



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



ARIEL SALAZAR RAMÍREZ
Magistrado Ponente

SC18594-2016

Radicación n° 11001-31-03-038-2010-00703-01

(Aprobada en sesión de diecinueve de octubre de dos mil dieciséis)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la accionante contra la sentencia de quince de noviembre de dos mil trece, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario radicado con el número de la referencia.

I. ANTECEDENTES

A. La pretensión

Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A. pidió declarar la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de infidelidad y riesgos financieros N° GIRF-72, expedida por Aseguradora Colseguros S.A., compañía que incumplió dicho contrato, por lo que solicitó condenarla a pagarle \$20.000'000.000 a título de indemnización, con intereses moratorios desde el 30 de septiembre de 2010 en los términos del artículo 1080 del Código de Comercio.

B. Los hechos

1. La demandante, en desarrollo de su objeto social, ejecuta contratos de depósito de mercancía para su custodia, en virtud de los cuales expide certificados que son títulos valores transferibles mediante endoso y susceptibles de negociación.

2. Convino con la demandada una póliza de «*infidelidad y riesgos financieros N° GIRF-72*», que amparaba los perjuicios, hasta por \$20.000'000.000, que se derivaran de actos fraudulentos o deshonestos de sus empleados y de la «*infidelidad* de estos, con una vigencia del 31 de julio de 2007 al 31 de julio de 2008, ampliada al 31 de julio de 2009.

3. El 6 de junio de 2006, suscribió con Ecocafé S.A un

convenio, en desarrollo de una negociación celebrada con la Bolsa Nacional Agropecuaria, con estas condiciones:

a) Ecocafé depositaba café pergamino bajo custodia de Almagrario, y durante el depósito era transformado en «*café excelso tipo exportación*» para su venta en el exterior.

b) Como respaldo de la operación, se expedía un «*certificado de depósito de mercancía*», donde se indicaba que estaba autorizada la exportación del producto, documento que negociaba Ecocafé en la Bolsa Nacional Agropecuaria.

c) El bien procesado se llevaba a puerto para su embarque al lugar de destino, donde la naviera expedía a Ecocafé tres originales del «*conocimiento de embarque*», que ésta le endosaba en blanco y entregaba a Almagrario.

d) Dicho «*conocimiento de embarque*», junto con la factura de venta expedida por Ecocafé y la carta de instrucciones de pago, se enviaban al comprador en el exterior para que iniciara la nacionalización al arribo de la mercancía.

e) Ecocafé pactaba las condiciones y cobraba para que se hiciera transferencia a Citibank en Nueva York, corresponsal del Banco de Occidente en Colombia, donde era titular de una cuenta, pero cuyo control lo tenía Almagrario.

f) Los dineros sólo se entregaban previa reposición del café vendido. En caso contrario, garantizaban el «*certificado de depósito de mercancías*», bien fuera comprando café de características similares, o respondiendo por el importe al vencimiento.

4. Igual relación comercial, sostuvo con Máximo Exportadores de Café S.A., Cafetalera San Luis y Café Kenia.

5. Por culpa de empleados de Almagrario, se presentaron irregularidades en las cuentas que administraba, pues parte del dinero que estaba a nombre de Ecocafé se destinó a compra de grano que no fue recibido.

6. En el caso de Máximo Exportadores de Café, de la cuenta controlada se hicieron giros a Frutales La Cosecha, dejando sin garantía los certificados de depósito de mercancías. Además, no todos los montos de las exportaciones ingresaron a ellas.

7. Como consecuencia de lo anterior, Almagrario debió responder con su patrimonio por los certificados que quedaron al descubierto, ocasionándole una pérdida que había sido amparada por la aseguradora.

8. En vista de las anomalías, se requirió a los administradores, quienes entorpecieron las averiguaciones,

por lo que la junta directiva los removió el 11 de agosto de 2008, y se iniciaron investigaciones penales y disciplinarias en su contra.

9. Las irregularidades se acreditan con la Resolución 274 de 2008 de la Superintendencia Financiera, que calificó esa «operación cafetera» como insegura, por lo que se obligó al almacén de depósito a restituir inventarios o consignar los dineros faltantes en un plazo de 6 meses.

10. Informó de inmediato lo sucedido a la aseguradora, pero ésta se negó a pagar la indemnización con base en argumentos ilegales y contradictorios, incumpliendo así lo acordado.

C. El trámite de la primera instancia

1. En auto de 29 de noviembre de 2010, se admitió la demanda, ordenándose notificar a compañía aseguradora, a la que se dio el traslado de rigor de dicho libelo (fl. 135, c. 1).

2. Colseguros S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda; respecto de los hechos manifestó que, en su mayoría, no le constaban, y formuló las excepciones de mérito de: «Ausencia de cobertura como consecuencia de que no se han presentado actos deshonestos o fraudulentos de Almagrario con la intención de causar una pérdida para esa sociedad», «prescripción», «ausencia de cobertura como consecuencia de que la pérdida proviene de una situación

conocida por el asegurado antes del inicio de la última vigencia no avisada a la compañía aseguradora» y «nulidad relativa del contrato» (fls. 322-335, c. 1).

Como fundamento de sus defensas sostuvo que no se demostró la realización de actos deshonestos o fraudulentos de empleados de Almagrario, ni de que se cometieron con la intención manifiesta de causarle una pérdida; transcurrieron más de dos años desde que la asegurada tuvo conocimiento de los hechos en que fundó la demanda sin que hubiera solicitado la conciliación prejudicial; al momento de iniciarse la vigencia correspondiente a la renovación del contrato de seguro, la demandante tenía conocimiento de la operación riesgosa que generaba la falta de respaldo de los títulos emitidos y sin embargo, no lo informó a la aseguradora como lo exigía la condición segunda de las generales de la póliza, y, por último, de no aceptarse la anterior exclusión, ese hecho debe considerarse como reticencia del asegurado que da lugar a la nulidad relativa del contrato (fls. 322-335, c. 1).

