

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente:
MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010).

REF: Proceso ordinario de Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional Fondo de Inversión para la Paz contra Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales.

(Discutido y aprobado en sesión de 8 de junio de 2010)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de enero de 2010, proferida por el Juzgado 25 Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Fondo de Inversión para la Paz convocó a proceso ordinario a Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, para que se declare ineficaz –o nula- la cláusula 4ª de las condiciones generales del contrato de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales contenido en la póliza única No. 7592500, e igualmente que ocurrió el siniestro amparado, esto es, el incumplimiento del Convenio 300114/02, y que, como consecuencia, se condene a la aseguradora a pagarle



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

la suma de \$45'280.096,00, correspondiente a los dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado, junto con los intereses moratorios liquidados desde la fecha de su terminación (24 de diciembre de 2003).

2. Las pretensiones se fundamentaron en los hechos que así se resumen:

a. La Presidencia de la República, a través del Fondo de Inversión para la Paz – FIP (inicialmente a cargo del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, hoy adscrito a la Agencia demandante), creó el programa denominado "Empleo en Acción", en virtud del cual los municipios ofrecían o proponían proyectos para que el FIP aportara los recursos necesarios que serían administrados por un organismo de gestión, para pagar la mano de obra y la materia prima.

b. En desarrollo de ese programa se suscribió el convenio FIP 300114/02, por valor de \$97'897.642,00, cuyo proponente fue el municipio de Floridablanca y el organismo de gestión la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander, quien se encargó de manejar los dineros entregados por el Fondo, con el fin de invertirlos en la generación de empleo y la compra de materias primas para la realización del proyecto respectivo, debiendo, además, justificar la inversión y devolver al FIP los que no fueran invertidos o cuya inversión no se hubiere justificado.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

c. Como garantía de cumplimiento del Convenio, la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander celebró un contrato de seguro con Seguros Cóndor S.A., incorporado en la póliza No. 7592500, a favor del Fondo de Inversión para la Paz, que amparaba el cumplimiento, el manejo del anticipo y el pago de prestaciones sociales.

Para la demandante, la cláusula 4ª de dicho contrato es ineficaz, pues le otorga la calidad de siniestro a un hecho que no lo constituye, como lo es la expedición y ejecutoria de un acto administrativo que declare la realización del riesgo que se amparó, por causas imputables al contratista.

d. Durante la ejecución del Convenio aludido, el FIP le entregó a la Corporación gestora la suma de \$94'948.913,00, de los cuales quedaron sin justificar y, por tanto, sin invertir, \$45'280.096,00, como se desprende de la visita final realizada el supervisor del contrato. Esa falta de inversión es lo que configura el siniestro, dado que se trata de recursos no restituidos al FIP.

3. El juez de primera instancia admitió la demanda por auto de 29 de marzo de 2006, del que se notificó la aseguradora demandada para oponerse a las pretensiones y formular las excepciones que denominó "legalidad del contrato de seguro"; "inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro"; "falta de demostración del siniestro"; "falta de personería jurídica y de legitimación para actuar"; "incumplimiento de la garantía



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

28
29

contenida en el artículo 1061 del Código de Comercio"; "carencia de responsabilidad por expresa disposición contractual"; "incumplimiento de las condiciones del contrato" y "prescripción de la acción derivada del contrato de seguro" (fl. 74 a 93, cdno. 1).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez de primer grado negó las suplicas de la demanda, tras señalar que la cláusula 4ª no era ineficaz ni nula, por cuanto su aplicación no excluía la posibilidad de acudir a otros medios de prueba para demostrar la ocurrencia del siniestro y su cuantía.

Agregó que no se había configurado la prescripción de la acción ordinaria contra el asegurador, porque éste no demostró que la demandante se enteró del incumplimiento del contrato afianzado el 7 de febrero de 2003. Por tanto, para contabilizar el término establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, debía partirse, según el juzgador, desde el 11 de noviembre de 2004, que fue la fecha en que la Agencia Presidencial afirmó haber tenido noticia del siniestro, por lo que resultaba claro que la demanda presentada el 14 de febrero de 2006 tuvo la virtualidad de interrumpir el término prescriptivo, máxime si la notificación a la demandada se verificó el 28 de agosto siguiente.

Finalmente, el juez se ocupó de analizar la ocurrencia el siniestro, punto frente al cual sostuvo que no se profirió un acto administrativo que lo declarara, ni la demandante demostró por

M.A.GO. Exp. 25200600070 02



32
30

otros medios la realización del riesgo asegurado, pues los documentos aportados con ese fin fueron elaborados por ella misma, sin audiencia de la aseguradora, circunstancia que les restaba valor probatorio, como también sucedía con el dictamen pericial practicado, pues el perito tomó la información de los soportes de liquidación del Convenio elaborados por el FIP.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante solicitó revocar la sentencia, porque la cláusula 4ª del Convenio era ineficaz, dado que le otorgaba al beneficiario la facultad de provocar el siniestro, lo que contravenía el artículo 1055 del Código de Comercio y desnaturalizaba el seguro de cumplimiento, pues con excepción de los casos de caducidad e imposición de multas, en los que el acto administrativo sí es el siniestro, en los demás eventos, éste sólo es el medio para reclamar, amén de que en este litigio era imposible proferir dicho acto, en razón a que el FIP es un fondo cuenta que actúa a través de una entidad pública, pero no adquiere para sí todas las facultades de su representante.

A renglón seguido, aseguró que sí se había demostrado la ocurrencia del siniestro, puesto que la validez de una prueba no estaba condicionada a que la parte contra la cual se pretendía hacer valer hubiere concurrido en su elaboración. En este sentido, destacó que el acta de liquidación que se aportó con la demanda no podía suscribirse por Seguros Cóndor, pues no fue parte del Convenio. Frente a la peritación, aseguró que no era



cierto que el auxiliar se basó únicamente en ese proyecto de liquidación, pues también tuvo en cuenta toda la contabilidad del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y los soportes del Convenio, respetando el derecho de contradicción de la demandada, por lo que concluyó que tanto el siniestro como la cuantía de la pérdida fueron plenamente demostrados con las pruebas aportadas al expediente.

CONSIDERACIONES

1. La solución de este litigio comienza por precisar que los actos y contratos celebrados por el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - Fondo de Inversión para la Paz se rigen por las reglas del derecho privado, pues así lo disponían la Ley 487 de 1998 y el Decreto 1813 de 2000, en sus artículos 8° y 10°, en su orden –hoy el artículo 31 del Decreto 2467 de 2005, que adscribió ese Fondo a Acción Social-, por lo que son las disposiciones del Código de Comercio en materia de seguros, y no otras, las que deben servir como piedra de toque para establecer, de una parte, si es ineficaz (o nula) la cláusula que supedita la ocurrencia del siniestro a la ejecutoria de un acto administrativo que el beneficiario de la póliza expida para declarar el riesgo asegurado, y de la otra, bajo qué requisitos procede el pago de la indemnización por parte del asegurador en un seguro de cumplimiento.

Por consiguiente, no distrae la atención de la Sala el hecho de haberse precisado en la póliza que se trata de un "seguro de

M.A.GO. Exp. 25200600070 02



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

28
32

cumplimiento en favor de entidades estatales", pues con independencia de la calificación que se le pueda otorgar al Convenio No. FIP-30011402, cuyas obligaciones fueron afianzadas (más concretamente las contraídas por la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander), lo cierto es que son las normas mercantiles previstas en el estatuto de los comerciantes y de los actos del comercio, como legislación de derecho privado, las que deben ser aplicadas tanto a ese negocio jurídico como al contrato de seguro, máxime si éste último no puede ser calificado como un contrato estatal, entre otras razones porque no fue celebrado por entidades públicas, según se explicó suficientemente en el auto de 3 de mayo de 2007, por el cual se resolvió la excepción previa de falta de jurisdicción que había planteado la aseguradora demandada.

2. Bajo este entendimiento, conviene recordar ahora que el artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el artículo 83 de la Ley 45 de 1990, es suficientemente claro al señalar que la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida pueden ser demostradas por el beneficiario "aún extrajudicialmente". En esta materia, entonces, existe libertad probatoria, por lo que el titular del derecho a la indemnización puede acreditar los aludidos requisitos previstos en el artículo 1077 del estatuto mercantil, por cualquiera de los medios de prueba establecidos en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, y sin necesidad de obtener una previa declaración, cualquiera que sea su naturaleza.



Así lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia al señalar que,

"... de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aún antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía -y puede-, según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece -ni establecía- una restricción probatoria, la que no era -ni es- posible fijar *ex contractu*, como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial -por lo menos de cara a una determinada tipología de riesgos: de masa-, el contenido del referido artículo 1080 sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario, como ya se preveía antes de la reforma aludida, concretamente desde la expedición del Código de Comercio en el año 1971 (Decreto 410).

"Si ello es así, no erró el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, que a su vez había condenado a la compañía de seguros a pagar intereses moratorios desde el 5 de julio de 1989 (la reclamación se presentó el 11 de abril anterior, fls. 152 y 153, cdno. 1), bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento, toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura (fl. 149, ib.) -calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas-, eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1º del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en concordancia con el inciso 2º del numeral 4º del artículo 98 y el numeral 3º del artículo 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil, son imperativas, la primera "por su naturaleza", y la segunda porque expresamente así lo establece el artículo 1162 aludido, por lo menos frente al tomador, al asegurado y al beneficiario, al prohibir que se haga más gravosa la situación de dichos sujetos, la que forzosamente se consolida o materializa en punto tocante con la precitada estipulación negocial, habida cuenta que los obliga -y de suyo limita- a acudir a un proceso judicial a probar un derecho que, *ex lege*, puede ser acreditado extrajudicialmente".

¹ C.S.J. Sentencia de 2 de febrero de 200. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.
M.A.GO. Exp. 25200600070 02



Por consiguiente, resulta incontestable que, en línea de principio, en el derecho privado el asegurador no puede condicionar el pago de la indemnización a una determinada y única forma de prueba, ni siquiera por la vía de establecer en las condiciones generales del contrato de seguro, más concretamente en el de cumplimiento, que esa forma –o acto declarativo de la infracción, si fuere el caso- materializa el siniestro, menos aún si es un tercero el que debe hacer la declaración.

Con todo, como el artículo 1162 del Código de Comercio permite modificar en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario la norma prevista en el artículo 1080, nada obsta para que se pacte una regla probatoria del siniestro y de la cuantía de la pérdida más benévola a éste último, la cual, en tanto cumpla con esa exigencia de favorabilidad para el titular del derecho, no podría tildarse de ineficaz o de nula. Por supuesto que, en ninguna hipótesis, una estipulación con ese alcance podría ser interpretada en beneficio del asegurador, para restringir el derecho a probar las aludidas exigencias, pues por esa vía terminarían quebrantándose los artículos 1080 y 1162 del Código de Comercio.

Con otras palabras, son eficaces las cláusulas que faciliten probar, pero no aquellas que restrinjan la libertad probatoria. Por es no es admisible el entendimiento de una disposición contractual en este último sentido.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

En este orden de ideas, la cláusula 4ª del contrato de seguro que celebraron la aseguradora demandada y la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander, en cuanto precisa que el siniestro se entiende ocurrido "con la ejecutoria del acto administrativo que declare la realización del riesgo" o "la caducidad del contrato por causas imputables al contratista" (fl. 4 vlt., cdno. 1), no puede calificarse fatalmente como ineficaz o como nula, en la medida en que permite acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida con una manifestación unilateral de la voluntad del propio beneficiario (no de un tercero), en este caso el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (hoy Acción Social) – Fondo de Inversión para la Paz-. Al fin y al cabo, se trata de una norma contractual que favorece los intereses del titular del derecho a la indemnización, a quien, en últimas, le basta expedir un acto administrativo para provocar el pago.

Sin embargo, esa estipulación no puede interpretarse en el sentido de afirmar que los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio sólo pueden demostrarse a través del acto administrativo, como lo propone la aseguradora demandada, pues tal suerte de entendimiento, antes que favorecer al beneficiario, terminaría restringiendo la libertad probatoria que le reconoce el artículo 1080 de esa codificación.

Desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión, aunque eficaz, no perjudica la prerrogativa que tiene el beneficiario de probar su derecho a la indemnización "aún extrajudicialmente", y a través



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

de cualquier medio probatorio, como bien lo entendió el juzgador de primer grado, quien abordó el análisis de la pretensión de pago sin supeditar la demostración del siniestro y de la cuantía de la pérdida, a la expedición del acto administrativo.

Luego fue correcta la decisión de negar la primera pretensión, incluida su subsidiaria, pues, se reitera, desde la perspectiva del literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 1162 del Código de Comercio, la cláusula 4ª del contrato de seguro no es ineficaz y mucho menos nula.

3. Ahora bien, como la entidad demandante suplica el pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro que se habría configurado por la infracción de las obligaciones que contrajo la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander, en virtud del convenio No. FIP-300114/02, es necesario recordar que el seguro de cumplimiento, por ser un seguro de daños, está gobernado por el principio indemnizatorio establecido en el artículo 1088 del C. de Co., conforme al cual tales seguros, "respecto del asegurado..., serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituir para él fuente de enriquecimiento...".² De allí que el beneficiario no sólo deba demostrar la ocurrencia del siniestro, sino también la cuantía de la pérdida (C. de Co. art. 1077), pues en ninguno de tales seguros el perjuicio se traduce en el valor de la suma asegurada.

² Cfme: Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 23 de agosto de 1995. Exp. 4158.
M.A.GO. Exp. 25200600070 02



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que quien solicita la reparación del perjuicio por parte del asegurador, "debe demostrar la entidad del daño en cuanto corresponde al detrimento patrimonial padecido por él y, naturalmente, la magnitud del mismo, toda vez que el daño indemnizable no se identifica -per se- con la suma asegurada, ni ésta equivale, por regla general, a su estimación anticipada"³, pues "si fuera dable exigir a la aseguradora el pago de la suma asegurada, con la mera afirmación del reclamante, o sea, sin que éste demuestre la cuantía de la pérdida, no se cumpliría cabalmente la función de indemnización propia de los seguros de daños y fácilmente se propiciaría el enriquecimiento indebido del asegurado" (Se subraya)⁴.

Por consiguiente, para el buen suceso de sus pretensiones, Acción Social debía demostrar, en cuanto al seguro de cumplimiento, que sufrió un menoscabo patrimonial a causa de la transgresión del Convenio por parte de la Corporación aludida, por lo que no le bastaba probar que ésta incumplió su deber de prestación, para que -automáticamente- tuviera derecho a recibir el pago del siniestro, sino que, además, debía demostrar la cuantía de los perjuicios ocasionados y el vínculo causal con la infracción del contrato.

Empero, la prueba aportada resulta ser deficiente, principalmente porque ni siquiera se probó el Convenio del que surgieron las

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación de 11 de septiembre de 2000

⁴ Ibidem.

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

obligaciones supuestamente desatendidas, dado que los documentos aportados con la demanda y con el dictamen pericial son copias simples sin ningún valor probatorio (C.P.C., arts. 253 y 254). Más aún, como se trata de un documento dispositivo que vincula a terceros (municipio de Floridablanca y la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander), debió establecerse su autenticidad por exigencia del numeral 1° del artículo 277 de ese estatuto. En general, puede afirmarse que el problema probatorio no es que la mayoría de documentos tengan origen en la propia parte demandante, sino en que aquellos que provienen de terceros o en los que intervinieron, son meras copias carentes de eficacia demostrativa, de suyo inadecuadas para acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida.

Pero así se le diera mérito probatorio a ese documento –y a los demás–, obsérvese que el incumplimiento de la Corporación se concretó, según la demanda, a que ella no habría justificado la inversión de \$45'280.096,00, los cuales, deduce Acción Social, no fueron entonces invertidos en el proyecto No. 68-276-0015, ni restituidos al Fondo de Inversión para la Paz. En palabras de la testigo María Elena Barrera, asesora de la demandante y quien preparó el borrador del acta de liquidación del Convenio (fl. 11, cdno. 6; fls. 19 a 21, cdno. 1), la Corporación “no dio cuenta de los recursos entregados, ni de la inversión que éstos merecían en el objeto del programa”, en la forma que detalló a renglón seguido y en la siguiente respuesta (fls. 9 y 10, cdno. 6). Al fin y al cabo, el Organismo de Gestión se había comprometido a administrar los recursos del programa (escoger proveedores, intervenir en la

M.A.GO. Exp. 25200600070 02



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

38
39

selección de beneficiarios, realizar desembolsos, presentar informes financieros y de gestión, reintegrar sumas, preservar documentación, etc.), como se precisó en el numeral 1° de la cláusula 2ª del Convenio (fls. 9 a 15, cdno. 1), de todo lo cual debía dar cuenta al DAPR-FIP a través del "sistema de información del programa".

El problema, entonces, se presentó porque la Corporación no dio cuenta de la utilización de los recursos que se le entregaron, "de acuerdo con los procedimientos establecidos por el programa Empleo en Acción" (fl. 8, cdno. 2), ni rindió los informes periódicos requeridos, ni presentó la documentación que respaldara la inversión en el Proyecto, en la forma exigida por el Fondo, sin que se hubiere probado cuáles eran las formalidades específicas a las que debía sujetarse el Organismo de Gestión para cumplir con esos puntuales deberes de prestación, lo cual resultaba necesario pues, si se miran bien las cosas, la Corporación referida sí presentó una documentación para soportar los desembolsos que hizo y la inversión realizada, sólo que, según lo manifestó la perito en su dictamen, ella "no cumple con el proceso exigido para su justificación, no registró información en el sistema SEA" (fls. 260 a 280 y 293, cdno. 1).

Por tanto, aunque la manifestación que hace uno de los contratantes en el sentido de no haberse cumplido la obligación por la otra parte, constituye, por regla, una negación indefinida, ello no excusaba la prueba del Convenio del que despuntaron los deberes quebrantados, como tampoco la demostración de las

M.A.GO. Exp. 25200600070 02



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

reglas a las que debía sujetarse la Corporación para rendir informes de su gestión.

Pero aún si la Sala diera por probado el incumplimiento de las obligaciones a las que se refiere la entidad demandante, las pretensiones tampoco podrían abrirse paso porque ella no probó la cuantía de la pérdida, más concretamente el daño que sufrió por la infracción de los compromisos obligacionales que tenía la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander.

Sobre este particular ya se dijo que en los seguros de cumplimiento es necesario probar el perjuicio que sufrió el contratante cumplido, pues el monto de la indemnización no se traduce necesariamente en el valor de la suma asegurada. Recordemos ahora que la prueba del daño no puede confundirse con la del incumplimiento injustificado, ni éste hace presumir aquél, toda vez que no toda infracción genera agravio al patrimonio de una persona.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia al señalar que:

"... la obligación del asegurador no consiste en pagarle al acreedor-asegurado la suma de dinero que pretenda, sino indemnizarle el daño o perjuicio que, en estrictez, derive del incumplimiento imputable al deudor, que se le demuestre suficientemente y hasta concurrencia, claro está, de la suma asegurada"

(...)

"... es indispensable por parte del asegurado demostrar ante el asegurador su ocurrencia, es decir, la inejecución de la obligación o débito garantizado, así como el menoscabo patrimonial irrogado (perjuicio) y la cuantía del mismo, para que éste, a su turno,



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

correlativamente proceda a indemnizarle el daño padecido, hasta el monto del valor asegurado, sin la interferencia emergente de estipulaciones enderezadas a minar su efectividad o extensión cuantitativa."⁵

En otra decisión, la Corte puntualizó que,

"Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado. Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.

"Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de stirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa"⁶.

Así las cosas, a la demandante no le basta probar, en gracia de discusión, que la Corporación que fungió como Organismo de Gestión no dio cuenta de la inversión de los recursos que se le entregaron, sino que era indispensable que demostrara que los recursos correspondientes no fueron efectivamente invertidos. Por eso la testigo María Elena Barrera señaló que los valores que "finalmente tenía que reintegrar el organismo de gestión, **de no haberse hecho su inversión**, corresponden a \$45'280.096,00" (se resalta y subraya; fl. 11, cdno. 6). Con otras palabras, si los dineros desembolsados se invirtieron efectivamente en el

⁵ C.S.J. Sentencia de 24 de julio de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁶ C.S.J. Sentencia de 22 de julio de 1999. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Exp. 5065.
M.A.GO. Exp. 25200600070 02



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

proyecto respectivo, la falta de información, de reporte y de documentación que soportara la inversión, no necesariamente generó daño, por lo que no puede afirmarse que por el sólo hecho de haber fallado en estos deberes, se causó un perjuicio traducido en el importe de las sumas no justificadas. Por eso el dictamen practicado no es útil para respaldar la pretensión.

4. Puestas de este modo las cosas, también luce correcta la decisión de negar las pretensiones indemnizatorias, pues la entidad demandante no probó los requisitos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio. Por eso se torna innecesario examinar las excepciones propuestas.

Por consiguiente, se confirmará la sentencia apelada y se condenará en costas del recurso a la parte demandante.

DECISIÓN

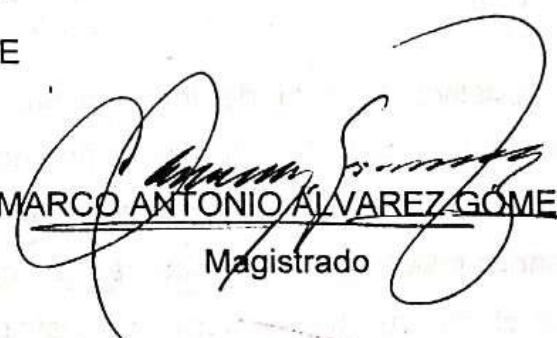
Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 28 de enero de 2010 por el Juzgado 25 Civil del Circuito de la ciudad, dentro del proceso de la referencia.

Condenar en costas de la segunda instancia a la parte apelante. Liquédense.

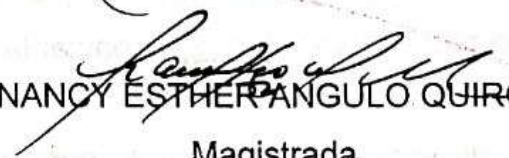


Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

NOTIFIQUESE


MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ

Magistrado


NANCY ESTHER ANGULO QUIRÓZ

Magistrada


RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL - SECRETARÍA

CERTIFICO QUE EN LA FECHA

129 JUN 2010

Y A LAS 8 A.M. SE FIZO EDICTO EN LUGAR PUBLICO
DE LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL CON EL FIN DE NOTIFICAR
A LAS PARTES EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA ANTERIOR

El Secretario,

ORDINARIO
DTE: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y FIP
DDO: CONDOR S.A.
APELACIÓN DE SENTENCIA 03-05-333-01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D. C.
SALA CIVIL**

**MAGISTRADO PONENTE: LUÍS ROBERTO SUÁREZ
GONZÁLEZ**

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Civil del 8 de abril de 2010. Acta 14.

Bogotá D.C., cuatro de junio de dos mil diez.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario adelantado por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y el FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ, contra la sociedad CONDOR S.A.

DEMANDA

Intermediando los servicios de un profesional del derecho, el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y FIP demandó a la sociedad CONDOR S.A. con el fin de que en sentencia se declare, como pretensión principal, que

la cláusula cuarta de los contratos de seguro contenidos en las pólizas 7578849, 7545471, 7545469, 7533698, son ineficaces y en subsidio nulas, agregando otras pretensiones referidas a la ocurrencia del siniestro cobijado por ellas, por lo que se debe ordenar el pago de la indemnización que de esos negocios se deriva y condenar al pago de las costas del proceso.

Como hechos base de la pretensión expuso la demandante que se celebraron unos contratos de seguro de cumplimiento que amparaban unas obras contratadas, negocios estos que fueron incumplidos, en tanto que no se invirtieron los recursos suministrados para su ejecución, lo que dio lugar a que se practicara la correspondiente reclamación, indemnización que fue negada con el argumento de que no se aportó el acta de liquidación del contrato de obra y tampoco se demostró la cuantía de la reparación.

Tramitada en debida forma la instancia, esta concluyó con sentencia en la que se negó el éxito de las pretensiones al rematar que la cláusula atacada no padece de ninguna clase de ineficacia y que, en consecuencia, no hay lugar a declarar la ocurrencia del siniestro pues el actor no cumplió con el requisito de la expedición del acto administrativo que justifica el pago de la indemnización.

EL RECURSO

Inconforme con lo así resuelto, la parte demandante solicitó que se revocara la sentencia, explicando en primer lugar que a pesar del fracaso de las pretensiones principales y subsidiarias se debió resolver las relacionadas con la ocurrencia del siniestro, las que calificó como independientes; a continuación censuró que no se

tuvo en cuenta que el Fondo de Inversión no es una persona jurídica que como tal no puede expedir actos administrativos; que por el mandato existente entre el Departamento y el Fondo de Inversión para la Paz, aquel tiene las funciones de este, hecho que deja en evidencia que la cláusula no produce efectos porque se está exigiendo un requisito que no se puede cumplir.

Por igual aclaró que la nulidad reside en la exigencia por parte de la aseguradora de presentar el acto administrativo como constitutivo del siniestro, cuando en realidad este es el incumplimiento del contrato garantizado; que la expedición del citado acto solo hace las veces de reclamación y que su no expedición solo significa que no se planteó esta por la vía extrajudicial, lo que provoca la pérdida de intereses moratorios pero no del derecho a la indemnización.

Finalmente señaló que el siniestro y la cuantía de la indemnización si se probaron, pues de la copiosa documental allegada se desprende que los recursos entregados en virtud de que los contratistas no invirtieron de manera adecuada los recursos económicos, hecho igualmente acreditado con el dictamen pericial.

CONSIDERACIONES

1. De la observación del libelo con que se dio inicio a la presente actuación, fluye que el actor, arropándose en el artículo 82 del C.P.C., planteó la existencia de varias condenas, unas como principales y otras como subsidiarias.

En la primera clase de las pretensiones referidas, el demandante diseñó como específico contenido, la declaratoria de la ineficacia de

517

la cláusula 4 contenida en las precitadas pólizas, planteando igualmente otras aspiraciones autónomas, dirigidas a la declaración de la ocurrencia del siniestro y el correspondiente pago de la indemnización; modalidad que involucra la "denominada *"acumulación objetiva originaria de pretensiones"*, consistente, como es sabido, en la potestad atribuida por la ley al actor, en virtud de la cual puede éste proponer frente al demandado varias pretensiones, aunque no sean conexas, a fin de que sean tramitadas en el mismo proceso y decididas en la misma sentencia; figura de la que se ha expresado que *"atendiendo los **elementos esenciales del objeto del proceso**, pueden darse las siguientes posibilidades: a) Que existan varios pedimentos fundados, a su vez, en diversas causas para pedir (fenómeno que es usual en los eventos de pretensiones inconexas); b) una pretensión única apuntalada en diversas causas para pedir; y, c) varias súplicas fincadas en la misma "causa petendi".* (Corte Suprema de Justicia, sentencia S-083 de noviembre 4 de 1999).

2. Adicionado a lo anterior, el accionante bosquejó una acumulación sucesiva y suplementaria de pretensiones, consistente en la declaración de la nulidad de esa cláusula; forma de pedir técnicamente denominada como subsidiaria o eventual, que se actualiza *"Cuando el actor reclama "una concreta tutela jurídica con preferencia (y exclusión) sobre otra", de modo que rechazada aquella, debe examinarse esta"*, específica tipología que consiente en *"acumular pretensiones excluyentes (lo que permite inferir que comparten varios elementos similares); que el demandante debe jerarquizar o determinar el orden en el cual el juzgador ha de examinar los pedimentos de la demanda de tal modo que éste, el sentenciador, no se encuentra compelido a estudiar todas las reclamaciones que ella contiene, desde luego que solamente podrá*

abordar el análisis de la subsidiaria cuando desestime la principal".
(Sentencia precitada, subraya ajena al original)

Sobre la utilidad de esta especial forma de pedir, en la memorada jurisprudencia se destacó que *"No son pocas, ni de poca monta, las ventajas que tal especie de acumulación le reportan al demandante: de un lado, porque consiste en un mecanismo que le permite prevalerse de los efectos negativos provenientes del transcurso del tiempo o de su inactividad, puesto que al estar facultado para hacer valer, de una sola vez, todos los fundamentos y medios de que disponga frente al demandado, con el fin de agotar las posibilidades de éxito en un único intento, no debe aguardar los resultados de un proceso para, en caso de ser vencido, emprender, posteriormente y a riesgo de ver frustradas sus aspiraciones por prescripción o caducidad, uno nuevo enderezado justamente a que se examinen los pedimentos que pudo formular subsidiariamente".*

3. El juzgado de conocimiento negó el triunfo de las pretensiones destacando que como la cláusula no está afectada de ineficacia ni de invalidez, la circunstancia de que no se haya presentado la prueba del incumplimiento o de la caducidad del negocio objeto de aseguramiento, justifica la objeción propuesta por el demandado, a lo que agregó que "no hay lugar a analizar las restantes (pretensiones) ni estudiar las excepciones", afirmación que desde la perspectiva del impugnante no luce afortunada, materia de la que en abstracto ha de afirmarse que en verdad, la frustración de la declaración de ineficacia no impediría, de suyo, el estudio de las otras pretensiones autónomas que se hicieron valer, que como prototipo de la modalidad **"Simple, o "concurrente" o "incondicionada"**, por la que el actor *"reclama, "lisa y llanamente", la estimación integral de las peticiones de la demanda, de modo*

que el juzgador debe examinar y pronunciarse sobre todas ellas, so pena de incurrir en inconsonancia, puesto que su análisis no se encuentra condicionado a la prosperidad o desestimación de alguna otra, como acontece, por ejemplo, cuando el acreedor demanda el cumplimiento de obligaciones emanadas de distintos instrumentos", censura que posteriormente será resuelta.

4. Despejado el punto anterior, procede la Sala a analizar el tema de la eficacia del pacto objeto de censura, materia sobre la que, delantadamente, debe memorarse que la vocación natural de los negocios jurídicos es que ellos produzcan los efectos jurídicos que le corresponden de acuerdo con la figura que tipifican; de donde se deriva que ante la presencia efectiva de los elementos esenciales, de los que por virtud de la ley, la costumbre o los usos le pertenecen -a pesar del silencio de las partes- y de los pactos que los particulares proyectaron con la inclusión de disposiciones accidentales, sobrevendrán las correlativas consecuencias.

En sentido contrario, cuando el negocio no produce los efectos esenciales o accidentales previstos por las partes y señalados en la ley, se está en presencia de una ineficacia en sentido lato o genérico, pues es comprensiva de "todas las hipótesis en las cuales sus efectos no se producen, o están llamados a decaer en un momento posterior"¹; (anormalidad del negocio jurídico en palabras de Emilio Betti)². Así mismo, comporta evocar que en la doctrina se reconoce la existencia de una ineficacia en sentido estricto que realmente se refiere a las particulares clases o especies de ineficacia, dentro de las cuales aparece la inexistencia; la nulidad, la inoponibilidad, etc.

¹ Scognamiglio Renato, Teoría General del Contrato, pág. 297.

² Teoría General del Negocio Jurídico. Betti Emilio, Pág. 270

De otra parte, en el código de comercio se reguló el tema de la ineficacia de pleno derecho³, fenómeno que se equipara a la inexistencia, puesto que, en concordancia con la previsión legal, el acto no produce efecto alguno sin que sea necesario declaración de juez, inoperatividad que puede predicarse del negocio en general o de una cláusula en particular, en cuanto solo recaiga sobre este específico contenido.

5. De igual manera comporta recordar que dentro de las diferentes clases que estructuran al seguro de daños se reguló la aseguranza de cumplimiento, la cual tiene por objeto que el asegurador asuma el riesgo proveniente de la insatisfacción de las obligaciones que corren por cuenta del tomador en el contrato amparado, apropiando para sí la carga de pagar los perjuicios originados en la evocada falta contractual por parte del avalado, modalidad destinada *"a asegurar la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que si el contratista "afianzado" no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de lo regulado por el artículo 1110 del estatuto mercantil"*. (CSJ. Sentencia febrero 2 de 2002).

Igualmente, es conveniente puntualizar que el artículo 1077 impone al asegurado la carga de probar la ocurrencia del siniestro y su cuantía, entendiéndose ese requisito como la afectación que en el patrimonio del asegurado causó la realización del evento dañoso que calificado como hecho asegurable los contratantes tuvieron a bien amparar, que en caso de materializarse y para la

³ C. de C. artículo 897. "Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial".

47

eventualidad de su pago en el seguro de daños, reclama la necesidad de probar su ocurrencia "dentro de los límites causales, temporales y espaciales convenidos"; la causación del daño indemnizable; y, que entre el evento y el daño exista una relación de causalidad.

6. En el caso bajo estudio el juzgado de conocimiento negó el pago del siniestro con el argumento de que los actores no presentaron la prueba prevista en la cláusula 4 de las pólizas, -pacto que constituye el tema de ataque por ineficacia propuesto en este contradictorio-, que expresa: "Siniestro. Se entiende ocurrido el siniestro: PRIMERO: CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA. SEGUNDO EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA"; disposición que halló conforme al orden jurídico y, por tanto, vinculante entre las partes y con poder para enervar la prestación implorada.

Contra lo así decidido, plantea el impugnante que como las pretensiones expuestas son independientes, ellas deben resolverse de manera autónoma, razón por la cual debió analizarse el tema del incumplimiento del contrato de seguro por parte del demandado. Censuró, así mismo, que no se entendió la clase de ineficacia que se alegó, explicando que ocurre esta por cuanto para el pago de la aseguranza se está exigiendo la expedición de un acto administrativo que la beneficiaria no puede emitir. Por igual, insistió en que es nulo el pacto por cuanto se está contrariando una norma

imperativa al hacer consistir "la ocurrencia del siniestro en la expedición de un acto administrativo", expresión que entra en contradicción con los artículos 1054 y 1072, "pues es darle al asegurado y al beneficiario de la póliza la potestad de ser él quien "cause" o "provoque" el siniestro". (fl. 8 cdno. Tribunal).

Sobre el primer aspecto, esto es, no haber resuelto la pretensión dirigida a obtener la declaración de incumplimiento del contrato de seguro, observa la Sala que a pesar de que la señora jueza del conocimiento manifestó que ante el fracaso de las aspiraciones principales no estudiaría las siguientes pretensiones, en realidad esa omisión no es consecuencia de la calificación que se haya realizado del grueso de los anhelos pretensionales y, por el contrario, es el efecto propio de la comprensión de que ante la ausencia del acto administrativo que declare la operancia del siniestro –presupuesto previo y demostrativo del mismo–, no se reúnen los requisitos para ordenar el pago de la indemnización, en tanto que no se demostró el presupuesto convencional que habilite la indemnización reclamada, esto es, el cuestionado acto administrativo que acredite la realización del riesgo asegurado.

7. En lo que dice relación con la clase de ineficacia que el actor quiso plantear y que el juez no interpretó en debida forma, esto es la "ineficacia por imposibilidad práctica", observa el Tribunal que en la doctrina este tipo de anormalidad se acepta como una causal sobrevenida, pues parte del supuesto de que el negocio nació a la vida jurídica, que es válido porque concita los presupuestos para ello, esto es, –capacidad, consentimiento exento de vicios, causa y objeto lícitos–, pero que ante el surgimiento de un hecho se hace irrealizable su ejecución y que, en tal condición, se acepta que lo tornó ineficaz, pues esa imposibilidad "vuelve sobre el propio

619

contrato, en cuanto acaba con la obligación de prestación de la otra parte, comprometiendo el nexo de correlatividad entre las dos prestaciones contempladas en el contrato", la que "golpea en forma completa y definitiva a una de las prestaciones, sin que quede duda alguna de la interrupción del sinalagma."⁴

Así las cosas, en lo que dice relación con la producción de efectos de la memorada cláusula cuarta que estableció un requisito para el cobro de la indemnización, estudia el Tribunal si en realidad, como replica el demandante, la expedición del acto administrativo constituye un obstáculo insalvable que aconseje su proscripción de la relación negocial, como supuesto imposible de cumplir, o si ella encarna una inaceptable restricción probatoria que a manera de cláusula abusiva debiera desestimarse.

Expresa el recurrente que como el Fondo de Inversión para la Paz no es persona jurídica no puede expedir actos administrativos y el departamento Administrativo de la Presidencia tampoco está habilitado para hacerlo en su nombre por cuanto no hay disposición legal o convencional que lo autorice, imposibilidad que constituye la razón de la ineficacia reclamada, la que se procede a analizar para establecer si en realidad en el caso en estudio se presentó la imposibilidad de expedir el acto administrativo que declarara el incumplimiento del contrato avalado, materia sobre la que es importante acotar:

7.1. No existe duda alguna que las pólizas que sirven de báculo a las pretensiones propuestas por el demandante encarnan un "seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales", tipicidad que los somete a las previsiones señaladas

⁴ Scognamiglio Renato, Teoría General del Contrato, página 367.

en la ley de contratación administrativa y a las consecuencias que de ella se derivan.

7.2. Así mismo, en las citadas pólizas obran como asegurados beneficiarios tanto el Departamento Administrativo como el Fondo de Inversión⁵, calidad que los legitima para reclamar la indemnización pero, así mismo, los llama a cumplir con las cargas que surgen de esa relación aseguradora, especialmente para habilitarse en el propósito de cobro de la reparación del daño proveniente de la falta contractual, para lo que era de rigor, realizar los actos necesarios dirigidos a la satisfacción del derecho que nace en su favor como "titular de un interés asegurable que le viene derivado de un contrato básico y de un seguro celebrado en su favor", en tanto que se es sujeto a quien, "la producción de un siniestro, daña directamente un bien que integra su patrimonio, o indirectamente el patrimonio como unidad"⁶, que en el presente caso se radica en el buen manejo del anticipo, el no pago de los salarios y las prestaciones laborales, etc., objeto que además de estar descrito y amparado de manera expresa en las pólizas cuya ineficacia parcial se pretende, así mismo constituye la base del siniestro que da lugar al cobro de la indemnización.

Esa indiscutida condición de beneficiario del seguro, la que así mismo le sirve de base para reclamar sus pretensiones, motivaba el acatamiento y observación de las conductas a su cargo, entre ellas declarar, por medio de acto administrativo, el incumplimiento del contrato por parte del tomador afianzado, potestad que facilita el cobro de la aseguranza, pues por su ejercicio la administración

⁵ Fls. 7, 36, 68, 92 y 116. Cdno. 1.

⁶ Ibidem.

se legitima para exigir la indemnización amparada, gestión de la que el Consejo de Estado destacó su legalidad al expresar que el ente estatal "expedirá un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. Dicho acto sin duda constituye la ocurrencia del riesgo y coloca a la entidad en una situación de privilegio, pues le basta la expedición del acto debidamente fundamentado, el cual goza de la presunción de legalidad para iniciar la ejecución". (Consejo de Estado, sentencia de noviembre veinte de dos mil tres. Radicación: 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929))⁷.

En el mismo sentido, pero destacando con mayor intensidad la necesidad de la expedición del memorado acto de la administración, el Consejo señaló que "Para efectos de ejecutar la garantía única cuando se da el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, es necesario tener en cuenta que el título ejecutivo base de la acción debe aparecer integrado con el **contrato estatal, la póliza de cumplimiento y el acto administrativo por medio del cual la administración pública declara la ocurrencia del siniestro**"; adicionado que "la administración tiene la facultad unilateral de declarar incumplido al contratista por medio de un acto administrativo, que permite la efectividad de las pólizas contractuales ya que según lo expresado en el numeral 5 del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo, las garantías que se prestan en favor de las entidades públicas se integran con el acto administrativo ejecutoriado que declara el siniestro. Ese acto administrativo que declara la operancia del incumplimiento, es entonces el que

⁷ En el mismo sentido En el mismo sentido: Sentencias del 3 de mayo de 2001 y 10 de julio de 1997.

concreta la obligación de la aseguradora; si bien es cierto que la póliza es el documento escrito que emana de la aseguradora y que constituye plena prueba contra ésta, es el acto administrativo el que determina el alcance de la obligación, define el incumplimiento contractual, el perjuicio y la correspondiente indemnización a favor de la entidad estatal". (Sentencia precitada, negrilla intencional).

7.3. De otra parte, la condición prevista por la ley 80 de 1993, de acuerdo con el cual este negocio jurídico de garantía se regula por el derecho privado -normas comerciales-, argumento también expuesto en la alzada, no desvirtúa lo revelado en párrafos anteriores, materia que también fue abordada por la alta Corporación en cita, quien explicó que como pacto de garantía de obligatoria concurrencia en los contratos estatales ha de sujetarse a lo dispuesto para estos en la particular regulación -estatuto de contratación estatal-, que por ser de orden público no puede desconocerse en ningún caso. Dijo el Consejo en la sentencia precitada que "no obstante que el régimen jurídico aplicable sea por naturaleza de derecho privado y se regule básicamente por las normas del Código de Comercio; la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, pues su finalidad es la protección del patrimonio público. El numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, dispone que el contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Por su parte, el artículo 41 del estatuto contractual prevé que para la ejecución del contrato se requerirá la aprobación por parte de la administración de la garantía otorgada".

8. Despejado el ataque que de manera general cuestiona la legalidad de "la cláusula que le otorga a un acto administrativo proferido por el beneficiario de la póliza..", procede el Tribunal a analizar el otro aspecto de la censura, referido a que el FIP no puede emitir actos de esta especie porque no es persona jurídica, gestión que tampoco puede desarrollar el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, porque a pesar de que esta si está habilitada para tal fin, sin embargo en el caso concreto está imposibilitada en tanto que no hay norma convencional ni legal que la faculte, concluyendo que si así se actuara se estaría extralimitando en el mandato que la une con la cuenta Fondo de Inversión a quien representa.

El embate así formulado de inmediato se desvanece, pues como ya se expresó, el Departamento Administrativo en su condición de beneficiario del contrato de seguro está contractualmente habilitado para expedir el acto administrativo que declare la ocurrencia del riesgo, a lo que se adiciona que por regulación legal y en su condición de administrador y director⁸ del Fondo también está autorizado para emitirlo, reflexiones que provocan la confirmación de lo decidido sobre el tópico, pues no existe imposibilidad práctica como forma específica de ineficacia en el pacto cuestionado, orientación que se le ha otorgado en la sustentación del recurso.

9. A lo anterior se adiciona que del pacto en examen en el orden patrio no se establece por la ley que sea ineficaz de pleno derecho, o que no produce efecto alguno, que de vía libre a la pretensión propuesta por el demandante. Así mismo, la legalidad que se ha puesto de relieve sobre la posibilidad de que la entidad estatal

⁸ Artículo 5, decreto 1813 de 2000.

HS

declare la materialización del riesgo amparado y, por ende, la ocurrencia del siniestro, deja en evidencia que la cláusula debatida no entraña nulidad pues ni de manera expresa ni tácita entra en contradicción con normas imperativas.

10. Finalmente, debe subrayarse que la condición de estatal del seguro cuya indemnización se pretende cobrar, por sus especiales características -algunas de las cuales han sido acentuadas en esta providencia-, trae como efecto, en materia de la prueba de la ocurrencia del siniestro, que este se demuestre con la emisión del correspondiente acto administrativo declarando el incumplimiento del contrato avalado, en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 1077 que establece la carga al asegurado con relación a la demostración de la ocurrencia del siniestro; comprobación que a diferencia de lo dispuesto para el contrato de seguro entre particulares solo puede ser satisfecha con la expedición del referido acto de la administración, puesto que "Cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme. Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho). (Consejo de Estado, providencia del doce (12) de octubre de dos mil (2000) Radicación: 18604).

Este tema fue explicado por la máxima corporación de lo contencioso al señalar que "En cambio, en el campo de la contratación estatal no existe la objeción del asegurador en relación con la reclamación del asegurado, la cual se manifiesta

57

con la expedición de un acto administrativo (unilateral), en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. **En otras palabras, el acto administrativo es la prueba de la realización del riesgo y el ejercicio del poder decisorio y previo de la administración, el cual si bien es un privilegio para ella, también constituye una ventaja para la aseguradora, ya que tiene la posibilidad de discutir administrativa y judicialmente el acto en la medida que los fundamentos jurídicos y fácticos que la administración adujo para acreditar el siniestro no sean suficientes. En tales condiciones, no tiene ningún sentido seguir sosteniendo tal como lo hace el demandante, que es el juez del contrato quien debe verificar la ocurrencia del siniestro y a quien le corresponde determinar el incumplimiento de las obligaciones aseguradas a través de una garantía o póliza de seguro**". (Consejo de Estado, Sentencia del veinticuatro (24) de mayo de dos mil uno (2001). Radicación: 25000-23-26-000-1994-0296-01(13598)).

Ahora bien, de ese pacto tampoco es dable aceptar que materializa una estipulación abusiva porque de manera injusta entronice una indebida restricción probatoria, en tanto que *"impone al asegurado o beneficiario la carga de probar su derecho de una manera específica -o tarifaria-, limitando por esta vía indebidamente los diversos medios de prueba a su disposición, en contra de la preceptiva legal imperante, responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, en la medida en que agrava -sin contrapartida- las condiciones en que aquellos pueden solicitar del asegurador que cumpla con su*

obligación de "pagar el siniestro", concretamente como corolario de la acreditación de la ocurrencia o materialización del riesgo asegurado (*onus probandi*); previsión inaplicable al tema sub judice, puesto que esa facultad de declarar la ocurrencia del siniestro constituye una garantía en su favor, pues le evita presentar reclamación, el proceso judicial para su reconocimiento, etc., gestiones que debe agotar en tratándose de un seguro entre particulares, pensamiento explicado por la máxima autoridad contenciosa administrativa, al señalar las diferencias operativas para el cobro del siniestro amparado, las que puntualizó en los siguientes términos: "De otro lado, el procedimiento que se adelanta en uno y otro caso para lograr el pago del monto asegurado son diversos, mientras que en las relaciones privadas, el beneficiario debe denunciar la ocurrencia del riesgo dentro de los tres días siguientes, aportar la información, la documentación respectiva e indicar una estimación del monto del siniestro, en cuyo caso la aseguradora podrá objetar la reclamación. **Frente a los contratos estatales**, la administración expedirá un acto administrativo unilateral, en el cual declara ocurrido el siniestro y frente al mismo tanto la aseguradora como el contratista podrán agotar la vía gubernativa e impugnarlo judicialmente. Dicho acto sin duda constituye la ocurrencia del riesgo y coloca a la entidad en una situación de privilegio, pues le basta la expedición del acto debidamente fundamentado, el cual goza de la presunción de legalidad para iniciar la ejecución. (Consejo de Estado, sentencia de noviembre veinte (20) de dos mil tres (2003) Radicación: 25000-23-26-000-1999-01898-01(19929))⁹.

⁹ En el mismo sentido, providencias del 3 de mayo de 2001 y julio 10 de 1997

75

11. En la sustentación oral de la alzada, la apoderada de la actora, fundada en el artículo 14.3 del Decreto 4828 de 2008, insiste en que no es necesaria la expedición del acto administrativo declarando el incumplimiento del contrato, por cuanto "en los casos distintos de la caducidad o de las multas", este acto hace las veces de reclamación, visión desafortunada del texto legal pues, a contrario de lo señalado por la impugnante, lo que la norma expresa, de forma reiterativa, es que en los casos de incumplimiento este será declarado por acto de la administración, "acto administrativo que constituye reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro"; previsión normativa que además de contrariar el argumento así expuesto, de todas maneras resulta inaplicable a la situación que se juzga, en tanto que no se encontraba vigente para cuando ocurrió el incumplimiento que hacia surgir la acción contra la aseguradora.

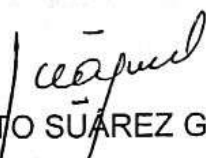
Por lo expuesto, la SALA CIVIL del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia impugnada proferida dentro del proceso propuesto por el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA y el FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ, contra la sociedad CONDOR S.A.

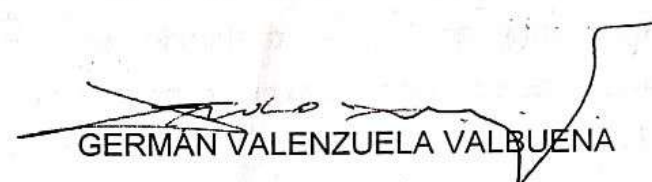
SEGUNDO.- Costas en esta instancia a cargo del actor.

Notifíquese.


LUÍS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

Rad. 110013103003200500333-01


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

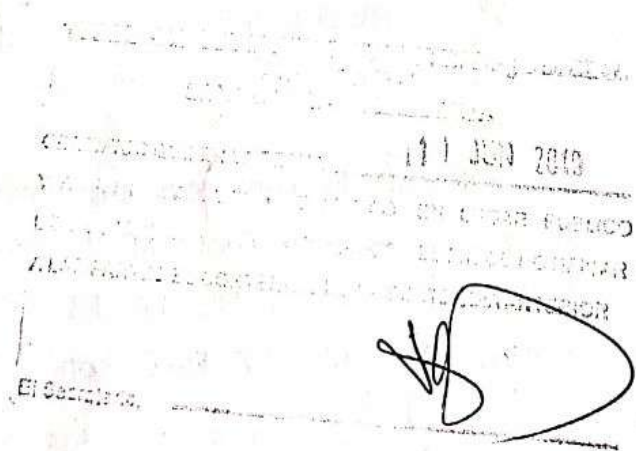
Magistrado

Rad. 110013103003200500333-01


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Rad. 110013103003200500333-01


11 JUN 2013
El Secretario



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010).

Proceso: ORDINARIO
Radicación: 110013103-013-2006-00114-03
Demandante: AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL – FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ (Acción Social - FIP).
Demandada: CÓNDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES

Magistrada Ponente: JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

Discutido y aprobado en Sala de Decisión Civil de 19 de mayo de 2010.

Decídese la apelación interpuesta por la demandante contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2009 mediante la cual el Juez Décimo Tercero Civil del Circuito de esta ciudad clausuró la primera instancia, en el asunto del rubro.

ANTECEDENTES

1. Acción Social – FIP pidió declarar (i) que la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales # 025-022176570, expedida por la Aseguradora demandada en favor del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República es ineficaz, subsidiariamente, deprecó la nulidad de esta estipulación; además, (ii) que ocurrió el siniestro amparado por la dicha póliza para garantizar el cumplimiento del convenio # 800240/02, y consecuentemente, condenar a la emplazada a pagar (iii) cuarenta y siete millones cuarenta y cuatro mil ciento treinta y cinco pesos (\$47'044.135,00) "... o el mayor valor que resulte probado en el proceso...", suma correspondiente al dinero entregado y no invertido en la ejecución del convenio amparado y (iv) los intereses moratorios sobre esta cantidad, desde el 24 de diciembre de 2003, fecha en que terminó el aludido convenio, "... o desde la fecha que lo determine el Despacho...", a la tasa máxima comercial, amén de la imposición de las costas procesales.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, el ente demandante expuso que dentro del programa de inversión social de la Presidencia de la República denominado "Empleo en Acción", administrado a través del Fondo de Inversión para la Paz, adscrito en la actualidad a Acción Social, cuyo régimen contractual es de derecho privado¹, celebró el convenio # FIP 800240/02 con el Municipio de San Jacinto y la Asociación para el Desarrollo Comunitario como organismo de gestión, por un valor de cien millones trescientos cuarenta y seis mil

¹ Cfr., afirmación que basó en los artículos 8 de la Ley 487 de 1998, 10 del Decreto 1813 de 2000 y 31 del Decreto 2467 de 2005.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

novecientos setenta y dos pesos (\$100'346.972,00) en razón de lo cual, este último se obligó para con Acción Social – FIP, a "... invertirlos adecuadamente en la generación de empleo o compra de materiales para la realización del proyecto municipal, justificar la inversión de esos recursos y devolver al Fondo... aquellos no invertidos o aquellos cuya inversión no se hubiera justificado" (fl. 55, C. 1), obligaciones amparadas por el contrato de seguro fundamento de las pretensiones.

Añadió que, en virtud del citado negocio, entregó a la Asociación noventa y siete millones quinientos treinta mil quinientos cincuenta y un pesos (\$97'530.551,00), empero, la supervisión del convenio determinó que cuarenta y siete millones cuarenta y cuatro mil ciento treinta y cinco pesos (\$47'044.135,00) no fueron invertidos ni restituidos al Fondo, lo que configura el siniestro cuya declaración reclamó. Finalmente, en cuanto a la legalidad de la cláusula cuarta de la póliza, adujo que es nula porque "... está definiendo o dándole la calidad de siniestro a un hecho que no constituye riesgo, conforme a la definición de los artículos 1072 y 1054..." del C. Co., "... pues está atribuyéndole categoría de siniestro a la expedición y ejecutoria de un acto administrativo, cuando en realidad el siniestro en casos como éste es la apropiación indebida de los recursos" (fls. 55 in fine y 56, *ibíd.*).

3. Notificada la demandada², controvertió los fundamentos fácticos de las pretensiones, porque la entidad demandante intervino en la contratación a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en favor de quien se expidió la póliza aludida, del tipo de cumplimiento en favor de entidades estatales, que no de particulares, la cual fue aceptada; además, arguyó que no se acreditó la ocurrencia del siniestro y que la asegurada si tenía la potestad para expedir actos administrativos. Con estribo en esto, formuló como excepciones de mérito las que intituló: (i) "*legalidad del contrato de seguro*", (ii) "*inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro*", (iii) "*falta de demostración del siniestro*", (iv) "*falta de personería jurídica de uno de los demandantes*" [sic], apoyada en que el FIP carece de capacidad para comparecer, (v) "*incumplimiento de la garantía contenida en el artículo 1061 del Código de Comercio*", porque la demandante no contrató la interventoría necesaria para la ejecución del convenio en que fincó las súplicas, (vi) "*carencia de responsabilidad por expresa disposición contractual*", fundada en que, conforme a la cláusula séptima del convenio, quien debe responder por su correcta ejecución es el proponente, (vii) "*incumplimiento de las condiciones del contrato*", ya que fue liquidado extemporáneamente, (viii) "*prescripción de la acción derivada del contrato de seguro*", basada en que la actora tuvo conocimiento del hecho que alega como constitutivo del siniestro desde el 1º de diciembre de 2002 (fls. 69 a 88, *ibíd.*).

También formuló como excepción previa la de falta de jurisdicción, la que en primera instancia se declaró probada mediante auto de 26 de enero de 2007 (fls. 12 a 14, C. 2), decisión que, recurrida en apelación, fue revocada por el Tribunal a través de proveído de 26 de abril subsiguiente (fls. 10 a 18, C. 3).

4. El 23 de agosto de 2007 tuvo lugar la audiencia prevista en el artículo 101 del C. de P. C. (fls. 103 a 110, *ibíd.*), tras esto, mediante auto de 10 de

² Cfr., la Aseguradora concurrió personalmente el 13 de junio de 2006 (fl. 66 *envés*, C. 1).

Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

26

septiembre del mismo año, se decretaron las pruebas pedidas por las partes (fls. 111 y 112, *ibíd.*).

Posteriormente, la prueba pericial se dio por desistida, en razón de que la demandante interesada no pagó las expensas necesarias para sufragar los gastos de la misma, decisión contra la cual, en vano, se intentó alzada (fls. 22 a 25 *dorso*, C. 4).

5. Mediante proveído de 15 de diciembre de 2008 se dispuso que las partes alegaran de conclusión, oportunidad que ambas aprovecharon (fls. 144 a 210, *ibíd.*).

LA SENTENCIA APELADA

Tras esbozar los caracteres generales del contrato de seguro, así como de la póliza en relación con éste, el *a quo* consideró que el negocio asegurativo existe y fue acordado entre las partes, por tanto, sostuvo que "... *no es procedente alegar ningún tipo de ilegalidad...*". Prosiguió el sentenciador de primer grado con el análisis de las características de este acto jurídico en relación con la contratación estatal y la función de la garantía única en este ámbito, precisó al punto que "... *el acto administrativo se constituye en la prueba de acreditar el siniestro...*", el cual, dada su naturaleza, se presume legal, porque en este tema es aplicable al convenio no sólo la legislación mercantil sino la relativa a la contratación del Estado, y concluyó que la entidad demandante estaba habilitada para declarar la ocurrencia del siniestro mediante la expedición del acto administrativo, conforme a la cláusula cuarta de la póliza de seguro # 025-022176570.

Apoyado en estas consideraciones, negó tanto las pretensiones principales como las subsidiarias y declaró probada la excepción de legalidad del contrato de seguro (fls. 212 a 221, C. 1).

EL RECURSO

Ante esta Corporación, la demandante insistió en la práctica del dictamen pericial, solicitud que fue negada y quedó en firme (fls. 6 y 7, C. 5). Luego, embistió contra la sentencia de primer grado, porque, en su argüir, "... *no estudió ninguno de los argumentos de la demanda sino que se limitó a concluir que el contrato... existe... y que las partes 'lo aprobaron'...*" (fl. 17, C. 5), pues, adujo que la pretensión de ineficacia de la cláusula cuarta de la póliza "... *no es ni la única ni la más importante...*" (fl. 10, *ibíd.*) y al seguir censuró al *a quo* porque no estudió el fondo de la legalidad de la dicha estipulación, insistió en que el siniestro no depende de la expedición de un acto administrativo que así lo declare, "... *pues con la interpretación que le da la aseguradora y que le dio el Juzgado, aunque el contrato garantizado haya sido incumplido, si la entidad no profiere el acto administrativo perdería el derecho a la indemnización lo cual es totalmente absurdo*" (fl. 14, *ibíd.*).

Añadió que el juzgador de primera instancia no comprendió el convenio # 800240/02 en que se fundan las pretensiones, mas, no explicitó crítica a este propósito,



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

y al finalizar, arguyó que las pretensiones debían prosperar porque con los documentos "resumen ejecutivo de liquidación" y el acta de liquidación del aludido negocio, aunados a la declaración de María Elena Barrera, acreditó tanto la ocurrencia del siniestro como su cuantía.

El 5 de mayo de 2010 se celebró, a instancia de la demandante, la audiencia a que se refiere el artículo 360 del C. de P. C., concurrieron ambas partes, mas sólo la demandada presentó resumen de sus alegaciones por escrito (fls. 22 y 23, C. 5).

CONSIDERACIONES

1. Liminarmente, se observa que no existe reparo en cuanto a la concurrencia de los consabidos presupuestos procesales, tampoco se vislumbra causal de impedimento, y finalmente, las garantías constitucionales propias del juicio fueron debidamente guardadas, así que es posible desatar el fondo del asunto.

2. Suplicó la demandante declarar que la cláusula cuarta de la póliza única de seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales # 025-022176570 sea declarada ineficaz o, en defecto de esto, nula; ilegalidad que, según Acción Social – FIP estriba en que la Aseguradora exige la expedición de un acto administrativo para la configuración del siniestro, cuando tal circunstancia fáctica se circunscribe sólo a la "... apropiación indebida de los recursos..." (fl. 56, C. 1); y en esta instancia insiste además que pretende no sólo eso sino que el Juez declare la existencia del siniestro y su cuantía; puntos que se analizarán seguidamente, en el orden anunciado:

2.1. De antemano, precisa la Sala que Acción Social – FIP aportó al plenario sólo copia simple de las condiciones generales de la póliza en que fundó sus pretensiones (fls. 28 y 29, anverso y envés, C. 1), documento en el cual se encuentra consignada la cláusula cuya ineficacia se pretende, que no tiene mérito demostrativo, porque es claro que, al margen del carácter de auténtico de cierto documento, las copias no pueden equipararse al original. Sobre el tema, ha puntualizado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que "... las copias que carecen de la atestación de que son idénticas al original no prestan mérito probatorio, salvo que reúnan las condiciones del artículo 254 del código de enjuiciamiento o de cualquier otra norma que así lo señale"³.

De manera que si bien en principio la actividad probatoria de la demandante resultó vana, carencia esta que, en gracia de discusión, puede superarse acudiendo a la confesión, atendiendo al efecto el carácter consensual del contrato (C. Co., artículos 1036 y 1046, modificados por los artículos 1º y 3 de la Ley 389 de 1997, respectivamente) porque la actora reprodujo el contenido literal de la primera sección de la cláusula cuarta de las condiciones generales del seguro en el numeral 24º de su exposición factual (fl. 55, C. 1) y la Aseguradora emplazada, al referirse a esta afirmación, intentó refutar diciendo: "no es un hecho es una transcripción textual de la cláusula citada" (fl. 73, *ibíd.*), luego, aceptó el texto de la estipulación alrededor de la cual se plantearon las súplicas.

³ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 4-11-2009, M. P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. # 15001-3103-004-2001 00127 01.



Con todo, aún superando lo exiguo de la labor probatoria desplegada por la recurrente, tampoco sus súplicas podrían ser atendidas, como enseguida se precisa.

2.2. En el marco del derecho de seguros se distinguen los de daños, caracterizados por ser meramente indemnizatorios, o en otros términos, "... tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato como riesgo asegurado" ⁴.

Dentro de esta clase se encuentra el denominado seguro de cumplimiento, establecido por la Ley 225 de 1938, convenio por el cual la compañía Aseguradora se compromete a pagarle al asegurado o beneficiario los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones de origen legal o contractual a cargo del tomador, o como lo ha precisado la jurisprudencia, es "aquel en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia" ⁵.

Ahora bien, atendiendo el carácter indemnizatorio previsto en el artículo 1077 del C. Co., le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, esto es, "la realización del riesgo asegurado" (artículo 1072 *ejúsdem*), así como la cuantía de la pérdida.

2.2.1. En el asunto *sub lite* se observa que la cláusula cuarta de la póliza, aportada en copia simple, cuya declaratoria de ineficacia se persigue, es del siguiente tenor: "SE ENTIENDE OCURRIDO EL SINIESTRO: PRIMERO – CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACION DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA" (fl. 28 dorso, C. 1).

Respecto de la ineficacia impetrada, la doctrina ha precisado que posee numerosos sentidos, "pues abarca todo fenómeno privativo de las consecuencias del negocio, y comprende desde la inexistencia hasta la simple reducción del exceso y la inoponibilidad, pasando por la nulidad, la anulación, la rescisión, la revocación" ⁶. Igualmente se ha indicado que es ineficaz el contrato "cuando, aunque no siendo inválido, no es apto para producir efectos a causa de la presencia de un obstáculo extrínseco" ⁷; sanción que es dable imponer sólo a ciertos actos jurídicos o a determinadas cláusulas que carecen de todo efecto por disposición expresa de la ley.

En materia de seguros, el artículo 1045 del C. Co. prevé:

⁴ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 15-11- 2005, M. P.: Dr. César Julio Valencia Copete, exp. # 11001-31-03-024-1993-7143-01.

⁵ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 2-05-2002, M. P.: Dr. Manuel Ardila Velásquez, exp. 6785. Precedente que cita las sentencias de 22 de julio de 1999, exp. # 5065, 24 de mayo de 2000, exp. # 5439 y 2 de febrero de 2001, exp. # 5670.

⁶ HINESTROSA, Fernando, "Derecho civil. Obligaciones", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1969, pp. 435 y 436, citado en ORDÓNEZ Andrés, "Lecciones de derecho de seguros", pp. 127 y 128.

⁷ MESSINEO, Francesco, "Doctrina General del contrato", pp. 311 y 312, citado en NARVÁEZ García, José Ignacio, "Obligaciones y Contratos Mercantiles", Bogotá, D.C., Legis, 2ª ed., 2002, pág. 253.

1. El interés asegurable;
2. El riesgo asegurable;
3. La prima o precio del seguro, y
4. La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno”.

Sobre el particular, adviértase que, atendiendo a la naturaleza de la póliza aducida en esta *litis*, que no es otra diferente a la de un “seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales” (fls. 27 y 30, C. 1), se descarta la ineficacia alegada, pues la exigencia del proferimiento de un acto administrativo que declare la existencia del siniestro se enmarca en las previsiones de la Ley 80 de 1993, concretamente en el artículo 18 *in fine* que prevé: “la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de cumplimiento”, tras definir esta potestad excepcional al derecho común como aquella en virtud de la cual, si se presenta alguno de los “...hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre” (subráyase).

2.2.2. A lo anterior se suma que en el convenio celebrado entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la Paz, el Municipio de San Jacinto y el “OG” Asociación para el Desarrollo Comunitario, valga precisar, también aportado en copia simple⁸ (fls. 31 a 39, C. 1) claramente se observa que en la cláusula décima cuarta las partes acordaron que “*al presente convenio se aplican los artículos 15 al 18 de la ley 80 de 1.993*” (fl. 37, *ibíd.*, se destaca), estipulación que implica que la entidad demandante si tenía la posibilidad de aplicar las facultades originadas en las cláusulas excepcionales al régimen contractual de los particulares, de donde se sigue que, aún pretermitiendo, en gracia de discusión y sólo por vía de simple hipótesis, la carencia de prueba, lo cierto es que, conforme a un decantado principio general del Derecho aplicable al caso de la especie (Ley 153/1887, artículo 8), “*no se escucha a quien alega en su favor su propia torpeza*”⁹, lo que pretende ahora la actora.

Aduce la actora que el análisis de la ineficacia se debe hacer atendiendo lo reglado por el estatuto mercantil, pero tal argumento no puede ser acogido, pues el seguro de cumplimiento allegado se contrató en favor "*de entidades estatales*", amén de que así fue aprobado por la entidad en ese entonces, debiendo primar ese carácter, además, lo que sanciona el legislador con la ineficacia es el hecho de que no exista riesgo asegurable lo que aquí no ocurre; ahora que, aún bajo la óptica del Código de Comercio, la alegada ineficacia no se abre paso (*supra*, § 2.2.1 e *infra*, § 2.3).

Igualmente, afirma el apelante que "si se mira la ley de creación del Fondo de Inversión para la Paz tiene que concluirse i) que se trata de una cuenta especial, esto es, que no es una persona jurídica de derecho público condición que le impide expedir actos administrativos y, (ii) que su régimen de contratación es el del derecho

⁸ Cfr., *ut supra*, § 2.1, nota al pie # 3.

⁹ Cfr.: "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans potest*".



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

privado" (fl. 11, C. 5), argumento que no resiste el menor análisis, pues, además de que Acción Social – FIP sí podía emplear la facultad prevista al efecto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 citada, lo cierto es que el artículo 10 del Decreto No. 1813 de 2000¹⁰ determina que *"para todos los efectos, los contratos que se celebren para el funcionamiento del Fondo para arbitrar recursos o para la ejecución o inversión de los mismos, se regirán por las reglas de derecho privado, sin perjuicio del deber de selección objetiva de los contratistas y del ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en la celebración y ejecución de los contratos"*, pero, dicho precepto debe analizarse en concordancia con lo reglado en el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, norma que estatuye que *"los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley"* (énfasis de ahora), lo que implica, **de suyo**, que el estipularse como régimen de una entidad el de derecho privado no descarta *per se* y con alcance general, la aplicación del estatuto de contratación de la administración pública.

Se afirma también que el FIP no puede válidamente proferir actos administrativos, argumento que tampoco es de recibo, pues siendo el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República quien lo administraba¹¹ y actualmente la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional¹², ésta estaba perfectamente facultada por la ley para expedir el acto administrativo convenido en la cláusula cuarta de la póliza, dada la naturaleza de la personería jurídica a través de la cual interactúa.

2.3. Luego, como no se abre paso la pretensión principal, se emprenderá el análisis de la subsidiaria que persigue que se declare la nulidad de la misma cláusula cuarta, con sustento en que la póliza desconoce los artículos 1072 y 1054 del Código de Comercio.

Sobre el punto, sea lo primero precisar que el régimen de nulidades es el previsto en el estatuto civil, lo que se traduce en que la nulidad absoluta se genera, bien por incapacidad absoluta de alguna de las partes, bien por objeto o causa ilícitos, incluyendo dentro del primero *"la violación de normas imperativas de la ley (num. 1 art. 899 C.Co., en concordancia con el art. 1519 C.C.)"*¹³, al paso que la nulidad relativa se presenta en los eventos de incapacidad relativa o vicios del consentimiento¹⁴.

En el caso *sub lite*, estima el apelante que la potestad de declaración de siniestro por parte de la administración es nula, pero la Sala no comparte tal apreciación, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 del C. C. A., la administración tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro. Sobre el particular, el Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 22 de abril de 2009, expediente 14667, afirmó:

¹⁰ "Por el cual se reorganiza el Fondo de Inversión para la Paz, FIP".

¹¹ Decreto 1813 de 2000, artículo 5.

¹² Decreto 2467 de 2005, artículo 30.

¹³ ORDÓNEZ Andrés, "Lecciones de derecho de seguros", No. 3, pág. 137.

¹⁴ C. Co., art. 900 y C. C., art. 1741.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

34

"La situación se torna diferente en tratándose de garantías de cumplimiento constituidas en favor de entidades públicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista, así que el citado artículo 1077 no es de aplicación estricta, puesto que no es ante la compañía aseguradora que el asegurado o beneficiario de la póliza -entidad estatal- discute la existencia del siniestro y el monto del perjuicio o daño causado, tal como quedó ampliamente expuesto en el acápite anterior, sino que la entidad pública asegurada a términos del artículo 68, numerales 4) y 5) del C.C.A., tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro, declaratoria que necesariamente involucra o versa sobre la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, ya que de lo contrario no surge la obligación a cargo de la aseguradora; pues como ya se anotó, para que ello ocurra, según lo dispone el artículo 1077 del C. de Co., deberá establecerse la ocurrencia del siniestro y la cuantía del daño, en tratándose de seguros de daños.

"Cabe agregar que el artículo 68 del C.C.A., define las obligaciones a favor del Estado que prestan mérito ejecutivo, es decir que reúnen las características de ser claras, expresas y exigibles, entre las cuales se encuentran las que se derivan de las garantías que otorgan los contratistas en favor de las entidades públicas, una vez que mediante acto administrativo se declare la existencia de la obligación, declaratoria que necesariamente debe versar sobre el monto de la obligación, pues de lo contrario no podría conformarse el título ejecutivo con las características que debe revestir la obligación que presta mérito ejecutivo.

"Es decir que la entidad pública asegurada, tiene la potestad de declarar unilateralmente la ocurrencia del siniestro mediante acto administrativo en el cual, conforme a la norma en cita, deberá determinarse la cuantía del daño causado, al margen, incluso, de que la compañía de seguros no comparta su decisión, inconformidad que puede hacer manifiesta mediante los recursos previstos en la ley y posteriormente, si es del caso, por vía judicial" (se destaca con subrayas).

Igualmente, la referida Corporación precisó mediante la sentencia dictada en el proceso radicado bajo el número 13598, de 24 de mayo de 2001, que no se pueden confundir los poderes de dirección de los contratos con las facultades para declarar la ocurrencia del siniestro, al estimar que:

"Es erróneo confundir las garantías contractuales con las potestades sancionatorias de la administración, toda vez que las garantías no son una pena convencional porque su función no es la estimación anticipada de perjuicios que pudiera sufrir la administración con la inexecución del contrato o el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por parte del contratista, como tampoco es un medio coercitivo para apremiarlo. Su función es, como ya se dijo, salvaguardar el interés público y proteger patrimonialmente a la administración frente a los eventuales incumplimientos del contrato imputables al contratista".

Por tanto, en las anteriores condiciones no se advierte que la cláusula cuarta del contrato de seguro sea nula.

3. Finalmente, en lo tocante a las pretensiones restantes, que se enfilan a obtener la declaratoria de ocurrencia del siniestro y que se disponga el respectivo pago, las cuales no fueron supeditadas a "*la prosperidad o no de las pretensiones de ineficacia de la cláusula*", se observa que evidentemente el Juez *a quo* no se detuvo a analizarlas, tras estimar que estaba probada la excepción denominada "*... de legalidad del contrato de seguro...*".

3.1. Para resolver lo pertinente importa precisar liminarmente que una interpretación armónica de los artículos 1072, 1077, 1080 y 1162 del C. Co., permite concluir que la exigencia de la Aseguradora demandada, relativa a que el siniestro se entienda demostrado con la expedición de un acto administrativo no puede limitar la forma de acreditar ante los Tribunales la ocurrencia del siniestro, dado que esta circunstancia puede ser demostrada aún extraprocesalmente¹⁵, sin

¹⁵ Cfr., C. S. J., Sent. Cas. Civ., 2-02-2001, exp. # 5670, M. P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.



embargo, la actividad probatoria de la entidad demandante sobre este particular resultó nula.

3.2. En efecto, aun aceptando en vía de simple hipótesis que la cláusula décima cuarta del convenio celebrado entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la Paz, el Municipio de San Jacinto y la Asociación para el Desarrollo Comunitario – valga iterar, aportado en copia simple¹⁶ (fls. 31 a 39, C. 1) –, conforme a la cual se observa que las partes acordaron que “al presente convenio se aplican los artículos 15 al 18 de la ley 80 de 1.993” (fl. 37, *ibíd.*, se destaca), implica una carga para el ente demandante, y no una ventaja para ésta, como en realidad lo es, pues le faculta para ejercitar facultades excepcionales al derecho común por sobre su contraparte negocial, lo que otrora se conocía como cláusulas exorbitantes, manifestación propia de la desigualdad favorable para el Estado contratante, lo cierto es que, amén de que Acción Social – FIP, de manera negligente dejó de hacer uso de sus derechos contractuales (*supra*, § 2.2.2), tampoco acreditó en este juicio debidamente la ocurrencia del siniestro, es más, ni siquiera probó el convenio alrededor del cual fincó sus pretensiones.

3.3. En efecto, el texto del convenio # 800240/2, los comprobantes de movimientos financieros # 8176, 8175, 5184 y 5131, el acta de liquidación del convenio aludido, el “*resumen ejecutivo de liquidación*”, visibles entre los pliegos 31 a 50 del legajo principal, fueron aportados en copia simple, *ergo*, cual quedó elucidado, no pueden tener mérito probatorio alguno, porque lo impide el artículo 254 del C. de P. C., de manera que no es cierto, como lo afirmó la recurrente, que la ocurrencia del siniestro y su cuantía estén determinados, todo lo contrario, la actora no cumplió la carga de acreditar ante el sentenciador los fundamentos fácticos de sus pretensiones (C. de P. C., artículo 177).

3.4. Si lo anterior fuese superable, que no lo es, la demandante tampoco logró hacer incurrir en confesión a la entidad demandada (artículos 194 y 207 *ejúsdem*), fin del interrogatorio de parte, diligencia a la que ninguna asistió, ni justificaron su falta de asistencia (fl. 115, C. 1).

3.5. Tampoco el testimonio de María Elena Barrera Figueroa (fls. 119 a 121, *ibíd.*), en el que insistió el apoderado de la actora a pesar de haberse practicado ya (fls. 123 y 124, *ibíd.*), aportó mayores luces sobre la ocurrencia del siniestro, además de que tuvo relación de dependencia con la demandante, pues según afirmó estuvo “... *vinculada como asesor desde el año 2001 hasta julio del 2007*”, circunstancia que impone analizar su declaración con especial celo, conforme a lo previsto por el artículo 217 del C. de P. C., si bien no a rechazarla.

La jurisprudencia civil ha sostenido que lo sospechoso del testigo no descarta lo veraz de su declaración, siempre que no existan objeciones contra ésta y que sus dichos hallen respaldo en el resto del acervo probatorio¹⁷, lo que

¹⁶ Cfr., *ut supra*, § 2.1, nota al pie # 3.

¹⁷ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 19-09-2001, exp. # 6624, M. P.: Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez: “... Hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

precisamente no acontece en el caso de ahora, pues además de que no existe otro elemento probatorio que confirme su versión, la deposición de la declarante aludida no hizo sino referir en términos generales cuál era el esquema de contratación del programa "Empleo en Acción", no supo concretar en qué consistió el siniestro alegado.

En efecto, inquirida por la demandante mediante pregunta que claramente sugirió la respuesta¹⁸, contestó "... el incumplimiento de éste organismo de gestión se dio al no recibir por parte de éstos todas las evidencias de los recursos entregados, los soportes que indicaran su gestión, lo que no permitió al FIP conocer la verdadera inversión de los recursos asignados al Municipio de SAN JACINTO, esto ocurrió para la justificación del segundo desembolso entregado por el programa..., de acuerdo con el informe de liquidación..." (fl. 120, C. 1, de destaca), mientras que, cuestionada por el apoderado de la demandada, afirmó que el incumplimiento aludido se concretó en que el "OG" "... no administró los recursos que le fueron entregados como segundo desembolso..., no informo [sic] sobre la inversión de estos recursos, no registró su gestión como s ele [sic] había indicado en el sistema de información del programa..., no presento [sic] ninguna evidencia de su gestión frente a la administración de éstos recursos, no respondió a los llamados del FINDO [sic] DE INVRSION [sic] PARA LA PAZ para aclarar porque [sic] incumplió las obligaciones que adquirió y acepto [sic] cuando firmo [sic] el convenio 800240" (fl. 121, ibíd.).

De manera que ni la misma asesora del programa administrado por la entidad demandante tenía claro en qué consistía el siniestro, si en la no inversión de los recursos, la utilización indebida de éstos, o en la falta de información o en el hecho de que el Organismo de Gestión no haya ingresado unos datos a un sistema de información, del cual nada se dice en la demanda, razón por la cual esta declaración es insuficiente frente a la demostración de la ocurrencia del siniestro.

Esto, aunado a que en buena medida la declarante se dedicó a exponer su criterio personal sobre los aspectos legales del caso en cuestión, no se limitó a deponer sobre hechos de los cuales haya tenido conocimiento, además, no explicitó las "circunstancias de tiempo, modo y lugar" ni el por qué llegó a saber de la ocurrencia del único fundamento fáctico que informó, en el que insistió una y otra vez: que el consabido Organismo de Gestión no suministró información sobre la inversión del dinero que el programa administrado por la demandante le entregó.

3.6. Fue tal el desgano probatorio de la demandante que la prueba pericial se dio por desistida, porque la interesada no pagó las expensas necesarias para sufragar los gastos de la misma, decisión contra la cual, en vano, intentó recurrir en alzada (fls. 125 a 142, C. 1 y 22 a 25 dorso, C. 4), y que tampoco resulta viable su

testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio" (se enfatiza con subrayado y negrita).

¹⁸ La pregunta contenida en el cuestionario dice: "sírvese informar en que [sic] consistió el incumplimiento en que incurrió la ASOCIACIÓN PARA EL DESARROLLO COMUNITARIO, dentro del Convenio FIP 800240" (se subraya).



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

práctica de manera oficiosa en esta instancia, pues ésta apuntaría a cuantificar el monto del siniestro, y como se analizó a espasio, sobre este evento no hay más que incertidumbre.

3.7. Para abundar en razones, en relación con el argumento intentado por la demandante durante la audiencia celebrada en esta instancia, relativo a la aplicación en su favor del Decreto 4828 de 2008, reglamentario del artículo 7 de la Ley 1150 de 2007 que, a su vez, modificó la Ley 80 de 1993, para la Sala tal normativa no resulta aplicable al caso de ahora, pues conforme al artículo 38 de la Ley 153 de 1887, *"en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración"*, porque el Decreto aludido, de acuerdo con lo dispuesto por su artículo 29, rige a partir del 24 de diciembre de 2008, luego no podría surtir efecto sobre negocios jurídicos perfeccionados con anterioridad, como el que suscita el presente asunto.

Y aún omitiendo lo anterior, el artículo 14 del Decreto 4828 citado, relativo a la efectividad de las garantías, claramente establece que el acto administrativo constituye el siniestro, en los casos de los numerales 14.1º y 14.2º, con respecto a la caducidad del contrato y la imposición de multas, mientras que, para los *"demás casos de incumplimiento"*, previo el debido proceso administrativo a ese propósito, el numeral 14.3º norma que *"... el acto administrativo constituye la reclamación en las garantías otorgadas mediante póliza de seguro"*, lo que precisamente no ocurrió en el caso de ahora.

Además, el artículo 15 del citado Decreto, que refiere al contenido mínimo de las condiciones generales de los seguros de cumplimiento en favor de entidades estatales no prohíbe la exigencia del acto administrativo, siquiera como medio de reclamación, según lo analizado *ut supra*.

3.8. No soslaya la Sala el hecho de que el buen manejo de unos recursos públicos está comprometido en las circunstancias fácticas que originaron el presente asunto, empero, precisamente por esa consideración es claro que correspondía a Acción Social – FIP ser diligente al ejercitar los privilegios contractuales de que estaba investida en virtud de las cláusulas excepcionales al derecho común acordadas en el convenio en cuestión, sin que el proceso judicial pueda convertirse en sucedáneo de su negligencia, y aún obviando esto, se tiene que tampoco acreditó como es debido la ocurrencia del siniestro, pues es claro que su actividad probatoria resultó anodina.

La dejadez de la entidad demandante no sólo aconteció por no ejercitar sus facultades contractuales excepcionales, sino también en el actual proceso judicial, por tanto, es procedente confirmar la sentencia apelada, habida cuenta que las pretensiones de la demanda estaban llamadas al fracaso, lo que impide descender al análisis de las excepciones de mérito.

4. Dado que la alzada resultó infructuosa, de acuerdo con lo establecido por el numeral 1º del artículo 392 del C. de P. C., debe condenarse en costas a la entidad recurrente.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en una de sus Salas de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

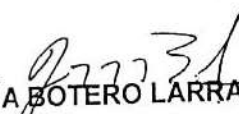
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de julio de 2009 mediante la cual el Juez Décimo Tercero Civil del Circuito de esta ciudad desestimó las pretensiones.

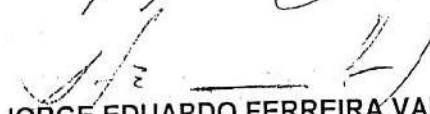
SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la entidad demandante. Liquidense.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Los Magistrados,


JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE
Ref.: 2006-00114-03


MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Ref.: 2006-00114-03


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
Ref.: 2006-00114-03

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

Bogotá D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil doce (2012).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No. 110013103035200600089 01
Clase: ORDINARIO.
Demandante: ACCIÓN SOCIAL
Demandado: SEGUROS CONDOR S.A.

Sentencia discutida y aprobada en Sala Civil de Decisión según Acta No. 42 de 7 de noviembre de dos mil doce (2012).

Decídese el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de 7 de junio de 2012, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Fondo de Inversión para la Paz- (en adelante Acción Social) entabló demanda ordinaria contra Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, para que se declare ineficaz o nula (en forma subsidiaria) la cláusula 4 de las condiciones generales del contrato de seguro a favor de entidades estatales contenido en la póliza única No. 025.022176044; igualmente, que ocurrió el siniestro amparado, es decir, el incumplimiento del Convenio FIP 800158/02, y que, como consecuencia, se condene a la aseguradora a pagarle la suma de \$62.654.500.00, correspondiente a los dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado, junto con los intereses

moratorios liquidados desde el 24 de diciembre de 2003 (fecha de terminación del mencionado convenio) a la tasa máxima legal.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, en síntesis, la parte actora señaló que mediante la Ley 478 de 1998 se creó el Fondo de Inversión para la Paz (FIP), como una *"cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica"*, la que se regiría por las reglas del derecho privado, pero que de conformidad con el Decreto 2467 de 19 de julio de 2005, se encuentra adscrito a la demandante.

La Presidencia de la República, a través del evocado Fondo, instituyó el programa denominado "Empleo en Acción", en virtud del cual los municipios proponían proyectos para que el FIP aportara los recursos necesarios que serían administrados por un "organismo de gestión", a fin de pagar la mano de obra y la materia prima.

En desarrollo de ese plan se suscribió el convenio FIP 800158/02, por valor de \$125.309.000, cuyo proponente fue el municipio de Galapa y el organismo de gestión la Organización Popular de Vivienda, quien se encargó de administrar el capital entregado, con el propósito de invertirlo en la generación de empleo, por lo que era su deber justificar la inversión y devolver al FIP los recursos que no fueran empleados o cuyo gasto no se hubiere acreditado.

Como garantía de su cumplimiento, la Organización Popular de Vivienda celebró un contrato de seguro con Seguros Cóndor S.A., moldeado en la póliza No. 025 022176044, a favor del Fondo de Inversión para la Paz, que amparaba su ejecución, el manejo del anticipo y el pago de prestaciones sociales.

Para la demandante, la cláusula 4 de dicho acuerdo es ineficaz, pues le otorga la calidad de siniestro a un hecho que no lo constituye, esto es, la expedición de un acto administrativo que declare la realización del riesgo que se amparó, por causas imputables al contratista.

Señaló que durante su ejecución, el FIP le entregó a la gestora el monto de \$62.654.500.00, sin que se hubiese invertido esos valores, tal como se desprende de la visita final realizada por el supervisor del contrato, lo cual configura el siniestro.

Notificada la demandada del auto admisorio, planteó como excepciones de mérito las que denominó *"legalidad del contrato de seguro", "inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro", "falta de demostración del siniestro", "falta de personería y de legitimación para actuar", "incumplimiento de la garantía contenida en el artículo 1061 del Código de Comercio", "carencia de responsabilidad por expresa disposición contractual", "incumplimiento de las condiciones del contrato", "prescripción de la acción derivada del contrato de seguro" y "límite de responsabilidad"*.

La sentencia de primera instancia.

El juzgador negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandante, con sustento en que la cláusula 4 del mencionado contrato de seguro no puede ser declarada nula o ineficaz, dado que el hecho de expedir un acto administrativo no modifica el siniestro, pues se trata de una simple formalidad que contienen las pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, por lo que Acción Social podía declarar el incumplimiento del Convenio FIP 800158/02, a pesar de que sus relaciones contractuales se rigieran por el derecho privado.

El recurso de apelación.

Inconforme con esa decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, fundado en cinco razones, a saber:

La primera, que las pretensiones de declaratoria de ocurrencia de siniestro y de reconocimiento de la indemnización son autónomas y no consecuenciales.

La segunda, que con el testimonio de la señora María Claudia Cortés y el dictamen pericial practicado en el plenario se probó el suceso y su cuantía.

La tercera, que erró el *a quo* al sostener que la cláusula cuarta de la póliza de seguro es eficaz o válida, puesto que la ocurrencia del siniestro no puede depender de la voluntad de alguna de las partes.

La cuarta, que la mencionada disposición no conlleva ninguna modificación probatoria favorable para el FIP que, a su vez, implique eficacia y validez, ya que quien debía expedir el acto administrativo era el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

La quinta, el siniestro no es la expedición del acto administrativo sino la ocurrencia del acontecimiento asegurado, por lo que la susodicha estipulación es ineficaz o nula.

CONSIDERACIONES

Los consabidos presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente, y respecto al control que impone el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, tampoco se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello, aunado a lo anterior, conlleva a la presente decisión, en los términos y limitaciones que establece el artículo 357 del C. de P.C. y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹.

Entre las diversas clases de seguros en la contratación estatal encontramos el de cumplimiento, que tiene sustento legal en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 16 del Decreto 679 de 1.994, que señalan que el contratista deberá prestar una garantía que avale la ejecución de cada una de las obligaciones que surjan en el desarrollo del convenio estatal hasta su liquidación.

Al respecto, el Consejo de Estado sostuvo que *“el seguro de cumplimiento en nuestro ordenamiento tiene como fin asegurar las entidades de la administración pública contra la eventualidad de incumplimiento por parte del contratista en cuanto a las estipulaciones pactadas sobre términos, condiciones y especificaciones contractuales”*².

En el presente asunto, a la luz de la prueba documental que milita en el plenario, se tiene que entre la Organización Popular de Vivienda y Seguros Cóndor S.A. celebraron un contrato de seguro de cumplimiento el 25 de febrero de 2002 moldeado en la póliza No 025 022176044, en virtud del cual la aseguradora amparaba a ADAPR - FIP de *“garantizar el cumplimiento, buen manejo del anticipo y las prestaciones sociales e indemnizaciones del convenio No. FIP-800158/02, referente a la ejecución del proyecto No. 08-296-033, de la canalización arroyo en gaviones urbanización mundo feliz parte cuatro en Galapa Atlántico, consecutivo No. 6019”*³.

En la solicitud que dio origen al proceso ordinario se pidió de manera principal que se declare ineficaz la cláusula cuarta de las

¹ C.S.J., sentencia del 11 de octubre de 2004, expediente 4552, Magistrado ponente. Edgardo Villamil Portilla.

² (C. de E. Sección Tercera Sent. Noviembre 22 de 1.989 M.P. Dr Carlos Betancur Jaramillo).

³ Ver folio 27 del cuaderno principal.

condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 025 022176044 expedida por Seguros Cóndor S.A., la que a su tenor literal señala: “se entiende por ocurrido el siniestro: PRIMERO: - con la ejecutoria del acto administrativo que declare la realización del riesgo que ampara esta póliza por causas imputables al contratista”⁴, habida cuenta que le otorga la calidad de siniestro a un hecho que no lo constituye, como lo es “la expedición y ejecutoria de un acto administrativo” cuando el FIP se rige por el derecho privado, de modo que no puede expedir esta clase de resoluciones.

Para la Sala, la precitada disposición no podía tildarse de ineficaz por dos razones, a saber:

La primera, porque permite acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida con la manifestación unilateral de la voluntad del propio beneficiario, es decir, se trata de una disposición contractual que beneficia los intereses del titular del derecho a la indemnización, lo cual se acompasa con el contenido del inciso *in fine* del artículo 1162 del C. de Co⁵., dado que el asegurador puede modificar en sentido favorable lo consignado en el artículo 1080 *ibídem*⁶ y facilitar el medio para demostrar los presupuestos del artículo 1077 *idem*, sin que ello signifique que condiciona su pago a una única forma de prueba.

Frente al particular, el máximo tribunal de justicia ordinaria en Colombia ha señalado que:

“... de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aún antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía -y puede-, según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece -ni establecía- una restricción probatoria, la que no era -ni es- posible fijar *ex contractu*, como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial -por lo menos de cara a una determinada tipología de riesgos: de masa-, el contenido del referido artículo 1080 sólo puede modificarse en sentido

⁴ Ver folio 28 *ibídem*

⁵ ARTÍCULO 1162: Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1º, 2º y 4º), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3º), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1º), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161.

⁶ ARTÍCULO 1080: El asegurador estará obligado a efectuar el pago del siniestro dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Bancaria aumentado en la mitad.

favorable al tomador, asegurado o beneficiario, como ya se preveía antes de la reforma aludida, concretamente desde la expedición del Código de Comercio en el año 1971 (Decreto 410).

“Si ello es así, no erró el Tribunal al confirmar la sentencia de primer grado, que a su vez había condenado a la compañía de seguros a pagar intereses moratorios desde el 5 de julio de 1989 (la reclamación se presentó el 11 de abril anterior, fls. 152 y 153, cdno. 1), bajo la consideración de que no era necesaria una sentencia que declarara el incumplimiento, toda vez que este tipo de cláusulas restrictivas, como la aquí invocada por la censura (fl. 149, ib.) -calificadas como abusivas por la doctrina y la legislación comparadas-, eran nulas absolutamente por mandato del numeral 1° del artículo 899 del C. de Co., hoy ineficaces según el literal a) del numeral 2° del artículo 184 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), en concordancia con el inciso 2° del numeral 4° del artículo 98 y el numeral 3° del artículo 100 de la misma normatividad, en cuanto violan disposiciones que, como los artículos 1077 y 1080 del estatuto mercantil, son imperativas, la primera “por su naturaleza” y la segunda porque expresamente así lo establece el artículo 1162 aludido, por lo menos frente al tomador, al asegurado y al beneficiario, al prohibir que se haga más gravosa la situación de dichos sujetos, la que forzosamente se consolida o materializa en punto tocante con la precitada estipulación negocial, habida cuenta que los obliga -y de suyo limita- a acudir a un proceso judicial a probar un derecho que, ex lege, puede ser acreditado extrajudicialmente”⁷.

La segunda, por cuanto la naturaleza de la póliza corresponde a un “seguro de cumplimiento en favor de entidades estatales”⁸, en la cláusula décima cuarta del acuerdo celebrado con la Organización Popular de Vivienda las partes acordaron que “al presente convenio se aplican los artículos 15 al 18 de la ley 80 de 1.993”⁹, lo cual significa que Acción Social¹⁰, estaba facultada para expedir el acto administrativo que alude la precitada estipulación.

Más aún cuando dicha exigencia encuadra dentro de las directrices trazadas en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 que establece que “la declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento”, por lo que es claro que tal requisito no es una carga en perjuicio del organismo público contratante, sino que obra en su beneficio.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de 19 de febrero de 2009, con ponencia del magistrado Mauricio Fajardo Gómez, determinó el alcance de la evocada disposición, en la forma que se transcribe a continuación:

“Los contratos de seguro que se originan para garantizar el cumplimiento de un contrato estatal, si bien están regidos por las normas de derecho privado y particularmente por las disposiciones del Código de Comercio, también están sujetos, en determinados aspectos, a normas de derecho público (...).

⁷ C.S.J. Sentencia de 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁸ Ver folios 27 a 40 del cuaderno principal

⁹ Ver folio 37 ib.

¹⁰ Decreto 2467 de 2005, artículo 30.

Sobre el particular, deben tenerse en cuenta las siguientes anotaciones:

En estos contratos especiales de seguros no aplica la regulación consagrada en el estatuto mercantil (C. Co., art. 1053-3), según la cual la aseguradora tiene la facultad de objetar la reclamación que le presente el asegurado, ni aquella que prevé que en cuanto tal objeción sea oportuna, seria y fundada tendrá la virtualidad de eliminar o destruir el mérito ejecutivo de la póliza; de ello se infiere, necesariamente, que en estos contratos especiales de seguro tampoco aplican las previsiones encaminadas a imponerle al asegurado, o al beneficiario, la obligación de dar aviso de la ocurrencia del siniestro a la aseguradora, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer (C. Co., art. 1075), ni aquellos tendrán el deber de presentar la correspondiente reclamación formal.

En el caso de los contratos de seguro que tienen por objeto garantizar el cumplimiento de contratos estatales, la que tiene aplicación es la normatividad que regula la vía gubernativa, en relación con el acto administrativo que declare la caducidad del correspondiente contrato estatal; por manera que una vez en firme la decisión administrativa correspondiente, la aseguradora no podrá apoyarse en la inconformidad u oposición que, a través de su respectivo recurso de reposición, hubiere formulado frente a la entidad estatal contratante, para efectos de considerar que tales manifestaciones —como ocurre en el derecho privado con la objeción fundada con que se responde la reclamación del asegurado—, pudieren resultar suficientes para destruir el mérito ejecutivo del título de recaudo que se constituye en favor de la entidad estatal contratante, el cual, por lo demás, estará integrado, entre otras piezas, por el aludido acto administrativo constitutivo del siniestro.

Como ya se indicó, en esta clase especial de contratos de seguro, el siniestro se constituye mediante la declaratoria de caducidad administrativa del respectivo contrato estatal cuyo cumplimiento se garantiza (L. 80, art. 18) (...).

En este orden de ideas, así como la declaratoria de caducidad administrativa, constitutiva del siniestro está sujeta a la normatividad que regula la vía gubernativa de los actos administrativos por disposición de la ley y por razón del interés jurídico asegurado, también la forma de reclamar en juicio los derechos derivados de estos contratos se sujeta a las normas procesales que se han establecido para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dada la naturaleza especial que rige esta clase de contratos y (...) que los conflictos derivados de esos vínculos contractuales deben conocerse por esta jurisdicción" (se subraya).

Ahora bien, en lo que concierne a la pretensión formulada como subsidiaria, esto es, que la mentada cláusula es nula, es preciso puntualizar que la misma se encuentra llamada al fracaso, de un lado, porque, como se dejó plasmado en líneas precedentes, la entidad aseguradora puede modificar en sentido favorable al beneficiario la forma de acreditar el siniestro de acuerdo a lo previsto en el artículo 1162 ib., y del otro, en razón a que la administración tiene la potestad de declarar unilateralmente la existencia de la obligación derivada del contrato de seguro con la simple

expedición de un acto administrativo en el que se declare el incumplimiento según lo normado en el artículo 68 del C. C. A.

Frente al tópico expresó el Consejo de Estado que *"cuando el beneficiario del contrato de seguros es la Administración, la obligación de indemnizar por parte del Asegurador se hará exigible sólo cuando el acto administrativo constitutivo que reconozca la existencia del siniestro, el cual concreta una obligación clara y expresa, esté en firme. Ese acto administrativo es la manifestación jurídica de reconocimiento del acaecimiento del riesgo asegurado (hecho)"*¹¹.

Finalmente, en lo atinente a la petición encaminada a obtener el pago de la indemnización y que el juzgador de primer grado no se pronunció, resulta conveniente puntualizar que el seguro de cumplimiento al encontrarse dentro de la categoría de daños, es deber del beneficiario acreditar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida (artículo 1077 del C. de Co.), la cual no podrá entrañar ganancia, en virtud del principio de la indemnización contemplado en el artículo 1088 del C. de Co.

En otras palabras, significa que el beneficiario no podrá reclamar del asegurador suma mayor a la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuere mayor (CSJ, Cas. Civil, Sent. ago.21/78. M.P. Germán Giraldo Zuluaga¹²).

Desde esa óptica, la plurievocada súplica no puede prosperar, toda vez que la parte actora no demostró: (i) la existencia del convenio con la Organización Popular de Vivienda; (ii) el incumplimiento por parte de ésta que, a juicio de la actora, se concretó en el hecho que no justificó, ni restituyó la suma de \$62.645.500.00, como tampoco rindió los informes periódicos requeridos, como tampoco presentó la documentación que respaldara la inversión en el proyecto; (iii) la cuantía de los perjuicios ocasionados.

En efecto, nótese que la copia simple adosada al plenario del

¹¹ Consejo de Estado, providencia del doce (12) de octubre de dos mil (2000) Radicación: 18604.

¹² El contrato de seguro de daños, según desde el ángulo que se le mire, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado, o puede entrañar ganancia, pero sólo para el asegurador. Tal la razón para que el tomador, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufra en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, mas no para conseguir un lucro.

Convenio FIP 800158/02¹³, los comprobantes de pago¹⁴ y el acta de liquidación de dicha convención¹⁵, no pueden ser apreciados, porque carecen de autenticidad, dado que emanan de un tercero (Organización Popular de Vivienda) y son de contenido dispositivo (num. 1, art. 277 y 254 C.P.C., Sentencia de 4 de septiembre de 2000, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo exp. 5565).

Ahora, en lo que respecta a la ocurrencia del siniestro, debe decirse que el informe de liquidación suscrito por María Claudia Cortés Camacho¹⁶, no es útil para el propósito de demostrar el incumplimiento del mentado acuerdo, en razón a que es una prueba elaborada por la parte actora y no viene respaldada con otro medio de convicción, en el que se determine las formalidades a las que debía sujetarse el organismo de gestión para cumplir con su prestación.

Igual ocurre con el relato que rindió aquella funcionaria, que fue tachado de sospechoso por la accionada¹⁷, en razón a la relación de dependencia que tiene con la demandante, lo cual impone analizar su declaración con especial prudencia, esto es, que su versión tenga respaldo con el resto del acervo probatorio, tal como lo ha pregonado la jurisprudencia patria¹⁸; lo que precisamente no acontece en el *sub judice*, pues no existe otro elemento de juicio que respalde su exposición.

Además que la declarante en la deposición no hizo sino referir en términos generales cuál era el esquema de contratación del programa "Empleo en Acción", y no especificó en qué consistió el siniestro alegado,

¹³ Ver folios 31 a 40 del cuaderno principal.

¹⁴ Ver folios 41 a 42 ib.

¹⁵ Ver folios 43 a 53 ib.

¹⁶ Ver folios 43 a 51 ib.

¹⁷ Ver folios 138 a 140 de la presente encuadernación.

¹⁸ C.E., Sec. Primera, Sent. sep. 2/2010. Exp. 2007-00191. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. "Respecto del tema de "testigo sospechoso", dentro del sistema que adopta el Código de Procedimiento Civil para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de "sospechoso", ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso" ⁽¹⁾ (negrilla y subrayado fuera de texto)."

razón por la cual su versión es insuficiente, en aras a demostrar de la ocurrencia de tal evento.

Entonces, como quiera que la sociedad demandante no acreditó los requisitos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio, fue correcta la decisión del *a quo* en negar las pretensiones de la demanda.

En ese orden de exposición, la sentencia apelada debe ser confirmada por las razones aquí expuestas.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Confirmar la sentencia de fecha y origen preanotados.

Segundo. Condenar en costas del proceso a los demandantes. Liquidense en cada instancia.

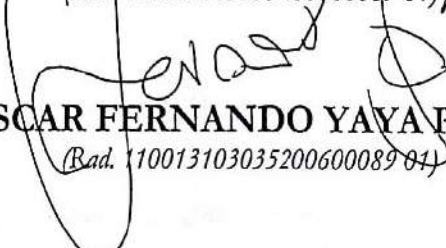
El Magistrado ponente fija como agencias en derecho la suma de **\$2.000.000.00**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
(Rad. 110013103035200600089 01)


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
(Rad. 110013103035200600089 01)


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
(Rad. 110013103035200600089 01)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DESCONGESTIÓN**

MAGISTRADA PONENTE: LUZ STELLA ROCA BETANCUR

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011)

Proyecto discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión, según acta No.32 de 31 de agosto de 2011

Proceso:	Ordinario
Demandante:	Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ
Demandado:	SEGUROS CÓNDOR S.A.
Radicación:	11001310302020060004201
Procedencia:	Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá
Asunto:	Apelación de Sentencia
Fecha:	29 de septiembre de 2010

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2010 por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Fondo de Inversión para la Paz, presentó demanda en contra



35

de Seguros Cóndor S.A., Compañía de Seguros Generales, para que previo el trámite del proceso ordinario de mayor cuantía, se declare que la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 7577662, expedida por Seguros Cóndor S.A. a favor de la demandante, es ineficaz o en subsidio de ello, que se declare que la misma es nula.

Adicionalmente reclamó que se declare que ocurrió el siniestro amparado en el contrato de seguro y como consecuencia de ello, se condene a la aseguradora a pagar la suma de \$62'181.634,00 o el mayor valor que resulte probado, por la ocurrencia del siniestro amparado, la cual corresponde a dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado con la póliza, junto con los intereses moratorios liquidados desde el 30 de octubre de 2003 o desde la fecha que se determine por el juzgado y hasta que se verifique el pago. Por último pidió condenar en las costas del proceso a la demandada.

2. Como sustento de las indicadas pretensiones, adujo los hechos que compendió así:

2.1 La Presidencia de la República, por intermedio del Fondo de Inversión para la Paz – FIP, creó el programa “Empleo en Acción”, dentro del cual los municipios formulaban proyectos locales para que la inversión de recursos en el pago de la mano de obra y la materia prima necesarias para su desarrollo. Los dineros eran administrados por un organismo de gestión.

2.2 En ejecución del programa se suscribió el convenio FIP 500210/02, por medio del cual la Empresa Cooperativa de Antioquia se obligó con el Fondo a administrar los dineros entregados, invirtiéndolos en la generación de empleo y en el pago de materias primas. Además de realizar la inversión, debía justificarla y reintegrar el dinero cuya utilización no se hubiere justificado.

2.3 Como garantía de cumplimiento de las obligaciones de manejo de recursos, la Empresa Cooperativa de Antioquia celebró con Seguros Cóndor



56

el contrato de seguro de cumplimiento incorporado en la póliza No. 7577662. Las coberturas otorgadas eran las de cumplimiento, anticipo y prestaciones sociales. El valor total de dicho contrato es de \$106'797.586,00.

2.4 El Fondo de Inversión para la Paz entregó a la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia la suma de \$103'432.043,00 y efectuada la visita final por parte de la supervisión del contrato, se estableció que aquella no invirtió las sumas entregadas, quedando sin justificar un valor de \$62'181.634,00, hecho que configura el siniestro amparado en la póliza, sin que la empresa cooperativa procediera al reintegro de los dineros.

2.5 La cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza determina que el siniestro se entiende ocurrido con la ejecutoria del acto administrativo que declare la realización del riesgo amparado, por causas imputables al contratista y para el FIP no es posible dictar el acto, porque los contratos celebrados por el mismo, se rigen por normas de derecho privado.

EL TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado de conocimiento admitió la demanda mediante providencia de 7 de febrero de 2006, disponiendo el trámite del proceso ordinario, ordenando la notificación de la demandada en la forma prevista en los artículos 315 a 320 del Código de Procedimiento Civil y el traslado de ley del libelo.

Notificada Córdor S.A. Compañía de Seguros Generales, por conducto de la apoderada judicial que especialmente constituyera, dio respuesta a la demanda oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió parcialmente el enumerado como decimocuarto. Negó del décimo al décimo tercero, décimo quinto, vigésimo tercero, vigésimo quinto a vigésimo séptimo, mientras que frente a los restantes manifestó no constarle o no tratarse de supuestos fácticos, de los enumerados como décimo octavo, trigésimo segundo y trigésimo tercero, manifestó no constarle; de los



restantes sostuvo que no se trataba de hechos sino de referencias normativas y apreciaciones subjetivas de la demandante. Seguidamente planteó la excepción previa de "falta de jurisdicción y competencia", que fue desatada de manera adversa a sus intereses por auto de 5 de octubre de 2006, confirmada por el Tribunal en proveído de 2 de mayo de 2007. Como de mérito, formuló las defensas que denominó: (i) "Legalidad del contrato de seguro"; (ii) "Inexistencia de la obligación a cargo de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro"; (iii) "Falta de demostración del siniestro"; (iv) "Falta de personería jurídica y de legitimación para actuar"; (v) "Incumplimiento de la garantía contenida en el artículo 1061 del Código de Comercio"; (vi) "Carencia de responsabilidad por expresa disposición contractual"; (vii) "Incumplimiento de las condiciones del contrato" y (viii) "Prescripción derivada del contrato de seguro".

Fracasada la conciliación y surtidas las demás etapas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, por auto de 28 de septiembre de 2007, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, teniendo en cuenta aquellas que habían sido aportadas.

Fenecida la etapa probatoria, la Juzgadora dio traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, oportunidad que ambas aprovecharon.

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado denegó las pretensiones de la demanda, declarando terminado el proceso y condenando en costas a la demandante, determinaciones que adoptó tras de verificar que tanto el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, en condición de representante anterior y actual del Fondo de Inversión para la Paz, tienen la facultad de expedir actos administrativos y lo estipulado en la



58

cláusula cuarta de la póliza tiene plenos efectos jurídicos debido a su fijación por las partes y no contraría precepto legal alguno.

En cuanto a la prueba del siniestro y de su valor, indicó que la demandante no cumplió su obligación contractual de proferir la decisión administrativa que declarara ocurrido el suceso amparado; de allí que coligiera la improcedencia de acceder a la indemnización reclamada.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En desacuerdo con lo decidido, la demandante formuló el recurso de alzada, porque, en su criterio, las conclusiones de la falladora contravienen las normas que regulan el contrato de seguro en lo atinente a la definición de siniestro, pues le da dicha connotación a algo que no lo constituye, porque en el de cumplimiento, aquél está dado por la desatención del contrato asegurado y no por actos administrativos, como el que se afirmó que debía expedir el Fondo de Inversión para la Paz, que no corresponde al riesgo amparado; de ahí que su expedición no se pueda equiparar al siniestro mismo siendo improcedente sujetar la indemnización, a que se hubiere dictado dicha decisión, que sólo constituye reclamación y es potestativa de la Administración.

Señaló que la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza contratada no puede restringir el derecho de acudir a la jurisdicción para solicitar la indemnización a reconocer por la aseguradora si se cuenta con la prueba de la ocurrencia del siniestro y de su cuantía, en tanto se erige en una limitación probatoria no admitida ni por la ley, ni por la jurisprudencia. Enfatizó en su solicitud de declaración de ineficacia de la referida estipulación contractual, porque si el Fondo de Inversión para la Paz no puede proferir el acto que se reclama, la cláusula no está llamada a producir efecto, derivándose de ello la procedencia de acceder a lo solicitado de manera principal, o a la petición subsidiaria, relativa a la nulidad de la disposición por vulnerar los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio,



19

en tanto se otorga al asegurado y beneficiario de la póliza la posibilidad de provocar o causar el siniestro, cuando ello legalmente no procede. Remata su alocución sobre la póliza, aseverando que dado que el acto administrativo de declaración del siniestro es apenas una reclamación extrajudicial, se debe entender que la demandante recurrió a la judicial permitida por el artículo 1080 del estatuto mercantil y la falta del otro requerimiento, incide solamente sobre los intereses de mora, que se causarán, en todo caso, a partir de la presentación de la demanda.

En cuanto a la prueba de la ocurrencia del siniestro, indicó que la entidad ECOVIVIENDA reconoció el incumplimiento de sus proyectos y "la prueba pericial determinó que la revisión de la contabilidad y de otros documentos, permitió establecer la suma de dinero entregada a la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia y aquella que se invirtió y justificó", de donde resulta un saldo a su cargo en relación con la parte que no se destinó a los proyectos ejecutados, pruebas que de forma inexplicable, soslayó la Juez, refiriendo en forma liminar que no hay lugar a imponer condena en costas con base en lo previsto por el artículo 75 de la ley 80 de 1993 para los procesos de controversias contractuales como el que se analiza.

CONSIDERACIONES

Verifica la Sala que se hallan acreditados los presupuestos procesales, esto es, aquellos requeridos para que sea viable un pronunciamiento de fondo sobre la *litis*, sin que se avizore la ocurrencia de un vicio que tenga entidad de invalidar lo rituado.

Del libelo con el cual se da inicio a la acción indemnizatoria, se desprende que la pretensión de condena en contra de Seguros Cóndor S.A. tiene como fundamento el incumplimiento que le se endilga por no concurrir al pago del siniestro, el cual se habría materializado porque la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia – ECOVIVIENDA- no invirtió como le correspondía la suma de dinero entregado para la ejecución del convenio FIP 500210/02, sobre el cual se otorgó amparo en la póliza única de seguro de



61

ejecutoria del acto administrativo que declare la caducidad del contrato por causas imputables al contratista" (fl. 27 vto. C. 1), se altera la definición que la ley da al siniestro; se delega la declaración del mismo a uno de los intervinientes en el contrato de seguro cuando lo que caracteriza al siniestro es que es externo a la voluntad de aquéllos y se torna en una exigencia imposible de cumplir.

No obstante advertir la Sala que el clausulado general de las pólizas aparece en copia simple; habría que aceptar que en los términos de los artículos 1036 y 1046 del Código de Comercio, -con la reforma introducida por la ley 389 de 1997- sirve de prueba suya la confesión de la demandada, la que se verificó de forma espontánea al aceptar la existencia de la cláusula que se cuestiona cuando se pronunció sobre los hechos vigésimo tercero y vigésimo cuarto de la demanda (fl. 76 C. 1).

Pasando al tema de la ineficacia, la Doctrina la ha analizado como un instituto muy amplio que puede comprender la inexistencia, la reducción del exceso, la inoponibilidad e incluso la nulidad, anulación y revocación de los actos jurídicos², indicando asimismo el estatuto mercantil que *"cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial"* (art. 897); y también se ha verificado en la praxis judicial que puede recaer tanto sobre actos jurídicos, convenciones o contratos como respecto de cláusulas, a las cuales ha de restarse todo efecto, porque contravienen lo previsto en la ley y eso es precisamente lo que se ha de determinar en la litis, vale decir, si a la cláusula acusada debe tenerse por ineficaz, bien porque contraría imperativos legales ora porque es nula, especie de la que se ocupan los artículos 899 y 902 a 904 de la codificación citada.

A ese respecto, se tiene que el artículo 8° de la Ley 487 de 1998 y el 10° del Decreto 1813 de 2000, determinaron que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la

² OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Fernando. *Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 425 a 429.



Paz³, se rige por las reglas del derecho privado; de allí que sea la reglamentación contenida en la ley mercantil la que oriente el tema de la ineficacia y nulidad que se alegan en la demanda, como también lo relativo a los requerimientos y procedencia de la acción indemnizatoria en contra de la aseguradora.

Estudiada la situación bajo esa perspectiva, no se puede perder de vista que el artículo 1080 del Código de Comercio establece que el asegurado puede demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida (art. 1077) aún extrajudicialmente. No obstante, el artículo 1162 autoriza la modificación en sentido favorable al *"tomador, asegurado o beneficiario"* de lo consignado en varios artículos, entre los cuales se halla el precitado canon 1080, de modo que en verdad no habría obstáculo frente al pacto de una estipulación de orden probatorio que resulte más beneficiosa bien para el tomador, para el asegurado o aún para el beneficiario, como es el caso de la acordada en la póliza única de cumplimiento tomada por la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia y si dicha reforma es permitida por la ley, no se ve cómo podría calificarse que la previsión de las partes, que por lo demás cumple con el beneficio a que se refiere el artículo 1162, -concretamente para el beneficiario- es ineficaz o incluso, nula, máxime que la misma norma impide que la modificación se haga a favor de la aseguradora, responsable del pago de la indemnización.

En la materia bajo juicio, la cláusula cuarta, cuya ineficacia o nulidad subsidiaria se pretende, se impuso una modificación por las partes que resulta favorable al beneficiario del seguro y en virtud de ella, se puede acreditar la existencia del siniestro *"con la ejecutoria del acto administrativo que declare la realización del riesgo"* o con *"la ejecutoria del acto administrativo que declare la caducidad del contrato por causas imputables al contratista"*, esto es, con la manifestación de voluntad del beneficiario, que no es una persona cualquiera, sino que está involucrada en la relación asegurativa como acreedora de la indemnización.

³ Mediante Decreto 2467 de 2005, el FIP se adscribió a Acción Social.



Ahora, dado que el Fondo de Inversión para la Paz se creó como una cuenta especial sin personería jurídica perteneciente al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, hoy Acción Social, el acto administrativo de declaratoria del siniestro debía expedirlo esta última, porque, como lo reconoce su gestor judicial en el escrito de demanda, el Fondo *"actuaba en el derecho a través del referido Departamento Administrativo"* (fl. 56) y actualmente la representación legal del Fondo la tiene la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, de acuerdo con el Decreto 2467 de 2005.

Empero, que a la beneficiaria del seguro le corresponda emitir el señalado acto administrativo, no significa que se exija demostrar el siniestro y el monto de la pérdida sufrida con aquél solamente dentro del juicio, y que pese a la existencia de tal pacto, no pueda el Juez declarar la ocurrencia del hecho, pues esa es una prerrogativa del demandante que no se puede desconocer, en tanto que de su negativa devendría una indebida restricción probatoria.

Sobre el particular, explicó la Corte Suprema de Justicia que *"(...) de conformidad con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, aún antes de la modificación que a este último le introdujo el artículo 83 de la ley 45 de 1990, el asegurado o beneficiario podía -y puede-, según el caso, acreditar la ocurrencia del siniestro y, por ende, demostrar la pervivencia de su derecho, en forma judicial o extrajudicial. Ninguna de tales disposiciones, acorde con los postulados tuitivos que inspiran la moderna legislación atinente a la relación aseguradora, establece -ni establecía- una restricción probatoria, la que no era -ni es- posible fijar ex contractu, como quiera que por mandato del artículo 1162 de la codificación mercantil patria, reflejo de la inequívoca tendencia internacional de morigerar el radio de acción de la autonomía privada mediante el expediente de considerar imperativas a un apreciable número de preceptos que gobiernan la aludida relación negocial -por lo menos de cara a una determinada tipología de riesgos: de masa-, el contenido del referido artículo 1080 sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o*



64

beneficiario, como ya se preveía antes de la reforma aludida, concretamente desde la expedición del Código de Comercio en el año 1971 (Decreto 410)".⁴

Significa lo anterior que aunque se advierte que la cláusula cuarta de la póliza de cumplimiento no está afectada por la pretendida ineficacia, ni se le puede tener por nula, ello no afecta el derecho del beneficiario del seguro para demostrar que es acreedor de la indemnización a través de cualquier medio de prueba, porque no hay lugar a sujetar la evidencia del siniestro y del monto de la pérdida sufrida, al proferimiento del acto de la administración.

Cabe aquí memorar que el elemento de prueba en los seguros de daños es el acaecimiento del siniestro, referido a la realización del riesgo que coincide con el incumplimiento de la obligación u obligaciones amparadas; y adicional a ello, el perjuicio o menoscabo patrimonial experimentado y su cuantía, por lo que la demandante debía demostrar que sufrió un detrimento en su patrimonio por el incumplimiento de la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia en cuanto a la inversión de los dineros del Fondo para la Paz, así como la cuantía de ese daño en particular, además de probar que esa pérdida se produjo por causa y con ocasión del incumplimiento señalado.

Al respecto, es de ver que la copia allegada del convenio FIP 500210/02 y de sus "otro sí" (fls. 33 a 42 C. 1), está desprovista de la autenticación requerida por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, lo que impone negarles valor probatorio, pues *"... las copias que carecen de la atestación de que son idénticas al original no prestan mérito probatorio, salvo que reúnan las condiciones del artículo 254 del código de enjuiciamiento o de cualquier otra norma que así lo señale"*⁵; de otro lado, aunque la demandada aceptó la existencia del referido convenio, nada refiere sobre sus condiciones particulares y si bien el dictamen pericial aludió al referido pacto, de dicha prueba no se puede extraer lo estipulado por las partes frente a las obligaciones que asumía el organismo de gestión y la forma en que debía

⁴ Casación Civil.- 2 de febrero de 2001, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 5670. En el mismo sentido: Sentencia de tutela. 30 de abril de 2010. M.P. Dr. William Namén Vargas. Exp. 11001-02-03-000-2010-00596-00.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. 4 de noviembre de 2009, M.P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. 15001-3103-004-2001-00127-01.



61

acreditar su cumplimiento o efectuar reportes al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, ente con el cual contrató. El Acta de Liquidación del convenio y el informe de dicha etapa, también se allegaron por la demandante en copias que no tienen valor demostrativo (fls. 46 a 52 C. 1).

Con todo, si a esas documentales se les reconociera mérito probatorio, es preciso atender que el incumplimiento del organismo de gestión (Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia) se hizo consistir en que al practicar la visita final por el supervisor del contrato, se habría establecido que aquél *"no invirtió las sumas entregadas, quedando sin justificar un valor de \$62'181.634,00"* (fl. 57 C. 1) y no aparecen restituidos al FIP, pretensión que halla respaldo en la prueba pericial, que fijó la suma de dinero entregada por el FIP en \$103'432.043,00, pero además sirvió de pábulo a la determinación de los honorarios del organismo de gestión en monto de \$3'365.543, para obtener la base neta a invertir de \$100'066.500,00 (fl. 64 C. 1) sustrayendo luego la inversión justificada de \$37'844.866,00, con lo que quedó el mismo saldo al que aludió la demandante; ciertamente a los documentos que el experto examinó para realizar su trabajo, no se les puede reconocer el carácter persuasivo que se pretende, en tanto que en aquellos que contienen la liquidación del convenio, sobre los cuales el auxiliar manifestó que observó el original que reposa en los archivos de la demandante, no intervino la Cooperativa de Vivienda de Antioquia, organismo que debía ofrecer las cuentas de su gestión, de modo que se trata de textos elaborados por quienes ahora se pretenden servir de ellos y el organismo de gestión no aparece ratificando lo que allí se establece respecto de los desembolsos hechos a su favor, ni de la inversión que ejecutó con tales recursos.

Falencia de similar laya se predica de los restantes documentos soporte de pago de mano de obra y compra de materiales que el perito allega con la aclaración rendida por orden de la Juez de primer grado (fls. 187 a 323 C. 1), en tanto la pericia se realizó con base en *"comprobantes, soportes, registros del sistema y libros de contabilidad del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República"* (fl. 191), de ahí que ni siquiera de los denominados por él como soportes como el registro de planillas de obra de mano y de materiales por parte de ECOVIVIENDA, se puedan apreciar a



66

efectos de dar por establecido el monto de la inversión efectivamente realizada, porque no se tiene certeza sobre que los datos recogidos en tales cuadros, correspondan en realidad a los reportados por la asegurada, pues se trata de planillas y registros de sistema que exhibió la demandante y en los cuales no aparece visto bueno o aprobación del organismo de gestión, para deducir que los dineros invertidos en el proyecto adelantado, son de inferior cuantía a los recursos entregados por el Fondo.

En algunas relaciones de personas beneficiadas directamente con la generación de empleo debido a la ejecución del proyecto, aparece la firma del representante de la Cooperativa de Vivienda de Antioquia (fl. 254 a 260 C. 1), pero aquellas no dan cuenta de los pagos efectuados por concepto de mano de obra; y respecto de los cuadros de verificación de la utilización de recursos para esa parte del proyecto, con los valores respectivos, no se demostró que su autoría corresponda al citado organismo de gestión, ni que fueran aprobados por aquél (fls. 273 a 276, 280 a 290, 295 a 298 y si bien se exhibieron algunas facturas de compra de materiales de construcción (fls. 304 a 307), no existe certeza que sólo aquellas fueran las efectivamente aducidas en su momento por la Cooperativa, o que correspondan a las únicas adquisiciones efectuadas por cuenta del proyecto.

En suma, ni las copias aportadas con el dictamen pericial, ni las otras pruebas adosadas son suficientes para concluir que la Cooperativa de Vivienda de Antioquia como organismo de gestión del convenio FIP 500210/02, no invirtió los recursos entregados por el Fondo de Inversión para la Paz, lo que además no se puede deducir *per se* de la falta de reporte o justificación, y aunque la manifestación que se hace en la demanda tiene carácter indefinido, no se eximía por ello la demandante de probar adecuadamente los términos del convenio celebrado en cuanto a los deberes y prestaciones que correspondía satisfacer al asegurado organismo de gestión, los cuales se afirman infringidos, lo que incumbía a la demandante en tanto que se comprende que el incumplimiento del convenio afianzado se deduce de la falta de información y reporte de las inversiones ejecutadas, lo que no genera inexorablemente el daño que debe ser objeto de indemnización por la aseguradora, de lo que resulta que la demandante no probó la pérdida sufrida ni su cuantía.



67

Es menester reiterar que es a la demandante a la que le correspondía demostrar los señalados presupuestos de conformidad con lo previsto en los artículos 1045 y 1077 de la codificación mercantil y aunque a ello se resiste en la alzada aduciendo que el incumplimiento es de por sí una negación indefinida y por tanto, exenta de prueba, es necesario aclarar que la acción no se dirige en contra de la persona jurídica con la cual se acordaron los convenios, evento en el cual el cumplimiento de las obligaciones nacidas del convenio le incumbe al deudor de aquellas, sino que se enfrenta a un sujeto ajeno a dicha relación negocial, llamado a responder por el pago del seguro, de tal manera que la ley le impone en su condición de reclamante de la indemnización cubierta por las pólizas, la carga demostrativa en lo que atiene al siniestro y al monto del daño.

Las razones precedentes determinaban la improcedencia de acceder a lo pretendido en la demanda, como así lo resolvió el *a quo*, por lo que procede confirmar la sentencia impugnada.

Las costas de esta Sede se impondrán a la parte apelante de acuerdo con lo previsto en los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, dado que la controversia no se determina por los parámetros establecidos en la norma que se invoca en el recurso, aplicable, como él mismo lo expone, a las controversias contractuales, de las cuales conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., EN SALA DE DECISIÓN CIVIL DE DESCONGESTIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia que por vía de apelación se ha revisado, por las razones consignadas en la parte motiva de esta decisión.



68

SEGUNDO: COSTAS de la instancia a cargo del recurrente. Tásense, teniendo en cuenta que como agencias en derecho se fija la suma de \$2'000.000,00.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Juzgado de origen una vez se de cumplimiento a las ordenes aquí impartidas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ STELLA ROCA BETANCUR

MAGISTRADA

JAIME CHÁVARRO MAHECHA
MAGISTRADO

GAMAL MOHAMMAND OTHMAM ATSHAN RUBIANO
MAGISTRADO

Paga con
fin. 244-
del 11/11/11
Rullt.

FL.92

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No. 110013103039200500688 01
Clase: ORDINARIO.
Demandante: ACCIÓN SOCIAL
Demandado: SEGUROS CONDOR S.A.

Sentencia discutida y aprobada en Sala Civil de Decisión según Acta No. 26 de 19 de julio de dos mil once (2011).

Decídese el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia de nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), proferida por el Juzgado Sexto (6) Civil del Circuito de Descongestión de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional -Fondo de Inversión para la Paz- (en adelante Acción Social) entabló demanda ordinaria contra Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales, para que se declare ineficaz o nula (en forma subsidiaria) la cláusula 4 de las condiciones generales del contrato de seguro a favor de entidades estatales contenido en la póliza única No. 7577660, e igualmente que ocurrió el siniestro amparado, es decir, el incumplimiento del Convenio FIP 500159/02, y que, como consecuencia, se condene a la aseguradora a pagarle la suma de

\$55.071.758.00, correspondiente a los dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado, junto con los intereses moratorios liquidados desde el 30 de noviembre de 2003 (fecha de su terminación del mencionado convenio) a la tasa máxima legal.

La parte actora apoyó sus pretensiones en los hechos que resumidos son:

Mediante la Ley 478 de 1998 se creó el Fondo de Inversión Para la Paz (FIP), como una *"cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica"*, la que se regiría por las reglas del derecho privado, pero que de conformidad con el Decreto 2467 de 19 de julio de 2005, se encuentra adscrito a la demandante.

La Presidencia de la República, a través del evocado Fondo, instituyó el programa denominado "Empleo en Acción", en virtud del cual los municipios proponían proyectos para que el FIP aportara los recursos necesarios que serían administrados por un "organismo de gestión", a fin de pagar la mano de obra y la materia prima.

En desarrollo de ese plan se suscribió el convenio FIP 500159/02, por valor de \$97.435.864.00, cuyo proponente fue el municipio de San Carlos (Antioquia) y el organismo de gestión la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia, quien se encargó de administrar el capital entregado con el propósito de destinarlo en la generación de empleo, por lo que era deber de esa corporación justificar la inversión y devolver al FIP los que no fueran empleados o cuyo gasto no se hubiere acreditado.

Como garantía de su cumplimiento, la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia celebró un contrato de seguro con Seguros Cóndor S.A., moldeado en la póliza No. 7577660, a favor del Fondo de Inversión para la Paz, que amparaba su ejecución, el manejo del anticipo y el pago de prestaciones sociales.

Para la demandante, la cláusula 4 de dicho acuerdo es ineficaz, pues otorga la calidad de siniestro a un hecho que no lo constituye, como lo es la expedición de un acto administrativo que declare la realización del riesgo que se amparó, por causas imputables al contratista.

Señaló que durante su ejecución, el FIP le entregó a la sociedad gestora el monto de \$94.567.216.00, de los cuales quedaron sin justificar y, por ende, sin invertir, \$55.071.758.00, tal como se desprende de la

visita final realizada el supervisor del contrato, lo cual configura el siniestro.

Notificada la demandada del auto admisorio, planteó como excepciones de mérito las que denominó *"legalidad del contrato de seguro"*, *"inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro"*, *"falta de demostración del siniestro"*, *"falta de personería y de legitimación para actuar"*, *"incumplimiento de la garantía contenida en el artículo 1061 del Código de Comercio"*, *"carencia de responsabilidad por expresa disposición contractual"*, *"incumplimiento de las condiciones del contrato"*, *"prescripción de la acción derivada del contrato de seguro"* y *"límite de responsabilidad"*.

La sentencia del *a- quo*.

El Juzgado 6 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá profirió la sentencia objeto de alzada, en la que declaró probado el medio defensivo *"prescripción de la acción derivada del contrato de seguro"*, negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la demandante.

Estimó que la radicación del libelo introductorio no interrumpió el término extintivo, como quiera que el auto admisorio no se notificó dentro del lapso concedido en el artículo 90 del C.P.C., de manera que al surtirse su enteramiento al extremo pasivo éste fenómeno jurídico ya se había configurado.

El recurso de apelación.

Inconforme con esa decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, fundado en que la extinción de la acción no puede serle imputable, debido a que el juzgado de conocimiento se demoró tres meses en la elaboración del aviso, por lo que al suspenderse ese tiempo, se concluye que la prescripción aún no ha acaecido.

CONSIDERACIONES

Los consabidos presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente caso, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente y respecto al control que impone el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, tampoco observa la Sala causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello, aunado a lo anterior, conlleva a la presente decisión, en los términos y limitaciones que establece el artículo

357 del C. de P.C. y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹.

El problema jurídico que debe resolver la Sala, se concreta en determinar si se presentó suspensión en el término extintivo por la omisión en la elaboración oportuna del aviso por parte del secretario del juzgado de primer grado.

La respuesta es negativa por los siguientes motivos:

En *sub judice*, a la luz de la prueba documental que milita en el plenario, se tiene que entre Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia y Seguros Cóndor S.A. se celebró un contrato de seguro de cumplimiento el 16 de abril de 2002 moldeado en la póliza No 7577660, tenía como objeto que la aseguradora amparaba a ADAPR – FIP de *“garantizar el cumplimiento, buen manejo y correcta inversión del anticipo, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, relacionado con construcción de obras de urbanismo en la urbanización las vegas en San Carlos Antioquia. Según convenio No. FIP-500159/02”*, razón por la cual al evidenciarse el incumplimiento, la demandante adelantó los trámites correspondientes para lograr el pago de la indemnización en forma directa, y como ello no fue posible acudió a la vía judicial con el presente proceso, el cual fue decidido en primera instancia con la prosperidad del medio exceptivo *“prescripción de la acción derivada del contrato de seguro”*, por lo que la Sala se adentrará en su estudio.

Al respecto, tenemos que la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro puede ser ordinaria o extraordinaria (artículo 1081 del C. de Co.). La primera, es de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La segunda, es de 5 años y correrá contra toda clase de personas desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Sobre esa temática ha precisado el máximo organismo de la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria² que:

¹ C.S.J., sentencia del 11 de octubre de 2004, expediente 4552, Magistrado ponente. Edgardo Villamil Portilla.

² “La reforma vinculó la prescripción ordinaria al factor subjetivo, al disponer que los 2 años para ésta corren desde el momento “en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción”; al paso que ató al factor objetivo la prescripción extraordinaria, en tanto ordenó que el término de 5 años previsto para ella comienza a partir del momento en que “nace el respectivo derecho” (...). Es así, se reitera, cómo en punto tocante al inicio del referido decurso, se tiene establecido que la ordinaria correrá desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción (el siniestro, el impago de la prima, el incumplimiento de la garantía, la floración —eficaz— de la reticencia o de la inexactitud en la declaración del estado de riesgo, etc.), al paso que la extraordinaria, justamente por ser objetiva, correrá sin consideración alguna al precitado conocimiento. De allí que expirado el lustro, indefectiblemente, irrumpirán los efectos extintivos o letales inherentes a la prescripción en comento (...).

"La prescripción en el contrato de seguro. La reforma vinculó la prescripción ordinaria al factor subjetivo, al disponer que los 2 años para ésta corren desde el momento "en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción"; al paso que ató al factor objetivo la prescripción extraordinaria, en tanto ordenó que el término de 5 años previsto para ella comienza a partir del momento en que "nace el respectivo derecho" (...).

A términos del referido artículo 1081 del Código de Comercio, los cinco años que se exigen para la extraordinaria correrán "contra toda clase de personas"; mandato este último cuyo alcance definió la Corte al sostener que "La expresión contra toda clase de personas debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aun contra los incapaces (C.C., arts. 2530, num. 1º y 2541), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento..." del hecho que da base a la acción (sentencia citada de 7 de julio de 1977) (...).

Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (C.C., art. 2541), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria". (CSJ, Cas. Civil, Sent. mayo 3/2000, Exp. 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas).

No obstante, tal fenómeno, en razón de su naturaleza, admite interrupción, ya natural ora civil, modulada la primera por el hecho de reconocer el deudor la obligación expresa o tácitamente, y la segunda, por la presentación de la demanda judicial.

Para determinar cabalmente el cómputo de estos términos, es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen "del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen", pues obviamente el artículo 1081 del Código de Comercio no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria —o la encaminada a exigir la prestación asegurada— en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues ésta ha de determinar a su turno cuál "es el hecho que da base a la acción" (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento "nace el respectivo derecho" (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues éste varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima, etc. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del Código de Comercio para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición indemnizatoria (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de ésta, desde "el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado", según lo esclareció el legislador del año 1990 (L. 45, art. 86) (...).

A términos del referido artículo 1081 del Código de Comercio, los cinco años que se exigen para la extraordinaria correrán "contra toda clase de personas"; mandato este último cuyo alcance definió la Corte al sostener que "La expresión contra toda clase de personas debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aun contra los incapaces (C.C., arts. 2530, num. 1º y 2541), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento..." del hecho que da base a la acción (sentencia citada de 7 de julio de 1977) (...).

Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (C.C., art. 2541), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria". (CSJ, Cas. Civil, Sent. mayo 3/2000, Exp. 5360. M.P. Nicolás Bechara Simancas).

En relación con la última, el artículo 90 del C. de P. C. enseña que la radicación del libelo introductorio interrumpe el término para la prescripción, siempre que el auto admisorio o el mandamiento ejecutivo, según el caso, se notifique al demandado dentro del año siguiente al enteramiento de esa providencia al accionante, ya por estado ora personalmente, de suerte que pasado éste término la interrupción sólo se aplicará cuando se comunique definitivamente al demandado.

Para dilucidar el recurso en estudio tenemos que a folios 25 a 28 del cuaderno principal se encuentra el informe de liquidación sucrito por Santiago López Montoya, en su calidad de asesor -FIP- del Programa de Empleo en Acción, en el que reveló que en reunión de 17 de febrero de 2004 celebrada con la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia, advirtió que esta entidad ejecutó el proyecto de inversión en forma parcial y aún no ha devuelto el anticipo, fecha desde la cual la demandante tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro.

Ahora bien, la demanda se presentó el 5 de diciembre de 2005³, el auto admisorio se emitió el 8 de febrero de 2006⁴, se notificó a la gestora por estado del 10 de mismo mes y año, y a la parte demandada el 26 de febrero de 2007⁵, es decir, fuera del lapso establecido en el artículo 90 *eiusdem*, por lo que para esa data ya se había configurado.

Adicionalmente, para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por la recurrente, relacionado con que dicha causa no puede serle imputable, toda vez que el aviso no fue elaborado oportunamente por el juzgado de primer grado, pues, frente al particular resulta conveniente puntualizar, de un lado, que el periodo consagrado en el artículo 90 del *ibídem* es taxativo y no admite suspensión alguna, y del otro, por cuanto en el plenario se evidencia que la parte actora, luego de realizado (13 de diciembre de 2006), tardó dos meses en retirarlo para dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 320 *ídem* (9 de febrero de 2007)⁶. Máxime cuando el interesado lo había podido hacer con las formalidades indicadas por la citada norma.

³ Ver folio 60 ib

⁴ Fl. 91 ib.

⁵ Ver folios 94 a 112.

⁶ Ver folio 100 ib.

Y si bien es cierto que con la radicación de la petición de conciliación extrajudicial se suspende la prescripción (artículo 21 de la Ley 640 de 2001), es pertinente resaltar que aquélla, en el *sub examine*, no cumplió con ese propósito, toda vez que se presentó el día 19^o de octubre de 2005 y se llevó a cabo el 29 de noviembre siguiente⁷, lo que significa que se detuvo por un mes y 10 días, que sumados al 17 de febrero de 2006 (data en que se extinguía el derecho sustancial), se concluye que se configuraba hasta el 27 de marzo de 2006 y como no se logró interrumpir con la presentación de la demanda, por las razones expuestas en líneas precedentes, debe decirse que la misma acaeció.

Puestas así las cosas, el fallo apelado debe confirmarse.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Confirmar la sentencia de fecha y origen preanotados.

Segundo. Condenar en costas del proceso al demandante. Líquidense en cada instancia.

El Magistrado ponente fija como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.00

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. 110013103039200500688 01)

(Ausente con permiso)
MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

(Rad. 110013103039200500688 01)


NANCY ESTHER ANGULO QUIROZ

(Rad. 110013103039200500688 01)

⁷ según se desprende de la constancia que milita a folios 53 y 54 del cuaderno principal.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil doce (2012)

Proceso: ORDINARIO
Radicación: 110013103-020-2006-00084-02
Demandante: AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL – FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ (Acción Social - FIP).
Demandada: CÓNDOR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES.

Magistrada Sustanciadora: JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE

Discutido y aprobado en Sala de Decisión Civil de 9 de mayo de 2012, según Acta No. 16.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la entidad demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de esta ciudad el 28 de octubre de 2011, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Acción Social¹ – FIP pidió declarar (i) que la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 025022176568, expedida por la Aseguradora demandada en favor del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República es ineficaz, subsidiariamente, deprecó su declaratoria de nulidad; además, (ii) que ocurrió el siniestro amparado por dicha póliza para garantizar el cumplimiento del convenio No. FIP 800237/02, y consecuentemente, condenar a la compañía de seguros a pagar (iii) cincuenta millones trescientos setenta y seis mil ochocientos noventa y siete pesos (\$50'376.897.00) "... o el mayor valor que resulte probado en el proceso..." (fl. 47, C. 1), suma correspondiente "... a los dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado..." (ibíd.) y (iv) los intereses moratorios sobre esta cantidad, desde el 24 de diciembre de 2003, calenda en que terminó el aludido convenio, "... o desde la fecha que lo determine el Despacho..." (fl. 48, ibíd.), a la tasa máxima comercial de acuerdo al artículo 1080 del C. de Co., amén de la imposición de las costas procesales.

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, el ente demandante expuso que dentro del programa de inversión social de la Presidencia de la República denominado "*Empleo en Acción*", administrado a través del Fondo de Inversión para la Paz, adscrito en la actualidad a Acción Social, cuyo régimen contractual es de derecho privado², celebró el convenio FIP No. 800237/02 con el Municipio de San Jacinto, como proponente, y la Asociación Para El Desarrollo Comunitario, como organismo de gestión, por un valor de cien millones setecientos cincuenta y tres mil setecientos noventa y ocho pesos (\$100.753.798.00) en razón de lo cual esta última se obligó para con Acción Social – FIP, a "...administrar los

¹ Hoy Departamento Administrativo Para La Prosperidad Social.

² Cfr., afirmación que basó en los artículos 8 de la Ley 487 de 1998, 10 del Decreto 1813 de 2000 y 31 del Decreto 2467 de 2005.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

recursos a ella entregados por el Fondo, invirtiéndolos en la generación de empleo y en el pago de materias primas para la realización del proyecto" (fl. 49, *ibídem*), obligaciones amparadas por el contrato de seguro báculo de las pretensiones.

2.1. Añadió que, en virtud del citado negocio, entregó al aludido organismo de gestión a título de anticipo la suma de cincuenta millones trescientos setenta y seis mil ochocientos noventa y siete pesos (\$50'376.897.00), empero, una vez efectuada la visita por la supervisión del contrato, se determinó que aquél no invirtió ni restituyó el valor entregado, lo que configura el siniestro cuya declaración reclamó.

Finalmente, en cuanto a la legalidad de la cláusula cuarta de la póliza, adujo que es nula porque "... está definiendo o dándole la calidad de siniestro a un hecho que no constituye riesgo, conforme a la definición de los artículos 1072 y 1054..." del C. Co., "... pues está atribuyéndole categoría de siniestro a la expedición y ejecutoria de un acto administrativo, cuando en realidad el siniestro en casos como éste es la apropiación indebida de los recursos" (numeral 25 del folio 49, *ibídem*), (fls. 47 a 51, *ibídem*).

3. La sociedad Seguros Cóndor S.A., fue notificada del auto admisorio de la demanda de conformidad a lo consagrado en los artículos 315 y 320 del Código de procedimiento Civil, término dentro del cual controvertió los fundamentos fácticos de las pretensiones, esencialmente, porque la entidad demandante intervino en la contratación a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en favor de quien se expidió la póliza en comento, del tipo de cumplimiento en favor de entidades estatales, que no de particulares, la cual fue aceptada; además, arguyó que no se acreditó la ocurrencia del siniestro y que la asegurada sí tenía la potestad para expedir actos administrativos, por lo que en tal sentido debió haber declarado la caducidad, entendida como la estipulación en virtud de la cual en presencia de hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones, se dará por terminado el contrato. Con estríbo en esto, formuló como excepciones de mérito las que intituló: (i) "legalidad del contrato de seguro", (ii) "inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora por no demostrarse la ocurrencia y cuantía del siniestro", (iii) "falta de demostración del siniestro", (iv) "falta de personería jurídica y de legitimación para actuar", apoyada en que el FIP carece de capacidad para comparecer, (v) "incumplimiento de la garantía contenida en el artículo 1061 del Código de Comercio", porque la demandante no contrató la interventoría necesaria para la ejecución del convenio en que fincó las súplicas, (vi) "carencia de responsabilidad por expresa disposición contractual", fundada en que, conforme a la cláusula séptima del convenio, quien debe responder por su correcta ejecución es el proponente, (vii) "incumplimiento de las condiciones del contrato", ya que fue liquidado extemporáneamente, es decir, con posterioridad a los 2 meses siguientes a la terminación de la obra, y (viii) "prescripción de la acción derivada del contrato de seguro", basada en que la actora tuvo conocimiento del hecho que alega como constitutivo del siniestro desde el 1º de diciembre de 2002, (fls. 65 a 84, *ibídem*).

3.1. A su turno, formuló como excepción previa la denominada "falta de jurisdicción y competencia", la que fue denegada en decisión adiada el 17 de octubre de 2006 (fls. 14 a 18 cdno. 2), providencia que fue confirmada por esta Corporación el 16 de febrero de 2007 (fl. 9, cdno. 3).

4. El 14 de junio de 2007 tuvo lugar la audiencia contemplada en el artículo 101 del C. de P. C. (fl. 109, C. 1), tras esto, mediante auto de 28 de agosto de la misma anualidad, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 113 y 114 *ibídem*), razón por la cual una vez fenecido el término para su práctica, a través del proveído de agosto 2 de 2011, se corrió traslado para alegar de conclusión (fl. 232 *ejusdem*), oportunidad que fue aprovechada por ambos extremos.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

LA SENTENCIA APELADA

El Juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, y consecuentemente, condenó en costas a la parte actora.

Frente a la declaratoria de nulidad o ineficacia pretendida, arguyó que no constituía vicio alguno la circunstancia de que las partes hubiesen pactado una estipulación de orden probatorio que resulte más beneficiosa para el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (hoy Acción Social), en torno a la demostración del siniestro y la cuantía de la pérdida, a través de una manifestación unilateral de voluntad suya, en calidad de beneficiario, pues así lo autoriza el artículo 1162 del Código de Comercio, *"...más aún, si la misma prerrogativa legal, impide o limita que la modificación se haga a favor de la aseguradora, responsable del pago de la indemnización"*.

En lo que toca con la pretensión subsidiaria de dicho pago, tras precisar que la demandante debía demostrar que sufrió un perjuicio en su patrimonio por el incumplimiento del organismo de gestión Asociación Para El Desarrollo Comunitario, en cuanto a la inversión del anticipo que se le entregó, la cuantía del daño, y además la relación de causalidad, amén de referirse a los medios de convicción recaudados en el plenario relativos a la prueba pericial y al testimonio de María Elena Barrera Figueroa, concluyó que, *"...aunque se probó la existencia del contrato de seguro, recogidos [sic] en la póliza núm. 025 022176568, en el que se incluyó el amparo de incumplimiento del contrato, buen manejo y correcta inversión del anticipo y pago de salarios y prestaciones sociales -con valores asegurados de \$10'075.379,00, \$50'376.899,00 y \$2'875.852.00, respectivamente-, no se demostró el daño que le ocasionó la inejecución de las obligaciones que había contraído la OG, como tampoco, cuáles eran esas prestaciones que adquirió de cara al anticipo y menos aún, qué tareas u oficios debían cumplirse en esa primera etapa de la ejecución del Convenio"*, (fls. 351 a 367, *ibídem*).

EL RECURSO

1. En síntesis el gestor judicial de la entidad demandante censura la decisión adoptada, bajo el fundamento de que se encuentra acreditado el incumplimiento de la ejecución del Convenio por parte de la Asociación Para El Desarrollo Comunitario, consistente en la falta de inversión del anticipo que se le entregó por la suma de cincuenta millones trescientos setenta y seis mil ochocientos noventa y siete pesos (\$50'376.897.00), y su no devolución, pues según la experticia que se practicó, no se destinó a ningún tipo de actividad, cuando por su naturaleza y al tenor de lo pactado en el Convenio, la aludida Asociación debía manejarlo, invertirlo y administrarlo, (fls. 5 a 8, de este cuaderno).

2. La demandada dentro del término de traslado contenido en el artículo 360 del C. de P.C., refutó la sustentación de la alzada (fls. 90 a 94, *ibídem*).

CONSIDERACIONES

1. Los llamados presupuestos procesales se encuentran satisfechos y como no se observa irregularidad tipificadora de nulidad que imponga la invalidez de lo actuado, procedente es resolver el recurso de apelación que contra el fallo de primera instancia interpuso la entidad demandante.

2. Para definir la alzada importa relieves liminarmente, que el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que regula la competencia del superior, prevé de



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

manera clara: "...La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante...", motivo por el cual no se "...no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones..."

2.1. Respecto de la prohibición en comento, conocida como la *reformatio in pejus* ha sostenido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia que:

"...el sentenciador de segunda instancia tiene el mismo conocimiento y los mismos poderes para enfrentar el estudio de los hechos y del derecho, para valorar las pruebas, de igual o de distinto modo que el de primer grado, revisar íntegramente el proceso y llegar a conclusiones que pueden coincidir en parte o en todo con las del juez a quo y, en fin, revocar la providencia, pues su posición frente a los litigantes es la misma al momento de resolver el recurso que la que tuvo el inferior al tiempo de decidir, entendido todo esto, en la medida que lo pretenda el apelante y con la limitación de la *reformatio in pejus*" (cas. civ. sentencia 23 de septiembre de 1963, CIII-CIV, p. 160). "Empero, no sólo el principio antes aludido constituye una limitación a los poderes de decisión del sentenciador ad quem, puesto que no siendo absoluto o irrestricto, también se encuentra restringido por el objeto mismo sobre el cual versa el recurso de alzada, o sea, sobre la sujeta materia de apelación".

(...)

"...En otros términos, por regla general, la competencia funcional del superior al conocer un recurso de apelación interpuesto por una sola de las partes, está circunscrita a los motivos concretos de disenso, entendiéndose aceptados aquéllos respecto de los que no se propuso disenso alguno, los cuales, adquieren firmeza; asimismo, se encuentra limitada por los aspectos desfavorables al recurrente, no pudiendo enmendar la providencia recurrida en lo que le favorece, pero tampoco, en garantía de los derechos de la parte no recurrente, la individualidad y especificidad de la apelación, en los aspectos que no hayan sido objeto del mismo, pues estos extremos (reforma peyorativa y motivos del recurso), limitan "ex naturalier al tenor de la apelación interpuesta la competencia y facultades del superior tantum devolutum quantum appellatum (tanto se apela, tanto se devuelve; lo que no ha sido impugnado, no puede ser fallado de nuevo) y por ello no puede fallar más allá de lo pedido por las partes (non est iudex ultra petitum partium) encontrando una restricción en el agravio causado con la sentencia impugnada al apelante o a la parte en cuya protección se surtió la consulta, salvo las excepciones legales (cas. civ. sentencia 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 05001-3103-012-2002-00373-01)³ (Resaltado fuera de texto original).

2.2. De modo que, esta Sala de Decisión se encuentra limitada a desatar únicamente la inconformidad planteada por la entidad demandante frente a la negativa por parte del fallador de instancia, en torno a las pretensiones relativas a que se declare la ocurrencia del siniestro y se condene a la Aseguradora demandada al pago de la indemnización correspondiente, que se deprecaron subsidiariamente, pues si bien pidió "...revocar la sentencia impugnada y en su lugar acceder a las pretensiones de la demanda", (fl. 8, de este cuaderno), lo cierto es, que en la alzada no enfiló reparo alguno frente a las que atañen a la ineficacia y la nulidad de cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 6 de julio de 2009. M.P. Dr. William Namén Vargas. Exp. 05001-3103-013-2000-00414-01.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

99

única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 025 022176568, circunscribiéndose a alegar las razones por las cuales la existencia y cuantía del siniestro estaba demostrado, al margen de cualquier consideración en torno a la eficacia o validez de la referida estipulación, de ahí, que el pronunciamiento que hizo el a quo en torno a este aspecto, haya cobrado firmeza.

3. Dilucidado lo anterior, de antemano, debe precisarse, que aunque Acción Social – FIP aportó al plenario el original de la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 025 022176568 (fl. 2, C. 1), así como su modificación (fl. 3 *ibid.*), no hizo lo propio con el escrito contentivo de las condiciones generales de aquélla, pues la adosó en copia simple (fls. 29 a 30, *ibid.*), circunstancia que le resta mérito demostrativo, porque es claro que, al margen del carácter de auténtico del citado documento, las copias no pueden equipararse al original. Sobre el tema, ha puntualizado la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia que “... las copias que carecen de la atestación de que son idénticas al original no prestan mérito probatorio, salvo que reúnan las condiciones del artículo 254 del código de enjuiciamiento o de cualquier otra norma que así lo señale”⁴.

Con todo, esta carencia, en gracia de discusión, puede superarse acudiendo a la confesión, atendiendo al efecto el carácter consensual del contrato (C. Co., artículos 1036 y 1046, modificados por los artículos 1º y 3 de la Ley 389 de 1997, respectivamente) porque ambas partes convergieron en que al tenor de la cláusula en cuestión, el siniestro se entiende ocurrido “CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA”. Así lo admitió la Aseguradora reconvenida al descorrer el traslado de los hechos 19 y 20 del libelo introductorio, y más específicamente, al referirse a la afirmación contenida en el numeral 24º de la exposición factual de la entidad actora, en donde ésta reprodujo el contenido literal de la primera sección de la cláusula cuarta de las condiciones generales del seguro (fl. 49, C. 1), como que intentó refutar diciendo: “no es un hecho es una transcripción textual de la cláusula citada” (fl. 69, *ibid.*), luego, aceptó el texto de la estipulación alrededor de la cual se plantearon las súplicas.

4. Empero, importa precisar que en una interpretación armónica de los artículos 1072, 1077, 1080 y 1162 del C. Co., la exigencia de la Aseguradora demandada, relativa a que la ocurrencia del siniestro se demuestre exclusivamente con la expedición de un acto administrativo, como se acordó, no puede ser de recibo en la medida que limita la forma de acreditar ante los Tribunales tal circunstancia fáctica, dado que ésta puede ser demostrada aún extraprocesalmente⁵.

4.1. En el marco del derecho de seguros se distinguen los de daños, caracterizados por ser meramente indemnizatorios, o en otros términos, “... tienen como fin último procurar reparar al asegurado o beneficiario los perjuicios recibidos como consecuencia del acaecimiento del suceso incierto determinado en el respectivo contrato como riesgo asegurado”⁶.

Dentro de esta clase se encuentra el denominado seguro de cumplimiento, establecido por la Ley 225 de 1938, convenio por el cual la compañía Aseguradora se compromete a pagarle al asegurado o beneficiario los perjuicios patrimoniales derivados del incumplimiento de obligaciones de origen legal o contractual a cargo

⁴ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 4-11-2009, M. P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. # 15001-3103-004-2001 00127 01.

⁵ Cfr., C. S. J., Sent. Cas. Civ., 2-02-2001, exp. # 5670, M. P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁶ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 15-11-2005, M. P.: Dr. César Julio Valencia Copete, exp. # 11001-31-03-024-1993-7143-01.

Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

del tomador, o como lo ha precisado la jurisprudencia, es "aquel en el que un acreedor persigue ponerse a cubierto del agravio patrimonial que le generaría el incumplimiento del deudor, trasladando a la aseguradora ese riesgo, quien precisamente lo asume con el indiscutible carácter de obligación propia"⁷.

Ahora bien, atendiendo el carácter indemnizatorio previsto en el artículo 1077 del C. Co., le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, esto es, "la realización del riesgo asegurado" (artículo 1072 *ejúsdem*), así como la cuantía de la pérdida.

Todo esto, porque "los seguros de daños se conciben con un solo objetivo: la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable como consecuencia del siniestro, restablecer su equilibrio económico roto por la realización del riesgo asegurado e indemnizarlo..." (J. Efrén Ossa G., Teoría General del Seguro - El Contrato, pág. 349).

Sobre el particular, basta memorar lo que dispone el artículo 1089 del Código de Comercio, respecto de la cuantía máxima de la indemnización:

"Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario", de modo, que le correspondía a la recurrente acreditar el incumplimiento de la Asociación Para El Desarrollo Comunitario frente al aludido Convenio, ora a través del respectivo acto administrativo que así lo declarara, o bien por medio de otro medio de convicción, además del perjuicio que sufrió con ocasión de aquél.

Sin embargo, la actividad probatoria de la entidad demandante sobre este particular resultó ser fútil, por las siguientes razones:

4.2. Aún, aceptando en vía de simple hipótesis que la cláusula décima cuarta del convenio celebrado entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la Paz, el Municipio de San Jacinto y Asociación Para El Desarrollo Comunitario – valga reiterar, aportado en copia simple (fls. 37 a 40, C. 1) –, conforme a la cual se observa que las partes acordaron que "al presente convenio se aplican los artículos 15 al 18 de la ley 80 de 1.993" (fl. 37, *ibíd.*, se destaca), implica una carga para el ente demandante, y no una ventaja para la entidad contratante, como en realidad lo es, pues le faculta para ejercitar potestades excepcionales al derecho común por sobre su contraparte negocial, lo que otrora se conocía como cláusulas exorbitantes, manifestación propia de la desigualdad favorable para el Estado contratante, lo cierto es que, amén de que Acción Social – FIP, de manera negligente dejó de hacer uso de sus derechos contractuales, tampoco acreditó debidamente la ocurrencia del siniestro, pese a lo manifestado por la recurrente en su escrito contentivo de la impugnación, toda vez que ni siquiera probó el pacto alrededor del cual fincó sus pretensiones.

4.3. En efecto, los documentos aducidos con este propósito, *verbigracia*, el convenio No. FIP-800237/02 (fls. 31 a 38 C. 1), su otrosí (fl. 40 [sic] *ejúsdem*), las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales (fls. 29 y 30 del mismo cuaderno), los comprobantes de pago Nos. 8190 y 8189 (fls. 41 y 42 respectivamente), el acta de liquidación del convenio aludido fueron aportados en copia simple, *ergo*, cual quedó plenamente elucidado, no pueden tener mérito probatorio alguno, fundamentalmente porque,

⁷ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 2-05-2002, M. P.: Dr. Manuel Ardila Velásquez, exp. 6785. Precedente que cita las sentencias de 22 de julio de 1999, exp. # 5065, 24 de mayo de 2000, exp. # 5439 y 2 de febrero de 2001, exp. # 5670.

Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

se reitera, lo impide el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, de manera que no le asiste razón al gestor judicial de la censora cuando afirma que la ocurrencia del siniestro y su cuantía están plenamente determinados, todo lo contrario, la actora no cumplió la carga de acreditar ante el sentenciador los fundamentos fácticos de sus pretensiones.

4.4. No soslaya la Sala que los documentos descritos en precedencia fueron adosados nuevamente por la testigo María Elena Barrera Figueroa en "copia auténtica" (fls. 169 a 171, 175 a 178 y 184 a 190, *ib.*), sin embargo no pueden ser tenidos en cuenta, porque no obstante que pueda decirse que los mismos tienen estrecha relación con la declaración que aquélla rindió, si de aportarse copia autenticada de los mismos se trataba, la parte actora debió hacerlo con el libelo introductorio, pues al fin de cuentas eran documentos cuyo original debía tener su poder, y no una contratista, y en este sentido recuérdese que de un lado el numeral 6º del artículo 77 *ejusdem* señala que a la demanda debe acompañarse "los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante", y por otro, el canon 268 establece: "Las partes deberán aportar el original de los documentos privados, cuando estuvieren en su poder", máxime cuando en el libelo introductorio no se denunció que no lo estuvieran, ni la deponente en cuestión explicó las razones por las cuales los tenía en su haber.

4.5. De otro lado, el dictamen pericial, que fue aclarado a instancia de las partes (fls. 202 a 220, 227 a 229, *ibíd.*), según el cual "...no se invirtió ninguna cantidad de dinero dentro del citado convenio", por cuanto "...no se EJECUTO ninguna cuantía", (fl. 35, *ibidem*), carece de precisión y firmeza, toda vez que a pesar que el auxiliar de la justicia designado comprobó a través de los libros de contabilidad del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, que se desembolsó la suma de cincuenta millones trescientos setenta y seis ochocientos noventa y siete pesos (\$50'376.897.00), sin que se haya precisado en todo caso, que fue por concepto de anticipo, la referida conclusión según consta en el aparte de "FUENTES DE INFORMACIÓN TÉCNICA", y se colige de la respectiva aclaración, se obtuvo de la copia simple del Acta de Liquidación Unilateral del Convenio.

En efecto, véase que en el primer acápite, el perito indicó:

"ACTA DE LIQUIDACIÓN UNILATERAL DEL CONVENIO, folios 43 y 44 del expediente. ANEXO 2", (fl. 202, *ib.*).

Y en la aclaración, se anotó:

"Dicha suma se infiere del acta de liquidación unilateral del convenio la cual coincide con el que aparece en la POLIZA UNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO", (fl. 228, *ib.*).

4.6. A eso súmese, que la parte actora tampoco logró hacer incurrir en confesión a la entidad demandada (artículos 194 y 207 *ejusdem*), fin del interrogatorio de parte, toda vez que ninguna de las partes asistió a la diligencia que para el efecto se programó (fl. 117, *ibíd.*).

4.7. Pero si se déjasen de lado todas estas circunstancias, y se admitiera como lo hizo el Juez a quo, que el incumplimiento del Organismo de Gestión se acreditó con la mencionada experticia y la referida declaración (fls. 166 a 168, *ib.*), según la cual, "...en el proceso de liquidación la Asociación Para el Desarrollo Comunitario... no invirtió la totalidad de los recursos que el fondo de inversión para la paz le desembolsó [sic] para que fueran administrados por esa entidad...",



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

(fl. 167, *ib.*), proceder que según la testigo "causo [sic] que el programa no lograra cumplir sus objetivos", declaración que por lo demás no tiene respaldo en el resto del acervo probatorio, se arriba a la misma conclusión que llegó aquél, es decir, que no se probaron los perjuicios sufridos por la presunta falta de ejecución del anticipo.

Al punto basta ver, que en el Acta de Liquidación que le sirve de soporte a la demandante para afirmar el susodicho incumplimiento (fls. 43 a 45, C. 1), se consignaron argumentos contradictorios, pues si bien en un aparte se afirma que no hubo ejecución, en otro se anotó:

"(...) que el DAPR-FIP recibe a satisfacción las actividades realizadas por la OG dentro del alcance del Convenio en mención.

*"Con lo anterior y teniendo en cuenta las observaciones sobre la ejecución del proyecto y convenio, consignadas enseguida, se deja constancia en la presente Acta que tanto el DAPR-FIP, EL PROPONENTE y EL O.G, **cumplieron con las obligaciones contraídas a la firma del convenio** a que se refiere la presente Acta de Liquidación y según consta en los formatos impresos del SEA – Sistema de Información de Empleo en Acción 'Finalización – Visita Final' y 'Liquidación de Proyectos' anexos a la presente Acta, dando cumplimiento en el plazo establecido y entregadas todas las pólizas correspondientes al convenio", (fl. 44, *ibídem*).*

(...)

"La terminación de los trabajos, NO releva al proponente se sus responsabilidades y obligaciones a las que hace referencia el Convenio y las normas legales vigentes", (se destaca).

Entonces, no aparece tan claro de la referida Acta, que el objeto del programa no haya acometido su finalidad, y que en esa medida el aporte que hizo el FIP, se le haya dado una destinación distinta a la estipulada en el contrato.

4.8. Es que a vuelta de revisar las consideraciones sobre la ejecución del proyecto y del convenio, consignadas en la referida Acta, se advierte que la cuestión no es de falta de inversión, porque en efecto, y al menos lo que se colige de líneas anteriores, sino de no saber en qué se ejecutó el rubro destinado, cuál fue el destino que se le dio al anticipo; situación que no es posible determinar, porque ciertamente como lo apuntaló el Juez de primera instancia, y se itera, haciendo abstracción de la ausencia de mérito probatorio del Convenio, ahí no se estableció cómo debía aplicarse por parte de la Asociación Para El Desarrollo Comunitario el anticipo, lo que después de todo impide determinar la existencia del incumplimiento aducido por la recurrente, habida consideración que no se sabe con certeza cuál fue el deber contractual inobservado.

4.9. No obstante, y si se admitiese que esa obligación era la consagrada en la cláusula 1.1. del Convenio, según la cual conforme la alzada, el Organismo de Gestión debía **"Manejar los recursos que entregue el DAPR-FIP en una cuenta bancaria abierta para el efecto y destinados al pago de la mano de obra no calificada y la adquisición de materiales, (...) administrar correctamente los desembolsos de recursos que autorice el DAPR-FIP, teniendo en cuenta el fin de los mismos y el período en que deben ser invertidos"**, (fl. 7, de este cuaderno), la suerte del recurso no es distinta, porque no se acreditó cuál era la finalidad y el tiempo dentro del cual debía invertirse el anticipo; es más a ciencia cierta no se sabe si la suma de cincuenta millones trescientos setenta y seis mil ochocientos noventa y siete pesos (\$50'376.897.00), en realidad corresponde al anticipo o a

Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil

103

otro rubro referente al pago de prestaciones.

5. En conclusión, aunque no soslaya la Sala el hecho de que el buen manejo de unos recursos públicos está comprometido en las circunstancias fácticas que originaron el presente asunto, debe hacerse énfasis, en que precisamente por esa consideración es claro que correspondía a Acción Social – FIP ser diligente al ejercitar los privilegios contractuales de que estaba investida en virtud de las cláusulas excepcionales al derecho común acordadas en el convenio en cuestión, sin que el proceso judicial pueda convertirse en sucedáneo de su negligencia, y aún obviando esto, se tiene que tampoco acreditó como es debido la ocurrencia del siniestro, pues es claro que su actividad probatoria resultó anodina.

6. De acuerdo con lo discurrido y como quiera que la actora no demostró que en el *sub lite* concurrían las exigencias contenidas en el artículo 1077 del Código de Comercio, resulta procedente confirmar la sentencia apelada, lo que releva a esta colegiatura de estudiar las excepciones de mérito propuestas.

Consecuentemente se condenará en costas de esta instancia al demandante recurrente (numeral 1º del inciso 1º del artículo 392 del C. de P.C.), efecto para el cual se fijará como agencias en derecho, cual lo prevé el numeral 2º *ejusdem*, subrogado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.00), teniendo en cuenta las directrices previstas en el numeral 1.1º del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 2222 de esa misma anualidad, proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., en una de sus Salas de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

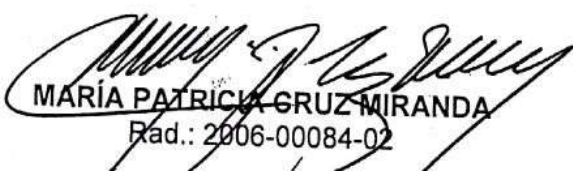
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha y procedencia anotada, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la recurrente. Para efecto de la liquidación, la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.00).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

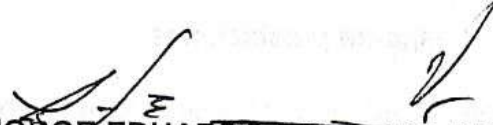
Los Magistrados,


JULIA MARÍA BOTERO LARRARTE
Rad.: 2006-00084-02


MARÍA PATRICIA GRUZ MIRANDA
Rad.: 2006-00084-02



Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
Rad.: 2006-00084-02

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL - SECRETARÍA

CERTIFICO QUE EN LA FECHA 28 JUN 2012
Y A LAS 5 A.M. SE FUE EDICTO EN LUGAR PUBLICO
DE LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL CON EL FIN DE NOTIFICAR
A LAS PARTES EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA ANTERIOR

El Secretario,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA CIVIL**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de noviembre del año dos mil doce (2012)

**REF. Sentencia. Ordinario. AGENCIA
PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA
COOPERACIÓN INTERNACIONAL - ACCIÓN
SOCIAL - FIP contra COMPAÑÍA DE SEGUROS
GENERALES CÓNDOR S.A.**

**Magistrada Ponente
LUZ MAGDALENA MOJICA RODRÍGUEZ.**

**Discutido y aprobado en Sala de noviembre 21 de
2012.**

Se procede a resolver el recurso de apelación
propuesto contra la sentencia calendada veintidós (22) de febrero del año
dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de
esta ciudad, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La Agencia Presidencial para la Acción Social y la
Cooperación Internacional - Acción Social, a través de apoderado judicial,
promovió demanda contra Seguros Cóndor S.A. Compañía de Seguros
Generales, para que una vez subsanada la demanda y previos los trámites
del juicio ordinario, se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

"1. Que se declare que la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza única de
seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. **7577657** expedida por
SEGUROS CÓNDOR S.A. a favor del Departamento Administrativo de la Presidencia de la
República - Fondo de Inversión para la Paz, es ineficaz.

"Pretensión subsidiaria de la anterior:

105

"En subsidio de la pretensión 1 anterior, que se declare que la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. **7577657** expedida por SEGUROS CÓNDOR S.A. a favor del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la Paz, es nula.

"2. Que se declare que ocurrió el siniestro amparado por la póliza de seguro de cumplimiento No. **7577657** expedida por SEGUROS CÓNDOR S.A. para garantizar el cumplimiento del convenio FIP 500158/02.

"3. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a SEGUROS CÓNDOR S.A. a pagar a la **AGENCIA PRESIDENCIAL PARA LA ACCIÓN SOCIAL Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL – FONDO DE INVERSIONES PARA LA PAZ**, la suma de **\$44.371.185.00** o el mayor valor que resulte probado en el proceso, por la ocurrencia del siniestro amparado por la citada póliza, suma que corresponde a los dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado con la referida póliza.

"4. Que igualmente, se condene a SEGUROS CÓNDOR S.A. a pagar los intereses moratorios sobre la suma de que trata la pretensión anterior, contabilizando desde el 30 de noviembre de 2003, fecha de terminación del convenio, o desde la fecha que lo determine el Despacho y hasta que se verifique su pago, a la tasa máxima permitida por la ley comercial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1080 del Código de Comercio.

"5. Que se condene a SEGUROS CÓNDOR S.A. a pagar las costas y agencias en derecho."

2. Las afirmaciones de hecho, en las cuales el extremo activo apoyó sus pretensiones, se resumen en las siguientes:

2.1. El Fondo de Inversión para la Paz – FIP, el municipio de San Carlos – Antioquia y la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia celebraron el convenio FIP No. 500158/02, en virtud del cual ésta se obligó con el Fondo de Inversión para la Paz a administrar los recursos entregados por éste, invirtiéndolos para generar empleo y para pagar materias con el objeto de realizar el proyecto.

2.2. La Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia, para garantizar el cumplimiento de la obligación que adquirió, suscribió con Seguros Cóndor S.A. el contrato de seguro de cumplimiento contenido en la póliza No. 7577657, y a través de ésta Seguros Cóndor le otorgó al Fondo de Inversión para la Paz las coberturas de cumplimiento, anticipo y prestaciones sociales, por la suma de \$85.282.658.

2.3. Durante su ejecución el Fondo de Inversión para la Paz le entregó a la Cooperativa de Vivienda de Antioquia \$78.360.912, suma que no invirtió, como en la visita final que realizó el supervisor en tanto se determinó al no justificarse \$44.371.185, lo que configura el siniestro amparado por la póliza No. 7577657 expedida por la demandada.

2.4. La indebida apropiación de los recursos o su no inversión, es decir, el incumplimiento del contrato constituye el siniestro,

sin que la cláusula No. 4 de la póliza -"SE ENTIENDE OCURRIDO EL SINIESTRO PRIMERO - CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA"- produzca efectos, pues es nula porque "está definiendo o dándole la calidad de siniestro a un hecho que no constituye riesgo", de conformidad con lo previsto en los artículos 1072 y 1054 del Código de Comercio, a más que los contratos celebrados por el FIP se rigen exclusivamente por el derecho privado, por lo que no es posible que en desarrollo de los mismos se expidan actos administrativos declarando incumplimientos.

2.5. La entidad demandada está en la obligación de cancelar la indemnización derivada de la póliza de seguro de cumplimiento "que aquí se cobra y que no hacerlo carece de fundamento jurídico alguno".

3. El *a-quo* admitió la demanda, ordenó surtir el traslado y notificar a la parte demandada "en legal forma". (fl. 65)

3.1. El 4 de julio de 2006, por intermedio de apoderada judicial, se notificó Cóndor S.A. Compañía de Seguros Generales del auto admisorio de la demanda, quien contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones, negando algunos hechos, aceptando parcialmente el hecho 14 y no constándole los restantes, a la vez que formuló las excepciones de mérito que denominó "LEGALIDAD DEL CONTRATO DE SEGURO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE LA ASEGURADORA POR NO DEMOSTRARSE LA OCURRENCIA Y CUANTÍA DEL SINIESTRO", "FALTA DE DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO", "FALTA DE PERSONERÍA JURÍDICA Y DE LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR", "INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1061 DEL CÓDIGO DE COMERCIO", "CARENCIA DE RESPONSABILIDAD POR EXPRESA DISPOSICIÓN CONTRACTUAL", "INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO", "PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO", "LÍMITE DE RESPONSABILIDAD", y la previa de "FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA", defensa última que el *a-quo* declaró impróspera por auto de fecha 24 de noviembre de 2006. (fls. 75 a 96 c.1 y 1 a 26 c.2)

3.2. En traslado de las defensas planteadas, la parte actora se opuso a su prosperidad, manifestando que de acuerdo a las cláusulas contenidas en la póliza se entiende configurado el siniestro con la expedición de un acto administrativo, "lo cual es ilegal", toda vez que el

FIP no puede expedir actos administrativos, por lo que la cláusula es ineficaz; que el acto administrativo hace las veces de reclamación "pero no es el siniestro", pues éste está dado por la ocurrencia del riesgo asegurado "y no por la expedición de un acto administrativo - circunstancia aquélla que da derecho a la entidad para reclamar"; que el Fondo de Inversión para la Paz acreditó el incumplimiento y monto del siniestro, el que consistió en que a la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia se le entregaron unas sumas de dinero con un objeto específico de administración y ésta no las administró ni las reembolsó conforme era su deber, lo que constituye un incumplimiento al convenio; que el FIP al no tener personería jurídica fue adscrito al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por lo que no es dable que la aseguradora alegue que el FIP no es titular de derechos, pues incluyó a éste "como asegurada y beneficiaria; que el Fondo de Inversión para la Paz como no puede comparecer por sí mismo al proceso, "por cuanto la ley no le otorgó esa facultad", debe hacerlo a través de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional; y que el incumplimiento no obedece a la no terminación de una obra, sino a la no devolución de unos recursos. (fls. 97 a 105 c. 1)

3.3. El juzgado citó a las partes a la audiencia prevista en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, y ante la ausencia de ánimo conciliatorio declaró fracasada la conciliación y dispuso "que el asunto continúe su trámite legal dejando fijados los hechos como están planteados en la demanda y su respuesta". (fls. 112 y 149 c.1)

3.4. Abierto el proceso a pruebas, se decretaron las pedidas por las partes, y vencido el período probatorio se dio oportunidad para presentar los alegatos de conclusión, derecho del cual hicieron uso los dos extremos de la litis para insistir en sus posiciones. (fls. 211 a 299 c.1)

EL FALLO

4. El *a-quo* puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 22 de febrero de 2012, en virtud de la cual resolvió:

"1º Negar las pretensiones tanto principales como subsidiarias de la demanda.

"2º Se condena en costas del proceso a la parte demandante, inclúyase en ellas la suma de \$2'800.000.00 por concepto de agencias en derecho. Líquidense."

4.1. Para arribar a la precedente decisión, luego de relatar los antecedentes, el *a-quo* señaló que de acuerdo con lo previsto en el artículo 1602 del Código de Comercio, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales; que los artículos 897 a 904 *ibídem* "distinguen las siguientes variables de negocios irregulares: ineficaces de pleno derecho (art. 897), inexistentes jurídicamente (art. 898), nulos en forma absoluta (art. 899), nulos relativamente (art. 900) e inoponibles (art. 901)"; que la parte demandante para probar la existencia del siniestro y la cuantía del daño "contaba no solo con cualquier mecanismo probatorio de índole extrajudicial -como lo permite el artículo 1080 del Código de Comercio- sino que además le basta expedir un acto administrativo que declarara ya fuera la realización del riesgo, ora la caducidad del contrato por causas imputables al contratista"; que si bien es cierto el Fondo de Inversiones para la Paz no tiene personería jurídica, también lo es que tal es una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que figura como beneficiaria de la póliza en cuestión, y a quien le corresponde expedir el acto administrativo a fin de "demostrar la ocurrencia del siniestro"; que al tratarse de un seguro de daños expedido a favor de un ente estatal, la declaración de ocurrencia del siniestro solo puede hacerse por este órgano mediante un acto administrativo; y que el daño sufrido por la demandante y su valor no están plenamente demostrados, por lo que denegó las pretensiones de la demanda.

5. Decisión recurrida en apelación por la parte actora, la que se concedió y agotado su trámite compete resolver a la Sala.

DEL RECURSO

5.1. Motivó su inconformidad, en resumen, en que el *a-quo* se equivocó al considerar que la cláusula 4ª de la póliza es eficaz y válida, toda vez que el FIP no tiene personería jurídica y por lo tanto no puede expedir actos administrativos, por lo que dicha cláusula es ineficaz, a más que no introduce ninguna ventaja para el beneficiario sino que por el contrario implica la imposición de un requisito de inverosímil cumplimiento; que si bien es cierto el Fondo de Inversión para la Paz estaba adscrito al DAPRE - hoy Acción Social-, y esta entidad si podía expedir actos administrativos, debe tenerse presente que "cuando la referida entidad actúa en nombre y representación del Fondo de Inversión para la Paz, queda, como representante de éste, limitado a las facultades que la ley le otorga a ese Fondo"; que en el presente caso el siniestro y su cuantía quedaron plenamente

demostrados; y que la condena en costas contra el FIP es improcedente, habida cuenta que en los procesos de controversias contractuales solo hay lugar a éstas cuando existe temeridad de alguna de las partes –artículo 75 de la ley 80 de 1993-, por lo que solicitó se revocara la sentencia impugnada.

5.2. Por su parte, el extremo pasivo pidió la confirmación del fallo censurado, argumentando que la póliza objeto de este asunto "ostenta el signo de estatal" y fue expedida a favor de una institución pública, como lo es el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la Paz, sin que fuera posible librarla a favor del FIP, teniendo en cuenta que la ley 487 del 24 de diciembre de 1998, reglamentada por el decreto 1813 de 2000, lo estableció como un instrumento de financiación de programas y proyectos estructurados para la obtención de la paz, siendo una cuenta especial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, sin personería jurídica; que el Fondo de Inversión para la Paz estuvo vigente "hasta cuando se adscribió como cuenta especial" a Acción Social, entidad que fue creada mediante decreto 2467 del 19 de julio de 2005, por lo que para la fecha del presunto incumplimiento alegado por la actora, ésta no había sido creada, por lo que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República era el obligado a proferir la resolución administrativa a través de la cual se declaraba el incumplimiento; y que Acción Social está facultada para proferir resoluciones administrativas en nombre del FIP porque éste carece de personería jurídica.

CONSIDERACIONES

Concierta la Sala con el *ad quo* que en este proceso se cumplen a cabalidad los presupuestos procesales identificados como la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la demanda en forma y la competencia. Además, no se evidencia vicio alguno que invalide lo actuado en el proceso, por lo que se proferirá decisión de mérito del asunto sometido a jurisdicción.

Delanteramente se advierte que de conformidad con los argumentos esbozados en la sentencia impugnada, y los expuestos en la sustentación de la apelación, la competencia de la Sala se contrae a analizar si la cláusula cuarta de las condiciones generales de la póliza única de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No. 7577651, expedida por la demandada a favor del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – Fondo de Inversión para la Paz, es ineficaz o nula, y si ocurrió el siniestro amparado por dicha póliza, circunstancias objeto de alzada, por lo que se procede a su estudio -artículo 357 del Código de Procedimiento Civil-.

Para resolver la cuestión antedicha no es necesario volver sobre la legitimación, la naturaleza y elementos del contrato de seguro, pues tales asuntos se ventilaron en la providencia censurada, sin que hayan sido objeto de alzada.

Anótese si que el contrato de seguro No. 7577657, de conformidad con el libelo y las pruebas allegadas, se celebró entre la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia y la aquí demandada el 16 de abril de 2002, siendo asegurada y beneficiaria el "DAPR - FIP", convenio reformado y aclarado, con vigencia para amparos de cumplimiento y anticipo del 24 de octubre de 2002 al 31 de marzo de 2004, y para prestaciones sociales del 24 de octubre de 2002 al 30 de noviembre de 2006¹, al cual se le aplica el artículo 1046 del Código de Comercio, modificado por el artículo 3º de la ley 389 de 1997, "El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador".

Requisitos que se cumplen en la póliza No. 7577657, cuyo objeto fue "GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO, PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES, ANTICIPO, RELACIONADO CON CONSTRUCCION DE VIVIENDA DE INTERÉS SOCIAL URBANIZACIÓN LAS VEGAS ETAPA 3 EN SAN CARLOS, ANTIOQUIA, SEGÚN CONVENIO No. FIP-500158/02", la que se modificó y aclaró², quedando las estipulaciones pertinentes en los siguientes términos y condiciones:

¹ Ver folios 5 a 10 c.1

² Ver folio 9 y 10 c.1

AMPAROS	SUMAS ASEGURADAS	VIGENCIAS	
		Desde	Hasta
CUMPLIMIENTO	\$8.528.266.00	24 10 2002	31 03 2004
ANTICIPO	\$42.641.329.00	24 10 2002	31 03 2004
P. SOCIALES	\$2.279.929.00	24 10 2002	30 11 2006

Póliza que se denominó **"PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES"**, en la cual se establecieron como condiciones generales, entre otras, **"CLÁUSULA CUARTA - SINIESTRO. SE ENTIENDE OCURRIDO EL SINIESTRO: PRIMERO - CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA. SEGUNDO - EN EL CASO DE INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA"** Y **"CLÁUSULA QUINTA - PAGO DEL SINIESTRO. LA ASEGURADORA PAGARÁ EL VALOR DEL SINIESTRO ASI: PRIMERO - PARA EL CASO DEL NUMERAL PRIMERO DE LA CLÁUSULA ANTERIOR, DENTRO DEL MES SIGUIENTE A LA COMUNICACIÓN ESCRITA QUE HAGA LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, ACOMPAÑADA DE LA COPIA AUTÉNTICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE, DEBIDAMENTE EJECUTORIADO. SEGUNDO - PARA EL CASO PREVISTO EN EL NUMERAL SEGUNDO DE LA CLÁUSULA ANTERIOR, DENTRO DEL MES SIGUIENTE A LA COMUNICACIÓN ESCRITA QUE CON TAL FIN HAGA LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE, ACOMPAÑADA DE UNA COPIA AUTENTICA, DEL ACTO ADMINISTRATIVO CORRESPONDIENTE, DEBIDAMENTE EJECUTORIADO Y DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO. PARAGRAFO - NO OBSTANTE LA ASEGURADORA PODRA OPTAR POR CUMPLIR SU PRESTACIÓN, CONTINUANDO DIRECTA O INDIRECTAMENTE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO INCUMPLIDO (sic) POR EL AFIANZADO"**.

Documento del que se desprende que para que se tuviera por ocurrido el siniestro que el asegurado indicó en el libelo - "dineros entregados y no invertidos en la ejecución del contrato garantizado con la referida póliza"-, necesario era que la beneficiaria expidiera un acto administrativo por medio del cual declarara la realización del riesgo amparado por la póliza, por causas imputables al contratista, y que éste quedara ejecutoriado.

Disposición frente a la cual estima la Sala que no le asiste razón a la parte actora al señalar que dicha cláusula es ineficaz o nula, toda vez que el legislador reguló en los artículos 898 -inciso 2º-, 899 y 900 del Código de Comercio, que un negocio jurídico en materia mercantil es ineficaz cuando se celebra sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno

de sus elementos esenciales, y será nulo absolutamente cuando contraría una norma imperativa, salvo que se disponga otra cosa, cuando tenga causa u objeto ilícitos y cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz, asimismo "Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil", sin que alguna de esas circunstancias se presenten en la cláusula 4ª aludida, en tanto que en su creación no existió objeto o causa ilícita, omisión de formalidades legales, no se pactó con persona absoluta o relativamente incapaz, no fue consentida por error, fuerza o dolo y no contraría ninguna norma imperativa, por lo que no es dable declarar la nulidad o ineficacia de la cláusula 4ª pretendida por la parte actora.

Sobre el tema, dijo la Corte Suprema de Justicia:

"Es sabido que los actos o negocios jurídicos pueden ser considerados ineficaces -en sentido lato- cuando, por determinadas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, ellos no producen los efectos de autorregulación de intereses previstos por las partes o tales efectos "están llamados a decaer en un momento posterior" (Scognamiglio, Renato. Teoría General del Contrato. Pág. 297). Dentro de las formas de ineficacia previstas por el legislador sobresale la nulidad o invalidez del acto o contrato, en virtud de la cual el ordenamiento lo priva o limita en cuanto a sus efectos vinculantes cuando el acto de disposición de intereses se encuentra en oposición a las normas jurídicas de rango superior que lo disciplinan.

"En el derecho civil colombiano la nulidad de los actos jurídicos se denomina absoluta cuando, como lo ha considerado tradicionalmente esta Corporación, el vicio de que adolezca lesiona "los intereses del orden público" (LIX, 424. Cas. Civ. 28 de agosto de 1945), expresión amplia que abarca diferentes hipótesis, algunas referidas a la licitud del negocio, otras a la presencia de los elementos o requisitos establecidos en consideración a la naturaleza del acto o contrato, y otras, incluso, a la observancia de las reglas de capacidad jurídica, todas ellas, en general, contempladas en normas que consagran órdenes o prohibiciones establecidas para tutelar o proteger intereses relevantes para la vida en sociedad. Sobre el particular, cumple recordar que, de acuerdo con el régimen legal previsto por los artículos 1740, 1741, y 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el texto inicial del artículo 1742 del Código Civil, la nulidad absoluta puede y debe ser declarada oficiosamente por el juez cuando el respectivo vicio se evidencie de la simple lectura del acto o contrato; se puede alegar por todo el que tenga interés en ello o pedirse su declaración por el ministerio público en interés de la moral o de la ley; y es susceptible de saneamiento por ratificación de las partes, salvo que esté originada en objeto o causa ilícita, y, en todo caso, por prescripción extraordinaria.

"Así mismo, ha de señalarse que en el régimen legal colombiano la causas de nulidad absoluta son taxativas, de interpretación restrictiva, y corresponden, en el régimen del Código Civil, a la ilicitud en el objeto o en la causa, a la omisión de los requisitos o formalidades exigidos por la ley para el valor del acto o contrato en consideración a su naturaleza, o a la celebración de un acto jurídico por un incapaz absoluto. Si la irregularidad es diferente a cualquiera de las anteriores, el vicio del acto o contrato, tan solo produce la nulidad relativa."³ (Se destacó)

Por consiguiente, aún cuando en el artículo 1077 del Estatuto Mercantil se estipuló que le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso, y en el artículo 1080 *ibídem* se estableció que el siniestro se puede acreditar "aún extracontractualmente", sin que se condicionara la demostración del siniestro a una única prueba, también lo es que el artículo 1162 de la

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 19 de diciembre de 2008. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

misma codificación previó que el artículo 1080 citado sólo puede modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario.

Luego, pese a que en la cláusula 4ª del contrato de seguro se señaló que se entiende ocurrido el siniestro "CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA REALIZACIÓN DEL RIESGO QUE AMPARA ESTA PÓLIZA, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA" o "CON LA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE DECLARE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA", dicha estipulación no puede reputarse ineficaz o nula, habida cuenta que tal resulta favorable al tomador o beneficiario porque permite que éste - Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (hoy Acción Social) - Fondo de Inversión para la Paz- expida un acto administrativo en el que declare que ocurrió el siniestro que ampara la póliza, sin necesidad de ahondar en más medios probatorios, pues pese a que el Fondo de Inversión para la Paz no cuenta con personería jurídica, éste está adscrito a Acción Social, antes llamado Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, entidad que es la beneficiaria de la póliza objeto de este asunto y, por ende, la que podía expedir el acto administrativo correspondiente.

Al respecto, esta Corporación se pronunció así:

"En este orden de ideas, la cláusula 4ª del contrato de seguro que celebraron la aseguradora demandada y la Corporación para el Desarrollo Comunitario de Santander, en cuanto precisa que el siniestro se entiende ocurrido "con la ejecutoria del acto administrativo que declare la realización del riesgo" o "la caducidad del contrato por causas imputables al contratista" (fl. 4 vto., cdno. 1), no puede calificarse fatalmente como ineficaz o como nula, en la medida en que permite acreditar el siniestro y la cuantía de la pérdida con una manifestación unilateral de la voluntad del propio beneficiario (no de un tercero), en este caso el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República (hoy Acción Social) - Fondo de Inversión para la Paz-. Al fin y al cabo, se trata de una norma contractual que favorece los intereses del titular del derecho a la indemnización, a quien, en últimas, le basta expedir un acto administrativo para provocar el pago.

"Sin embargo, esa estipulación no puede interpretarse en el sentido de afirmar que los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio sólo pueden demostrarse a través del acto administrativo, como lo propone la aseguradora demandada, pues tal suerte de entendimiento, antes que favorecer al beneficiario, terminaría restringiendo la libertad probatoria que le reconoce el artículo 1080 de esa codificación.

"Desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión, aunque eficaz, no perjudica la prerrogativa que tiene el beneficiario de probar su derecho a la indemnización "aún extrajudicialmente", y a través de cualquier medio probatorio, como bien lo entendió el juzgador de primer grado, quien abordó el análisis de la pretensión de pago sin supeditar la demostración del siniestro y de la cuantía de la pérdida, a la expedición del acto administrativo. (...)

"Luego fue correcta la decisión de negar la primera pretensión, incluida su subsidiaria, pues, se reitera, desde la perspectiva del literal a) del numeral 2º del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con el artículo 1162 del Código de Comercio, la cláusula 4ª del contrato de seguro no es ineficaz y mucho menos nula."⁴

Síguese, entonces, que como en el presente asunto no se expidió el acto administrativo que se previó en la póliza objeto de este

⁴ Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de junio 23 de 2010. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

114

asunto, según lo señaló la actora, le correspondía a ésta demostrar el siniestro, el perjuicio y la relación de causalidad a través de otros medios de prueba, sin que procediera en ese sentido, no obstante que la carga de la prueba para obtener decisión favorable a sus pedimentos le era atribuible, de donde surge que la sentencia impugnada debe confirmarse.

En efecto. Delanteramente debe anotarse que toda la prueba arrimada al plenario con el fin de acreditar los precedentes elementos proviene exclusivamente de la parte actora, lo que de suyo lleva a predicar que conforme con el principio tradicional de que nadie puede crearse sus propios derechos, pues éstos los confiere la ley cuando reconoce efectos jurídicos a ciertos hechos, y el de alteridad de la prueba, por el cual nadie puede hacer su propia prueba, las que obran en este litigio carecen de fuerza demostrativa de los supuestos en que se fundó la petición indemnizatoria, lo que conduce a negarla.

Y es que si bien en el *sub-examine* se aportó en copia el convenio No. FIP-500158/02⁵ suscrito entre el DAPR - FIP, el proponente municipio San Carlos - Antioquia y el OG - Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia, para la ejecución del proyecto No. 05-649-0006 consecutivo No. 6298, así como del otro sí de fecha 16 de julio de 2003, en el cual se plasmaron las obligaciones de "EL OG" - Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia, entre ellas, "Manejar los recursos que entregue el DAPR - FIP en una cuenta bancaria abierta para el efecto y destinarlos al pago de la mano de obra no calificada y a la adquisición de materiales, (...)" y "Administrar correctamente los desembolsos de recursos que autorice el DAPR - FIP, (...)", al igual que del acta de liquidación del convenio FIP 500158/02⁶ - *la cual primordialmente se invoca para probar la falta de inversión del anticipo y su indebida destinación, lo que traduce el acaecimiento del riesgo-*, también lo es que el valor demostrativo de las copias es discutible, pero aun aceptando su mérito probatorio resultan insuficientes para demostrar los hechos objeto del litigio, en tanto y cuanto que, por ejemplo, la referida acta de liquidación no ostenta rúbrica de la Empresa Cooperativa de Vivienda de Antioquia, lo que de suyo impide tener por ciertos los valores allí estipulados en punto a la ejecución de lo convenido; el informe de liquidación sólo aparece suscrito por un Asesor del Fip - Programa Empleo en acción, y no obstante que allí refiere algunas comunicaciones que le fueron enviadas

⁵ Ver folios 11 a 20 c.1

⁶ Ver folios 23 a 30 c.1

115

por las autoridades manifestando "su Inconformidad por la mala gestión que estaba presentado ECOVIVIENDA debido al retraso injustificado en la ejecución de las obras y en el suministro de los Materiales", tales no se aportaron al litigio, por manera que las aseveraciones de la parte actora quedan en total orfandad probatoria.

Además, en el interrogatorio de parte que rindió el representante legal de Seguros Cóndor S.A. no se logró su confesión⁷, máxime que respondió "No es cierto que CONDOR S.A. CIA DE SEGUROS GENERALES le adeude suma alguna a la demandante con ocasión de un siniestro, como quiera que el mismo no ha sido declarado", del dictamen pericial practicado no puede concluirse la ocurrencia del siniestro y su cuantía, pues en la aclaración y complementación del mismo se precisó que "la experticia se realizó con la documentación aportada por la parte demandante y que obra en el expediente (...) toda la información examinada proviene del área financiera del Fondo de Inversión para la Paz (...) "⁸, y sin que inspeccionara la contabilidad del convenio FIP 500158/02, como tampoco de la declaración de María Elena Barrera Figueroa, no sólo por insular, sino porque indicó que "desde el 2001 hasta el 2007 he sido asesora del FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ hoy ACCIÓN SOCIAL", lo que da lugar a que su testimonio sea rigurosamente valorado, y al efectuar dicho juicio emerge que el mismo no informó las circunstancias de las cuales deriva el incumplimiento, se limitó a señalar "no administró ni demostró al FIP, la correcta inversión de la totalidad de los recursos desembolsados", de donde no puede tenerse como soporte para la condena impetrada.

Finalmente, en punto a la disconformidad con la condena en costas, baste decir que ésta se asignó legalmente a la parte actora, por haber sido ésta la vencida en el proceso, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

Como corolario de lo argumentado se halla que la sentencia apelada se ajustó a derecho, y por ende se debe confirmar.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

⁷ Ver folios 178 y 179 c.1

⁸ Ver folios 189 a 195 y 204 a 207 c.1

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el veintidós (22) de febrero del año dos doce (2012) por el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de esta ciudad, de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. Liquídense.

TERCERO: La Magistrada Ponente señala como agencias en derecho la suma de \$1'400.000,00 para que sea tenida en cuenta al momento de elaborar la liquidación de costas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,



LUZ MAGDALENA MOJICA RODRÍGUEZ



CARLOS JULIO MOYA COLMENARES



MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA