

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO
Bogotá, D.C., nueve (09) de julio de dos mil veinte (2020)

Proceso:	Verbal de mayor cuantía
Radicación:	11001-31- 03-005-2015-00798-00
Demandante:	Transatlantic International Traders Inc
Demandada:	Liberty Seguros S.A.
Llamada en garantía:	Afg Group International Co Inc

ASUNTO

Agotadas las etapas propias del proceso, el juzgado profiere sentencia en este asunto, previo el siguiente estudio.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, la sociedad Transatlantic International Traders Inc instauró demanda en contra de Liberty Seguros S.A., solicitando:

1. Pretensiones

1.1. Declarativas

1.1.1. Se declare la ocurrencia del siniestro de buen manejo y correcta inversión del anticipo, amparado por Liberty Seguros S.A., según el contrato de seguro contenido en la póliza No. 2220854, por el incumplimiento de la sociedad Afg Group International Co Inc, en invertir y dar buen uso al anticipo entregado por la demandante.

1.1.2. Se declare la ocurrencia del siniestro de cumplimiento amparado por Liberty Seguros S.A, mediante el aludido contrato de seguro, por incumplimiento total del contrato de consultoría empresarial para estudio técnico, económico, diseño y asesoría para la implementación de una planta para generación de etanol a partir de la caña de azúcar, en la Hoya del río Suarez, Departamento de Santander, y consultoría del negocio en general, suscrito el 4 de julio de 2013 entre Afg Group International [contratista] y Transatlantic International Trader Inc.[contratante]

1.1.3. Se declare que Liberty Seguros S.A, incumplió su obligación de pagar la indemnización por la ocurrencia del siniestro, frente a los amparos de anticipo, y cumplimiento.

1.2. Condenatorias

1.2.1. Se condene a Liberty Seguros S.A. pagar a Transatlantic International Traders Inc, la indemnización por UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES de los Estados Unidos de América (USD 1.250.000), o lo que se llegare a probar en el proceso, por la ocurrencia del siniestro de buen manejo del anticipo amparado mediante póliza 2220854, más los intereses moratorios liquidados sobre dicha cantidad, a partir del 19 de marzo de 2014 o la fecha que se establezca como formalización del reclamo al asegurador, o en subsidio, a partir de la fecha en que se notifique el auto admisorio de la demanda.

1.2.2. Se condene a Liberty Seguros S.A, pagar a Transatlantic International Trader Inc, la indemnización por DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES de los Estados Unidos de América (USD 250.000), o lo que se llegare a probar en el proceso, por la ocurrencia del siniestro de cumplimiento amparado con la póliza 2220854, debido a los perjuicios causados a la demandante por el incumplimiento del contrato de consultoría suscrito entre Transatlantic International Traders Inc y Afg Group International Inc, y los intereses moratorios liquidados, también a partir del 19 de marzo de 2014, o la fecha que se establezca como formalización del reclamo al asegurador, o en subsidio, a partir de la fecha en que se notifique el auto admisorio de la demanda.

1.2.3. Se condene a Liberty Seguros S.A, a pagar las costas y agencias en derecho.

2. Fundamento fáctico

Estas pretensiones se apoyan en los siguientes hechos

2.1. El 4 de julio de 2013 se celebró el contrato de consultoría AFG-TA-ACLD-0613 entre Transatlantic International Traders Inc, [en adelante **TIT**], y la sociedad Afg Group International Co Inc, [en adelante **AFGI**], cuyo objeto fue la prestación de servicios de consultoría empresarial para el estudio técnico, económico, diseños y asesoría para la implementación de una planta generadora de etanol a partir de la caña de azúcar en la región de la Hoya del rio Suárez en el Departamento de Santander, y consultoría del negocio en general.

2.2. El valor del contrato se pactó en DOS MILLONES QUINIENTOS MIL DOLARES AMERICANOS (USD 2'500.000,00), que se pagarían así: **(i)** UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (USD 1'250.000,00) a título de anticipo, y **(ii)** UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA DOLARES (USD 1'250.000,00) al finalizar el objeto del contrato. Su plazo se pactó en 180 días.

2.3. Liberty Seguros S.A, [en adelante la aseguradora], expidió la póliza de cumplimiento entre particulares No. 2220854, cuyo objeto era garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo de AFGI, en virtud de la ejecución del contrato AFG-TA-ACLD-0613.

Los amparos, vigencias y valores asegurados fueron los siguientes:

Cumplimiento del contrato:	USD 250.000	04-07-2013 al 04-03-2014
Anticipo:	USD 1'250.000	04-07-2013 al 04-03-2014

2.4. El 17 de julio de 2013 mediante transferencia electrónica No. 0400-000417, **TIT** pagó a **AFGI** el valor del anticipo por **USD 1'250.000,00**.

2.5. AFGI no cumplió las obligaciones derivadas del contrato [*de consultoría*], ni invirtió el anticipo conforme a lo pactado, pese a que en reiteradas oportunidades se le pidió los avances del contrato.

2.6. Mediante comunicación de 27 de febrero de 2014, **TIT** solicitó a la **Aseguradora**, el pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro en los amparos de anticipo y cumplimiento, otorgados a través de la póliza 2220854.

2.7. El 28 de febrero de ese año, el Director de Indemnizaciones de la **Aseguradora** solicitó a **TIT** documentos para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1077 del Código de Comercio, a propósito de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro.

2.8. El 19 de marzo de 2014, **TIT** dio respuesta y allegó la documentación requerida por la **Aseguradora**, demostrando la ocurrencia y cuantía del siniestro, con excepción de la [*documentación*] que no resultaba pertinente en relación con un contrato de consultoría, como el aquí amparado.

2.9. Mediante comunicación del 9 de junio de 2014, la **Aseguradora** objetó de forma extemporánea la solicitud de indemnización.

2.10. En esta comunicación, la **Aseguradora** no demuestra los hechos que la exoneren de responsabilidad para el pago de la indemnización, y hace afirmaciones sin sustento fáctico ni legal, por lo que su objeción no es seria ni fundada.

2.11. El amparo de correcta inversión del anticipo cubre al asegurado de los perjuicios padecidos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista haga de los recursos entregados como anticipo, para la ejecución del contrato de consultoría.

TIT ha sufrido un grave perjuicio en la medida en que, procedió al desembolso del anticipo conforme a lo pactado, el cual no fue debidamente invertido, causando una disminución de su patrimonio “...hecho que por sí solo demuestra el perjuicio”

2.12. La **Aseguradora** no ha demostrado que la suma por dicho concepto (un millón doscientos cincuenta mil dólares), se hubiese invertido en el proyecto, tal como lo prevé la cláusula octava de las condiciones generales de la póliza No. 2220854.

2.13. En cuanto al amparo de cumplimiento, éste cubre al asegurado de los perjuicios derivados del incumplimiento imputable al garantizado, frente a las obligaciones contenidas en el contrato garantizado.

2.14. El incumplimiento de **AFGI** ha generado enormes perjuicios económicos a **TIT** consistentes en la no entrega del proyecto, por lo que “*debió cancelar perjuicios la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 250.000), dado que, a su vez mi mandante fue declarada incumplida por parte del FONDO DE INVERSIÓN creado para desarrollar proyectos energéticos.*”

2.15. El incumplimiento del contrato de consultoría fue informado en diversas oportunidades a la **Aseguradora**.

3. Desarrollo procesal

3.1. Repartida al juzgado la demanda, ésta fue admitida mediante auto proferido el 4 de febrero de 2016¹, del cual se notificó personalmente la **Aseguradora** a través de apoderado judicial², quien en tiempo dio contestación a cada uno de sus hechos, se opuso a las pretensiones allí formuladas, propuso excepciones previas³ y de mérito⁴, y además, llamó en garantía a la sociedad **AFGI**⁵.

¹ Folio 58, cuaderno 1.

² Acta de notificación a folio 59, del cuaderno 1.

³ Folios 1 a 4 del cuaderno 3.

⁴ Escrito de contestación de la demanda a folios 133 a 167 del cuaderno 1.

⁵ Folios 49 a 52 del cuaderno 2.

3.2. Excepciones previas. De las propuestas por la Aseguradora, únicamente tuvieron resolución favorable las denominadas “Inexistencia del demandante” e “Indebida representación del demandante”⁶, situación que implicó exigir de este extremo del proceso (el actor), la aportación de la prueba de su existencia y representación legal. Presentados los documentos omitidos, la Aseguradora y la sociedad llamada en garantía cuestionaron su idoneidad y la ausencia de un pronunciamiento expreso por parte del juzgado sobre la calificación de los mismos, a propósito de verificar si con los documentos allegados se corregía la demanda, debate que, en todo caso, luego de la proposición de una solicitud de nulidad, tras ser rechazada por el juzgado, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en providencia 23 de julio de 2019 resolutoria de un recurso de apelación, dio por superado al señalar “...no es admisible que los impugnantes esgriman la existencia de una irregularidad que supuestamente se estructuró desde el mes de julio de 2017 y pretendan que se declare a estas alturas, casi dos años después, con el pretexto de que no se había abierto la posibilidad de hacerlo ante el juez de conocimiento”. A renglón seguido añadió “De hecho, si consideraba que los documentos a los que hizo mérito el despacho en el auto de 16 de julio de 2017, no eran lo suficientemente idóneos para que continuara el trámite del proceso, debieron controvertir la providencia en ese momento, pues resulta evidente que si en esa data se señaló fecha y hora para la práctica de la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, el asunto supero el trámite de las excepciones previas para entrar al estudio de las de mérito.”

3.3. Excepciones de mérito. La Aseguradora propuso las siguientes:

3.3.1. Inexistencia de obligación a cargo de Liberty frente a Transatlantic por mala fe del tomador y del asegurado y beneficiario. Señala su proponente que existen hechos de los cuales se puede inferir que tanto el tomador de la póliza, y el asegurado y beneficiario incurrieron en conductas contrarias a la buena fe contractual porque: (i) No existió anticipo alguno pagado por **TIT** a **AFGI** en desarrollo del contrato garantizado; (ii) El documento de transferencia electrónica aportado por **TIT** corresponde a una transferencia de otro contrato celebrado entre **AFGI** y el fondo de Inversión CIG Energy Fund Inc; (iii) Este documento alude como concepto de la transferencia “*RFB/ PARA CANCELAR ACUERDO// INVERSIÓN*” y no al contrato de consultoría garantizado; (iv) El domicilio registrado en las coordenadas bancarias de la sociedad **AFGI** y el denominado Fondo de Inversión CIG Energy Fund Inc, es el mismo; (v) Los representantes de las sociedades **AFGI** y el Fondo de Inversión CIG Energy Fund Inc, son los mismos; (vi) El monto de USD1’250.000,00 que según el contrato “Master Profit – Sharing, Partnership Agreement, Reference No: Transaction CODE: AFG/TA/ACLD – 0613”, debe entregar CIG Energy Fund Inc, es la misma suma que **TIT** debe

⁶ También se plantearon como excepciones previas: “Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales” y “Prescripción”

entregar a **AFGI**, según el contrato de consultoría garantizado; (vii) Jamás se suscribió acta de iniciación del contrato de consultoría; (viii) El incumplimiento y los perjuicios que **TIT** dice haber sufrido, los pretende probar valiéndose de un supuesto fondo de inversión, denominado CIG Energy Fund Inc, del cual son representantes las mismas personas que representan a **TIT**, y cuyas direcciones de domicilio registradas en las coordenadas bancarias son las mismas. Estas sociedades [*TIT y CIG Energy Fund Inc*] contrataron ambas con **AFGI**; (ix) Los anteriores hechos y otros que se probaran en el proceso constituyen prueba de la existencia de mala fe en la reclamación.

3.3.2. Inexistencia de siniestro en el amparo de anticipo. Porque existe evidencia⁷ de que **TIT** no entregó en desarrollo del contrato de consultoría ningún anticipo a **AFGI**, sino que la suma recibida por esta sociedad (USD1'250.000,00), tuvo por causa otro contrato celebrado entre el denominado Fondo de Inversión CIG Energy Fund Inc con **AFGI** (esto es, por el contrato Master Profit – Sharing, Partnership Agreement), además, la cláusula décima primera del contrato de consultoría exige la firma de un Acta de Iniciación que nunca fue suscrita, y por lo cual, dice la aseguradora, “...no inició el término de ejecución”.

3.3.3. Ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de anticipo. Por las razones expuestas, no existe siniestro de anticipo, por lo que mal puede demostrarse un siniestro inexistente.

3.3.4. Inexistencia de siniestro en el amparo de cumplimiento. Reitera la Aseguradora que en este caso las partes nunca suscribieron el Acta de Iniciación del contrato de consultoría, por lo que jamás inició y no pudo ejecutarse. Además, la supuesta declaración de incumplimiento, según **TIT**, tuvo origen en un fondo de inversión denominado CIG Energy Fund Inc, que es manejado por el mismo representante de aquella sociedad (**TIT**).

3.3.5. Ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de cumplimiento. La comunicación de **TIT** no constituye “*ni puede constituer*” una reclamación formal, pues de acuerdo con los artículos 1077 y 1080, en concordancia con el artículo 1053, todos del Código de Comercio, corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, demostración que de ninguna manera acredita tal comunicación. No basta con realizar una petición de pago de un siniestro, sino que es necesario acreditar que el siniestro efectivamente ocurrió, es decir, que las obligaciones garantizadas sean atribuibles al contratista, y que la cuantía se establezca de manera clara, cierta y determinada.

⁷ La aseguradora hace referencia al documento de transacción electrónica, el cual hace alusión a una transferencia destinada a cancelar un acuerdo de inversión, cuyo código de transacción es exactamente igual al que aparece registrado en el contrato de consultoría garantizado; también al contrato Master Profit Sharing Partnership Agreement, el cual contempla una obligación a cargo de CIG Energy Fund Inc de transferir a AFGI una cantidad igual de UDS1'250.0000,00.

3.3.6. Excepción de contrato no cumplido. No existe evidencia de que el anticipo se hubiera pagado dentro de los tres días siguientes a la emisión de la póliza, tal como lo contempla la cláusula séptima del contrato de consultoría; tampoco existe prueba documental que demuestre que se entregó un anticipo al contratista en desarrollo del contrato de consultoría garantizado.

3.3.7. Cobro de lo no debido. La Aseguradora no debe ninguna suma a **TIT** como consecuencia de los hechos que relata.

3.3.8. Ausencia de mora de Liberty Seguros S.A. Como no hay incumplimiento por parte de Liberty, no hay lugar a los intereses moratorios que reclama **TIT**.

3.3.9. Prescripción. El derecho invocado por **TIT** está prescrito porque la acción fue interpuesta el 16 de diciembre de 2015 cuando ya habían transcurrido más de dos años, contados a partir de la fecha en que **TIT** alega haberse dado el incumplimiento, conforme se detalla en la comunicación enviada por esta sociedad de fecha 19 de marzo de 2014, de la cual se extrae, que de las actividades que debía cumplir el contratista, ninguna se cumplió, es decir que el incumplimiento se produjo casi de inmediato, por lo que la prescripción ordinaria operó.

3.3.10. Compensación. Propuesta en subsidio de las anteriores, y en el evento de que existan saldos adeudados por **TIT**, solicita la **Aseguradora** se proceda a la compensación en los términos del Código Civil.

3.3.11. Genérica o innominada. Pide la **Aseguradora** que se declare probada cualquier otra excepción que derive de lo que se pruebe en el curso del proceso y que impida la prosperidad de las pretensiones erigidas en su contra, total o parcialmente. O cualquier excepción cuando se hallen probados los hechos que la constituyan.

3.4. Llamamiento en garantía. Tiene como fin esencial que la sociedad **AFGI** le pague a la **Aseguradora**, cualquier suma que tuviere que cancelar o estuviere llamada a cancelar a **TIT**, debidamente actualizada más los intereses calculados sobre su importe, a partir de la fecha del pago que efectúe la Aseguradora a **TIT**.

Admitido el llamamiento mediante auto de 2 de diciembre de 2016⁸, la sociedad **AFGI** en oportuna contestación tanto a éste, como a la demanda principal, se opuso a las súplicas de

⁸ Valga aquí precisar, que el llamamiento en garantía inicialmente se admitió por auto de 13 de julio de 2016, y con base en esta providencia la sociedad AFGI se notificó el 7 de septiembre siguiente. Sin embargo, el juzgado en ejercicio del control de legalidad que habilita entre otras normas, el artículo 132 del Código General del Proceso, revocó esa decisión el 2 de diciembre de 2016, y en su lugar admitió el llamamiento, pero bajo los lineamientos del nuevo Código General del Proceso. En esta providencia se tuvo notificada por estado a la llamada en garantía AFGI. (Estas actuaciones obran el cuaderno 2 del expediente).

uno y otro, no obstante, formuló las siguientes excepciones, únicamente contra las pretensiones de **TIT**:

3.4.1. Contrato no cumplido. AFGI como contratista se encuentra legitimada para no ejecutar sus obligaciones mientras el contratante **TIT** no ejecute las suyas. Lo anterior por cuanto el contratante no entregó el anticipo ni suscribió el acta de iniciación para comenzar a ejecutar el contrato.

3.4.2. Cobro de lo no debido. **TIT** no puede endilgarse la calidad de acreedor contingente, porque no entregó suma alguna por concepto de anticipo “de un contrato que no nació a la vida jurídica”. **AFGI** cumplió con su obligación de suscribir el contrato de seguros con las garantías de cumplimiento y correcta inversión del anticipo. **TIT** aporta unos documentos de un giro de USD1'250.000,00 que hizo a la cuenta de **AFGI** de Panamá para ejecutar el contrato de inversión denominado “*Convenio maestro de colaboración para participación en utilidades*” (en su traducción al idioma castellano), pero no para el contrato de consultoría. Los representantes legales de las dos sociedades se cruzaron correos electrónicos donde se evidencia que se trata de dos contratos diferentes. Con los comprobantes del banco se establecerá que aquella cantidad no era para el contrato de consultoría, sino para el contrato de inversión.

3.4.3. Mala fe de la sociedad demandante. Reitera la llamada en garantía, que el dinero girado a su cuenta fue para dar cumplimiento al contrato de inversión, y que, por esa razón, el contrato de consultoría jamás inició, pues ese dinero fue enviado por Carlos F León - Ponte para realizar una operación financiera, en la cual, ellos eran inversionistas a través de su fondo, y si todo salía bien, aportarían la misma cifra de inversión posteriormente a AFG Colombia para ejecutar la consultoría. Siendo así, probaran la mala fe en la reclamación de la demandante.

3.4.4. La genérica. Sustentada en similares argumentos a las formulados por la **Aseguradora**, en la excepción roturada de la misma manera.

3.4. Descorrido oportunamente el traslado por parte de **TIT** frente a las excepciones de mérito propuestas por la **Aseguradora**, y resueltas las excepciones previas en la forma como se consignó en líneas anteriores, el juzgado dio curso al proceso citando a audiencia de conformidad con el artículo 372 del Código General del Proceso, en cuyo desarrollo, las partes plantearon un arreglo que conllevó la suspensión del proceso. Vencido el término acordado sin visualizarse cumplimiento de lo pactado, el juzgado reanudó el asunto y citó a las audiencias inicial y de instrucción, en las cuales se agotaron en cada una de éstas, los tópicos contemplados en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso.

En la audiencia de instrucción, agotada en dos visitas, luego de escuchar los alegatos de conclusión presentados por los abogados de los extremos del proceso como epílogo de la misma, el juzgado haciendo uso de la facultad conferida en el inciso tercero del numeral 5° del artículo 373 ibídem, dispuso dictar sentencia de manera escrita, a la que procede en esta oportunidad.

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales. Los denominados presupuestos necesarios para proveer de fondo se hallan presentes, y no advirtiéndose la existencia de vicios o irregularidades procesales que puedan invalidar lo actuado, procede emitir la correspondiente decisión que dirima el litigio.

2. Presentación sucinta del caso.

2.1. En líneas generales, la sociedad **TIT** pretende que se declare la ocurrencia de los siniestros “*de buen manejo y correcta inversión del anticipo*” y “*de cumplimiento*”, amparados por la **Aseguradora** demandada a través del contrato de seguro contenido en la póliza No. 2220854, además se declare que la **Aseguradora** incumplió su obligación de pagar la indemnización por los citados amparos, y por ende, se le condene a pagar a **TIT** la mentada indemnización por los dos amparos (anticipo por USD1'250.000,00, y cumplimiento por USD250.000,00), junto con los intereses en la forma descrita en sus pretensiones.

Estas peticiones tienen origen en el contrato de consultoría AFG-TA-ACLD-0623 suscrito el 4 de julio de 2013, entre **TIT** como contratante y **AFGI** como contratista, para la implementación de una planta generadora de etanol en la Hoya del Río Suárez, departamento de Santander, y en función del cual, la **Asegurada** expidió la póliza de cumplimiento entre particulares No. 2220854, con el objeto de garantizar los perjuicios que la contratante pudiera sufrir por el incumplimiento de la contratista, cuyos amparos se concretaron a los siguientes: (i) De cumplimiento del contrato por USD250.000,00, y (ii) De anticipo USD1'250.000,00.

TIT alega que una vez expedida la póliza y realizada la transferencia por el valor del anticipo convenido (USD1'250.000,00) a favor de **AFGI**, ésta sociedad no cumplió ninguna de sus obligaciones ni invirtió el anticipo conforme a lo pactado, por lo que procedió a reclamar a la **Aseguradora** el pago de la indemnización por los dos conceptos, quien objetó su solicitud sin demostrar los hechos que la exoneraban de su responsabilidad de pago de la indemnización.

2.2. La **Aseguradora** y la sociedad **AFGI**, ésta llamada en garantía por aquella, alegan por su parte que el valor transferido (USD1'250.000,00), fue para un contrato de inversión suscrito el 15 de julio de 2013 entre CIG Energy Fund Inc y **AFGI**, denominado “Master Profit –

Sharing, Partnership Agreement”⁹, y que por esta razón el contrato de consultaría nunca inició, y por lo mismo, jamás se suscribió el acta de iniciación.

3. Problema jurídico

Con el anterior panorama, y observando que el aspecto toral sobre el cual gravita la discusión planteada por las partes enfrentadas en este juicio, gira en torno al destino que se dio a la transferencia electrónica realizada el 17 de julio de 2013 por valor de USD1’250.0000,00, determinará el Juzgado en primer lugar si se halla debidamente probada la existencia del convenio alterno denominado convenio maestro de participación en utilidades, en segundo lugar, establecerá para cuál de los dos convenios se prueba que se destinó la referida cantidad, pues de su demostración dependerá si hay lugar a afectar la póliza que ampara los siniestros demandados, o si por el contrario resultan prósperas las excepciones formuladas por la parte convocada, que en lo medular se sustentan en la existencia de ese convenio alterno, en virtud del cual, se destinaros los recursos transferidos.

En el evento de que se establezca, que no hubo tal convenio y que la transferencia de recursos fue exclusivamente para el contrato de consultoría, determinará el juzgado si la sociedad demandante honró los compromisos contenidos en este contrato, y si cumplió con los requisitos exigidos para elevar la reclamación a la **Aseguradora**, acreditando debidamente la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida patrimonial, esto es, el perjuicio que ha de ser indemnizado.

En caso contrario, si se establece que la transferencia fue para un contrato alterno, diferente al amparado, ineludiblemente sobrevendrá el fracaso de las pretensiones.

Para desarrollar el problema jurídico, el juzgado iniciara por hacer una breve reseña del contrato de seguro, sus características y modalidades, hablará del contrato seguro de cumplimiento, y dicho esto, abordara el estudio de las excepciones, que aun cuando propuestas de manera individual, el fundamento toral en que se apoyan, invitan a realizar su estudio de forma conjunta o concentrada por su evidente conexidad en su proposición, salvo algunas excepciones, como la de prescripción, sobre la cual se referirá el juzgado de forma independiente, dada la naturaleza jurídica de la figura.

4. El contrato de seguro. Nociones generales

Según la doctrina el contrato de seguro es *“un contrato consensual, mediante el cual una persona jurídica denominada asegurador, debidamente autorizada para ello, asume los riesgos que otra persona, natural o jurídica, le traslada, a cambio de una prima”*¹⁰.

⁹ “Convenio Maestro de colaboración para participación de utilidades”, según su traducción al idioma español.

¹⁰ Texto “Seguros temas esenciales, Tercera Edición, página 21.

Para la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el seguro es un contrato “en virtud del cual una persona -el asegurador- se obliga a cambio de una prestación pecuniaria cierta que se denomina “prima”, dentro de los límites pactados y ante la ocurrencia de un acontecimiento incierto cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura, a indemnizar al “asegurado” los daños sufridos o, dado el caso, a satisfacer un capital o una renta”¹¹

Sin que pueda interpretarse como una definición, el contrato de seguro a voces del artículo 1036 del Código de Comercio, se caracteriza por ser un contrato “...consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva”, características que la Corte Constitucional ha explicado, así: “Es **consensual**, en la medida en que se perfecciona y nace con el sólo consentimiento, desde el momento en que se realiza el acuerdo de voluntades entre el asegurador y el tomador sobre los elementos esenciales del contrato de seguros. **Es bilateral**, por cuanto las partes se obligan recíprocamente. Genera obligaciones para las dos partes contratantes: para el tomador, la de pagar la prima, y para el asegurador, la de asumir el riesgo y, por ende, la de pagar la indemnización si llega a producirse el evento que la condiciona. **Es oneroso** porque es un contrato que reporta beneficio o utilidad para ambas partes. El gravamen a cargo del tomador es el del pago de la prima y el del asegurador es el pago de la prestación asegurada en caso de siniestro. **Es aleatorio** por cuanto en el contrato de seguros tanto el asegurado como el asegurador están sujetos a una contingencia que es la posible ocurrencia del siniestro. Es de ejecución sucesiva, puesto que las obligaciones a cargo de los contratantes se van desenvolviendo continuamente hasta su terminación”¹²

El artículo 1037 del Código de Comercio establece como partes del contrato de seguro: (i) El Asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello con arreglo a las leyes y reglamento; y (ii) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos.

El artículo 1045 hace referencia a los elementos esenciales del contrato de seguro, señalando como tales: (i) El interés asegurable, (ii) el riesgo asegurable; (iii) la prima o precio del seguro, y (iv) la obligación condicional del asegurador, elementos sin los cuales, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

El interés asegurable consiste en la relación jurídico – económica que debe existir entre quien toma el seguro con lo que asegura¹³. En los seguros de daños (al cual pertenece el seguro de cumplimiento), y los cuales están regidos por el principio indemnizatorio (art. 1088 Co de Cio.), tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado directa o indirectamente por la realización de un riesgo (art. 1083 Co de Cio.). El riesgo se define en el artículo 1054 del Estatuto Mercantil como “el suceso que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de enero de 1994, citada por la Corte Constitucional en la sentencia T - 251 de 2017.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-251 de 2017.

¹³ Texto “Seguros temas esenciales, Tercera Edición, página 13

riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento". La prima o precio del seguro constituye la provisión a cargo del tomador a partir de la cual pueden atenderse los siniestros. La obligación condicional del asegurador, constituye la obligación de pago por el valor asegurado, ante la ocurrencia del siniestro y en favor del asegurado o beneficiario. El siniestro, de acuerdo con el artículo 1072 del Código de Comercio, es la realización del riesgo asegurado.

4.1. El seguro de cumplimiento

Según el artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros pueden ser de "daños" o de "personas". Los seguros de daños a su vez pueden ser reales o patrimoniales, y dentro de estos últimos, los patrimoniales, están los seguros de responsabilidad y de cumplimiento¹⁴.

El seguro de cumplimiento nace en Colombia con la Ley 225 de 1938¹⁵ bajo la denominación de "seguro de manejo y cumplimiento", entre otros fines, con el objeto de garantizar el cumplimiento de obligaciones que emanen de las leyes o de los contratos¹⁶.

Con este mismo derrotero, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, precisó que este seguro tiene por objeto

"...servir de garantía a los acreedores de obligaciones que tengan venero en el contrato o en la ley, acerca de su cumplimiento por parte del obligado. Por virtud de él la parte aseguradora, mediante el pago de una prima, ampara al asegurado (acreedor) contra el incumplimiento de obligaciones de la estirpe señalada. En él, bajo la forma de seguro, se garantiza '... el cumplimiento de una obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, por los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación' amparada. (C.S.J., Sent. del 15 de marzo de 1983).

Consecuentemente con su naturaleza y con el fin que está llamado a cumplir, en tal modalidad contractual el asegurado no puede ser otro que el acreedor de la obligación, pues únicamente en él radica un interés asegurable de contenido económico: que el riesgo que envuelve el convenio, quede garantizado... El riesgo asegurado está constituido por la eventualidad de un incumplimiento por parte del deudor, quien por múltiples circunstancias puede desatender los compromisos adquiridos con ocasión del contrato.

Tratándose como se anticipó, de una variante de los seguros de daños, que se encuentran sometidos al principio indemnizatorio consagrado por el artículo 1088 del C. de Co., la obligación del asegurador consiste en resarcir al acreedor el daño o perjuicio que deriva del incumplimiento del deudor, hasta concurrencia de la suma asegurada.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC20950 de 2017, del 12 de diciembre de 2017.

¹⁵ Texto "Seguros temas esenciales, Tercera Edición, página 178 y Concepto No. 2000072690-1 de 2 de marzo de 2001, de la Superfinanciera <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/18682>

¹⁶ Artículo 2 de la Ley 225 de 1938, incorporado en el numeral 1° del artículo 203, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero .

Bajo tal perspectiva, acaecido el siniestro, con la realización del riesgo asegurado, es decir, con el incumplimiento de la obligación amparada, del cual dimana la obligación del asegurador, incumbe al asegurado demostrar ante el asegurador la ocurrencia del mismo, el menoscabo patrimonial que le irroga (perjuicio) y su cuantía, para que éste a su turno deba indemnizarle el daño padecido, hasta concurrencia del valor asegurado... (SC, 15 ag. 2006, rad. n° 1994-03216-01)¹⁷.

En síntesis, a través del seguro de cumplimiento el asegurador entra a garantizar los perjuicios que pudiere sufrir el asegurado, derivados del incumplimiento contractual del contratista garantizado, hasta la concurrencia de la suma asegurada, siendo carga del asegurado (acreedor), demostrar la ocurrencia del siniestro, el perjuicio o menoscabo patrimonial padecido y la cuantía del mismo, por ente, es un seguro de carácter puramente indemnizatorio (art. 1088 del Código de Comercio).

4.2. El amparo de Anticipo.

Según las condiciones generales de la póliza de cumplimiento objeto de este juicio, el amparo de anticipo cubre a la entidad contratante asegurada, contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo para la ejecución del contrato, entendiéndose que existe uso o apropiación indebida en el evento de que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato.

Conforme a la jurisprudencia contencioso administrativa y la doctrina, el anticipo presenta como características conceptuales: (i) Que su entrega constituye un verdadero préstamo por parte de la entidad contratante al contratista, (ii) es necesario en ciertos contratos para que el particular (contratista) cuente con el estatus financiero requerido para dar inicio a la ejecución del objeto contractual, (iii) el anticipo mantiene su naturaleza pública (en el caso de particulares, constituyen dineros del contratante), y (iv) se amortiza paulatinamente en función de los pagos que a favor del contratista se vayan causando¹⁸.

En palabras simples, el anticipo es un dinero o bien del contratante que le anticipa o adelanta al contratista, para que disponga de recursos o de medios que le permitan proveer los gastos iniciales del contrato, y que se van descontando o amortizando de los pagos que aquel ha de hacerle a éste, paulatinamente en la ejecución del mismo, de ahí la necesidad de que se garantice su correcto uso y manejo, o se resguarde de una indebida apropiación.

4.3. De acuerdo con la póliza No. 2220854, a estos dos, cumplimiento del contrato y buen manejo del anticipo, se concretaron los amparos contratados en dicha modalidad de seguro, a efecto de garantizar el pago de los perjuicios que eventualmente pudieran derivarse del

¹⁷ Referencia jurisprudencial citada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC 4659 - 2017, de 3 de abril de 2017.

¹⁸ Tribunal Administrativo de Bolívar sentencia No. 2 de 24 de agosto de 2015, en la cual cita como precedentes, sentencias del Consejo de Estado.

incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratante garantizado en virtud del contrato de consultoría, fuente del memorado amparo.

5. Caso concreto. Excepciones incoadas para enervar las pretensiones del actor.

5.1. Excepción de prescripción. Inicia el juzgado por pronunciarse en torno a la excepción de prescripción plantada por la **Aseguradora**, simplemente para señalar que como quiera que, dicha entidad formuló esta excepción como **previa**, prevalido de los lineamientos contenidos en el inciso final del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 6° de la Ley 1395 de 2010¹⁹, el cual en su momento facultaba aducir como previas las denominadas excepciones mixtas²⁰ dentro de las que se consagrada la “**prescripción extintiva**”, el tema quedó resuelto en providencias de ocho (8) de mayo de 2017²¹ y diez (10) de julio del mismo año²², mediante las cuales se declaró infundada esta excepción, y se confirmó esa determinación, respectivamente, luego de evidenciarse que el término para que operara este fenómeno extintivo de la acción, no se configuraba en el caso bajo estudio.

Estas decisiones se encuentran debidamente notificadas y ejecutoriadas, cobraron firmeza en su momento, y por lo mismo, se convirtieron en ley del proceso, siendo ello motivo suficiente para no volver sobre el tema en garantía de principios como el de confianza legítima, seguridad jurídica y eventualmente, el de cosa juzgada sobre el punto.

Además, no se observan nuevas situaciones, circunstancias o elementos de juicio, posteriores y distintos de los analizados en las referidas providencias, que insinúen siquiera a volver sobre el estudio de la prescripción como excepción de mérito. Este despacho es del criterio, que aun cuando el punto se resolvió al inicio del proceso, respetando el debido proceso, el derecho de contradicción y de defensa, mal haría en un vano culto del principio de congruencia, permitir que el debate se re-abra si en estrictez, ya fue abordado con la intervención oportuna de las partes vinculadas al proceso. Por lo tanto, en relación con esta específica excepción, las partes deben sujetarse a lo ya dispuesto en el umbral del proceso.

5.2. Análisis conjunto de otras las excepciones planteadas por la demandada y la llamada en garantía.

Tal como se propuso al plantear el problema jurídico, el juzgado analizará de manera conjunta las excepciones de mérito formuladas por la **Aseguradora** denominadas “*Inexistencia de la*

¹⁹ Viene oportuno precisar que la demanda se admitió bajo los lineamientos del Código de Procedimiento Civil, cuya aplicación y vigencia se mantenía, según el numeral 2-a) del artículo 625 del Código General del Proceso, hasta que una vez se agote el trámite que precede a la audiencia de que trataba el artículo 432 del CPC. De ahí que la Aseguradora en el escrito de excepciones justificara la procedencia de la interposición de la excepción de prescripción como previa.

²⁰ El artículo 6 de la Ley 1395 de 2010, modificatorio del inciso final del artículo 97 del CPC autorizaba proponer como excepciones previas cosa juzgada, transacción, caducidad de la acción, **prescripción extintiva** y falta de legitimación en la causa. Esta norma establecía qué si el juez hallaba probada cualquiera de estas excepciones, debía declararlo mediante sentencia anticipada

²¹ Folios 11 a 15 del cuaderno 3 correspondiente a las excepciones previas.

²² Folios 26 a 29, del cuaderno 3.

obligación a cargo de Liberty frente a Transatlantic por mala fe del tomador y del asegurado y beneficiario, “*Inexistencia de siniestro en el amparo de anticipo*”, “*Ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de anticipo*” e “*Inexistencia de siniestro en el amparo de cumplimiento*”, así como las excepciones rotuladas por la llamada en garantía, **AFGI**, como “*Contrato no cumplido*”, “*Cobro de lo no debido*” y “*Mala fe de la sociedad demandante*”, en cuanto atañe concretamente a los siguientes argumentos, que de alguna manera son comunes en el fundamento esbozado como sustento de dichas excepciones: (i) Que no existió el pago del anticipo pactado en el contrato de consultoría, porque, (ii) Los recursos transferidos a favor de **AFGI**, se destinaron para un contrato diferente al de consultoría (esto es para el Convenio maestro de colaboración para participación en utilidades), y (iii) Que por razón de lo anterior, nunca se suscribió el acta de iniciación del contrato de consultoría, garantizado por la Aseguradora, y en ese orden, no había lugar a afectar la póliza, por la evidente inexistencia del siniestro de los amparos de anticipo y de cumplimiento.

5.2.1. Prueba del contrato de consultoría y de la constitución de su garantía.

En desarrollo de la audiencia inicial²³, y concretamente en la fase de fijación de litigio, las partes concertaron junto con el juzgado, en que no había duda sobre la demostración de la existencia del contrato de consultoría AFG/TA/ACLD-0613 suscrito el 4 de julio de 2013 entre **TIT** como contratante y **AFGI** como contratista, y también, sobre la constitución de la póliza de seguro de cumplimiento para particulares No. 2220854.

Este contrato tenía por objeto, según su cláusula tercera, encomendar por parte de la sociedad **TIT** a la sociedad **AFGI**, la prestación y ejecución de servicios de consultoría empresarial para el estudio técnico – económico, diseños y asesoría para la implementación de una planta para la generación de etanol, a partir de la caña de azúcar en la Región de la Hoya del Río Suárez, en el Departamento de Santander, República de Colombia, y consultoría del negocio en general.

El precio del contrato se estipuló en un total de USD2’500.000, generando un primer pago como anticipo equivalente al 50% del valor total enunciado, esto es, la cantidad de USD1’250.000, que debían abonarse a la cuenta de **AFGI**, dentro de los tres (3) días siguientes a la emisión de la póliza emitida por una aseguradora internacional; y un segundo pago por el saldo (USD1’250.000), dentro de los tres (3) días siguientes a la firma del acta final por las partes (Cláusulas sexta y séptima).

La póliza de seguro de cumplimiento presenta, entre otras características, las siguientes: (i) Tomador y Afianzado **AFGI (Sucursal Bucaramanga, Colombia)**, (ii) Asegurado y beneficiario

²³ Audiencia llevada a cabo el 4 de abril de 2019, folio 230 del cuaderno principal.

TIT, (iii) amparos: de cumplimiento del contrato por USD**250.000**, y de buen manejo de anticipo por USD**1'250.000**; (iv) La vigencia del amparo se estipuló entre el 4 de julio de 2013 y el 4 de marzo de 2014; (v) El objeto de la póliza fue *“Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originadas en virtud de la ejecución del contrato Nro. AFG-TA-ACLD-0613, cuyo objeto es: Servicios de consultoría empresarial para el estudio técnico – económico, diseños y asesoría para la implementación de una planta para la generación de Etanol a partir de la caña de azúcar en la región de la Hoya del río Suarez en el Departamento de Santander, República de Colombia y consulta en general”*, fin que concuerda en su integridad con el objeto del contrato de consultoría contenido en su cláusula tercera²⁴.

La póliza se expidió el 9 de julio de 2013, es decir, dentro de los cinco días calendario, contados a partir de la fecha de suscripción del contrato de consultoría (4 de julio de 2013), tal como fue pactado por las partes (**TIT** y **AFGI**) en las cláusulas décima y décimo octava del mismo.

Según las condiciones generales de la póliza de cumplimiento, acápite de “Amparos y exclusiones”²⁵, en su numeral 1.2 se estipula, frente al amparo de anticipo, que éste *“...cubre a la entidad contratante asegurada, contra los perjuicios sufridos con ocasión del uso o apropiación indebida que el contratista garantizado haga de los dineros o bienes que se le hayan entregado en calidad de anticipo, para la ejecución del contrato. En tal sentido se entenderá que existe uso o apropiación indebida de los dineros o bienes entregados a título de anticipo en el evento en que tales dineros o bienes no sean utilizados en la ejecución del contrato”*

Respecto del amparo de cumplimiento, en el numeral 1.4 de las mentadas condiciones generales, se establece que éste *“Cubre a la entidad contratante asegurada única y exclusivamente contra los perjuicios directos derivados del incumplimiento imputable al contratista garantizado, de las obligaciones emanadas del contrato garantizado”*

Ahora bien, sobre lo que no hubo acuerdo en la fijación del litigio dentro de la audiencia inicial, fue en torno a la demostración de la existencia del contrato o convenio maestro de colaboración para participación en utilidades, suscrito entre CIG Energy Fund Inc y **AFGI**, y sobre el cual gravita la defensa de la parte convocada (toda vez que a éste atribuyen el destino que se dio a los recursos trasferidos, y no al contrato de consultoría), pues mientras que ese extremo del proceso dio por probado tal convenio, el apoderado de la parte actora

²⁴ Folio 8 del cuaderno principal.

²⁵ Folio 67 del cuaderno principal.

mostró su disentimiento, que llevó al Despacho a determinar que el punto, entonces, sería materia del debate probatorio, y cuyo estudio el juzgado pasa a abordarlo.

5.2.2. Carga de la prueba, como componente de las cargas procesales.

En criterio de la Corte Constitucional, siguiendo lineamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre punto, las cargas procesales “...se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello”, no obstante, tal omisión “...le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo, probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”²⁶. Añade la Corte que “...la carga funciona, diríamos, à double face; por un lado el litigante tiene la facultad de contestar, de probar, de alegar; en ese sentido es una conducta de realización facultativa; pero tiene al mismo tiempo algo así como el riesgo de no contestar, de no probar, de no alegar. El riesgo consiste en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones. Así configurada, la carga es un imperativo del propio interés”

En punto de la carga probatoria, la Corte Constitucional en la referida sentencia, precisó, también siguiendo criterios de la Corte Suprema de Justicia, que esta se refiere a

“...la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”¹⁸²¹. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”

²⁶ Corte Constitucional sentencia C- 086 de 2016.

En esa línea, el inciso 1° del artículo 167 del Código General del Proceso prevé en relación con la carga de la prueba que corresponde a las partes “*probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, o dicho de manera más simple, corresponde a las partes probar los supuestos de hechos que alega en su defensa. Esta disposición es concordante con el artículo 1757 del Código Civil que en materia de obligaciones indica que “*Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas*”.

Lo anterior para poner de manifiesto, que el ejercicio idóneo y oportuno de la carga probatoria, tiene evidente importancia y repercusión en la resolución del juicio, pues una actividad probatoria deficiente que limite dotar de suficientes elementos de convicción el mismo, puede tener desenlace negativo en los intereses de la parte que así proceda.

5.2.3. El convenio maestro de colaboración para participación en utilidades “*Master Profit – Sharing, Partnership Agreement*”, según su versión original.

Con la contestación de la demanda, la **Aseguradora** aportó copia simple del contrato “*Master Profit – Sharing, Partnership Agreement, Reference No: Transaction CODE: AFG/TA/ACLD – 0613*”,²⁷ con su correspondiente traducción al idioma castellano²⁸ efectuada por una traductora oficial según consta en el mismo documento, cumpliéndose así la exigencia contemplada en el artículo 251 del Código General del Proceso, para que el referido documento pueda ser valorado como prueba²⁹.

Frente a la aportación de documentos en copias, no está demás recordar que de acuerdo con el artículo 246 del mismo ordenamiento adjetivo “*Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia*”, disposición que se muestra concordante con el inciso primero del artículo que le precede (art. 245), en cuanto faculta la presentación de documentos al proceso, en original o en copia.

La Corte Constitucional en la sentencia SU 774 de 2014, indicó que si bien en vigencia del Código de Procedimiento Civil, y de acuerdo con el artículo 254 las copias solo tendrían valor probatorio únicamente en los casos allí mencionados, lo que suponía concluir para entonces, que las copias simples en general, no tenían el mismo valor probatorio del original, también preciso que

²⁷ Folios 88 a 92 del cuaderno principal.

²⁸ Folios 93 a 100, Ibidem.

²⁹ El artículo 251 del Código General del Proceso dispone que para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requieren que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, **por un intérprete oficial** o por un traductor designado por el juez.

“La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El citado artículo 11 de la ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos^[34], hecho que como se explicó, permite que sean valorados. Por su parte, el artículo 246 del Código General del Proceso, expresa que “las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia”.

Incluso la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, con fundamento en el artículo 246 del Código General del Proceso, ha desarrollado como criterio, el de aceptar como título ejecutivo, la copia simple del documento que lo contenga, en la medida en que constituya plena prueba contra el deudor, y de cuenta de una obligación clara, expresa y exigible³⁰.

En ese orden de ideas, para el juzgado resulta admisible como prueba, la copia simple del convenio maestro de colaboración para participación en utilidades aportado por la parte demandada, no solo porque en la forma presentada resulta probatoriamente admisible, proyectándose como auténtico, sino también porque el aludido documento no fue oportunamente tachado de falso por la parte demandante contra quien se adujo, pues la tacha propuesta por su apoderado fue extemporánea, y por dicho motivo desestimada por el juzgado en audiencia de 4 de abril de 2019, cuya decisión, tras ser impugnada, fue confirmada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá en providencia del 22 de julio de 2019, en la cual, por demás precisó, que “...si en la oportunidad debida no se realiza la tacha, el documento proseguirá con su condición de auténtico”, consideración que acuerdo con lo se observa en el texto de esta providencia, se apoyó en un reconocido doctrinante³¹.

Valga añadir que el aludido documento contentivo del convenio maestro tampoco fue desconocido por el extremo actor, cuya oportunidad para hacerlo era la misma que otorga la ley para formular la tacha, según establece el artículo 272 del Código General del Proceso, para el caso, al momento de descorrer el traslado de la contestación de la demanda presentada por su contraparte. Si se revisa en detalle el escrito mediante el cual la parte demandante descorrió dicho traslado³², de su lectura puede advertirse que su apoderado no hizo ningún cuestionamiento expreso ni concreto frente al aludido documento, que tuviera por propósito desconocer el mentado documento, pues lo único que señaló fue que los documentos aportados como prueba por la **Aseguradora**, se les diera el valor probatorio conforme a las copias simple.

³⁰ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, providencia de 29 de agosto de 2018, Mag. Marco Antonio Álvarez Gómez

³¹ En la providencia del Tribunal de Bogotá, sobre este específico aspecto, se cita en el pie de página a LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Código General del Proceso, Pruebas, 2017.

³² Escrito a folios 223 a 242 del cuaderno principal.

En el escrito de contestación de la demanda y de su llamamiento en garantía³³, la sociedad **AFGI** también hizo referencia al convenio maestro de colaboración para participación en utilidades, como el contrato para el cual se destinaron los recursos transferidos (USD1'250.000). La parte demandante frente a este escrito no hizo ningún pronunciamiento, todo lo cual, constituye un evidente indicio que operaría en su contra, puesto que, contando con una nueva oportunidad para desconocer el aludido convenio, declinó hacerlo, dotando con su conducta omisiva de autenticidad a la aludida prueba.

Carlos León - Ponte, representante legal de la sociedad **TIT**, en el interrogatorio que absolvió en audiencia (inicial) adelantada el 4 de abril de 2019, luego de ponerse de presente el documento contentivo del convenio maestro de colaboración en utilidades, admitió que la firma allí contendida correspondía con la suya, no obstante, precisó *“yo jamás he firmado este contrato”*, sin embargo, no ofreció ninguna explicación adicional de la razón o el motivo de su dicho.

5.2.3. Acreditada la existencia del convenio maestro de colaboración para participación en utilidades, pasara el juzgado a establecer si se demuestra que quienes intervinieron en los referidos contratos, el de consultoría y el contrato maestro de inversión, decidieron aplicar los recursos transferidos a las cuentas de AFGI para el segundo de los convenios y no para primero.

En el contrato denominado convenio maestro de colaboración para participación en utilidades, en su parte introductoria dice haberse celebrado el 15 de julio de 2013, y en el fungen como partes la sociedad **AFGI** denominada allí como “Socio 1”, y **CIG Energy Fund Inc** como “Socio 2”, representada ésta última por Frank C. León - Ponte Soto - Rosa y Carlos Francisco León - Ponte Soto – Rosa.

Siguiendo con los términos del convenio maestro, en lo medular, se estipuló en éste que el capital de inversión presentado por el “Socio 2”³⁴, *“...será colocado en un programa estructurado con el fin de reunir fondos en efectivo para estrategias de retorno de altos rendimientos”* y que las partes en dicho convenio constituyen esa relación *“con el propósito de generar ingresos que serán utilizados para financiar sus mutuos proyectos y/o inversiones”*.

En el acápite denominado **“Descripción de la transacción”**. Se determinó:

“Las partes del presente aceptan el contenido y las consecuencias de este CONVENIO DE ASOCIACIÓN en cuanto a una transacción planeada donde el Socio 2 se obliga a transferir por Swift MT 103 la cantidad de UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (USD 1.250.000,00) y también transferirá todos los derechos sobre la misma a la cuenta y al

³³ Folios 66 a 75 del cuaderno 2 correspondiente al llamamiento en garantía.

³⁴ CIG Energy Fund Inc.

titular de la cuenta del Socio 1 según se identificada (sic) mas adelante. Luego del recibo del Swift MT 103 y su verificación afirmativa, el Socio 1 garantizará que pagará a Socio 2 la cantidad del CIENTO POR CIENTO (100%) por Mes, por diez (10) meses, del valor facial del SwiftT103 en la suma de UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (USD 1.250.000,00) dentro de los sesenta (60) a setenta y cinco (75) días siguientes al recibo y verificación del MT103”

5.2.4. Los dos contratos presentan como elementos comunes, además de la firma de Carlos León – Ponte, como representante tanto de la sociedad **TIT** en el contrato de consultoría, y de CIG Energy Fund Inc., en el convenio maestro, también las coordenadas bancarias descritas para efectuar la transferencia de los recursos por USD1’250.000,00, a la sociedad **AFGI**, pues son exactamente las mismas en uno y otro contrato³⁵.

En relación con la transferencia bancaria internacional (Swift MP103) por USD 1’250.000,00, obra prueba en el expediente de su realización a folio 17 del cuaderno principal, con destino a la sociedad **AFGI** cuenta 104008388406840, operación efectuada el 17 de julio de 2013 a través de la casa de valores Clever Financial Investment Services, S.A., entidad que de acuerdo con la prueba documental militante a folios 168 y 170 a 172, confirmó que dichos recursos salieron de la cuenta de inversión No. 2012-1001 de **TIT** a favor de **AFGI**. Estos elementos de prueba no fueron desconocidos ni tachados por la parte convocada a este juicio.

La llamada en garantía **AFGI** no discute que no haya recibido la cantidad de **USD 1’250.000,00**; su discusión se centra en que esos recursos, conforme a lo acordado en el convenio maestro, se destinaron para este contrato de inversión, y no para el contrato de consultoría.

5.2.5. ¿Qué se demuestra en el expediente?

En primer lugar, se tiene el contrato maestro de colaboración para participación en utilidades suscrito entre CIG Energy Fund Inc y AFG, de cuyo texto se extrae la obligación de aquella entidad de transferir por Swift MT 103 (transferencia bancaria internacional) la cantidad de UN MILLON DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (USD 1.250.000,00) a favor de **AFGI**, contrato en el que, como ya quedó dicho, aparece la firma de Carlos León - Ponte, y quien a la postre autorizó el traslado de los fondos en favor de aquella sociedad (**AFGI**).

A folio 73 del cuaderno 2 (llamamiento en garantía) obra la reproducción de un correo electrónico enviado el 9 de julio de 2013, por Vladimir Álvarez (representante de **AFGI**) a Carlos León – Ponte en el cual manifiesta:

³⁵ En efecto, las coordenadas bancarias descritas para AFGI en el contrato de consultoría a folio 17 del cuaderno principal, son las mismas contenidas en el convenio maestro de participación, a folio 91 del mismo cuaderno.

Buenas Tardes Carlos:

El día de ayer te devolví el contrato, firmado y notariado, es muy posible que la póliza esta lista en unas horas, emitida por la compañía internacional "Liberty Mutual Insuranse" por medio de su filial en Colombia "Liberty Seguros Colombia" como estaba pactado en el contrato.

Cuentame cómo vas con el tema de los anexos, el agreement y el contrato de inversión, ya los tienes listos?

Saludos,

Ing. Vladimir Álvarez

En el folio se incorpora la reproducción de otro correo electrónico dirigido el 15 de julio de 2013 por Vladimir Álvarez a Carlos León – Ponte del siguiente tenor:

"Buen día Carlos:

Envío el Adendum, firmado y notariado...por favor envíame el contrato de inversión que sería el contrato que nos falta para proceder a la transferencia.

En espera de tus comentarios.

Cordialmente,

Ing. Vladimir Álvarez".

En el folio 74 del mismo cuaderno aparece un tercer correo electrónico, enviado el mismo 15 de julio de 2013 por Vladimir Álvarez a Carlos León – Ponte, expresándole:

Buenas Tardes Carlos:

Te envió los contratos firmados, sellados y notariados ...están listos para tu firma...dime como procedemos con el tema de la transferencia que estoy sobre el tiempo para realizar el negocio financiero.

Saludos,

Ing. Vladimir Álvarez.

El siguiente correo electrónico obrante en la misma página 74, lo dirige Vladimir Álvarez a Frank León – Ponte y Carlos León – Ponte el 17 de julio de 2015, manifestando:

Buenas noches Frank

Recibí la copia enviada del Swift de la transferencia a nuestras cuentas,,, inmediatamente ingrese el dinero a la cuenta de AFG Group International Co Inc, estaré enviando la confirmación para iniciar nuestro negocio financiero.

Muchas Gracias,

Cordialmente,

Ing. Vladimir Álvarez.

A folio 25 del cuaderno principal obra una reproducción de otro correo electrónico dirigido el 22 de julio de 2013 por Vladimir Álvarez (representante de **AFGI**) a Frank León – Ponte y Carlos León – Ponte manifestando:

“La transferencia de USD 1.250.000 ha sido recibida a satisfacción en la cuenta de AFG Group International Co. Inc. Agradezco la oportunidad y confianza depositada y a partir del día de mañana que podemos disponer del dinero empezaremos a contar el tiempo de nuestro negocio como esta pactado en los contratos.

Estaré en contacto permanente para cualquier duda o simplemente para hacerles saber los avances de nuestra negociación.

Saludos,

*Ing. Vladimir Álvarez
CEO*

La prueba documental que viene de referirse y transcribirse, permite evidenciar que de los dos contratos suscritos, uno entre TIT y AFGI (consultoría), y el otro entre CIG Energy Fund Inc³⁶ con AFGI (convenio master de inversión), se dio ejecución al segundo de los nombrados convenios, de ahí que se haya indicado en algunos de los correos electrónicos que el producto de la transferencia se destinaría para “el negocio financiero”. Estos correos electrónicos surtieron su debida contradicción, pues además de haberse aportado como prueba por la entidad llamada en garantía, y no haber sido tachados ni desconocidos por el extremo demandante, fueron objeto de contrastación en las audiencias adelantadas en curso de este debate.

Frente a la valoración probatoria de los mensajes de datos, el artículo 247 del Código General del Proceso prevé que serán valorados como tales “...los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que hayan sido generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud”. El inciso segundo de la misma disposición establece que “La simple impresión en papel de un mensaje será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos”, es decir, como si fuera copia simple o impresión genuina del contenido de un mensaje de datos, lo que en todo caso está permitido a voces del artículo 246 del mismo ordenamiento para que sea admisible como prueba.

La Corte Constitucional en relación con el artículo 247 del Código General del Proceso, en sentencia C -604 de 2016, indicó:

El primer inciso del artículo 247, interpretado conjuntamente con el artículo 2 de la Ley 527 de 1999, comporta que si una información generada, enviada o recibida a través de

³⁶ No está demás insistir y recordad que los representantes de las sociedades TIT y CIG Energy Fund Inc, son lo los mismos, Frank León Ponte y Carlos León Ponte, lo que refleja un evidente vínculo y relación entre las dos sociedades, hecho que fue admitido por Carlos León Ponte en la declaración que rindió el 4 de abril 2019.

medios electrónicos, ópticos o similares, como el EDI, el Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, es allegada al proceso en el mismo formato o en uno que reproduzca con exactitud la modalidad en que fue transmitida o creada, ese contenido deberá valorarse como un mensaje de datos. Más exactamente, esto quiere decir que solo si el mensaje electrónico es aportado en el mismo formato en que fue remitido o generado, de un lado, se considerará un mensaje de datos y, del otro, deberá ser probatoriamente valorado como tal.

Lo anterior, a su vez, supone dos elementos. En primer lugar, debido a que la norma hace referencia a la incorporación de verdaderos mensajes de datos, como pruebas, al proceso, su introducción a la actuación presupone los «equivalentes funcionales» a los que se hizo referencia con anterioridad, previstos en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 527 de 1999, que reemplazan la exigencia escritural del documento, la necesidad de la firma y la obligación de su aportación en original.

Y, en segundo lugar, en tanto el legislador ordena apreciar el mensaje de datos a la luz de sus particularidades, es decir, de sus propiedades técnicas, los elementos de juicio a tener en cuenta, además de las reglas de la sana crítica, serán la confiabilidad en su contenido, derivada de las técnicas empleadas para asegurar la conservación de la integridad de la información, su inalterabilidad, rastreabilidad y recuperabilidad, así como de la manera de identificación del iniciador del mensaje.

En contraste, el segundo inciso del artículo 247 C.G.P. se refiere a una situación, aunque relacionada, sensiblemente diferente. El legislador prescribe que la “simple impresión” en papel de un mensaje de datos, debe ser apreciada con base en las reglas generales de los documentos. En este supuesto, una información originalmente creada, enviada o recibida a través de medios electrónicos, ópticos u otros de la misma naturaleza, es aportada al proceso, no en el mismo formato en que se transmitió, sino en un documento de papel. Cuando así se ha presentado, el legislador ordena la valoración de esa impresión con arreglo a las normas generales sobre los documentos.

La manifestación de voluntad o la información generada o intercambiada a través de un canal electrónico no es aquí allegada al trámite como un verdadero mensaje de datos, sino como una impresión del mensaje de datos, de ahí que el legislador le otorgue también un tratamiento diferente en términos de su apreciación como evidencia. En el primer inciso del artículo es muy claro que, en tanto elemento material de convicción dentro del proceso, solo puede tenerse como un mensaje de datos el contenido aportado en el formato en que fue creado o intercambiado o en uno, de carácter electrónico, que lo reproduzca con exactitud, lo cual no ocurre con la impresión en papel y ello explica el tratamiento igualmente diverso proporcionado por el legislador.

Es indicativo a este respecto que, precisamente, luego de establecer el tratamiento de los mensajes de datos propiamente dichos (inciso 1º), el inciso 2º se refiere a la “simple impresión” en papel del mensaje de datos, con lo que da a entender que el objeto de la regulación no es estrictamente un mensaje de dicha naturaleza, sino la mera reproducción en soporte físico de papel de un contenido expresado originalmente a través de dispositivos electrónicos. En otras palabras, el segundo inciso del artículo 247 C.G.P., impugnado en esta oportunidad, no se refiere a los mensajes de datos sino a las copias de los mensajes de datos.

La información pasa de estar contenida en un dispositivo electrónico, que asegura la integridad, autenticidad e inalterabilidad de la información, a un soporte de papel sin esa capacidad técnica, por lo cual, el elemento material probatorio resulta modificado y se convierte en una mera reproducción de su original. Dado que las propiedades de la evidencia misma se han entonces transformado, el legislador dispuso que la referida impresión del mensaje se somete a las mismas reglas de valoración de los documentos. Esto obedece a que, elementalmente, las reglas sobre equivalencia funcional, pero sobre todo, los criterios de apreciación propios de un documento electrónico no son ya aplicables al documento de papel.

La impresión de un mensaje de datos, en suma, es una mera copia de ese mensaje y, desde el punto de vista de su naturaleza, solo una evidencia documental en papel. Esta prueba documental deberá ser apreciada, como todos los demás elementos de convicción de esa naturaleza, conforme a las reglas de valoración probatoria correspondientes,

previstas en el Código General de Proceso, en los términos del inciso 2º del artículo 247 en mención”.

Vladimir Álvarez en la declaración que rindió el 11 de febrero de 2020, al ser interrogado por el despacho sobre el contrato de consultoría explicó que dicho contrato se firmó bajo las conversaciones que se venían adelantando de una inversión financiera con **AFGI** Panamá y los resultados de esa inversión iban a ser invertidos en la consultoría, por lo que este contrato nunca inició, por lo mismo no se ha rendido ningún informe, y tampoco para dicho contrato se recibió el dinero. Los recursos transferidos a las cuentas de AFGI Panamá fueron exclusivamente para ejecutar una inversión financiera de la cual se tenía que generar una utilidad, para las partes. En ese contexto se generó el contrato de consultoría que es totalmente diferente, se trata de dos contratos distintos que derivaron de una misma negociación. Reconoce que se adeuda esa cantidad, por la cual han querido responder para evitar este tipo de tropiezos. Señaló que como consta en el record de correos [electrónicos], Carlos León – Ponte siempre ha admitido que ese dinero fue recibido para una inversión.

Por su parte, Carlos León Ponte en la declaración que rindió el 4 de abril de 2019, al preguntársele por el despacho si tuvo conocimiento que **AFGI** hubiera tenido alguna relación con CIG Energy Fund Inc, contestó *“Entiendo que en algún momento el llamado en garantía planteó un negocio, otro tipo de negocio, pero nosotros no estábamos por la labor de nada de eso en ese momento, entonces, en realidad no se hizo nada con esa empresa”.*

En sentido similar se pronunció la testigo Micaela Leherer Alarcón³⁷ al señalar que el contrato que se concretó con la sociedad AFGI fue el de consultoría y que Vladimir [Álvarez] presentó otras opciones, pero la decisión de Carlos León Ponte, fue esperar que el contrato de consultoría saliera bien, y después miraban.

De los anteriores apartes extraídos de las declaraciones de Carlos León – Ponte y Micaela Leherer, se puede evidenciar que sí se planteó una propuesta de negocio adicional, pero que fue desestimada, no obstante, la prueba documental pone de manifiesto que se dio curso al convenio maestro de inversión, según se extrae del mismo contrato y de los correos electrónicos.

5.2.6. Pero además, surge un indicio adicional que permite corroborar la inejecución del contrato de consultoría y fue la falta de suscripción del acta de iniciación, tal como fue pactado en la cláusula décimo primera del contrato de consultoría, contenida en el acápite “Vigencia y plazo” del mismo, en la cual las partes convinieron que *“El plazo máximo de **ejecución** será de ciento ochenta días (180) contados a partir del Acta de iniciación, que no se suscribirá sino hasta cuando esté debidamente legalizado el contrato”.*

³⁷ Audiencia de instrucción llevada a cabo el 11 de febrero de 2020.

El contrato de consultoría se “perfeccionó” o “legalizó”³⁸ con la suscripción del mismo por parte de sus intervinientes, pero se omitió suscribir el acta de iniciación para dar curso a la ejecución del mismo como fue pactado en la mentada cláusula décima primera, omisión que podría tener justificación en el hecho haberse dado curso al convenio master de inversión.

Lo cierto es que no se suscribió el acta de iniciación, la cual, de acuerdo con lo pactado en esta cláusula, determinaba el hito a partir del cual habría contabilizarse los 180 días de ejecución del mismo. Tanto el abogado actor en el escrito que describió el traslado de la contestación de la demanda, presentado por la Aseguradora (folio 230 C-1), como Carlos León – Ponte y Micaela Leherer, los dos últimos en las declaraciones rendidas ante el juzgado, reconocen que no se firmó el iterado documento. Micaela Leherer explicó en relación con el motivo por el cual no se firmó el acta de iniciación que una vez se hizo la transferencia comenzó a llamar (a AFGI) pero no recibió respuesta.

En todo caso no existe prueba de que la sociedad demandante se haya dirigido a AFGI, reclamando por la suscripción de dicho documento, ni tampoco existe prueba de requerimientos para la presentación de los informes de avance de la consultoría, los cuales debían presentarse, según la cláusula vigésima, cada treinta días dentro de los seis meses que inicialmente se habían pactado como término del contrato, circunstancia que no resultaría ser un asunto menor, si de por medio estaban comprometidos una considerable suma de dinero y un proyecto de gran envergadura.

6. La evidencia probatoria pone de manifiesto, tal como lo alega y demuestra la parte convocada, que los intervinientes involucrados en los convenios, dieron curso al contrato master de inversión con los recursos transferidos, y no al contrato de consultoría, por lo que en ese contexto no resulta factible afectar la póliza de cumplimiento, en la medida en que no se establece que los referidos recursos ineludible, incontrastable e inequívocamente comportaban el pago del anticipo en función del contrato de consultoría.

El artículo 1618 del Código Civil establece como premisa para la interpretación de los contratos, que conocida la intención de los contratantes, han de estarse a ella, más que a lo literal de las palabras. Aplicado al caso concreto, se diría que los medios de convicción reflejan que la intención de las partes comprometidas en los convenios, determinaron dar curso al contrato master de inversión con los recursos transferidos, y en ese orden no había lugar a afectar la póliza.

³⁸ Estos términos o expresiones se consignan en las cláusulas 9 y 11 del contrato de consultoría.

7. Por todo lo expuesto, se declararan fundadas las excepciones de mérito formuladas por la **Aseguradora** denominadas *“Inexistencia de la obligación a cargo de Liberty frente a Transatlantic por mala fe del tomador y del asegurado y beneficiario”, “Inexistencia de siniestro en el amparo de anticipo”, “Ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de anticipo” e “Inexistencia de siniestro en el amparo de cumplimiento”,* así como las excepciones rotuladas por la llamada en garantía, **AFGI**, como *“Contrato no cumplido”, “Cobro de lo no debido” y “Mala fe de la sociedad demandante”* en cuanto corresponde a los argumentos que fueron objeto de análisis por el juzgado, consecuentemente negará las pretensiones de la demanda, y declarará terminado el proceso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar fundadas las excepciones de mérito formuladas por la **Aseguradora** denominadas *“Inexistencia de la obligación a cargo de Liberty frente a Transatlantic por mala fe del tomador y del asegurado y beneficiario”, “Inexistencia de siniestro en el amparo de anticipo”, “Ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de anticipo” e “Inexistencia de siniestro en el amparo de cumplimiento”,* así como las excepciones rotuladas por la llamada en garantía, **AFGI**, como *“Contrato no cumplido”, “Cobro de lo no debido” y “Mala fe de la sociedad demandante”* en cuanto corresponde a los argumentos que fueron objeto de análisis por el juzgado.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, en razón de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Declarar terminado el presente asunto.

CUARTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante. Para tal efecto se señalan como agencias en derecho la suma de \$23.000.000. Secretaría proceda de conformidad.

Notifíquese y Cúmplase

NANCY LILIANA FUENTES VELANDIA
Jueza