3. El juez *a-quo*, en fallo de 22 de abril de 2013, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en que la suma de dinero que el almacén de depósito reclamó como indemnización, ya fue pagada por sus clientes mediante la entrega de títulos valores que fue aceptada por ella, la cual reconoció que la pérdida se originó en la falta de pago por los exportadores y la no reposición del café vendido por parte de los clientes, mas no debido a la «*infidelidad*» de alguno o algunos de sus empleados (fl. 1386, c. 1).

4. La demandante apeló la anterior decisión (fl. 1394, c. 1).

D. La providencia impugnada

El Tribunal confirmó la sentencia proferida por el juzgador de primera instancia.

En sustento de su determinación, indicó que la acción no está prescrita, toda vez que el primer pago de los certificados de depósito de mercancías carentes de respaldo, erogación constitutiva de afectación patrimonial para Almagrario se hizo en mayo de 2009 y el trámite judicial se inició el 11 de noviembre de 2010, por lo que no pasaron los dos años a que hace referencia el artículo 1081 del Código de Comercio, y tampoco están fundadas las excepciones de ausencia de cobertura por originarse la pérdida en una situación conocida por la asegurada, que no se informó a Colseguros S.A. y de nulidad relativa del contrato, porque si los hechos eran de público conocimiento, eso quiere decir que la demandada estaba enterada de las circunstancias, lo que, además, aparece corroborado con los documentos que la demandante le remitió.

De conformidad con la vigencia de la póliza -señaló- no eran objeto de cobertura los pagos por títulos expedidos a Eco café, Café Kenia y Cafetera San Luis, que se hicieron en 2010, por lo que el reclamo quedaría circunscrito a la satisfacción de los expedidos a nombre de Máximo Exportadores de Café por \$5.851'133.903,11. De todas

maneras ese detrimento también estaría excluido «*si se tiene en cuenta el Memorando No. 0246 de 26 de enero de 2010, que Almagrario le dirigió a la Aseguradora, en el que se infiere que el hecho de que los certificados de depósitos que se le expedieron se quedara sin mercancía, son ajenos (sic) a los empleados del Almacén*», por ser producto de inconvenientes no imputables a ellos, fuera de que la exportadora concedió un descuento que impidió el ingreso de esos valores.

De todas maneras, no se observa -añadió- que el juzgador a-quo hubiera desatendido los relacionado con los «actos deshonestos y fraudulentos de los empleados, porque tratándose de pérdidas derivadas de certificados de depósito (...) sólo era susceptible de amparo, la que tuviere origen en la infidelidad de los empleados», por lo que debía demostrarse «la intención» con la que aquellos «actuaron a la hora de expedirle a las mencionadas empresas los certificados de depósito, cuyo importe le tocó asumir».

Bajo esa perspectiva, la demandante carece del derecho reclamado si se tiene en cuenta que se aseguró el dolo de sus empleados y la eficacia de esa cláusula debe analizarse en los términos del artículo 1055 del Código de Comercio, según el cual no era posible, siendo que los actos provienen de directivos del Almacén y por lo tanto se entienden realizados por «*la propia entidad*», a la luz de la teoría de responsabilidad directa de las personas jurídicas por el proceder de sus agentes.

Así se esgrimiera que es posible desligar la actuación de la persona jurídica y la de los administradores que obran

por fuera de sus facultades, lo cierto es que tomando en consideración la Resolución 274 de 2008 de la Superintendencia Financiera, se advierte que la denominada «operación cafetera» en la cual se generaron los faltantes de grano que respaldaran los certificados de depósito expedidos, obedecía a una política de empresa «ejecutada a través de sus Directivos, y por eso, un acto meramente potestativo del Almacén», como lo respaldan las declaraciones de los testigos Juan José Ocampo Echeverry y Edgar Barruecos.

Adicionalmente, no existió la incertidumbre que apareja el riesgo respecto de una operación que se venía desarrollando con antelación a convenir el seguro, como se expresó en acta N° 695 de la Junta Directiva de Almagrario de 20 de febrero de 2008.

De todas maneras, ni siquiera están demostrados -sostuvo- los sucesos que se endilgaron a los empleados, ni que ellos hayan tenido la intención de ocasionar pérdidas a la demandante, lo que descarta la ocurrencia del siniestro.

Lo que aconteció en la «operación cafetera» -concluyó- no fue resultado de maniobras fraudulentas de los empleados de Almagrario S.A., sino la consumación de riesgos propios de las transacciones debido a la forma como fueron convenidas, sin que se tomaran las medidas para minimizar su impacto.

Siendo legales esas transacciones en los términos del

artículo 1183 del estatuto mercantil, no puede hablarse de fraude o deshonestidad en ellas, simplemente era una estrategia para obtener ganancias, como en efecto sucedió en el comienzo. Así se desprende de lo relatado por el representante legal de la actora; el Acta N° 689 de 14 de septiembre de 2007, donde se habla de un excelente estado financiero de la compañía y que la «operación cafetera» se desarrolló a mediados de 2006; y la Resolución N° 27 de 2009 del Superintendente Delgado para Intermediarios de Valores y otros Agentes.

Cosa distinta es que la ejecución se hiciera sin el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la Resolución N° 406 de 1954 de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), y dicho ente de control calificara la operación como «no autorizada» e «insegura» en Resolución N° 274 de 28 de febrero de 2008, por mantener vigentes certificados de depósito de mercancías en tránsito sobre café destinado a exportaciones, sin respaldo en mercancías o con las coberturas necesarias para garantizar su valor, como cartas de crédito.

Así lo explicaron los deponentes Edgar Barruecos, Marcela Becerra Cortés, Claudia Bibiana Castillo Vera, Marina Alvarado de Borda y Armando Rafael Gutiérrez, quedando definido que se trató de una omisión por parte de los Directivos de Almagrario, como se plasmó en el pliego de cargos que la Superintendencia Financiera formuló a Álvaro Nicanor Hernández, sin que se pueda aseverar que obraron con el designio de causar un detrimento patrimonial al

Almacén y así refulge de lo expuesto por el Secretario Jurídico a la Junta Directiva el 20 de febrero de 2008.

Y de argüirse una culpa grave por la omisión de documentos en las negociaciones, de conformidad con la graduación del artículo 63 del Código Civil, ésta se refiere a contratos y cuasicontratos, y no a delitos y cuasidelitos. En todo caso, el concepto de «*deshonesto o fraudulento*» lleva implícito un provecho propio para quien incurre en la conducta, y en el expediente no se evidencia tal presupuesto.

La verdadera razón -señaló- por la cual no entraron los recursos a la cuenta administrada por la demandante es que los clientes incumplieron al dejar de consignar allí lo debido y los exportadores no direccionaron a la misma, los recursos que recibieron directamente, tal como lo relataron los testigos ya citados y lo aceptó Almagrario en Memorando N° 246 de 26 de enero de 2010.

Tan es así que la pérdida a la que se vio expuesta la recurrente se trasladó a los exportadores con quienes firmó acuerdos de pago, como advirtió el *a-quo*, así hagan parte de la cartera castigada.

A pesar de lo censurable de la omisión aludida en el sentido de que no se obtuvo el respaldo necesario de los títulos valores representativos de mercancías, lo que «*puede obedecer a una conducta negligente*» de los directivos, no puede inferirse que «*obraron en este evento con engaños o*

faltando a la verdad».

Por último, los movimientos de café en distintas bodegas era obvio en los términos de lo acordado; la circunstancia de que los certificados de depósito representaran grano existente en diferentes trilladoras, no autorizaba la expedición de esos títulos sin respaldo.

Carece de sustento la afirmación realizada por el declarante Gabriel Antonio Cancino de que en algunas oportunidades se utilizaba la misma mercancía como respaldo de dos títulos, pues la manipulación de inventarios fue posterior a que los certificados se quedarán desprotegidos, por lo que ninguna incidencia tuvieron en la pérdida generada; y de los memorandos enviados por la alta dirección de Almagrario no se concluye uniformemente que se giraran recursos sin recibir mercancía.

Aún de admitirse una relación directa entre esas situaciones, lo cierto es que *«no existe certeza de cuáles de los certificados que quedaron sin respaldo fue a propósito de esas circunstancias»*, hecho que debía demostrar la parte demandante.

II. LA DEMANDA DE CASACIÓN

El recurso extraordinario formulado por la actora se fundó en dos cargos: El inicial por violación directa de normas sustanciales y el siguiente por equivocación de hecho en la valoración de las pruebas, los que resolverá la

Sala en el orden propuesto.

A. CARGO PRIMERO

Se acusó al fallo de violar de forma directa los artículos 200 y 1055 del Código de Comercio, el primero por falta de aplicación y el segundo debido a su aplicación inadecuada.

Lo anterior por cuanto al estudiar «*si las pérdidas en este caso son asegurables*», concluyó que «*los actos deshonestos o fraudulentos que supuestamente cometieron los Directivos de Almagrario, no son objeto de amparo porque según lo anotado son los mismos de la sociedad y por consiguiente son inasegurables*».

Tal inferencia -sostuvo el censor- deja sin efecto la figura de la póliza de infidelidad y riesgos financieros si los causantes del daño son los directivos de una empresa, siendo preciso fijar sus alcances.

No está en discusión -agregó- la responsabilidad directa de las personas jurídicas por un ejercicio de sus administradores que afecte a terceros, pero cuando lesiona a la empresa a la cual representan, se trata de actos potestativos, por lo que admitir que son inasegurables sería desconocer la «*teoría societaria de responsabilidad de los directores y administradores*», inspirada en el artículo 200 del estatuto mercantil, al concluirse que la entidad nunca podría reclamarles por su proceder al estar en un típico evento de culpa de la víctima.

El yerro cometido -indicó- amerita «*la intervención de*

la Corte para casar la sentencia».

CONSIDERACIONES

1. El concepto de persona jurídica, al tenor del artículo 633 del Código Civil, corresponde al de una entidad «capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente».

Por tratarse de una ficción legal, los actos del vocero se entienden realizados por aquella, comprometiéndola, pero sin que este pierda individualidad, ya que debe responder por su gestión e incluso asumir las consecuencias de un proceder alejado de los lineamientos estatutarios.

Lo propio acontece con los demás operadores y colaboradores, puesto que al carecer la persona jurídica de voz y autonomía, lo que hagan en su nombre y dentro de las atribuciones asignadas se convierte en una manifestación de voluntad que la compromete, eso sí con la carga de rendir cuentas del desempeño al encargado de administrarla.

Quiere decir que en el desarrollo del objeto para el cual fue constituida se da una confluencia de vínculos y multiplicidad de aspectos de los cuales se derivan disímiles consecuencias, de acuerdo con las particularidades que los determinan.

En materia de la responsabilidad común por los delitos y las culpas de que trata el Título XXXIV del Código

Civil se ha discutido la forma en que la asumen los entes jurídicos. En un comienzo, se estimó que derivaba de un hecho ajeno bajo los patrones de los artículos 2347 y 2349 de esa compilación, pero con el tiempo se pasó a la «tesis organicista», según la cual era directa por actuaciones de los directivos, al amparo del artículo 2341 *ibídem*, e indirecta si provenía de sus subordinados.

Sin embargo en la actualidad es criterio de la Corte que, independientemente de la clase de vinculación de quien ocasiona el hecho lesivo, la responsabilidad es directa, porque no existen razones de peso para diferenciarlas, tal como se recordó en la providencia CSJ SC13630-2015, en la cual se indicó:

Una vez revaluada la teoría de la responsabilidad indirecta de los entes morales, se dio paso a la doctrina de la responsabilidad directa; desplazándose en tal forma de los artículos 2347 y 2349 al campo del 2341 del Código Civil. En relación con esta clase de responsabilidad, nació por obra de la jurisprudencia la tesis llamada 'organicista', que se explicaba diciendo que la persona jurídica incurría en responsabilidad directa cuando los actos culposos se debían a sus órganos directivos –directores o ejecutores de su voluntad–, y en responsabilidad indirecta en los restantes eventos (...) Sin embargo, esta caracterización de la responsabilidad a partir de la función que el agente del daño desempeña en una organización (dependiendo de si es directivo o subalterno), carece de un sustento lógico y jurídico suficiente para fundamentar una teoría de la responsabilidad civil extracontractual y, al mismo tiempo, se muestra demasiado artificiosa e inequitativa (...) No existe un motivo razonable para variar la posición de la entidad jurídica frente a los actos lesivos de quienes ejecutan sus funciones por el simple hecho de que éstos desempeñen labores de dirección o de subordinación,

puesto que al fin de cuentas todos ellos cooperan al logro de los objetivos de la persona moral, independientemente de las calidades u oficios que realicen (...) A diferencia de las personas naturales, que poseen entendimiento, voluntad propia y autoconciencia, los entes jurídicos no obran por sí mismos sino a través de sus agentes, por lo que los actos culposos y lesivos que éstos cometen en el desempeño de sus cargos obligan directamente a la organización a la que pertenecen, con apoyo en el artículo 2341 del Código Civil, sin importar si se trata de funcionarios de dirección o de operarios (...) Fue así como a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, se recogió esa corriente jurisprudencial, al entender la Corte que la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización.

Ese razonamiento -se insiste- solo está circunscrito a la responsabilidad extracontractual que terceros endilgan a la persona jurídica por actos de sus administradores y empleados, y no se extiende al área contractual o a la forma como se desarrollan las relaciones *intra* societarias, es decir, a los actos de tales funcionarios que causan daño a la sociedad y por los cuales están llamados a responderle a ésta, la cual se rige por preceptos diferentes al artículo 2341 de la codificación civil.

Basta con resaltar que en el campo societario, la Ley 222 de 1995 contempló en su artículo 23 que es deber de los administradores «*obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*», todo ello en «*interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados*», de lo que se concluye que, en ese sentido,

asumen un compromiso dual, porque según preceptúa el artículo 98 del Código de Comercio *«la sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados»*.

De ahí que si los gerentes, miembros de juntas o quienes desempeñen funciones de similar índole, se alejan del principio rector de desarrollar el objeto social, incumplen sus obligaciones legales y estatutarias o asumen comportamientos que atentan contra su representada, quedan obligados en los términos del artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el 24 de la Ley 222 de 1995, según el cual *«[l]os administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros»*.

Indistintamente de que en el desempeño del cargo se actúe para la sociedad, eso no quiere decir que sea esta la única obligada por los excesos o arbitrariedades cometidas en su nombre, como si ninguna relevancia tuviera la discrecionalidad de los ejecutores por la imposibilidad de autodeterminación de la persona jurídica. Tan es así que pueden extenderseles las reclamaciones de personas ajenas, para que asuman el pago de indemnizaciones en forma solidaria. Incluso, la sociedad y quienes arriesgan su capital al conformarla pueden ejercer la acción social de responsabilidad en los términos del artículo 25 de la citada Ley 222 de 1995.

2. Los riesgos que se derivan de encomendar a otros la

gestión de negocios propios justifica la adopción de medidas de protección, para atemperar, disminuir o afrontar los efectos adversos de decisiones infortunadas que amenacen la estabilidad necesaria para el desarrollo de operaciones mercantiles.

La adquisición de garantías se hace más imperiosa en la actividad financiera, cuyo desempeño lleva implícito un alto impacto económico en la comunidad, tanto que el artículo 335 de la Constitución Política la considera de interés público, justificándose así su intervención.

Las entidades de ese sector están expuestas a una multiplicidad de riesgos, entre ellos los de mercado, de crédito, de liquidez, de toma de decisiones o políticas, y el riesgo operacional.

2.1. En respuesta a las necesidades de garantía de las instituciones financieras, entre las cuales se encuentran los almacenes generales de depósito, el mercado asegurador les ofrece pólizas conocidas con el nombre de «*globales bancarias*»¹.

El adjetivo «*global*» con el que se califica al indicado instrumento hace referencia a que su característica principal es la de contener varios y disímiles amparos que normalmente serían objeto de cobertura a través de pólizas independientes, los cuales, por ejemplo, pueden ser:

(i) Infidelidad de los empleados. Cubre los actos deshonestos de

¹ Llamadas también Bankers Blanket Bond.

los empleados.

(ii) Bienes transportados. Se refiere a la protección a los bienes que se trasladan de un lugar a otro, desde luego que con algún nivel de protección, desde el punto de vista de su vigilancia.

(iii) Falsificación de moneda, cheques y títulos valores.

(iv) Daños a oficinas.

(v) Honorarios de abogados.

(vi) Predios y locales. Entre estos se cuentan, además, distintos tipos de bienes, como joyas, documentos, metales preciosos, pérdida de bienes de los clientes que aún no se encuentran en posesión de la entidad financiera -caso de pagos o de cheques consignados en cajeros- o que están aún en los bancos, pérdidas de dinero en los cajeros o máquinas que entregan dinero -puede llegar a abarcar fraudes electrónicos-, cajillas de seguridad, puede eventualmente incluir protección por la falsificación de tarjetas de crédito, cuando son duplicadas en forma fraudulenta, e inclusive puede llegar a abarcar la protección a los predios y bienes de los clientes cuando en ellos se realizan actividades bancarias -como cuando se paga la nómina laboral en el sitio de trabajo, con personal del banco- (CE SCA Sec. 3, 6 Jul. 2005, Rad. 11575).

Debido a las grandes cantidades de dinero que son objeto del aseguramiento, se hizo necesaria la contratación de reaseguros con compañías multinacionales, las cuales han impuesto sus propias proformas, siendo las más utilizadas la No. 24 empleada en el mercado asegurador norteamericano, y los clausulados DHP, KFA, NMA y LSW.

El primero, en sus versiones 73, 75, 82 y 84, el segundo y el tercero en sus versiones 81 y 2626

respectivamente, aluden al amparo de infidelidad, en tanto los textos tipo LSW 238 y 983 otorgan cobertura respecto de delitos electrónicos y por computador, y el clausulado NMA 2273 es de responsabilidad civil profesional.

En razón a que el término «*global*» dio lugar a que se interpretara que la cobertura se extendía a riesgos no establecidos expresamente en ella, su denominación ha sido sustituida por otras como «*póliza de instituciones financieras*» o «*de riesgos financieros*».

En Colombia, en lo concerniente a infidelidad, las formas más utilizadas corresponden a las NMA 2626, DHP 84 y KFA 81 que aluden a actos fraudulentos o deshonestos de empleados, cometidos por ellos directamente o en complicidad con otros, con la intención de ocasionar una pérdida a la asegurada o de obtener una ganancia propia indebida.

2.2. La contratada por Almagrario fue una «*póliza de infidelidad y riesgos financieros*», con vigencia del 31 de julio de 2007 al 31 de julio de 2008, ampliada luego al 31 de julio de 2009, la cual contenía los amparos de «*actos fraudulentos o deshonestos de los empleados*», «*predios*», «*tránsito*», «*extorsión*», «*terremoto*», «*fraudes por computador*», «*motín, conmoción civil y actos mail intencionados de terceros*», «*falsificación de telex probado*», «*costo neto financiero*» e «*infidelidad de empleados*».²

² Folio 2, c. 1.

La demandada ajustó las condiciones generales de ese seguro a la forma DHP 84 de póliza global bancaria, tal como aparece consignado en el clausulado que aportó al contestar la demanda³, conforme al cual dicha compañía se obligó a «pagar y a reconocer al asegurado toda pérdida que el mismo, pueda durante la vigencia de este seguro (como se indica en la carátula), sufrir o descubrir que ha sufrido, de la forma mencionada a continuación...»⁴ (se subraya), estableciéndose que no se amparaban «pérdidas no descubiertas durante la vigencia de este seguro y pérdidas sufridas con anterioridad a las fechas retroactivas establecidas en el anexo no. 1»⁵, apartado en el cual se eliminó la fecha de retroactividad e incluyó una cláusula de limitación de descubrimiento, salvo que se incrementara el límite asegurado o se incluyeran nuevas coberturas, caso en el cual la máxima época de retroactividad se fijó en cinco años.⁶

El descubrimiento de la pérdida se limitó por Colseguros S.A. en los siguientes términos:

No habrá ninguna responsabilidad con relación a cualquier reclamo: a) Derivado de ó (sic) en conexión con cualquier circunstancia u ocurrencia notificada al Asegurador en cualquier otra póliza de seguro contratada con anterioridad al inicio de esta póliza. b) Derivado de ó (sic) en conexión con cualquier circunstancia u ocurrencia conocida por el Asegurado con anterioridad al inicio de esta

3 Folio 198 y ss. c. 1.

4 Folio 198.

5 Folio 199.

6 Folio 206.

póliza.7

Las pólizas globales bancarias, en cuanto atañe al descubrimiento de la pérdida, se regían por el artículo 23 de la Ley 35 de 1993, incorporado luego en el artículo 185 del Decreto 663 de 1993, conforme al cual *«En los seguros que tengan por objeto el amparo de los riesgos propios de la actividad financiera, se podrán asegurar, mediante convenio expreso, los hechos pretéritos cuya ocurrencia es desconocida por tomador y asegurador»* (num. 3).

Posteriormente, el inciso primero del artículo 4° de la Ley 389 de 1997 estableció que en el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad *«la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación»* (se subraya).

2.3. Los amparos objeto de cobertura en la póliza «de infidelidad y riesgos financieros N° GIRF-72», fueron los de «infidelidad de empleados», «predios», «tránsito», «falsificación», «dinero falsificado», «responsabilidad para cajillas de seguridad», «pérdida de derechos de suscripción» y «costos legales y honorarios de abogados».8

De los anteriores, el que interesa al litigio es el de *«infidelidad de empleados»*, conforme al cual la demandada

7 Folio 228.

8 Folio 198.

debía indemnizar la *«pérdida resultante directamente de actos deshonestos o fraudulentos por empleados del asegurado cometidos solo o en confabulación con otros, con la intención manifiesta de causarle al asegurado que soporte tal pérdida»*.⁹

La efectividad de este amparo, que como se dijo, corresponde a la forma internacional DHP 84, depende, entonces, de la acreditación de los elementos allí mencionados: (i) Una pérdida directa sufrida por el asegurado; (ii) la causa del detrimento es un acto deshonesto o fraudulento; (iii) tales actos provienen de empleados del asegurado y (iv) medió una intención expresa de los dependientes de causarle al asegurado una pérdida que debía soportar.

La cobertura se otorga a pérdidas causadas y descubiertas por la entidad asegurada, ocasionadas por conductas de sus empleados, las cuales no son de mera negligencia, sino actos voluntarios encaminados específicamente a causar un menoscabo patrimonial a la primera, de modo que en ellos es posible detectar el evidente o notorio propósito de producir ese daño.

2.3. Con las anteriores precisiones queda claro que tiene razón el casacionista en su reproche frente a la posición asumida por el Tribunal, cuando, con base en los artículos 2341 del Código Civil y 1055 del Código de Comercio, concluyó que *«los actos deshonestos o*

⁹ *Ibidem*.

fraudulentos que supuestamente cometieron los Directivos de Almagrario, no son objeto de amparo, porque según lo anotado son los mismos de la sociedad, y por consiguiente son inasegurables», lo que amerita una rectificación doctrinaria.

Esto por cuanto la «*póliza de infidelidad y riesgos financieros*» que fue materia de la disputa no podía ser vista desde la óptica de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, circunscrita exclusivamente al campo extracontractual, sino como un reflejo del incumplimiento a sabiendas de los deberes de los administradores y las consecuencias que de eso se derivan, bajo los parámetros de la Ley 222 de 1995.

Por eso mismo tampoco encajaba la situación dentro del supuesto prohibitivo del artículo 1055 del Código de Comercio, que no permite asegurar el dolo del tomador, asegurado o beneficiario, porque todas esas calidades confluyen en Almagrario S.A. y no en las personas que obraran con dolo, independientemente de que laboraran para ella.

Es más, la razón de ser del amparo por infidelidad es la «*pérdida resultante directamente de actos deshonestos o fraudulentos por **empleados del asegurado cometidos solo o en confabulación con otros**, con la intención manifiesta de causarle al asegurado que soporte tal pérdida*» (se resalta), lo que significa que los «*empleados*» son vistos de manera aislada y autónoma por las decisiones que

tomaron fraudulentamente, no con el fin de cumplir el objeto social sino para ir en contra del mismo.

2.4. No obstante lo anterior, el cargo no prospera en vista de que esa consideración del *ad quem* constituye un punto accesorio al desatar el litigio, porque las dos razones principales de la desestimación del recurso de apelación consistieron en que la reclamación por unos conceptos no se encontraba dentro de la vigencia de la póliza, y los restantes no encajaban dentro del riesgo amparado, fuera de otras adicionales complementarias, sin que ninguna de ellas pierda validez con el planteamiento de la impugnación.

B. CARGO SEGUNDO

Señaló como infringidos indirectamente los artículos 1055, 1073, 1077 y 1080 del Código de Comercio, como consecuencia de errores de hecho en que incurrió el sentenciador *ad quem* al valorar las probanzas.

Debido a tales desaciertos, concluyó: «(i) que las actuaciones dolosas de los directivos de Almagrario no estaban amparadas por la póliza, (ii) que en el presente caso no se demostró la existencia de maniobras deshonestas de los empleados encaminadas a causar una pérdida a Almagrario y (iii) que las pérdidas correspondientes a Ecocafé, Café Kenia y Cafetera San Luis, estaban por fuera de cobertura por haberse realizado los pagos una vez vencida la póliza».

El Tribunal valoró indebidamente la póliza, pues al

interpretar las condiciones primera y tercera generales hizo una distinción que no aparece en ellas, de la cual se sirvió para extraer del grupo de empleados a los administradores.

Igualmente, se equivocó al entender que la cobertura del seguro se refería al simple desembolso del dinero sin tener en cuenta si provenía o no de una actuación deshonesto o fraudulento del personal, siendo que podía ser el resultado de una operación previa que se extendiera en el tiempo.

Restringió así los alcances del amparo a los siniestros instantáneos, a pesar de que *«los riesgos de infidelidad de empleados son riesgos que por su propia concepción no se configuran en un solo momento en el tiempo sino que resultan de una serie de sucesos que culminan con la pérdida»*, y como en un mismo contrato pueden incluirse ambos, al no precisarse cuál de ellos es objeto de la cobertura, no le es dado al intérprete judicial excluir los *«riesgos compuestos o complejos»*.

Además, al valorar las resoluciones sancionatorias proferidas por la Superintendencia Financiera, desconoció que las omisiones de los directivos, constitutivas de prácticas inseguras y no autorizadas, tienen la connotación de actos fraudulentos y deshonestos.

El juzgador, según el casacionista, les restó peso a las manifestaciones de los testigos Marcela Becerra, Juan José Ocampo, Florián Santillano, Gabriel Antonio Cancino,

Marina Alvarado de Borda, Héctor Eduardo López Rodríguez y Edgar Berruecos sobre la alteración, manipulación y traslado de inventarios, cuando precisamente esas irregularidades determinaron que se tratara de una operación absolutamente ilegal.

Respecto de las actas de la Junta Directiva de Almagrario donde se felicitó a los administradores, no atendió que dichos documentos refieren a períodos en los que se ignoraban las deficiencias, y fue ese órgano el que los desvinculó con posterioridad.

Además, dejó de apreciar las actas correspondientes al momento en que se detectó lo que en realidad sucedía, y estimó que el memorando N° 246 de 26 de enero de 2010, estaba dirigido a la compañía aseguradora, inferencia a la que llegó por no reparar en que el señor Fernando Salamanca era un funcionario de Almagrario, como tampoco advirtió que los hechos allí registrados no eran ajenos a los empleados del Almacén.

De los acuerdos de pago con los exportadores que se firmaron con el fin de intentar reducir las pérdidas sufridas por la «operación cafetera», el Tribunal extrajo que con ellos se eximió a los administradores de su responsabilidad por todas las actuaciones anteriores a dicho momento, no obstante que de esa prueba no se desprendía tal hecho.

Las autorizaciones de las «*carpetas de la caja número 4*», por otra parte, desvirtúan que las entregas de dinero de

las cuentas controladas por la demandante se hicieran cuando se tenía producto en respaldo.

Para finalizar, el *ad quem* no valoró la prueba indiciaria, de la cual se desprende que las transacciones fueron concebidas para beneficiar a terceros que se quedaron con los dineros, cuyo pago nunca debió asumir el Almacén, para lo cual es necesario tomar en consideración que *«la demostración del siniestro como la pretendía el Tribunal y seguramente la aseguradora, consistente en la confesión de los actos mal intencionados y en la declaración de los responsables, aceptando que ellos querían causar daño al Almacén, es una prueba imposible»*, y solo se *«puede dar mediante la valoración conjunta de todas las actuaciones que se ejecutaron para la operación»*.

Como consecuencia de la prosperidad del cargo, el recurrente solicitó casar la sentencia y en la de reemplazo, revocar el fallo proferido por el juez *a-quo*; declarar no probadas las excepciones propuestas por Colseguros S.A. y condenarla al pago de *«las sumas acreditadas en el proceso como pérdidas sufridas por Almagrario, más los correspondientes intereses moratorios conforme a lo previsto por el artículo 1080 del Código de Comercio»*.

CONSIDERACIONES

1. La determinación adoptada por el *ad quem* de confirmar la denegación del *petitum* de la demanda se soportó en una multiplicidad de consideraciones

probatorias, las cuales refieren a los siguientes aspectos:

a) La existencia de la póliza, su vigencia y los riesgos amparados no generó ninguna discusión entre las partes, de ahí que tales elementos se tenían por acreditados.

b) La indemnización perseguida por Almagrario S.A. se originó en *«el hecho de haber tenido que sufragar de su patrimonio el valor de los títulos que les expidió a las mencionadas empresas (Ecocafé S.A., Máximo Exportadores S.A., Cafetera San Luis y Café Kenia)»*.

c) La demandante, al descorrer el traslado de las excepciones, fue enfática en que *«la verdadera pérdida, esto es el siniestro, ocurrió cuando Almagrario tuvo que responder por los pagos de los CDM que quedaron sin cobertura y por ende es desde ese momento que debe contabilizarse el término de prescripción»*, razonamiento que se aceptaba, dado que el detrimento patrimonial se concretó en el momento que señaló la asegurada.

d) Las excepciones de *«ausencia de cobertura como consecuencia de que la pérdida proviene de una situación conocida por el asegurado antes del inicio de la última vigencia no avisada a la compañía aseguradora»* y *«nulidad relativa»*, no se encuentran probadas, porque las situaciones en las cuales se fundaron eran de público conocimiento, de ahí que la compañía aseguradora también estaba enterada de los sucesos que ocurrieron y de la generación de pérdidas económicas.

e) Las diferentes reclamaciones presentadas por Almagrario estaban excluidas y por fuera de cobertura, dado que:

(i) En relación con los títulos expedidos a Eco Café, Café Kenia y Cafetera San Luis, el Almacén sufragó las correspondientes sumas de dinero en el año 2010, pero el contrato de seguro «*sólo cubría las pérdidas que hubiese sufrido o descubierto hasta el 31 de julio de 2009*».

(ii) De acuerdo con el memorando N° 0246 de 26 de enero de 2010, el hecho de que Almagrario asumiera la cantidad de \$5.851'133.903,11s por cuenta de los certificados de depósito de mercancías expedidos a la empresa Máximo Exportadores de Café, no obedeció a hechos «*imputables a los dependientes de la empresa*».

f) No obstante que esos argumentos eran suficientes para mantener lo decidido por el juez *a-quo*, la labor del Tribunal se extendió a tocar otros puntos que a su criterio ahondaban en el fracaso de las aspiraciones de la demandante, los que, en síntesis, corresponden a los siguientes:

(i) Cualquier estipulación del contrato de seguro de la que pudiera desprenderse que se amparaba por el dolo de los directivos era ineficaz al tenor del artículo 1055 del estatuto mercantil, puesto que las decisiones de los directivos se entienden tomadas directamente por la

sociedad.

(ii) Si se pudiera desligar el actuar de la entidad del de sus administradores que se excedieron en su ejercicio, la actuación cuestionada era una política de empresa, carente del elemento de incertidumbre que va aparejado al concepto de riesgo.

(iii) No se demostró la intención de los empleados de ocasionar pérdidas patrimoniales a la demandante; por el contrario, la generación de un detrimento constituía un riesgo previsible dentro de la «operación cafetera».

(iv) La responsabilidad de que no ingresaran los dineros en las cuentas controladas la tuvieron las empresas exportadoras y los clientes del almacén general de depósito.

(v) Las omisiones de los representantes, que a lo sumo son constitutivas de negligencia, no comportan ni trascienden a engaños o faltas a la verdad.

2. Frente a ese complejo conjunto de valoraciones, no son suficientes las objeciones que formula el censor a la valoración probatoria realizada por el Tribunal, puesto que no se materializa un planteamiento serio y estructurado que afecte la principal premisa que motivó la confirmación de la sentencia proferida por el juzgador de la primera instancia, esto es, que la disminución patrimonial sufrida por Almagrario estaba por fuera de cobertura en la póliza.

Si bien añadió el recurrente que el *ad quem* se equivocó al concluir que «no se demostró la existencia de maniobras deshonestas de los empleados encaminadas a causar una pérdida a Almagrario», y que «las pérdidas correspondientes a Ecocafé, Café Kenia y Cafetera San Luis, estaban por fuera de cobertura por haberse realizado los pagos una vez vencida la póliza», al desarrollar esos puntos, su argumentación fue escasa, como lo evidencian las siguientes razones:

a) La situación de los títulos expedidos a Ecocafé, Café Kenia y Cafetera San Luis, quedó ligada a la ocurrencia del siniestro en la forma expuesta por la demandante al descorrer el traslado de las excepciones, esto es, «cuando Almagrario tuvo que responder por los pagos de los CDM que quedaron sin cobertura». Al prosperar ese argumento del cual derivó la improsperidad de la excepción de prescripción que formuló la demandada, al censor le era imperioso justificar por qué para ese efecto se entendía que la ocurrencia del siniestro era instantánea, pero para fines diversos se trataba de un «riesgo compuesto o complejo».

De todos modos, tampoco acertó al relacionar ese aspecto con la lectura que se le dio a las condiciones primera y tercera de la póliza, siendo que la razón de ser de dicho punto estaba en la segunda, que se refiere a las exclusiones, y donde se advierte que no cubre los reclamos originados en «pérdidas no descubiertas durante la vigencia

del seguro».

Esa precisión se corresponde con el fallo en el sentido de que *«las sumas que la actora sufragó por los títulos que se expidieron a Eco Café, Café Kenia y Cafetera San Luis no serían objeto de cobertura, porque los pagos concernientes a estos certificados se efectuaron en el 2010 y el seguro sólo cubría las pérdidas que hubiese sufrido o descubierto hasta el 31 de julio de 2009».*

b) En lo que atañe a los certificados de depósito de mercancías expedidos a favor de Máximo Exportadores de Café, así el sentenciador haya indicado que esa pérdida en concreto *«estaría excluida»*, porque *«el hecho de que los certificados de depósitos que se le expidieron se quedara sin mercancía, son ajenos a los empleados del Almacén»* lo que significa que no era un riesgo amparado, tal conclusión se soportó en el memorando N° 0246 de 26 de enero de 2010, pero no en todo su contenido, sino en lo que hacía referencia exclusivamente a esa empresa.

De ese aparte se dedujo que *«los inconvenientes que se suscitan con la cuenta controlada, lo que se verá no son imputables a los dependientes de la empresa; amén de un descuento que de manera unilateral le otorgó Máximo a sus clientes, lo que impidió que el dinero de las ventas del café depositado ingresara en su totalidad (fl. 354, Tomo II)».*

Independientemente de que el documento estuviera dirigido a la compañía aseguradora, o a que fuera una comunicación interna que circuló entre funcionarios de

Almagrario S.A., lo cierto es que lo produjo esta y su contenido no fue desconocido, de ahí que es intrascendente si se incurrió en una imprecisión sobre el destinatario.

Ahora, de una extensión de once páginas de dicho documento, el cual obra a folios 351 al 356 del Tomo II del cuaderno primero del expediente, solo tres incidieron en la determinación que se vislumbró en un comienzo, y era ese el contenido a escudriñar para demostrar la indebida valoración probatoria, independientemente de lo que allí se expresara respecto de las otras empresas exportadoras.

A pesar de que se duele la censura de que fue equivocada la *«interpretación del memorando 246 de 26 de enero de 2010»*, en el desarrollo de su acusación generaliza sobre todos los involucrados en la *«operación cafetera»*, y desatiende las particularidades que revisten a *«los valores que se pagaron por cuenta de los CDM's que se le expidieron a Máximo Exportadores de Café»*.

Eso es lo que se desprende de la sustentación que presenta la censura a efectos de evidenciar el yerro, según la cual:

Los hechos registrados en ese memorando son, en resumen, los siguientes:

- *Hace un recuento de lo sucedido a raíz del descubrimiento de la "operación cafetera"*
- *Que inicialmente se dijo que el faltante de café era de 14 millones de dólares,*
- *Que posteriormente se corroboró que ascendía a \$39.172*

millones de pesos.

- *Que los empleados de Almagrario fueron reticentes al suministrar la información relativa a la cantidad de café en bodega.*
- *Que esa situación irregular fue puesta en conocimiento por parte de la Doctora Diana Porras, a la Contraloría General de la Nación y a la Fiscalía General de la República.*
- *Que el faltante de café ascendía al 81% de los CDM expedidos.*
- *Que las divisas por las exportaciones de café no eran recibidas por Almagrario sino directamente por los exportadores o eran éstos quienes "instruía(n) al almacén el destino de los recursos"*
- *Que el "Almacén no mantenía un control que permitiera establecer que el exportador estaba retornando a Almagrario el equivalente en pesos de todas las divisas recibidas y tampoco sabía si estaban entrando todas las divisas correspondientes a las exportaciones de café"*
- *Que los exportadores no realizaron la reposición del subyacente que representaban los CDM*
- *Que pese a haberse implementado un plan de ajuste en el cual ECOCAFÉ cedía a Almagrario todos los derechos económicos sobre las obligaciones que tenían sus compradores en el exterior, nunca se recibieron los originales de la factura comercial y de los conocimientos de embarque ni se notificó la cesión a los deudores en el exterior por lo cual no se pudo realizar el cobro.*

Puede entonces concluirse, como lo hizo el Tribunal, que los hechos fueron ajenos a los empleados del Almacén? Es claro que no, y el texto íntegro del documento demuestra que de haber sido apreciado completa y adecuadamente, la conclusión habría sido que los funcionarios de Almagrario necesariamente conocieron y participaron en las actuaciones irregulares con lo cual se demuestra una vez más el siniestro y se evidencia la violación de los artículos 1077 y 1080 ya citados, en que incurre la sentencia.

En otras palabras, si la razón de que se entendiera por

fuera de cobertura lo acontecido con la empresa Máximo Exportadores de Café fue la explicación que dio la Directora de Operaciones de Almagrario S.A. a «*Fernando Salamanca Coordinador de Seguros*» sobre la forma «*como operaban los clientes que conforman la contingencia cafetera*» respecto de dicha compañía, ese contenido parcial era lo que tenía que ser objeto de análisis para comprobar el desacierto del juzgador en el principal motivo de desestimación de las pretensiones de la demanda.

Tal situación no se compensa por la circunstancia de que por el juzgador de segunda instancia se hiciera un estudio adicional para reforzar las razones que conducían a ese fracaso, ya que fue algo accesorio, cuya relevancia en la acusación se haría evidente en caso de que se hubieran desvirtuado las bases del argumento de mayor contundencia, que se insiste no fue objeto de un ataque preciso y concreto que le reste mérito.

En consecuencia, el cargo no prospera.

De conformidad con el inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, no hay lugar a imponer costas por la rectificación doctrinaria a que se hizo alusión al desarrollar la primera censura.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de quince de noviembre de dos mil trece, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario antes referenciado.

Sin costas.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

NOTIFÍQUESE

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA