior, se conoce como “póliza global bancaria”, “póliza de infidelidad” o “póliza de riesgos financieros”.

Si bien es cierto, esta clase de pólizas comparten características generales y elementos esenciales con los demás contratos de seguros consagrados en la Ley, también es cierto que cuentan con características particulares que se adaptan a los riesgos que arremeten en contra de las entidades financieras, especialmente, amparan “(...) *la afectación patrimonial por eventos de defraudación o de daños que sufra la entidad financiera asegurada cometidos por sus trabajadores*”⁹

Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional al señalar que: “*Debido a que las entidades financieras se encuentran expuestas a riesgos de diversa índole, como de hecho acontece con casi todas las actividades humanas, y en especial las del mundo de los negocios, el sistema asegurador mundial -incluido el colombiano- creó y ofreció para la actividad bancaria un seguro que busca proteger a estas entidades de los riesgos que son propios de este tipo de negocios. Esta póliza, si se analizan sus coberturas, cubre riesgos disímiles, no obstante que alcanzan a especializarse, en virtud de la experiencia adquirida por las aseguradoras en este campo, lo que hace que adquiera características propias diseñadas para ella*”¹⁰

Para ahondar sobre el tema y comprender la finalidad de la póliza de infidelidad o riesgos financieros o póliza global bancaria, es necesario citar al tratadista Jorge Eduardo Narváez Bonnet quien explica de manera acertada que el origen de éste tipo de pólizas tuvo lugar en la Inglaterra del siglo XX, cuando algunas compañías iniciaron su promoción y venta en Gran Bretaña y en los Estados Unidos, “*Desde entonces han venido depurándose en la medida en que la experiencia ha exigido el perfeccionamiento de este tipo de coberturas tanto en el mercado inglés como en el norteamericano. En este último la American Banker’s Association y la Surety Association of American trabajaron de consuno en la estandarización de las pólizas y el fruto más digno de mención de ese esfuerzo mancomunado es la reputada Forma No. 24.*”¹¹

9 VANEGAS FRANCO, Alejandro, Cuestione de Seguros, Bogotá: Colombo Editores, 1996. P.124.

10 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11001-03-26-000-1995-01575-01. Rad. 11575. C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de fecha 06 de julio de 2005.

11 NARVÁEZ BONET, Jorge Eduardo. “El contrato de seguro en el sector financiero”. Librería Ediciones del Profesional. Segunda edición. Bogotá. 2004. Pág. 27

Según señala el autor esta póliza puede contener varios amparos, entre otros, el de infidelidad de los empleados, cubriendo actos deshonestos y fraudulentos, bienes transportados, falsificación de monedas, cheques y títulos valores, daños a oficinas, honorarios de abogados, crimen por computador, responsabilidad civil profesional etcétera.

En Colombia, se empezó a utilizar éste tipo de pólizas en la década de los años setenta, “con base en clausulados que se redactaron siguiendo los lineamientos de las denominadas pólizas DDD¹²..., que resultaban confusos, ambiguos y restrictivos; sin embargo, de la existencia de estas pólizas poco o nada se sabía, pues las aseguradoras que las expedían les exigían a sus asegurados absoluta reserva sobre sus existencia, pues se temía que dieran pie a un mayor número de defraudaciones a las entidades bancarias”¹³.

En desarrollo del contrato de seguro y concretamente de la póliza global bancaria, se destaca en la legislación nacional, la expedición de la Ley 389 de 1997, del 18 de julio de 1997, “Por medio de la cual se modifican los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio”, norma que precisó que el contrato de seguro es consensual y que por tanto la prueba de su existencia podría ser por escrito o por confesión, así como también estableció las modalidades en las se entiende ocurrido el siniestro en dichas pólizas, esto es las modalidades de descubrimiento y de reclamación o *clames made* ¹⁴.

Ahora bien, en Colombia la póliza de infidelidad o riesgos financieros, cumple una finalidad y el Consejo de Estado se ha permitido definirla así: “En relación con el seguro de riesgos financieros, existe la póliza denominada de infidelidad y riesgo financiero, cuya finalidad es la de proteger a las empresas de los perjuicios que pueden sufrir como consecuencia de la infidelidad de sus empleados, por fraudes, el hurto calificado, en el transporte de valores, por la falsificación o alteración de firmas, por el dinero falso, el crimen por computador, etc. (...)”¹⁵

12 (Deshonesty, destruction and disappearance).

13 NARVÁEZ BONET, Jorge Eduardo. “El contrato de seguro en el sector financiero”. Librería Ediciones del Profesional. Segunda edición. Bogotá. 2004. Pág. 28

14 Ley 389 de 1997. “Artículo 4º. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación. Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años”.

15 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B- 25000-2326-000-2000-02019-01. Rad. 25472. CP. Danilo Rojas Betancourth. Sentencia de fecha 19 de junio de 2013.

Así las cosas, tenemos que las pólizas globales bancarias, también llamadas de infidelidad, son una respuesta de la costumbre mercantil a la necesidad de proteger y asegurar a las Entidades Financieras, de los riesgos a que éstas se exponen por el actuar de sus empleados en el ejercicio de sus funciones, hecho que ha tenido una seria repercusión en el derecho positivo y en las fuentes formales de éste, y que en Colombia ha tenido una trascendencia fundamental para la evolución de las operaciones y fortalecimiento del sector financiero.

En el presente trabajo realizaré un análisis jurisprudencial detallado de tres sentencias, dos del Consejo de Estado y una de la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil, que nos permitirá entender los elementos y características de la póliza global bancaria y evaluar si las decisiones tomadas por estas altas Cortes resultan ser razonables y concordantes con la doctrina que se ha desarrollado en torno a esta materia. Este ejercicio permitirá identificar posiciones jurídicas concretas con respecto a los problemas más frecuentes de la póliza global bancaria; obtener información acerca del estado actual de la jurisprudencia; y ejercitar la crítica, evaluando el contenido de las decisiones estudiadas y su utilidad para resolver problemas actuales y futuros.

2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C- DEL 4 DE ABRIL DE 2016. RAD. 25000-23-26-000-2011-00530-01 (49004).
CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

2.1. Hechos relevantes.

- Entre una Fiduciaria (tomadora, asegurada y beneficiaria de la póliza de manejo global bancaria), y una Empresa Distrital de Telecomunicaciones (Fideicomitente) se celebró el 23 de mayo de 2005, contrato de encargo Fiduciario cuyo objeto era que la Fiduciaria recibiera, administrara e invirtiera los bienes del Fideicomitente, destinando los recursos al pago de pensionados, aforados y demás acreedores de conformidad con las instrucciones impartidas por éste.

- La Fiduciaria, contrató con una aseguradora, la póliza de “manejo global bancario”, por un valor total de noventa mil millones de pesos (\$ 90.000.000.000) por evento y ciento ochenta mil millones de pesos (\$ 180.000.000.000) por vigencia, desde el 20 de mayo de 2008 al 20 de mayo de 2009.
- La póliza global bancaria presentada dentro del proceso amparaba, infidelidad o deshonestidad de empleados (texto DHP 84 sin modificar); predios, transito, falsificación de firma, falsificación extendida; moneda falsificada; pérdida de derechos de suscripción; y tenía una póliza anexa de delitos por computador clausula LSW 983 y otra de responsabilidad civil profesional texto NMA 3000.
- En cumplimiento del encargo fiduciario, la Fiduciaria, efectuó el pago de siete (07) sentencias judiciales laborales, que le fueron presentadas por los supuestos beneficiarios de dichas decisiones judiciales.
- A través de publicaciones realizadas por un diario local en el 2008, la Fiduciaria conoció que las sentencias pagadas eran falsas, razón por la cual presentó ante la aseguradora un “aviso de circunstancia” dentro de dicho contrato de encargo fiduciario y presentó denuncia penal por la presunta comisión de un delito de estafa, falsedad ideológica y material en documento público.
- La Empresa Distrital de Telecomunicaciones, el día 22 de abril de 2009, solicitó a la Fiduciaria, el reintegro de las sumas de dinero pagadas con soporte en las siete (7) sentencias judiciales falsificadas.
- La Fiduciaria, mediante escrito del 17 de julio de 2009, presentó reclamación a la aseguradora y al reasegurador, por considerar que se presentó un siniestro. Informó la Fiduciaria asegurada a la aseguradora que las sentencias que sirvieron como soporte del pago realizado, fueron previamente verificadas por trabajadores de la Fiducia y que a pesar de ello resultaron ser falsas.

- Posteriormente, la reclamación *ut supra* fue complementada por la Fiduciaria asegurada, mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2009, en donde advirtió, que no existía un procedimiento concreto para el pago de sentencias judiciales, pero explicó en todo caso la forma en que los trabajadores de la Fiduciaria realizaron la verificación de los documentos que soportaron las reclamaciones fraudulentas.

2.2. Problema jurídico.

¿Se configuraron en este caso los elementos para la procedencia de alguno de los amparos de la póliza global bancaria?

2.3. Fallos de instancia.

- Fallo de primera Instancia: El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección C, mediante sentencia de primera instancia de fecha 28 de junio de 2013, negó las pretensiones de la demanda.

2.4. Fundamentos del fallo de primera instancia.

- El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que no se cumplían los presupuestos para la afectación de la póliza de manejo global bancario, toda vez que la Fiduciaria, a través de sus funcionarios, tenía el deber de confirmar que las sentencias a pagar correspondían a verdaderas sentencias judiciales, proferidas por la autoridad judicial correspondiente y que las condenas estuvieran bien liquidadas, lo cual no ocurrió. Se entiende de esta manera que la Fiduciaria fue negligente en su actuar debiendo responder hasta por la culpa leve.
- Indicó el Tribunal que no era admisible que, por su negligencia, el asegurado pretendiera reclamar a través de la póliza de seguro de manejo global bancario, el reembolso de las sumas de dinero pagadas.

- Finalmente señaló que no se puede endilgar responsabilidad a la aseguradora, por cuanto las acciones desarrolladas por la Fiduciaria también fueron producto de las órdenes impartidas por el Fideicomitente, en los términos del respectivo encargo fiduciario

2.5. Recurso de Apelación.

La parte demandante, a través de apoderado judicial, interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de fecha 28 de junio de 2013, proferida por el Tribunal de Cundinamarca, para lo cual esgrimió los siguientes argumentos:

- Manifestó que hubo un estudio sesgado del contrato de seguros, puesto que el Tribunal señaló que no se podía reclamar por ninguna negligencia, a pesar de que dicha situación estaba cubierta por uno de los amparos de la póliza.
- Aseguró que se probó la negligencia por parte de los funcionarios de la Fiduciaria y aun así de manera errada entendió que no estaba cubierto el evento, en tanto que el asegurado debía responder hasta por la culpa leve.
- Arguyó que la verdadera razón por la que la aseguradora negó el pago de la indemnización fue por la negativa de la reaseguradora de efectuar el pago, tal como lo manifestó el representante legal de la demandada en interrogatorio de parte y que tal situación no le era oponible de ninguna manera al asegurado.
- Finalmente señaló que no era cierto que el pago hubiera sido ordenado por el Fideicomitente, por el contrario, señaló que el mismo se hizo directamente por la Fiduprevisora y que pese a que se trató de hacer de la mejor manera por parte de esa entidad, se produjo el pago de las falsas sentencias.

2.6. Decisión y consideraciones del Consejo de Estado.

- En primer lugar, el Consejo de Estado citó la sentencia de esa misma Corporación, de fecha 19 de julio de 2013. Exp. 25.472. actor: Hospital San Antonio de Guatavita, para definir el contrato de seguro, sus elementos esenciales, las obligaciones y derechos del asegurador y del tomador del seguro, así como los requisitos de la póliza y el procedimiento para hacerla efectiva.
- Posteriormente, el Consejo de Estado emprendió el estudio del contrato de encargo fiduciario, abordando el tema desde la ley 80 de 1993, para lo cual, citó lo ya reseñado por esa misma Corporación en sentencia de fecha 25 de octubre de 2012. Exp. 2116-10.
- El Consejo de Estado, luego de hacer el respectivo análisis probatorio, descendió al caso concreto, con el fin de dar respuesta al interrogante formulado como principal problema jurídico, indicando que el actuar de la Fiduciaria, fue negligente en el giro normal de su actividad. Si los funcionarios hubiesen actuado con diligencia, habrían confirmado que las sentencias radicadas eran completamente falsas, toda vez que los datos de las mismas no eran concordantes.
- Así las cosas, aseguró la honorable Corporación que contrario a lo señalado por el Tribunal, el pago de las sentencias falsas se encontraba amparada en la póliza global bancaria en su anexo de responsabilidad civil profesional, por haberse configurado una “(...) *pérdida causada por un acto negligente, un error negligente o una omisión negligente por parte de un Empleado (...)*”.
- En consideración de lo anterior, el Consejo de Estado reconoció y ordenó a la aseguradora, el pago de los valores cancelados por la Fiduciaria, en virtud de las sentencias falsas, menos el valor del deducible estipulado en el contrato de seguro. Los valores fueron debidamente indexados.

2.7. Evaluación crítica.

2.7.1. El Tribunal Administrativo en primera instancia desconoció por completo la naturaleza misma de la póliza global bancaria en su amparo de responsabilidad civil profesional.

Es menester indicar que el análisis del Tribunal en primera instancia fue bastante desafortunado pues desconoció por completo las particularidades de la póliza global bancaria sobre todo en lo relativo a su amparo de responsabilidad civil profesional.

En efecto la póliza global bancaria está conformada por los siguientes amparos:

a) Amparos Básicos:

- Infidelidad de empleados (clausula DHP 84)
- Predios
- Transito
- Falsificación de cheques y otros documentos
- Falsificación extendida
- Falsificación de moneda
- Pérdida de derechos de suscripción
- Daños a oficinas y contenidos
- Gastos de defensa.

b) Anexo de crimen por computador.

c) Anexo de responsabilidad civil profesional o PI

Concretamente, en cuanto al amparo de responsabilidad civil profesional, la cobertura pactado fue la siguiente:

“Con sujeción a los términos de esta Póliza los Aseguradores indemnizarán al Asegurado por las pérdidas resultantes de actos u omisiones de buena fe (excepto en lo que se refiere a la Cláusula de Seguro (d) que den origen a un Reclamo hecho por primera vez por el

Reclamante en contra del Asegurado durante la Vigencia de la Póliza, siempre y cuando ese Reclamo surja de la prestación de Servicios Financieros por parte del Asegurado a ese Reclamante después de la Fecha Retroactiva y por:

(a) pérdidas causadas por un acto negligente, un error negligente o una omisión negligente por parte de un Empleado; (...)” Subrayado fuera del texto.

(b) pérdidas causadas por una violación negligente de confianza, (incluyendo la violación negligente de confianza constructiva), una violación negligente de la obligación fiduciaria o una violación negligente de la obligación profesional, por parte de una (sic) Empleado; o

(c) pérdidas causadas por una declaración equivocada y negligente por parte de un Empleado; o

(d) pérdidas causadas por un Acto u Omisión Deshonesto o Fraudulento por parte de un Empleado, o

(e) Responsabilidad civil real o supuesta.”

Así las cosas, que el Juez de primera instancia haya encontrado probada una negligencia por parte de los empleados de la fiduciaria y de inmediato haya concluido que tal cosa no está cubierta por la póliza global bancaria es un completo error, que deviene sin duda del limitado entendimiento del Juez de esta jurisdicción, respecto de estas pólizas especializadas.

Seguramente, el Juez se situó en el incumplimiento de un contrato administrativo por negligencia de una de las partes, en ese caso, de ninguna manera podría el contratante incumplido pretender una indemnización o una reparación en su favor respecto de la otra, pues precisamente es él el que causó el perjuicio de manera culposa a su contraparte negocial. Sin embargo, tratándose de la póliza global bancaria, concretamente del anexo de responsabilidad civil profesional es precisamente la culpa de los empleados del asegurado lo que se ampara, de modo que, si se encuentra probado el actuar negligente, imperito o imprudente de los empleados del asegurado en el desarrollo de las labores propias de su actividad, se habrá concretado uno de los elementos más importantes del amparo de responsabilidad civil profesional de la póliza global bancaria.

En consonancia con lo anterior, la doctrina ha precisado en cuanto al objeto del amparo de responsabilidad civil profesional de la póliza global bancaria lo siguiente:

“(...) todo acto dañoso causado por un profesional, para que merezca ser calificado como incurso en lo que se denomina culpa profesional, requiere un acto profesional teñido de impericia o negligencia profesional; es decir, por incurrir en una ineptitud incompatible con su profesión o especialidad, o por ser aquel de una torpeza o descuido inexcusable atendiendo a las reglas de la profesión o lex artis”¹⁶

Adicionalmente, tal como se indicó al citar el amparo de responsabilidad civil profesional en párrafos anteriores, para que este sea procedente, deben concurrir otros elementos, tales como, que se haya causado un perjuicio a un tercero con ese actuar negligente del empleado del asegurado y que ese tercero haya presentado su reclamo por primera vez al asegurado dentro de la vigencia de la póliza así el acto negligente hubiera ocurrido antes de dicha vigencia, pero en todo caso dentro del periodo de retroactividad, elementos que tampoco fueron analizados por el Tribunal.

2.7.2. El Consejo de Estado corrigió el error del Tribunal por cuanto tuvo en cuenta el anexo de responsabilidad civil profesional de la póliza global bancaria, pero fue ligera al estudiar los demás elementos de dicho amparo:

En efecto, el Consejo de Estado corrigió el error del Tribunal Administrativo al resolver la alzada, puesto que aclaró que la negligencia de los empleados de un asegurado en el desarrollo de su actividad, si es un hecho amparado en la póliza global bancaria, en el anexo de responsabilidad civil profesional.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado fue ligero al decretar la existencia de obligación de indemnizar en los términos del amparo de responsabilidad profesional de esta póliza, toda vez que ello implicaba haber hecho un verdadero análisis de los elementos de la

¹⁶ PERÁN ORTEGA, Juan “La responsabilidad civil y su seguro”, Editorial Tecnos S.A.; Madrid, 1998. Pag. 315

responsabilidad civil, que en el caso concreto devienen además de un contrato, lo cual dicha corporación omitió por completo.

En efecto, el Consejo de Estado al punto de definir si hubo una negligencia o no por parte de los empleados del asegurado debió identificar, si la Fiduciaria era realmente la responsable de hacer seguimiento y verificación de las sentencias, o si lo que estaba pactado era que el Fideicomitente era el ordenador del gasto y por lo tanto era él, el que debía hacer las verificaciones necesarias a fin de emitir en debida forma la instrucción de pago.

Como se puede observar en la sentencia, el Consejo de Estado se limitó a señalar que la Fiduciaria según su propio dicho, no tenía un procedimiento establecido para la verificación de documentación antes de proceder a realizar los pagos que le fueran indicados por el Fideicomitente, pero en todo caso, hacía unas verificaciones a través de sus funcionarios del área jurídica, de lo cual no se desprende en ningún momento que haya habido una negligencia, por el contrario, si la verificación de documentación no era una obligación contractual de la Fiduciaria, tal actuación de la misma podía interpretarse más bien, como un actuar de extrema diligencia, así sus verificaciones fueran meramente formales.

¿Como puede la afirmar la Fiduciaria que la orden de pago la recibió de la Fideicomitente, de quien según el contrato debía seguir instrucciones, pero al mismo tiempo afirmar, que en todo caso sus empleados actuaron con culpa al realizar el pago que les fue ordenado?. Esto es un completo contrasentido.

Además, inobservó esa alta corporación que las cláusulas primera, segunda y sexta del contrato de encargo fiduciario, daban cuenta de que la instrucción de pago a la Fiduciaria solamente podía venir del ordenador del gasto que para el efecto era el Fideicomitente, de modo que, si hubo una orden por parte del ordenador del gasto sin previa verificación de los soportes allegados para el pago, la negligencia fue de ese tercero y no de la Fiduciaria asegurada.

Si el Consejo de Estado hubieran examinado de fondo las obligaciones contractuales de la Fiducia y del Fideicomitente, a lo sumo hubiera llegado a la existencia de una culpa compartida entre la Fiduciaria y el Fideicomitente, que hubiera dado lugar a la reducción del valor del siniestro y en consecuencia de la indemnización, pero de ninguna manera a una negligencia en cabeza de los empleados de la Fiduciaria.

Ahora bien, habrá que señalar que, el estudio detallado de los elementos de la responsabilidad civil contractual, es decir si hubo un incumplimiento de los deberes contractuales y si se generó un daño indemnizable que tenga relación causal directa con el incumplimiento del contrato, estudio que en materia de normas aplicables debe hacerse con observancia del artículo 63 del C.C. que se refiere a la graduación o prestación de culpas y del artículo 1604 del mismo código que se refiere al incumplimiento de la obligación contractual, es un estudio que debió hacer el Consejo de Estado, por economía procesal, dentro del proceso mismo del que se ocupó la sentencia bajo análisis, pues bien ha definido la Jurisprudencia que para que surja la obligación del asegurador debe encontrarse declarada la responsabilidad que es la que determina la obligación de pago y que ello no debe necesariamente tramitarse en proceso aparte, ya que puede declararse dentro del mismo proceso en contra de la aseguradora, en relación con este asunto ha mencionado la jurisprudencia:

La declaración judicial en ese sentido, por supuesto, no necesariamente debe adoptarse de manera autónoma, dado que el artículo 1133 del Código de Comercio, en aplicación del principio de economía procesal, autoriza su acumulación, al decir, que "en un solo proceso" se "podrá" "demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador".¹⁷

Así las cosas, resultaba una carga indiscutible para el Consejo de estado adentrarse en el estudio de la responsabilidad civil contractual para comprobarla como requisito imprescindible de la procedencia de la cobertura, sin dejar de observar que esta cobertura

17 Sentencia de Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil Referencia: C- 1100131030432004-00524-01 9 de Agosto de 2010 Magistrado Ponente: Dr.Jaime Alberto Arrubla Paucar.

de responsabilidad civil en todo caso, opera bajo la modalidad de reclamación o *clames made*.

Lo anterior, sin dejar de mencionar que el Consejo de Estado también omitió verificar si la pérdida realmente la había sufrido un tercero y si ese tercero había reclamado por primera vez dentro de la vigencia de la póliza, por ser una condición de la cobertura.

2.7.3. La competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer de asuntos relacionados con los contratos de seguro de las empresas públicas, siendo este un contrato que se rige exclusivamente por la jurisdicción privada (Código de Comercio), es una dificultad que enfrenta el sector y como tal el sistema.

La asignación que el CCA hizo a la jurisdicción contenciosa administrativa, de estas controversias en torno al contrato de seguro, ha representado una dificultad muy grande para los Jueces especializados en esa jurisdicción, pues el contrato de seguro es un contrato que se rige de manera inminente por la ley comercial, excepto la póliza de cumplimiento que está muy permeada por el derecho público.

El fallador que, siendo especialista en derecho público, debe enfrentarse a este tipo de contratos, termina en muchas ocasiones inobservando las normas del derecho privado o haciendo mezclas o híbridos inaceptables entre las dos legislaciones, con una consecuencia muy grave para el sector de seguros que debe en última instancia acatar este tipo de fallos antitécnicos e imprecisos, que en todo caso generan eco en los jueces de menor jerarquía con consecuencias nefastas para el derecho.

Con la expedición del CPACA, esta situación intentó ser remediada en tanto que el artículo 104 de dicha norma señala cuales son los asuntos que serán de conocimiento de esa jurisdicción y a su turno el artículo 105 señala las excepciones, indicando en el numeral primero de dicha norma que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá de “(...) *los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguro o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro*

ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.” Sin embargo, esta excepción sigue dejando la competencia en la jurisdicción contenciosa, de los temas de seguros de aquellas entidades públicas que no son instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o de valores¹⁸, por lo que sigue habiendo un grueso importante de asuntos de seguros en conocimiento de estos jueces que no tienen la misma fluidez al respecto que la jurisdicción ordinaria.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL, SC 18594-2016 DE DICIEMBRE 19 DE 2016. RADICACIÓN: 11001-31-03-038-2010-00703-01. MAGISTRADO PONENTE: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.

3.1. Hechos relevantes.

- Un almacén general de depósito, en desarrollo de su objeto social, ejecutó contrato de depósito de mercancía para su custodia, con tres empresas del sector cafetero.
- Al tiempo convino con una Aseguradora una póliza de «*infidelidad y riesgos financieros*» que amparaba los perjuicios, hasta por veinte mil millones de pesos (\$20.000'000.000), que se derivaran de actos fraudulentos o deshonestos de sus empleados y de la infidelidad de estos, con una vigencia del 31 de julio de 2007 al 31 de julio de 2008, ampliada al 31 de julio de 2009.
- Se presentaron irregularidades en las cuentas administradas por los empleados del almacén general de depósito asegurado, puesto que se estaban expidiendo títulos valores sin garantía alguna.
- Como consecuencia de lo anterior, el almacén general de depósito debió responder con su

¹⁸ Por ejemplo, si una entidad como Ecopetrol toma un seguro con una aseguradora privada, la controversia en torno a ese seguro será de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual va a seguir conociendo sobre estos temas de seguros, que resultan ser ajenos para un juez tan especializado como el de esa jurisdicción.

patrimonio por los certificados que quedaron al descubierto, ocasionándole una pérdida en su patrimonio.

- En vista de las anomalías, la junta directiva requirió a los administradores de esa sociedad, quienes entorpecieron las averiguaciones, por lo que fueron removidos del cargo, y se iniciaron investigaciones penales y disciplinarias en su contra.
- La empresa informó de inmediato lo sucedido a la aseguradora, pero ésta se negó a pagar la indemnización por considerar que no se encontraban acreditados los supuestos del amparo de infidelidad de la póliza.

3.2. Problema jurídico.

¿los actos dolosos de los empleados incluidos los administradores y/o directores están cubiertos por la póliza de infidelidad y riesgos financieros o póliza global bancaria, sin que ello este en contravía de lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio?,

3.3. Fallos de instancia.

- Fallo de primera instancia: El Juez de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda.
- Fallo de segunda instancia: La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., confirmó la sentencia de primera instancia, absolviendo a la parte demandada.

3.4. Fundamentos del fallo de segunda instancia.

El Tribunal sustentó la decisión de confirmar la sentencia apelada con los siguientes argumentos de tipo jurídico:

- En primer lugar, señaló que en el presente caso no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción, como quiera que la demanda se interpuso dentro del término consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio.
- Señaló que la asegurada carecía del derecho reclamado teniendo en cuenta que se aseguró el dolo de sus empleados y que dicha cláusula era ineficaz en los términos del artículo 1055 de Código de Comercio, según el cual el dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables.
- Dispuso además que del material probatorio no se logró demostrar la intención fraudulenta con la que actuaron los administradores de la Sociedad asegurada, y que, por el contrario, las decisiones de sus agentes o representantes no revistieron la intención de ocasionar pérdida a la demandante, más bien de beneficiarla, lo que descarta la ocurrencia del siniestro.
- Argumentó que las decisiones tomadas por los administradores de la Sociedad constituían una estrategia para obtener ganancias para la empresa, pero que la forma en que estaba funcionando el negocio generaba un alto riesgo, razón por la cual, la otrora Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), calificó dicha actuación como no autorizada e insegura, mediante Resolución No. 274 del 28 de febrero 2008.
- Finalmente, luego de efectuar el análisis probatorio respectivo, manifestó que la conducta de negociar títulos valores representativos de mercancías sin el debido respaldo, puede configurarse como una conducta, a lo mucho negligente, pero no fraudulenta o sinónimo de engaño.

3.5. Recurso de Casación – reseña de los cargos planteados.

CARGO PRIMERO.

- a) El abogado de la parte demandante acusó el fallo de violar de forma directa los artículos 200 y 1055 del Código de Comercio, el primero por falta de aplicación, y, el segundo por aplicación inadecuada.

- b) El Tribunal, señaló que los supuestos actos deshonestos o fraudulentos de los directivos son los mismos actos de la Sociedad, y, por consiguiente, no son asegurables. Esta afirmación deja sin efecto la póliza de infidelidad y riesgos financieros y desconoce la “teoría societaria de responsabilidad de los directores y administradores” inspirada en el artículo 200 del Estatuto Mercantil.

CARGO SEGUNDO.

- a) Argumentó el actor que el Tribunal infringió indirectamente los artículos 1055, 1073, 1077 y 1080 del Código de Comercio, como consecuencia de los errores de hecho en que incurrió al valorar las pruebas.
- b) Manifestó que el Tribunal dio una interpretación sesgada a las Resoluciones proferidas por la otrora Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), pues de ellas sí se inferían las acciones deshonestas de los directivos de la sociedad, en tanto que dicha Superintendencia calificó de practica insegura las operaciones realizadas por la sociedad asegurada.
- c) Señaló que hubo una indebida interpretación de las condiciones primera y tercera de la póliza, pues hizo una distinción que no aparece en dichas clausulas y por lo tanto extrajo del grupo de empleados a los administradores.
- d) Adujo que no hubo una valoración probatoria integral de los testimonios, que precisamente demostraban que las operaciones realizadas eran ilegales.
- e) Señaló, que si bien la Junta Directiva del almacén general de depósito felicitó a los administradores en alguna oportunidad, lo hizo por que desconocía las deficiencias, pero que fue justamente ese órgano el que los desvinculó con posterioridad, cuando se enteró de las irregularidades.
- f) Finalmente indicó que el Tribunal no valoró la prueba indiciaria, de la que se desprendía que las transacciones fueron concebidas para beneficiar a terceros que se quedaron con

los dineros, cuyo pago nunca debió asumir el almacén general de depósito. Que probar que la intención era causarle un daño al almacén era una prueba imposible, pues a ello tan solo se podría llegar mediante la valoración conjunta de las actuaciones que se ejecutaron para la operación.

3.6. Decisión y consideraciones de la Corte Suprema de Justicia.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, NO CASÓ la sentencia proferida en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., por las siguientes razones:

3.6.1. Frente al Cargo Primero:

- La Corte señaló que con anterioridad se daba aplicación a la tesis “organicista” para determinar la responsabilidad directa o indirecta de la sociedad, cuando los actos culposos devenían de sus órganos directivos o de los empleados subordinados.
- No obstante, la Corte dejó claro que dicha teoría no tiene aplicación en la actualidad, ya que independientemente de la clase de vinculación de quien ocasiona el hecho lesivo, la responsabilidad de la empresa es directa frente a terceros.
- Aseguró que, como respuesta a la necesidad de proteger a las sociedades de los actos o decisiones que pongan en riesgo la actividad comercial, particularmente a aquellas que ejercen actividades financieras, tal es el caso de los almacenes generales de depósito, el mercado asegurador creó unas pólizas conocidas como “globales bancarias”, “póliza de instituciones financieras” o “de riesgos financieros”. La Corte explicó el concepto y alcance de esas pólizas.
- Aseguró que la póliza contratada por la demandante en este caso era una global bancaria o de “infidelidad y riesgos financieros”, con vigencia del 31 de julio de 2007 al 31 de julio

de 2008, ampliada luego al 31 de julio de 2009, la cual amparaba, entre otros, los riesgos de actos fraudulentos o deshonestos de los empleados.

- Que de conformidad con la forma internacional DHP84, el asegurado debe acreditar los elementos allí mencionados para obtener el pago de la prima por parte de la aseguradora: *“(i) Una pérdida directa sufrida por el asegurado; (ii) que la causa del detrimento es un acto deshonesto o fraudulento; (iii) que tales actos provienen de empleados del asegurado y (iv) que hubo una intención manifiesta de los dependientes de causarle al asegurado una pérdida que no debía soportar”*.¹⁹
- La Corte dio razón al casacionista en su reproche frente a la posición asumida por el Tribunal, puesto que el litigio no podía ser analizado desde la óptica de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, por cuanto dicho tema es exclusivo del campo extracontractual, por el contrario, dispuso que debió estudiarse el presente asunto desde el incumplimiento de los deberes de los administradores y las consecuencias que eso deriva. La Honorable Corte realizó este análisis a pesar de considerarlo accesorio para efectos de desatar el litigio, pues encontró no próspero el cargo primero en tanto que los hechos en todo caso habían sido descubiertos por fuera de la vigencia de la póliza y de la cobertura de esta.

3.6.2. Frente al Cargo Segundo:

- Frente al segundo cargo, relacionado con la indebida interpretación probatoria, la Corte realizó una relación del material probatorio allegado al proceso, entre lo cual resaltó la póliza, su vigencia y los riesgos amparados.
- Aseguró, que no hubo discusión en cuanto a que los títulos sin garantía fueron expedidos a las sociedades cafeteras, por fuera de la cobertura de la póliza, y las irregularidades en los mismos en todo caso no obedecían a hechos imputables a los dependientes de la empresa.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de diciembre de 2016, radicación 11001-31-03-038-2010-00703-01. SC18594-2016. M.P. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

- Finalmente manifestó que las objeciones del casacionista fueron insuficientes para combatir la pluralidad de argumentos del Tribunal, sin que pudiera ser desvirtuada la mayor premisa que motivó la confirmación de la sentencia de primera instancia, consistente en que la supuesta disminución patrimonial de la sociedad asegurada estaba por fuera de la cobertura de la póliza. La Honorable Corte Suprema luego de efectuar el análisis de la prueba documental, consideró que el actuar de los empleados de la asegurada si pudo estar por fuera de lo regular, pero itera, que dichas actuaciones en todo caso estaban por fuera de la cobertura de la póliza contratada.

3.7. Evaluación crítica.

3.7.1. El amparo de infidelidad de la póliza global bancaria opera bajo la modalidad de descubrimiento, por lo que resulta acertada la conclusión de la Corte Suprema de declarar la ausencia de cobertura temporal de la póliza.

Según lo previsto en la Ley 389 de 1997 en su artículo 4° el seguro de manejo y riesgos financieros podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia de la póliza, aun cuando los hechos deshonestos o fraudulentos que ocasionen esas pérdidas hayan ocurrido con antelación a la vigencia, pero siempre dentro del periodo de retroactividad pactado en la póliza, que a veces puede ser ilimitado.

He de precisar que la fecha de retroactividad es aquella que se pacta en la póliza, y que es en todo caso anterior a la vigencia de esta. En efecto la póliza cubrirá cualquier acto deshonesto o fraudulento de los empleados de la asegurada siempre que los mismos hayan sido descubiertos dentro de la vigencia de la póliza y que hayan ocurrido después de la fecha de retroactividad señalada en la misma.

El mismo artículo también crea la modalidad de cobertura por reclamación que opera para las pólizas de responsabilidad civil en donde el reclamo del tercero al asegurado o a la aseguradora es el siniestro como tal.

En la sentencia bajo análisis, la modalidad de cobertura aplicable era la de descubrimiento en tanto que el amparo sobre el cual versó el debate era el de infidelidad de empleados de la póliza global bancaria.

En dicha sentencia, fue acertado el análisis de la Honorable Corte Suprema en relación con la modalidad de cobertura del amparo de infidelidad de la póliza global bancaria, en tanto que dicha autoridad aplicó de manera debida la ley en el estudio de cada uno de los eventos presentados por la demandante como presuntos siniestros. En efecto, dicha corporación llegó a la conclusión, de que los eventos estaban por fuera de cobertura de la póliza por haber sido descubiertos después de terminada la vigencia de la misma. El análisis realizado en la sentencia sobre esta modalidad de cobertura es importante, en tanto que es una modalidad que ofrece un grado de complejidad, que la doctrina ha explicado de la siguiente manera:

“Por lo general, el ámbito temporal de una póliza de seguro lo determinan las fechas de inicio y de expiración señaladas en el cuerpo de la póliza. Sin embargo, esta aseveración no merece reservas cuando se trata de pólizas que amparan la ocurrencia de ciertos peligros; pero no sucede lo mismo cuando la póliza ampara las pérdidas descubiertas en la vigencia o las reclamaciones presentadas durante el término de la misma o sistema claims made.

Bajo estos dos últimos supuestos, la cobertura de la póliza se retrotrae hasta la denominada fecha retroactiva y que suele coincidir con la fecha en que inicialmente el asegurado adquirió un seguro de las características de aquel que está comprando o negociando, caso en el cual la cobertura se extendería a las pérdidas ocurridas con posterioridad a dicha fecha retroactiva y descubiertas o reclamadas durante la vigencia que se encuentre en curso.

Sin embargo, existe otra modalidad que se obtiene a través de la cláusula de limitación de descubrimiento en virtud de la cual se suprime la fecha retroactiva o en otros términos, se obtiene cobertura para una fecha retroactiva de carácter ilimitado, en el sentido de que

*no importa cuánto tiempo pueda haber ocurrido la pérdida porque para efectos del amparo lo único determinante es que se haya descubierto o se presente la reclamación en la vigencia en curso, según sea el caso. (...)*²⁰

Es importante señalar que esta modalidad de cobertura fue creada especialmente para los amparos de la sección 1 y 2 de la póliza global bancaria que según la estructura definida en páginas anteriores, comprenden los siguientes Amparos Básicos: (i) Infidelidad de empleados; (ii) Predios; (iii) Transito; (iv) Falsificación de cheques y otros documentos; (v) Falsificación extendida; (vi) Falsificación de moneda; (vii) Pérdida de derechos de suscripción; (viii) Daños a oficinas y contenidos; (ix) Gastos de defensa. Por una razón muy importante y es que los hechos deshonestos o fraudulentos de un empleado, generalmente son de difícil detección por parte del empleador asegurado, de tal suerte que dichos actos suelen ocurrir en un momento determinado o fraguarse incluso durante un periodo de tiempo, pero tan solo ser descubiertos un tiempo después. Sin duda alguna, esta modalidad nace de la experiencia del mercado, que observó por años este fenómeno y encontró que solo bajo esta fórmula, resulta posible brindarle asegurabilidad al demandado respecto de estos riesgos. De ahí la importancia de que esta modalidad sea bien entendida por nuestros jueces

3.7.2. La Corte Suprema aclaró con aserto que la inasegurabilidad del dolo y la culpa grave del artículo 1055 del Código de Comercio no está en contravía de la cobertura de infidelidad de la póliza global bancaria ni en contravía de la cobertura de responsabilidad civil que incluye la culpa grave a menos que este excluida según posición de la jurisprudencia:

3.7.2.1. En cuanto a la cobertura de infidelidad y el artículo 1055 del Código de Comercio:

20 NARVÁEZ BONNET, Jorge Eduardo, “El Contrato de Seguro en el Sector Financiero” Ediciones Librería del Profesional 2002. Pag. 167

Si bien la Corte Suprema de Justicia confirmó las sentencias de primera y segunda instancia por encontrar probada la ausencia de cobertura temporal de la póliza y la ausencia de prueba de los perjuicios, realizó un análisis significativo sobre otro tema que consideró secundario por no ser el eje central de la parte resolutive de la sentencia, pero no de menor relevancia, en tanto que no compartió la posición del *ad quem*, que con base en los artículos 2341 del Código Civil y 1055 del Código de Comercio, concluyó que *«los actos deshonestos o fraudulentos que supuestamente cometieron los Directivos de la asegurada, no son objeto de amparo, porque según lo anotado son los mismos de la sociedad, y por consiguiente son inasegurables»*,

Sobre el particular decidió la Corte realizar una rectificación doctrinaria para aclarar que la cobertura de infidelidad de la póliza global bancaria no contradice lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio que reza:

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

En efecto, resulta absolutamente claro que una persona jurídica tiene responsabilidad directa por la pérdida que se ocasiona a un tercero por el actuar de uno de sus empleados, independiente de si este es un operario o un administrador. Sin embargo se debe distinguir cuando la pérdida es soportada por la misma persona jurídica y no por un tercero, pues en ese caso, se debe entender que los «empleados» son vistos de manera aislada y autónoma de la persona jurídica asegurada por las decisiones que tomaron fraudulentamente, no con el fin de cumplir el objeto social sino para ir en contra del mismo, razón por la cual la cobertura de infidelidad de la póliza global bancaria no está en contravía con lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio.

Ha de tenerse en cuenta que la inasegurabilidad del dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos de que habla el artículo 1055 del Código de Comercio, se predicán únicamente del asegurado y no de sus empleados, administradores o dependientes en general que en el caso de la póliza de infidelidad y de riesgos financieros, no tienen la calidad de asegurados, sino de empleados de la asegurada.

Sobre este aspecto el doctor J. Efrén Ossa señala: *"El dolo y la culpa grave de los dependientes son asegurables. La doctrina es ampliamente favorable a esta conclusión, que no admite duda en la ley colombiana (...) porque el artículo 1055 transcrito fulmina con la inasegurabilidad el dolo y la culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario, y no la de las personas que de ellos dependen de un modo u otro, como agentes o empleados, como hijos menores, como pupilos, como discípulos, como sirvientes o domésticos, es decir, el dolo y culpa grave propios, personales, directos, y no las denominadas culpas in vigilando o in eligendo, en que, por muchos decenios, ha encontrado soporte jurídico la responsabilidad indirecta o por el hecho de otro. No es dable al intérprete extender más allá de sus justos límites el alcance de la ley, menos aún si esta es de naturaleza restrictiva..."*²¹

Así las cosas, debemos entender que ¿los actos dolosos de los empleados incluidos los administradores y/o directores están cubiertos por la póliza global bancaria en su amparo de infidelidad, sin que ello este en contravía de lo dispuesto en el artículo 1055 del Código de Comercio?, la respuesta es sí, pues los empleados no son los asegurados y lo que dispone el artículo 1055 es que no es asegurable el dolo de los asegurados, esto, siempre y cuando se logre probar que dichos actos fraudulentos fueron realizados por los empleados con la intención de causar un daño a la sociedad asegurada, y no de beneficiarla, pues cuando esos empleados incluidos directores y administradores actúan de manera inmoral e incluso ilegal para beneficiar a la empresa estamos frente actuaciones que se consideran de la empresa misma, que de ninguna manera pueden entenderse amparados ni por esta póliza ni por ninguna otra.

21 EFRÉN OSSA, J. "Teoría General del Seguro" Editorial Temis Bogotá 1991. Pag. 104.

Hemos visto casos en nuestra actualidad colombiana de verdaderos entramados criminales, de empresas para delinquir, en donde sus directores y administradores toman decisiones fraudulentas o deshonestas de consuno, para beneficiar a la empresa y/o grupo empresarial, con la expectativa de que la aseguradora además la indemnice, pretendiendo sacar provecho de su propio dolo.

Lo anterior sin duda es concordante con el desarrollo que en la materia ha hecho la Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades y es que nadie puede sacar provecho de su propio dolo. Al respecto se ha dicho:

“la acción, error u omisión dolosa del asegurado no es susceptible de aseguramiento, por disposición expresa del artículo 1055 del Código de Comercio, que consagra la inasegurabilidad del dolo, como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos y, más recientemente, el 5 de septiembre de 2012(12) Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., sentencia de julio 5 de 2012, Exp. 0500131030082005-00425-01. La razón no es otra que nadie puede alegar en su favor ni en el de terceros su propio dolo o mala fe(13)Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., 23 de junio de 1958. M.P. Arturo Valencia Zea: “Nadie puede alegar a su favor, ni a favor de terceros su propio dolo o mala fe. El primer principio citado enseña que a nadie se le permite aprovecharse de su propio dolo; y que, por tanto, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la mala fe o dolo en que ha incurrido. Con razón se ha dicho que constituye inmoralidad (torpeza) pretender beneficiarse de la mala fe o dolo que alguien ha cometido; los culpables de dolo son indignos de ser escuchados por la justicia. Los Tribunales deben pagar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fe cometidos por el demandante, de acuerdo con la máxima: Nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello según advierten los autores, es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura. Es contrario, no solo a las buenas costumbres sino también al orden público, que el culpable de dolo pretenda sacar ventajas del mismo. Este principio se encuentra vigente en el derecho civil positivo. Algunos textos legales contienen aplicaciones particulares del mismo... Estas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como

derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo”²²

Todo lo anterior pone en evidencia la necesidad de la oportuna rectificación doctrinaria que hizo la Corte en la sentencia bajo análisis.

3.7.2.2. En cuanto al amparo de responsabilidad civil y el artículo 1055 del Código de Comercio:

En relación con el amparo de responsabilidad civil, en el cual la culpa grave es asegurable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1127 del mismo Código de Comercio modificado por la Ley 45 de 1990, hay que señalar que, la aparente contradicción con la prohibición de asegurar la culpa grave del asegurado del artículo 1055 del Código de Comercio no existe, tal como se verá a continuación según precisión de la jurisprudencia:

“a pesar de que ambos artículos hacen parte de la misma codificación, el 1055 corresponde a una norma general dentro del capítulo “principios comunes a los seguros terrestres”, mientras que el 1127 es norma especial para el “seguro de responsabilidad”, posterior dentro de la misma codificación y más reciente en su expedición, en consideración al cambio de que fue objeto.

“En otros términos, luego de la modificación introducida, es claro que en el “seguro de responsabilidad” los riesgos derivados de la “culpa grave” son asegurables, y, por ende, su exclusión debe ser expresa en virtud a la libertad contractual del tomador, ya que de guardarse silencio se entiende cubierto.”²³

22 Laudo Arbitral de fecha 30 de agosto de 2012. Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Demandante: Sociedad Fiduciaria en Liquidación vs Aseguradora Colseguros S.A.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 0500131030082005-00425-01 del 5 de julio de 2012. M.P.Fernando Giraldo Gutierrez.

Así las cosas, resulta claro que la asegurabilidad de la culpa grave en materia de responsabilidad civil contractual es admisible y ello no contraviene norma alguna ni del mismo estatuto mercantil ni de ninguna otra disposición legal.

Ahora bien, esta posición de la Corte Suprema de entender que la culpa grave en materia de responsabilidad civil se encuentra asegurada a menos de que haya una exclusión expresa, es discutible, pues de una parte el artículo 1127 indica que la culpa grave es asegurable, pero en ningún momento dice que la misma se encuentra asegurada en todos los casos, por lo que esa posición obedece más a una interpretación extensiva de la norma en esa sentencia, que en todo caso hay que resaltar, podría ser aplicable únicamente cuando se hable de responsabilidad civil contractual, que es cuando se debe atender la teoría de la graduación de las culpas.

3.7.3. **La Corte indicó que las actuaciones de los empleados de la asegurada pudieron estar por fuera de lo regular. Afirmación innecesaria por haberse declarado la ausencia de cobertura temporal, pero sobre todo porque para hacer una afirmación de fondo sobre los requisitos del amparo de infidelidad de la póliza global bancaria se deben verificar todos los elementos de su procedencia.**

Tal como se indicó con antelación, al haberse encontrado por la Corte la ausencia de cobertura temporal, resultaba innecesario que dicha corporación se adentrara en el estudio de fondo de los requisitos de la cobertura de infidelidad. Sin embargo, al final de la sentencia, en todo caso, la Corte hizo una apreciación, respecto de la cual debe hacerse reproche, y es que manifestó que el actuar de los empleados de la asegurada si pudo estar por fuera de lo regular, pero que en todo caso estaban por fuera de cobertura de la póliza.

Al respecto es menester señalar que el amparo de infidelidad, de conformidad con la referida clausula DHP 84 debe observar unos elementos muy claros, de una parte, debe encontrarse acreditada la existencia de un acto deshonesto o fraudulento realizado por uno o más empleados del asegurado, con la intención manifiesta de causarle un daño a la entidad asegurada, de tal suerte que, si la Corte no se adentró a examinar cada uno de esos

elementos, mal puede indicar que las actuaciones de los empleados de la asegurada estuvieron por fuera de lo regular.

En efecto, si hubiera sido necesario adentrarse en ese estudio, la Corte hubiera tenido que entrar a mirar por ejemplo, si esas operaciones calificadas por la Superintendencia como inseguras, fueron en beneficio de la empresa o fueron realizadas para causarle un perjuicio, pues si fuera lo primero, es decir, si esas operaciones se realizaron para causarle un beneficio a la empresa, de ninguna manera puede entenderse que el empleado fue infiel, por el contrario, fue tan fiel a la empresa que incluso actuó de manera ilícita para causarle un beneficio, caso en el cual hubiera tenido que entrar a desentrañar si en efecto se trataba de un dolo corporativo, lo cual de todas maneras no estaría cubierto por ninguna póliza.

Es necesario señalar, en ese sentido que la calificación de practica insegura por parte de la Superintendencia financiera, no indica per se un acto deshonesto o fraudulento del empleado en contra de la empresa asegurada.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, SALA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA DE ENERO 25 DE 2017.
RAD. 25001-23-26-000-2008-00090 (48887). CONSEJERO PONENTE: MARTA
NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

4.1. Hechos relevantes.

- FINAGRO realizó operaciones de redescuento con un Fondo Ganadero, con destino a créditos de inversión para la adquisición de embriones de ganado bovino, con intermediación de una entidad financiera, cuyos beneficiarios fueron empresas fachadas presuntamente ligadas al narcotráfico.
- Así mismo, realizó operaciones de redescuento con destino a un proyecto de siembra y cultivo de caucho, en donde se autorizó de manera irregular un extracupo.

- Los recursos adicionales para el cultivo de caucho fueron desviados mediante un desfalso fraguado al interior de FINAGRO, con el concurso y la complicidad de algunos de sus empleados, para prepagar obligaciones de los supuestos ganaderos beneficiarios del proyecto redescantado a través de la entidad financiera.
- FINAGRO había suscrito con una aseguradora, las pólizas globales bancarias correspondientes a las vigencias de 2005 -2006, 2006 – 2007 y 2007 – 2008, en las que estaban amparados, entre otros, el riesgo de infidelidad y/o deshonestidad de empleados, por lo que presentó reclamación en la segunda vigencia de estas pólizas alegando falsedad de los títulos valores redescantados, que no fueron pagados y que dos de sus funcionarios habían facilitado información reservada al Fondo Ganadero que entorpeció la investigación administrativa que adelantó para cancelar las garantías otorgadas a dicho Fondo.
- De la falsedad material de los títulos valores FINAGRO conoció tan solo cuando los mismos le fueron remitidos por la liquidación del Fondo Ganadero, momento en el cual también conoció que las garantías reales que habían sido constituidas en favor de los créditos habían sido canceladas de manera deliberada.
- Expuso FINAGRO que para la renovación de la póliza del año 2006 a 2007, informó a la aseguradora que existía una investigación por las irregularidades presentadas con el Fondo Ganadero por lo que, con posterioridad a la adjudicación del contrato de seguro, la aseguradora pretendió incorporar exclusiones en la póliza al respecto.
- Finalmente, FINAGRO presentó aviso de siniestro por las operaciones realizadas con el Fondo Ganadero a que se refiere la demanda a través de su corredor el 7 de septiembre de 2007, quien a su vez radicó formalmente ante la aseguradora la reclamación con todos los documentos necesarios para probar ocurrencia y cuantía del siniestro el 3 de diciembre de 2007, sin respuesta alguna por parte de la misma.

4.2. Problema jurídico.

- a) ¿Desde qué momento debe contarse el término de caducidad de la acción de controversias contractuales impetrada por una entidad pública para reclamar el amparo de infidelidad y riesgos financieros que contrató en el giro ordinario de su actividad?
- b) ¿Se cumplieron en el presente caso los requisitos para que se entendiera ocurrido un siniestro de infidelidad?

4.3. Fallos de instancia.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de descongestión, profirió sentencia el 17 de mayo de 2013, en la cual declaró la caducidad de la acción contractual sin hacer ninguna consideración de fondo sobre el contrato de seguro.

4.4. Fundamentos del fallo de primera instancia.

- El *A quo* dispuso que la caducidad de la acción de controversias contractuales debía contarse a partir del otorgamiento de la póliza inicial, es decir, de la póliza vigente para el año 2005 a 2006, observando lo dispuesto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, numeral 10, literal e),²⁴ a falta de norma especial.

24 Artículo 136 Caducidad de las acciones (...) 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) e) La nulidad absoluta del contrato podrá ser alegada por las partes contratantes, por el Ministerio Público o cualquier persona interesada, dentro de los dos (2) años siguientes a su perfeccionamiento. Si el término de vigencia del contrato fuere superior a dos (2) años, el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco (5) años contados a partir de su perfeccionamiento. En ejercicio de esta acción se dará estricto cumplimiento al artículo 22 de la ley "por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia", y f) La nulidad relativa del contrato, deberá ser alegada por las partes dentro de los dos (2) años, contados a partir de su perfeccionamiento."

- Como la demanda se presentó a finales del año 2008, esto es, más de dos años después del otorgamiento de esa primera póliza, el Tribunal encontró probada la caducidad de la acción.

4.5. Recurso de Apelación.

A través de apoderado judicial, FINAGRO interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia aduciendo como argumentos de inconformidad los siguientes:

- Adujo que de conformidad con el literal b) del artículo 136, la acción podría presentarse a más tardar dentro de los dos años siguientes, contados desde la terminación del contrato; por consiguiente, no opera el fenómeno de la caducidad.
- Así mismo, señaló que no se configuró la caducidad de la acción, como quiera que la póliza de infidelidad y riesgos financieros opera bajo la modalidad de “*descubrimiento*”, lo que implica que en estas pólizas tan solo se configura el siniestro cuando el asegurado descubre el hecho deshonesto o fraudulento cometido por sus empleados con el propósito de causarle una pérdida y que es a partir de ese momento que pueden empezar a contarse los dos años para interponer las acciones derivadas del contrato de seguro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio. Resalta que, para el mes de abril de 2006, aún no se habían descubierto todas las irregularidades que llevarían a la demandante a concluir que se encontraba ante un siniestro.
- Señaló que el material probatorio demuestra que FINAGRO tuvo conocimiento de las irregularidades y de la complicidad de los hechos a mediados del año 2007, por lo que la demanda interpuesta el 28 de febrero de 2008, no está afectada del fenómeno jurídico de la caducidad.

4.6. Decisión y consideraciones del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar declaró responsable a la aseguradora del pago de la indemnización derivada del contrato de seguro a favor de FINAGRO. Para adoptar la decisión anterior, el Consejo de Estado efectuó el siguiente estudio fáctico y jurídico:

- Determinó que la norma aplicable respecto del cómputo del término de caducidad de la acción contractual en materia contencioso administrativa, era la señalada en el literal b) numeral 10 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo²⁵, concediendo la razón al abogado de la parte demandante en cuanto a que no había operado el fenómeno de la caducidad, pues la demanda fue presentada dentro de los 2 años siguientes a la terminación del contrato, en este caso dentro de los dos años siguientes a la terminación de la vigencia de las pólizas.
- Señaló que FINAGRO es una entidad financiera de carácter estatal, respecto de la cual los contratos que versan sobre el giro ordinario de su negocio quedan excluidos del régimen de contratación pública, (Ley 80 de 1993), por lo que la normatividad aplicable respecto de las pólizas globales bancarias de esa entidad es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las demás normas que de manera especial regulan el seguro.
- Dispuso que los contratos de seguros instrumentados a través de la póliza global bancaria a favor de entidades financieras de carácter estatal no cuentan con el imperativo legal de adelantar la etapa de liquidación, por lo que dicha situación no tiene consecuencia alguna en el cómputo de la caducidad de la acción contractual, razón por la cual el literal b del numeral 10 del artículo 136 del Código contencioso administrativo es el aplicable en materia de caducidad.

25 Artículo 136: Caducidad de las acciones: (...) 10. En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento. (...) b) En los que no requieran de liquidación, a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa;”

- Ahora bien, el Consejo de Estado también adelantó el estudio de la prescripción derivada del contrato de seguro, para lo cual estableció que el régimen aplicable es el consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio. Determinó al respecto que en el presente caso no trascurrieron más de dos (02) años desde que FINAGRO tuvo conocimiento de los hechos constitutivos del siniestro, (prescripción ordinaria), esto es, el 21 de abril de 2006, por lo que concluyó, que no se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción en el presente caso.
- Una vez el Consejo de Estado aclaró el tema de la caducidad de la acción de controversias contractuales y de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros, se adentró al estudio de fondo de la póliza global bancaria de Seguros Colpatria S.A., cuyo tomador era FINAGRO, en donde logró establecer que, de acuerdo a la fecha de ocurrencia de los hechos, 21 de abril de 2006, la póliza vigente era la segunda que había sido contratada para el periodo 2006 a 2007.
- Posteriormente, luego de un detallado análisis normativo y probatorio, el Consejo de Estado determinó que las operaciones de redescuento realizadas por FINAGRO se sujetaron al ordenamiento jurídico, no obstante, de conformidad con el acta del Comité de Crédito y Cartera de la entidad financiera, celebrado el 16 de diciembre de 2005, se aprobó un extracupo rebasando los manuales de la entidad, es por ello que a partir de esa fecha se dio inició la materialización del siniestro, lo cual desembocó en los desembolsos subsiguientes y en el desvío de fondos alegado.
- Así las cosas, la Honorable Corporación encontró que los hechos ocurridos en relación con la autorización del extracupo rebasando los lineamientos de la entidad sí se encontraban amparados por la póliza de infidelidad y riesgos financieros en tanto que la asegurada sufrió una pérdida con ocasión de dichos actos indebidos de sus empleados, razón por la cual declaró la obligación a cargo de la Aseguradora, de pagar la indemnización a la demandante por este siniestro.

- No obstante lo anterior, el Consejo de Estado denegó las pretensiones de reconocimiento de las pérdidas imputables a la falsificación de los pagarés, por cuanto no fueron actos realizados por los empleados de la asegurada.
- Finalmente, declaró no probadas las excepciones presentadas por la aseguradora.

4.7. Evaluación crítica.

4.7.1. En relación con la Caducidad de la acción de controversias contractuales para discutir temas propios de la póliza global bancaria:

Será lo primero señalar que sobre la institución de la caducidad la jurisprudencia constitucional ha convenido que:

"... la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado"²⁶

Bajo ese entendido y sin que hubiera discusión en cuanto a la concepción de esa figura procesal, el Consejo de Estado revisó en la sentencia bajo análisis la decisión del Tribunal en relación con la Caducidad de la acción de controversias contractuales adelantada en este caso para dirimir un conflicto en torno a una póliza global bancaria.

En efecto, el Juez administrativo en primera instancia decidió contar el término de caducidad desde el momento mismo en que se perfeccionó el contrato de seguro, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 136 numeral 10, literal e) del CCA, esto es desde que se suscribió la primera vigencia de la póliza.

²⁶ Sentencia C-574/98, mediante la cual la Corte Constitucional decidió declarar "EXEQUIBLE el aparte demandado del artículo 136 del C.C.A.". En esa oportunidad la Corte estudió el término de caducidad de la acción contractual.

Como los actos presuntamente deshonestos o fraudulentos de los empleados de la entidad asegurada tan solo se descubrieron en la segunda vigencia de esta póliza, al contar los dos años de caducidad desde que se suscribió la primera vigencia de la misma, el Tribunal concluyó que la acción había caducado. Siguiendo esta interpretación prácticamente se hace imposible adelantar dicha acción de controversias contractuales para dirimir las diferencias en torno al dicho contrato de seguro, pues bajo esa perspectiva, solo sería posible intentar la acción de controversias contractuales respecto de la primera vigencia de la póliza global bancaria, ya que respecto de las demás vigencias la oportunidad para impetrar la acción prácticamente nacería caducada.

Esta posición del Tribunal resulta ser absolutamente inadmisibles e incompatible desde todos los ángulos con el derecho de los contratantes a ejercer las acciones propias del contrato de seguro respecto de todas y cada una de sus vigencias de manera independiente, pero además es completamente contradictorio con las normas de prescripción consagradas en el Código de Comercio para las acciones propias del contrato de seguros.

Ahora bien, el Consejo de Estado para aclarar esta situación tan contradictoria que generó el Tribunal en primera instancia en relación con la caducidad, indicó que en el caso concreto ese término debía contarse de acuerdo con lo dispuesto en el literal b del numeral 10 del artículo 136 del CPACA, en consideración a que Finagro es una entidad financiera de carácter estatal, cuyos contratos, en tanto correspondan al giro ordinario de su objeto social, se exceptúan del régimen de contratación de la administración pública de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁷ y que según lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Reglamentario 679 de 1994 la póliza global bancaria se entiende incluida dentro del giro ordinario de dichas entidades financieras.

²⁷ “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades”.

Así las cosas, el Consejo de Estado concluyó que este contrato de seguro no pertenece al tipo de contrato que de conformidad con las normas de contratación de derecho público deben ser sometidos a liquidación y por lo tanto estableció que el término de caducidad debe ser contado en estos casos desde la terminación del contrato por cualquier causa de conformidad con el ya mencionado literal b) del numeral 10 del artículo 136 del CPACA.

Ha de observarse que en el caso concreto se estableció por parte del Consejo de Estado que la fecha de terminación del contrato era la fecha de terminación de la vigencia del mismo, momento desde se contaron los dos años de la caducidad previsto en la norma, para concluir que no operó la caducidad de la acción.

Esta posición, es más razonable y ajustada a derecho y nos permite identificar unos elementos claves para la aplicación de la caducidad de la acción de controversias contractuales cuando el debate recae sobre una póliza global bancaria, elementos que me permito resaltar así:

- a) Las entidades financieras de carácter estatal se rigen por el Estatuto orgánico del sistema Financiero y demás normas que regulan la actividad. Todos los contratos que celebren dichas entidades en el giro ordinario de su objeto social se entienden excluidos de la ley de contratación pública.
- b) La póliza global bancaria se rige igualmente por lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y por lo dispuesto en el Código de Comercio y por lo tanto cuando ha sido contratada por una entidad financiera del sector público, no requiere liquidación de conformidad con la ley de contratación pública.
- c) La póliza global bancaria es una póliza exclusiva para entidades del sector financiero.
- d) De conformidad con el Decreto reglamentario 679 de 1994 la póliza global bancaria se entiende incluida dentro del giro ordinario de la actividad de las entidades financieras.

- e) La caducidad de la acción de controversias contractuales adelantada por una entidad financiera de carácter estatal, cuya controversia recaiga sobre una póliza global bancaria, debe contarse desde el momento que dicha póliza termina.

Revisadas algunas sentencias del Consejo de Estado, la primera evaluación que hace dicha entidad para definir cuál de los literales del numeral 10 del artículo 136 del CPACA es el aplicable para contar el término de caducidad cuando la discusión versa sobre un contrato de seguro, es si dicho contrato requiere o no liquidación de conformidad con las normas de contratación pública y para ello debe entrar a revisar cual es la naturaleza jurídica de los intervinientes en dicho contrato de seguro, el régimen que las gobierna y el tipo de póliza que ocupa el debate. En efecto, como se puede ver, son varios los elementos que deben ser revisados por el Juez administrativo al momento de hacer control de legalidad sobre la caducidad.

4.7.2. El Consejo de Estado en su análisis de la prueba se quedó corto al momento de definir si las actuaciones fraudulentas de los empleados de la asegurada fueron realizadas con la intención de causarle el perjuicio aducido.

Es preciso retomar que la póliza global bancaria cubre múltiples riesgos que amenazan las empresas del sector financiero, entre esas coberturas encontramos unas básicas que son: (i) Infidelidad de empleados; (ii) Falsificación de cheques y otros documentos; (iii) Falsificación extendida; (iv) Falsificación de moneda; (v) Pérdida de derechos de suscripción; (vi) Daños a oficinas y contenidos; (vii) Gastos de defensa. Así como también encontramos dos coberturas anexas como son la de crimen por computador y la de responsabilidad profesional o PI.

El estudio del Consejo de Estado, superado el análisis sobre caducidad y prescripción en el presente caso se centró en establecer si procedía el amparo de infidelidad de empleados pactado en la póliza global bancaria. Para ello señaló que analizaría los cuatro aspectos de la cobertura que son concretamente:

- a) La existencia de una pérdida en cabeza de la asegurada
- b) Causada por actos deshonestos y/o fraudulentos
- c) Cometidos por sus empleados (solos o en complicidad de terceros)
- d) Con la intención manifiesta de hacer que la asegurada sufra dicha pérdida.

Estos elementos de la cobertura requieren un análisis profundo sobre el material probatorio allegado al proceso, respecto de lo cual hay que resaltar que el Consejo de Estado se esforzó en gran medida por realizar ese análisis, sin lograr finalmente encontrar la prueba de la infidelidad. Muy a pesar de ello, decidió declarar que procedía la indemnización a FINAGRO bajo el amparo de infidelidad de la póliza global bancaria, lo cual merece las siguientes críticas:

4.7.2.1. En relación con los actos deshonestos o fraudulentos:

El Consejo de Estado señaló que el acto infiel de los empleados de FINAGRO en el presente caso fue el otorgamiento del extracupo al Fondo Ganadero del Caquetá muy a pesar de que la Junta Directiva había negado dicha solicitud.

Analizó para el efecto la Honorable Corporación las actuaciones de los empleados de FINAGRO, el conocimiento de los mismos de la decisión de la Junta Directiva de no conceder el extracupo al Fondo Ganadero, su participación en la decisión de otorgarlo en contravía de lo indicado por la Junta, sus calidades profesionales y el alcance de sus funciones para efectos de establecer si dichos empleados tenían la capacidad de tomar la decisión reprochada y comprendían la dimensión de sus actos. Sin embargo, a pesar del detallado estudio, perdió de vista la Corporación que con su análisis lo que encontró probada fue la intención manifiesta de algunos empleados de FINAGRO de otorgarle un extracupo al Fondo Ganadero, pero de ninguna manera que dichos empleados hayan aprobado el extracupo para que el Fondo Ganadero malversara esos recursos. En otras palabras, faltó encontrar en este proceso la prueba que permitiera llegar a la conclusión de que los empleados de la asegurada fueron infieles a su empleador, pues de ninguna manera conceder un extracupo puede considerarse un acto infiel.

Sin la existencia de esa prueba, podrían considerarse algunas hipótesis, que de entrada dejarían sin efecto la cobertura de infidelidad de empleados, pues por ejemplo, los empleados de FINAGRO podían haber ignorado la negativa de la Junta directiva de otorgar el extracupo, desatendido la solicitud de dicho órgano directivo de someter al comité de auditoría el estudio de los límites de redescuento e inobservado los manuales internos de la entidad, pero por considerar que FINAGRO era un cliente fuerte que traería buenos intereses a la entidad y en consecuencia buenas comisiones, sin imaginar jamás que precisamente esa Entidad Financiera cometería tales actos de defraudación y malversación de recursos.

4.7.2.2. En cuanto a la calidad de empleados:

En la sentencia no observo el Consejo de Estado, cuál era el tipo de vinculación que tenía cada uno de los involucrados en la investigación con FINAGRO. Esto era de gran importancia pues generalmente estas pólizas de infidelidad traen pactada una exclusión respecto de los miembros de Junta directiva, que suelen no ser empleados de la asegurada.

No revisó el Consejo de Estado, por ejemplo, si el secretario general de la Junta directiva que conoció la negativa de otorgar el extracupo por dicho órgano y que posteriormente participó en el comité de crédito y cartera que efectivamente lo aprobó, era un empleado de FINAGRO o no, pues el cargo de la secretaria de la Junta Directiva no necesariamente es ejercido por un empleado de la entidad asegurada.

4.7.2.3. En relación con la intención manifiesta de causar un daño a la asegurada:

El Consejo de Estado interpretó de manera adecuada el hecho de que la póliza global bancaria no exigía que la conducta deshonesto o fraudulenta estuviera calificada como un ilícito penal o fiscal de tal suerte que la cobertura de la póliza no dependía de una sentencia penal o fallo condenatorio por parte de la Contraloría, razón por la cual para analizar el elemento intencional se basó en lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil, a fin de

determinar si en el presente caso la presunta conducta de los empleados se había llevado a cabo con culpa levísima o culpa leve que no estarían cubiertas por el amparo de infidelidad de empleados, o por culpa grave que se asemeja al dolo y que por lo tanto cabe dentro de dicho amparo.

En efecto, dentro del proceso se probó que las actuaciones de los empleados de la asegurada fueron realizadas con culpa grave asemejable a dolo, pero lo que no entendió el Consejo de Estado con claridad es que lo que hicieron esos empleados con culpa grave asemejable al dolo fue conceder un extracupo únicamente. Lo que precedió a la concesión de ese extracupo, no estaba bajo control de esos empleados de la asegurada, pues de esa parte se encargó el Fondo Ganadero, sin que se probara dentro del proceso que en esa etapa actuaran de común acuerdo el Fondo y los empleados de FINAGRO.

4.7.2.4. En relación con la pérdida:

En el proceso se acreditó que hubo un extracupo superior a los treinta mil \$ 30.000.000.000, sin embargo, no se estudió cual fue la suma que efectivamente se perdió en los manejos indebidos del Fondo Ganadero.

Adicionalmente dentro del proceso se mencionó que uno de los presuntos empleados de FINAGRO, al salir de la entidad, asesoró al Fondo Ganadero para proponer compromisos de pago a FINAGRO que permitieran evitar el siniestro de las operaciones de crédito. En el expediente se observa el dicho:

“(...) el doctor Reyes Gómez (...). Reconoció que participó en uno de los comités de crédito en que se aprobaron los redescuentos del Fondo Ganadero del Caquetá. Explicó que tuvo un contrato de prestación de servicios con el Fondo Ganadero del Caquetá S.A., con posterioridad a su desvinculación de FINAGRO, y afirmó que esa asesoría buscó coadyuvar la respuesta a los requerimientos que le hacía la Superintendencia Financiera de Colombia al Fondo Ganadero del Caquetá S.A. y procurar un acuerdo de pago con

FINAGRO “que permitiera evitar el siniestro de las operaciones de crédito”, esto es, la aceleración de los créditos a través de compromisos de pago”

De lo anterior, se infiere que hubo algunos acercamientos para conciliar, pero no se concreta si esa conciliación o acuerdo se llevó a cabo, pues si así fue, la pérdida en el presente caso sería mucho menor a lo planteado en la sentencia. Sin embargo, sobre este punto no se hizo ningún análisis.

Finalmente, la relación de causalidad entre los actos realizados por los presuntos empleados de la asegurada y el daño causado no encuentran correspondencia. Como se ha dicho, muy a pesar de la conclusión del Honorable Consejo de Estado, lo cierto es que el hecho de que los empleados de la asegurada hayan autorizado un extracupo no los convierte en responsables del daño causado por las actuaciones del Fondo Ganadero, lo cual hace que el presente caso no hubiera realmente prueba de la infidelidad, pues se reitera la aprobación del extracupo no necesariamente indica que hubiera una actuación infiel de uno o varios empleados de la asegurada.

5. CONCLUSIONES.

Las sentencias analizadas, nos permiten entender aspectos relevantes de este tipo de pólizas tan especializadas, en las que vemos que el análisis probatorio, con la implementación de las modalidades de cobertura (descubrimiento y reclamación o *clames made*) ha cobrado mucha importancia, puesto que la complejidad de los riesgos y su ejecución en el tiempo, requieren un entendimiento de diversos temas financieros y la capacidad de diferenciar en muchos casos cuando se está frente a un acto infiel, deshonesto, negligente o imprudente, y cuando estamos en frente simplemente de decisiones de mercado o de decisiones comerciales, que no están cubiertos por ser riesgos propios de la operación del asegurado.

El desarrollo de estas pólizas ha impulsado el sector financiero y lo ha apalancado, le ha permitido incursionar en negocios cada vez más complejos y más especializados, sin embargo, también ha exigido un esfuerzo muy grande por parte del sector asegurador y de

los jueces porque precisamente se han visto enfrentados a negocios financieros en donde la experticia de los temas hace que el fraude sea mucho más sofisticado y enredado.

Adicionalmente encontramos que estas pólizas aún son muy nuevas dentro del derecho de seguros, y, por tanto, la jurisprudencia también está en desarrollo, pues cada vez los operadores judiciales conocen y entienden mejor estas pólizas. Sin embargo, no deja de preocupar que siendo estos temas tan complejos, se empiecen a abarcar de manera superficial en las primeras instancias, pues hay una realidad que nos aqueja en nuestro sistema de justicia y es la implementación de la oralidad, que exige celeridad en las decisiones de los jueces, que cada vez están más presionados y menos preparados para enfrentarse con rapidez y eficiencia en sus decisiones a estos productos especializados del derecho de seguros, entre otros muchos temas.

6. BIBLIOGRAFÍA.

6.1. Doctrina.

- DURKHEIM, Emilie. “Las reglas del método sociológico”. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1986.
- NARVÁEZ BONET, Jorge Eduardo. “El contrato de seguro en el sector financiero”. Librería Ediciones del Profesional. Segunda edición. Bogotá. 2004.
- OSSA G., J. Efrén. “Teoría General del Seguro”. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 1991.
- PERÁN ORTEGA, Juan “La responsabilidad civil y su seguro”, Editorial Tecnos S.A.; Madrid, 1998.
- PICARD Y BENSON, “Les assurances terrestres en droit francais, 2 ème édition”, tome premier, Le contrat d’assurance, Paris, L.G.D.J., 1964.

- VANEGAS FRANCO, Alejandro, “Cuestiones de Seguros”, Colombo Editores, Bogotá: 1996.

6.2. Jurisprudencia.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Rad. 11001-03-26-000-1995-01575-01. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de julio de 2005.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B- Sentencia de fecha 19 de junio de 2013, Rad. 25000-2326-000-2000-02019-01. (25472). CP. Danilo Rojas Betancourth.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11001-03-26-000-1995-01575-01. Rad. 11575. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de fecha 06 de julio de 2005.
- Corte Constitucional, sentencia C-574/98.
- Sentencia de Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil Referencia: C-1100131030432004-00524-01 9 de Agosto de 2010 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Exp. 0500131030082005-00425-01 del 5 de julio de 2012. M.P. Fernando Giraldo Gutierrez.

6.3. Laudos.

- Laudo Arbitral de fecha 30 de agosto de 2012. Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Demandante: Sociedad Fiduciaria en Liquidación vs Aseguradora Colseguros S.A.

6.4. Leyes.

- Ley 389 de 1997.
- Código de Comercio.
- Código Civil.

Firma:

Julieth Patricia Cano Villanueva

Abogada – Universidad del Cauca

Especialista en derecho Comercial y Tributario - Universidad del Rosario

Especialista en derecho de Seguros - Universidad Javeriana.